

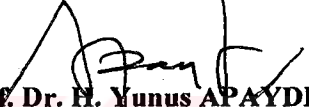
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu çalışma, Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalının İslam Hukuku Bilim Dalında Jürimiz tarafından DOKTORA TEZİ olarak kabul edilmiştir.

709267


Prof. Dr. Beşir GÖZÜBENLİ
Danışman / Jüri


Prof. Dr. Mustafa BAKTİR
Jüri


Prof. Dr. H. Yunus APAYDIN
Jüri

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

Yukarıdaki imzalar adı geçen öğretim üyelerine aittir. .../.../.....


Prof. Dr. Bilge SEYİDOĞLU
Enstitü Müdürü

T.C.
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI

Hasan Hayri ÇIRAK

İSLAM HUKUKUNDA
HÜKMİ ŞAHSİYET
(TÜZEL KİŞİLİK)

DOKTORA TEZİ

**T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMENTASYON MERKEZİ**

TEZ YÖNETİCİSİ:
Prof. Dr. Beşir GÖZÜBENLİ

T 109267

Erzurum - 2001

ÖZET

DOKTORA TEZİ

İSLAM HUKUKUNDA HÜKMİ ŞAHSİYET

Hasan Hayri ÇIRAK

Danışman: Prof. Dr. Beşir GÖZÜBENLİ

2001 – Sahife : X + 182

Jüri : Prof. Dr. Beşir GÖZÜBENLİ
Prof. Dr. Mustafa BAKTİR
Prof. Dr. Yunus APAYDIN

Hükmi Şahsiyet kavramı, modern hukukun en önemli kurumlarından birisi olarak nitelendirilebilir. Zira *hükmi şahsiyet*; en öncelikli konusu “*şahıs*” olan hukukun, tarihi süreç içerisindeki tedrici tekamülünde en göze çarpan başarılarından/buluşlarından birisidir. Bu itibarla XX. Yüzyıl hukukçuları, hükmi şahsiyet esasını, hukukta modernite ve çağdaşlık ölçütü olarak kabul etmektedirler. Buna bağlı olarak bir kısım hukukçular, İslam Hukukunda “hükmi şahsiyet”e yer verilmediği tezine bağlı olarak, modern çağda İslam Hukukunun işlerlik ve aktüalitesini yitirdiğini savunmaktadırlar. Bu görüşün savunucularına göre, kendi bünyesi içerisinde “hükmi şahsiyet” kavramına/olgusuna yer vermeyen bir hukuk sisteminin modern çağın icaplarına ayak uydurması mümkün değildir.

Halbuki hükmi şahsiyet kavramı her ne kadar 1-2 asırlık bir geçmişe sahip ise de, hükmi şahsiyet düşüncesi (bunu andıran/bugünkü anlayışa uygun uygulamalar itibarıyla) eskiden beri mevcuttur. Roma Hukukunun klasik dönemlerinde (M.Ö. V. Asır) bile, günümüzün hükmi şahsiyet esasına uygun teşekküllerin mevcudiyeti bilinmekteydi. Keza bu yönüyle İslam Hukuku da ortaya çıktığı ilk dönemden itibaren (7-8. Asır) hükmi şahsiyet fikrine sahipti ve bu bağlamda vakıf müessesesi bunun en belirgin bir örneği olarak zikredilebilir. Hatta 19. Yüzyılda batılıların hükmi şahsiyet kavramına ulaşmasında İslam’daki vakıf müessesesinin de tesiri olduğu söylenebilir.

İşte bu araştırma İslamî doktrinler açısından hükmi şahsiyet kavramının ve düşüncesinin mahiyet ve niteliğini ortaya koymak üzere hazırlanmıştır. Öncelikle tarihi geçmişinde ve aynı zamanda günümüzde İslam Hukukunun hükmi şahsiyete karşı olmadığı, bilakis buna kendi sistemi içerisinde yer verdiği en somut örneklerle ortaya konulmaktadır.

ABSTRACT

Ph. D. THESIS

THE RULE OF PERSONALITY IN THE ISLAMIC LAW

Hasan Hayri ÇIRAK

Supervisor : Prof. Dr. Beşir GÖZÜBENLİ

2001 - PAGE : X + 182

Jury : Prof. Dr. Beşir GÖZÜBENLİ
Prof. Dr. Mustafa BAKTİR
Prof. Dr. H. Yunus APAYDIN



The rule of personality that modern law esteemed is the most important subject. Because, the rule of personality that its subject in law is the best invention in history time slowly. As regards in the 20 th century of jurists accept the rule of personality in modern law and contemporary. Because some jurist say that the rule of personality isn't mentioned in modern time and the Islamic Law and they defend that Islamic Law lost.

There has been the rule of personality since past, even that got 1-2 century in the past. Even in the classic of Roma government and these days, a being formed of existence is known like the rule of personality from the past. The most important example is the pious foundation. Even, the European of the 19 th century, it is said that pious foundation is very attractive to reach the rule of personality.

Now, this research for Islamic knowledge is prepared to produce the rule of personality and this thought is the most important. At first history past and nowadays Islamic Law doesn't go to meet and they explained this as many ways.

Ö N S Ö Z

Hukuk, külli (bütüncül) olarak medeniyetlerin, kendisini şekillendiren en önemli unsurlarından birisidir. Geçmişte yüksek ve mükemmel medeniyetler inşâ eden toplumlar, aynı zamanda hukuki alanda da çok önemli reformlara ve buna bağlı olarak başkalarına emsal teşkil edebilecek başarılarla/buluşlara imza atmışlardır. Batıda **Roma Medeniyeti**, Doğuda ise **İslam Medeniyeti** bunun en belirgin iki örneğini teşkil eder.

Bununla birlikte bu iki medeniyet, birbirinin rakibi ve alternatifi değil, bilakis — medeniyetleri insanlığın ortak malı olarak görmek gerekirse — birbirinin tamamlayıcısıdır. Romalılar, kendi medeniyetlerinin en göze çarpan bir ürünü olarak, kendi dönemlerine nazaran gayet mufassal/sistemik ve seçkin bir hukuk sistemi geliştirmişlerdi. 7.Asırdan itibaren Müslümanlar, o zamana kadar hemen hemen rakipsiz olan Roma Medeniyetine ve bunun bir uzantısı olan Roma Hukukuna önemli katkılarda bulundular. Ama bunun yanında zaman zaman Roma Hukukundan da — gerekli adaptasyonlarla — yararlandılar. Aynı şey Roma Hukuku için de ifade edilebilir. Her iki hukuk sistemi arasındaki bu karşılıklı etkileşim tarihi süreç içerisinde günümüze kadar devam etmiştir.

Hukuki iktibaslar bağlamında toplumların/milletlerin birbirlerinden etkilendikleri tarihi bir hakikattir. Böyle olması son derece tabiidir, çünkü hukuk milli değil, evrensel (bütün insanlığın istifadesine açık) bir olgudur. Dolayısıyla *Roma Hukuku*, *Cermen Hukuku*, *İngiliz Hukuku* gibi nitelemeler, bu isimlendirmeler altındaki hukuki düzenlemelerin sadece o milletlere olan hususi aidiyetini ifade etmez. Örneğin Cermen Hukukunda, Roma Hukukundan esinlenerek vücuda getirilmiş hatta iktibas edilmiş pek çok kaide mevcuttur. Dolayısıyla daha önce Romalıların keşfettiği herhangi bir kural/düzenleme normu, Cermen toplumu tarafından da uygulanıyor ise o, artık aynı zamanda Cermen Hukukunun bir kuralı haline gelmiştir.

Bu itibarla “*İslam Hukuku*” terimi de, Müslümanların kendi bünyelerinde uyguladıkları hukuki kavram, kurum ve kuralları/düzenlemeleri içeren bir ifadedir. Bu kuralların dayanağı dini metinler, örfî düsturlar olabildiği gibi bir kısmı başka toplumlardan/hukuk sistemlerinden adapte edilmiş de olabilir. Netice olarak Müslümanlar tarafından kullanılan, kullanıma elverişli görülen her hukuk kuralı “*İslam Hukuku*” kavramının kapsamı içerisinde mütalaa edilebilir.

İşte bu araştırma “*hükmi şahsiyet*” kavramı bağlamında, hukukun önemli ölçüde evrensel bir birikim olduğunu; batılıların buluşu olarak görülen, hatta bu şekilde gösterilmek istenilen tüzel kişilik olgusunun gerçekte insanlığın ortak bir buluşu olarak görülmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

Araştırmamız bir GİRİŞ ve iki ana KISIM’dan meydana gelmektedir. Her kısım alt bölümlere, bölümler de (I, II, III ...) şeklinde tâlî bölümlere/fasıllara ayrılmıştır.

Giriş Bölümü üç fasıl halinde tertiplenmiştir. I. Fasıl araştırma hakkındaki genel bilgilere ayrılmıştır. II. Fasılda hukuk ilmi ve buna bağlı olarak “*İslam Hukuku*” kavramı hakkında tanıtıcı bilgiler verilmiştir. Zira araştırmanın konusu “*İslam Hukukunda Hükmi Şahsiyet*” tir ve bu itibarla “*hükmi şahsiyet*” kavramı kadar “*İslam Hukuku*” kavramının da iyi tespit edilmesi gerekir. Bu tespiti yaparken hukukun evrensel prensiplerinden istifade

edilmiştir. III. Fasılda ise; “*şahıs*” ve “*şahsiyet*” kavramları üzerinde durulmuştur. Çünkü “*hükmi şahsiyet*” kavramı genel “*şahıs*” kavramının bir cüz’üdür. Hükmi Şahsiyeti kavrayabilmek için “*şahsiyet*” kavramının da iyi etüt edilmesi gerekir.

Birinci Kısım, iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde hükmi şahsiyet düşüncesinin tarihi seyri, ikinci bölümde ise günümüz pozitif hukukunda hükmi şahsiyetin mahiyeti ve genel esasları üzerinde durulmuştur.

İkinci Kısım’da ise İslam Hukuk tarihi açısından geçmiş dönem normları ve uygulamaları çerçevesinde, yine günümüz pozitif hukukunun normları ile karşılaştırmalı olarak; birinci bölümde *devletin*, ikinci bölümde *vakıf ve derneklerin*, üçüncü bölümde ise *şirketlerin* hükmi şahsiyeti incelenmiştir. Böylece günümüzün sosyal ve hukuki realiteleri çerçevesinde, İslamî telakkiler açısından bu kurumların hükmi şahsiyet statülerinin nasıl olması gerektiğine de bir yaklaşımda bulunmayı deneyeceğiz.

Beni böyle bir konuya teşvik eden ve yönlendiren, hazırlanması safhasında ilgi ve yardımlarını esirgemeyen değerli hocam ve danışmanım **Prof. Dr. Beşir GÖZÜBENLİ Beye** bu satırlar aracılığı ile şükran ve minnet hislerimi ifade etmeyi bir borç biliyorum.

Ayrıca tezin bilgisayarla yazımı esnasında kendilerinden büyük destek ve yardım gördüğüm, başta **Osman TIRAŞÇI VE Ahmet KUMAN** olmak üzere Eskişehir İl Müftülüğü personelini de burada anmayı ve kendilerine teşekkürlerimi ifade etmeyi bir görev addediyorum.

Bu araştırmamın hukuka, bilime ve hepsinden öte insanlığa, denizdeki bir damla miktarı da olsa katkı sağlamış olmasını ümit ederim.

Ocak, 2001
Eskişehir

KISALTMALAR

a. g. c.	= Adı Geçen Eser
a. g. m.	= Adı Geçen Makale
A. Ü. İ. F. D.	= Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
bkz.	= Bakınız.
b. y. y.	= Basım Yeri Yok
Çev.	= Çeviren
D. İ. A.	= Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
D. İ. B.	= Diyanet İşleri Başkanlığı
d. n.	= Dipnot
h.	= Hicri
krş.	= Karşılaştırınız
m.	= Madde
M. V. T.	= Medeni Kanun Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkındaki Tüzük
T. B. K.	= Türk Borçlar Kanunu
T. D. K.	= Türk Dernekler Kanunu
T. D. V.	= Türkiye Diyanet Vakfı
T. M. K.	= Türk Medeni Kanunu
T. T. K.	= Türk Ticaret Kanunu
trs.	= Tarihsiz
v.	= Vefatı
vb.	= Ve benzeri
vd.	= Ve devamı
V. K.	= Vakıflar Kanunu
V. T.	= Vakıflar Kanunu Tüzüğü

İÇİNDEKİLER

ÖZET	II
ABSCTRACT.....	III
ÖNSÖZ	IV
KISALTMALAR	VI
İÇİNDEKİLER	VII

GİRİŞ

I- ARAŞTIRMANIN MAHİYETİ	1
1. Konunun takdimi	1
2. Metod ve Kaynaklar	2
II- HUKUK İLMİ VE İSLAM HUKUKU	4
1. Hukuk İlminin Mahiyeti	4
2. Hukuk İlminin Konusu	5
3. Hukukun Evrenselliği	7
4. Hukuk-Din İlişkisi	10
5. Genel Hukuk Sistemleri Arasında İslam Hukukunun Yeri	14
5.1. “İslam Hukuku” Kavramı	14
5.2. “Şeriat” Kavramı	15
5.3. İslam Hukukunun Orijinallliği Meselesi	18
III- ŞAHIS VE ŞAHSİYET KAVRAMI	20
1. Hak Kavramı	20
2. Şahıs Kavramı	21
3. Ehliyet Kavramı	23
3.1. Vücub (Hak) Ehliyeti	24
3.1.1. Zimmet Kavramı	24
3.2. Eda (Fiil) Ehliyeti	26
4. Şahsiyet Kavramı	27
5. Şahıs Türleri	27
5.1. Hakiki Şahıslar	28
5.2. Hükmi Şahıslar	29
5.2.1. Hükmi Şahsın Tanımı	29

BİRİNCİ KISIM

BİRİNCİ BÖLÜM

Hükmi Şahsiyetin Tarihi Seyri

I- HUKUK TARİHİNDE HÜKMİ ŞAHSİYET	31
1. Eski Mısır Hukuku	31
2. Sümer Hukuku	32
3. Eski Yunan Hukuku	32
4. Roma Hukuku	33
5. Cermen Hukuku	36

II- İSLAM HUKUK TARİHİNDE HÜKMİ ŞAHSİYET	39
1. “İslam Hukukunda Hükmi Şahsiyet Bulunmadığı Görüşü	39
2. İslam Hukuk Tarihinde Hükmi Şahsiyete Delalet Eden Hüküm ve Esaslar	40
2.1. Kamu Hukuku Hükmi Şahısları	40
2.1.1. Devlet	40
2.1.2. Beytü'l-Mâl	44
2.2. Özel Hukuk Hükmi Şahısları	47
2.2.1. Vakıflar	47
2.2.2. Dini Müesseseler	48
2.2.3. Âkile	50
2.2.4. Cemiyetler	53
2.2.5. Şirketler	56
3. Hükmi Şahsiyetin Mevcut Olmadığına Delalet Eden Görüşler/Fetvalar	57

İKİNCİ BÖLÜM

Günümüz Pozitif Hukukunda Hükmi Şahsiyetin Genel Hükümleri

I- HÜKMİ ŞAHIS KAVRAMI, MAHİYET VE MUHTEVASI	61
1. Hükmi Şahıs Kavramı	61
1.1. Hükmi Şahıs Kavramını Açıklayıcı Teoriler	62
1.2. Hükmi Şahıs Kavramının Mahiyeti	64
1.3. Hükmi Şahıs Kavramının İslami Hukuk Açısından Temellendirilmesi	65
2. Hükmi Şahsiyetin Ayırıcı Nitelikleri	68
2.1. Hükmi Şahıslarla Hakiki Şahıslar Arasındaki Farklar	70
3. Hükmi Şahıslarda Şahsiyetin Başlangıç Anı	71
3.1. Türk Pozitif Hukukunda Durum	72
4. Hükmi Şahısların Çeşitleri	74
4.1. Bünyelerine Göre Hükmi Şahıslar	74
4.2. Tabi Oldukları Hukuka Göre Hükmi Şahıslar	75
II- HÜKMİ ŞAHISLARIN EHLİYETLERİ	78
1. Medeni Haklardan İstifade/Hak Ehliyeti	78
1.1. İntifa Hakkının Kullanımı Hususunda Hükmi Şahısların Durumu	80
1.2. Hükmi Şahısların Zekat Alma Ehliyetleri	82
1.3. Hükmi Şahısların Zekat Yükümlülükleri	85
2. Medeni Hakları Kullanma/Fiil Ehliyeti	88
2.1. Medeni Hakları Kullanma Yetkisi	89
3. Hakların Sınırlandırılması veya “İhtisas Prensibi”	89
4. Organ Mefhumu ve Organların Hukuki Mahiyeti	90
4.1. Organların Çeşitleri	93
4.1.1. Kanuni Organlar	94
4.1.2. İradi (İhtiyari) Organlar	95
4.2. Organların Fıkdanı (Mevcut Olmaması)	95
III- HÜKMİ ŞAHISLARIN TABİİYETİ	96
1. Tabiiyet ve Vatandaşlık Kavramları	96
1.1. İslam Hukukunda Tabiiyet	97
2. Hükmi Şahısların Tabiiyeti	100
2.1. Hükmi Şahısların Tabiiyetini Kabul Eden Görüş	101
2.2. Hükmi Şahısların Mutlak Olarak Tabiiyetini Kabul Etmeyen Görüş	102

3. Hükmi Şahısların Milletlerarası Mevcudiyeti	103
V-HÜKMİ ŞAHSİYETİN SONA ERMESİ	104
1. Hükmi Şahısların Sona Erme Halleri	104
1.1. İnfisah (Kendiliğinden Dağılma)	104
1.2. Fesih (Dağıtılma)	106
1.2.1. Hükmi Şahsın Kendi Kararı ile Fesih	106
1.2.2. Devlet Otoritesinin Kararı ile Fesih	106
2. Sona Ermenin Sonuçları	107
2.1. Tasfiye	108
2.2. Tahsis	108

İKİNCİ KISIM

BİRİNCİ BÖLÜM

Devletin Hükmi Şahsiyeti

I- DEVLET KAVRAMI	109
1. Devlet Teriminin Dayanağı	109
2. Devlet Kavramının Mahiyeti	109
2.1. Temel Nasslar Işığında Devlet Kavramının İslami Açıdan Temellendirilmesi	112
3. Devletin Din İle İlişkisi	116
II- DEVLETİN ŞAHSİYETİ	118
1. Şahsiyetin Dayanağı	118
2. Hakimiyet Kavramı	119
2.1. Hakimiyetin (Şahsiyetin) Sınırlandırılması	119
2.2. Devlet Hakimiyetini Sınırlayıcı Faktörler	121
3. Devlet Tüzel Kişiliğinin Çerçevesi	123

İKİNCİ BÖLÜM

Vakıf ve Derneklerin Hükmi Şahsiyeti

BİRİNCİ AYIRIM

Vakıfların Hükmi Şahsiyeti

I- VAKFIN HUKUKİ MAHİYETİ	125
1. Vakfın Dayanağı	125
2. Vakfın Tarifi ve Mahiyeti	127
3. Vakfın Hukuki Neticesi	128
4. Vakıfta Amaç	130
II- VAKFIN HÜKMİ ŞAHSİYET STATÜSÜ	132
1. Vakfın Kuruluşu (Şahsiyetin Başlangıcı)	132
2. Vakıf Tüzüğü	135
3. Vakfın Teşkilatı	139
3.1. Asli Organ Olarak Mütevellî ve Nâzır	140
3.1.1. Mütevellî	140
3.1.2. Nâzır	142
4. Vakfın İstibdâli	142
5. Vakıfta Amacın Değiştirilmesi	144
6. Vakfın Sona Ermesi	147

İKİNCİ AYIRIM

Derneklerin Hükmi Şahsiyeti

I- GÜNÜMÜZ MEVZU HUKUKUNDA DERNEKLERİN HUKUKİ STATÜSÜ	149
1. Dernek Kavramı	149
1.1. Derneğin Çeşitleri	150
2. Derneğin Unsurları	151
2.1. Kurucular	151
2.2. Gaye	151
2.3. İrade Beyanı	152
3. Organlar	153
4. Derneğin Sona Ermesi	154
II- İSLAM HUKUKU AÇISINDAN DERNEKLERİN HÜKMİ ŞAHSİYETİ	155
1. Müslüman Toplumlarda Dernek Fikri	155
2. Derneklerin Hükmi Şahsiyeti	156
2.1. Temel İslam Hukuk Nassları Bağlamında Dernekte Gaye Meselesi	157

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Şirketlerin Hükmi Şahsiyeti

I- ŞİRKET KAVRAMI VE TARİHİ GELİŞİMİ	159
II- ÂDİ ŞİRKETLER	160
1. Klasik Dönem İslam Şirketler Hukukunun Mahiyeti	161
1.1. Şirket Türleri	161
III- TİCARET ŞİRKETLERİ	164
1. Şahıs Şirketleri	164
1.1. Kollektif Şirket	164
1.2. Komandit Şirket	165
2. Sermaye Şirketleri	166
2.1. Anonim Şirket	166
2.2. Limited Şirket	168
3. Modern Şirket Türlerinin İslam Fıkhi Açısından Değerlendirilmesi	169
IV- ŞİRKETLERİN HÜKMİ ŞAHSİYETİ	172
1. Genel Olarak	172
2. İdare ve Temsil Açısından	174
3. Mali Sorumluluk Açısından	174
SONUÇ	176
BİBLİYOGRAFYA	178
ÖZGEÇMİŞ	182

G İ R İ Ş

I- ARAŞTIRMANIN MAHİYETİ :

1. Konunun Takdimi :

Tarihin ilk devirlerinde bütün insanlar “şahıs” muamelesi görmüyorlar ya da diğer bir ifadeyle hukuki ehliyet bakımından eşit bir konumda değerlendirilmiyorlardı. Örneğin hürler ile köleler arasında bu bakımdan önemli bir fark söz konusu idi ki, köleler hürlerin sahip olduğu hakların pek çoğuna sahip değillerdi. Ancak hukukun tedrici tekamülü neticesinde bugün için gelinecek noktada bütün insanlar hak ehliyeti bakımından eşit bir konumda kabul edilmektedirler. Hukukun tarihi süreç içerisinde gösterdiği gelişim bu noktada kalmamış, toplumsal hayatın pratik zorunluluklarının bir gereği olarak insanların dışındaki bazı soyut varlıklara da şahsiyet tanınması ihtiyacı hissedilmiştir. İşte “hükmi şahsiyet” kavramı, “gerçek şahıs” olarak da ifade edilen insanların dışındaki bazı topluluk ve kurumlara da bir hukuk süjesi olarak şahsiyet tanınmasını ifade etmektedir. Zira istisnasız bütün hukuk düzenleri, evrensel bir ölçütle, hukuki alanda sadece “şahıs” niteliğini haiz varlıkları muhatap kabul etmektedirler. Bu bakımdan “hükmi şahsiyet” terimi hukuk tarihinin en ilginç buluşlarından birisi olarak nitelendirilebilir.

Ancak hükmi şahsiyet terimi ile hükmi şahsiyet düşüncesini (en azından bunu andıran uygulamaları) birbirinden ayırt etmek gerekir. Zira müstakil olarak terimin/kavramın kullanılmaya başlanması birkaç bin yıllık hukuk tarihi göz önüne alındığında yakın bir geçmişe sahiptir. Halbuki insanın dışındaki varlıklara şahsiyet tanınması çok önceden beri bilinen bir uygulamadır. Bugün modern dünyayı tüzel kişilikler ihdas etmeye zorlayan sosyal ve teknik ihtiyaçların tarihin eski devirlerinde yaşayan toplumlar tarafından da hissedilmiş olması gayet tabiidir. Nitekim kavramın ortaya çıkmasından evvel, hukuk felsefesi bakımından metodolojik bir temele oturtulmamış bile olsa tüzel kişilik uygulamalarının mevcut olduğu tarihi verilerle ortaya konulmuş bulunmaktadır.

Bu uygulamalar bağlamında, çoklukla savunulduğunun aksine batı hukukunun — ve bunun menşei olması hasebiyle Roma hukukunun — kavrama ulaşılmasındaki katkıları kadar Müslüman toplumların ve hukukçularının katkılarının olup olmadığı, var ise hangi düzeyde gerçekleştiği de sorgulanmaya değerdir.

Zira “İslam hukukunda hükmi şahsiyete yer verilmediği” yönündeki oryantalist görüş, sadece teorik (kavramsal) yönü ile değil, aynı zamanda geçmiş dönem uygulamaları açısından da Müslümanların bu konuya yabancı oldukları iddiasını içermektedir. Fakat, klasik fıkıh külliyyatında yer almayan bu terimin/kavramın, sırf bu nedenle İslamî olamayacağı

düşüncesinin doğurduğu tereddütler göz önüne alındığında bu düşüncenin aynı zamanda Müslüman bilginlerce de kısmen paylaşıldığı ifade edilebilir.

Dolayısıyla yakın zamanlara kadar, müslüman hukukçuların “*hükmi şahsiyet*” kavramı üzerindeki tereddütlerinin bir sonucu olarak bu konu hem usul (metodoloji) hem de hukukî uygulamaları yönünden yeterince irdelenmemiş, hukukî felsefesi açısından yeterince tahlil edilmemiştir. Özellikle ülkemizde bu konuda yapılmış müstakil bir çalışma hemen hemen yok gibidir. Tesbit edebildiğimiz kadarıyla bu konuda doktora düzeyinde yapılan ilk çalışma budur. Bu konuda Uludağ Üniversitesi’nde 1996 yılında **M. Ali YARGI** tarafından yüksek lisans tezi hazırlanmış ise de bu, bu konuda daha önce ortaya koyulmuş görüşler ışığında yapılmış bir derlemedir ve tezin sonuç kısmında bu konuda bir doktora çalışmasına ihtiyaç olduğu görüşü yer almaktadır.

İslam dünyasının geneli esas alınacak olursa bugüne kadar bu konuda yapılan çalışmalar ya bir makale düzeyinde kalmış ya da bazı eserlerin bir fasıl başlığı altında sathî olarak değerlendirilmekle yetinilmiştir. Bu hususta bugüne kadar ortaya konulan mütalaalarda meseleye daha ziyade cevaz/adem-i cevaz ekseninde bakılmış, kimilerince hükmi şahsiyet olgusu İslam hukukuna uygun addedilirken kimilerince bu kavramın İslam hukukuna uygun olmadığı yargısına varılmıştır.

Biz ise bu çalışmamızda İslam hukukunda hükmi şahsiyetin olup olmadığını tartışmanın ötesinde, İslamî telakkiler göz önüne alınarak bu kavramın hukuki, metodolojik ve bu ikisine bağlı olarak felsefî açıdan temellendirilmesini amaç edinmiş bulunmaktayız. Yani meselenin, bugünün toplumsal zaruretleri karşısında İslam hukuku açısından hükmi şahsiyetin kabulü ve uygulamasının hukuki bir zorunluluk olarak algılanmasının ötesinde — ki bugünün genel kabulü bu yöndedir — İslamî telakkiler açısından bu kavramın mahiyetini belirlemek, onu nasıl bir çerçeveye oturtabileceğimizi sorgulamak gerektiği inancıdayız. Diğer bir tabirle Batı tarafından icad edilmiş bu kavramı hangi düzeyde İslamileştirebileceğimizi¹ ortaya koymak hususunda, sahasında yazılmış ilk eser olmak iddiasını taşımamakla birlikte, bu konuda daha önce ortaya koyulan görüşlere yeni ve aktüel yorumlar katmak hedeflenmiştir. Nitekim son bir asır içerisinde, Osmanlılar da dahil olmak üzere müslüman toplumlar hükmi şahsiyete ait düzenlemelerinde genel hükümler itibariyle batı kriterlerini esas almışlar, mefhum olarak kendilerine yabancı olan bu konuyu, bunun mucidi saydıkları batı hukukunun esasları ile kabul etme zorunluluğu hissetmişlerdir. Hatta modern hukukçulardan bazılarının “*İslam hukukunda hükmi şahsiyet olgusu bulunmadığı*” yönündeki iddialarında da bu kabullenişin tesiri vardır.

2. Metod ve Kaynaklar :

“*Hükmi şahsiyet*” kavramı, birkaç bin yıllık hukuk tarihi göz önüne alındığında yeni bir kavram olarak kabul edilmelidir. Zira bu kavramın müstakil bir terim altında ilk kez 19. Asır başlarında kullanılmaya başlanıldığı bilinmektedir. Dolayısıyla Kur’an ve hadisler bir yana klasik fıkıh külliyatında dahi bu kavramın yer almamış olması gayet tabiidir.

¹ “*İslamileştirme*” ile kastımız, kavramın hem teorik hem de pratik yönü açısından İslam’ın temel dini ve hukuki prensiplerine uygunluğunu kriterize etmektir.

Bu itibarla konunun İslam hukuku açısından müsbet ve menfi yönlerinin ortaya konulabilmesi için öncelikle modern/pozitif hukukun hükmi şahsiyete dair esaslarının bilinmesi, İslamî tetkik ve tahlillerin bu normlar baz alınarak yapılması gerekmektedir. Diğer bir tabirle modern hukukun hükmi şahsiyetle ilgili olarak vaz'ettiği herhangi bir kural, hüküm ya da bu kavrama ait herhangi bir statü İslam hukukunun temel prensiplerine/külli kaidelerine ya da Kur'an ve Sünnet nasslarına uygun olabilir veya olmayabilir; uygun olanlar hususunda herhangi bir tasrihte bulunmayı gerekli görmedik. Uygun olmayanları (ya da uygun addetmediklerimizi) ise dayanakları ile birlikte belirttik ve İslamî kriterler açısından mukabili/alternatifi olan görüşü, varsa geçmiş fakihlerin icthad ve fetvalarına dayanarak ya da tamamen kendi re'yimiz doğrultusunda belirttik.

Hükmi şahsiyet teriminin iki yönü vardır; birincisi hukuki açıdan kavram olan yönü, diğeri ise bu kavramın içeriğine dahil olabilen kurumlar yönü.. Örneğin tüzel kişilik statüleri açısından devlet, vakıf, dernek, şirket gibi.

Klasik kaynaklarımızda kavrama ait mütalaalar son derece sınırlı olmakla birlikte kavramın içeriğine dahil olabilecek kurumların hukuki statüleri itibariyle elimizdeki kaynaklar oldukça doyurucudur.

Kavrama ait mütalaaların yapıldığı muasır eserler de oldukça sınırlı sayıdadır. Bu hususta kendisinden istifade imkanı bulabildiğimiz kaynaklar arasında Mustafa Ahmed ez-Zerkâ'nın "el-Fıkhu'l-İslâmî fî Sevbihî'l-Cedîd" adlı eseri ile Abdülaziz el-Hayyât'ın "Eş-Şerikât fî's-Şeriatî'l-İslâmî" adlı eserlerini zikredebiliriz. Ayrıca bu konuda İmran Ahsen Niyazî'nin, Mecelletü'd-Diraseti'l-İslamiye'de yayınlanan "Meşruuiyyetü's-Şahsiyyeti'l-Maneviyye fî'l-Fıkhi'l-İslâmî" adlı makalesi ve Muhammed Tammum'un, Mecelletü'l-Hukuk ve's-Şeria'da yayınlanan "Eş-Şahsiyyetü'l-İtibariyye fî's-Şerati'l-İslamiyye" adlı makalesi ile Ali Abdullah Ahmed'in "Eş-Şahsiyyetü'l-İtibariyye fî'l-Fıkhi'l-İslâmî" adlı eseri de mevcut ise de biz bu çalışmalara ulaşamadık. Sadece ikinci elden bunlardan yararlanmaya çalıştık

Kurumların hükmi şahsiyet statülerinin belirlenmesinde kavramın özel nitelikleri baz alınarak müslümanların geçmiş tarihi/hukuki birikimleri çerçevesinde bir statü belirlenmeye çalışılmıştır. Bu hususta bolca kaynak mevcuttur ve bunlardan yeterince istifade edilmiştir. Bunların dökümü KAYNAKLAR bölümünde yapılmıştır.

Modern hukukun norm ve prensipleri hususunda ilk başvuru kaynakları olarak yürürlükteki mevcut kanunlar (T.C. Anayasası, Türk Medeni Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Dernekler Kanunu, Vakıflar Kanunu) zikredilmeye değerdir. Ayrıca kanun şerhleri ile diğer hukuk telifâtı da başvuru kaynaklarımız arasındadır. Bunların dökümü de KAYNAKLAR bölümünde yapılmıştır.

Öte yandan İslam hukuku alanında telif edilen klasik kaynaklara ait bilgiler, icthad ve hükümler yer yer günümüz şartlarına adapte olunmuş, günümüz şartlarında bu hükümlerin nasıl anlaşılması gerektiği/gerekeceğine dair mütalaalarımız gerekçeleri ile birlikte ortaya konulmuştur. Zira hukuk ilminin tamamen pratik bir vasfı haiz bulunduğu hakikati bu adaptasyonu zorunlu hale getirmektedir.

Bu çalışmamızda yer verdiğimiz mütalaalarımız, hukuki/metodolojik dayanakları açısından öncelikle ve pek tabii olarak, eğer o konuda buna delalet eden bir nass (ayet/hadis) varsa bu nasslara dayandırılmıştır. Bununla birlikte bu istidlalin, yani bu nassların o görüşe/hükme dayanak kabul edilip edilemeyeceğinin; bu istidlalin icthadi mahiyette olması hasebiyle red ve kabule elverişli olduğu da muhakkaktır.

Geleneksel hukuk tarihi süreci içerisinde müslümanlar nezdinde şariat ile hukukun birbiri ile özdeş hale getirilmesi neticesinde — ki bu kanaati doğrulayan pek çok ilginç örnek sunulabilir — , günümüzün bazı çağdaş meselelerinin mutlaka geleneksel otoriteye başvurularak çözümlenmesi zorunluluğu hissedilmektedir. En azından toplumun o hususta ikna edilmesinde klasik dönem hukukçuların — özellikle fakih imamların — görüşlerinin referans olarak alınması önemli bir kolaylık sağlamaktadır.²

Dolayısıyla bu çalışmamızda ortaya konulan görüşlere dair nassî bir dayanak elde edilememiş ise, varsa geçmiş dönem uygulamalarından, fakih imamların, öğrencilerinin ve bilahare müteakip hukukçuların buna ışık tutacak görüşlerinden, fetva ve hükümlerinden istifade olunmuştur. Bunlardan yararlanma durumunda muayyen bir mezhebe bağlı kalınmamış, mezhebler arasından günümüze en uygun görüş tercih edilmiştir. Zira günümüzde özellikle kamu hukuku alanındaki düzenlemelerde tüm mezheplerden (fikhî icthadlardan) yararlanılması zorunlu hale gelmiştir.

Araştırmanın genel çerçevesi içerisinde İslam Hukuku'na ait görüşler, gerek mevzu ve gerekse tasarı hükümler pozitif hukuka ait görüşler/hükümler ile birlikte verilmiştir. Bundaki amaç İslam Hukuku'nun hangi hususlarda modern hukukla uyumlu olduğu ya da modern hukuktan ayrıldığını ortaya koymaktır. Zaten modern hukuka ait hükümlerin önemli bir kısmında “*İslamîlik*” söz konusu olduğundan, bu iki sistemden herhangi birisini ön plana çıkartmak gibi bir amaç söz konusu değildir. Her ikisi arasında yapılacak mukayeseler hususunda bu tür bir mütalaada bulunulması ilmi objektifliğe aykırıdır.

II- HUKUK İLMİ VE İSLAM HUKUKU :

İslam hukuku kriterleri açısından “hükmi şahsiyet” kavramının sistematize edilebilmesi ve bunun doğru bir temele oturtulabilmesi için “İslam hukuku” kavramı ile kastedilen anlam ve muhtevanın belirginleştirilmesi büyük bir önem arz etmektedir. Bunu hukuk ilminin genel ve evrensel prensipleri doğrultusunda yapmaya çalışacağız.

1. Hukuk İlminin Mahiyeti :

Hukuk için pek çok tarif yapılmıştır.³ Bu tarifler birbirini tutmamakla beraber hepsinde öz ve müşterek olan noktalar vardır. Dolayısıyla ancak bu ortak noktalar çerçevesinde hukukun mahiyeti ortaya konulabilir. Bunları şu şekilde tespit edebiliriz:

² F. Rahman da, geleneğe olan bağlılığı hâla güçlü bir şekilde muhafaza eden halk tabakası açısından bunun kaçınılmaz olduğunu düşünmektedir. (F.Rahman, *İslamî Çağdaşlaşma; Alanı, Metodu ve Alternatifleri*, (Çev.Bekir DEMİRKOL), İslami Araştırmalar Dergisi, c.4 , s.4, Ekim,1990, s.315)

³ * “ *Hukuk, cemiyet halinde yaşamak zorunda olan insanların toplu yaşayışlarını mümkün kılabilmek için, umurun faydasını veya topluluğun müşterek iyiliğini elde etmek maksadıyla, otorite sahibi bir makam tarafından konmuş ve* ”

- a) Hukuk, cemiyet hayatını nizamlayan ortak kurallardır,
- b) Bu kurallar otorite sahibi bir makam (yani devlet) eliyle konulmuştur,
- c) Bu kurallar, kendilerine uyulması hususunda devlet kuvveti ve kudreti ile müeyyidelendirilmiştir. Yani kuralların ihlali durumunda tatbik edilecek cezalar tayin olunmuştur. Tabii devletin de bu cezaları tatbik etme kuvvet ve kudretinin bulunması gereklidir.

Öte yandan şurası da göz ardı edilmemelidir ki hukuk, kendisine konu olan, fertler arasındaki münasebetlerin unsurlarını yani hukuki netice doğuran fiil ve muameleleri vücuda getirmez, bilakis onları tabii olarak teşekkül etmiş bulur ve ancak onları tayin eder ve denetim altına alır. Yani önceden mevcut bir şeyi tanıır ve mukabil talep hudutlarını tespit ederek ona şekil verir.⁴ Diğer bir ifadeyle evlenmeden devlete kadar hiçbir kurum hukuk tarafından yaratılmamış ama hukuk tarafından düzenlenmiştir. O halde insanlar arası ilişkilerden büyük çoğunluğunun hukuk tarafından oluşturulmadıklarını, ancak bunlardan bir bölümünün hukuk tarafından sadece düzenlendiklerini söyleyebiliriz.⁵

Buradan hareketle gayet net bir şekilde diyebiliriz ki, hukuki tanzime ihtiyaç gösteren bütün hukuki vakıalar bütün toplumlarda hemen hemen aynıdır. Bu ayniyet (benzerlik) bazen tatbik olunan hukuki kurum ve kaidelerde de kendisini gösterir. Hatta bu sebeble *"hukuki kaidelerin milli değil, evrensel olduğu"* ⁶ ifade edilmiştir. Nitekim birbirleri ile herhangi bir tarzda sosyal münasebeti olmayan, dolayısıyla birbirlerini örnek almadıkları sabit olan muhtelif kavimlerde aynı müesseseleri (hukuki kuralları ve tanzim şekillerini) bulmak mümkündür. ⁷

O halde oryantalistlerin sürekli savundukları, **İslam Hukuku'nun Roma Hukuku'ndan iktibas olduğu** tezine dayanak teşkil eden, her iki hukuk sistemi arasındaki hukuki kurumlarda ve hâl tarzlarındaki benzerliklerin de bu görüşle izah edilmesi kanaatimizce daha uygundur. Zira tarihi, coğrafi ve içtimai şartlar böyle küllî bir iktibas tezini doğrular nitelikte değildir.

2. Hukuk İlminin Konusu :

Hukukun üç ana mefhum ile ilgilendiğini söyleyebiliriz;

müesseriyyetini temin etmek için prensip itibariyle müeyyidelendirilmiş bir ictimai hayat kaidesidir. (Erim, Nihat, **Amme Hukuku Dersleri**, Ankara, 1942, c.I. s.7)

* *"Hukuk, cemiyeti nizamlayan ve devlet müeyyideleri ile kuvvetlendirilmiş bulunan kaidelerin bütünüdür; devlet müeyyidesinden maksat devletin cebir ve zoru, yani hukuka riayet etmeyenlere karşı kullanılan devlet kuvvetidir."* (Velidedeoğlu, H. Veldet, **Türk Medeni Hukuku'nun Umumi Esasları**, IV. Baskı, İstanbul, 1951, s. 5)

* *"Toplum hayatında kişilerin birbirleri ile ve toplumla ilişkilerini düzenleyen ve uyulması kamu kudreti ile desteklenmiş bulunan sosyal kuralların bütünüdür."* (Akıntürk, Prof. Dr. Turgut, **Medeni Hukuk**, Savaş Yayınları, V. Baskı, Ankara, 1994, s.3)

⁴ Dell Vecchio, Giorgio, **Hukuk Felsefesi Dersleri**, (Çev. S. Kemal Yetgin), Maarif Mtb. İstanbul, 1940, s. 227

⁵ Can, Doç. Dr. Cahit, **Oluşum Süreci İçerisindeki Hukuk Sosyolojisi**, Savaş yayınları, Ankara, 1992, s.3

⁶ Dell Vecchio, s. 17

⁷ Dell Vecchio, s.18

- 1- Şahıslar,
- 2- Haklar ve Vecibeler,
- 3- Hukuki netice doğuran fiil ve hareketler/muameleler.⁸

Bu sonuncusu ile ilgili olarak yine üç ayrı terimden daha bahsetmek gerekir. Bunlar; **hukuki vâkıa, hukuki fiil ve hukuki muameledir.**

a) Hukuki Vâkıa :

Bütün vâkıa veya hadiseleri iki kısma ayırabiliriz: Basit vâkıalar ve hukuki vâkıalar.

Basit vâkıalar, hukuk için önemli neticeleri olmayan vâkıalardır.

Hukuki hadiseler ise, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak hukuki açıdan önemli neticeler doğuran, yani bir hakkın veya borcun/alacağın doğuşu, el değiştirmesi veya ortadan kalkması kendilerine bağlanmak suretiyle normlar tarafından nazarı dikkate alınmış vâkıalardır.⁹

Genellikle bu suretle anlaşılan hukuki vâkıalar, sadece iradeye bağlı fiiller değil aynı zamanda irade dışı meydana gelen fiziki hadiseler de olabilir; örneğin, doğum, ölüm, rüşş yaşının imkanı, bir binanın yıkılması vb.¹⁰

b) Hukuki Fiil :

Muayyen bir tarzda hukuki neticeler meydana getiren insan fiillerinin tamamıdır. Diğer bir tabirle iradeye dayanan hukuki vâkıalardır.

Hukuki fiiller ya meşru (mubah) bir fiildir ya da kanunen yasaklanmış (memnu) bir fiildir. Memnu olan hukuki fiiller ya kanunen yasaklanmış bir şeyi icrâ (yapma) veya kanunen emredilmiş bir şeyi terk (yapmama) şeklinde tezahür ederler ki, neticesi itibariyle başkalarının haklarına bir tecavüzü içerirler. Dolayısıyla medeni ve cezai müeyyidelerle (zararın tazmini ve sair cezalar gibi) memnuiyetlerini meşru kılarlar.¹¹

c) Hukuki Muamele :

Hukuki neticeler doğurmak üzere yapılmış, iradeye dayanan ve mubah (meşru/kanuni) fiillerdir. Diğer bir ifadeyle kanuna uygun olarak bir hak veya borç doğurma maksadıyla iradenin tezahürüdür.

⁸ Abadan, Prof. Dr. Yavuz, **Hukuk Başlangıcı ve Tarihi**, İstanbul, 1943, s.45

⁹ Dell Vecchio, s.237

¹⁰ Velidedeoğlu basit bir hadisenin yerinde nasıl hukuki bir hadise niteliği kazanabileceği hususunda şu örneği vermektedir:

"Dağ başına yıldırım düşmesi basit (alelâde) bir hadisedir. Fakat bu yıldırım bir gün evvel B'nin A'ya sattığı fakat teslim etmediği bir ineği öldürürse, bu tabii (basit) hadise aynı zamanda hukuki bir hadise mahiyeti kazanır. Çünkü bu hadiseden A'nın B'ye ineğin parasını ödeyip ödemeyeceği veya B'nin ölen inek yerine başka bir inek vermesinin gerekli olup olmadığı gibi birtakım hukuki meseleler meydana gelir." (Velidedeoğlu, **Umumi Esaslar**, 280)

¹¹ Dell Vecchio, s.238

Hukuki muamele ya bağısta olduğu gibi tek taraflı bir iradenin ızharı, ya da akitlerde olduğu gibi birden fazla iradenin ittifakı ile meydana gelir. Yani hukuki muameleler tek taraflı veya iki taraflı olmak üzere ikiye ayrılırlar.

Hukuki hadiselerin en önemli kategorisini hukuki muameleler oluşturur.¹²

Bu tasniften anlaşılacağı üzere her hukuki muamele, hukuki bir fiildir; fakat her hukuki fiil, hukuki bir muamele değildir. Keza her hukuki fiil, hukuki bir vâkıadır; fakat her hukuki vâkıa, hukuki bir fiil değildir.

Adına ister İslam hukuku, ister Roma isterse Cermen hukuku denilsin, mevcut veya geçmiş bütün hukuk düzenleri açısından hukukun konusu evrenseldir. Sadece sınıflandırma açısından detaydaki küçük ayrıntılardan söz edilebilir.¹³

3. Hukukun Evrenselliği :

Hukukun menşeiini ilk nüve cemiyetlere kadar götürebiliriz. Yani hukuk tarihinin insanlık tarihi ile eş zamanlı olduğunu öne sürebiliriz. O halde bir bütün halinde medeniyetlerin bu ilk çekirdek toplumlar eliyle gelişip tekamül ettiğini, dolayısıyla hukuki müesseselerin de, gittikçe genişleyen ve çeşitlenen kavimlere yine bu ilk insanlar — ilk cemiyetler — vasıtasıyla sirayet ettiğini de kabul etmeliyiz.

Bundan dolayı çeşitli kavimler arasında hukuki kavram ve kurumlarda birbirine müşabih (benzer) pek çok yön bulabiliriz. Hukuk tarihçilerinin çok yerinde bir tespiti ile, hukuki hayatın bazı vasıfları vardır ki, biz onları bugün medenileşmiş milletlerin en eski hatıralarında, bugünkü vahşilerin adetlerinde ve “dûn” denilen ırklarda aynen bulabiliyoruz.¹⁴

¹² D. Vecchio, 239

¹³ İslam Hukukçuları hukuki netice doğuran fiil ve hareketleri iki kategoride ele almışlardır:

a) Hukuki hadiseler/ vâkıalar, b) Hukuki tasarruflar.

Tasarruf; “*şahsın iradesiyle meydana gelen ve kanun koyucunun hukuki neticelerini kabul ettiği, hükümler koyduğu her şeydir.*”

Fiili ve kavli tasarruf nevilere ayrılır. Fiili tasarruflar sözle değil, fiillerle tamam olur; gasb, katl, yaralama gibi.

Kavli (sözcüye dayalı) tasarruflar da üç kısma ayrılır:

1) İki tarafın iradesine delalet eden tasarruflar; bunlar akitlerdir.

2) Tek bir şahsın iradesine delalet eden tasarruflar; hibe, vakıf, vasiyet gibi.

3) İki irade arasında irtibat olmayan, hak inşasına veya iskatına yönelmiş tek bir irade de sayılmayan, sadece hukuki ve cezai hükümler terettüp eden sözlerdir. İstira ve hakaret gibi suç meydana getiren ve tecziyeyi gerektiren sözler bu nevidendir.

Buna göre tasarruf akitten daha umumidir; her akit bir tasarruftur fakat her tasarruf akit değildir.

Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Zeydan, Prof. Dr. Abdülkerim, *İslam Hukuku'na Giriş* (Çev. Ali Şafak), Kayıhan Yayınları, II. Baskı, İstanbul, 1985, s.421-424; Karaman, Doç. Dr. Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, Nesil Yayınları, İstanbul, 1991, c.II, s.26 vd.

¹⁴ Dell Vecchio, s. 277

Örneğin; **İslam ceza hukukunda** geçerli olan, *katl* fiilinin cezası olarak K.Kerim nassları ile tayin olunan ¹⁵ “**kısas**” cezasının önceki kavimlerce de bilindiği ve uygulandığı hukuk tarihçileri tarafından tespit edilmiş bulunmaktadır. Mesela **Eski Yunan**’da kasten öldürmenin cezası kısas (idam), hataen öldürmenin cezası ise diyet olarak kararlaştırılmıştı ki ¹⁶, **İslam Hukuku**’nda da hataen öldürmenin cezası *diyettir*. Yine **Eski Çin Hukuku**’nda ¹⁷ ve M.Ö. 2000 yılına kadar uzanan **HAMMURABİ KANUNLARI** ile tanzim olunan **Babil Hukuku**’nda da hürlere, işledikleri cinayetlerden dolayı uygulanan ceza kısasa -kısastır. ¹⁸ Keza **Roma Hukuku**’nda da XII LEVHA KANUNLARI (M.Ö. V. Asır) ile kişisel öç almaya prensipte set çekilmiş, dişe diş, göze göz diyebileceğimiz “kısas” usulü ancak tarafların anlaşamaması halinde geçerli kılınmıştır. ¹⁹ **İslam Hukuku**’nda da bizzat Kur’an nassı ile, maktûlün velisinin katili kısıstan affı durumunda kisasın düşebileceği ve diyetin devreye gireceği belirtilmektedir. ²⁰ Yine **XII Levha Kanunu**’na göre, adam öldürme suçunun faili hakkında ölüm cezasının (kısas) uygulanabilmesi için onda kastın mevcudiyeti de bir şart olarak aranmıştır. Yani kısas ancak kasten öldürmelerde uygulanmakta idi. ²¹ Aynı statünün **İslam ceza hukukunda** da geçerli olduğunu belirtmiştik. ²²

Bir başka örnek de Roma hukuku ile ²³ İslam hukukundaki “**mükatep köle**” statüsü arasındaki ilginç benzerlikte karşımıza çıkmaktadır.

Yine bu meyanda, ortaçağ krallıklarında çok yaygın olarak kullanılan “**tımar**” (iktâ’) usulünün tarihin çok daha önceki devirlerinde, **Asur, Babil ve Hititler**’de de bilindiği ve uygulandığı örneği verilebilir. ²⁴

Bir başka örnek de şudur: İslam hukukçularının — Hanefilerden bir kısmının dışında kalan — ekserisinin kabul ettiği bir esasa göre, bakire bir kadının nikah akdi yapabilmesi için velisinin onayı (muafakati) şarttır. Bu hususta kadının velayetine sahip olanlar sırasıyla babası, dedesi, erkek kardeşi, amcası, amcasının oğlu ... dur. Bunlardan hiçbirinin olmaması durumunda ise velayet yetkisi devlet başkanındadır. ²⁵ Haddizatında bu hüküm Hz. Peygamber

¹⁵ Bakara, 178

¹⁶ Arsal, Maksudi, **Umumi Hukuk Tarihi**, III. Baskı, İstanbul, 1948, s.121; Okandan, R. Galip, **Umumi Hukuk Tarihi Dersleri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları: 465, İstanbul, 1951, s.290-291

¹⁷ Abadan, s. 116 ; Okandan, s. 42

¹⁸ Abadan, s. 113 ; Okandan, s. 144

¹⁹ Okandan, s.478 vd. ; Erdoğan, Prof. Dr. Belgin, **Roma Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 41 ; Rado, Prof. Dr. Türkan, **Roma Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997, s. 16

²⁰ Bakara, 178

²¹ Okandan, s. 479

²² Karşılaştırınız; K.Kerim, Bakara, 178 ve Nisa, 92

²³ Dell Vecchio, s. 228

²⁴ Bilgiç, Dr. Emin, “**Çivi Yazılı Hukuki-İktisadi Kaynaklar: Mahiyet ve Muhtevaları**”, Türk Tarih Kurumu BELLETEN Dergisi, Ekim-1947, sayı: 44

²⁵ İbn Rüşd, **Bidayetü’l-Müctehid**, Kahraman Yayınları, İstanbul, 1985, c.II, s.10-12 ; Şirbini, Muhammed el-Hatib, **Muğni’l-Muhtac**, Mısır, 1958, c.III, s.150 vd. ; DAMAD, Abdullah b. Şeyh Muhammed, **Mecmau’l-Enhur**, Matbaai Amire, 1328 h. . c. I, s.338 vd. ; Zuhayli, Prof. Dr. Vehbe, **el-Fıkhu’l-İslâmî ve Edilletühü**, (Çev. Heyet) . Feza Yayıncılık, İstanbul, 1994, c.IX, s. 150 vd.

(sav)’in bir hadisine dayandırılmaktadır.²⁶ Kadının evlendirilmesi hususunda velisinin muvafakatinin zorunluluğu ve hatta gerektiğinde devlet başkanının velayet yetkisi kullanmasına dair statü **Eski Yunan hukukunda** da cârî bir uygulama idi.²⁷

Bu örnekleri belki daha da çoğaltmak mümkündür. Ancak bizim buradan hareketle esas olarak tespit etme ihtiyacı hissettiğimiz husus, hukuki mefhum, kurum ve kurallarda çeşitli zaman ve coğrafyalarda yaşamış ve yaşamakta olan kavimlerde görülen ilginç benzerliklerdir. Şüphesiz bu durum bize hukukun “**evrensel**” nitelikli olduğunu ispat etmektedir. Bu benzerlikte kavimlerin birbirinden etkilenmelerinin tesirleri olduğunu kabul etmekle birlikte, batılların; **Tabii hukukun** “*mutlak akıl*”dan neş’et eden evrensel ilkelerinin pek tabii bir sonucu olarak gördükleri üzere bunlar, bu kavimlerin birbirlerinden habersiz olarak icad ettikleri kurumlar da olabilir. Örneğin, ilkel veya gelişmiş bütün toplumlarda, akitlerin mutlaka “*icab ve kabul*”e dayanması hususunda bu kavimlerin birbirinden etkilenmiş olmaları gerekmez. Bu, insan tefekkürünün ortak icadıdır. Belki bu bağlamda, icab ve kabulün dış aleme ızhârını sağlayan şekil ve formalitelerde bir farklılıktan söz edilmesi mümkündür.

Öte yandan kavimler arasındaki hukuki müesseselerdeki benzerliklerde karşılıklı etkileşimin yani hukuki iktibasların mevcudiyetini de yok farzedemeyiz. Bu, tarihi süreç içerisinde pek çok defa vuku bulmuştur ve bu tesirler hâlâ da süregelmektedir. Hatta Roma Hukuku’nun yerel (millî) bir hukuk olmaktan çıkıp, kendi dönemi içerisinde daha evrensel bir kabule mazhar olmasında çok önemli bir etkene sahip **XII Levha Kanunları**’nda bile Yunan kanunlarının çok yoğun bir tesiri vardır. Çünkü bu kanun M.Ö. 451’de üç kişilik bir heyetin, Yunan hukuku ve özellikle **Solon**’un kanunları üzerinde incelemeler yapmak üzere gerçekleştirdikleri Yunanistan seyahatinin akabinde vücuda getirilmiştir.²⁸ Nitekim daha somut bir örnek olarak; bütün Avrupa hukuk sistemlerine — ve hatta İsviçre Medeni Kanunu vasıtasıyla Türk Medeni Kanunu’na da — Roma Hukuku’ndan geçmiş bulunan “**ipotek**” (**hypothèque**) kavramını Romalılar, Yunanlılar’dan almışlardır.²⁹

Böyle olmakla birlikte başka kavimlere en çok tesir eden hukuk sisteminin **Roma Hukuku** olduğu iddia olunmuştur ki, doğrudur. Zira XI. asrın ortalarından sonra Roma Hukuku Bologna’da (İtalya) dikkate şayan bir şekilde ortaya çıkmıştır. “**Haşiyeci**” denilen birtakım hukukçuların Roma hukukunun kaidelerini işlemek suretiyle İtalya’da kurdukları mektep bugünkü Avrupa hukukunun kaidelerinin teşekkülüne zemin hazırlamıştır. Mektebin kurucusu **Irneus**’tan sonra gerek İtalya’da gerek Almanya ve Fransa’da, Roma Hukuku’na ait metinler üzerinde şerh ve haşiyeler yapmak uğraşısı gittikçe yaygınlaşmıştır.³⁰ Bu suretle bugünkü Avrupa ülkelerinin hukuki sistemlerinin temelinde Roma Hukuku kaideleri vardır ve dolayısıyla bu ülkelerin hukuklarındaki alım-satım, karz, vedia, rehin, vekalet, şirket ve kefalet akitleriyle vekaletsiz iş idaresine dair pek çok hükümlerin kaynağı Roma Hukukudur.³¹

²⁶ Ebu Davud, Nikah, 20 (2083); Tirmizi, Nikah, 14 (1102); İbn Mâce, Nikah, 15 (1879)

²⁷ Okandan, s.280

²⁸ Okandan s. 417

²⁹ Arsal, Maksudi, s. 141

³⁰ D. Vecchio, s. 228

³¹ Rado, s. 11

Hukuki iktibaslar sadedinde, çok yakın dönemler (19. Asır) göz önüne alındığında şunu da ilave edebiliriz ki, **1807 tarihli Fransız Medeni Kanunu (Code Civile)** pek çok ülkeye tesirler icra etmiştir.³²

Keza İslam Hukuku'nda da, İslam topraklarının genişlemesi ve farklı kültürlerle temasın neticesi benzeri iktibas ve adaptasyonlar zaman zaman vukû bulan hadiselerdendir. Müslümanlar **Irak'**ı fethettikleri zaman oranın zirai mahsulatı ile ilgili kanunları değiştirmediler. **H. Ömer**, buranın vergi kanunlarını olduğu gibi bırakmış; buna mukabil **Suriye ve Mısır** kanunlarına aynı suretle muamele etmemiş, bu ülkelerin vergi kanunlarını gayrı âdil bulduğu için değiştirilmesini emretmişti.³³

Netice olarak şunu söyleyebiliriz: Her toplum diğer kavimlerin hukukunu benimseyebilir; uygun adaptasyonlarla onu kendisinin yapabilir. Çünkü hukuk sadece milli değil, bilakis beşeri (cvrensel) bir birikimdir.³⁴

4. Hukuk-Din İlişkisi :

İlk insan cemiyetlerinden beri din ile hukuk arasında, nazari bir tetkikle hatları birbirinden ayırt edilmesi kolayca mümkün olmayan bir ilişki hep vardır. Çünkü hukuk yazılı hale gelmeden evvel ilahi dinlerin kitapları yazılı idi ve bu kutsal kitaplar hukuki hükümleri ve içtimai düzenlemeleri de ihtiva ediyordu.³⁵ Bunlar zamanla gelenekselleştiler ve bu süreç içerisinde insanlar hukuku yazılı hale getirirken bunları örnek aldılar hatta bazılarını aynen iktibas ettiler. **Roma Hukuku'**nda da bu doğrultuda **Yahudilik ve Hristiyanlığın** az veya çok tesirleri vardır. Zira Roma hukukunun ilk devirlerinde hukukla iştigal edenler “pontif” denilen rahiplerdi.³⁶

Kur'an'da İsrailoğullarına (Yahudilere) kendi kitapları olan **Tevrat'**ta, cana veya bedene karşı işlenen cinayetlerin karşılığı olarak “*cana can, göze göz, buruna burun, kulağa kulak, dişe diş*” tarzında bir “kisas”ın kararlaştırıldığı bildirilir.³⁷ **Roma Ceza Hukuku'**nda da cinayetlerin cezası olarak “kisas” usulünün uygulandığını belirtmiştik. Mezkur ayetin bize işaret ettiği veçhile bu uygulamanın Romalılar'a **Yahudi Şeriatı'**ndan geçtiği kuvvetle muhtemeldir.

Ancak din ile hukukun gerçekten bir ilişkisinin bulunup bulunmadığını ortaya koymadan evvel çok önemli bir tespit yapmamız gerekiyor. Din, insanlara sadece, toplumsal münasebetlerini düzenlemek üzere hukuki kurallar vaz'eden bir müessese değildir. Dinin toplum üzerindeki fonksiyonu daha ziyade “*terbiyevî*”dir. Yani fertleri ve toplumu yüksek seciyeli bir ahlaka sahip kılmak dinin başlıca hedefidir. Diğer bir ifadeyle din, konulan zecrî hukuk kurallarının ne denli uygulanıp uygulanmadığından ziyade, bu kurallara fazlaca ihtiyaç

³² Fındıkoğlu, Ziyaeddin, **Hukuk Sosyolojisi**, İstanbul. 1944, s. 195

³³ Hamidullah, Muhammed, “**Roma Kanunu ile İslam Kanunu Arasındaki Münasebetler**”, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 1955/I-II, s. 77

³⁴ D. Vecchio, s.18

³⁵ Velidedcoğlu, **Umumi Esaslar**, 13

³⁶ Velidedcoğlu, age. , 12

³⁷ Maide, 45

hisssetmeyecek derecede örnek bir toplum inşâsına önem vermektedir. Bu yönüyle din, her şeyden evvel mensuplarının vicdanlarına **adalet, kardeşlik ve sosyal dayanışma** gibi mefhumları nakşetmeyi daha öncelikli olarak önemser. Bu yüksek idealleri her yönüyle benimsemiş bir cemiyette zecrî hukuk kurallarının çok önemli bir mevkie olmadığı gibi, dinin yeteri kadar nüfuzunun olmadığı bir toplumda da hukuk kurallarının “*dini*” olmasının zecriyyet (sakındırıcılık) açısından fazlaca bir önemi yoktur.

Böyle olmakla birlikte Batı’da yakın zamanlara kadar önemli bir yer edinmiş bulunan, hukukun dayanağının dini nasslar olduğu görüşünün (*teolojik nazariye*) uzunca bir dönem müslümanlar nezdinde de yankı bulduğunu söyleyebiliriz.

Müslümanlar nezdinde hukukun din ile irtibatlandırılmasında, Kur’an ve Sünnet nasslarında yer yer hukuki hükümlere de yer verilmiş olmasının çok önemli bir tesiri olduğu muhakkaktır. Ve zamanla, nasslarda yer alan hukuki düzenlemeler, bir yönüyle dayanakları itibariyle Kur’an ve Sünnet’e ait ve değiştirilemez (dogmatik) düzenlemeler olarak telakki edilmeye başlanıldığından genel olarak hukukun dayanağının Din/İslam olduğu düşüncesi ön plana çıkmıştır. Halbuki Kur’an’ın muamelata dair ayetlerinin, toplumun bazı meselelerine (sorularına veya taleplerine) çözüm olarak indiği, diğer bir ifadeyle hemen hemen her ayetin özel bir sebebe dayalı olarak indirildiği gerçeği gözardı edilmemelidir. Yani bunlar ile’l-ebed sabitleştirilmiş hükümler değildir. Nitekim Kur’an’ın muamelata dair koyduğu kimi hükümlerinde “*nesh*” yoluyla değişikliğe gidilmiş olması da, bu hükümlerin o andaki sosyal realite göz önünde bulundurularak meşru kılındığının çok önemli bir ispatı olarak değerlendirilebilir.

Yine Hz. Peygamber (sav)’in hukuki düzenlemelerle ilgili teşriî (yasamaya yönelik) uygulamaları da bu çerçevede değerlendirilmelidir. Daha açık bir ifadeyle bu düzenlemelerin “*peygamber*” sıfatıyla değil, “*Devlet Başkanı*” sıfatıyla yapılmış düzenlemeler olarak değerlendirilmesi daha isabetli bir yaklaşım olur. Nitekim Hulefa-i Raşidin dönemindeki kimi uygulamalar da Hz. Peygamber (sav)’in teşriî faaliyetlerinin bu çerçevede değerlendirildiğini göstermektedir.

Örnek olarak;

* Kur’an’da³⁸ kendilerine zekat verilecek sınıflar arasında “*Müellefe-i Kulûb*” (Kalpleri İslam’a ısındırılmak istenen yeni müslümanlar) da sayıldığı, Hz. Peygamber (sav) ve Hz. Ebu Bekr dönemlerinde bu gruba zekattan pay ödenmesine devam edildiği halde **Hz. Ömer** devrinde, kendisinin direktifi ile bu uygulamaya son verilmiştir.³⁹ Zira Ömer, ayetin bu hükmüne dayanak teşkil eden illetin ortadan kalkmış olduğunu düşünüyordu. Hatta **Hanefiler** Hz. Peygamber (sav)’den sonraki dönem itibariyle Müellefe-i Kulûb’un payının düşürülmüş olduğu hususunda icma olduğunu öne sürmüşlerdir.⁴⁰

³⁸ Tenvîr, 60

³⁹ Zuhayli, III, 360 ; Karaman, Hayrettin, *İslam Hukuku’nda İctihad*, D.İ.B. Yayınları, III. Baskı, Ankara, 1985, s. 71

⁴⁰ Merğîni, Ali b. Ebi Bekr b. Abdi’l-Celil, *El-Hidaye Şerhu Bidayetü’l-Mübtedî*, Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut, 1990, I, 120

* Hz. Peygamber (sav) kayıp devlerin yakalanıp alıkonulmasını yasakladığı halde⁴¹, **Hz. Osman** kendi hilafeti döneminde ahlakın bozulmaya yüz tuttuğunu, bu sebeple serbest dolaşan kayıp develerin, haksız olarak el konulup zayi edilebileceğini düşünerek, bunların ilan edildikten sonra satılması, sonra sahibi çıkınca parasının ona iade edilmesi şeklinde bir düzenleme yoluna gitmiştir.⁴²

* Hz. Peygamber (sav)'in bizzat kendi uygulaması ile sabit olan⁴³ alış-verişte muhayyerlik şartını öne sürebilmeyi ve böylece müşteriye belirli bir süre içerisinde alış-verişten cayma hakkını veren statü, Hz. Peygamber (sav)'den sonraki dönemde, nassların zahirine ittiba ile şöhret bulmasına rağmen **İbn Ömer** tarafından, ahlakın bozulması yüzünden insanların sözlerine güvenilemediği gerekçesiyle terkedilmiştir.⁴⁴

* Kur'an'da⁴⁵, savaş yoluyla elde edilen ganimetlerin beşte biri ayrıldıktan sonra geri kalanının gaziler arasında taksim edilmesi öngörülür. Nitekim Hz. Peygamber (sav) döneminde gerçekleşen Hayber'in fethindeki uygulama da bu suretledir.

Halbuki **Hz. Ömer** Kur'an ve Sünnet ile sabit olan bu statüyü Irak fethedildiğinde Irak arazisi için uygulatmamıştır.⁴⁶ Zira o arazinin gazilere verilmesi halinde bunların işletilmekten âtıl bırakılacağını ve böylece devletin buralardan elde edeceği gelirlerden mahrum kalacağını düşünüyordu.^(*)

Sahabe dönemindeki bu örneklerle ilaveten; Hz. Peygamber (sav) **Haşimoğulları**'na zekat almayı kesin bir üslupla yasakladığı halde⁴⁷ **Ebu Hanife** kendi döneminde, devlet eliyle kendilerine sağlanan gelirlerden mahrum bırakılmaları karşısında Haşimoğulları'na zekat verilebileceğine hükmetmiştir.⁴⁸

Bütün bu örneklerde ne sahabenin ne de sonraki dönemde Ebu Hanife'nin salt olarak nasslara muhalefet saikiyle hareket etmedikleri kesindir. Yani bu uygulama ve hükümler kesinlikle "*nasslara rağmen*" değildir. Dolayısıyla bütün bu örnekler bize şunu göstermektedir ki, hukuk kendi tabii şartları içerisinde gelişen ve şartların (ya da illetlerin) değişimi ile daha önce o mevzuda konulmuş bulunan hükümlerin değişimine elverişli olan ve bu yönüyle asla dogmatik ve statik olmayan bir olgudur.

Bununla birlikte hukuk ile din arasında inkar edilemeyecek bir münasebet/irtibat bulunduğu da muhakkaktır. En azından her ikisi de gayeleri itibariyle müşterektir. "*Zira her*

⁴¹ Buhari, Lukata, 2; Müslim, Lukata, 1-5; Ebu Davud, Lukata, 1 (1704-8); Tirmizi, Ahkam, 35 (1372)

⁴² Karaman, a.g.e. , s.75

⁴³ Buhari, Buyû, 41-44; Müslim, Buyû, 43-46 (1031 ...); Ebu Davud, Buyû, 53 (3454) ; Tirmizi, Buyû, 26 (1246)

⁴⁴ Karaman, a.g.e. ,s. 75

⁴⁵ Enfal, 41

⁴⁶ Konunun detayı için bakınız: Ebu Yusuf, *Kitabu'l-İlharâc*, (Çev. Ali Özek) , II. Baskı, İstanbul, 1973, s.57 vd. ; Karaman , a.g.e. s.75

^(*) Hz. Ömer, Irak'ın fethinde sadece araziye gaziler arasında dağıtırmamış, diğer menkul malları eskiden olduğu gibi yine gaziler arasında paylaştırmıştır.

⁴⁷ Buhari, Zekat, 60 ; Müslim, Zekat, 161 (1069)

⁴⁸ Kevsiri, Muhammed Zahid, *en-Nüketü't-Tarife*, Kahire, 1365 h. , s.246

ikisi de esas itibariyle ahlaki tesis etmek gayesini gütmedirler.”⁴⁹ Örneğin bütün semavi dinlerde şahsa, mülkiyete ve ırza yönelik tecavüzler kesin olarak yasaklanmıştır. Cana ve bedene karşı işlenen cinayetler, hırsızlık, gasp, zina ve ırza tecavüz, her türlü haksızlık, faiz, rüşvet ve benzeri yollarla haksız kazanç elde etme bütün semavi dinlerin müşterek yasaklarındandır. Bunlar aynı zamanda tarihin ilk devirlerinden beri hemen hemen bütün toplumların mevzu hukuklarında da müeyyideleri tayin edilmiş birer “suç” olarak yer bulmuşlardır. Diğer bir ifadeyle Din, mensuplarına örneğin adam öldürmeyi ya da zina etmeyi yasaklar ve aynı zamanda bu memnu fiilleri işleyenlerin toplum tarafından da cezalandırılmasını, dolayısıyla mevzu hukuk içerisinde bunlara müeyyideler tayin edilmesini de talep eder. Hukuk ile dinin birbirine iltibası işte bu noktada ortaya çıkmaktadır ki, dinin yasakladığı fiillere konulan hukuki müeyyideler çoklukla sanıldığığının aksine “*dinî*” nitelikli değildir. Örneğin Kur’an’da zina eden bekarlara değnek cezası (“celde”) önerilmektedir.⁵⁰ “*Celde*” o günün toplumunda bilinen ve diğer bazı suçlarda da uygulanan bir cezalandırma yöntemidir. Hatta bu yöntem **Asurlular**’dan (M.Ö. 1300-600) beri bilinen bir uygulamadır.⁵¹ Yani Kur’an, bu fiili işleyenlerin, o günün hukuki/içtimai müeyyideleri çerçevesinde cezalandırılmasını talep etmektedir.

Binaenaleyh hukuk ile dinin münasebeti “*ahlaki*” bir boyutu haizdir. Diğer bir ifadeyle bir ahlak kaidesi devlet müeyyidesine dayanınca artık bir hukuk kaidesi haline gelir.⁵² Yani hukukun şekillenmesinde dinin bir yönlendirmesinden bahsedilebilir. Nitekim hukukun ahlaktan soyutlanamayacağı bugün de temel bir ilke olarak bütün hukukçular nezdinde kabullenilmiştir. Hatta bu günümüz kanun metinlerinde bile yer almıştır.⁵³

Öte yandan bireylerin ahlaklı ve faziletperver birer kişi olmalarında hukuki müeyyidelerden ziyade dini müeyyidelerin rolü ve motivasyonunun daha tesirli olduğu da muhakkaktır. Zira ahlaki prensiplerin tek başına yaptırım gücü yoktur. Nitekim **David Steward**; “*Ahlak ilkeleri bizi ahlaklı kılmazlar; onlar emreder, kınar fakat motive edemezler. İhtiyaç duyduğumuz şey bizi ahlak prensiplerine uygun hareket etmeye muktedir kılacak bir motivasyon kaynağıdır*” diyor.⁵⁴ Bu motivasyon kaynağı da ancak DİN olabilir. Çünkü Din, sadece kötülüğe karşı cezai müeyyideleri olan değil aynı zamanda iyiliğe teşvik edici unsurları da olan bir müessesedir.

Netice olarak din sadece, insanlara işledikleri suçlara karşılık müeyyideler tayin eden bir hukuk sistemi değil, bilakis toplum hayatından “*suç*” kavramını yok etmeye çaba gösteren ve hatta düşmanına karşı bile “*âdil*” davranma duygusu aşıl原因 bir “*Fazilet Mektebi*”dir. Nitekim tarihçiler Osmanlı Devleti’nin, ilk devirlerinde çok kısa sürede büyük çaplı fütûhât başarısında askeri faktörlerden ziyade, toplumun “*sûfi*” bir İslam anlayışını benimsemiş olmasının çok daha etkin bir rolü olduğu görüşündedirler.⁵⁵ Zira onlar kendilerini “*kafir*”

⁴⁹ Berki, Prof. Dr. Şakir, *Medeni Hukuk-Umumi Esaslar*, II. Baskı, Ankara, 1969, s. 9

⁵⁰ Nur, 2

⁵¹ Okandan, s. 43

⁵² Velidedeoğlu, *Umumi Esaslar*, 12

⁵³ Örneğin **Türk Borçlar Kanunu**; “*mevzuu ahlaka ve adaba aykırı olan akitler batıldır, hüküm ifade etmez*” hükmünü hâvidir. (m. 20)

⁵⁴ Kılıç, Doç. Dr. Recep, *Ahlakın Dini Temeli*, T.D.V. Yayınları, Ankara, 1996, s. 162

⁵⁵ Akyol, Taha, *Osmanlı’da ve İran’da Mezheb ve Devlet*, III. Baskı, Milliyet Yayınları, İstanbul, 1999, s.12

düşmanlarına karşı bile “adalet” ilkeleri ile kayıtlı hissediyorlardı.⁵⁶ Adalet; eski yunanlı bir düşünürün çok veciz bir şekilde dile getirdiği üzere, “*kendine yapılmasını istemediğin bir şeyi başkasına yapmamaktır.*”⁵⁷

5. Genel Hukuk Sistemleri Arasında İslam Hukukunun Yeri :

İslam Hukuku’nun mahiyetinin anlaşılabilmesi hususunda öncelikli olarak “İslam Hukuku” kavramının delaleti üzerinde durulması gerekir. Zira kimi hukukçular tarafından öne sürülen “*İslam Hukuku’nda hükmi şahsiyete yer verilmediği*” yönündeki iddialar ya da en azından bunu çağrıştıracak mütalaalar⁵⁸ “Hükmi şahsiyet” kavramı kadar “İslam Hukuku” kavramının da, kendisinden kastedilen anlam ve muhtevası itibariyle net bir şekilde ortaya konulmasını gerektirmektedir.

5. 1. “İslam Hukuku” Kavramı :

Klasik kaynaklarda “İslam Hukuku” tabiri yer almaz. Buna karşılık literatürde, İslam’ın inanç esaslarından ayrı bir bölümünü teşkil eden ve müslümanların gündelik hayata ait hukuki düzenlemelerini ifade etmek üzere daha ziyade “*fıkh*” terimi kullanılmıştır. Fakat aynı zamanda ibadetlere ait esasları da içermesi nedeniyle “*fıkh*” terimi bugünkü “*hukuk*” teriminin müteradifi olarak kabul edilmemelidir.

“İslam Hukuku” terimi ise 19. Asırdan itibaren batılı hukukçuların ve özellikle oryantalistlerin, batı hukukunun — hatta bu hukukun menşei olması itibariyle Roma Hukuku’nun — karşısı olarak müslümanların, bugünkü anlamıyla “*hukuki*” olan esaslarını (düzenlemelerini) ifade etmek üzere kullandıkları [**The Islamic Law**] teriminin Türkçe’ye yanlış bir tercümesinden ibarettir. Kanaatimizce bunun doğru tercümesi “İslamî Hukuk” şeklinde olmalı idi. Nitekim yeni arapça literatürde “el-Fıkhü’l-İslâmî” terimi kullanılmaktadır ki, bu da aynı manayı ihtiva etmektedir.

Görünüşte her ikisi arasında bir anlam farkı olmadığı düşünülebilir ise de, “İslam Hukuku” tabiri, müslüman toplumlarda kullanılan bütün hukuki kavram ve kurumların sanki orijinal olarak dini nasslarla ortaya konulmuş olduğu kanaatini çağrıştıracığından bizi yanılgıya düşürülebilir. Halbuki gerçek böyle değildir. Ne Kur’an ne de Sünnet nassları daha önce mevcut olmayan ve bilinmeyen yeni bir hukuk sistemi vaz’etmiş değildir. Bilakis bu hususta İslam’ın tasarrufu, mevcut bir hukuki sisteme “*âdil*” bir nitelik kazandıracak reformlardan ibarettir denilebilir.

Ayrıca İslamî hukukun bu anlamda, hukuki bir müessese olarak Hz. Peygamber (sav)’in vefatıyla gelişimini tamamlamış olmadığı da bir hakikattir. İslamî hukukun gelişimi ve

⁵⁶ K.Kerim, Maide, 2

⁵⁷ Başgil, s.41

⁵⁸ Bu iddialar sadece batılı tarz hukuku savunan modern hukukçular tarafından değil aynı zamanda muasır kimi İslam Hukukçuları tarafından da dile getirilmektedir. Örneğin, anonim şirketlerin İslam Hukuku’na uygunluğu hususunda; bunların İslam Hukuku’na uygun olmadığını, zira anonim şirketler için bir tüzel kişilik statüsü söz konusu olduğu halde İslam Hukuku’nun, tüzel kişiliği tanımadığından anonim şirketi de tecviz etmesinin mümkün olamayacağını savunan görüşler bunu açıkça ortaya koymaktadır. (Bkz. Hayyat, Abdülaziz, *çş-Şerikat fi’t-Tesrii’l-İslami*, III. Baskı, Beyrut. 1987, II, s. 165)

tekamülü hususunda ilk etapta sahabenin ve müteakip asırlarda müslüman hukukçuların — özellikle mezheb imamlarının — katkıları inkar edilemez. Dolayısıyla İslamî anlayışta birşeyin “hukuki bir kural” olabilme kabiliyeti onun mutlaka Kur’an ve Sünnet nassları ile belirlenmiş olmasına değil, bu nassların belirlediği temel prensiplere uygunluğu ile alakalıdır. Binaenaleyh İslam, kendi bünyesine uygun olan her türlü hukuki uygulamayı iktibas etmek ve alıp uygulamak hususunda son derece “iletken” bir yapıyı haizdir. Bizzat Hz. Peygamber (sav)’in tatbikatıyla cahiliyye dönemine ait bazı uygulamaların olduğu gibi bırakılması bu hususta bizim için yeterli bir argümandır.

Uzunca bir süreden beri literatüre ve zihinlere bu şekliyle yerleşmiş bulunan bu tabiri biz de bu çalışmamızda kullanmaya devam edeceğiz. Ancak “İslam Hukuku” tabirinden “müslümanların kullanıma elverişli gördükleri bütün hukuk kuralları”nın anlaşılması gerektiğini de bir kez daha vurgulamakta yarar görüyoruz.

5. 2. “Şeriat” Kavramı :

Şeriat lügatta; *yol, âdet, misal* gibi anlamlara gelir. Fiil olarak kullanıldığında ise “açıklamak, tavzih etmek (açıklığa kavuşturmak), ızhâr etmek (açığa çıkarmak)” demektir.⁵⁹

Terim olarak şeriat kavramını “Din/İslam” ile özdeşleştirenler yanında, Din’in ameli yani bugünkü anlamında “hukuki” yönüyle müteradif kabul edenler de vardır.⁶⁰

Bu husustaki tartışmaların K.Kerim’de muhtelif yerlerde geçen “Şeriat” terimi (ve türevleri) üzerindeki yorumlardan kaynaklandığı görülmektedir. **Maide suresinin 48. Ayetinde** geçen; “Herbiriniz (her peygamber ve kavmi) için bir yol (şir’a) ve yöntem (minhac) belirledik” ibaresinden Din’in bütün peygamberler nezdinde aynı olduğu, farklı peygamberlere farklı muamelat esasları (farzlar-haramlar) belirlendiği anlamını çıkaranlar vardır. **İbn Abbas** ayetin devamındaki “eğer Allah dileseydi sizi tek bir ümmet yapardı” ifadesini de; “eğer Allah dileseydi sizi tek bir Şeriat üzere (zorunlu) kılardı” diye yorumlamıştır.⁶¹

Din’in “Şeriat”tan farklı olduğu, bütün peygamberlerin aynı din(i esaslar) ile mükellef olduğu halde her birinin farklı şeriatlarla sorumlu tutulduğu görüşünde olanların en mühim dayanağı, **Şura Suresi’nin 13. Ayetidir**. Bu ayette; “Hz. Muhammed’e vahyedilen ile Hz. Nuh’a, İbrahim’e, Musa’ya ve İsa’ya vahyedilen(din)in aynı olduğu” ifade edilmiştir. **Kurtubi**, burada kastedilen “Din”in iman esasları olduğunu, “Şeriat”ın kastedilmediğini, zira Din’in devamlı, müstakâr (değişmez) ve bünyesinde herhangi bir ihtilafa ve çekişmeye yer olmayan bir vasfı bulunduğunu, halbuki şeriatların hikmet ve maslahat gereği ve Allah’ın iradesiyle milletlerin zamanlarına göre farklılık arzettiğini belirtir.⁶²

⁵⁹ Heyet, *Mucemu’l-Vasîf*, Mektebtü’l-İslamiyye. İstanbul, trs. , s.486

⁶⁰ Bu husustaki tartışmalar için bkz. İslamiyat Dergisi, (Şeriat Özel Sayısı), Yıl. 1 , Sayı: 4, Ekim-Aralık 1998 (Tüm makaleler); Güler, İlhami, “Çağdaş Arap Düşüncesinde Din-Siyaset (Devlet) Tartışması”, Türkiye Günlüğü, Sayı:29, temmuz-Ağustos 1994, s.159

⁶¹ Güler, İlhami, “Din-İslam-Şeriat”, İslamiyât Dergisi, Yıl: 1 Sayı: 4. s. 65

⁶² Aynı yer.

Aynı şekilde **Ebu Hanife** de Din ile Şeriat'ın farklı içeriklere sahip, farklı kavramlar olduğunu belirtirken şöyle diyor; *"Allah'ın dini değiştirilemez. Nitekim din, tebdil, tahvil ve tağyir edilmemiştir.(Enbiya, 25; Rum,30) Şeriatler ise tebdil ve tağyir edilmiştir.(Maide, 48) Zira bir takım şeyler bazı insanlar için helal iken Allah onları diğer insanlara haram kılmıştır. Bir çok emirler vardır ki, Allah onların yapılmasını bir kısım insanlara emrettiği halde diğer insanları onları işlemekten nehyetmiştir. O halde şeriatler çok ve muhtelifdir."* ⁶³

Ebu Hanife, din ile şeriat arasındaki ayırıcı noktayı ortaya koyarken de şöyle diyor: *"Şeriatler farz kılınan şeylerdir. Eğer Allahın tüm emrettikleri Din olsaydı, bu durumda Allah'ın emrettiklerinden herhangi birini terk eden veya nehyettiklerinden herhangi birini işleyen kimse Allah'ın dinini terketmiş ve kafir olmuş olurdu."* ⁶⁴

Bu mütalaalardan şöyle bir netice çıkartılabilir: Din, Şeriat'ı da ihtiva edecek şekilde daha kapsamlı bir bütündür; Şeriat ise Allah tarafından insanlara bildirilen sadece ameli alandaki emir ve yasakları ihtiva etmesi hasebiyle Din'in kapsamı içerisinde yer alan ve onu tamamlayan *"bütün"*ün önemli bir parçasıdır.

Bu çerçevede karşımıza bir de klasik olarak **"Fıkıh"**, bugünkü kullanımı ile **"Hukuk"** terimi çıkmaktadır ki, zaten şeriat tartışmalarının odak noktası, Din ile Şeriat kavramları arasındaki münasebeti belirleyen mülahazaların içine fıkıh/hukuk teriminin de dahil edilmiş olmasıdır.

Çağdaş Arap düşünürlerden **Muhammed Abid el-Câbirî**, **"Şeriat"**kavramını, Kur'an'ın nuzûlü dönemindeki, ayet ve hadislerle vaz'edilen hukuki düzenlemeleri de içine alacak şekilde daha geniş kapsamlı düşünmekle birlikte, ona göre Hz. Peygamber (sav) dönemindeki **"Şeriat"**, ister Kur'an ayetleri, isterse Hz. Peygamber (sav)'in sünneti düzeyinde olsun, donmuş değildi. **"Nasih-Mensuh"**un varlığı ile birlikte gelişmeye açık, canlı bir şeriatı.. Bir hükümle belirli bir süre amel ediliyordu daha sonra *"ondan daha iyisi veya dengi bir hüküm"* (*) ile nesh ediliyordu. ⁶⁵

Bu düşüncesiyle şeriat ve fıkıh terimlerini birbirine müteradif ve tek bir kavram olarak kabul ettiği anlaşılan **Câbirî**, bununla birlikte, usulcülerin **"şeriat, insanların acil ve uzak (te'cil) menfaatlerini temin etmek için vaz'edilmiştir"** tanımlamasından hareketle sahabe ve tabiin döneminde şeriatın maslahat ve makasida dayalı olarak uygulandığını belirtir ve **Hz. Ömer**'in Irak topraklarını ayetlerin lafzî (literal) yorumuna göre gaziler arasında paylaşmak yerine bunu yapmamasını buna örnek olarak gösterir. ⁶⁶

Tarihi seyir içerisinde fıkıhın, sistematik olarak şekillenmesi ve belirginleşmesi çabaları çerçevesinde, ana kaynak olarak Kur'an ve Sünnet'ten beslenmiş olması bir anlamda fıkıh ile Şeriat'ı, bilimsel anlamda olmasa bile zihinsel olarak özdeş hale getirmiştir. Halbuki biz fıkıhı

⁶³ Ebu Hanife, **el-Alim ve'l-Müteallim**, (İmamı Azam'ın beş eseri/ çev. Mustafa ÖZ), Kalem Yayıncılık, İstanbul, 1981, s. 15-16

⁶⁴ Aynı yer.

(*) Bakara, 106

⁶⁵ Güler, **Çağdaş Arap Düşüncesinde...**, s.160

⁶⁶ Aynı yer.

(İslam Hukuku'nu) şeriat ile özdeşleştirdiğimiz zaman, farkında olmadan vahye dayalı olanla akla dayalı olanı aynı kategoriye sokmuş, Allah ve Peygamberinin temel bir nass (dogma) olarak vaz'ettiği hüküm ile herhangi bir beşerin aklı bir istidlal neticesinde — hatta bizzat nassın kendisi üzerindeki yorumlar da buna dahildir — ulaştığı hükmü doğruluk ve kat'iyet açısından eşitlemiş oluruz. Geçmişte hiçbir müctehid bunu iddia etmemiş, ictehadî görüşlerine böyle bir nitelik atfetmemiştir.

Ancak zaman içerisinde İslam hukukçularının hukuki teorileri de belki de bilinçsiz olarak “Şeriat” kapsamı içerisine dahil edilmekle bunlara bir anlamda dogmatiklik izafe olunmuş⁶⁷, bu da fakih imamlardan sonra “İctihad kapısının kapandığı” kanaatine ve dolayısıyla İslam Hukuku'nun bir süre sonra donuklaşmasına neden olmuştur.

Netice olarak DİN-ŞERİAT ve HUKUK/FIKH terimleri arasındaki farkı şöylece tespit edebiliriz:

Din; Allah'ın bütün peygamberlere değişmez bir vasıfla bildirdiği, aynı temel hakikatleri içeren esaslardır. Ama sadece itikadî unsurlardan ibaret de değildir. Örneğin Allah bütün insanlardan kendi şeriatları çerçevesinde “âdil” olmalarını da emretmiştir. Yani beşeri ilişkiler açısından bütün toplumlar adalet ile emredilmişlerdir ki, salt olarak “adalet” itikadî bir mahiyeti haiz olmadığı halde bütün dinlerin ortak konusudur.

Şeriat; sadece Allah'ın iradesiyle değişime elverişli olan, bu meyanda zamanlardaki farklılığa bağlı olarak maslahat gereği her peygambere farklı bir şekilde tayin olunan ameli esaslardır. Mesela, ibadetlere dair hükümler, emir ve yasaklar, farz ve haramlar gibi.

Fıkıh/İslam Hukuku terimi ise, zaman ve şartlara göre toplumsal meselelerin ihtiyaç hissettirdiği konularda kural koyma hususunda beşerî inisiyatiflerin daha ağırlıklı olarak aktif bir rol oynadığı ve her halükarda, şartların değişimi ile tabii olarak değişime elverişli olan hukuki düzenlemeleri karşılamaktadır.

Cabirî, İslamî hukukun (fıkıhın) güncelleştirilmesinin öncelikle fıkıh usulünün (İslam Hukuk Metodolojisi) güncelleştirilmesine bağlı olduğu görüşünü savunmaktadır. Ona göre fıkıh usulü kıyasın tasallutundan kurtarılacak “maslahat” veya “maksad” temeline dayalı olarak yeniden temellendirilmelidir.

Geçmişte şeriatın korumayı amaçladığı temel maslahatlar (**Makâsıdu's-Şeria**) *mal, can, ırz, din ve akıl* olmak üzere beş ana unsur olarak tayin edilmişti. **Cabirî'**ye göre bunlar bugün de korunması gereken temel haklardır. Fakat bugün bunlara ilave edilmesi gereken başka haklar da vardır: *Düşünce beyan etme ve siyasal örgütlenme hakkı, eğitim, sağlık, iş, beslenme, barınma ... hakkı.* Bütün bunlar “**Zaruriyât**”tandır. Her devrin kendisine has “zaruriyât”ı, “hâciyât”ı, “tahsinîyât”ı vardır. Eğer biz çağımızın zaruri ihtiyaçlarını şeriatın

⁶⁷ Mesela **Cevdet Paşa'nın**, Mecelle'nin 692. Maddesini Ebu Hanife ve İmameyn'in görüşleri hilafına **İmam Züfer'in** ictehadî doğrultusunda yazma teşebbüsü karşısında zamanın sair ulemasından. “Şeriat”ı delmekle itham olunarak aşırı bir tepki görmesi bunun tipik bir örneğidir. (Bu hususta bakınız: **Mardin, Ebu'l-Ula, Medenî Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa**, T.D.V. Yayınları, Ankara, 1996, s. 82)

temel amaçları haline getirebilirsek, o zaman şeriatımızı (hukukumuzu) önümüze çıkan her türlü sorunumuzu çözecek şekilde yeniden temellendirmiş oluruz.⁶⁸

5. 3. İslam Hukuku'nun Orijinallliği Meselesi :

"İslam Hukuku'nun orijinallliği" konusu iyi bir tetkike tabi tutulmadığı taktirde, bu alandaki diğer bazı meseleler gibi bizi yanlış telakkilere yönlendirebilecek niteliktedir. Aslında bu konunun, 19. asırdan itibaren batılı hukukçuların ve özellikle oryantalistlerin zaman zaman ortaya attıkları "İslam Hukuku'nun Roma Hukuku'ndan iktibas olunmuş bir hukuk olduğu" tezlerine karşı salt bir savunma saikiyle gündeme geldiği, meselenin önemli bir boyutunu teşkil ediyor ise de, bu hususta bizi yanlış bir yöne sevk etmeye müsait olduğu da gözardı edilmemelidir.

İslam Hukuku'nun hukuki kurumlar itibariyle Roma Hukuku ile bazı benzerlikler ihtiva ettiği bir gerçektir. Ancak bunların, aynı ihtiyaçların aynı kurum, kavram ve düzenlemeleri ortaya çıkarmış olması ile izahı daha uygundur. Nitekim hukukun bir yönüyle "evrensel" nitelikli olduğunu, birbirinden etkilenmedikleri kesin olan farklı toplumlarda bile benzeri düzenlemelerin olmasının gayet tabii olduğunu belirtmiştik.⁶⁹

Her şeyden evvel Hz. Peygamber (sav) henüz peygamberlikle görevlendirilmeden evvel bir toplum içerisinde yaşıyordu ve o toplumun da kendisine has hukuki kuralları (düzenlemeleri) vardı. Bugün "**Borçlar Hukuku**" alanına giren pek çok akdi onlar da biliyor ve uyguluyorlardı. Hatta muamelata dair olan ayetlerin genellikle "**medenî**" oldukları göz önüne alınacak olursa peygamberliğinin ilk yılları olan Mekke döneminde de Hz. Peygamber (sav)'in bu hukuki kurallarla bir süre iç içe yaşadığı bir vâkıdır. Daha ileri bir zamana doğru gelen ayetlerin Müslümanlar için öngörülen "**hukuk**"un şekillenmesini sağladığı açıktır. Ancak bunlar kesinlikle mevcut hukuki kurumları tamamen ortadan kaldırıp yerine yeni kurumlar ihdas etme tarzında değildir. Örneğin; "**diyet**" kurumu Cahiliyye toplumunda da vardı — hatta daha eskilerde Romalılar da bu kurumu tanıyorlardı — ve bu "**100 Deve**" olarak kararlaştırılmıştı. K.Kerim, maktûlün velisinin katili affetmesi durumunda devreye "diyet"i'n gireceğini ve bunun miktarının da "**ma'rûf**" üzere olduğunu belirtir.⁷⁰ "**Maruf**" ile teamül/örf ün kastedildiği açıktır. Nitekim Hz. Peygamber (sav) de uygulamada; cahiliyyeden beri uygulanmakta olan "**100 deve**" miktarını esas almıştır.⁷¹

Bunun dışında "**kölelik**" kurumu da İslam'ın icad ettiği bir kurum değildir. Çok eskiden beri yeryüzünde cârî olan bu müessese o günkü toplumun bir realitesidir. Fakat İslam bu müessesenin gayet ıslahı ve hatta tedricen ortadan kaldırılması yönünde çok köklü reformlar yapmıştır. Bununla birlikte o dönemde hakim olan genel telakkiye uygun olarak hukuki açıdan kölelerin hürlerle eşit statüde olmadığını İslam Hukuku da benimsemişti. Yani kölelerin hukuki açıdan hürlerle eşit statüde olmaması, Din'in bu yöndeki bir telkininden kaynaklanan bir durum değildir. Kölelerin hukuki statüsü Roma Hukuku'nda da aynıdır fakat bu, bu hususta Müslümanların Romalılardan etkilenmiş oldukları neticesini de doğurmaz. Bu,

⁶⁸ Güler, Çağdaş Arap Düşüncesinde... , s. 161

⁶⁹ Bkz. "Hukukun Evrensellliği" konusu, s. 7-9

⁷⁰ Bakara, 178

⁷¹ Buhari, Ahkam,38 ; Müslim, Kasame,6 ; Ebu Davud, Diyât,18 (4541-4545); Tirmizi, Diyât,1 (1387); Nesâî, Kasame,32

kölelik müessesesinin kendi mahiyetinden kaynaklanan tabii bir neticedir. Yani köleliğin olduğu her toplumda hürler ile köleler arasında bir eşitlik yoktur, olması da mümkün değildir. Çünkü köle her şeyden evvel, bir başka insanın sahip olduğu ve onun üzerinde her türlü tasarruf hakkını bulundurduğu bir “meta”dan ibarettir.

O halde gayet açıklıkla söyleyebiliriz ki, bu örneklerden anlaşılacağı üzere İslam, hukuki sistemini ortaya koyarken zaten mevcut bir hukuktan hareket etmiştir. Bunu yaparken de o günün mevzu hukuku üzerinde, kendi kriterlerine/temel ilkelerine uyan kaideleri olduğu gibi bırakmış, ıslah edilmelerini gerekli gördüklerini ıslah etmekle yetinmiş, bütünü itibariyle kullanıma elverişli görmediği kurumları da — örneğin faiz gibi — tamamen yasaklamıştır.

Öte yandan milletlerin hukuki alanda birbirlerinden etkilendikleri de tarihi bir gerçekliktir. Bunu daha önce örnekleri ile ortaya koymuştuk.⁷² Dolayısıyla İslam Hukuku’nun tedrici tekamülü esnasında başka kavimlerden özellikle teşkilat bazında bazı kurum ve kavramları alıp uyguladığı da bir vâkıdır. Bu, hukuki perspektif açısından kendisi için bir nâkisa (eksiklik) teşkil etmediği gibi, bu durum hiçbir suretle tenkit vesilesi de yapılamaz.

Buna mukabil İslam Hukuku’nun da, özellikle İspanya’nın fethi ile coğrafi olarak Avrupa ile yakın temasa geçilmesinden sonra “**Endülüs Medeniyeti**” marifetiyle batı hukukuna ve medeniyetine pek çok tesirler icrâ ettiği de bir vâkıdır.⁷³

Roma Hukuku üzerinde yapılan tetkikler, “**gâiblik kararı ve ölüm karinesi**” gibi düzenlemelerin Roma Hukuku’nda mevcut olmadığını göstermektedir. Bu hususta ilk defa 11. Yüzyıldan sonra **Glassatorlar (Haşiyeciler)** “*gaiblik halinde kaybolanın 100 yıl yaşayacağı*” karinesini getirmişlerdi.⁷⁴ Bu kararın, **Ebu Yusuf’un** bu husustaki görüşü⁷⁵ ile gösterdiği ilginç benzerlik dikkat çekicidir.

Netice olarak İslam Hukuku’nun değil, İslam Şeriatı’nın orijinalliğinden bahsedilmesi daha doğru bir tespit olacaktır. Şeriat, müslümanların, hukuki hadiseleri çözümlerken riayet etmesi gereken esasları karşılayan bir mefhumdur.⁷⁶ Dolayısıyla İslam Hukuku, başka medeniyetlerin vücuda getirdiği bazı uygulamaları pekâlâ alıp uygulayabilir ve bunları belirli bir adaptasyon ile kendisine de mâl edebilir. Tıpkı bu araştırmanın konusu olan “**hükmi şahsiyet**” mevzuunda olduğu gibi.

⁷² Bkz. S. 8-9

⁷³ Bu konuda bkz. Özdemir, Mehmet, “**Endülüs**” md. , D. İ. A.

⁷⁴ Erdoğmuş, s.115

⁷⁵ Merğînânî, el-Hidaye, I, 479; Mavsılî, el-İhtiyar, III, 38

⁷⁶ Muhammed Arkoun, “*şeriat*” terimini geleneksel yorumlamaya uygun olarak Allah’ın iradesinden çıkmış emir ve nehiyleri muhtevi “*İlahi kanun*” anlamında ifade eder ve ona göre İlahi kanun, öncelikle, Allah’ın mahlukatında gözettiği ve kullarının da gözetmesini istediği gaye ve maksatlardır. Yani Şatıbî’nin formüle ettiği şekilde “*Makasidu’ş-Şeria*” dır. (Bkz. Güler, Çağdaş Arap Düşüncesinde... , s. 161)

III- ŞAHİS VE ŞAHSİYET KAVRAMI :

1. Hak Kavramı :

Hukuk ilminin yegane mevzuu “Hak” tır denilebilir. Her ne kadar *şahıslar* ile *hukuki fiil ve muameleler* de hukukun ilgi alanı içerisinde ise de bu ikisinin hukuk ilminin konusu olmaları, “hak” terimi ile olan münasebetleri sebebiyledir. Zira şahıslar “hak”ın sahibi, hukuki fiil ve muameleler ise bir “hak”ın inşasının veya imhasının yahut da el değiştirmesinin sebebidir.

Hukuk ıstılahında hak; “*şahıslara hukuk tarafından tanınmış salahiyyetler*”⁷⁷ yahut “*hukukun şahıslara bir yetki veya yükümlülük olarak tanıdığı aidiyet*”⁷⁸ şeklinde tanımlanmaktadır.⁷⁹

Haddizatında hakkın mahiyeti hususunda farklı teoriler ortaya atılmış bulunduğundan hak kavramı bu teoriler bağlamında farklı tanımlamalara tabi tutulmuştur.

Hakkın mahiyetini ferdin/şahsın iradesiyle açıklayanlara göre hak ; “*hukuk nizamı tarafından bahşedilmiş bir irade kudreti veya irade hakimiyetidir.*”⁸⁰

Hakkın mahiyetini menfaat teorisiyle izah edenlere göre — Jhering bunlardandır — ise hak; “*hukuk tarafından himaye edilen menfaatlerdir.*”⁸¹

Günümüzde bu iki teori birleştirilerek hak ; “*“hukuk tarafından himaye edilen ve himayeden istifadesi sahibinin iradesine bırakılmış olan menfaatlerdir”* şeklinde tanımlanmaktadır. Bu anlayışa göre bir menfaatin hak olabilmesi için hukuk tarafından hak olarak tanınması gerekmektedir.

Bir hakkın konusu çeşitli şeyler teşkil edebilir. Bu itibarlardır ki, haklar pek çok nevilere (kategorilere) ayrılmaktadır.⁸²

⁷⁷ Velidedeoğlu, Umumi Esaslar, s. 204

⁷⁸ Zerkâ, Mustafa Ahmed, el-Fıkhu'l-İslâmî fî Sevbihî'l-Cedîd, Dimaşk, 1964, c. III , s. 10

⁷⁹ Hakkın diğer tarifleri için bakınız : Demir, Dr. Fahri, *İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı*, D. İ. B. Yayınları, Ankara, 1986, s. 63-73 ; Gökmenoğlu, Hüseyin Tekin, *İslam'da Şahsiyet Hakları*, T. D. V. Yayınları, Ankara, 1997, s. 8-14

⁸⁰ Velidedeoğlu, agc. , 205

⁸¹ Aynı yer.

⁸² Modern hukuk nazariyatına göre hakların tasnif ve taksimi şu şekilde yapılmaktadır:

HAKLAR

a) AMME HAKLARI

b) HUSUSİ HAKLAR

olmak üzere ikiye ayrılır. Hususi haklar, Medeni Hukukun ilgi alanına giren haklardır. Hususi Hakların kendi içerisindeki sınıflandırması da şu şekildedir:

A) MUTLAK HAKLAR

1) Mal Üzerindeki Haklar

1. Aynî Haklar (Eşya Üzerindeki Haklar)

1.1. Mülkiyet Hakkı

Hukuk nazarında bir hakkın tasavvur edilebilmesi için onun hamili olan, söz konusu hakkın kendisine bağlanmış bulunduğu bir şahsın bulunması gerekir. Sahipsiz bir hak tasavvur edilebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla her hak bir sūjeye bağlıdır; her hakkın sahibi vardır.⁸³

“Hak sahibi” kavramı, haklardan yararlanma ve bunları kullanma ehliyetlerine bağlı ve bu ehliyetlerle izah olunabilen bir mefhumdur. Dolayısıyla hak sahibi olabilmek için *hukuki bir şahıs* olmak gerekir.⁸⁴

2. Şahıs Kavramı :

Etimolojik kökeni itibariyle Arapça bir terimdir ve lügat anlamı olarak şahıs [الشخص] = *yüksekliği ve görüntüsü/karaltısı olan cisim* demektir. Ancak zamanla “insan”a hasredilmiştir. Çoğulu “Şuhûs” [شخص] veya “Eşhâs” [اشخاص] gelir.

Fiil olarak kullanıldığında ise çeşitli fiil kalıplarına göre; [شخص] = *yüksek olmak, yükselmek, uzaktan görünmek, ortaya çıkmak*; [من] ile = *bir yerden bir yere gitmek*; [شخص] = *cismi, bedeni iri olmak, irileşmek* anlamlarına gelir.⁸⁵

1.2. Mülkiyetin Gayrı Aynî Haklar

1.2.1. İrtifak Hakları

1.2.1.1. Gayrı Menkul Lehine (Arzî) İrtifak Hakları

1.2.1.2. Şahıs Lehine (Şahsî) İrtifak Hakları

1.2.1.2.1. İntifa Hakkı

1.2.1.2.2. Sükna Hakkı

1.2.1.3. Muhtelit İrtifak Hakları

1.2.1.3.1. İnşaat Hakkı

1.2.1.3.2. Kaynak Hakkı

1.2.1.3.3. Diğer İrtifak Hakları

1.2.2. Gayrı Menkul Mülkiyeti Hakkı

1.2.3. Rehin Hakkı

1.2.3.1. Menkul Rehni Hakkı

1.2.3.2. Gayrı Menkul Rehni Hakkı

2. Fikri Haklar

II) Şahıslar Üzerindeki Mutlak Haklar

1. Mutlak Aile Hakları

1.1. Velayet Hakkı

1.2. Vesayet Hakkı

2. Şahsiyet Hakları

B) NİSBÎ HAKLAR

I) Borçlara Bağlı Nisbî Haklar

II) Aynî Hak Kuvvetini Kazanabilen Şahsî Haklar.

Bunların nitelikleri ve detayı için bakınız: Velidedcoğlu, *Umumi Esaslar*, s. 207-251

⁸³ Velidedcoğlu, a.g.e. , s. 252

⁸⁴ Aynı yer.

⁸⁵ Mu'cemu'l-Vasîf, s. 475

Hukuk ıstılahında ise şahıs; “*haklara ve borçlara ehil olabilen yani hakları ve borçları bulunabilen varlık*” olarak tanımlanmaktadır.⁸⁶

Şakir Berki, hükmi şahısları da içine alacak şekilde çok daha belirgin bir tarif sunmaktadır: “*şahıs, haktan istifade eden ve borçlanabilen insan ve insanlardan kurulmuş birlikler ile, muayyen bir gayeye tahsis edilmiş mallardır*”⁸⁷

Klasik fıkıh külliyyatında bugünkü hukuki anlamında “şahıs” terimi yerine genellikle “**mükellef**” terimi kullanılmıştır.⁸⁸

Mükellef [المكلف] , Teklîf [التكليف] masdarının ism-i mefulüdür. Teklîf ise lügatte; “*birine zor bir işi yapmayı emretmek, birini bir işe zorlamak, bir işi birine gerekli kılmak, kendini yormak, zahmete katlanmak*” anlamlarına gelir.⁸⁹

Hukukçuların ıstılahında ise teklîf, *Allah Teâlâ'nın insanları bir takım emir ve yükümlülükler ile ilzam etmesidir*.⁹⁰ K. Kerim'de “*teklîf*” ekseriyetle bu anlamda kullanılmıştır.⁹¹

O halde hukuki bir terim olarak mükellef, *Şâriin (Allah Teâlâ'nın) emir ve nehiy kabilinden olan bütün hükümlerine muhatap olan kişi (insan) dir*.

Ancak “mükellef” , kelime anlamına uygun olarak daha ziyade yükümlülük ifade eden bir terimdir. Halbuki günümüzde kullanılan “şahıs” kavramında hem yükümlülük/borç hem de haklar söz konusudur. Dolayısıyla mükellef ile şahıs'ın birbirine müteradif iki ayrı terim olduğunu söylemek mümkün değildir.

Buna karşılık geçmişte, beşeri ilişkilerle ilgili düzenlemeler anlamında hukuki sahada, bugünün “şahıs” kavramına tekabül edebilecek şekilde pek çok terim kullanılmıştır. Bu da, her hukuki fiil veya muameleye uygun olarak — Arapçanın da buna uygun olması hasebiyle — o fiili veya muameleyi yapan kişileri ifade etmek üzere ism-i fail kalıbı ile ifade edilmiştir. Örneğin “Bey” = *alışveriş* muamelesinde “*Bâyi*” = *satıcı* ve “*Müşteri*” = *alıcı*, “İcare” = *kiralama* muamelesinde “*Mucir*” = *kiraya veren* ve “*Müste'cir*” = *kiracı, kiralayan*, “Katl” = *öldürme* fiilinde “*Kâtil*” = *öldüren* ve “*maktul*” = *öldürülen* terimleri günümüz tanımlamasına uygun olarak bir hak veya borcun sujesi olan “şahıs” karşılığındadır.

Bütün bu mütalaalar neticesinde; geçmişte kullanılan “mükellef” terimini ve buna bağlı olarak aynı zamanda fıkıhın ibadetlerle ilgili hükümlerini de içine alacak şekilde, İslamî hukuk açısından **Hüseyin T. Gökmenoğlu**'nun tanımı daha etraflı bir tanım olarak

⁸⁶ Dell Vechio, s. 228 ; Akıntürk, s. 79

⁸⁷ Berki, Şakir, *Medeni Hukuk*, s. 41

⁸⁸ Molla Hüseyin, *Mir'âtü'l-Usûl Şerhu Mirkâtü'l-Vusûl*, Dersaadet, 1321 h. , s. 318 vd. ; Sava Paşa, *İslam Hukuk Nazariyatı*, (çev. Baha Arıkan), Yeni Matbaa, Ankara, 1955, c. II , s. 310 vd. ; Büyük Haydar Efendi, *Usul-i Fıkıh Dersleri*, Üçdal Neşriyat, II. Baskı , İstanbul, 1966, s.465 vd. ; Muhammed Ebu Zehre, *Usulü'l-Fıkıh*, Tebliğ Yayınları, İstanbul, trs. , s. 327 vd. ; Zuhayli, Dr. Vehbe, *Usulü'l-Fıkhi'l-İslamî*, Daru'l-Fikr, Dımaşk, 1986, c. I . s. 158

⁸⁹ *Mu'cemu'l-Vasît*, s. 795

⁹⁰ Sava Paşa, c.II, s. 241- 245

⁹¹ Bakara, 233, 286 ; Nisa, 84 ; A'raf, 42 ; Mü'minün, 62 ; Talak, 7

gözükmektedir. **Gökmenoğlu** “şahıs”ı ; “*hukuk sistemlerinin, kendisine haklar tanıdığı ve onu yükümlülüklerinden sorumlu tutmak suretiyle muhatap kabul ettiği hak süjesi*” olarak tanımlamaktadır.⁹²

Nitekim günümüz modern hukuk sistemlerinde de “şahıs” kavramı doktrinde sadece “hak” ve “yetki”ye yönelik olmakla birlikte uygulamada aynı zamanda “mükellefiyetler”i de içermektedir. Bunun en tipik örneği vergi ve askerlik mükellefiyetleridir.

Hukuk nazarında hak sahibi, hak süjesi olan varlıklar birer “şahıs” addedildiklerine göre şahıs teriminin “hak ehliyeti” terimi ile doğrudan bir ilişkisi vardır. Zira her şahıs hak ehliyetine sahiptir; hak ehliyetine sahip olan da şahıstır. Ancak her şahıs hak ehliyetine sahip olmakla birlikte, fiil ehliyetine sahip olmayabilir.

Bu itibarla “ehliyet” kavramı üzerinde de durulması icap eder.

3. Ehliyet Kavramı :

Ehliyet lügatte “*selahiyet, kudret (güç yetirme), liyakat*” gibi anlamlara gelir.⁹³

Hukuk ıstılahında ise; *şahsın haklara sahip olabilme, haklarını kullanabilme, görev, yükümlülük ve sorumluluk yüklenebilme hali, yeteneğidir.*⁹⁴

Günümüz pozitif hukukunda, muhtevası itibariyle ehliyet üç çeşittir:

a) Medeni Ehliyet : Şahsın medeni haklardan istifade etmesi ve onları kullanma yeteneğidir. Kişinin evlenmek, boşanmak, mülk edinmek, akit yapmak haklarını kullanma ehliyeti gibi.

b) Cezai Ehliyet : Bir cezayı gerektiren eylemde bulunan şahsın cezalandırılabilme ehliyeti, liyakatidir.

c) Siyasi Ehliyet : Şahsın siyasi haklardan istifade etmesi (seçme ve seçilme hakkı), mükellefiyetlere muhatap olması (askerlik yükümlülüğü gibi) ve siyasi hakları kullanma (oy verme gibi) ehliyetidir.⁹⁵

Niteliği itibariyle ise ehliyet ikiye ayrılır :

aa) Medeni haklardan istifade (Hak) ehliyeti,

bb) Medeni hakları kullanma (Fiil) ehliyeti.

İslam hukuk literatüründe ise bunlardan birincisine “Vücub ehliyeti”, diğerine ise “Eda ehliyeti” adı verilir.

⁹² Gökmenoğlu, s. 29

⁹³ Buhari, Abdülaziz, *Keşfu'l-Esrar (Şerhu'l-Pezdevi)* , trs. , byy. , c.IV, s. 237; Sava Paşa, c.II, s. 315 ; Gökmenoğlu, s. 55

⁹⁴ Gökmenoğlu, s. 55

⁹⁵ Gökmenoğlu, s. 56-57

3. 1. Vücub (Hak) Ehliyeti :

İslam hukukçuları vücub ehliyetini; “*kişinin lehine ve aleyhine olan hak ve yükümlülüklerle muhatap olabilme yetkisi*” olarak tanımlamışlardır.⁹⁶

Bir başka tarif de şudur; “*şahsın kendisini başkalarına ve başkalarını da kendisine karşı borçlandırabilme yetkisidir.*”⁹⁷

Modern hukukçular da hak ehliyetini, bu klasik İslâmî tarife uygun bir şekilde tanımlamaktadırlar: “*Hak ve borç sahibi olabilme, yani hakların ve borçların süjesi, hâmilî olabilme iktidarındır.*”⁹⁸ Bu tanımdan hareketle “hak ehliyeti” ile “şahıs” kavramı birbirinin müteradifi kabul edilmiştir.⁹⁹

Modern hukuk ile İslâmî hukukun tarifleri arasındaki uygunluk, bütün hukuk sistemlerinde, şahsiyet ile ilgili mevzu hükümlerin evrensel nitelikli olmasından kaynaklanmaktadır. Bu açıdan bütün hukuk sistemlerinde hak ehliyetinin benzer veya aynı şekilde tarif edilmiş olmalarını gayet tabii karşılamak gerekir.

İslam hukukçuları vücub ehliyetini “zimmet” kavramı üzerine bina etmişlerdir.¹⁰⁰ Bu nedenle “zimmet” kavramı üzerinde de durulması gereklidir.

3. 1. 1. Zimmet Kavramı :

Zimmet sözlükte; “*ahd, misak; söz verme, ahid verme*” anlamındadır. Hatta İslam tarihinde gayri müslim azınlıklara “*zimmî*” unvanının verilmesi de kendileri ile bir “Vatandaşlık Hakları ve Yükümlülükleri Sözleşmesi” yapılmış olması sebebiyledir.¹⁰¹

Şer’î istılahta ise zimmet; “*insanı (yani şahsı) leh ve aleyhindeki haklara ehil kılan şer’î bir vasıf*” olarak ifade edilmiştir.¹⁰²

Usulcülere göre; vücub ehliyeti zimmetin üzerine bina edilmiştir. Diğer bir ifadeyle vücub ehliyetinin mevcudiyeti, zimmetin mevcudiyetine bağlıdır. Kişi bu zimmet sayesinde alacak ve borçlara, lehinde ve aleyhindeki haklara müstehak, yükümlülüklerle muhatap olur. Kişi bu zimmete sahip olarak dünyaya gelir. Haddizatında zimmet yevm-i mîsâk’ta Allah

⁹⁶ A. Buhari, C.IV, s. 237 ; Molla Hüsrev, s.321 ; Sava Paşa, II, 316 ; B. Haydar Efendi , s. 472 (Son ikisi klasik eserlere atıfla)

⁹⁷ Zerkâ, II, 742 ; Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, I, 179

⁹⁸ Akıntürk, 90

⁹⁹ Aynı yer.

¹⁰⁰ A. Buhari, c. IV, s. 237; Molla Ciyun, Nur’ul-Envâr ala’l-Menâr, İhsan Kitabevi, İstanbul, 1986, c.II, s. 252 ; Nesefî, Ebu’l Berekât Abdullah b. Ahmed, Keşfu’l-Esrar ala’l-Menâr, (Nuru’l-Envar ile birlikte basım), c. II, s. 252, Şakiru’l-Hanbelî, Usulü’l-Fıkhi’l-İslâmî, Matbaatü Camiatü’s-Suriye, 1948, s. 361; Molla Hüsrev, s. 321, Sava Paşa, c. II, s. 318; B. Haydar Efendi, s. 472 ; Zerkâ, c. III, s.214

¹⁰¹ Zerkâ, III, 210; Demir, 161

¹⁰² Zerkâ, III, 212; Zuhaylî, Usûl, I, 164

Teâla ile kulları arasında cereyan eden bir ahdin^(*) neticesidir. Bu nedenledir ki zimmet bütün canlılar arasında sadece insana has bir vasıftır.¹⁰³

Zimmetin sadece insana has kılınması, zimmetin ancak akıl üzerine bina edilebileceği mütalaasına dayanmaktadır; Allah insanlara, zimmet yüklenebilmeleri için akıl bahşetmiştir.¹⁰⁴ Binaenaleyh akıl zimmetin şartıdır.¹⁰⁵

Zerkâ, bazı usulcülerin — Pezdevî'yi kastederek — ; zimmetin mahallinin insanın nefsi (kendisi) olduğu mütalaasından hareketle zimmeti maddi bir vasıf olarak gördüklerini, halbuki bunun isabetli bir yaklaşım olmadığını, zimmetin tamamen itibarî, takdirî (varsayılan) bir vasıf olduğunu belirtir.¹⁰⁶

Zimmet ile vücub ehliyeti arasında birbirine girişik tarzda çok yoğun bir irtibat/rabıta söz konusudur. Bir şahıs için vücub ehliyetinin varlığı kabul edildiğinde onun için zimmetin varlığı da kabul edilmiş olur. Keza onun için zimmetin varlığından söz edildiğinde vücub ehliyetinin varlığından da söz edilmiş olur.

Bundan dolayı kimi bilginlerce hatalı bir iltibasla bu ikisinin aynı şey olduğu zannedilmiştir. Halbuki ikisi kesinlikle aynı şey değildir. Zimmet ehliyetin sebebi, ehliyet zimmetin neticesidir. Çünkü vücub ehliyeti bir vasıf ve kabiliyet, zimmet ise vücub ehliyetinin borçlanma (iltizam) unsuruna ait itibari bir kaptır.¹⁰⁷

Ayrıca zimmet ile vücub ehliyetinin belirgin farkını ortaya koyan bir durum, cenin ile çocuğun haklara ehliyeti arasındaki farktır. Zira cenin sadece lehindeki haklara ehildir. Yani hukuki (fikhî) tabirle *İlzama* ehil olduğu halde *iltizama* ehil değildir.

İltizam; kendisi aleyhindeki (kaybettirici/mâmelekini eksiltici) haklara ehil olmayı ifade eder. İltizam ehliyeti doğumla, yani sağ olarak dünyaya gelmekle sabit olur. İşte bir kişi hakkında iltizamın söz konusu olması onun zimmetinin bulunması ile alakalıdır.

İlzam; kişinin sadece lehindeki (tamamen kazandırıcı) haklara ehil olmasını ifade eder. Bu da onun vücub ehliyetinin varlığını gerekli kılar ki, bunun başlangıcı cenin olarak varlığı sabit olmasından itibaren.¹⁰⁸ Örneğin bir cenine vasiyette bulunulması, vakıf yapılması sahihtir. Ancak onun adına bey' (alış veriş) akdi gerçekleştirilmesi (zira bu ıvazı gerektirir ve onu borçlandırır) sahih değildir. Halbuki çocuk adına ve onun mülkünden ödenmek üzere böyle bir akit sahihtir.¹⁰⁹

(*) "Hem Rabbin, ademoğullarından, bellerinden zürriyetlerini alıp da onları nefislerine karşı şahit tutarak, Rabbiniz değil miyim (Elestü bi rabbiküm) diye şahitliğe (ikrara) davet ettiği zaman, "evet Rabbinizsin (belâ!)" dediler; şahidiz (diye şahitlik ettiler)"" (A'raf, 172)

¹⁰³ A. Buhari, IV, 328; Molla Ciyun, II, 252 ; Nesefî, II, 252 ; Molla Hüsrev, 321; Şakiru'l-Hanbelî, 361; Zerkâ, III, 212

¹⁰⁴ Molla Hüsrev, 321

¹⁰⁵ B. Haydar Efendi, 472

¹⁰⁶ Zerkâ, III, 219

¹⁰⁷ Zerkâ, III, 214

¹⁰⁸ Zerkâ, III, 216

¹⁰⁹ Molla Hüsrev, 322

Netice olarak şunu söyleyebiliriz: Zimmetin başlangıcı çocuk sağ olarak dünyaya geldiği andan itibaren, vücub ehliyetinin başlangıcı ise çocuk anne rahmine düştüğü anlaşıldığı andan itibaren söz konusu olur.

İslam hukukunda, fıkhnın ibadetlerle ilgili hükümleri (dini mükellefiyetler) de hukukun mevzuu içerisinde yer aldığından zimmet *şahsî* (şahsa yönelik) bir vasıf olduğu halde **batı hukukunda** ise zimmet sadece *malî* (malî borçlanmalara ve haklara yönelik) bir vasıf olarak kabul edilmiştir.¹¹⁰

Klasik kaynaklar göz önüne alındığında İslam hukukçuları zimmeti teorik planda sadece insanlar için geçerli saymışlardır. Hatta bu meyanda insanı diğer canlılardan ayıran vasıflar arasında aklın yanında zimmet de sayılmıştır.¹¹¹

3. 2. Eda (Fiil) Ehliyeti :

Klasik kaynaklarda eda ehliyetinin belirgin bir tarifi yoktur. Son dönemde bilginler, kaynaklarda yer alan açıklamalar ışığında bazı tanımlar ortaya koymuşlardır. Buna göre eda ehliyeti; *“bir şahsın, hukuki geçerliliği akla (ve rüşde) bağlı olan tasarruf ve hukuki muameleleri bizzat yapabilme yetkisi”* olarak tanımlanmaktadır.¹¹²

Modern hukukta fiil ehliyeti; *“bir şahsın bizzat kendi fiil ve muameleleriyle, kendi lehine haklar, aleyhine borçlar meydana getirebilme iktidarı”* olarak tanımlanır.¹¹³ Bu, fiil ehliyetinin asıl merbutiyeti olan akıl ve rüşd şartı ile kayıtlanmadığı için eksik bir tariftir.

Zira fiil ehliyeti, hak (vücub) ehliyeti gibi mutlak bir ehliyet değil, bu ehliyete sahip olabilme kabiliyeti bakımından kayıtlanmış bir ehliyettir. Çünkü şahsın yapacağı hukuki muamele veya tasarrufun niteliğine göre, akıl, temyiz kudreti, bülûğ ve rüşd ile kayıtlanmıştır. Bu cümleden olarak doğumundan itibaren her insan vücub ehliyetini haiz bir *“şahıs”* ise de, her şahıs için mutlak ve müsavi bir fiil (eda) ehliyetinden söz edilemez. Örneğin alış veriş gibi ıvazlı yani bir taraftan kazandırıcı (satın alınan şeye sahip olma, mülkiyet hakkını elde etme) diğer taraftan kaybettirici (satın alınan şeyin bedelini/semenini ödeme yükümlülüğü) muamelelerde bulunabilmek için **temyiz kudreti (mümeyyiz olmak)** ; hibe ve vakıf gibi ıvazsız fakat sadece kaybettirici (mâmelekini eksiltici) muamelelerde bulunmak için **rüşd** ; özellikle şer’î mükellefiyetlere muhatab olabilmek ve bunları yerine getirebilmek için **bülûğ^(*)**; ve bunların hepsine birden şâmil olmak üzere **akıl** şarttır. Binaenaleyh mümeyyiz olmayan çocuklar ile mümeyyiz olmayan büyükler — akıllı zayıf olan, iyiyi kötüden ayırt etme melekesi kamil olmayan kişiler, bunaklar ve deliler — vücub ehliyetini hâiz birer *“şahıs”* muamelesi gördükleri halde bunların eda ehliyetleri yoktur veya bir kısmında sınırlandırılmıştır. Örneğin mümeyyiz çocuğun ve mümeyyiz olmayan büyüğün alış veriş muamelesi, veli ya da vasisinin

¹¹⁰ Zerkâ, III,

¹¹¹ Şakiru'l-Hanbelî, 361

¹¹² Zerkâ, II, 739; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 180 ; Gökmenoğlu, 58

¹¹³ Akıntürk, 92

(*) Mesela zengin ve mümeyyiz çocuk henüz bülûğa ermeden velisi ile birlikte hac yapmış olsa, bununla hac farziyeti düşmez. Diğer şartlar da uygun olduğu taktirde bülûğundan sonra yeniden haccetmesi gerekir. [Zuhayli, *el-Fıkhn*, III, 415-417; Bilmen, Ö. Nasuhi, *Büyük İslam İlmi-hali*, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1986, s. 351]

muvafakati ile geçerli olabilir ya da adem-i muvafakı ile geçersiz addedilir. Mümeyyiz olmayan çocuğun ve delinin ıvazlı veya sadece kaybettirici bütün hukuki muameleleri geçersizdir.

Bundan dolayıdır ki bütün hukuk sistemlerinde fiil ehliyetini daraltan veya tamamen ortadan kaldıran sebepler söz konusudur.

İslam hukukunda; usulcüler ehliyeti daraltan veya ortadan kaldıran arızalar (avâriz) olarak pek çok sebep zikretmekte iseler de bunların pek çoğu hukuki muamele (fiil/eda) ehliyeti ile ilgili olmayıp daha ziyade dini mükellefiyetlerle ilgili ehliyeteye tesir eden sebeplerdir. Örneğin *hayız hali* , kadının hukuki muamele ehliyetine tesir etmez. Bu, sadece taharetin şart kılındığı bazı ibadetlerin hem farziyetine hem de yerine getirilebilmesine mani bir haldir.

Buna göre İslam hukukunda, ehliyeti ortadan kaldıran âmil olarak akıl hastalığı (delilik); ehliyeti daraltan âmil olarak ise küçüklük, bunama, sarhoşluk, borçluluk veya iflas (tan dolayı hacr altına alınma) ile ölümle sonuçlanan hastalık sayılabilir.¹¹⁴

Türk pozitif hukukunda da ehliyeteye tesir eden âmiller olarak, *yaş küçüklüğü, akıl hastalığı (delilik), akıl zayıflığı, sarhoşluk* (T.M.K :13); *mahkeme kararıyla hacr altına alınma* (alınma sebepleri için bkz. T.M.K :355-358) sayılmıştır.¹¹⁵

4. Şahsiyet Kavramı :

Şahıs kavramından ayrı olarak bir de “şahsiyet” kavramından söz edilebilir.

Şahıs tabiri insanın sadece vücut (fizik) varlığını değil, ruhi tezahürlerini de içine alacak şekilde aynı zamanda manevi varlığını; şahsiyet tabiri ise onun haklardan istifade ehliyetini ifade eder.¹¹⁶ Ancak eğer şahsiyeti hak ehliyeti ile özdeşleştirir isek, şahıs kavramı da aynı özdeşliği taşıdığına göre şahıs ve şahsiyet aynı çerçeve içine oturtulmuş olur. Nitekim bazı hukukçuların anlayışına göre şahsiyet kavramının içeriği, şahıs kavramının içeriğinden daha geniştir. Zira geniş anlamda şahsiyet terimi sadece hak ehliyetini değil ayrıca fiil ehliyeti ile şahsi haller ve şahsiyet haklarını da içermektedir. Halbuki şahıs kavramı sadece hak ehliyetini çağrıştırmaktadır.¹¹⁷

5. Şahıs Türleri :

Eski devirlerde “*şahıs*” mefhumu sadece insana has kılınmış bir terim idi. Diğer bir tabirle, hukuki anlamda “şahıs” denildiği zaman sadece insanlar hatıra geliyordu. Ancak 19. Yüzyıldan itibaren, bazı sosyal ihtiyaç ve zorunluluklar insanların dışında, insanlardan veya mallardan mürekkep bir takım topluluklara da sistematik olarak şahsiyet tanınmasını

¹¹⁴ Karaman, *İslam Hukuku*, I, 189 vd. ; Zeydan, 462 vd.

¹¹⁵ Akıntürk, 92-98

¹¹⁶ Velidedeoğlu, H. Veldet, *Medeni Hukuk-I ,Başlangıç ve Şahsın Hukuku*, III. Baskı, İstanbul, 1948, s. 57

¹¹⁷ Akıntürk, 80

gerektirdiğinden, bu tarihten itibaren hukuk literatürüne “*hükmi şahıs*” kavramı da dahil edilmiştir.

Aslında uygulamada şahıs veya mal topluluklarına hukuki ehliyet tanınması çok daha eskilere dayanmaktadır. Ancak bu, hukuki bir temellendirmeden yoksun olarak, adı konulmamış bir uygulamadan ibarettir. Bu uygulamalar 19. Asırdan itibaren hukuki bir temele oturtularak “*hükmi şahıs*” kavramı altında sistematize edilmiştir.

Binaenaleyh günümüzde iki türlü şahıstan söz edilmektedir:

a) Hakiki Şahıslar, b) Hükmi Şahıslar.

5. 1. Hakiki şahıslar :

Hakiki şahıslar, insanlardır. Bugünün modern hukuk düzenleri, cinsiyet, ırk, din, dil gibi farklar gözetmeksizin istisnasız bütün insanları, en azından hak ehliyetini hâiz oldukları hasebiyle birer “*şahıs*” kabul etmektedir.

Tarihin eski devirlerinde her insan “*şahıs*” muamelesi görmüyor, dolayısıyla da hak (vücub) ehliyetinden eşit şekilde istifade edemiyordu. Roma’da köleler ve yabancılar bu kategori içerisinde idi.¹¹⁸ Keza İslam hukukunda da köleler ile hürlerin, hukuki ehliyetler ve şahsiyet hakları itibarıyla eşit konumda olmadıkları prensibi benimsenmişti. Bu statü, o dönemin genel hukuki telakkisinin pek tabii bir neticesidir.

Bugün için geline nokta her insanın, hiçbir devletle tabiiyet bağı olmasa bile sadece “*insan*” olduğu için hak sahibi (şahıs) olduğu ilkesi benimsenmiş¹¹⁹, ayrıca bu, uluslararası sözleşmelerle teminat altına alınmıştır.

Hakiki şahısların şahsiyetinin başlangıç ve bitişi hususundaki hukuki normlar hemen hemen evrensel niteliklidir. En azından bu hususta klasik dönem İslam hukuku ile modern batı hukukunun belirlediği kıstaslar aynıdır.

T.M.K.’nın 27. ci maddesinin birinci fıkrası, şahsiyetin sağ olarak doğmak şartıyla doğumla başlayıp ölüm ile sona erdiği hükmünü içermektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrası ise çocuğun, sağ olarak doğmak şartıyla ana rahmine düştüğü andan itibaren medeni haklardan istifade edebileceğini belirtir.

Klasik dönem İslam hukukunda da aynı esaslar kabul edilmiştir. Prensip olarak, dünyaya gelen her insan vücub ehliyetini haizdir. Hatta çocuğa bazı haklar henüz cenin halinde iken terettüp eder. Örneğin anne karnındaki çocuğa mirastan pay terettüp ettirilir, kendisi lehine vasiyette veya vakıfta bulunulabilir. Fakat bunlar üzerindeki mülkiyeti ancak doğumla sabit olur.¹²⁰

¹¹⁸ Erdoğan, 105

¹¹⁹ Dell Vecchio, 229

¹²⁰ A. Buhari, IV, 240 ; Molla Hüseyin, 321-322 ; Zeydan, 455-457; Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, I, 183

5. 2. Hükmi Şahıslar :

19. asırda doktrin ve pozitif hukuk her insanın hak süjesi olması yanında, diğer bazı toplulukların da hak süjesi olarak kabul edilmesi gerektiği görüşünü benimsemiştir. Bugün her gelişmiş toplum hakiki şahısların yanında “*hükmi şahıs*” adı verilen bir başka hak süjesinin varlığını tereddütsüz kabul etmektedir.¹²¹

Hükmi şahıslar, sosyal hayatta bireylerin dağınık güçlerini bir arada toplayan, onları koruyan, faaliyet alanlarını genişleten ve insanların tek başına gerçekleştiremeyecekleri birey-üstü amaçları gerçekleştiren amaç birlikleridir.¹²²

Hükmi şahsiyet kavramının çerçevesi içine girebilecek kollektif teşekküllerin mevcudiyeti insanlık tarihi kadar eskidir. En azından devletler — bugün için kendilerinin bir hukuki şahsiyeti hâiz bulundukları tereddütsüz kabul olunduğuna göre — en eski hükmi şahıslardır. Çünkü devlet, ilk insan cemiyetleri kadar tarihi kökleri olan bir kavramdır.

Bununla birlikte somut bir “hükmi şahsiyet” teriminin ortaya çıkışı hayli yenidir. Kavram ilk kez 19. asırda bir Cermen hukukçusu ve aynı zamanda bir romanist olan **Savigny (1779-1861)** tarafından ortaya atılmıştır.¹²³ Kavramın ortaya çıkışı, bu hususta bir takım nazariyelerin ortaya atılmasına, bu da kavramın müstakil bir kurum halinde belirginleşmesine yol açmıştır.

Hükmi şahıslar, hayal gücünün ihdas ettiği suni/sanal varlıklar değil, bilakis toplumsal hayatın ihtiyaçlarından doğan ve toplumun çeşitli açılardan gelişiminden etkilenen kuruluşlardır. Dolayısıyla hükmi şahıslar önce halkın sağduyusunda ve bizzat hayatın zorunlu kıldığı ihtiyaçlar çerçevesinde biçimlenmiş, sonradan da hukuk düzeni tarafından bunların gerçeklikleri kabul olunarak kendilerine hukuki bir kişilik tanınmıştır.¹²⁴

Öte yandan hukukta, sahipsiz hak olamayacağı görüşü de hükmi şahısların varlığını kabul etmeyi gerektiren diğer bir nedendir.

5. 2. 1. Hükmi Şahsın Tarifi :

Modern hukukçular hükmi şahsı kısaca ; “*muayyen bir amaç için birleşmiş insan ve mal toplulukları*” olarak tarif etmektedirler.¹²⁵

Kavramı daha açık bir şekilde tarif eden hukukçulara göre ise hükmi şahıs; “*belirli bir gayeyi gerçekleştirmek üzere bağımsız bir varlık halinde teşkilatlanmış olup haklara ve borçlara sahip olma ehliyeti hukuk düzenince kendilerine tanınmış bulunan şahıs ve mal topluluklarıdır.*”¹²⁶

¹²¹ Öztan, Bilge, **Tüzel Kişiler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1994, s. 1

¹²² Özsunay, Ergun, **Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler**, İstanbul Üniversitesi Yayınları:2443,V.Baskı,İstanbul, 1982, s.3

¹²³ Öztan, 6

¹²⁴ Özsunay, 45

¹²⁵ Velidedeoğlu, M. **Hukuk**, 219; Güral, Jale, **Hususi hukuk Tüzelkişilerin Milletlerarası Mevcudiyeti**, Ankara, 1950,s. 3

¹²⁶ Akıntürk, 142

Bu ikinci tariftten çok açık bir şekilde anlaşılağı üzere hükmi şahıslar, mevcut hukuk düzeninin kendilerini “*şahıs*” addetmesi hasebiyle tıpkı hakiki şahıslar gibi hak sahibi olabilirler, hukuki muameleler yaparak borç altına girebilirler, haksız fiilleriyle başkalarına verdikleri zarardan dolayı sorumlu olurlar, dava açabilirler, kendilerine de dava açılabilir ve diğler şahsiyet haklarından yararlanırlar.¹²⁷

Hükmi şahıs kavramını ifade etmek üzere kullanılan diğler terimlerden başlıcaları şunlardır:

- a) Tüzel Kişi/Kişilik
- b) Manevi Şahıs/Şahsiyet
- c) Kollektif Şahıs/Şahsiyet
- d) Hukuki Şahıs/Şahsiyet
- e) İtibari şahıs/Şahsiyet

Biz, bu çalışmamızda daha ziyade *hükmi şahıs* ve *tüzel kişi* terimlerini kullanmakla birlikte yer yer diğler terimleri de kullanmamız söz konusu olabilecektir.



¹²⁷ Akıntürk, 142

BİRİNCİ KISIM

BİRİNCİ BÖLÜM Hükmi Şahsiyetin Tarihi Seyri

İnsanın dışındaki bir takım soyut varlıklara (topluluk ve kurumlara) hukuki bir şahsiyet tanınmasının daha uzak bir geçmişe dayandığını belirtmiştik. Bir kez daha vurgulamak gerekirse hükmi şahsiyet uygulamaları, kavramın ortaya atılışından yani “hükmi şahıs” teriminin kullanılmaya başlanılmasından öncesinde mevcuttu. Diğer bir ifadeyle “hükmi şahıs” terimi zaten mevcut olan fakat metodolojik bakımdan yeterince sistematize edilmemiş bir uygulamaya isim koymaktan ibarettir. Bu itibarla konunun daha iyi kavranılabilmesi bakımından kavrama ulaşılma sürecinin ana hatları ile tespit edilmesi büyük önem taşımaktadır.

Hükmi şahsiyetin tarihi seyrini incelerken bunu hem genel hukuk tarihi itibarıyla hem de özel olarak İslam Hukuk tarihi itibarıyla ortaya koymaya çalışacağız.

I- HUKUK TARİHİNDE HÜKMİ ŞAHSİYET :

1. Eski Mısır Hukuku (M.Ö. 3000-1100) :

Mısır’da bireylerin hak ve borçlara ehil birer hukuki varlık (şahıs) olarak görülmeleri yanında, hakiki şahıslar gibi manevi (hükmi) şahısların da hak ve borçlara ehil birer hukuki varlık oldukları kabul edilmişti. Her şeyden evvel devletin hukuki bir şahsiyeti haiz olduğu, onun kendisine ait bir mâmeleke sahip bulunduğu, hak ve vecibelere ehil olabildiği, hakiki şahıslar gibi hukuki muameleler yapabildiği kabul edilmiştir. Devletin hükmi şahsiyetini temsil eden, onun bir organı telakki edilen hükümdar, bu manevi şahsı ilzam edecek hukuki tasarruflara devlet nâmına mührünü basmakta, bu tasarrufları ya doğrudan bizzat kendisi ya da kendilerine yetki verdiği devlet memurları vasıtasıyla yapmaktadır.¹

Eski Mısır hukukunda, mabetlere de günümüz vakıf statüsündeki gibi hukuki bir şahsiyet tanınmıştır. Bu mabetlerin, muayyen bir gayeye tahsis edilmiş ve tamamen onların tasarrufunda bulunan menkul ve gayri menkul mallarından ibaret bir mâmeleki mevcuttu ve bu malların başkasına devredilmesi (satılması veya bağışlanması) mümkün değildi. Ancak bu vakıfları vücuda getirenlerin vakfın gelirinden bir hisse almalarına ve hatta kendilerinden sonra çocuklarının da bu gelirlerden hisse almak suretiyle yararlanabilmelerine imkan tanınmıştı ve bu durum (hisse miktarı) vakıf senedinde belirtiliyordu.²

¹ Okandan, 87

² Okandan, 88

Eski Mısır hukukunda ayrıca hükmi şahsiyetin izlerine hibe ile ilgili hükümlerde de rastlanılmaktadır ki, bir kimse mallarını, hakiki şahıslar yanında hükmi şahıs statüsünde olan müesseselere de bağışlayabiliyordu ve bu bağış ister hakiki, ister hükmi bir şahsa yapılmış olsun, devletin resmi makamlarının mührünü taşıyan resmi bir senetle belgelenirdi.³

2. Sümer Hukuku (M.Ö. 2750 - ...) :

Sümerler’de bireyler yanında bazı sosyal teşekküllere, birliklere de gayrı menkul mülkiyeti hakkı tanınmış olması, bu teşekküllere hukuki bir ehliyet (şahsiyet) tanınmış olduğunu göstermektedir.⁴

3. Eski Yunan Hukuku (M.Ö. 800 - ...) :

Eski Yunan sitelerinden ATİNA’da, hakiki şahıslar yanında birtakım topluluklara da mülkiyet hakkının tanınmış olması bu toplulukların hukuki (hükmi) bir şahsiyeti haiz olduklarını göstermektedir. Özellikle mabetler ve sair dini müesseselere her türlü mülkiyet hakkı tanınmıştı.⁵

Buradan anlaşıldığına göre, Eski Mısır hukukunda olduğu gibi Yunan hukukunda da, devletin dışındaki hususi hukuk tüzel kişileri olarak daha ziyade vakıf hüviyetindeki tüzel kişiler ön plana çıkmaktadır.

Yunanlılar’da **Genos** adı verilen toplulukta da çok belirgin bir tüzel kişilik statüsü göze çarpmaktadır. Genos, anne-baba ve çocuklardan ibaret bulunan çekirdek aile dediğimiz pek çok ailenin birliğinden meydana gelen ve bu yönüyle bir nevi “aşiret” mahiyetinde geniş çaplı bir topluluktur.

Her Genos’un başında bir şef bulunurdu ve şef, Genos’a dahil fertler üzerinde mutlak ve hudutsuz bir iktidara sahipti. Birliği oluşturan fertler için hiçbir serbestlik söz konusu değildi; bunların, Genos’un şefine mutlak bir itaat göstermeleri zorunlu idi. Genos’ta ferdi mülkiyet yoktu; kolektif mülkiyet kabul olunmuş ve her şey Genos’un mülkiyetine dahil telakki edilmiş ve bu mülkiyete dahil olan malların idaresi de Genos’un şefine bırakılmıştır.

Diğer Genoslar ile olan münasebetleri de idare eden şef, aynı zamanda kazai yetkilere de sahipti. Her Genos’un kendisine mahsus bir kazai müessesesi mevcut idi ve bu kurum gerçekte şefin nüfuzu altında bulunmakta ve bu keyfiyet ona, kazai faaliyetin ifası hususunda tam bir inisiyatif/yetki bahşetmekte idi. Nitekim, ilahlara karşı gelenler, kolektivitinin hayati menfaatlerine aykırı hareket edenler, Genos’un sükun ve asayişini ihlal edenler hakkında gereken cezaların verilmesi için, bahsi geçen kazai kurum Genos’un şefi tarafından toplantıya çağırılır ve şefin başkanlığında toplanan ve gerçekte tamamen onun nüfuzu altında bulunan bu müessese tarafından suçlu bulunanlar hakkında gereken cezalar verilirdi. Bu cezalar arasında Genos’tan tart etmek de vardı.⁶

³ Okandan, 95

⁴ Okandan, 112

⁵ Okandan, 286

⁶ Okandan, 275-276

4. Roma Hukuku :(*)

Hükmi şahıs mefhumu, Roma Hukuku'nun bilmediği bir kavramdır.⁷ Romalılar, her ne kadar kollektif iradesi olan, özel mal varlığı bulunabilen topluluklar olabileceğini kabul etmişler ise de *“Tüzel kişilik”* diye bir kavram geliştirmiş değillerdi.⁸ Çünkü Romalılar prensip olarak *“hukuk insanlar içindir”* düsturunu benimsemişlerdi.⁹ Dolayısıyla *“şahıs”* kavramının Roma'da sadece insanlara has olduğu anlaşıyor. En azından fikri planda ve bir kavram olarak, insanın dışındakilerin bir *“şahıs”* olarak telakki görmesi için henüz zihinsel bir zemin oluşmuş değildir. Kanaatimizce bu, o dönemde hukukun şekillenmesinde dini formellerin tesirinin varlığı ile açıklanabilir. Nitekim benzeri bir olgunun İslam hukukunda da olduğunu göreceğiz. Zira hangi kategori içerisinde olursa olsun bütün dinlerin yegane muhatabı insandır. Cemiyet de fert fert insanlardan oluşan bir kümedir. Bu da hukukun, hem muhatabı hem de mevzuu olarak *“insan”*a has kılınması gerektiği anlayışının diğer bir nedenidir.

Ancak bugün olduğu gibi o gün için de, tek bir insan gücünün ve ömrünün yetmeyeceği, insanlara ilişkin bir takım amaçlara ulaşabilmek için topluluk halinde faaliyette bulunma zorunluluğunun hissedilmesi, neticede bir takım teşekküllerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Roma Hukuku'nun klasik dönemden önceki safhasında, üyelerinin değişmesine rağmen hukuki varlığını sürdüren şahıs toplulukları kabul edilmişti.¹⁰ Bunlar daha ziyade üyelerinin tümünün birleşip iştirak halinde hak sahibi oldukları, seçilen organlar vasıtasıyla faaliyet gösteren kuruluşlar olarak anlaşıyordu.¹¹ Bu toplulukların, kendilerini oluşturan fertlerden ayrı bir hukuki varlığı bulunduğu ve fertlerin tek başına topluluk mal varlığı ile bir ilgisinin bulunmadığı hukuki metinlerde de ifade edilmiştir:

“Bir topluluğa bir şey borçlanılmış ise bu üyelerine borçlanılmış değildir; topluluğun borçlandığı şey üyelerinin borcu değildir” (D, 3, 4, 7, 1. Ulpianus)¹²

Roma'da hukuki bakımdan kendilerine kişilik tanınmış, belli bir amacın birleştirdiği şahıs topluluklarının en eskisi ve önemlisi *“Populus Romanus”* denilen Roma devletidir. Zira *“Roma Devleti”* deyimi yerine *“Populus Romanus (Roma Halkı)”* deyimi daha yerleşik ve

(*) Hukuk tarihçileri **Roma Devleti'nin Siyasi devirlerini**; a) Krallık Devri (M.Ö. 754/753-510), b) Cumhuriyet Devri (M.Ö. 510 – 44), c) İlk İmparatorluk (Principatus) Devri (M.Ö. 27 – M.S. 192 veya 284), d) Son İmparatorluk (Dominatus) Devri (192/284 – 476 [Bu tarih Batı Roma İmparatorluğu'nun yıkılışının gerçekleştiği tarihtir]) olarak dört devre ayırmaktadırlar. [Bkz. Erdoğan, I- 33; Okandan, 323- 324]

Roma'nın hukuki devirleri de; a) Eski Hukuk Devri (M.Ö. 753 –150), b)Klasik Hukuk Devri (M.Ö. 150 – M.S. 3. Asır), c) Klasik Sonrası (Postklasik) Devir (M.S. 3 – 6. Asır) olmak üzere üç devre ayrılmaktadır. [Bkz. Erdoğan, 36 – 79]

⁷ Seviğ, Vasfi Rıza, **Roma'nın Hususi Hukukunun İnstitionları – Sistem ve Tarihçe**, Ankara, 1937, s. 65 ; Özsunay, 6

⁸ Erdoğan, 119

⁹ Karadeniz, 189

¹⁰ Öztan, 3

¹¹ Erdoğan, 119

¹² Hatemi, Hüseyin, **Medeni Hukuk Tüzel Kişileri-I**, İstanbul Üniversitesi Yayınları : 2280, İstanbul, 1979, s. 45; Erdoğan, 119. d.n. 47

belirgindir. Gerek krallık ve gerekse cumhuriyet dönemlerinde “*Civitas (Site)*” deyimini de, “*devlet*” terimi karşılığı olarak örgütlenmiş Roma toplumunu ifade ediyordu ve Civitas, hukuki bakımdan bir şahıs olarak görülmekteydi.¹³

Civitaslar’ın teşekkülünden evvel kişiler “*Gens*” ya da “*Gentes*” adı verilen topluluklar halinde, Yunan toplumunda gördüğümüz “*Genos*” mahiyetinde teşkilatlanmışlardı. Gens’lerde de Genos’lardaki gibi bir hukuki şahsiyet mevcudiyeti gözlemlenmektedir. Roma’da Civitas’lar, Gens’lerin birleşmesi ile meydana gelmiş ise de, Genos’ların aksine Gens’ler, Civitas’ın teşekkülüne rağmen varlıklarını ve fertler üzerindeki hukuki ve siyasi ağırlığını devam ettirmiştir.¹⁴ Genos’larda ise; ileri merhalede sitelerin teşekkülü Genos’ların kurumsal yapısı üzerinde değişikliğe yol açmıştır.¹⁵

Roma Devleti’nin, kendisini oluşturan Roma halkının bireyleri dışında hukuki bir şahıs olarak haklara ve borçlara ehil olduğu kabul edilmiştir. Devletin kendisine ait bir mâmeleki vardır. Roma Devleti bu mâmeleklerle ilgili her türlü hukuki işlemi yapabilir, bu meydana varisi olmayanların terekesine de mirasçı olarak hak sahibi olabilirdi.¹⁶

Devletin umumi şahsiyeti yanında “*Fiscus*” adı verilen genel devlet hazinesinin de gerek halktan ve gerekse yöneticiden bağımsız bir nitelik kazanması neticede ona da bir şahsiyet tanınmasını gerektirmiştir. Nitekim kaynaklarda Fiscus’un alacaklılarından ve borçlularından söz edilmektedir.¹⁷

Roma Hukuku’nun son devirlerinde, bugünkü anlamında hükmi şahsiyeti hâiz iki çeşit topluluktan söz edilebilir. Bunlar; “*Universitates Personarum*” adı verilen şahıs toplulukları ile “*Universitates Bonorum*” adı verilen mal topluluklarıdır.¹⁸ Nitekim daha XII Levha Kanunu’nda iki cemiyet tipinden söz edildiği görülmektedir. Ancak Romalılar, genel bir tüzel kişilik kavramına ulaşamadıkları için, kendilerine hukuki şahsiyet tanınmış şahıs birliklerini “*dernek*” adı altında toplayarak hukuki bakımdan düzenleme yoluna gitmemişlerdi. XII Levha Kanunu’nda sözü edilen iki cemiyet tipinin, Roma Hukuku’nun bütün gelişim süreci içerisinde ayrı adlar altında ve tek tek düzenlendiği görülmektedir. Bu cemiyet tiplerine *Collegium* ve “*Sodalitas*” adları verilmişti.¹⁹

Collegium’lar esnaf ve zanaatkârların, tüccarların kurdukları cemiyetlerdi. Belli bir zanaat kolunda ya da başka bir ekonomi kesiminde faaliyet gösteren kişilerin yardımlaşmalarını sağlamak ve ortak yararlarını korumak için bu tip birlikler kurdukları görülmektedir. Devlet hizmetinde çalışan memurların da bu tip dernekler kurma yoluna

¹³ Karadeniz, 181

¹⁴ Okandan, 325

¹⁵ Okandan, 276

¹⁶ Karadeniz, 181

¹⁷ Karadeniz, 183

¹⁸ Velidedeoğlu, *Medeni Hukuk-I*, 219 ; Saymen, Ferit, *Medeni Hukuk-II*, İstanbul Üniversitesi Yayınları: 374, İstanbul, 1948, s. 232

¹⁹ Karadeniz, 182 ; Hatemi, *Tüzel Kişiler*, 41

gittikleri kaynaklardan anlaşılmaktadır. Kurulması izne bağlanan Collegiumlar imparatorluk döneminde girilmesi zorunlu mesleki birliklere dönüşmüştür.²⁰

Sodalitas'lar ise, ilahlar için törenler düzenlemek, dini bayramları birlikte kutlamak gibi amaç ve faaliyetler için kurulmuş derneklerdir.²¹ Bunların daha ziyade bugünkü anlamında bir nevi "**tarikat**" mahiyetinde oldukları anlaşıyor.²²

Başlangıçta Cumhuriyet'ten **Augustus [Octavianus (m.ö. 27-m.s. 14)]** zamanına kadar, kendilerini bir nizamname ile tanıtmak şartıyla cemiyetler, idare makamlarının müsaadesini almaksızın serbestçe teşekkül edebiliyorlardı. Fakat teşekkül ettikten sonra Senato'nun velayeti ve denetimi altında idiler.²³ Ancak daha sonraları, cumhuriyet döneminin sonlarına doğru özellikle Sodalitas'lar siyasal amaçlar için kullanılmaya başlanınca bunlar imparatorluk için bir tehlike olarak görüldüğünden **Augustus** zamanında cemiyetlerin kuruluşu izne bağlandı. Hatta imparator bu cemiyetlerin hak ehliyetini de kısıtlamıştır.²⁴ Bir ara bu cemiyetlerin faaliyetlerine tamamen son verilmiş ise de tarihi seyir içerisindeki gelişmeler devletin, cemiyetleri yeniden kabulünü gerekli kılmıştır. Ancak geçmişteki tecrübeler cemiyetlerin teşekkülü hususunda devleti, serbestlik sisteminden "*izin sistemi*"ne geçişe zorlamış, bundan sonra Roma'da her cemiyet teşkili için Senato'dan müsaade alınması gerekli olmuştur.²⁵

Klasik dönemde kurulmasına müsaade edilen meşru her bir cemiyet hukuki kişilik haklarından tamamen istifade etmekte ve bu istifade idare makamlarının müsaadesine tâbi bulunmamakta idi. Yani hiçbir cemiyet Senato'nun izni olmadan teşekkül edemezdi fakat bu izin ile doğdu mu tam bir ehliyeti hâiz bulunur, Senato bu hakları sınırlayamazdı.²⁶

Mal topluluklarına (*Universitates Bonorum*) gelince, klasik hukuk döneminde Roma bugünkü anlamında "**vakıf**" kurumu, yani hukuki şahsiyet tanınarak belli bir amaca tahsis edilmiş mâmelek uygulamasını bilmiyordu.²⁷ Ancak Hristiyanlığın kabulünden sonra, Hristiyan imparatorlar devrinden sonra kurulan manastırlar, hastaneler, din veya hayır kurumlarında, vakıf müessesesine nispeten yaklaşılmıştır.²⁸ Bu dönemde dini ve hayrî amaçlarla yapılan bağışlar ve belli mal vasiyetlerinin yönetimlerinin piskopos ya da papazlara bırakıldığı görülmektedir.²⁹ Hristiyanlık kültürünün Roma hukukuna nüfuz etmesiyle kiliselerin hak ehliyeti de — belki buna bir anlamda tüzel kişiliği diyebiliriz — kabul edilmişti.³⁰ Bu verilerden anlaşıldığı kadarı ile bu mal topluluklarının bugünkü anlamında bir vakıf mahiyetinden çok, kiliseye yapılan "*şartlı bağış*" mahiyetinde oldukları düşünülebilir.

²⁰ Karadeniz, 183

²¹ Aynı yer.

²² Hatemi, age. , 41

²³ Saymen, 232

²⁴ Karadeniz, 183

²⁵ Saymen, 233

²⁶ Aynı yer.

²⁷ Karadeniz, 183 ; Özsunay, 7

²⁸ Velidedeoğlu, *Medeni Hukuk* , 219

²⁹ Karadeniz, 183

³⁰ Saymen, 233

Hatemi; Roma Hukuku'nun kişi topluluklarına tüzel kişilik tanımakla birlikte bunlara yapılan kazandırmalar sonucunda meydana gelen mal topluluklarına ayrı bir kişilik tanımayıp kişi topluluğunun mal varlığı saymaya eğilimli olduğunu; buna karşılık **İslam Hukuku'nun** vakıf kurumu aracılığı ile mal topluluklarına tüzel kişilik tanımak ve kişi topluluklarını ayrı bir tüzel kişilik olarak tanımayıp bu mal topluluğundan “*yararlananlar*” olarak göstermek eğiliminde olduğunu düşünmektedir.³¹

Roma Hukuku'nda “*vakıf*” statüsünde bir tüzel kişilik bilinmiyor olmakla birlikte kiliselere tanınan “*hak ehliyeti*” , kiliseye bağlı teşekküllere; manastırlara, hastahanelere, imarethanelere ve düşkünleri barındıran yurtlara da teşmil olunmuştu.³²

Roma'da, hukuki mahiyetleri göz önüne alındığında şirketlerin hükmi şahsiyete sahip olmadıkları anlaşılmaktadır. Zira şirketler akde dayandıklarından ortaklardan birinin ölümü veya ortaklıktan çekilmesiyle şirket akdi sona ermektedir. Şirketin varlığı ortakların varlığına dayalıdır. Şirkette bir araya getirilmiş mallar, şirketin mâmeleki değil, ortakların şahsi mallarıdır; bu mallar üzerinde ortakların müşterek mülkiyeti vardır. Şirketin alacak ve borçları ortaklara aittir, bunlar sorumlu tutulur, bunlar dava açar ve bunlara dava açılırdı.³³

Fakat “*societates puplicanorum*” denilen teşekküllerle büyük sınıî ortaklıkların yani maden ve tuz işletmeleri için kurulan ortaklıkların tüzel kişiliği olduğu kabul edilebilir. “*Societates Puplicanorum*” iltizam usulü ile vergi toplama imtiyazını alanların kurduğu ortaklıklardır. Bunlarda sermaye unsuru ağır basmakta, ortaklardan birinin ölümü ile ortaklık sona ermemektedir. Roma Hukuku'ndaki bu sermaye ortaklıklarının, anonim şirketlerin ilk türü (nüvesi) sayılabileceği belirtilmiştir.³⁴

5. Cermen Hukuku :(*)

Zaman itibariyle ortaçağa gelindiğinde somut bir “**hükmi şahsiyet**” fikrine ve kavramına biraz daha yaklaşılmıştır.

³¹ Hatemi, *Tüzel Kişiler*, 51 ; Aynı yazar, *İslam Hukuku Dersleri*, Birleşik Yayıncılık, III. Baskı, İstanbul, 1999, s. 178

³² Saymen, 233

³³ Rado, 147

³⁴ Hatemi, *Tüzel Kişiler*, 45, dn. 19

(*) **Cermen Hukuku**, gerçekte Roma Hukuku'nun Kara Avrupası hukuklarına tesiri sonucunda ortaya çıkan ve bu suretle bünyesinde Roma Hukuku'ndan pek çok izler taşıyan bir hukuk sistemidir.

Yeniçağın başlarında Roma Hukuku hemen bütün Avrupa'da iktibas edilmiştir. İktibasın en geniş olarak cereyan ettiği ülke Almanya (Cermen İmparatorluğu) olmuştur.

Roma Hukuku'nun uygulamada kullanılan (pozitif) hukuk haline gelmesinde Alman imparatorlarının katkısı büyüktür. Kendilerini Roma imparatorlarının halefi sayan ve bu sıfatla taç giyen imparatorlar Roma Hukuku'nun mahkemeler tarafından uygulanması yolunu açmışlardır. Zira 1495 yılında Alman İmparatorluk Mahkemeleri Kanunu, imparatorluğun müşterek hukukuna göre karar verme prensibini vaz'etmiştir. Müşterek hukuk niteliğinde olan Roma Hukuku, iktibasın gerçekleştiği ülkelerde tamamlayıcı hukuk olarak uygulanıyordu. Başka bir deyişle Roma Hukuku tâlî karakterdeydi. Önce şehir hukuku, sonra eyalet hukuku gelir, bunlarda hüküm bulunmazsa, müşterek hukuk olarak Roma Hukuku tatbik edilirdi. [Bkz. Erdoğan, 81 – 84]

Ortaçağın dünya görüşü kolektivisttir. Bu çağ, bireyleri birlikler ve topluluklar içine koyar. Birey, birlikler içinde ve birlikler için yaşar. Bireyin yaşam biçimini, eylemlerini, düşünce ve isteklerini birlikler belirler.³⁵ Ortaçağın ilk devirlerinde Cermen Hukuku, umumi bir hükmi şahsiyet nazariyesine sahip olmamakla birlikte, Cermen alemi nüve halinde hükmi şahıslarla iç içedir. O devirde fertler müşterek bir amaç gütmek üzere zirâî teşekküller, zanaat teşekkülleri, mesleki teşekküller gibi çeşitli kurumlar içinde toplanmışlar ve zanaatkârlar; lonca, oda gibi adlar alan esnaf teşekkülleri halinde örgütlenmişlerdi. Bu gibi teşekküller, muhakeme, ceza verme, güvenliği koruma, hatta üyelerinden vergi alma gibi kamu hukuku sahasına giren görevleri üstlenerek adeta bir kamu kurumu mahiyetini kazanmışlardı. Bunlara “Zanaat Teşekkülleri” denilirdi ve her birinin müstakil bir mevcudiyetleri (hukuki şahsiyetleri) vardı.³⁶

Bir de Cermen Hukuku’nda “İştirak halinde mülkiyet müessesesi” birden fazla kimseleri — mesela mirasçıları — bir mal etrafında toplamakta, o mal, o kimseler tarafından elbirliği ile işletilmekte ve her malikin mülkiyet hakkı, o malın belirli bir payında değil, tamamı üzerinde bulunmakta idi. İşte bu “elbirliği mülkü/müşterek mal” zamanla üçüncü şahıslara karşı müstakil bir topluluk, bir birlik telakki edilmeye başlanılmış ve bunun kendisine mahsus mâlî bir sorumluluğu kabul edilmiştir.³⁷

Cermen Hukuku’nda müşterek mülkiyetin üçüncü şahıslara karşı müstakil bir varlık yani “şahsiyet” halini alması bir takım merhalelerden sonra gerçekleşmiştir. Önce bu iptidai ve nüve halindeki şahsiyetten “Genossenschaft” adı verilen bir cemiyet tarzına geçilmiş, zamanla, müstakil bir mâmelek şeklini almış olan ve o tarzda idare edilen “müşterek mal” herkes nazarında müstakil telakki olunmaya başlanılmış ve kendisini meydana getiren fertlerden ayrı olarak kabul olunmuştur. Bu realite belirli bir süreç içerisinde tedricen hukuki sahada da kendisini kabul ettirmiştir. Fakat bu merhalede bile ortaklar arasındaki bağ tamamen silinmiş değildir. Temeli, iştirak halindeki mülkiyet olan bir korparasyon mahiyetindedir. Bununla birlikte artık korparasyon fikri belirmiştir; Genossenschaft üçüncü şahıslara karşı tek bir şahıs, ortaklara karşı ise iştirak halinde mülkiyet görüntüsündedir.³⁸

Kilise hukukçularıyla, glassatörlerin(*) tesiri altında Cermen Hukuku bir merhale daha yaparak, tam manasıyla hükmi bir şahsiyeti haiz “körperschaft” adını taşıyan bir müessese meydana getirmiştir. Tamamen realist olan Genossenschaft’a mukabil Körperschaft tam manasıyla fikrî bir eserdir. Glassatörler bunu, Roma Hukuku’ndaki “Universitates” mefhumundan çıkarmışlardır. Genossenschafttaki şahsi münasebetler yavaş yavaş silinmekte ve yerini birlik ve şahsiyet mefhumuna bırakmaktadır. Bu merhalede ön safta “gaye” mefhumu yer almakta, bir gayeye tahsis edilen mâmelekelerin müstakil bir mevcudiyeti haiz olacağı düşüncesi hakim bulunmaktadır. Bu istiklali oluşturan, malı gayeye tahsis eden kimsenin iradesidir. Bu fikir, mallardan mücerred şahsiyetlere yani cemiyetlere de teşmil

³⁵ Özsunay, 7

³⁶ Velidedeoğlu, *Medeni Hukuk-I*, 220 ; Öztan, 4

³⁷ Velidedeoğlu, *agc.* , 220

³⁸ Velidedeoğlu, *agc.* , 220 ; Öztan, 4

(*) Ortaçağda , Avrupa’da Roma hukuki metinlerine şerhler yazan haşiyeciler..

edilmiştir. Bu şekilde artık realitenin değil, başlı başına bir iradenin meydana getirdiği hükmi şahıslara ulaşılmış ve bunlara genel olarak “**Corpus**” adı verilmiştir.³⁹

Corpus, organik bir bütün ifade etmekte ve fertler bu bütünün içerisinde koordine edilmiş üyelerden başka bir mahiyet taşımamaktadır. Binaenaleyh birliği meydana getiren, üyeler değil, bizzat bu Corpus’un kendisi olmaktadır.

Almanya’da Körperschaftlar bilhassa ideal bir gaye güden cemiyetlerle, vakıflara tatbik edilmekte; Genossenschaftlar ise iktisadi gaye güden cemiyetleri (şirketleri) ifade etmekte idi.

Bu tekamülden sonra Cermen Hukuku’nda üç tür tüzel kişilik mevcudiyet kazanmıştır:

- a) Devlet, kilise, üniversiteler gibi gayesi tamamen ideal olan hükmi şahıslardır ki, bunun vücuda gelmesi kanun vâzının iradesine bağlıdır. Bunlar kamu hukukunu ilgilendirir.
- b) Hakiki şahıslardan mürekkep cemiyet ve şirketlerdir ki, bunlar tamamen şahıs iradesinden doğmakta; kanun/hukuk düzeni tarafından tanınmaktadır.
- c) Mallardan mürekkep vakıflardır ki, bunlar da yine fertlerden oluşan hükmi şahısların tâbi oldukları rejime tâbi bulunmaktadır.⁴⁰

³⁹ Vclidedcoğlu, *Medeni Hukuk* , 220

⁴⁰ Saymen, 234 - 235

II- İSLAM HUKUK TARİHİNDE HÜKMİ ŞAHSİYET :

Aslında İslam hukuk tarihi genel hukuk tarihinden soyutlanamaz. Ancak araştırmanın özellikle İslam hukuku ile ilgisi bulunduğu göz önüne alınarak, İslam hukuk tarihindeki hükmi şahsiyet örneklerini ayrı bir ana başlık altında inceleyeceğiz.

Bununla birlikte, İslam hukuk tarihindeki tüzel kişilik örneklerine geçmeden önce, İslam hukukunda hükmi şahsiyetin bilinmediğini savunan görüşlere de kısaca temas edilmesinde yarar olduğu kanaatindeyiz.

1. “İslam Hukuku’nda Hükmi şahsiyet bulunmadığı” Görüşü :

Türkiye’de ilk kez; 20. Yüzyılın başlarında hukuki yapıda gerçekleştirilen köklü değişimlerle birlikte, yeni Türk Devleti’nin batılı tarz hukuk sistemlerini adapte etme gayretlerine sağlam bir dayanak sağlayabilme amacına yönelik olarak ortaya koyulan bu görüşün, bu açıdan bilimsel ve hukuki verilerden çok siyasi ve kısmen de olsa ideolojik gerekçelere dayandırıldığı söylenebilir.

Öte yandan modern Türk hukukçularının, yeni tarz hukuk sistemini topluma benimsetme gayretlerine yönelik argümanlarından biri kabul edilebilecek bu görüşün, batılı hukukçuların ve oryantalist söylemin tesiri altında ortaya koyulmuş olduğu da konunun bir başka boyutunu teşkil eder. Nitekim bu görüşün savunucularından **S. Şakir ANSAY**, bu tezini doğrudan olmasa bile **Bergstrasser**’ e dayandırmaktadır.⁴¹ Ünlü oryantalist **Bernard Lewis** de “İslam Hukuku’nun tüzel kişiliği tanımadığını” savunanlar arasındadır.⁴²

“İslam Hukuku’nda hükmi şahsiyete yer verilmediği” iddiası, mutlak olarak ifade edilen bir görüş değildir. Zira bazı hukukçular, İslam hukukunda hükmi şahsiyete delalet eden bazı kurumların bulunduğunu kabullenmektedirler. Dolayısıyla bu husustaki görüşleri üç ayrı kategoride ele almak gerekir:

a) Bazı hukukçular İslam Hukuku’nun hükmi şahsiyete hiç yer vermediği görüşündedirler.⁴³

⁴¹ Ansay, S. Şakir, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları: IV, II. Baskı, Ankara, 1954, s. 178

⁴² Usul, A. Rasul, “Sivil Toplum, Oryantalizm, Demokrasi ve Osmanlı” , Türkiye Günlüğü: 47, Eylül-Ekim, 1997, s. 85

⁴³ * “İslam Hukuku hükmi şahıs mefhumu ile meşgul olmamıştır. Şirket, cemiyet gibi başlı başına kurumlar yeni eserlerde hükmi şahıs olarak gösterilmektedir.” [Ansay, 7]

* “İslam Hukuku’nda korporasyon mahiyetinde teşkilat meçhuldür. Devlet, vakıf gibi varlıklara hükmi şahsiyet izafesi modern hukuk tesiri altında bir görüşe atfedilebilir. **Bergstrasser**’ in beyan ettiği üzere yegane korporasyon “Âkile”den ibarettir. Bir cemiyet (dernek) kurmak serbestliği mevcut değildir. Yalnız muayyen tipte şirketlere müsaade edilmiştir. Fakat bunların hükmi şahsiyeti yoktur.” [Ansay, 177 – 178]

b) Bazı hukukçular ise İslam Hukukunun hükmi şahsiyete kısmen yer verdiği görüşündedirler ki bunlara göre vakıflarda ve Beytü'l-Mâl gibi kamu kurumlarında hükmi şahsiyet izlerine rastlanıldığı ifade edilebilir.⁴⁴

c) Bazı hukukçular ise daha ziyade şirketlerin hukuki statülerini baz alarak İslam Hukuku'nda hükmi şahsiyete yer verilmediğini ileri sürmektedirler. Bu görüşte olanlar, klasik İslam şirketlerinde tüzel kişilik statüsü mevcut olmadığından bunu, bir bütün halinde İslam hukukunda hükmi şahsiyete yer verilmediği şeklinde algılamakta ve yansıtmaktadırlar.⁴⁵

Bu görüşlere ait değerlendirmelerimizi İslam hukuk tarihindeki hükmi şahsiyet örneklerini sunarken ortaya koyacağız. Bununla birlikte bu görüşlerin, Hatemi'nin de buna değindiği üzere⁴⁶, daha ziyade MECELLE hükümleri baz alınarak ifade edildiklerini söylemek mümkündür. Özellikle şirketlerin hukuki statüsü ile ilgili eleştirilerin Mecelle'ye dayandırıldığı verilen örnekten anlaşılmaktadır. Ancak unutulmamalıdır ki Mecelle, modern hukuk sistemlerinin tasnifi itibarıyla Medeni Hukuk'un daha ziyade "Borçlar Hukuku" kapsamına giren akit türlerinin klasik dönem İslamî hükümlerini ihtiva etmektedir. Bu hükümler esas alınarak İslam Hukuku'nda hükmi şahsiyete yer verilmediği yargısına varmak bilimsel açıdan isabetli değildir.

2. İslam Hukuk Tarihinde Hükmi Şahsiyete Delalet Eden Hüküm ve Esaslar :

İslam hukuk tarihindeki hükmi şahsiyet örneklerini, modern hukuk tasnifine uygun olarak, Kamu Hukuku Hükmi Şahısları ve Özel Hukuk Hükmi Şahısları olmak üzere iki ayrı kategori içerisinde ele alacağız.

2. 1. Kamu Hukuku Hükmi Şahısları :

2. 1. 1. Devlet :

⁴⁴ * "İslam Hukuku'nda hükmi şahsiyet mefhumuna sadece vakıflarda rastlanılmaktadır. Vakıflar hakkındaki eski eserlerde vakıfların hükmi şahıs olduklarına dair açık bir kayıt yoksa da vakfın, Allah'ın mülkiyetinde ad ve itibar oluşundan onun manevi veya hükmi bir şahıs olduğu neticesi çıkarılabilir." [Velidedeoğlu, Medeni Hukuk, 221]

* "Fıkıh esas itibarıyla hükmi şahsiyeti kabul etmez. Bununla beraber Hazine (Beytü'l-Mâl), mîrî ve vakıf araziye sahip olabildiğinden hükmi şahıs olarak telakki edilebilir." [Seviğ, 73]

* "İslam Hukuku'nda Beytü'l-Mâl ve vakıflar hükmi şahsiyete sahiptirler" [Kubalı, II. Nail, Devlet Ana Hukuku-I, İstanbul Üniversitesi Yayınları: 436, III. Baskı, İstanbul, 1950, s. 25]

⁴⁵ * "Eski hukukumuz bugünkü manada cemiyetleri tanımamış ve bunları hiçbir surette tanzim etmemiştir. Buna mukabil vakıflar çok eski zamandan beri memleketimizde gelişmiş bir müessesedir. Ancak bunların hükmi şahsiyeti olup olmadığı tartışmalıdır.

"Kâr gayesi güden ve şahıs ile sermaye topluluğu olan şirketler Mecelle'de çok muvassal bir şekilde tanzim edilmiş olduğu halde, hiçbir maddesinde değil hükmi şahsiyet tabirine, bunu imâ edecek bir hükme dahi tesadüf olunmamaktadır. Filhakika 1329. cu madde şirketi, "iki ziyade kimseler beyninde sermaye ve faydası müşterek olmak üzere akdi şirketten ibarettir" diye tarif ederek ancak akdi (akde dayalı) bir münasebet gibi telakki ediyor. Fakat şerikler arasındaki münasebetleri üçüncü şahıslara karşı kuvvetlendirmek ve hükmi şahısların temin edebileceği bazı faydaları temin edebilmek için Mecelle ortaklardan her birini diğerinin vekili ve kefili addetmiştir." [Saymen, 236]

⁴⁶ Hatemi, Medeni Hukuk Tüzel kişileri, 45-46

Devletin tüzel kişiliği aslında devlet olmanın, devlet halinde örgütlenmenin tabii bir neticesidir. Diğer bir ifadeyle günümüzde nasıl devletlerin tüzel kişiliği hâiz bulundukları bedihî bir hakikat olarak kabul ediliyor ise, geçmişte de — ne kadar eskilere gidersek gidelim — hükmi şahsiyeti hâiz bulunmayan bir devlet düşünülemez. Zira devleti oluşturan topluluk bireylerinin, ferdî olarak devlet ile gerek siyasi ve gerekse hukuki bir münasebeti olduğunu/olacağını kabul ettiğimiz andan itibaren zaten devlete hukuki bir şahsiyet yüklemiş oluruz. Bu itibarla “*hükmi şahsiyet*” fikrinin, tarihi kökeni itibariyle ilk insan cemiyetleri (devletleri) ile eş zamanlı olduğunu iddia etmek yanlış olmaz.

Binaenaleyh Müslümanların siyasi ve hukuki tarihlerinde, tesis ettikleri devletlerin tüzel kişiliğe sahip bulunduklarını ispatlama gayreti içerisine girilmesi gereksizdir. Dolayısıyla aşağıda sunacağımız örneklerle, İslamî hukuk tarihinde devletin tüzel kişiliğinin varlığını değil, belki devletin sahip olduğu şahsiyetin çerçevesini ortaya koymuş olacağız.

* (1) Hz. Peygamber (sav) dönemindeki hukuki yapı içerisinde yer alan “eman” müessesesinde devletin tüzel kişiliği belirgin olarak görülmektedir. **Eman**; bugünün Devletler Hukuku tabiriyle “siyasi sığınma talebi” olarak nitelendirilebilir.

Hz. Peygamber (sav), bütün toplum adına her ferdi, topluluk dışından bir başkasına eman vermeye yetkili kılmıştı. Şu hadis buna işaret etmektedir:

*“Müslümanların kanları (dokunulmazlıkları/can emniyetleri) yekdiğerine eşittir. En aşağıdakileri dahi — diğerleri yani devlet nâmına — eman verebilir; onlar kendilerinden başkasına karşı tek bir el gibidirler.”*⁴⁷

Hadisin ikinci fıkrasına göre Müslümanlardan herhangi birinin, eman dileyen düşmana (ya da yabancıya) verdiği eman ve teminat, bütün Müslümanlar tarafından ya da bütün Müslümanlar adına verilmiş gibi kabul edilmektedir. Zira hadisin metninde geçen “tek bir el gibidir” ibaresi, bugünkü anlayışla “tek bir şahıs gibidir” anlamında kullanılmıştır.

Hadisin ifade ettiği hükmün izahı şudur: Nasıl her Müslüman ferdin, toplum içerisinde başkalarına karşı canı ve malı açısından dokunulmazlığı var ise, o ferdin bir başkasına tanıdığı eman, eman verilenle eman vereni aynı konuma getirmekte, bu kişi elde ettiği teminat sayesinde, düşman bir kavimden bile olsa toplum nezdinde her türlü tecavüze karşı bir dokunulmazlık kazanmaktadır.

Bu hüküm “**Medine Sözleşmesi**”nin 15 ci maddesinde de aynen yer almaktadır ;

*“Allah’ın zimmeti (himaye ve teminatı) bir tektir; Mü’minlerin en ednâsının himayesi onların hepsi için hüküm ifade eder. Zira Mü’minler diğer insanlardan ayrı olarak birbirlerinin mevlası (kardeşi, velisi) durumundadırlar.”*⁴⁸

⁴⁷ Ebu Davud, Diyât, 11 (4530) : İbn Mâce, Diyât, 31 (2685); Nesai, Kasame, 11 (C. VIII, s.19 – 20)

⁴⁸ Hamidullah, Muhammed, *İslam’ın Hukuk İlmine Yardımları*, (Makaleler Külliyyatı, Derleyen ve çeviren: Salih Tuğ), İstanbul, 1962, s. 24

Netice olarak Hz. Peygamber (sav)'in hadisi ile vaz'edilen bu hükümde bütün topluluğun (devletin) tek bir “*şahıs*” gibi kabul edildiğini ve her ferde bu hususta onu temsil yetkisi verildiğini söyleyebiliriz.⁴⁹

Şunu da ilave etmeliyiz ki, cahiliyye döneminden beri mevcut olan “eman” müessesesinin İslamî dönemde de tescilini ifade eden bu hüküm, ileriki dönemlerde topluluğun genişlemesi nedeniyle disipline edilmiş ve fertlere tanınan eman yetkisi, devlet başkanının kontrol yetkisine bağlanmıştır. Özellikle **Hanefi** ekolüne mensup hukukçulara göre eman, bağlayıcılığı olmayan bir akittir; devlet başkanı, kamu maslahatı bunu gerektiriyorsa emanı geçersiz saymaya yetkilidir.⁵⁰

* (2) İslâmî idare hukuku açısından, devlet başkanının ıktâ' (tımâr) suretiyle Beytül-Mâl'e ait araziden, herhangi birine verdiği bir bağışın, kendisinden sonra gelen devlet başkanının döneminde de hukuki geçerliliğini sürdüreceği kabul edilmiştir.⁵¹ Bu prensip, devlet başkanının bu husustaki tasarrufunun gerçek anlamda devlete ait bir tasarruf olduğu ve neticesinin de, devletin mevcudiyeti (şahsiyeti) devam ettiği müddetçe geçerli olması gerektiğini ifade eder.

Ancak bu prensip, devlet başkanının, kendisinden önce gerçekleştirilen bir ıktâ', her ne suretle olursa olsun geçersiz sayma yetkisini ortadan kaldırmamaktadır. Eğer bu ıktân kamu yararını ihlal edici bir nitelik taşıdığı veya ölü arazinin ıktânında olduğu gibi, araziye sahiplenilen kişinin araziye işletmeyerek âtıl bıraktığı anlaşılırsa devlet başkanının, bu ıktân geçersiz sayma yani geri alma hakkı/yetkisi elbette söz konusudur. Nitekim **Hz. Ömer**'in, Hz. Peygamber (sav)'in **Bilal b. Haris**'e verdiği araziye bu ikinci gerekçeyle geri alması buna örnek gösterilebilir.⁵²

* (3) Ortaçağın otokratik devlet yönetimi anlayışı, devlet başkanının altındaki her kademedeki devlet görevlilerinin bizzat devlet başkanının nâibi (vekili) konumunda oldukları varsayımını gerektiriyordu.

O dönemin mevzu hukukuna göre vekalet akdini sona erdiren sebepler arasında müvekkilin ölümü ve hukuki ehliyetini yitirmesi de yer almaktadır. Yani müvekkilin ölümü veya fiil ehliyetini yitirmesinden itibaren, kendisinin bunu bilmesi şartı aranmaksızın vekilin vekalet tasarrufu kendiliğinden sona erer.⁵³

Bu prosedüre göre devlet başkanının ölümü, istifa etmesi veya azledilmesi, kendisi tarafından atanan görevlilerin de görevden alınmış (mün'azil) olmasını gerektirir. Halbuki idare hukuku açısından belirlenen statü bunun hilafıdır. Çünkü o dönemde, devlet başkanının atadığı memurların, başkanın vefatı, istifası veya azli halinde mün'azil

⁴⁹ Zerka, III, 300

⁵⁰ Kâsânî, Alâuddin Ebu Bekr b. Mes'ud, *Bedâiu's-Sanâi fî Tertibi's-Şerâi'*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, II. Baskı, Beyrut, 1986, c. VII. s. 107; Zuhayli, VIII, 195

⁵¹ İbn Abidin, *Reddül-Muhtar*, Mısır, trs., III, 340

⁵² Zuhayli, VII, 83

⁵³ Kâsânî, VI, 38; Şirbînî, II, 232; Zuhayli, V, 234

sayılmayacakları düsturu benimsenmişti.⁵⁴ Hatta bu statü, devlet başkanının altındaki yüksek idarecileri (vezirler, kâdî'l-kudâtlar) de içine alacak şekilde genişletilmiştir. Buna göre; devlet başkanının kendisine verdiği yetkiye dayanarak bir hakim, daha alt davalar için bir başkasını hakim olarak tayin etse, birinci hakimin azledilmesi, kendisi tarafından tayin olunan ikinci hakimin de kendiliğinden azledilmiş olması neticesini doğurmaz. Ölüm durumunda da aynıdır.⁵⁵

Bu idari düstur, devletin fertlerden ve özellikle devlet başkanından müstakil, başlı başına bir mevcudiyeti (şahsiyeti) bulunduğunu göstermektedir. Aslında bu, yukarıda da temas ettiğimiz üzere her devlet için zorunlu bir durumdur. Zira devletin varlığı mümessillerinin varlığına bağlı değildir.

* (4) Fiil ehliyeti aynı zamanda "*ceza ehliyeti*"ni de içerir. Ceza ehliyeti; bir şahsın kusurlu fiillerinden dolayı cezalandırılabilmesini mümkün kılan bir ehliyettir. Bu cezalandırma bedene yönelik olabileceği gibi tazmince yönelik de olabilir. Ceza ehliyetine "*kusur ehliyeti*" de denilmektedir.

Günümüzde hükmi şahısların kusur ehliyetine sahip olup olmadıkları tartışmalıdır.^(*) Fakat hükmi şahıslara karşı dava açılabilmesi, bunların kusur ehliyetinin varlığına delalet etmektedir.

Klasik kaynaklar incelendiğinde, geçmiş dönemlerde de devlete, hakiki şahıslar gibi kusur ehliyeti yüklenildiğine işaret eden hükümlere rastlanılmaktadır. Bunlardan birine göre;

Hakim, amme hukuku sahasında kasıtsız olarak telafisi imkansız bir şekilde hata etse, örneğin bir hırsızlık zanlısının elini kestirdikten sonra şahitlerin şهادet ehliyetinin olmadığı ortaya çıksa bu, hükmün iptalini gerektiren bir gerekçe olduğundan, bu durumda elin haksız olarak kesilmesinin tazminatını hakim değil, devlet öder. Çünkü hakimin yargılama yetkisi devlet (amme) adına kullandığı bir yetkiye dayanmaktadır. Dolayısıyla tazminat da devlete ait olur⁵⁶

* (5) Devletin umumi şahsiyeti yanında kadâ makamının (bugünkü tabirle mahkemelerin) da hükmi bir şahsiyeti bulunduğuna delalet eden örnekler vardır :

Bir hakim tarafından bir dava ile ilgili olarak başka bir beldedeki diğer bir hakime yazılan mektup, mektup yazan hakim ölse veya azledilse de hukuki geçerliliğini sürdürür.

Aynı şekilde eğer mektup isme değil de karşı taraf hakimliğine yazılmış ise, mektup yazılan hakimin ölümü veya azli halinde de mektup hukuki geçerliliğini sürdürür. Ancak mektup isme yazılmış ise, kendisine yazılanın ölümü veya azledilmesi halinde geçerliliğini yitirir.⁵⁷

Mahkemelerin hükmi şahsiyetine delalet eden diğer bir örnek hüküm de şudur;

⁵⁴ İbn Nüceym, *el-Eşbah ve'n-Nezâir*, Beyrut, 1985, s. 233 ; Zerka, III, 306

⁵⁵ Damad, II, 168 ; Yenişchirli Abdullah Efendi, *Behçetü'l-Fetâvâ*, Matbaai Amire, 1266 h. , s. 422

^(*) Bu konudaki farklı mütalaalar için bakınız: "Hükmi Şahısların Ehliyetleri" Konusu, s. 93-94

⁵⁶ Kâsânî, VII, 16 ; İbn Abidin zâde, *Tekmiletü Reddî'l-Muhtar*, trs. byy. I. 36 ; Zerka, Ahmed b. Muhammed, *Şerhu Kavaidi'l-Fıkhiyye*, Daru'l-Kalem, II. Baskı , Dimaşk, 1989, s. 483 ; Zerka, Mustafa Ahmed, *Fıkhu'l-İslami*, III. 308

⁵⁷ Damad, II, 167

Eğer bir vakfın geliri herhangi bir kadâ makamı (mahkeme) için şart koşulmuş ise, o makamı temsil eden hakimin, makam adına vakfı tescili — Ebu Hanife'ye göre vakfın hukuki geçerliliği için mahkeme tarafından tescili şarttır — sahihtir. Çünkü bu, hakimin kendi nefsi için verilmiş bir hüküm sayılmaz. Ancak eğer o gelir hakimin kendi şahsı adına tahsis edilmiş ise, bu durumda tescilin başka bir hakim tarafından yapılması gerekir.⁵⁸

2. 1. 2. Beytü'l-Mâl :

Gerçekte devlet teşkilatı içerisinde yer alan mali bir kurum ise de, devlet başkanının bu kurum üzerindeki tasarruf yetkisinin son derece sınırlandırılmış olması ve bu yönüyle daha özerk bir yapı arz etmesi nedeniyle Beytü'l-Mâl'in şahsiyetini ayrı bir başlık altında tetkik etmeyi daha uygun buluyoruz.

Ayrıca şahıs toplulukları ve mal toplulukları hüviyetindeki hükmi şahıslar kategorizesine uygun olarak devleti şahıs topluluğu, Beytü'l-Mâl'i ise mal topluluğu hüviyetindeki hükmi bir şahıs olarak nitelendirebiliriz.

Terim olarak devlete ait malların muhafaza edildiği fiziki mekanı ifade ettiği gibi, devlete ait taşınır taşınmaz malların bütünü ve bunların idaresi ile ilgili hukuki kurumu da ifade etmektedir. Bu geniş anlamıyla “**Beytü'l-Mâl**” devlete ait her türlü mal varlığının ve gelirlerinin toplandığı, harcamalarının yapıldığı, haklara ve borçlara ehil, bağımsız bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵⁹

Beytü'l-Mâl'in teşkilatlı bir mâli kurum olarak ortaya çıkışı bir çok araştırmacı tarafından Hz. Ömer devrine nisbet edilmekte ise de bu kurumun İslâmî döneme ait ilk devlet teşkilatlarından birisi olduğunu söylemek hatalı olmaz. Zira bu kurumun mevcudiyeti Hz. Peygamber (sav) dönemine kadar uzanır. Gerek Hz. Peygamber (sav)'in ve gerekse Hülefâ-i Raşidin'in bu kuruma bakış açılarında, onun bugünküne benzer bir tarzda hükmi bir şahsiyeti haiz bulunduğu kanaatini elde edebiliriz. Şu kadar var ki, Hz. Peygamber (sav) döneminde bu teşkilatın gayet basit bir yapısı olduğundan söz edilebilir. Yani henüz kurumlaşmamıştır.

İslam topraklarının genişlemesi ve devlet gelirlerinin öncekilerle kıyas edilemeyecek derecede artması, Hz. Ömer devrinde Beytü'l-Mâl'in kurumlaşmasını ve devletin mâli yapısını oluşturacak şekilde teşkilatlanmasını gerektirmiştir.⁶⁰

Klasik kaynaklarda ele alınıp ve işleyişinden anlaşıldığı kadarı ile Beytü'l-Mâl, sadece devlet mallarının muhafaza edildiği bir hazine binası olarak değil, aynı zamanda devletin taşınır taşınmaz mal varlığının bütünü; leh ve aleyhindeki hak ve borçların sabit olduğu bir kurum olarak kabul edilmiştir. Nitekim gerek Mâverdî ve gerekse çağdaşı Ferrâ', Beytü'l-Mâl'in devlet mallarının muhafaza altında bulundurulduğu bir mekandan ibaret bulunmadığını, onun hak ve borçlara ehil bir “*cihet*” (kurum) olduğunu belirtmektedirler.⁶¹

⁵⁸ Zerka, *Fıkhu'l-İslâmî*, III, 304, dn. 1 (İbn Şihne'den naklen)

⁵⁹ Erkal, Mehmet, *Beytü'l-Mâl md.*, DİA, 90

⁶⁰ Erkal, 91

⁶¹ Erkal, 92-93

Daha önce Roma'da da gördüğümüz, Beytül-Mâl'e ait malların devlet başkanının hususi mülkünden ayrı bir statüde olduğu ilkesi İslamî telakkide de benimsenmiştir. Dolayısıyla devlet başkanının onda, kendisi için tayin olunan maaşı dışında özel bir faydalanma hakkı yoktur. **H. Ali'nin** bu durumu belirtmek üzere ; *"Malınızın anahtarı bendedir, ama sizden ayrı ve farklı olarak ondan bir dirhem bile alamam"* dediği nakledilir.⁶² Keza **H. Ömer** de ; *"Müslümanların Beytül-Mâl'i karşısında benim durumum yetimin vasisi gibidir"* demiştir.⁶³

Hatta **Elmalı Hamdi Yazır**, Beytül-Mâl'in dokunulmazlığı hususunda, işi biraz daha ileriye götürerek mevcut toplumun bile ondan "asaleten" istifadesinin mümkün olmayacağını öne sürüyor. Zira ona göre; *"ümme (devleti oluşturan halk) hem mevcut olan hem de gelecek nesilleri şâmilidir. Bu bakımdan devlet, mevcut ile mevcut olmayanın toplamı demek olan bir itibari varlığın ismidir. Bu sebeple mevcut ümme fertlerinin tamamı bile "asaleten" emvâl-i Beytül-Mâl'e tasarruf edemezler. Ancak bir vasînin tasarrufu gibi niyabeten tasarruf edebilirler."*⁶⁴

Bu cümleden olarak **H. Osman** devrinde, Beytül-Mâl emini oradan yapılan bir harcamayı usulsüz görüp buna karşı çıkınca halife; *"sen sadece bir muhafız ve memursun"* diyerek, onun itirazına mukabele etmek istemişse de Beytül-Mâl emini şu karşılığı vermiştir; *"Ben senin özel malının muhafızı değilim, müslümanların Beytül-Mâl'inin muhafızıyım!.."*⁶⁵

Yine Endülüs Emevi hükümdarı **II. Abdurrahman** bir sanatkâra devlet hazinesinden 30.000 dinar vermek isteyince Beytül-Mâl görevlisi, devlet hazinesinden böyle bir bağışta bulunamayacağını kendisine hatırlatmış ve hükümdar bu atıyyeyi kendi şahsi mülkünden karşılamak zorunda kalmıştır.⁶⁶

Beytül-Mâl, bütün toplumun onda şâyian pay sahibi olduğu, dolayısıyla az-çok istifade hakkının bulunduğu bir *"müşterek mal"* mahiyetindedir. Her ferdin ondaki hissesi şuyû halinde bulunduğu bunların belirli hisseler halinde tayin edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla bu müşterek malın değerlendirilmesi sadedinde Beytül-Mâl, bütün hissedarlarından müstakil bir hukuki varlık gibi kabul edilmiş, yani ona bir nevi şahsiyet izafe edilmiştir. Diğer bir ifadeyle günümüz hükmi şahsiyet nazariyesine uygun olarak Beytül-Mâl *"mal topluluğu"* hüviyetindeki bir hükmi şahıstır.

Beytül-Mâl'deki bu "müşterek mülkiyet" telakkisini şu iki hükümde daha belirgin olarak görmek mümkündür :

(1) Ümera ve sultanlara ait vakıfların tamamı ya aslı itibariyle Beytül-Mâl'dendir ya da ona

⁶² Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 107

⁶³ Karaman, *age.*, I, 207

⁶⁴ Özlürk, Nazif, *Elmalı Gözüyle Vakıflar*, T.D.V. Yayınları, Ankara, 1994, s.154

⁶⁵ Karaman, *age.*, I, 107

⁶⁶ Erkal, 92

dönüktür. Bu itibarla bu gibi vakıflarda vâkıfın (vakfedenin) şartlarına riayet gerekmez. Dolayısıyla Beytü'l-Mâl'den faydalanma hakkı olan herkesin — toplumun tamamının — , vakıf senedinde belirtilsin veya belirtilmesin, bu vakıflardan faydalanma hakkı vardır.⁶⁷

(2) Fakihlerin çoğunluğuna göre Beytü'l-Mâl'den çalan kimsenin eli kesilmez, sadece tazir cezası ile te'dib edilir. Zira el kesme cezasının uygulanabilmesi için hırsızın, çaldığı malda hiç kullanım veya mülkiyet hakkının bulunmaması gerekir. Halbuki Beytü'l-Mâl'de herkesin az ya da çok hakkı vardır.⁶⁸

Beytü'l-Mâl, müstakil bir varlık (şahıs)tır; ammenin mallarında kamunun menfaatlerini temsil eder, alacaklı olur, borçlu olur, mülk sahibi olur, davalarda taraf olur. Bu gibi hususlarda onu devlet başkanına niyabeten "*Beytü'l-Mâl Emini*" temsil eder.

Beytü'l-Mâl'in hukuki bir varlık olarak hak sahibi olmasının delili, mirasçısı olmayanın terekeseine sahip olabilmesidir. Bu hususta fakihlerin ittifakı vardır. Bu hak ediş, **Hanefî ve Hanbeli** hukukçuların aksine **Maliki ve Şafiiler'e göre** veraset yoluylaadır.⁶⁹ Yani Beytü'l-Mâl, hakiki bir şahıs gibi bir ölüye (hakiki bir şahsa) varis olabilir.

Beytü'l-Mâl'in borçlu olmasının delili, yukarıda bahsi geçtiği üzere hakimın bir hüküm verirken, tazminat gerektirecek tarzda bir hata yapması durumunda söz konusu tazminatı ödeme yükümlülüğünün Beytü'l-Mâl'e ait olmasıdır. Ayrıca fakihlerin çoğunluğuna göre⁷⁰ âkilesi olmayanın diyetini de Beytü'l-Mâl öder. Zira Hz. Peygamber (sav) şöyle buyurmuştur : "*Ben (devlet adına) mirasçısı olmayanın mirasçısıyım, onun yerine de diyet öderim.*"⁷¹

Netice olarak; nasıl hakiki şahıslar gibi hükmi şahısların da kendilerine ait özel mülkleri(mâmelekleri)nden bahsedilebiliyorsa , bir tüzel kişi olarak devletin de kendisine ait bir özel mâmeleki vardır ve bu mâmelekin bütünü "*Hazine*" kavramı ile ifade edilir. Klasik dönemde İslam hukukçuları "*Hazine*" teriminin karşılığı olarak "*Beytü'l-Mâl*" terimini kullanıyorlardı. Yine "*Beytü'l-Mâl Emini*" de bugünkü "*Hazine Müsteşarı*"nın karşılığıdır.

Beytü'l-Mâl'e ait taşınır ve taşınmaz bütün mallar, devleti oluşturan topluluğun bütün bireylerinin şâyian hak sahibi olduğu bir "müşterek mal" mahiyeti taşıdığından, her devlet kendi mâmelekine özel bir hukuki kişilik tanımak zorundadır. Bu zorunluluk, devlet halinde örgütlenmiş müslümanlar için de söz konusu olmuştur. Dolayısıyla devletin ve Beytü'l-Mâl'in tüzel kişiliğe sahip olması — müslüman veya gayri müslim — belirli toplumlara has bir uygulama değildir, bu statü evrensel niteliklidir.

⁶⁷ İbn Nüceym, 198 ; İbn Abidin, *Reddû'l-Muhtâr*, III, 431, *Tenkihu'l-Fetâvâ*, I, 209 ; Mahmut Hamza Efendi, *Feraidü'l-Behiyye fi Kavaidi'l-Fıkhiyye*, Dimaşk, 1298 h. , s. 229

⁶⁸ Kasaânî, VII, 70 ; Mavsîlî, IV, 107; Mergînani, II, 412 ; Şirbinî, IV, 163 ; Zuhayli, VII, 410

⁶⁹ Mavsîlî, V, 86 ; Şirbini, III, 6 ; Damad ; II, 748 ; Zuhayli, X, 444

⁷⁰ Zuhayli, VIII, 102-103

⁷¹ *Ebu Davud*, Feraiz, 8 (No: 2899-2900)

2. 2. Özel Hukuk Hükmi Şahısları :

Devlet halinde örgütlenmiş her topluluk için genel olarak devletin ve daha özerk bir statüde olmak üzere, devlet teşkilatı içerisinde yer alan idari kurumların tüzel kişiliğinin bedihî (zorunlu) olduğunu ifade ettiğimize göre, İslam hukuk tarihinde hükmi şahsiyetin mevcudiyetinin daha somut delillerini özel hukuk hükmi şahıs örneklerinde aramak gerekir. Nitekim “İslam Hukuku’nda hükmi şahsiyet bulunmadığı” görüşü de daha çok bu alan kastedilerek dile getirilmektedir.

İslam hukuk tarihinde **vakıf**, en belirgin özel hukuk hükmi şahıs örneği ise de vakfın dışında diğer bazı kurum ve örgütlerde de tüzel kişiliğin izlerini görmek mümkündür.

2. 2. 1. Vakıflar :

Vakfın tüzel kişiliği o denli belirgindir ki, klasik dönemdeki vakıf tüzel kişiliğinin statüsü ile günümüzdeki vakıf tüzel kişiliği statüsü birbirine önemli bir benzerlik göstermektedir. Bunu bir bütün halinde, ayrı bir bölüm başlığı altında ele alacağız. (*) Bununla birlikte burada da genel hatları ile vakfın tüzel kişiliğine değineceğiz.

Vakfın; temlik, veraset ve hibe gibi kaybettirici tasarruflardan korunmuş ve bu yönüyle hacir altına alınmış bir mahiyetle, sadece vakf olunduğu gaye üzerine tahsis edilmiş bir mülkü (mâmeleki) mevcuttur. Vakıf, hak sahibi olabilir, kendisi üzerinde hak iddia edilebilir, hakiki veya diğer hükmi şahıslarla kiralama, alım-satım, takas gibi akitler icra edebilir. Bu işlemleri vakıf adına mütevellî veya vakıf nâzırı yürütür. Mütevellî vakıf için gerekli şeyleri satın alır, bunlara vakıf mâlik olur ve bedeli vakfın gelirinden ödenir. İhtiyaç görüldüğü taktirde ve hakimın izniyle vakıf adına borç para alabilir. Bu durumda borçlu mütevellî değil, vakıftır.⁷² Yani alacaklılar bu alacaklarını, şayet bizzat parayı teslim ettikleri mütevellî azledilmiş olsa, yerine geçen mütevelliden talep ederler.

İslam hukukçuları, vakfın şahsiyeti ile bizzat vâkıfın (vakfedenin) şahsiyetini birbirinden ayırt ettiklerini beyan etmek üzere ; vakfın mütevellisi, vakfedenin kendisi bile olsa, vakfa hıyanet ettiği, vakıf mallar üzerinde suiistimalde bulunduğu veya vakfın şartlarına riayet etmediği taktirde vakıf üzerindeki tasarruf yetkisinin elinden alınacağına ve kusurundan doğan zararın da tazmin ettirileceğine hükmetmişlerdir.⁷³

Bugün de aynen geçerli olan vakfın bu tüzel kişilik statüsünün, daha o dönemlerde mevcut olması bir yana, klasik dönem vakıf kurumunda, vakfın yaptığı kiralama muamelesi ile ilgili istisnai hüküm bu husustaki en somut örnek olarak anılmaya değerdir. Klasik kaynaklarda yer aldığına göre **Hanefî** fakihleri, kiralama akdinde taraflardan birinin (kiralayan veya kiracının) ölümü ile kiralama akdinin sona ereceği görüşündedirler.⁷⁴ Ancak yine Hanefî kaynaklarına göre vakıf nâzırının (vakıf adına) yaptığı kiralama akdi, nâzırın

(*) Bakınız; II. Kısım, II. Bölüm : “Vakfın Tüzel Kişiliği” , s. 134 vd.

⁷² Zuhayli, III, 303-304 ; Karaman, I, 207

⁷³ Berki, Ali Himmet, **Vakıflar**, Cihan Kitaphanesi, İstanbul, 1940, s. 226 ; Zerka, III, 304

⁷⁴ Kasani, IV, 222

(mütevellinin) ölümü veya görevden alınması ile sona ermez.⁷⁵ Bu son hüküm, kira akdine taraf olanın gerçekte nâzır değil, vakfın kendisi olduğuna işaret etmektedir ki bu da, vakfa zımnî de olsa bir şahsiyet tanınmış olduğunu göstermektedir.

Bunların dışında vakfın tüzel kişiliğini belgeleyen bazı hükümler de şunlardır;

(1) Vakfiyesi bulunan bir mescidin nâzırı, ücreti vakıf gelirinden ödenmek üzere mescide kilim döşetse, sonra da kilimcilerin ücretini ödemediği nâzır azledilse, kilimciler bu parayı azledilen nâzırdan değil, yeni atanan nâzırdan talep ederler, o da ücretini vakfın gelirinden öder.⁷⁶

(2) Bir vakıf nâzırı vakfa ait bir akârı belirli bir müddetle kiralasa ve kira ücretini peşin olarak tahsil etse, fakat kira müddeti sona ermeden nâzır azledilse yerine atanan nâzır kiracıdan yeni bir kira ücreti talep edemez. Birincinin kabzı sahih ve yeterlidir.⁷⁷

2. 2. 2. Dini Müesseseler :

Dini müesseselerden kasıt daha ziyade ibadethaneler(mabetler)dir. Bunlar bir yönüyle vakıf mahiyetindeki tüzel kişiler kapsamında değerlendirilmeye müsait iseler de, kendileri vakıf olmayıp bilakis bir vakfın mevkuf-u aleyh'i yani "yararlanan" ı konumunda ayrı bir hükmi şahıs da olabilirler. Nitekim bir vakfın mevkuf-u aleyh'i hakiki şahıslar olabildiği gibi hükmi şahıslar da olabilir.

Bu açıdan İslam hukuk tarihinde ilk dönemlerden itibaren mescidlere ve gayri müslim azınlıklar (zımmîler) göz önüne alındığında da kiliselere hükmi şahsiyet tanındığı görülmektedir.

Hanefiler'den İmam Muhammed b. Hasen eş-Şeybanî (v.189/805)'ye göre, herhangi bir kayıt getirmeksizin (örneğin; mescidin ihtiyaçları için denilmesi gibi), mutlak olarak mescide vasiyet sahihtir. Mezheb'te genel prensip, temellüke kabiliyetleri bulunmadığından mescid vb. müesseselere mutlak vasiyetin caiz olmayacağı yönünde ise de uygulamada İmam Muhammed'in görüşü tercih edilmiştir.⁷⁸

Şafiiler bu hususta daha sarîh beyanda bulunurlar ;

*" Mescide vasiyet sahihtir, hatta bu vasiyette temlik/temellük kastedilmiş olsa bile.. Çünkü temlike ehliyet açısından mescid hür bir şahıs mesabesinde dir. "*⁷⁹

Keza Şafiiler vakıfta da, vakfedilecek cihetin (mevkufu aleyh'in) temellüke ehil olması gerektiğini şart koşmuşlar, fakat aynı zamanda mescide vakfetmenin sahih olacağını

⁷⁵ Kasani, IV, 222, İbn Nüceym, 193, 201 ; Yenişchirli, I, 222

⁷⁶ İbn Abidin, *Tenkihu'l-Fetâvâ*, I, 222

⁷⁷ İbn Abidin, age. , I, 237

⁷⁸ Kasani. VII, 341 ; Zerka, M. Ahmed, III, 312 ; Zuhayli, X, 156

⁷⁹ Zerka, M. Ahmed, III, 315 (Rcmli, Nihayetü'l-Muhtac, III, 116'dan naklen)

belirtmek⁸⁰ bir anlamda mescidin temellük ehliyetinin bulunduğunu bu hükümle teyid etmişlerdir.

Yine **Maliki ve Hanbeliler** de, bir mescide veya ribata vasiyetin sahih olduğu görüşünü taşımaktadırlar.⁸¹

Öte yandan **Malikiler**'in vakıfta, mevkufu aleyh'te bulunması gereken şartlardan bahsederken kullandıkları ifade hayli dikkat çekicidir ;

*“Mevkufu aleyh'in temellüke ya hakikaten ehil olması gerekir, muayyen bir şahıs veya genel olarak “fakirler” gibi; ya da hükmen temellüke ehil olması gerekir, mescid ve köprü gibi..”*⁸²

Mescidin hukuki şahsiyetini belgeleyen bir başka örnek de şudur ;

*“ Bir mescide ait, hür bir şahısla birlikte ortak olduğu müşterek bir arazi olsa, diğer ortak arazideki payını satılığa çıkarsa, bu durumda mescide şuf'a hakkı doğar.”*⁸³

Genel olarak mescidlerin dışında, daha özel bir konuma sahip bulunan ve yeryüzünün ilk mabedi olarak bildirilen⁸⁴ **Kâbe**'nin de, kendisine ait emtiası ve değerli eşyalarının dokunulmazlığı itibariyle tüzel bir kişiliğe sahip bulunduğu ifade edilebilir. **Hüseyin Hatemi**, Kâbe'nin adeta bir tüzel kişilik sahibi bulunduğuna dair, hem İslam öncesinde hem de İslam sonrasında bu kanaati kuvvetlendiren bazı ipuçlarından söz etmektedir. Bunlardan birine göre; **Hz. Ömer** devrinde Kâbe'ye ait değerli eşyanın bir kısmının satılarak savaş masraflarının karşılanması fikri ortaya atılmış^(*) fakat **Hz. Ali**, devlet başkanının bu mallar üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmadığını belirtince bu teşebbüsten vazgeçilmiştir.⁸⁵

Buradan anlaşıldığı kadarıyla, Kâbe'ye ait mâmelekin Beytü'l-Mâl kapsamı dışında tutulduğu ve bu yönüyle devlet başkanının bu mâmelek üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmadığı kanaati, Kâbe'ye hususi (özerk) bir şahsiyet tanınmış olduğunu çağrıştırmaktadır.

Sonraki dönemlerde mescidlerin özellikle binaları ile mefruşat ve sair emtiasına da bir dokunulmazlık atfedilmesinde⁸⁶ Kâbe'nin bu statüsünün örnek alınmış olduğu kuvvetle

⁸⁰ Ğamravi, Muhammed Zühri, *Siracu'l-Vehhâc alâ Metni'l-Minhâc*, İstanbul, trs. , s. 303

⁸¹ Zuhayli, X, 156

⁸² Zerka, M. Ahmed, III, 315 (Şerhu Zürkânî ala Metni Halil, Vakıf bahsi' nden naklen)

⁸³ Hayyat, II, 218 (Şeyh Zekeriya el-Ensâri, Esne'l-Metâlib, II, 265'ten naklen)

⁸⁴ Ali İmran, 96

(*) Bu fikir cahiliyye dönemine ait bir uygulamaya dayanmaktadır. **Hamidullah**'ın verdiği bilgiye göre ; Kâbe'ye ya da Kâbe'deki putlara adanan ve bu suretle onlara takdim edilen adaklar “*el-Emvâlü'l-Muhâccere*” adı altında muhafaza ediliyor ve şehri yabancıların hücumlarına karşı müdafaa gibi acil ihtiyaç zamanlarında bu emtia finans kaynağı olarak kullanılıyordu. (Bkz: Hamidullah, “*Hiz. Peygamber Zamanında Bütçe Esasları ve Vergi Tahsili*” adlı makale, İslam'ın Hukuk İlmine Yardımları, Çev: Prof. Dr. Salih Tuğ, İstanbul, 1962, s. 63)

⁸⁵ Hatemi, Hüseyin, *Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları: 1434, İstanbul, 1969, s. 22 ; Aynı yazar, *İslam Hukuku Dersleri*, 173

⁸⁶ Zuhayli, X, 297

muhtemeldir. Hatta **Hatemi**, İslam hukukunun ilk dönemlerinden itibaren, terim olarak açıklığa kavuşmamış olsa bile, tüzel kişilik uygulamalarının Kâbe'nin bu hukuki durumuna dayandırılmış olmasının mümkün olduğundan bahsetmektedir.⁸⁷

Kâbe'nin bir tüzel kişiliği olabileceği fikri, bir yönüyle onun vakıf hüviyetinde olmasına da dayandırılabilir. Bu bağlamda **Hatemi**, vakıf mallarının mülkiyeti hakkında kullanılan "*Allah'ın mülkü hükmünde olmak üzere*" ibaresi ile, Kâbe hakkında kullanılan "*Allah'ın evi*" unvanı arasındaki alakaya da dikkat çekmektedir.⁸⁸

Öte yandan Hristiyanlık kültürünün Roma Devleti üzerinde tesis ettiği nüfuz neticesinde **Roma Hukuku**'nda kiliselere bir hak ehliyeti tanınmış olduğundan söz etmiştik.^(*) Mescidler gibi kiliselerin de hak ehliyetine sahip bulunduğunu İslam hukukçuları da kabul etmişlerdi ki **Ebu Hanife (v.150/767)**, bir zımmînin kiliseye vasiyetinin sahih olacağına hükmetmiştir.⁸⁹ Yine **Ebu Yusuf (v.182/798)**'a göre, kiliselerin akârı var ise, o akârı idare eden mütevellî kimselerden — kilise adına — cizye alınır. Eğer mütevellîler, kilise masraflarına sarf ettikten sonra ellerinde bir şey kalmadığını iddia ederlerse, kendi dinlerine göre yemin ettirilir ve almaktan vazgeçilir.⁹⁰

2. 2. 3. Âkile :

Gerek yerli gerekse yabancı kimi kaynaklarda İslam Hukuku bakımından âkilenin tüzel kişiliğinden söz edilmektedir.

Âkile, İslam ceza hukukunda tazmin olarak diyeti gerektiren kasıtsız suçlarda diyeti ödemekle yükümlü kılınan topluluk demektir.

Aslında Araplar diyete de "akl" [العقل] derler. "Akl" sözlükte "*engel olma*" anlamındadır. "Akıl" kelimesi de aynı köktendir. Zira akıl insanı zararlı olan şeylerden, kötülüklerden alıkoyar.

Diyete "akl" denilmesinin sebebi, eski Arabistan'da câninin âkilesinin, diyet develerini geceleyin cinayet velisinin kapısına "akletmeleri" yani bağlamalarıdır. Bu develere "akl" denilmiş, sonra da "akl" terimi diyet anlamında kullanılmaya başlanılmıştır.⁹¹

Âkile kurumu cahiliye dönemine ait bir müessesedir. İslam bunu ıslah ederek devam ettirmiştir.

Cahiliye dönemi Araplarının kendi aralarında çeşitli yardımlaşma ve dayanışma vasıtaları vardı. Akrabalık (asabe), aşiret, velâ^(*) bunlar arasında sayılabilir. Dolayısıyla bu

⁸⁷ Hatemi, Vakıf Muamelesi, 22

⁸⁸ Hatemi, Vakıf Muamelesi, 25

^(*) Bkz. Sh. 36

⁸⁹ Mavsîlî, V, 84 ; Kasaî, VII, 341 ; Zuhaylî, X, 160

⁹⁰ Ebu Yusuf, 200-201

⁹¹ Mcrğîni, II, 574 ; Mavsîlî, V, 58 ; Damad, II, 687 ; Beşer, Dr. Faruk, İslam'da Sosyal Güvenlik, DİB. Yayınları, Ankara, 1987, s. 132

topluluklar aynı zamanda “âkile” görevini de üstleniyorlardı. Bu durum Hz. Peygamber (sav) döneminde de aynen korundu. **H. Ömer**, kendi döneminde divanları ihdas edince “âkilelik” divanlara intikal etmiştir.⁹²

İslam hukukçuları cahiliyedeki bu mutlak yardımlaşma korparasyonunun İslamileştirilmesi hususunda öncelikle bu hususta Hz. Peygamber (sav)’in uygulamasını⁹³ dayanak göstermektedirler. Bu, âkilenin şer’î (nassî) dayanağıdır.

Akli dayanağını ise şu şekilde savunmaktadırlar: Bir kimse kasıtsız olarak ölüme sebebiyet verdiğinde, bu teşebbüsünde mutlak bir kasıt (öldürme niyeti) olmadığından fiilinde mazurdur. Dolayısıyla bu kişiyi diyet ödemekle yükümlü tutmak haksızlık olur. Fakat aynı zamanda öldürülen bir canın heder de edilmemesi gerekir. İşte diyeti âkilenin ödemesiyle her iki mahzur da ortadan kaldırılmış olur.⁹⁴

İslam öncesi arap kabileleri arasındaki uygulamada, suçta kasıt unsuru bulunup bulunmadığına bakılmadığı gibi, âkile kavramı yakın akrabalar yanında bütün aile fertlerine teşmil edilmişti. İslam hukuku, bu müesseseyi kabul ederken bazı sınırlayıcı esaslar getirerek yeni bir düzenlemeye gitmiştir. Başta müessesenin hukuki fonksiyonu, kasıt bulunmayan (*hatâen*) ve kasıt benzeri (*şibh-i amd*) öldürme ve yaralama halleri ile sınırlandırıldı. Bu sınırlama Kur’an’ın kasıtlı öldürme ile hatâen öldürme arasında yaptığı ayırımı⁹⁵ dayanmaktadır. İslam hukukunun bu hususta getirdiği diğer bir sınırlama da suçun subutu ile alakalıdır. Suçun delille değil de itirafla sabit olması halinde âkilenin diyeti ödeme yükümlülüğü yoktur.⁹⁶

Hanefiler’e göre bir kişinin âkilesini öncelikle bağlı bulunduğu divan üyeleri oluşturmaktadır. Zira **H. Ömer**’in bu yöndeki tatbikatına hiçbir sahabe itiraz etmemiştir. Bu da, bu hususta sahabenin icmâi olduğuna delalet etmektedir. Üzerinde sahabenin icmânının bulunduğu bir uygulama bütün müslümanlar için model kabul edilmelidir.⁹⁷

Başta **Şafiiler** olmak üzere fakihlerin çoğunluğuna göre isc âkile, katilin akrabası (asabesi) dir. Zira Hz. Peygamber (sav)’in uygulaması bu yönde olup, O, cahiliyyeden beri câri olan uygulamayı devam ettirmiştir.⁹⁸

Sonraki dönemlerde **Hanefiler**, **H. Ömer**’in âkileyi divanlara yüklemesini kıstas kabul ederek, kendi dönemleri için çeşitli mesleki teşekküllerin (meslek odalarının) âkile fonksiyonunu yüklenebileceği görüşünü öne sürmüşlerdir.⁹⁹

(*) Azad edilen kölenin, kendisini azad eden efendinin kavminden sayılması, onların himayesine girmesi.

⁹² Mavsîlî, V, 59 ; Beşer, 155

⁹³ Müslim, Kasame, 34-6, 37-8 ; Ebu Davud , Diyât, 21 (no: 4568, 4575-4576) ; Tirmizi , Diyât, 15 (no: 1410, 1411); İbn Mâce , Diyât, 15 (no: 2648); Nesai , Kasame, 40/5-7 : VIII, 47-9, Kasame, 40/9, 41/1-4 : VIII, 49-51

⁹⁴ Mavsîlî, V, 58

⁹⁵ Bakara, 178-179 ; Nisa, 92

⁹⁶ Aktan, Hamza, “Âkile” Maddesi , DİA, II, 248

⁹⁷ Mavsîlî, V, 59 ; Kasaî, VII, 256 ; Zuhayli, VIII, 101 ; Beşer, 136

⁹⁸ Şirbini, IV, 95-96 ; Çamrâvî, 507 ; Zuhayli, VIII, 102

⁹⁹ Merginani, II, 575 ; Mavsîlî, V, 60 ; Damad, II, 689 ; Aktan , 248

Herhangi bir divana kayıtlı olmayan veya kayıtlı olduğu divandan ihraç edilmiş bulunanlar ile akrabası bulunmayanların âkilesi **Beytü'l-Mâl**'dir.¹⁰⁰ Bunun dayanağı Hz. Peygamber (sav)'den nakledilen şu hadistir ;

*"Ben (devlet adına) mirasçısı olmayanın mirasçısıyım. Yine onun (yani akrabası) yerine diyetini (Beytü'l-Mâl'den) öderim. "*¹⁰¹

Âkilenin tüzel kişiliğine gelince ;

Kaynaklardaki bu bilgilerden anlaşıldığı kadarıyla "âkile" sadece diyet ödemekle yükümlü olan özel bir topluluk değildir. "Âkile" terimi diyet ödeme yükümlülüğünü ifade ettiğine göre, bu fonksiyonu hangi toplulukların üstlenebileceğinden bahsedilmesi daha uygun olur. Nitekim İslam hukuk tarihinde üç tür topluluğa âkile fonksiyonu yüklenildiği anlaşılmaktadır ;

- a) Kabile : Bir kimsenin mensup olduğu geniş soy (aile) topluluğu,
- b) Divanlar ve bunlara atıf yapılarak sonraki dönemlerde mesleki teşekküller,
- c) Beytü'l-Mâl.

Bu topluluklar ise âkile fonksiyonunu üstlenmiş olsun veya olmasın zaten belirli ölçülerde tüzel kişilikleri haiz olan topluluklardır.

Beytü'l-Mâl'in tüzel kişiliği olduğunu tespit etmiş bulunuyoruz. Özellikle ortaçağın ortalarına doğru belirgin olarak ortaya çıkan mesleki teşekküllerin de tüzel kişiliği haiz bulunduklarını göreceğiz. Kabilenin tüzel kişilik statüsüne gelince ;

Eski Arabistan'daki kabile yapısı, daha önce bahsi geçtiği üzere Eski Yunan'daki **Genos**'lar^(*) veya Roma'daki **Gens**'lerle^(**) benzer bir özellik taşımaktadır. Gens ve Genos'lar için nasıl hükmi bir şahsiyet statüsü söz konusu edilebilmekte ise keza Arap kabilelerinde de benzeri bir statü mevcuttur.

Kabile, birbirleri ile soy bağıyla bağlanan aşiretler veya ailelerden oluşur. Aşiretin fertleri birbirini aynı kanın çocukları olarak görürler. Bunların hepsi tek bir reise, kabile şeyhine itaat ederler. Kabilenin serveti, kabilenin ortak malıdır. Herkes ihtiyacı ölçüsünde o mallardan yararlanır ve güçleri nispetinde bu serveti artırmak için çalışır.

Çöl hayatının katı ve verimsiz şartları kabile üyelerini sahip olunan mallar hususunda "müşterek mülkiyet" telakkisine zorlamıştır. Bireyler kendi uğraşları ile elde ettikleri gıda maddelerini bile paylaşıyorlardı. Yegane üretim araçları yaylar, oklar, ağlar ve av köpeklerinden ibaretti. Bunların hepsi de kabilenin ortak malı idi. Bu aletlerle ele geçirilen malların ortak olması da tabiidir. Savaşlar ve baskınlar da toplumun iktisadi yapısının esaslarındandı. Bu yollarla elde edilen gelirleri de bütün kabile üyeleri paylaşıyorlardı.¹⁰²

¹⁰⁰ Mavsilî, V, 60 ; Kasanî, VII, 256 ; Damad , II, 689 ; Şirbini, IV, 97 ; Ğamrâvî, 508 ; Zuhaylî, VIII, 102

¹⁰¹ Ebu Davud, Feraiz, 8 (No: 2899-2900)

(*) sh. 32-33

(**) sh. 34

¹⁰² Hey'et, *Doğuştan Günümüze Büyük İslam Tarihi*, Çağ Yayınları, İstanbul, 1986, I, 144-146

Çöl hayatının zor şartları kabile asabiyetini gerektiriyordu. Çünkü kabile asabiyeti tek başına kabileyi diğerlerinin tecavüzünden korumak için bir vesileydi. Bu durumun bir yansıması olarak kabile fertlerinden biri öldürülünce, maktûlün kabilesi öç almak için hemen harekete geçiyordu. Artık onlardan her biri katilin kabilesinden rastladığı kimseyi öldürme hakkına sahipti. Bunun tabii bir sonucu olarak, bir kabileden bir şahsın öldürülmesi karşılıklı intikam almaları devam ettireceği için yıllarca süren harplere rastlamak mümkündür.¹⁰³

İşte âkile kurumu, kabile himayeciliğinin neticelerinden birisidir. Dolayısıyla öldürme ister kasıtlı ister kasıtsız olsun, diyet ödenmesi gerektiğinde kabile, himayeci konumu gereği diyeti de üstlenmiştir. İslamî dönemde bu kurum bazı sınırlama ve ta'dillerle korunmuştur.

Netice olarak, sanıldığığının aksine “âkile” diye özel bir topluluk yoktur. Âkilenin tüzel kişiliği, âkile fonksiyonunu üstlenen toplulukların tüzel kişiliğinin bir neticesidir. Nitekim klasik kaynaklarda, diyet yükümlülüğü ve bu itibarla kefalet ehliyeti bakımından divanın konumu “*tek bir şahıs*” gibi nitelendirilmiştir.¹⁰⁴

2. 2. 4. Cemiyetler :

Bazı hukukçuların “*İslam hukukunda hükmi şahsiyet mefhumunun mevcut olmadığı*” yönündeki tezlerini, İslam’ın cemiyet fikrine kapalı olduğu, cemiyet kurma serbestliğinin bulunmadığı gibi argümanlara dayandırdıklarını görmüştük.^(*)

Haddizatında İslam’ın cemiyet fikrine kapalı olduğu tezi, İslam hukukunun uygulandığı **Osmanlı Devleti’nin**, son dönemlerinde bazı derneklere karşı takınılan menfi tutumlara dayandırılmaktadır. Halbuki bir devletin kendi bekâsı için zararlı gördüğü dernekleri faaliyetten menetme düşüncesi o toplumun bütünüyle dernekleşme fikrine karşı olduğu anlamını gerektirmez. Ayrıca bu yasaklamanın Din’in tutumundan kaynaklandığı yargısı da subjektif bir yaklaşım izlenimi uyandırmaktadır.

“*Dernek*” terimi, genel anlamda belirli bir gaye için bir araya gelmiş şahıs topluluklarını ifade eder. Halk lisanında ise daha ziyade “*cemiyet*” olarak ifade edilir.

Hukuk terminolojisinde dernek (cemiyet) ; *kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir gayeyi gerçekleştirmek üzere, en az yedi kişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmeleri suretiyle oluşturdıkları, tüzel kişiliği bulunan teşekküllerdir.*¹⁰⁵

Bu anlamda derneklerin insanın sosyal bir varlık olması ile çok yakın bir irtibatı vardır. Derneklerin teşekkül nedeni, bireylerin toplum içerisinde, belirli amaçları, zorunlu bir dayanışma ve yardımlaşma ile gerçekleştirebilme ihtiyacında aranmalıdır. Dolayısıyla,

¹⁰³ Büyük İslam Tarihi, I, 161

¹⁰⁴ Mavsîfî’nin bu hususta kullandığı ifade hayli ilginçtir. (V, 59) :

واهل كل ديوان فيما يصل اليهم من ذالك كنفس واحدة
[= “Divan üyelerinin tamamı, kendilerine diyet ödeme yükümlülüğü terettüp etmesi (ve bu itibarla kefalet ehliyeti) bakımından tek bir şahıs gibidir.”]

(*) Bkz. Sh. 40

¹⁰⁵ Dernekler Kanunu, m.1’de bu tarife işaret vardır.

insanların belirli amaçları gerçekleştirebilme gayesiyle bir araya gelmeleri anlamında “kurumsal” nitelikli bir dernekleşmenin köklerini kronolojik olarak tarihin en eski devirlerinde aramak yanlış olmaz. Roma hukukunun klasik dönemlerinden itibaren derneklerle ilgili mevcut hukuki düzenlemeler bunun en önemli kanıtlarından birisidir. Kısacası dernekleşme toplu halde yaşamının tabii bir neticesidir.

Dernekleşme, yardımlaşma ve dayanışma esprisine dayalı olduğuna göre, İslam hukukunun dernek fikrine karşı olduğu ileri sürüldüğü zaman, müslümanların sosyal yaşantıları içerisinde yardımlaşma ve dayanışmadan müstağni bir hayat sürdürdükleri de bu iddianın zımnî bir neticesi olarak kabul edilmesi gerekir. Halbuki hiçbir toplum ve fert bundan müstağni kalamaz. Nitekim; “*Ey İman Edenler! İyilik ve takva hususunda yardımlaşın; günah ve düşmanlık üzerinde yardımlaşmayın*” ayeti¹⁰⁶ ele alındığı zaman, bu ayetin sadece bir hüküm vaz’etmediği, bilakis aynı zamanda nüzulü itibariyle muhatap aldığı toplumda vâkıada zaten bir “yardımlaşma”nın mevcut olduğunu da ortaya koyduğu söylenebilir. Dolayısıyla İslam’ın “dinî” açıdan dernekleşmeye karşı olmadığı, bilakis teşvik ettiği doğrultusunda bu ayet çok önemli bir argüman olarak değerlendirilebilir.

Tarihçiler, Hz. Peygamber (sav)’in, peygamberliğinden evvel, gençlik yıllarında “*Hılfu’l-Fudûl*” adlı cemiyete iştirak ettiğinden söz etmektedirler. Bu cemiyet Mekke’de ister yerli ister yabancı olsun, haksızlığa uğrayanlara yardım etmek, onun hakkını almak için kurulmuştu. Hz. Peygamber (sav)’in peygamberlik görevini üstlendiği dönemde de bu cemiyetten sitayişle bahsettiği ; “*bugün de böyle bir cemiyetin kuruluşu için davet edilsem hemen icabet ederdim*” dediği rivayet edilmektedir.¹⁰⁷

Tarihi verilerden anlaşıldığı kadarıyla Hılfu’l-Fudûl adlı cemiyetin faaliyeti Emeviler dönemine kadar sürmüştür. Nitekim Hz. Ali’nin oğlu Hz. Hüseyin ile Medine valisi Utbe b. Ebi Süfyan arasında cereyan eden bir ihtilafta, Hz. Hüseyin Utbe’yi, Hılfu’l-Fudûl’a başvurmakla tehdit etmiş, vali bu söz üzerine haksızlık yapmaktan vazgeçmiştir.¹⁰⁸

İsminden söz edilmesi bile valiyi, geri adım atmaya zorladığına göre Hılfu’l-Fudûl , toplum nezdinde önemli bir nüfuza sahip, kurumsal nitelikli bir cemiyet mahiyetindedir.

Öte yandan **Cermen hukukunda** hükmi şahsiyetin ilk nüve uygulamalarını teşkil eden mesleki teşekküllere yani “*lonca*” ve “*oda*” gibi adlarla anılan esnaf ve zanaat teşekküllerine mahiyet olarak çok benzeyen; muhakeme, ceza verme, güvenliği koruma hatta

¹⁰⁶ Maide, 2

¹⁰⁷ *Büyük İslam Tarihi*, I, 131 ; Hamidullah, *İslam Peygamberi I-II*, (Çev. Prof Dr. Salih Tuğ), İrfan Yayınları, İstanbul, 1990, I,52-53 ; Atar, Fahrettin, *İslam Adliye Teşkilatı*, D.İ.B. Yayınları, Ankara, trs. , s. 31

Atar, bu hadisi, İbn Hişam, *Sire*, I, 140-142; İbn Sa’d, *Tabakatü’l-Kübra*, I/1, 51,82; İbnü’l-Esir, *el-Kâmil*, II, 25-26 gibi kaynaklara dayandırmaktadır. Hadisi bu şekilde sahih hadis mecmualarında bulamadık. Ancak içerik yönünden bu hadisi destekleyen farklı rivayetler mevcuttur. Bunlardan birine göre Hz. Peygamber (sav) şöyle buyurmuştur ;

“*İslam’da, cahiliyye kabileleri arasında, başkalarına haksı yapmak amacıyla yapılan yardımlaşma akdi (hılf) yoktur; ancak İslam, Cahiliyye devrinde mazluma yardım yapmak amacıyla yapılan hıfleri kuvvetlendirmiş ve daha da pekiştirmiştir.*” (Müslim, *Fadailu’s-Sahabe*, 50/206. ; Ebu Davud, *Feraiz*, 17 (no: 2925) Her ikisi de Cübeyr b. Mut’im’den nakletmiştir.)

¹⁰⁸ Atar, 31 (İbn Hişam, I, 142 ; İbnü’l-Esir, *el-Kâmil*, II. 26-27’den naklen)

vergi alma gibi amme hukukuna taalluk eden görevler itibariyle benzer bir misyonu üstlenmiş olan “*Ahilik Teşkilatı*” müslüman toplumlarda da eş zamanlı olarak ortaya çıkan organizasyonlardır.

Anadolu’da “*Ahilik*” adı ile anılan bu teşkilatın, İslam’ın yayılmasına paralel olarak başka isimler adı altında Suriye, Irak, İran, Türkistan, Semerkant, Endülüs, Kuzey Afrika ve Mısır’da esnaf ve sanatkarlar arasında yaygın olduğu bilinmektedir.¹⁰⁹

Hatemi bunların, kökenleri Roma hukukunun “*Collegium*”larına uzanan batının meslek kuruluşlarına benzediğini söyler. Bunlar, Batı’dakine benzer bir görünüm ile dini bir nitelik kazanmışlar, temelleri dini değer yargılarına dayanan “*fütüvvet*” ülküsünü benimsemişlerdir.¹¹⁰

Ahiler Anadolu’da bilhassa XIII. Yüzyılda **Anadolu Selçuklu Devleti**’nin zayıflamasına paralel olarak devlet otoritesinin iyice zayıfladığı bir dönemde şehir hayatında sadece iktisadi değil, siyasi yönden de önemli faaliyetlerde bulunmuşlar, siyasi iktidar boşluğunun yerini doldurarak kargaşalıkları önlemek gibi çok önemli bir toplumsal fonksiyon üstlenmişlerdir.¹¹¹

Büyük şehirlerde çeşitli gruplar halinde teşkilatlanan Ahiler’in her birinin müstakil bir zaviyesi — belki buna cemiyet merkezi diyebiliriz — vardı. Küçük şehirlerde ise muhtelif meslek grupları tek bir birlik teşkil ediyorlardı. **Anadolu Selçuklu Devleti** döneminde bu birlikler mesleklere ait problemleri halletmekte ve devlet ile olan münasebetleri düzenlemekte idiler. Mal ve kalite kontrolü, fiyat tespiti, bu birliklerin asli görevleri idi. Esnaf birliklerinin başında *şeyh*, *halife* veya *nakibler*, bütün esnafın en üst makamında ise *Şeyhu’l-Meşâyih* bulunuyordu. Bütün prensiplerini dinin asıl kaynağından alan Ahiliğin nizamname(tüzük)lerine “*Fütüvvetnâme*” adı verilirdi.

Osmanlı Devleti döneminde **II. Mehmet (Fatih)**’ ten itibaren Ahilik, siyasi bir güç olmaktan çıkarak esnaf birliklerinin idari işlerini düzenleyen bir teşkilat halini almıştır.¹¹²

Hanefiler’den **Merğînânî (V.593/1197)** ve **Mavsılî (v. 683/1284)**’nin, âkilenin divanlardan mesleki örgütlere (meslek odalarına) intikal etmiş olduğundan bahsederken¹¹³ kastettikleri meslek odaları bu Ahi Teşkilatları bünyesinde yer alan mesleki birlikler olmalıdır.

Netice olarak şunu söyleyebiliriz: İslam hukukunun uygulandığı toplumlarda da cemiyetler, diğer toplumlarla birlikte aynı gelişim süreci içerisinde ortaya çıkıp yaygınlaşmış ve fonksiyonları itibariyle aynı amaçlar doğrultusunda teşekkül ettirilmişlerdir. Dolayısıyla “*İslam Hukuku’nda yegane korparasyonun âkileden ibaret bulunduğu*” tezi acele ile verilmiş bir yargı olarak değerlendirilmelidir.

¹⁰⁹ Kazıcı, Ziya, “*Ahilik*” Maddesi, DİA, I, 540

¹¹⁰ Hatemi, *Tüzel Kişiler*, 49-50

¹¹¹ Hatemi, *age*, 50 ; Kazıcı, 540

¹¹² Kazıcı, 541

¹¹³ Merğînani, II, 575 ; Mavsılî, V. 60

2. 2. 5. Şirketler :

İslam hukuk tarihinde klasik dönem ticaret hukuku çerçevesi içerisinde yer alan düzenlemeler ve şirketler için belirlenen statü, bunlar bir akit niteliğinde olduklarından, şirketlerin hükmi şahsiyeti haiz olmadıkları kanaatini doğurmuştur.

Şirketlere salt olarak akdî (akde dayalı) bir muamele nazarıyla bakıldığında bu kanaat doğrulanabilir. Zira şirketin varlığı, ortakların varlığı ile kâimdir; ortaklardan birinin ortaklıktan ayrılması, vekalet ehliyetini yitirmesi veya ölümü halinde şirket akdi kendiliğinden sona ermiş kabul edilmektedir.¹¹⁴ Oysa modern hukuk nazarında fertlerden teşekkül eden hükmi şahıslarda fertler kendi şahsiyetlerini kaybederler ve bir bütünün parçaları şeklini alırlar. Bu fertlerin özel şahsiyetlerinin hiçbir önemi yoktur, yerine diğeri ikâme edilebilir ve hükmi şahıs hiçbir değişikliğe uğramaz. Dolayısıyla hükmi şahsiyetin varlığı onu meydana getirenlerin varlığına bağlı değildir.¹¹⁵

Ancak şu husus gözardı edilmemelidir ki şirketin akde dayalı bir statüde olması sadece İslam hukukuna ait bir uygulama değildir. Bu, o dönemin genel şirket telakkisinin müslüman toplumlarda da aynen benimsenmiş olması ile ifade edilebilir. Zira **Roma hukukunda da şirketler akde dayanıyordu.**¹¹⁶ Hatta İslam hukukunun karakteristik özelliği gereği, ilk dönemdeki İslami Ticaret hukuku, İslam öncesinden beri toplumda mevcut olan ve uygulana gelen ticaret hukuku üzerinde gerçekleştirilen bir takım ta'diller çerçevesinde oluşturulmuş bir ticaret hukukudur. Dolayısıyla bu yeni dönemde uygulanan ticaret hukukuna ait hukuki mefhum ve kurumlar kadar, ticaret hukuku içerisinde yer alan şirketlerin isim ve yapısal özellikleri de İslam öncesine aittir. İslam bunlar üzerinde sadece uygulamada "*İslamî*" olmayanları ayıklamış, diğerlerini ya ta'dil ederek ya da olduğu gibi bırakmıştır. Binaenaleyh Hz. Peygamber (sav)'in şirketlerle ilgili olarak vazettiği hükümler de bu çerçevede değerlendirilmelidir. Yani ilk dönemde bizzat Hz. Peygamber (sav) tarafından yapılan, şirketlerle ilgili düzenlemeler şer'î/dînî nitelikli (dogmatik ve değiştirilemez) değildir.

Şirketlerin akde dayalı bir münasebet gibi telakki edilmeleri ve şirketlerle ilgili düzenlemelerin bu telakkiye bina edilmeleri keyfiyeti bütün ortaçağ boyunca sadece müslüman toplumlarda değil, hemen bütün dünyada geçerliliğini korumuştur. Şirketlere tüzel kişilik tanınması, ilk kez **1808 tarihli Fransız Ticaret Kanunu (Code Civile)**' nun bütün Avrupa'ya tesirler icra etmesi neticesinde gerçekleşmiş olması hasebiyle oldukça yenidir.^(*) Buna rağmen **1884 tarihli Alman Ticaret Kanunu** kolektif ve komandit şirketlere tüzel kişilik tanımamıştı. Almanya'da **1892 tarihli bir kanunla** ilk kez limitet türü şirketlere tüzel kişilik tanınmıştır.¹¹⁷

¹¹⁴ Kasani, VI. 77-78 ; Ğamrâvî, 246 ; Zuhaylî, VI, 102 ; Şekerci, Osman, **İslam Şirketler Hukuku**, İstanbul, 1981, s. 346

¹¹⁵ Velidedeoğlu, **Medeni Hukuk**, 218

¹¹⁶ Rado, 143-150

^(*) Bu tesir Osmanlılar'da da hissedilmiştir ve **1850 tarihli "Kanunnâme-i Ticaret"** Fransız Ticaret Kanunu'nun bir tercemesi niteliğindedir. Şu hususu da ilave etmeliyiz ki, Fransa'da şirketlere tüzel kişilik tanınması 1808 tarihli kanunun ilk tedvini esnasında değil, bilahare bu kanun üzerinde yapılan tadiller neticesinde gerçekleşmiştir.

¹¹⁷ Şekerci, 41

Böyle olmakla birlikte klasik dönem İslamî şirket türlerinde, bazı hükümler göz önüne alındığında tüzel kişiliğe hayli yaklaşılmış olduğu söylenebilir.

İslam hukukunda, ortaklardan her birine, şirket türüne göre akitten doğan bir kefalet (mufavada şirketler) ve vekalet (mufavada ve inan şirketler) statüsü tanınmıştır. Bu da ortaklara doğrudan bir temsilci niteliği kazandırmaktadır. Dolayısıyla ortaklardan birinin şirket adına yaptığı ticari bir muamele tüm ortakları bağlayıcıdır.

Roma hukukunda ise, bu hukuk sistemi doğrudan temsil müessesesini tanımadığından, bir ortağın şirket nâmına üçüncü şahıslarla yaptığı muameleler doğrudan doğruya kendisi üzerinde netice doğurmakta, yani bizzat kendisi borç altına girmekte ve alacaklı olmaktadır. Yaptığı muamelelerin şirketi bağlaması için bu muamelenin hukuki neticelerini diğer ortaklara da belirli bir formaliteye uygun olarak ayrı ayrı nakletmesi gerekiyordu.¹¹⁸

Ancak bu durum Roma hukukunda ortaklara vekil statüsü tanınmadığından kaynaklanıyor değildir. Normal olarak zaten vekalet sisteminde bu temsil mevcut değildir. Vekilin yaptığı bütün muameleler müvekkili adına değil kendi adınadır. Vekilin, vekaleti esnasında elde ettiği haklar ve borçları, bilahare hususi bir muamele ile vekalet verene nakletmesi gerekiyordu.¹¹⁹

Roma hukukuna nazaran İslam hukukunda ortaklara şirketin mümessili konumu kazandırılmış olması hasebiyle, teşkilat açısından (idare ve temsilde) bugünküne benzer bir anlayışla tüzel kişiliğe nispeten yaklaşıldığı söylenebilir. Özellikle mufavada şirketlerinde şirketin işlerini idare ile görevlendirilen ortağın, ticari amaçlı olsun ya da olmasın şirket üzerindeki bütün tasarrufları, diğer ortaklar yani şirketin bütünü için bağlayıcılık ifade etmektedir. Bu durum, günümüzün hükmi şahsiyet anlayışını çağrıştırmaktadır. Zira günümüzde şirket organlarının (mümessillerinin) bütün ticarî tasarrufları şirket için bağlayıcıdır.

Öte yandan ortak olan malların zekat nisabının hesaplanmasında bu malların tek bir kişiye ait gibi kabul edilmesi gerektiğini öngören görüşler¹²⁰ dikkate alındığında da şirkete konu olan mallara takdiri bir şahsiyet tanındığını söylemek mümkündür.

3. Hükmi Şahsiyetin Mevcut Olmadığına Delalet Eden Görüşler / Fetvalar :

İslam hukuk tarihindeki bu tüzel kişilik örnekleri yanında kimi kaynaklarda, İslam hukukunun hükmi şahsiyeti kabul etmediği kanaatini çağrıştıracak görüşlere de rastlamak mümkündür.

Bu tür görüşlere çoğunlukla fetva mecmualarında rastlanılmaktadır. Bunlar daha ziyade vakfın zimmetinin olup olmadığı tartışmalarında, vakfın zimmetinin olmadığı yönünde ortaya koyulan ve tamamen “ictihadî” nitelikli görüşlerdir. Bu görüşlere göre, *vakfın zimmeti*

¹¹⁸ Rado, 149

¹¹⁹ Rado, 153

¹²⁰ Şirbini, II, 376 ; Zuhayli, III, 342

yani ilzam ve iltizam ehliyeti olmadığından, vakıf mutlak olarak haklara ve borçlara ehil değildir.

Örneğin ;

1)“Bir vakfın mütevellisi vakfın gayrı menkullerinden birinin kiracısına, kiraladığı yerin tamir masraflarını üstlenmesini talep ederek tamir masrafı olarak sarf edilen meblağın vakıf adına borç kaydedileceğini ve bilahare vakıf gelirlerinden bu borcun ödeneceğini beyan etse ve bu teminat üzerine kiracı gerekli tamiratı yapsa, sonra müteveli kira müddetinin sona ermesinden sonra burayı bir başkasına kiralasa; birinci kiracı daha önceden vakfın kendisine olan borcunu mütevelliden talep etse, müteveli de vakfa ait yeterli gelir mevcut olmadığından bu borcu ödeyemeyeceğini öne sürerek ikinci kiracıdan, birinci kiracının borcunu ödemesini ve vakfın kendisine borçlu olmasını teklif etse ve bunun üzerine ikinci kiracı bu borcu birinci kiracıya ödedikten bir müddet sonra müteveli vefat etse, bu durumda ikinci kiracının vakıf adına birinci kiracıya ödediği meblağı vakıf gelirlerinden ödenmek üzere yeni mütevelliden talep edip edemeyeceği”

meselesinde verilen fetva;

“vakfın zimmetinin yani borçlanma ehliyetinin olmadığı, bu nedenle mütevellinin vakıf adına borçlanmış olmasının vakfı bağlamayacağı, dolayısıyla borcun vefat eden müteveliye ait olduğu şeklindedir. Bu durumda ikinci kiracı borcu evveli emirde vefat eden mütevellinin varislerinden talep etmelidir. Ancak varisler bilahare, vakfın gelirlerinden ödenmek üzere ikinci müteveliye müracaat edebileceklerdir.”¹²¹

şeklindedir.

2) “Bir vakfın gelir getiren mülkleri tamire ihtiyaç hissettiği halde vakfın buna sarf edecek yeterli geliri mevcut olmadığından vakfın mütevellisi hakimin izni ile vakıf adına borç para alsa ve gerekli harcama yapıldıktan sonra borç ödenmeden müteveli azledilse ve yerine bir başkası müteveli olarak atansa; alacaklının bu alacağını yeni mütevellinin tasarrufunda bulunan vakıf gelirlerinden almasının mümkün (caiz) olup olmayacağı”

meselesinde verilen fetva ise, birinci örnekte olduğu gibi;

“Alacaklının muhatabının birinci müteveli olduğu, borcun ilk etapta vakıf gelirlerinden ödenmesinin caiz olmayacağı hatta bu meselede alacaklının, birinci müteveliye dava etmesi halinde hakimin, borcun müteveliye değil vakfa ait olduğu, dolayısıyla alacaklının muhatabının vakıf adına ikinci müteveli olması gerektiğine dair vereceği bir hükmün de gayrı sahih olacağı”¹²²

şeklindedir.

Bu örneklerde varılan ortak nokta “*vakfın zimmetinin olmadığı*”dır. Vakfın zimmetinin olmaması onun vücut (hak) ehliyetinin, diğer bir tabirle “*borçlanma ehliyeti*”nin olmamasını gerektirir. O halde vakıf adına yapılan borçlanmalar sahih değildir.

¹²¹ İbn Abidin, *Tenkihu'l-Fetâvâ*, I, 122

¹²² Yenişehirli, *Behçetü'l-Fetâvâ*, 238

Fakat bunların icthadı — ve bu husustaki genel kabulün aksi yönde olması itibariyle marjinal — görüşler, yani şahsi kanaatler oldukları gözardı edilmemelidir. Hatta çoğu kez bu tür eserlerde, herhangi bir mevzuda menfi ve müspet görüşler birlikte zikredilirler. Bundaki amaç tartışılan konuyu daha geniş bir çerçevede ele alarak düşünce ufkunu genişletmektir. Aynı durum burada da söz konusudur.

İbn Abidin, “vakfın borçlanma ehliyeti” ile ilgili görüşlere yer verirken **Bezzâziye**’den¹²³ naklen ; bir mescidin kayyımının, hakimın onayını almadan mescidin ihtiyaçları için kendi malından sarf ettikten sonra bunu vakıftan tahsil edemeyeceğini, zira kayyımın, hakimın izni olmaksızın böyle bir borçlanmaya yetkili olmadığını belirttikten sonra **Bahru’r-Râik**’ten¹²⁴ şu görüşü nakleder ; *“Böyle bir durumda hakimın izni olmadığı müddetçe kayyım kendi malından ödediği meblağı kesinlikle vakıftan tahsil edemez; ister geri almak maksadıyla bu harcamayı yapmış olsun, ister başlangıçta böyle bir kastı bulunmasın, ister bu parayı vakıftan talep edebilmek için dava açsın, ister açmasın, davasına ister delil getirsin, ister getirmesin, farketmez.”*¹²⁵

Ancak yine **İbn Abidin**’in “**Câmiu’l-Fusuleyn**” adlı eserden¹²⁶ naklettiğine göre ise; vakfın kayyımı, geri almak şartıyla vakfın imarı için kendi şahsi malından sarf etse ve bu harcamayı yaparken bunu geri almak üzere sarfettiğini şahitler huzurunda beyan etse (delillendirse), bu durumda vakıf adına yaptığı harcama miktarını vakfın gelirlerinden tahsil edebilir; delillendirmez ise tahsil edemez.¹²⁷

Görüldüğü üzere bu görüş, **Bahru’r-Râik** müellifi **İbn Nüceym**’in görüşüne aykırıdır. Zaten bizim yukarıda yer verdiğimiz ikinci örnekte, bu görüşleri kendisinden naklettiğimiz **Yenişehirli Abdullah Efendi** de bu görüşlerini **İbn Nüceym (Bahru’r-Râik)**’e dayandırmaktadır.

Vakfın zimmetinin olmadığı yönündeki mütalaalar, klasik dönem hukukçuların, zimmetin (vücub ehliyetinin) sadece insana has olduğu yönündeki genel yargılarının bir gereği olarak değerlendirilebilir. Yani o dönemde genel geçer kaide, zimmetin insana has olduğu şeklindedir. Vakfın borçlanma ehliyetinin olabileceğini kabul etmek, vakfa zimmet takdir etmek demek olacağından, bu bir tutarsızlık olarak kabul edilmiş olmalıdır. Buna rağmen hükmi şahsiyete uygun uygulama ve görüşlere ise — mesela yukarıdaki birinci örnekte evveli emirde borcun birinci mütevellinin varisleri tarafından ödenmesi, ancak ikinci etapta varislerin vakıf mütevellisine başvurmalarına imkan tanınmasına — pratik bir zaruretin gereği olan istisnai uygulamalar gözü ile bakılmıştır.

¹²³ **Bezzâzi** künyesi ile meşhur **Hafizu’d-Din Muhammed b. Muhammed b. Şihâb el-Kerderî** (v.827/1424)’nin “**Fetâvâ’l-Bezzâziye**” adlı eseridir. Eserin asıl adı “**el-Câmiu’l-Vecîz**” olup “**Fetâvâ’l-Kerderî**” adıyla da anılır. (Özel, Ahmet, *Haneî Fıkh Alimleri*, T.D.V. Yayınları, Ankara, 1990, s.92)

¹²⁴ **İbn Nüceym**, **Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed** (v. 970/1562)’nin eseridir. **Nesefî’nin** (v.710/1310) “**Kenzu’d-Dekâik**” adlı eserinin önemli şerhlerinden birisidir. (Özel, 116)

¹²⁵ **İbn Abidin**, **Tenkihü’l-Fetâvâ**, I, 223

¹²⁶ **İbn Kâdî Simavna** künyesi ile meşhur **Bedruddin Simâvî’ye** (v. 823/1420) ait önemli bir eserdir. Eser, **el-Uşruşenî’nin** (v.632/1234) “**el-Fusûlü’l-Uşruşenîyye**” ve **İmâdî’nin** (v. 670/1271) “**el-Fusûlü’l-İmâdiyye**” adlı eserlerinin bir araya getirilmiş halidir. (Özel, 63, 91)

¹²⁷ **İbn Abidin**, age, I, 223

Netice olarak, sistematik bir tarzda hükmi şahıs mefhumunun henüz oluşmamış olması, yukarıdaki örneklerde açıkça görülebileceği üzere, vakfın zimmetinin olup olmadığı konusunda geçmişte fakihlerin farklı mütalaalara sahip olmasına yol açmıştır. Ancak bu farklı mütalaalar, İslam hukukunda hükmi şahsiyete yer verilmediğine değil, belki klasik dönem hukukçuların “*hükmi şahıs*” mefhumuna sahip olmadıklarına bir delil olabilir.



İKİNCİ BÖLÜM

Günümüz Pozitif Hukukunda Hükmi Şahsiyetin Genel Hükümleri

I- HÜKMİ ŞAHIS KAVRAMI, MAHİYET VE MUHTEVASI :

1. Hükmi Şahıs Kavramı :

Hakiki şahıs olan insanların dışında bazı şahıs ve mal topluluklarına, bu topluluklara ait teşekküllere hak ehliyeti tanınmasına dair uygulamaların menşeinin çok eskilere dayandığını ortaya koymuştuk. Ancak bunların, muayyen bir mefhum altında sistematize edilmiş uygulamalar olmadığı da açıktır.

Hükmi şahıs kavramı, Cermen hukukundaki, Roma hukukunun “*Universitates*” mefhumundan esinlenilerek vücuda getirilmiş bulunan “*Körperschaft*” adını alan kurumdan yola çıkılarak, ilk kez 19. asır başlarında bir Cermen hukukçusu ve aynı zamanda bir romanist olan Savigny tarafından ortaya atılmıştır.¹ Kavramın ortaya çıkışı, bu hususta birtakım nazariyelerin ortaya konulmasına, bu da kavramın müstakil bir hukuki kurum halinde belirginleşmesine yol açmıştır.

“*Hükmi Şahıs*” terimi, o zamana kadar zaten çok eskilerden beri hemen hemen bütün toplumlarda mevcut olan, ama adı konulmamış bir uygulamanın isimlendirilmesini sağlamıştır. Terimin evrensel mahiyette hukuki bir kavram halini alması ise ancak 19. yüzyılın ikinci yarısında — hatta gerçek anlamda 20. yüzyılın başlarında — gerçekleşebilmiştir. Zira Savigny tarafından ortaya atılan bu kavram başlangıçta pek çok tartışmalara yol açmıştı. Nitekim hükmi şahsiyetin mahiyeti ile ilgili teorilerin sıkça tartışıldığı bir dönemde bile, örneğin Fransız Medeni Kanunu “*tüzel kişi*” terimini kullanmaktan uzun süre geri durmuş, terim bu kanunda ilk kez 1884 yılında yer alabilmiştir.²

Başlangıçta “hükmi şahıs” kavramına karşı gösterilen bu ihtiyatlı yaklaşım, “şahıs” olabilme kabiliyetinin sadece insana has olduğu yönündeki genel kabulün bir tezahürü olarak nitelendirilebilir. Zira hukukta doktrinel anlamda insanın dışındaki bir takım toplulukların da hak ve borçlara ehil olabileceklerinin kabulü, en iyimser bir tespitle bir buçuk asırlık bir

¹ Öztan, 6

² Hatemi, Tüzel Kişiler, 12

geçmişe dayanmaktadır. Ondan önceki uygulamalar kollektif yaşamın ortaya çıkardığı pratik bir zorunluluk gereği olarak değerlendirilmelidir.

Günümüzde ise tüm dünyada bütün mevzu hukuk düzenleri, “hükmi şahıs” denilen varlıkların mevcudiyetini tereddütsüz kabul etmektedirler. Bu itibarla tüm ülkelerin medeni kanunlarında, hakiki şahıslar yanında hükmi şahıslarla ilgili düzenlemelere de yer verilmektedir. Hatta bu olgu, hukukta modernitenin en önemli göstergelerinden biri olarak görülmektedir.

1. 1. Hükmi Şahıs Kavramını Açıklayıcı Teoriler :

Bu teoriler “hükmi şahıs” kavramı ortaya atıldıktan hemen sonra gündeme getirilmiş, belirli bir süre de hukukçuları meşgul etmiştir. Bu teorilerin, gündemde kaldığı süre içerisinde, hükmi şahsiyet ile ilgili kanuni düzenlemeler vücuda getirilirken bunlar üzerinde birtakım tesirler icra ettiği kabul edilebilir ise de artık günümüzde bunların pratik bir değeri hâiz olmadıkları söylenebilir. Zira aşağı yukarı her hukuk düzeni, kavram ile ilgili hukuki düzenlemelerini tamamlamış durumdadır. Ayrıca herhangi bir hukuk düzeninin, doktrinde belirli bir teoriyi esas aldığı halde uygulamada bu doktrine aykırı kaideler vaz’etmek durumunda kalındığı durumlar da vâkidir.

Bununla birlikte zaman zaman bu teorilere atıflarda bulunma ihtiyacı hissedileceği için bunlara kısaca temas edilmesinde yarar vardır.

a) Farazi Şahsiyet (Varsayım/Fiksiyon) Teorisi :

19. asırda “tüzel kişi” kavramını ilk kez kullanan **Savigny**, tüzel kişinin bir faraziyeden ibaret bulunduğunu ileri sürmüş, teori daha sonra **Windscheid** ve **Puchta** gibi romanistler tarafından da savunulmuştur.³

Bu nazariyeye göre;

Hukuk nazarında şahıs olabilmek için ehliyet sahibi olmak yani hak iktisabına ve borç iltizamına ehil bir varlık olmak gerekir. Bunun için de o varlığın bir iradeye sahip olması icab eder.

Halbuki hükmi şahıs denilen topluluğu bir araya getiren ya bir mâmelektir veya bir araya gelen hakiki şahıslardır. Bu topluluk bir takım haklara sahiptir ve bir takım borçlarla da mükelleftir. Ancak bu topluluğun kendisine has bir iradesi yoktur. Gerçekte bazı hakiki şahısların iradesi hükmi şahsın iradesi farzedilmekte ve bunun için haklara ve borçlara sahip bulunmaktadır. Hakiki bir irade olmayınca ehliyet de olamaz. Binaenaleyh şahsiyet de yok demektir. Burada sadece hukuki muameleler ile kayıtlı bir “**hukuki temsil**” söz konusudur ve tüzel kişiler ancak temsilcilerinin yapmış olduğu hukuki muameleler ile bağlı tutulabilirler. Bunların haksız fiillerinden dolayı sorumlu tutulmaları imkansızdır. Dolayısıyla hükmi şahıs dediğimiz varlık tamamen mevhumdur, bir faraziyedir; ona kanun bir şahıs nazarı ile baktığı için o öyle kabul edilmektedir.

³ Özlan, 6-7

Bu nazariyenin vâkıada neticeye akseden yönü, kanun vâzı veya devlet bir topluluğa dilerse şahsiyet tanır, dilerse tanımaz. Devlet bir topluluğa hükmi şahsiyet izafe ettiği gibi bunu ortadan kaldırma yetkisine de sahiptir. Yine devlet bir hükmi şahsın hangi hakları kullanıp hangilerini kullanamayacağına da karar verebilir.⁴

Bu nazariye, tüzel kişilik hakkını bahşeden otorite olan bizatihi devletin hükmi şahsiyetini açıklamada yetersiz kalacağı için tenkit edilmiş, bir devletin hükmi şahsiyet kazanabilmesinin diğer devletlerin tanınmasına bağlı olmadığı ileri sürülmüştür.⁵

b) Hakiki Şahıs (Gerçeklik) Teorisi :

Varsayım (Fiksiyon/Faraziye) teorisini savunan romanistlere karşı Cermenistler “Gerçeklik” teorisini geliştirmişlerdir. Bu teorinin en önemli temsilcileri ünlü Alman hukukçusu **Otto V. Gierke (1841-1921)** ile **Beseler**’dir. Bu teori sonraları “*Organ Teorisi*” adıyla geliştirilmiştir.⁶

Teoriye göre ;

Hükmi şahıslar da hakiki şahıslar kadar hakiki ve fiili bir mevcudiyettir, yalnız cismani ve maddi değildir.

Eğer insan ile hükmi şahıs arasındaki en mühim farkın “irade” olduğu söylenecek olursa, hükmi şahsın da kendisini teşkil eden fertlerden ayrı olarak müstakil bir iradesi vardır. Ayrıca şahsiyetin özü ve temeli irade değildir. Zira hiçbir iradesi olmayan cenin ve gayri mümeyyizler ile, iradesi sakat olan mümeyyiz küçük ve mahcurlara da hukuk düzeni bir şahıs nazarı ile bakmaktadır.

Yine her hükmi şahsın bir gayesi bulunduğu kabul edildiğine göre iradesi de var demektir. Zira bir irade söz konusu olmaz ise gaye de söz konusu olamaz. Şu halde hükmi şahsın gayesi var denince iradesi de var demektir; bu iradeye uygun hareket ettiği belirtilince de iradesini bu gaye yönünde kullandığı anlaşılır.

Gerçeklik nazariyesine göre devlet tüzel kişiyi yaratmaz, fakat gerekli vasıfları belirler. Bu nitelikler mevcut ise tüzel kişi kendiliğinden doğar. Dolayısıyla tüzel kişinin sona ermesi de devletin keyfine bırakılamaz.

Bu nazariyeye göre organların yaptığı muameleler doğrudan tüzel kişiyi bağlamaktadır. Organın haksız fiillerinden tüzel kişi de sorumludur.⁷

⁴ Saymen, 252-255 ; Abadan, 49 ; Özsunay, 47 ; Öztan, 6-7 ; Hatemi, Tüzel Kişiler, 6

⁵ Hatemi, a.g.c. , 6

⁶ Özsunay, 48

⁷ Saymen, 255-257; Abadan, 48 ; Özsunay, 48 ; Öztan, 9-10

c) Soyutlama (Tecrid) Teorisi :

Bu teori gerçeklik ve varsayım (fiksiyon) nazariyelerinin bulgu ve sonuçlarını birleştirmeye çalışmıştır.

Nazariyeye göre ; tüzel kişiler tabii varlıklar olmayıp insan aklının bir icadıdır. Fakat tamamen de hayal ürünü değildirler. Tüzel kişi, gerçekte mevcut olan varlıklardan soyutlama yoluyla elde edilen bir kavramdır. Mesela gerçekte derneklerde üyeler, yönetim kurulu; vakıflarda mal toplulukları ve bunlardan yararlananlar vardır. Hukuk düzeni bütün bu hususları, bunlar belirli bir gayeyi gerçekleştirmeye yöneldikleri için nazarı itibara alır. Zaman içinde gerçekten var olan insan ve mal toplulukları değişir. İşte hukuk düzeni, bu değişen varlıklardan soyutlama yoluyla, değişmeyen, sabit bir mevcudiyeti olan *tüzel kişi* kavramını çıkarmıştır. Yani üyeler ve yararlananlar değişse de tüzel kişi sabit bir kavram olarak kalır.

Bu nazariye suları sürekli değişen fakat kendisi aynı kalan bir nehre de benzetilmiştir.⁸

d) Kollektif Mülkiyet Teorisi :

Bu nazariye sahiplerine göre gerçekte ne hakikaten ne de farazi olarak hükmi şahıs diye bir olgu yoktur. Gerçekte hükmi şahıs denilen farazi şahsın arkasında hükmi şahsı teşkil eden şahıslar vardır ki, asıl hukuk sujesi bunlardır. Hükmi şahsa izafe edilen haklar, borçlar ve alacaklar aslında hakiki şahısların hakları, borçları ve alacaklarıdır.

Hükmi şahsiyeti teşkil ederken, hakiki şahıslar müşterek bir gayeyi elde etmeyi düşünürler ve bu gayeye ulaşmak için kendi şahsi mâmeleklerinden ayrı ve müstakil bir mal varlığı vücuda getirmeyi kabul ederler. Bu itibarla gaye tamamen ortadan kalkmadıkça hiç biri buna tahsis ettikleri mallarda bizzat tasarruf edemedikleri gibi bu malları geri de isteyemezler. Binaenaleyh bu mâmelek, bir araya gelen şahısların mâmeleklerinden tamamen müstakildir. İşte bu mâmeleke bir temel vermek, âidiyet cihetini göstermek, fonksiyonunu tayin etmek için bazı müellifler bu mâmeleki hükmi şahıs dedikleri gerçekte mevcut olmayan (soyut) bir varlığa izafe etmişlerdir. Binaenaleyh gerçekte, ortada bir gayeye tahsis edilmiş kollektif bir mülkiyetten başka bir şey yoktur.⁹

1. 2. Hükmi şahıs Kavramının Mahiyeti :

Günümüz mevzu hukuku itibariyle, **‘Türk Medeni Kanunu (TMK)** hükmi şahsiyetin belirgin bir tarifini yapmamıştır. Bununla birlikte doktrinde hukukçular hükmi şahsiyeti kısaca ; *“muayyen bir gaye için birleşmiş insan ve mal toplulukları”* olarak tarif etmişlerdir.¹⁰

Kavramı daha açık bir şekilde tanımlayan hukukçulara göre ise hükmi şahıs ; *“Belirli bir gayeyi gerçekleştirmek üzere bağımsız bir varlık halinde teşkilatlanmış olup haklara ve*

⁸ Özsunay, 49 ; Öztan, 10 ; Hatemi, **Tüzel Kişiler**, 50

⁹ Saymen, 260-265 ; Abadan, 50

¹⁰ Velidedeoğlu, **Medeni Hukuk**, 219

borçlara sahip olma ehliyeti hukuk düzenince kendilerine tanınmış bulunan şahıs ve mal topluluklarıdır”¹¹

Bu ikinci tariftten açıkça anlaşılacağı üzere hükmi şahıslar, mevcut hukuk düzeninin kendilerini “*şahıs*” addetmesi hasebiyle tıpkı hakiki şahıslar (insanlar) gibi hak sahibi olabilirler, hukuki muameleler yaparak borç altına girebilirler, haksız fiilleriyle başkalarına verdikleri zarardan dolayı sorumlu olurlar, dava açabilirler ve kendilerine dava açılabilirdiği gibi sair şahsiyet haklarından da yararlanırlar.¹²

Buna göre hükmi şahsiyette her şeyden evvel bir topluluk söz konusudur. Ancak bu topluluğun belirli bir gayenin tahakkuku için oluşturulmuş olması da şarttır.

T.M.K. hükmi şahısların topluluk mahiyetinde olduğunu belirtmekle birlikte bu topluluğun en az kaç kişiden müteşekkil olması gerektiği hususunda sınırlayıcı bir hüküm getirmiş değildir. Bu husustaki inisiyatifi sahası ile ilgili kanunlara havale etmiştir.

Şahıs toplulukları denilince ilk akla gelen şüphesiz cemiyetler yani derneklerdir. **Dernekler Kanunu (DK)** bir derneğin en az yedi kişinin iştiraki ile kurulabileceğini belirtir. (m.1)

Şirketler açısından, sermaye olarak emek de koyulabileceğine göre (TTK: 139) şirketlerde de kurucu üye sayısının alt limit olarak sınırlandırılması gerekmektedir ki, **Türk Ticaret Kanunu (TTK)** bunu şirket türlerine göre ayrı ayrı belirlemiştir. Nitekim *kollektif ve limited şirketlerde en az iki* (TTK: 119, 504), *anonim şirketlerde ise en az beş* kurucu üyenin bulunması şart koşulmuştur. (TTK: 277)

Şahıs toplulukları dışında, vakıf gibi belirli bir amaca tahsis edilmiş olan mallara da şahsiyet tanınmıştır. Keza modern şirket türleri arasında yer alan limited ve anonim şirketlerde de, komandit ve kollektif şirketler aksine şahsiyet, bu şirketleri oluşturan ortaklardan meydana gelen topluluğa değil, bu kişilerin şirkete ait olmak üzere ortaya koydukları sermayeye tanınmıştır. Bu itibarla anonim ve limited şirketler bir yönüyle şahıs topluluğu, bir yönüyle ise mal topluluğu hüviyetini hâiz teşekküllerdir. Zira bu tür şirketlerde mâlî sorumluluk asıl olarak sermayeye ait olmakla birlikte, sermaye sahibi şahısların — ki bunlar tüzel kişiler de olabilirler — sorumlu olabileceği istisnai haller de vardır.

1. 3. Hükmi Şahıs Kavramının İslâmî Hukuk Açısından Temellendirilmesi :

İslam hukukunda hükmi şahsiyet mefhumunun mevcut olup olmadığı ve hatta günümüz realitesi gereği bu mefhumun İslam hukukunda kullanılıp kullanılamayacağı tartışmalarında; “*İslam Hukuku*” kavramının çok dar bir çerçeve ile sınırlandırılmış olması, hem kavramın mevcudiyetini reddeden görüşleri, hem de kavramın İslam hukukunda da kullanılabileceğini kabul eden, ancak bu kabulü (cevazı) maslahat ve zarurete dayandıran görüşleri ortaya çıkarmıştır. İki ayrı kategoride değerlendirilmesi gereken her iki görüş de, “*İslam Hukuku*” nun, Hz. Peygamber (sav)’in düzenlemeleriyle ortaya çıkıp, bilahare sahabe

¹¹ Akıntürk, 142

¹² Aynı yer.

ve tabiin dönemi hukukçuları ile mezhep imamlarının ictihadları çerçevesinde nihaî gelişimini tamamlayıp, bu haliyle sabitleştirilmiş bir hukuk sistemi olarak algılandığını göstermektedir.

Halbuki “İslam Hukuku” kavramının aslında yanıltıcı bir kavram olduğunu, bilimsel açıdan bu kavrama ait en uygun yorumun; ister ilk dönemde ister sonraki dönemlerde olsun, Müslümanların, toplumsal münasebetlerini düzenlemede kullandıkları bütün hukuki kavram ve kurumları içine alan bir terim olarak algılanması şeklinde olması gerektiğini yukarıda belirtmiştik.

Nitekim daha ilk dönemde — Hz. Peygamber (sav)’in yaşadığı dönemde — bile kullanılan hukuki kurum ve kavramların kâhır ekseriyeti İslam öncesi dönemden beri uygulanmakta olan düzenlemelerdir. Önceki uygulamaların pek azı yürürlükten kaldırılmış, bir kısmı olduğu gibi, diğer bir kısmı ise bir takım ta’dillerle yürürlükte bırakılmıştır. Örneğin İslamî dönemde “*faiz*” müessesesi tamamen kaldırılmış ve yerine “*karz-ı hasen*” ikâme edilmiştir. Buna karşılık İslamî dönemde de uygulanan *âkile* ve *kasâme* gibi kurumlar İslam öncesinden beri bilinen uygulamalardır. Fakat bunlar üzerinde kısmî ta’diller gerçekleştirildiği de bir vâkıdır. Ama örneğin *diyet*, nicelik ve niteliği açısından olduğu gibi bırakılmıştır.¹³

Bu hususta genel bir tespit yapmak gerekirse, gerek Hz. Peygamber (sav) döneminde, gerekse sonraki dönemlerde, müslümanların kullandıkları hukuki kurumlar, evrensel anlamda tüm dünya değerleri ve geleneklerinden izler taşımaktadır.

Dolayısıyla “hükmi şahıs” kavramının da o dönemde müslümanlarca bilinmiyor olması kavramın “İslamî” olmamasını gerektirmez. Zira o dönemde, ne terim, ne de kavram olarak “hükmi şahsiyet” sadece müslümanların değil tüm dünyanın yabancıları olduğu bir tabirdir.

Bununla birlikte, eskiden beri insanın dışındaki bazı kurum ve teşekküllere şahsiyet (hukuki ehliyet) tanındığı da bilinmektedir. Bu anlamda Müslümanlar camilerine, Hristiyanlar kiliselerine bir hak ehliyeti tanımışlardı. Bu “*tanıma*”ya rağmen — sadece müslümanlar değil — bütün dünya yakın zamanlara kadar “hükmi şahıs” terimini özellikle kullanmamaya büyük özen gösterdiler. Yani doktrinel anlamda insanın dışındaki varlıklara “zimmet” takdir etmenin hukukun temel prensiplerine aykırı olacağı düşünülüyordu. Çünkü o dönemde belirlenen temel ilke “*hukukun sadece insanlara has*” bir özellik taşıdığı, dolayısıyla insanın dışındakilerin, “*insan*” gibi “*hukuk*” un içerisinde yer almasının düşünülmemesi gerektiği yönündedir. Buna rağmen insanın dışındakilere şahsiyet tanınmasını gerektiren uygulamalara ise pratik bir zorunluluktan kaynaklanan, kural dışı istisnâ uygulamalar gözüyle bakılmıştır.

¹³ Nitekim diyetten bahseden **Bakara 178’de** ; “... Kim kardeşini kısıstan affederse bu durumda “Maruf”a uyun= (فاتبايع بالمعروف) ve ödemeyi güzelce yapın” buyurulmaktadır.

Maruf (المعروف)’tan kasıt, teâmül yani öteden beri bilinen uygulamalardır. Bu uygulama ise, kisasın affı durumunda diyetin devreye girmesidir ve diyet Cahiliyede de bilinen ve 100 deve olarak uygulanan bir kurumdur ki, Hz. Peygamber (sav) de uygulamayı aynen devam ettirmiştir.

Bu durum klasik fıkıh külliyyatında da çok belirgin olarak göze çarpar. Metodolojiye dair yazılmış kaynaklarda, “*zimmet*” in ancak hakiki şahıs olan insana has olduğu temel prensibi tavizsiz olarak benimsenmiş ise de fûrûa (uygulamaya) dair kaynaklarda, bu kaidenin gözardı edildiği pek çok örneğe rastlamak mümkündür. Örneğin, mescide vasiyet edilmesinin sahih (caiz) olacağına dair içtihadî görüşler, usûlün bu temel prensibine aykırıdır.

Kanaatimizce bunun en önemli sebebi şudur : Usûle dair yazılmış eserlerde “*hukuki ehliyet*” in statüsü belirlenirken, ehliyetin çerçevesi, daha ziyade dini yükümlülükler esas alınarak belirlenmiştir. Dini yükümlülüklerden kasıt ise insanın Allah Teâlâ ile olan münasebetlerini belirleyen hüküm ve esaslardır. Bu ise sadece ibadetlerle ilgili alanı ihtiva eder. Konuya bu açıdan bakıldığında, tabii ki insanın dışındaki varlıkların ibadetlerle ilgili bir yükümlülüğünden bahsedilemez.

Ancak dini yükümlülükler esas alınarak belirlenen bir ehliyet statüsünün aynı zamanda hukuki alana da şamil kılınmış olması, yukarıdaki örneğimizde olduğu gibi usûl ile fûrûun zaman zaman çatışmasını gerektirmiştir. Zira “dini ehliyet” ile “hukuki ehliyet” hiçbir zaman için aynı kategoride değerlendirilmemesi gereken bir özellik arzederler. Örneğin yine metodolojik kaynaklarda, ehliyeti daraltan (veya geçici olarak askıya alan) sebepler arasında *hayız* (aybaşı hali) ve *nifas* (lohusalık hali) da sayılmaktadır. Halbuki *hayız*, mevcut olduğu süre içerisinde bir hanımın ibadet yükümlülüğünü ve ibadeti yerine getirme ehliyetini ortadan kaldıran bir sebeptir. Hayız hali, bir hanımın hukuki bir muamelede bulunmasına engel teşkil etmez. Hatta hayızlı bir hanımın nikah akdi yapması bile dinen ve hukuken yasaklanmamıştır.¹⁴

Yine dini yükümlülüğün başlangıç sınırı *büluğ* iken, hukuki ehliyetin (fiil ehliyetinin) başlangıcı olarak *rüşt* şart kılınmıştır. Rüşt yaşı ise çeşitli hukuk düzenlerine göre farklılık arz etmektedir. Bu konuda 18, 19, 20 ve 21 yaşı kıstas kabul eden hukuk düzenleri vardır.

O halde “hükmi şahıs” kavramının İslamî açıdan temellendirilmesi konusunda ilk olarak bu hususun gözönünde bulundurulması gerekir. Ehliyet hususunda dinî alanla hukuki alan arasındaki bu ayrımı gerçekleştirdikten sonra, hukuki alanda insanın dışındakilere de zimmet (şahsiyet) takdir edilmesi için bir engel yoktur. Nitekim *Zerkâ*, zimmetin insanlar hakkında maddi değil, takdirî bir vasıf olduğunu belirtmekte ve böyle olduğu anlaşıldıktan sonra bu takdirî vasfın insanın dışındakilere de yüklenilmesinin mümkün olduğunu öne sürmektedir.¹⁵ Zira *Ali el-Hafîf* in de belirttiği üzere gerek Kur’an’da ve gerekse Sünnet’te açıkça, insanın dışındakilere zimmet takdir edilmesini yasaklayan sarîh bir nass yoktur.¹⁶ İlk dönemlerden itibaren insanın dışındakilere hak ehliyeti tanındığına delalet eden örnekler de bunu desteklemektedir.

Ayrıca unutulmamalıdır ki, hukuk sürekli gelişen ve genişleyen bir olgudur. Evrensel anlamda hukuk ilmi, her geçen gün bünyesine yeni kurum ve kavramlar dahil etmektedir. Örneğin bugün için bir “*Uzay Hukuku*”ndan bahsedilmektedir. Bu bağlamda uzayın kimi

¹⁴ Zira İslam’da hayızlı bir hanımla cinsel ilişkide bulunulması yasaklanmıştır. (K.Kerim: Bakara, 222)

¹⁵ Zerkâ, M. Ahmed, III, 221

¹⁶ Hayyat, II, 219

bölümlerinin kullanılmasında bir tür sahiplenme durumu ortaya çıkmaktadır ki, görevini yerine getirebilmesi için sadece 180 adet yerleştirilmesi imkanı bulunan çeşitli maksatlı uyduların yörüngelerinin sahiplenip sahiplenemeyeceği tartışma konusudur.¹⁷

Bu, on asır öncesinin son derece yabancı olduğu bir konudur. Dolayısıyla bunun “İslamiliği” konusunda ilk dönemlerden referans aramak ne denli tutarsız bir davranış olur ise, hükmi şahıs kavramının İslamiliği hususunda da durum bundan farklı değildir. Bizim için bu husustaki yegane dayanak noktası, insanın dışındakilere zimmet takdirini yasaklayıcı bir nass mevcut olup olmadığıdır ki, bunu yasaklayan sarih bir nass mevcut değildir.

Netice olarak şunu söyleyebiliriz : Bu mevzu kesinlikle **dinî/şer’î** nitelikli değildir. Geçmiş dönemlerde, müslüman hukukçular o günün şartlarında sahip oldukları hukuk zihniyetinin vardıği bir netice ile “**şahıs**” kavramını sadece insana has kılmışlardı ve o gün için doğru/tutarlı olan buydu. Ama bugün için sahip olduğumuz hukuk zihniyeti bu kavramı, hem gerçek kişiler (insanlar) hem de tüzel kişiler şeklinde kavramamızı gerektiriyor ise bunda İslam’ın ne dinî ne de hukuki prensiplerine bir aykırılık söz konusu olmaz.

Hükmi şahsın mahiyetini açıklayan teorilerden hangisinin İslamî telakkiye uygun olduğu sözkonusu edilecek olursa, bu hususta ortaya konulan teorilerin hemen hepsinde, İslamî hukuk anlayışına uygun motifler bulmak mümkündür. Zira herhangi bir hukuk düzenindeki muhtelif tüzel kişi türlerinin bir kısmı için *hakiki şahıs*, bir kısmı için *farazi şahıs*, bir kısmı için de *kollektif mülkiyet* teorilerinin benimsenmesi düşünülebilir.

Bununla birlikte doktrinel anlamda tümünü kapsayacak genel bir tercih yapmak gerekirse, kanaatimizce “*farazi şahsiyet*” teorisi benimsenebilir. Zira hükmi şahıslar, hakiki şahısların bir takım kollektif gayelerini gerçekleştirebilmek üzere teşekkül ettirilmiş olan amaç birlikleridir. Diğer bir ifadeyle amacın gerçekleşmesini kolaylaştırıcı bir araç konumundadırlar. Dolayısıyla birisi amaç, diğeri araç konumunda olan iki ayrı objeyi aynı kategoride değerlendirmek hem dini açıdan hem de hukuki açıdan isabetli değildir. Bu bakımdan “*Hakiki Şahsiyet/Gerçeklik*” nazariyesinin İslamî telakkiye uygun olmadığı savunulabilir.

2. Hükmi Şahsiyetin Ayırıcı Nitelikleri :

Hükmi şahsiyetin tarifinden anlaşılacağı üzere, her bir hükmi şahsiyette iki önemli unsur vardır : *Birincisi*, gerek mal ve gerekse hakiki şahıs türünden bir topluluk hüviyetinde olması, *diğeri ise* bu topluluğun sürekli bir amaç etrafında teşekkül ettirilmiş olmasıdır.

Bununla birlikte kanuna veya mukaveleye dayalı olan her topluluk, belirli bir gayesi olsa bile hukuk düzeni tarafından kendisine hükmi şahıs izafe edilmiş olmayabilir. Nitekim **Türk Ticaret Hukuku** bakımından *âdi şirketlere* şahsiyet tanınmamıştır.^(*) Keza **Türk**

¹⁷ Pazarcı, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri-II**, Turhan Kitabevi, III. Baskı, Ankara, 1993, s. 398

^(*) Türk Ticaret Hukuku kapsamı içerisine giren bütün şirketlere şahsiyet izafe edilmiştir. Ancak âdi şirketler, her ne kadar ticari faaliyette bulunmak üzere kurulmakta iseler de, Ticaret Hukukunun değil, Borçlar Hukukunun kapsamı içerisinde mütalaa edilmiştir. (BK : 520 - 540)

Medeni Hukuku bakımından da, bir hukuki muameleye veya kanuna dayandığı halde hükmi şahıs niteliğini hâiz olmayan topluluk örnekleri mevcuttur. Örneğin, karı-koca arasındaki mal ortaklığı (TMK: 211), hısımlar arasındaki aile şirketi (TMK: 323-329) ve mirasın taksimi öncesinde varislerin henüz şâyian mülkiyetleri terettüp eden tereke (TMK: 581) bunlar arasında sayılabilir.

Yine muayyen bir malın belirli bir gayeye tahsis edilmiş olması da o mala hükmi şahsiyet izafe edilmesi için yeterli olmayabilir. Örneğin bir kimse, mülkiyeti üzerinde kalmak üzere, evini muayyen bir fakirin oturumu için belirli bir süre ile o fakire tahsis etse, bu tahsis ile ev hükmi şahsiyet kazanmış olmaz.

Buna göre bir hükmi şahsiyette üç önemli nitelik söz konusudur ;

1) Fertlerden teşekkül eden tüzel kişilerde, fertler kendi şahsiyetlerini kaybederler ve bir bütünün parçası halini alırlar. Bu fertlerin öz şahsiyetlerinin hiçbir önemi yoktur, yerine diğeri ikâme edilebilir ve hükmi şahıs hiçbir değişikliğe uğramaz. Dolayısıyla hükmi şahsiyetin varlığı onu meydana getirenlerin varlığına bağlı değildir.¹⁸

2) Bir şahıs veya mal topluluğunun şahsiyet kazanabilmesi, kendisini meydana getiren veya kendisinden yararlanacak kimseler arasında müşterek ve daimi menfaatlerin bulunması ve bu menfaatlerin başka bir şekilde elde edilememesine bağlıdır.¹⁹

3) Hükmi şahsiyetin mâmeleki, onu teşkil edenlerin şahsî mallarından ve mâmeleklerinden tamamen ayrıdır. Bu noktada hükmi şahsiyet ile şâyian (şuyû halinde) tasarruf olunan müşterek mal arasında fark vardır. Bir mülkün şâyian birkaç kimseye ait olması halinde ortaklardan her biri o mülk üzerinde şahsiyetlerini muhafaza ederler. Bu hisseleri de diğer mülklerine nazaran ayrı bir hükme tâbi değildir.

Halbuki hükmi şahsiyeti hâiz olan gaye için tahsis edilen sermayede, o şahsiyete vücut vermiş olan kimselerden hiç biri özel şahsiyetlerini muhafaza etmezler. Müşterek sermayeden müştereken faydalanılır veya sermaye umumi istifade için tahsis olunur. Bu itibarla;

- a) Şahsiyeti meydana getiren kişilerden her birinin hükmi şahsiyete ait olan maldaki hissesini tayin kâbil olsa bile, kendilerinin bunda satmak, kiralamak gibi şahsi tasarrufları söz konusu olamaz.
- b) Ortaklardan herhangi birisinin hissesi şahsi borcundan dolayı hacze kâbil değildir. Ancak alacaklılar, o ortağın hissesinden dolayı hükmi şahıs zimmetindeki alacaklarını haczedebilirler.
- c) Hükmi şahıs nâmına yapılan taahhütlerden, onu teşkil ve tesis edenler şahsen mesul değildir. Hükmi şahısların borçları kendisine mahsus maldan ödenir.²⁰

¹⁸ Velidedeoğlu, *Medeni Hukuk*, 218 ; Saymen, 229

¹⁹ Saymen, 230

²⁰ M. Reşid, *Kanunu Medeni Şerhi*, Evkaf Mtb., İstanbul, 1926, s. 64

2. 1. Hükmi Şahıslarla Hakiki Şahıslar Arasındaki Farklar :

Türk Medeni Kanunu'nda “*şahıs*” kavramı hem hakiki hem de hükmi şahıslara şâmil kılınmıştır. Bunun nedeni doktrinde hükmi şahsiyetin mahiyetine dair teorilerden “*gerçeklik*” nazariyesinin benimsenmiş olmasıdır.²¹ Ancak bu teorik tercihe rağmen uygulamada hakiki şahıslarla hükmi şahıslar arasında bir takım farklar mevcut olduğu da belirtilmek durumunda kalınmıştır.

Her şeyden önce her ikisi de özleri ve cevherleri itibariyle birbirinden farklıdır. Öncelikle hükmi şahısların şahsiyeti kanuni ve itibaridir, kendisinin şahsiyet kazanma talebine bağlıdır. Halbuki hakiki şahıslarda şahsiyetin başlangıcı şahsın talebine bağlı olmadığı gibi kanunun müsaadesine de bağlı değildir. Hatta hükmi şahısların varlığının, hakiki şahısların iradesine bağlı olduğu da hatırdan çıkarılmamalıdır.

Her ikisi arasındaki bu önemli fark, yine her ikisi arasında hem şahsiyet hakları hem de medeni haklar açısından bazı belirgin farkları da söz konusu etmektedir. Biz önemli olanlarına değinmekle yetineceğiz :

1. Hakiki şahısların doğumu hukuki bir hadise iken hükmi şahısların doğumu (meydana gelmesi) hukuki bir muameledir.²² Dolayısıyla hakiki şahıslar biyolojik ve fizyolojik mahiyetleri itibariyle somut, hükmi şahıslar ise mücerret (soyut) bir varlığı hâizdir. İkisi arasındaki bu fiziki farklılık, sadece insana has olan hakların varlığını gerektirir. Yaratılış icabı olarak insana has olan bu haklar; cinsiyet ve buna bağlı olarak evlenme, boşanma, evlat edinme, nesep, veraset vb. haklardır. Nitekim **T.M.K.** da bu durumu açıkça ortaya koymuştur. (m. 46)

2. Hükmi şahısların varlığı kanuni ve itibaridir. Halbuki hakiki şahısların varlığı hissi ve tabiidir.²³ Yani hükmi şahısların hukuki olarak şahsiyet kazanması kanunun iznine bağlıdır. Buna mukabil hakiki şahısların şahsiyet kazanması ise sağ olarak dünyaya gelmesi ile gerçekleşir.

3. Hükmi şahısların varlığı kendisinden başkasının yani hakiki şahısların varlığına tâbidir. Hakiki şahıslar ise kendi nefsi ile kâimdir.²⁴

4. Hakiki şahısların tasarruf, hak iktisabı ve borçlanma ehliyetleri mahdud değildir; bunu ancak ehliyet arızaları daraltabilir. Hükmi şahısların ehliyetlerini ise bir taraftan kanunlar, diğer taraftan da gayeleri sınırlandırır.

5. Hükmi şahıslara bedeni ceza tatbik edilemez, ancak idari (medeni) bir ceza ile cezalandırılabilir. Örneğin borcunu ödemesini temin için hapis cezası değil, ancak haciz söz konusu olabilir.²⁵

²¹ Saymen, 263

²² Saymen, 276 (Hukuki Hadise ve Hukuki Muamele terimleri için bkz. Sh. 6-7)

²³ Zerka, M. Ahmed. III, 317

²⁴ Zerka, M. Ahmed. III, 318

6. Hakiki şahısların şahsiyetinin sona ermesi ancak ölümle mümkündür. Hayatta kaldıkları müddetçe şahsiyetlerini yok sayamadıkları gibi medeni haklardan istifade ve bunları kullanma ehliyetlerinden kısmen dahi olsa feragat edemezler. Ancak kendileri hakkında gaiplik kararı alınabilir ve böylece “hukuken” ölü addedilebilirler. Halbuki hükmi şahısların her zaman için kendilerini fesih yetkileri ve hakları mevcuttur.²⁶

7. Medeni hakları kullanma (fiil) ehliyeti açısından hakiki şahıslarda, bu hakların kullanılabilmesi için mümeyyiz ve reşit olmak veya mahcur olmamak gibi şartlar aranmasına rağmen hükmi şahıslar açısından bu tür şartlar söz konusu değildir.²⁷ Ayrıca hükmi şahıslar, medeni haklardan daima temsil yoluyla faydalanabilirler. Bunları hakiki şahıslardan ibaret organları (mümessilleri) temsil eder. Halbuki hakiki şahıslar için temsil istisnai bir durum arz eder.²⁸

İslâmî hukuk açısından hakiki şahıslarla hükmi şahıslar arasındaki önemli bir fark da, İslam hukukunun ibadetler kapsamına giren hükümlerinin hükmi şahısları doğrudan ilgilendirmemesidir. Dolayısıyla hakiki şahısların şahsiyeti hem hukuki hem de dini nitelikli olduğu halde, hükmi şahısların şahsiyeti (zimmeti) sadece hukuki niteliklidir. Ancak bunun tek bir istisnasından bahsedilebilir ki, ellerindeki mal varlıkları zekat nisabına ulaşmış ise hükmi şahıslar da “zekat” mükellefi olabilirler.²⁹

3. Hükmi Şahıslarda Şahsiyetin Başlangıç Anı :

Hakiki şahıslarda şahsiyetin başlangıç ânı, insanın sağ ve tam olarak doğduğu andır. Hükmi şahısların insanlar gibi fizyolojik bir varlıkları olmadığından bunların şahsiyetinin başlangıç ânının doğum gibi fizyolojik bir olaya bağlanması imkansızdır. Dolayısıyla hükmi şahısların şahsiyetinin ne zaman başlayacağı ancak hukuk düzeninin tespiti ile mümkün olabilir.³⁰

Bu hususta, hükmi şahısların mahiyeti ile ilgili teorilere dayalı olarak farklı sistemler yani farklı prosedürler söz konusu edilmiştir. Bu doğrultuda bütün hükmi şahısları kapsayacak şekilde tek bir sistem (prosedür) benimsenebileceği gibi, bir hukuk düzeni farklı kategorilerdeki hükmi şahıslar için farklı sistemler de uygulayabilir.

Hükmi şahısların şahsiyetlerinin başlangıç ânını tespit hususunda genel olarak üç ayrı sistem söz konusu edilmektedir :

²⁵ Karaman, I, 204-205

²⁶ Saymen, 278 ; Berki, Şakir, **Medeni Hukuk**, 42

²⁷ Saymen, 285 ; Akıntürk, 148

²⁸ Berki, Şakir, *age*, 42

²⁹ Hükmi Şahısların zekat mükellefiyetleri ve zekat alma kabiliyetleri için bkz. Sh. 82 vd.

³⁰ Akıntürk, 146

a) İzin (Ruhsat) Sistemi :

Bu sistem fiksiyon (varsayım/faraziye) nazariyesinin bir neticesi olarak değerlendirilebilir. Bu yöntemle göre hükmi şahsiyetin kazanılması, kanun koyucunun/devletin bu hususta yetkili kıldığı idari makamlar vasıtasıyla bu teşekkülü tanınması, izin vermesi ile gerçekleşir. Diğer bir ifadeyle şahsiyetin başlangıç ânı, izin verildiği andır.

b) Tescil Sistemi :

Bu sistem de “kollektif mülkiyet” nazariyesinin bir yansıması olarak değerlendirilebilir. Bu yöntem, tüzel kişilerin hukuk alanında yer alabilmeleri için kendilerini üçüncü şahıslara tanıtmaları, devlete bildirmeleri mülahazasına dayanmaktadır. Bu da hükmi şahsın kendisini devlete tescil ettirmesiyle gerçekleşir. Tescil gerçekleşmediği halde, belki hükmi şahıs yine mevcuttur, mevcudiyet kazanmıştır, ancak hukuki muamelelere girilemez. Zira hiç kimse onu müstakil bir varlık olarak tanımaz.

O halde, bu sistemi savunanlara göre hükmi şahsiyetin başlangıç ânı, resmi sicile kaydedildiği andır. Tescil (kayıt) yapılmadığı müddetçe hükmi şahsiyet de doğmuş olmaz.

c) Serbest Teşekkül Sistemi :

Bu sisteme göre bir hükmi şahsın şahsiyet kazanabilmesi için hiçbir resmi muameleyle gerek yoktur. Dolayısıyla şahsiyetin başlangıç ânı, hukuk düzeninin tespit ettiği şartlara uyulmak kaydıyla kurucuların bu doğrultudaki iradelerini açıkladıkları andır. Bu hususta herhangi bir makamdan izin alınmasına gerek yoktur.³¹

Bu sistem de, hükmi şahısların mahiyetini açıklamaya çalışan teorilerden “Gerçeklik Nazariyesi” ne en geniş mevkii veren, en etraflı uygulama alanı ayıran bir sistem olarak değerlendirilmektedir.³²

3. 1. Türk Pozitif Hukukunda Durum :

Günümüz Türk Hukukunda hükmi şahısların statülerini belirleyen dört ana kanun vardır :

a) Medeni Kanun, b) Dernekler Kanunu, c) Ticaret Kanunu, d) Vakıflar Kanunu.

Türk Medeni Kanunu’nun hükmi şahsiyete dair hükümleri daha ziyade genel esasları belirleyici mahiyette olduğundan, türüne göre her hükmi şahsın hukuki düzenlemeleri kendilerine mahsus özel kanunlarla belirlenmiştir. Dolayısıyla Türk mevzu hukukunda hükmi şahıslara ait hukuki düzenlemelerde, hükmi şahısların şahsiyetinin başlangıcı ile ilgili standart ve mutlak bir sistem (prosedür) belirlenmiş değildir.

³¹ Bu sistemler hk.da daha geniş bilgi için bkz. Saymen, 267-272 ; Abadan, 51-52 ; Akıntürk, 146-147

³² Saymen, 272

Türkiye’de genel olarak dernekler, herhangi bir izin alınmasını gerektirmeksizin, serbestçe teşekkül edebilmektedirler. (MK: 53 ; DK: 9)

Ancak Türkiye’de kurulmuş olmakla birlikte yurtdışında faaliyette bulunacak derneklerle (DK: 11) , yurtdışında kurulduğu halde Türkiye’de faaliyetlerde bulunmak üzere şube açmak isteyen derneklerin (DK: 12) her türlü faaliyet ehliyetleri, Dışişleri Bakanlığı’nın görüşü alınmak suretiyle, İçişleri Bakanlığı’nın teklifi doğrultusunda Bakanlar Kurulu’nun iznine tâbidir. Binaenaleyh bazı dernekler için devletin kuruluş iznine ihtiyaç bulunduğundan bunların, serbestçe ve kurucularının iradeleri doğrultusunda doğrudan şahsiyet kazanmaları mümkün değildir.

Ayrıca iktisadi amaçlı dernekler, yani gayesine ulaşmak için ticari şekilde icrâ-i sanat eden dernekler — tıpkı şirketler gibi — kendilerini sicile kaydettirmekle yükümlüdürler.(MK: 54)

Şahsiyet kazanma hususunda tâbi olduğu sistemler itibariyle derneklerdeki çeşitlilik aynı şekilde şirketler için de söz konusudur. Zira anonim (TTK: 273, 280, 301) ve limited (TTK: 509-512) şirketler hem Ticaret ve Sanayi Bakanlığı’nın iznine tâbidirler hem de kendilerini sicile kaydettirmekle yükümlüdürler. Kollektif (TTK: 157) ve komandit (TTK: 244) şirketlerin şahsiyet kazanabilmeleri için sadece kendilerini sicile kaydettirmeleri yeterlidir.

Vakıflar ise hem Medeni Kanun (m.74) hem de özel olarak Vakıflar Tüzüğü (m.8) hükümlerine göre tescile tâbidir. “Medeni Kanun Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkındaki Tüzük”ün 5. ci maddesine göre, vasiyet yoluyla kurulan vakıflarda vasiyetnameyi açan sulh hakimi, resmi senetle kurulan vakıflarda ise resmi senedi düzenleyen noter, vasiyetnamenin veya resmi senedin bir örneğini (nüshasını) yedi gün içerisinde Vakıflar Genel Müdürlüğü’ne gönderir.

Herhangi bir hukuk düzeninin, hükmi şahıslarla ilgili düzenlemelerinde, hükmi şahsiyetin başlangıcı ile ilgili olarak sadece tek bir sistemi benimsemiş olması teorik olarak mümkün görülebilir ise de, uygulamada bu durum, Türk Hukuku’nda görüldüğü üzere hemen hemen imkansız gibidir. Farklı sistemler benimsenmesi zorunluluğu, hükmi şahısların türlerinin çeşitliliğine bağlı olabildiği gibi, içtimai şartlar da, belli bir dönemde bu sistemlerden herhangi birini tercih etmeyi mümkün kıldığı halde, şartların değişimi, diğer bir sistemin benimsenmesini gerektirebilir. Örneğin herhangi bir hukuk düzeni, bir vakfın tüzel kişilik kazanmasını önceleri kurucularının iradesine bağladığı halde, bilahare bu hususta tescili şart koşabilir ve hatta iktisadi mahzurlar söz konusu olduğunda vakfın kuruluşunu ve tabiatıyla hukuki kişilik elde edebilmesini devletin resmi makamlarının iznine tâbi de kılabilir.

Meseleye İslami açıdan da bu şekilde yaklaşmak gerekir. Zira Din’in bu gibi konularda herhangi bir tercihte bulunması söz konusu değildir. Çünkü bu, her halükârda beşeri inisiyatiflerle çözümlenmeyi gerektiren bir konudur. Dolayısıyla herhangi bir meselenin çözümlenmesi, beşeri tercihlere indirgendiğinde, kişilerin farklı görüşler taşımaları gayet doğaldır ve bunlar beşeri olmaları itibariyle asla dogmatik (tartışılmaz ve değiştirilemez) değildirler. Nitekim klasik dönemler göz önüne alındığında, vakfın hukuki

geçerlilik kazanması hususunda tescili gerekli gören görüşler³³ yanında, vakfın kurucularının salt irade beyanları ile, tescile gerek olmaksızın vakfın şahsiyet kazanabileceğini öngören görüşler de mevcuttur.³⁴

4. Hükmi Şahısların Çeşitleri :

Hükmi Şahıslar, mahiyet ve niteliklerine göre çeşitli sınıflandırmalara tâbi tutulmuşlardır. Bu hususta muhtelif sınıflandırmalar yapmak mümkün ise de genel olarak iki ana kategoride ele alınmaktadır. Her iki kategoride yer alan hükmi şahıslar da yine daha alt kategorilere ayrılmaktadırlar.

Buna göre hükmi şahıslar; bünyelerine göre ve tâbi oldukları hukuka göre olmak üzere iki ana grupta değerlendirilmektedir.

4. 1. Bünyelerine Göre Hükmi Şahıslar :

Her şeyden evvel hükmi şahıslar bir topluluk mahiyetini hâiz olduklarından, bu topluluğun niteliğine göre ikiye ayrılırlar :

a) Şahıs Toplulukları :

Bir hükmi şahıs, belirli bir gayenin gerçekleştirilmesi maksadıyla gerçek şahısların (insanların) bir araya gelmelerinden meydana gelmiş ise, bu hükmi şahıs “*şahıs topluluğu*” niteliği arz eder. Devlet halinde örgütlenmiş bütün toplumlar, şahıs topluluğu mahiyetinde bir hükmi şahıstırlar. Daha alt düzeyde ise, il idareleri, belediye ve köyler, dernekler ve kendilerine kanunen şahsiyet tanınan şirketler de birer şahıs topluluğudur.

b) Mal Toplulukları :

Bir hükmi şahıs, hakiki şahısların belirli bir malı, belirli bir gayeyi gerçekleştirmek üzere belirli bir cihete tahsis etmelerinden meydana gelmiş ise, bu hükmi şahıs “*mal topluluğu*” niteliğini taşır. Dolayısıyla birincinin aksine bu tür hükmi şahısların bünyesi kurumsaldır.³⁵

Mal topluluğu mahiyetindeki hükmi şahısların en tipik örneği vakıflardır. Ayrıca işletilmeleri devlet eliyle yapılan Kamu İktisadi Teşekkülleri (K.İ.T.’ler) de bu türdendir.

Ayrıca ticari şirketlerden, anonim ve limited şirketlerde, şirkete ait mâli sorumluluk daha ziyade şirkete ait sermayeye yönelik bulunduğundan, — kolektif ve komandit şirketler aksine — bu şirketler de bir yönüyle mal topluluğu niteliği taşımaktadırlar.

³³ Hanefilerden **Ebu Hanîfe** bu görüştedir. Merginani, III, 15 ; Mavsılı, III, 40

³⁴ Kasani, VI; 219 ; Firuzâbâdi, **el-Mühezzeb**, Mısır, trs. , I. 442 : İbn Kudame, **el-Makdisi** , **Şerhu’l-Kebir**, Beyrut, 1984, I. Baskı, VI, 209

³⁵ Akıntürk, 143

4. 2. Tâbi Oldukları Hukuka göre Hükmi Şahıslar :

Günümüzün modern hukuk düzenleri, yaptırımlarının niteliği açısından hukuki düzenlemelerini, “*Kamu Hukuku – Özel Hukuk*” şeklinde bir ayırma tâbi tutmaktadırlar. Aslında bu ayırım belirli ölçüler çerçevesinde eskiden beri mevcut ise de, isimlendirme yakın tarihlerde gerçekleştirilmiştir.

Klasik İslam Hukuk literatüründe de bu ayırım belirli ölçülerde mevcuttu fakat muayyen bir isimlendirme gerçekleştirilememiş olması, İslam hukukunda bu ayırımın olmadığı kanaatini doğurmuştur. Halbuki batıda da bu ayırım daha öncelere dayanmakla birlikte isimlendirme orada da yenidir.³⁶

³⁶ Kamu hukuku – özel hukuk ayırımı ilk kez Romalı hukukçular tarafından gerçekleştirilmiştir. Tarihi tetkikler, “Kamu Hukuku” (Ius Publicum) – “Özel Hukuk” (Ius Privatum) ayırımının Romalı hukukçu **Ulpianus (M.S. 170 – 228)**’a kadar uzandığını göstermektedir. (Okandan, 453 ; Erdoğan, 95) Ancak Roma İmparatorluğu yıkıldıktan sonra (M.S. 456), ortaçağda feodalite devrinde bu ayırım terkedilmiş ve kamu hukuku müesseseleri de özel hukuk kaideleri ile izah edilmeğe çalışılmıştır. (Erim, Nihat, *Amme Hukuku Dersleri*, 7).

Batıda XVII. yüzyılda Fransız hukukçu **Domat** tarafından bu ayırım yeniden gündeme getirilmiş, XVIII. yüzyılda **Montesquieu**, “*Kanunların Ruhü*” adlı eserinde bu konuya daha ayrıntılı olarak temas etmiştir. Montesquieu’ya göre ; idare edenlerin idare edilenlerle olan münasebetlerini tanzim eden kanunlar kamu hukuku, bütün yurttaşların kendi aralarındaki münasebetleri tanzim eden kanunlar hususi hukuktur. (Erim, 8)

Klasik fıkıh külliyyâtında da görüntüde böyle bir ayırım mevcut değil ise de, bazı eserlerde, günümüzde kamu hukuku kapsamı içerisinde mütalaa edilen hukuki düzenlemelerin “Hukukullah” , hususi hukuk kapsamı içerisinde mütalaa edilen hukuki düzenlemelerin de “Hukuku’l-İbâd” olarak isimlendirilmiş olması, vâkıada böyle bir ayırımın mevcut olduğuna delalet etmektedir. (Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 20)

Günümüzde kamu hukuku – özel hukuk ayırımı bütün hukuk düzenlerine hakim olmuş durumda ise de, bu ayırımı sağlayan kıstasın ne olduğu hususundaki tartışmalar tam bir netlik kazanmış değildir. Zira herhangi bir hukuk kuralının kamu hukukuna mı yoksa özel hukuka mı girmekte olduğunu tespit hususunda bazıları bu hukuk kuralının g a y e s i n e bazıları ise m a h i y e t i n e bakmak gerektiğini ifade etmektedirler.

Tercih edilen görüşe göre ;

Şahısların birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen hukuk kurallarının özel hukuka dahil bulundukları hakkında herhangi bir tereddüt yoktur; zira bu ilişkilerde taraflar eşit konumdadırlar.

Fakat devletin bir şahıs ile olan ilişkisini düzenleyen herhangi bir hukuk kuralının mutlaka kamu hukukuna dahil olması gerekmez. Eğer devlet bu ilişkiye üstün bir otoritenin yani “kamu kudreti” nin sahibi olarak katılıyor, ilişkinin tarafları arasında eşitlik değil, bir alt – üstlük durumu söz konusu oluyor ise, bu ilişkiyi düzenleyen hukuk kuralı kamu hukukuna dahildir. Örneğin istimlakta (kamulaştırmada) durum böyledir.

Buna karşılık devlet, herhangi bir şahıs ile olan ilişkisinde kamu kudretinin sahibi olarak bulunmuyor da ilişkinin tarafları arasında bir eşitlik söz konusu oluyorsa, o takdirde bu ilişkiyi düzenlemekte olan hukuk kuralının kamu hukukuna değil, özel hukuka dahil olduğunu kabul etmek gerekir. Örneğin herhangi bir devlet kurumu bazı ihtiyaçları için herhangi bir şahıs ile alış-veriş muamelesi yaptığında, buradaki ilişkide devlet kamu kudreti sahibi olarak değil, herhangi bir (tüzel) kişi olarak bu akdin tarafıdır. (Akıntürk, 18-19)

Öte yandan **H. V. Velidedeoğlu**’na göre, kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki sınır kesin ve değişmez değildir; ülkeden ülkeye, o ülkede hakim olan siyasi ve iktisadi yapıya göre değişebilir niteliktedir. (*Umumi Esaslar*, 18-19)

Bugünkü ayırma göre ;

A) KAMU HUKUKU :

1) Anayasa Hukuku

B) ÖZEL HUKUK :

1) Medeni Hukuk

Ø

Buna göre;

Hükmi şahıslar tâbi oldukları hukuka göre ikiye ayrılırlar :

- a) Kamu Hukuku Hükmi şahısları
- b) Özel Hukuk Hükmi Şahısları.³⁷

a) Kamu Hukuku Hükmi Şahısları :

Bunların en önemli özelliği kamu kudret ve otoritesini temsil etmeleridir. Dolayısıyla tüzel veya gerçek özel hukuk şahısları ile olan ilişkilerinde üstün bir konumdadırlar. Bunların üstün bir konumda olmaları, mevkileri itibariyle bir bütün olarak kamunun haklarını temsil etmeleri sebebiyledir. Bu üstünlük bu kurumların, hem gerçek hem de özel hukuk tüzel kişilerine karşı sınırsız bir yetki ve otoritesini gerektirmez. İslâmi telakki, devletin bu husustaki yetkisinin, kamu maslahatı ile kayıtlı olması yönündedir.

Kamu hukuku tüzel kişileri kuruluşları itibariyle şahısların iradesine değil, kanuna dayanır. Yine bunlar özel hukuk hükmi şahısları gibi kendi iradeleriyle kendilerini feshedemezler ve mahkeme kararı ile de dağıtılamazlar.

Kamu hukuku hükmi şahısları da kendi içinde iki kısımdır :

aa) Amme İdareleri :

Bunlar da iller (il özel idareleri), belediyeler ve köylerdir.³⁸

Devletin bütün idari cüzleri; bakanlıklar, Danıştay, Diyanet İşleri Başkanlığı vb. teşkilatlar da devletin genel şahsiyetinden ayrı olarak müstakil birer tüzel kişiliği haizdirler.

ab) Kamu Kurumları :

Bunlar belirli bir coğrafi bölgeyle kayıtlı olmaksızın muayyen hizmetler gören organizasyonlardır. Diğer bir ifadeyle amme idareleri, mahallin doğurduğu amme hükmi şahısları olmalarına mukabil, kamu kurumları hizmetin doğurduğu amme hükmi şahıslarıdır.³⁹

2) İdare Hukuku

2) Ticaret Hukuku

3) Ceza Hukuku

3) Devletler Özel Hukuku

4) Usul Hukuku

5) Devletler Umumi Hukuku

6) İş Hukuku

7) Vergi Hukuku

dallarına ayrılmaktadır.(Velidedeoğlu, *Umumi Esaslar*, 33-34 ; Akıntürk, 20-22)

³⁷ Özsunay, 32

³⁸ M. Reşid, 64-65 ; Velidedeoğlu, *Medeni Hukuk*, 228 ; Saymen, 238-240 ; Akıntürk, 144 ; Özsunay, 34

³⁹ Saymen, 241

Bunlar arasında üniversiteler, hastaneler, hava ve deniz limanları işletme müdürlükleri, Devlet Demiryolları Genel Müdürlüğü birer örnek olarak sayılabilir.

Kamu idareleri birer şahıs topluluğu niteliğindeki hükmi şahıslar olduğu halde kamu kurumları mal topluluğu niteliğindeki hükmi şahıslardır.⁴⁰

b) Özel Hukuk Hükmi Şahısları :

Bunlar özel hukuka tâbi şahıslardır ve diğer — gerçek veya tüzel — şahıslarla olan ilişkilerinde eşit konumdadırlar. Bunlar öncekilerin aksine kanunla değil, şahısların iradeleriyle teşekkül eder.

Bunlar da kendi arasında iki kısımdır:

ba) Kazanç Gayesi Güdenler :

Bunlar şirketlerdir. Esas gayesi kazanç elde etmek olmadığı halde gayesine ulaşmak için ticari şekilde icrâ-i sanat eden dernekler de T.M.K.'na göre şirketler gibi tescile tâbi tutulmuşlardır. (m.54)

bb) Kazanç Gayesi Gütmeyenler :

Bunlar dernekler ve vakıflardır.⁴¹

Bunların dışında iktisadi devlet teşekkülleri de vardır ki, bunlar devletin bir tüzel kişi olarak, diğer hakiki ve hükmi şahıslar gibi sermaye ortaya koyarak ticari faaliyetlerde bulunma teşebbüsünden doğan hükmi şahıslardır.⁴²

Bunlar devletin bazı bakanlıklarına bağlı olarak işletildiklerinden, bu yönüyle Kamu Hukuku tüzel kişileri görüntüsünde iseler de, hukuki prosedür açısından Türkiye'deki uygulama bunların özel hukuk tüzel kişileri olduğu yönündedir.⁴³

Günümüzde oluşan ve devletin iktisadi faaliyetlerden tamamen veya büyük oranda el çekmesi gerektiği yönündeki temayül ve kısmi uygulamalar göz önüne alındığında, bu husustaki tereddütlerin zamanla ortadan kalkacağı aşikardır.

Keza İslâmi hukuk telakkisi açısından da, teorik olarak bu hususta belirgin bir tespit yapmak isabetli değildir. Zira bu ancak “*maslahat*” çerçevesinde ele alınmayı gerektiren bir meseledir ve Din genellikle bu gibi konularda karar inisiyatifini insanlara bırakmaktadır.

⁴⁰ Akıntürk, 144

⁴¹ Aslında “*kazanç gayesi gütmek*” yerine “*kar paylaşım amacı gütmek*” ifadesini daha uygun buluyoruz. Zira vakıflar da, vakfın cihetine sarfetmek üzere kazanç elde etmeyi düşünebilir ve bu suretle bir vakfın, tüzel kişi olarak ticari faaliyette bulunması vakıf kavramının özüne aykırı değildir.

⁴² Velidedeoğlu, *Medeni Hukuk*, 228; Saymen, 248; Özsunay, 36

⁴³ Aynı yerler.

II – HÜKMİ ŞAHISLARIN EHLİYETLERİ :

“*Şahıs*” kavramı ile “*ehliyet*” kavramının hemen hemen birbirine müteradif (özdeş) iki ayrı kavram olduklarının söylenilmesi hatalı olmaz. Zira hukukta ehliyeti mevcut olmayan bir “*şahıs*” kabul edilemez.

Hukukçular ehliyeti iki kısımda mütalaa ederler :

- 1) Medeni Haklardan İstifade Ehliyeti,
- 2) Medeni Hakları Kullanma Ehliyeti.

Bunlardan birincisine karşılık olarak “*hak ehliyeti*”, ikincisine karşılık olarak ise “*fiil ehliyeti*” terimlerini kullanan yazarlar da mevcuttur.⁴⁴

1. Medeni Haklardan İstifade/Hak Ehliyeti :

Hükmi şahıs adını verdiğimiz teşekküllere kanunen “*şahsiyet*” tanınmış olması, haddizatında onlara hukuki muamelelerde bulunmak üzere, tıpkı hakiki şahıslar gibi “*hak ehliyeti*” tanımak anlamına gelir. Zira bu ehliyet şahsiyetten doğan ve şahıs ile kâim olan bir haldir. Hükmi şahıslar da hukuk nazarında birer “*şahıs*” konumunda olduklarından bu ehliyete sahip bulunmaları gayet tabiidir.

Modern hukuk tüzel kişilerin haklarını dört ana başlık altında toplamıştır :

- a) Mülkiyet hakkı,
- b) Şahıs varlığı hakkı,
- c) Kişilik (Şahsiyet) hakkı,
- d) Dava hakkı.

Bu sonuncusu her türlü davada taraf olmayı, yani davalı ve davacı olabilmeyi ifade eder.⁴⁵

Prensip olarak hükmi şahıslar hakiki şahıslarla eşit tutularak kendilerini, mahiyetlerine aykırı olamamak kaydıyla bütün medeni haklardan istifade ehliyeti tanınmıştır.⁴⁶ T.M.K. bu hususta, sadece yapılarından kaynaklanan istisnaları zikrederek mutlak bir hüküm koymuştur:

“*Hükmi şahıslar; cins, yaş, hısımlık gibi yaratılış icabı olarak ancak insana has olanlar dışında bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler.*” (m.46)

Kanunun koyduğu hükümden anlaşılan şudur : Cinsiyet, yaş, hısımlık gibi haklar, yapıları itibariyle sadece hakiki şahıslara mahsustur. Aynı şekilde “aile hukuku” kapsamına girebilecek bütün haklar da hakiki şahıslara ait olabilir. Dolayısıyla hükmi şahıslar evlenme,

⁴⁴ Akıntürk, 90

⁴⁵ Özsunay, 67

⁴⁶ Güral, 175

boşanma veya nesep gibi hakları telaffuz edemeyecekleri gibi, yine aile hukuku kapsamına giren, veli veya vasi olma haklarını da kullanamazlar.⁴⁷

Ancak İslam hukuk tarihindeki kimi örnekler göz önüne alındığında, devlet başkanının şahsında devletin tüzel bir kişi olarak bazı hususlarda velayet yetkisi kullandığı söylenebilir. Diğer bir ifadeyle sadece devlete münhasır olmak kaydıyla, tüzel kişiliğe veli olabilme hakkı tanınmıştır.

Bu husus, haddizatında İslam hukukçularının — Hanefilerden bir kısmının dışında kalan — ekserisinin kabul ettiği üzere “*bakire bir kadının, velisinin onayı olmaksızın evlenemeyeceği*” esasından kaynaklanmaktadır ve neticede evlendirme yetkisi bulunan veliler sıralamasında devlet başkanının da adı zikredilir.⁴⁸

Bunun gerekliliğini savunan hukukçuların bu husustaki en önemli dayanağı Hz. Peygamber (sav)’den nakledilen şu hadistir :

“*Velisinden izinsiz evlenen bir kadının nikahı batıldır.*(Bunu üç kez tekrar etti) ...*Velisi olmayanın velisi devlet başkanıdır.*”⁴⁹

Burada devlet başkanının velayet yetkisi, onun şahsında devlete ait bir haktır. Dolayısıyla bu hak devlet başkanının naiplerine de şamil olur.

Ancak nikah akdi çerçevesinde, kadının nikahlanma ehliyetini sınırlayan bu statü, dini değil, hukuki içeriklidir. Yani bu, dinin bu yöndeki bir emrinden kaynaklanmamakta, bilakis örfî (örfe dayalı) bir karakter arz etmektedir. Diğer bir ifadeyle Hz. Peygamber (sav)’in içinde yaşadığı toplumda, kadının toplum içerisinde sahip olduğu konum, bu tür bir velayet himayesini gerektirmektedir ve İslam öncesinden beri yürürlükte olan bu hukuki statü, İslâmî dönemde de sürdürülmüştür. Nitekim kadının evlendirilmesi hususunda velisinin muvafakatının zorunluluğu ve hatta gerektiğinde devlet başkanının velayet yetkisi kullanmasına dair statü **Eski Yunan Hukuku**’nda da geçerli bir uygulama idi.⁵⁰

Öte yandan Hz. Peygamber (sav)’in bu husustaki uygulamasının, hukuki açıdan bir bağlayıcılık taşımadığı, belki bunun tekit edilmiş (müekked) bir tavsiye (sünnet) niteliğinde olduğu görüşüne sahip olan hukukçular da mevcuttur.⁵¹

⁴⁷ M. Reşit, 66

⁴⁸ İbn Rüşd, II, 7 vd. ; Şirbini, III, 150 vd. ; Damad, I, 338 vd. ; Zuhayli, IX, 154

⁴⁹ Ebu Davud, Nikah, 20 (2083) ; Tirmizi, Nikah, 14 (1102) ; İbn Mâce, Nikah, 15 (1879)

⁵⁰ Okandan, 280

⁵¹ Ebu Hanife ve — bir rivayete göre — Ebu Yusuf bu görüştedir. (bkz. Kasani, II, 247 ; Merginani, I, 213)

Bu görüşte olan hukukçulara göre, reşid ve bâliğ bir kadın bekar bile olsa kendisini evlendirmeye yetkilidir; velisinin muvafakati hukuki açıdan değil, ahlaki açıdan gereklidir. Başka bir ifadeyle, velisinin muvafatını almamış bir bakire fakat reşit bir kızın kendi kararıyla yaptığı nikah akdi hukuken geçerlidir, fakat diyanî açıdan babasının rızasını almadığından, babasını bu tavrı ile incitmiş olması muhtemel bulunacağından “günahkâr” olma ihtimali söz konusu edilebilir.

İmam Malik b. Enes’ten yapılan bir nakle göre de, nikahta velayet gerekli olmakla birlikte bu gerekliliğin niteliği *farz* olarak değil *sünnet* olmaktadır. (İbn Rüşd, II, 7)

Bu itibarla, devletin bir tüzel kişi olarak velayet hakkını kullanabileceğini, bu statüyü halen geçerli kılan toplumlar açısından mevcut sayabiliriz. Bu taktirde velayet hakkı, bir hükmi şahıs olarak sadece devlet ait bir hak olur. Nitekim günümüz pozitif hukukunda da, diğer özel ve kamu tüzel kişilerine tanınmayan kanuni mirasçı olma hakkı bir istisna olarak devlete (Hazine'ye) tanınmıştır. (TMK : 448) Diğer hükmi şahıslar sadece vasiyetle mirasçı olabilirler.⁵²

İslam hukuk tarihi uygulamaları çerçevesinde, Beytü'l-Mâl'in de kanuni olarak mirasçı olabileceği görüşleri bulunduğunu daha önce ortaya koymuştuk.⁵³

Öte yandan hakiki şahıslardan ayrıcalıklı olarak, kendileri için mümeyyiz veya reşit olmak, hacredilmek söz konusu olamayacağından hükmi şahıslar, kullanımı için bu şartları taşımayı gerektiren her hakkı kullanabilirler.

Ayrıca hükmi şahıslar mala yönelik her türlü yetki ve görevi yerine getirmeye ehil bulunduklarından, vasiyeti yerine getirmeye memur olarak görevlendirilirler ve kendilerine de vasiyet edilmesi mümkün ve sahihtir.⁵⁴

Farklı ekollere mensup İslam hukukçuları arasında da, detaydaki çok küçük görüş ayrılıkları dışında genel olarak, hükmi şahıslara (örneğin; mescit, medrese veya bir vakıf cihetine) vasiyette bulunabilineceğine dair bir görüş birliği mevcuttur.⁵⁵

Yine iktisap (kazanım) hususunda hükmi şahısların, hakiki şahıslardan farklı bir konumu yoktur ve bunlar bedel mukabili (ivazlı) veya hibe yoluyla (ivazsız) menkul ve gayri menkul her türlü emvali iktisap edebilirler.⁵⁶ Hatta İslam hukuku açısından hükmi şahısların zekat alabilmelerinin dahi mümkün olduğunu göreceğiz.

Ancak T.D.K.'na göre derneklerin gayri menkul mülkiyetinden istifade ehliyeti sınırlandırılmıştır. (m. 64) Bu sınırlandırma, bazı suiistimalleri önleme amacına yönelik bulunduğundan, bunlar dogmatik olmayan, zamanla, şartların değişmesiyle değiştirilebilir özellikli bulunan kurallardır. Konuya İslâmî hukuk açısından da bu şekilde yaklaşmak gerekir.

1. 1. İntifa Hakkının Kullanımı Hususunda Hükmi Şahısların Durumu :

Prensip olarak hak ehliyeti hususunda gerçek kişilerle tüzel kişiler arasında bir eşitlik gözetildiğini, hakiki şahıslara tanınan hakların umumiyetle hükmi şahıslara da tanındığını belirtmiştik.

⁵² Velidedeoğlu, M. Hukuk, 233

⁵³ Bkz. Sh. 47

⁵⁴ M.Reşit, 66

⁵⁵ Zuhayli, X,156

⁵⁶ M. Reşit, 67

Fakat bazı haklar vardır ki, bunlar hakiki şahıslara uygulandığı tarzda hükmi şahıslara uygulanmayabilir. Diğer bir ifadeyle bu hak hükmi şahıslar için de geçerlidir ancak uygulamada bazı farklar söz konusu edilebilir. İşte “İntifa Hakkı” bunlardandır.

İntifa hakkı ; herhangi bir malın rakabesi (çıplak mülkiyeti) bir başkasına ait olduğu halde ondan belirli şartlar çerçevesinde, süreli veya süresiz olarak yararlanma hakkıdır. Bu yararlanma bazen bedelli (ivazlı), bazen de bedelsiz (ivazsız) olur. Bedelli olursa bu, kiralama; bedelsiz olur ise iâre, vasiyet, ibaha veya vakıf şeklinde olabilir. Bunların mahiyet ve detayları fıkıh kitaplarında yer almaktadır.⁵⁷

İntifa ya belirli bir süre ile veya intifa sahibinin ölümü ile kayıtlıdır ya da vakıfta olduğu gibi müebbetir.^(*)

İntifa belirli bir süre ile kayıtlanmış ise (örneğin; bir ay, bir yıl, on yıl gibi) sürenin dolumu ile bu hak sona erer. Keza intifa sahibinin ölümü ile kayıtlanmış ise de bu hakkı kullanan şahsın ölümü ile bu hak sona erer.

İntifa belirli bir süre ile kayıtlanmış ise ve henüz bu süre dolmadan, intifa sahibi vefat ederse bu hak, sürenin dolumuna kadar müddet için varislere intikal eder mi, yoksa ölümle sâkıt olur mu?

T.M.K.’na göre intifa hakkı şahsî (şahsa bağlı) bir hak kabul edildiğinden, intifa sahibinin ölümü ile hak sona erer, yani mirasçılara intikal etmez. (m.721)

İslam hukukçuları ise bu hususta farklı görüşlere sahiptirler. **Hanefi ekolüne sahip hukukçulara göre** intifa hakkı şahsi bir hak olduğundan tevarüs kabiliyeti yoktur, mirasa konu olmazlar. Dolayısıyla intifa sahibinin ölümü ile hak sona erer. Zira menfaatler “mal” kapsamına girmezler, bunlar üzerinde “mülkiyet” söz konusu olamaz ve dolayısıyla mirasa da konu olmazlar. **Hanefilerin dışında kalan çoğunluğa göre** ise menfaatler “mal” kapsamı içerisindedir ve dolayısıyla mirasa konu olabilirler.⁵⁸ O halde sürenin dolumuna kadar olan müddet için intifa hakkı varislere intikal eder.

Konu hükmi şahıslar açısından değerlendirildiğinde farklı bir durum ortaya çıkar. Zira hükmi şahıslar için gerçek anlamda bir “ölüm” söz konusu edilemez. Ancak fesih veya infisah söz konusu olabilir ki, bunu da önceden tayin etmek çoğu kere mümkün değildir. Zira kimi hükmi şahıslar muayyen bir süre ile veya geçici muayyen bir gaye doğrultusunda teşekkül ettirilmekte, bu itibarla şahsiyetlerinin ne zaman sona ereceği önceden bilinebilmekte ise de çoğunlukla hükmi şahıslar belirli bir süre ile kayıtlanmaksızın teşekkül ettirilmektedirler.

⁵⁷ Zuhayli, V, 52 vd.

(*) Geçmiş fakihlerin çoğunluğunun görüşü vakfedilen malın ebedi olarak vakıf statüsünde kalması gerektiği yönünde ise de, vakıfta te’bid (vakıf malın ebediyen vakıf statüsünde kalması) esası dinî değil, hukuki bir öngörüdür. Nitekim Malikiler, vakıfta te’bidin şart olmadığını görüşündedirler. (bkz. Zuhayli, X, 245)

⁵⁸ Zuhayli, V, 53-54

Bir hükmi şahsa belirli bir malın intifa hakkı, belirli bir süre ile kayıtlanmış olarak devredilmiş ise burada bir problem yoktur, sürenin bitiminde hak da sona erer.

Fakat belirli bir süre ile kayıtlanamaksızın bu hak verilmiş ise, — hükmi şahıslar için ölüm sözkonusu olmadığına göre — böyle bir hak sonu belirsiz bir tarzda o hükmi şahsın uhdesinden düşmeyecek demektir. Bu durumun iktisadi açıdan bazı sakıncalar doğurabileceği düşünülmektedir,⁵⁹ günümüz pozitif hukukunda bu da belirli bir süre ile kayıtlanmıştır :

“ İntifa hakkı, intifa sahibinin vefatıyla ; intifa sahibi hükmi şahıs ise infisahı ile sakıt olur. Şu kadar var ki, hükmi şahsın intifa hakkı yüz yıldan fazla devam edemez.” (TMK : 721)

Hükmi şahısların intifa hakkı hususundaki bu düzenleme, kanunun yürürlüğe girdiği döneme aittir ve bugüne kadar bu düzenlemede herhangi bir değişiklik yapılmasına ihtiyaç hissedilmemiştir. Kanundaki bu kayıt, ihtiyaca göre ağırlaştırıcı veya aksine hafifletici mahiyette değiştirilebilir.

Ayrıca bu konuda alternatif görüşler de ortaya koymak mümkündür ki klasik dönem hükümleri çerçevesinde konu şu tarzda da değerlendirilebilir :

Eğer intifa hakkı bir hükmi şahsa, hangi şekilde olursa olsun, belirli bir süre ile kayıtlanamaksızın, mutlak bir mukavele metni ile devredilmiş ise, metinde herhangi bir kayıt bulunmadığından, metnin ibaresinin medlulüne sadakat ile ve aynı zamanda bu ibare, binanın mülkiyetinin de devrini tazammun ettirdiğinden bu intikal **“Zaruret yoluyla vakıf”** hükmünde değerlendirilebilir.⁶⁰

Konunun bir başka boyutu da, hükmi şahısların kendilerine ait emlakın intifa haklarını ivazsız olarak — belirli bir süre ile de olsa — gerçek veya tüzel, bir başka şahsa devredip devredemeyecekleri hususudur.

Türk pozitif hukukunda bu hususta yasaklayıcı sarih bir kaide yoktur. Bu konuda tüzel kişilerin de gerçek kişiler gibi bu yetkiye sahip bulundukları anlaşıyor.

İslami hukuk açısından, vakıftaki geleneksel “te’bid” ve vakıf malın her türlü tasarrufa karşı dokunulmazlığı bulunduğu anlayışı, bu hususta bir engel gibi duruyor ise de konunun günümüz şartları çerçevesinde yeniden değerlendirilmesine ihtiyaç vardır.⁶¹

1. 2. Hükmi Şahısların Zekat Alma Ehliyetleri :

Zekatın sarf yerleri konusunda geleneksel düşünce, zekatın mutlaka hakiki şahıslara verilebileceği/verilmesi gerektiği yönündedir. Bu, Kur’an’ın ilgili ayetinin literal (lafzî) yorumuna bağlanabileceği gibi, hak ehliyetinin de sadece insanlara has olduğu/olması gerektiği yönündeki klasik doktrine de bağlanabilir.

⁵⁹ Saymen, 281

⁶⁰ “Zaruret yoluyla Vakıf” için bkz. Zuhayli, X, 281

⁶¹ Bu husustaki değerlendirmelerimiz için bkz. II. Kısım, II. Bölüm ; “Vakıfların Tüzel Kişiliği”, sh. 130 vd.

K.Kerim’de zekatın sarf yeri olarak sekiz sınıf belirlenmiştir ;

*“Sadakalar (zekatlar) Allah’tan bir farz (kesin bir emir) olarak ancak fakirlere, düşkünlere, zekat toplamakla görevlendirilen memurlara, kalpleri İslam’a ısındırılacak olanlara (“Müellefe-i Kulûb”a), kölelere, borçlulara, Allah yolunda (gayret gösterenlere) ve yolda kalmış olanlara mahsustur; Allah bilendir, hüküm ve hikmet sahibidir.”*⁶²

Ayetin lafzî yorumuna sadakatle, bu sekiz sınıfın dışında bir yere zekat verilebileceğini savunan görüş yok ise de, Hz. Peygamber (sav)’den sonraki dönem itibariyle “müellefe-i kulûb”un payının düştüğünü savunan görüşler mevcuttur ki, genel olarak **Hanefi ve Malikiler** bu görüştedir.⁶³ Hatta Hanefiler bu hususta *icmâ* olduğunu öne sürmüşlerdir.⁶⁴

Günümüz şartları içerisinde köleler için ayrılan zekat payının da kendiliğinden ortadan kalktığı açıktır. Ayrıca **Hanefiler**, zekat payları konusunda miskinler (düşkünler) ile fakirlerin tek bir sınıf kabul edilmesi görüşündedirler.⁶⁵ Dolayısıyla bu görüşler çerçevesinde zekatın günümüzde beş sınıfa ait olduğu neticesi çıkmaktadır ki bunlar ;

- a) Fakirler ve miskinler,
- b) Borçlular,
- c) Yolda kalmışlar,
- d) Zekat memurları,
- e) Allah yolunda gayret gösterenlerdir.^(*)

İlk dört sınıf ile kastedilenler bellidir. Ancak *“Allah yolunda olanlar”* (في سبيل الله) tabiri ise genelde fakihler tarafından *“Allah yolunda savaşanlar”* (gaziler/mücahitler) olarak anlaşılmıştır. Hatta bu husustaki mütalaalar *“mücahitlerin zengin ya da fakir olup olmamasının önemi olup olmadığı”* tarzında dar bir çerçeveye sıkıştırılmış durumdadır.⁶⁶ Bu çerçeveyi bir miktar, hacca gitmek isteyenlerin de *“Fi Sebilillah”* kapsamı içerisinde olduğu görüşüyle Hanefiler’den **Muhammed b. Hasen** genişletmiştir.⁶⁷ **Hanbeliler**’den bazıları da bu görüştedir.⁶⁸

Şüphesiz bu tür yorumlarda, zamanın realitesi gereği *“cihad”* ile *“savaş”*ın özdeşleştirilmesinin katkısı büyüktür. Halbuki İslam’da cihad, savaştan ibaret değildir ve böyle olmadığı günümüz şartları itibariyle daha bir belirgindir. Dolayısıyla cihadın daha geniş bir perspektif ile ; *“Allah’ın dinini insanlar nezdinde yüceltmek ve yaymak uğrunda sarfedilen bütün bedeni ve mali çabalar hatta kültürel etkinlikler”* olarak telakki edilmesi durumunda

⁶² Tevbe, 60

⁶³ Kasani, II, 45 ; Zuhayli, III, 360

⁶⁴ Merğınani, I, 120

⁶⁵ Kasani, II, 44

^(*) Biz günümüz şartları içerisinde “Müellefe-i kulûb” payının yeniden yürürlüğe girebileceğini düşünüyoruz.

⁶⁶ Merğınani, I, 121 ; Mavsılî, II, 119 ; Kasani, II, 46

⁶⁷ Aynı yerler.

⁶⁸ İbn Hübeyre, el-İşrâf alâ Mezâhibi’l-Eşrâf, yazma, Tavşanlı Zeytinoğlu Halk Kütüphanesi, No :131, v. 117/a ; Zuhayli, III, 362

buna dair mütalaalarda bir genişlik elde etmek daha da kolaylaşacaktır. Nitekim **Kasâni**; “*Fi Sebilillah tabiri Allah’a yaklaştıran bütün gayretler için kullanılabilir. Dolayısıyla Allah’a taat ve hayır yolunda gayret gösteren herkes, bu ibarenin içeriğine dahil olur*” demektedir.⁶⁹ Buradan hareketle Hanefiler’in son dönem bilginleri, ilim öğrenen kişileri de bu kapsam içerisine sokarak, fakir olmadıkları halde — bazı ihtiyaçları sebebiyle — bunlara zekat verilebileceğine hükmetmişlerdir.⁷⁰

Ancak klasik kaynaklardaki görüşler esas alındığında fakihlerin, kendisine zekat verilebilecek olanın temellük ehliyetinin bulunmasını önemli bir şart olarak öne sürdükleri görülmektedir. Dolayısıyla hemen bütün fakihler mescidin binası için zekat verilemeyeceğini belirtirler.⁷¹ Zira mescidin temellüğe kabiliyeti mevcut değildir.⁷²

Aslında burada mescit bir örnek olarak seçilmiştir. Aynı anlayışa göre bir medreseye veya herhangi bir vakfa ait binaya da zekat verilemez. Çünkü bu görüşler asıl itibariyle temellük ehliyetinin sadece gerçek şahıslara münhasır olduğu/olabileceği esasına dayandırılmaktadır ki, kendi dönemi için tutarlı kabul edilebilir. Hatta bazı Hanefi bilginleri temellükten kaynaklanan bu problemi şu yolla aşmak istemişlerdir : “*Zekat bir fakire, mescide bağışlaması şartı ile verilir. Bu durumda hem fakir hem de zekatı veren sevabından istifade eder.*”⁷³

Halbuki biz İslam Hukuku bakımından da hükmi şahsiyet olgusunu kabul ettiğimiz taktirde bu problemi aşmak kolaylaşacaktır. Zira hükmi şahıslar “*şahıs*” olmaları/öyle kabul edilmeleri sebebiyle aynı gerçek şahıslar gibi hak sahibi olabilirler, borç altına girebilirler. O halde temellük ehliyetleri de rahatlıkla söz konusu edilebilir. Hatta **Şafiiler** temellüğe ehliyeti bakımından mescidin hür bir şahıs mesabesinde olduğunu öne sürmüşlerdir.⁷⁴

Fakat problemin sadece temellük ehliyetinden kaynaklanmadığı, aynı zamanda zekatın sarf yerlerini belirleyen ayete de aykırı düşebileceği ileri sürülebilir. Ancak unutulmamalıdır ki, netice itibariyle hükmi şahısların faaliyetleri ve bundan hâsıl olan fayda gerçekte hakiki şahıslara yöneliktir. Örneğin fakir öğrencileri barındıran, onların iâşe ve ibatelerini az bir bedel karşılığında veya tamamen karşılıksız olarak temin eden bir vakfın ya da pansiyonun alacağı zekat yine bu öğrenciler için kullanılacak değil midir ?

Ayrıca Hanefi fakihlerinden **Ebu Yusuf’a** göre, müslümanlara ait yolların ıslah ve tamirine, yeni yollar açılmasına zekattan pay ayrılır. Yalnız bu pay zekat memurlarının payından arta kalandır.⁷⁵ Bu görüşten zekatın, müslümanların umumi yararlarına sarfedilmesinin de mümkün olduğu anlaşılmaktadır.

⁶⁹ Kasani, II, 45

⁷⁰ Haskefi. *Dürrü’l-Müntekâ*, (Mecmau’l-Enhur ile birlikte basım), I, 223

⁷¹ İbn Hübeyre, 120/a

⁷² Damad, I, 222

⁷³ Haskefi, I, 222

⁷⁴ Zerka, M. Ahmed, III, 315

⁷⁵ Ebu Yusuf, *Kitabu’l-Harâc*, 139

Diğer taraftan **Kâsânî**'nin de belirttiği gibi, zekatın verilmesi hususunda gözetilmesi gereken kıstas fakirlik değil, **"ihtiyaç"** tır ; zenginlik-fakirlik tefrikinden asıl olarak kastedilen budur.⁷⁶ Değil mi ki yolda kalmış olan zengin bile olsa, kendisine zekat vermek sahihtir. Hatta Hz. Peygamber (sav) **Haşimoğullarının** zekat almalarını yasakladığı halde, ileriki dönemlerde, devlet eliyle kendilerine sağlanan gelirlerden mahrum kaldıklarından **Ebu Hanife** bu **"ihtiyaç"**a binaen, kendilerine zekat vermenin sahih olacağına hükmetmiştir.⁷⁷ Bu ihtiyaç bazen fertlere yönelik olduğu gibi bazen de umuma yönelik olur. **"İhtiyaç"** mefhumu itibariyle, bütün müslümanların ortak olarak istifade ettikleri mescitler veya ilim tahsiline vasıta olan medreselerin (okulların) binalarının inşa ve tamirleri ile bunlar için gerekli mefruşata olan ihtiyaç, şahısların ferdi ihtiyaçlarından ayrı ve daha önemsiz olarak değerlendirilemez.

Netice olarak günümüzde, zekatın sarf yerlerini belirleyen ayetin **"Fi Sebilillah"** tabiri içine dahil edilerek, birer hükmi şahıs sıfatıyla camilerin derneklerine veya özellikle fakirlere yardım amacıyla ya da fakir öğrencilerin ihtiyaçlarını karşılamak üzere teşekkül ettirilmiş vakıfların bizzat kendilerine zekat verilmesinin sahih olduğu, hatta vakıf vb. teşekküller eliyle zekatın daha iyi değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

1. 3. Hükmi Şahısların Zekat Yükümlülükleri :

Bu konu haddizatında öncelikle zekatın mahiyetinin tayinine bağlı bir özellik arz eder. Zekatın mahiyetinden kastımız, onun şahsa yönelik **"taabbudî"** (ibadet yönü ağır basan) bir yükümlülük mü, yoksa günümüzün **"vergi"** mefhumuna benzer bir tarzda mala yönelik bir yükümlülük mü olduğudur.

İslam Hukukçularının zekat üzerindeki mütalaaları ele alındığında zekatın mahiyetini tayin hususunda her ikisine yönelik görüşler olduğu görülmektedir. Zira zekata taabbudî bir mahiyet atfeden hukukçular yanında onu, devletleşmenin bir neticesi olarak tamamen devletin, kendi tebaası içindeki müslüman vatandaşlarının zenginlerine yüklediği mali bir mükellefiyet olarak algılayan hukukçular da mevcuttur.

Hanefilerden bir kısmı zekatın taabbudî bir mahiyet taşıdığı görüşündedirler. Nitekim bu bağlamda zekat mükellefi olmanın şartları arasında **akıl ve bülûğ** da sayılmıştır.⁷⁸

Diğerlerine göre ise zekatta **"vergi"** mahiyeti mevcuttur. Zira zekat aslı itibariyle şahsa değil, mala ait bir yükümlülüktür. Dolayısıyla mal sahibinin mükellef olabilme ehliyetine sahip olup olmadığına bakılmaz.⁷⁹ Bu konuda **Şafii ve Malikilerin** dayandığı delil Hz. Peygamber (sav)'den nakledilen şu hadistir :

⁷⁶ Kasani, II, 46

⁷⁷ Kevseri, 246

⁷⁸ **Kasani**, zekat mükellefi olmanın gereklerinden olan akıl ve bülûğun gerekçesini izah ederken; **"bizim bu görüşümüz zekatın bir ibadet olduğu aslına dayanır. Dolayısıyla nasıl deli ve çocuklar için namaz ve oruç farz değilse zekat da farz değildir."** demektedir. (Kasani, II, 4-5) Ayrıca bkz: Zuhayli, III, 255

⁷⁹ İbn Rüşd, I, 226 ; Şirbini, I,409

"Dikkat Edin ! kim malı bulunan bir yetimin velisi olursa, onun malını ticarete çalıştırsın. Aksi takdirde zekat o malı yiyip bitirir." ⁸⁰

Benzeri bir rivayet Hz. Ömer'den de nakledilmiştir.⁸¹

Hatta **Ebu Yusuf'un** nakline göre **Hz. Ali**, kendisine emanet bırakılan paranın zekatını — kendisine bu hususta yetki ve direktif verilmediği halde — ödemiştir. ⁸²

Cumhurun bu yöndeki görüşüne dayanak teşkil edebilecek başka argümanlar da mevcuttur.⁸³

Cumhurun görüşü esas alındığında — ki bizim tercihimiz de bu yöndedir — hükmi şahısların zekat mükellefi olabileceklerini öne sürebiliriz. Zira hükmi şahısların hak sahibi olarak zekat alma salahiyetleri bulunduğunu kabul edebildiğimize göre, aynı zamanda onların borç altına girebilme ehliyetleri söz konusu olduğundan, tüzel kişilerin zekat mükellefi olabileceklerini de teknik açıdan mümkün saymamız gerekir.

Tüzel kişilerin zekat mükellefiyeti konusunda üç tüzel kişilik türü ayrı ayrı etüd edilmelidir. Bunlar şirketler, vakıflar ve devlet tarafından işletilen iktisadi teşekküllerdir.

a) Şirketler :

Klasik fıkıh külliyyâtında zekata konu olan malların nisabları etüd edilirken, birden fazla kişinin ortak olarak mülkiyetini elinde bulundurduğu malların nisabları da tartışılmıştır. Bu konuda en çok tartışılan konulardan biri, iki veya daha fazla ortaklı hayvanların nisabıdır.

Hanefilere göre ortaklığın nisaba bir tesiri yoktur; ortaklardan her birinin sahip olduğu koyun kırka ulaşmadıkça sürünün tamamı üzerinden zekat verilmesi gerekmez.⁸⁴

Hanefilerin dışında kalanlara göre hayvanlardaki ortaklığın zekat nisabına tesiri vardır. **Malikilere göre** bu tesir daha ziyade hafifletici tarzdadır. Mesela üç kişinin ayrı ayrı kırkar koyunu olsa bunların hepsine birden tek bir koyun zekat düşer. Zira hayvanlarda 40-120 arasında bir koyun zekat verilmesi gerekir. Halbuki bunlar ortak olmasalardı, her birinin birer koyun vermesi gerekecekti. Bununla birlikte **Malikiler** her ortağın hissesinin nisaba ulaşmış olmasını da şart koşarlar. Yani her ortağın sahip olduğu mal, nisab miktarına ulaşmıyor ise bunlara zekat yoktur. ⁸⁵

Şafiiler ile Hanbeliler ise her ortağın hissesinin başlı başına zekat nisabına ulaşap ulaşmadığına bakmazlar. Eğer tümünün sahip olduğu mal zekat nisabına ulaşıyor ise bunlar

⁸⁰ Tirmizi, Zekat, 15 (No: 641)

⁸¹ Malik, Zekat, 6

⁸² Ebu Yusuf, Kitabu'l-Harâc, 109

⁸³ Bkz: Ebu Ubeyd, 678-681 ; İbn Rüşd, I, 226 ; Şirbini. I. 409

⁸⁴ Kasani, II, 29

⁸⁵ Zuhayli, III, 341

tek bir kişi gibi kabul edilirler. Ortaklığın belirtisi ise sürünün masraflarının ortak olması, mesela tek bir çoban tarafından yayılması veya aynı yerde barındırılması vb. masraflarının ortaklaşa sağlanmasıdır. Buna göre üç kişi ortak olarak kırk koyuna sahip iseler, bunlar tek bir kişiye ait gibi kabul edilerek bir koyun zekat alınır.⁸⁶

Hayvanların dışındaki ortaklıkta ise **Hanbelilere** göre ortaklığın zekatta tesiri yoktur. **Şafiiler** ise diğer malların da hayvanlar gibi olduğu görüşündedirler. Zira hayvanlarda olduğu gibi diğer mallarda da ortaklığın esprisi, ortak masrafları hafifletmektir.

Hanefilerin dışındakilerin ortaklığın zekattaki tesirine dair görüşleri zekatın mala yönelik bir vecibe olduğu yönündeki anlayışlarının bir neticesidir.

Bu görüşleri günümüz şirketlerine uyarladığımızda şöyle bir netice elde edebiliriz: Ortaklar ister iki, ister daha fazla, hatta günümüz anonim ortaklıklarında olduğu gibi yüzler, binler ile ifade edilebilen sayıda olsun, şirketin tüzel kişiliği zımında tek bir şahsa ait gibi zekat hesaplanabilir. Bu da yıl sonu kâr hesaplamalarında, şirketin bütününe kârı üzerinde terettüp eden zekat payı düşüldükten sonra kâr, hisseler oranında paylaştırılarak dağıtılabilir. Bu suretle tek tek hisseler halinde nisaba ulaşmadığı halde binlerce hissenin mecmuundan meydana gelen meblağlar da zekat potansiyeli açısından değerlendirilme imkanına kavuşmuş olur.

b) Vakıflar :

Vakıflara ait arazilerden elde edilen ürünlerden zekat (öşür) alınıp alınmayacağı hususunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Hanefiler ile Malikilere göre bunlardan zekat gerekir. Çünkü toprağın mülkiyetine sahip olup olmamanın önemi yoktur. **Şafiiler ise**, fakirlere veya mescit ve ribat gibi cihetlere vakfedilen bostanlardan zekat verilmesinin gerekmeceği görüşündedirler. Çünkü bunların belirli bir sahibi yoktur. **Hanbeliler ise** belirli kimselere vakfedilen otlak hayvanlardan, toprak ve ağaç gelirlerinden eğer her birinin ürünü nisab miktarına ulaşmış ise, zekat vermeyi gerekli görmüşlerdir. Belirli olmayan kimselere veya mescit vb cihetlere vakfedilen şeylerde zekatı gerekli görmemişlerdir. Ayrıca fakirlere yönelik vakıfların gelirlerinden de zekat gerekmez.⁸⁷

Zirai mahsulatın dışındaki gelirler açısından **Malikiler**, borç verilmek üzere vakfedilen altın ve gümüş paralar üzerinden yıl geçerse vakfeden kişiye veya mütevellie zekatı ödemek yükümlülüğü terettüp edeceği görüşündedirler.⁸⁸

Hanefilere göre ise zirai mahsulatın dışındaki gelirlerden zekat vermek gerekmez. Zira onlara göre bitkilerden alınan öşür ile diğer mallardan alınan zekat arasında mahiyet olarak fark vardır ki, **Ebu Hanife'**ye göre öşürde, zekatın aksine "**vergi**" mahiyeti ağır basmaktadır.

⁸⁶ Şirbini, II, 376 ; Zuhayli, III, 342

⁸⁷ Zuhayli, III, 319

⁸⁸ Aynı yer.

Bu görüşler ışığında, bizim bu husustaki kanaatimiz şudur: **Hanbelilerin dediği gibi**, vakfın ciheti fakirler ise, bu durumda vakfın zekat nisabına ulaşmış gelirlerinden ayrıca zekat verilmesine gerek yoktur.

Muayyen şahıslara yapılan vakıflarda vakfın nisab miktarını aşan gelirlerinden zekat verilmesi teorik olarak savunulabilir. Ancak uygulamada, vakıflar genellikle zekattaki maksadı yerine getirici bir fonksiyon üstlendiklerinden bunlardan ayrıca zekat alınmasına gerek olmadığı düşünülebilir. Nitekim günümüzde de vakıfların pek çoğu vergiden muaf tutulmuşlardır. Bununla birlikte, muayyen bir şahsa tahsisli olarak teşekkül ettirilen vakfın, zekat ödememeye karşı bir hile olarak teşekkül ettirilmiş olmasına da göz yumulmamalıdır.

c) Devlet tarafından işletilen iktisadi teşekküller :

Her ne kadar bir hükmi şahıs olarak devleti de şirketler gibi zekat mükellefi saymamız doktrin olarak mümkün ise de, devletin bütün giderleri yine umuma dönüktür. Bundan zenginler kadar fakirler de istifade ederler. Devlet bütün vatandaşlarının istifadesi için yollar açmak, okullar yapmak, hastane vb tesisler vücuda getirmek, muhtaç durumda olanlara maaş bağlamak gibi bireysel teşebbüslerin yerine getirmekte zorlanacağı pek çok faaliyette bulunur. Dolayısıyla bu faaliyetleri çerçevesinde zekatın ruhuna uygun harcamalar da yapmış olur. Yine **Ebu Yusuf'un** ; “*müslümanlara ait yolların ıslah ve tamirine, yeni yollar açılmasına zekattan pay ayrılır*” hükmü de bir yönüyle icrâ edilmiş olur. Bu itibarla devletin iktisadi faaliyetlerinden elde ettiği gelirler üzerinden zekat verilmesine gerek yoktur.

Netice olarak şunu söyleyebiliriz : Hükmi şahıslar hak ve borçlara ehil kabul edildiğine göre hem zekat alabilirler hem de zekat mükellefi olabilirler. Bununla birlikte hususi hukuk hükmi şahısların zekat mükellefiyeti söz konusu edilebilmekte ise de amme hukuku tüzel kişilerin (devletin ve vakıfların — İslami telakkiye göre umuma yönelik vakıflar da kamu hukuku tüzel kişileri arasında sayılmalıdır —) zekat mükellefiyeti olmaları gayeleri itibariyle gerekmemektedir.

2. Medeni Hakları Kullanma/Fiil Ehliyeti :

Fiil ehliyeti, bir şahsın kendi fiiliyle haklar ve borçlar doğurmak ehliyetidir. Gerçek kişiler açısından fiil ehliyeti iki kısımda mütalaa olunmaktadır :

- a) Muamele ehliyeti
- b) Haksız fiil ehliyeti

Haksız fiil ehliyeti bir şahsın hukuka aykırı fiillerinden sorumlu tutulmasını ifade eder.⁸⁹ Tüzel kişilerin haksız fiil ehliyetinin olup olmadığı tartışmalıdır. Bu da tüzel kişilerin organlarının (müesseslerinin) hukuki mahiyeti ile alakalıdır.

⁸⁹ Saymen, 286 : Özsunay, 71

Hakiki bir şahsın medeni haklarını kullanabilmesi, temyiz kudretine sahip bulunmasına ve reşit olmasına bağlıdır. Bu niteliklere sahip olmayan şahıslar hukuki muamelelerini kanuni temsilcileri vasıtası ile yapabilirler.

Temyiz kudreti ve rüş, sadece gerçek kişiler için söz konusu olabileceğinden tüzel kişilerde bu gibi şartların aranmasına mahal ve imkan yoktur. Dolayısıyla hükmi bir şahıs şahsiyet kazanıp hak ehliyetini elde eder etmez, aynen mümeyyiz ve reşit gerçek şahıslar gibi fiil ehliyetine de sahip olur.⁹⁰ Yani gerçek kişiler açısından, hak ehliyetine sahip olduğu halde fiil ehliyetine sahip bulunmayan bir şahıs söz konusu edilebilir ise de hükmi şahıslar açısından, hükmi şahıs, hak ehliyetini elde ettiği anda aynı zamanda fiil ehliyetini de elde etmiş olur. Ancak bir hükmi şahsın fiil ehliyetini kullanma ehliyeti kazanması onun bu hakları behemehal kullanabilme yetkisine sahip bulunmasını gerektirmez. Nitekim T.M.K.'na göre ;

“Hükmi şahısların medeni hakları kullanma yetkileri, kanuna ve nizamnamelerine göre bu husus için gerekli uzuvlara (organlara) sahip bulunması ile başlar” (m.47)

2. 1. Medeni Hakları kullanma Yetkisi :

Hükmi şahıslar iradelerini ortaya koyabilmeleri için mutlaka kendileri için zorunlu olan idari organlarını oluşturmuş olmalıdırlar. Nitekim **T.M.K.’nın 48.ci maddesi** buna dairdir :

“Hükmi şahısların idareleri, uzuvları (organları) vasıtasıyla ifâ olunur. Uzuvlar; hukuki tasarrufları veya herhangi fiilleriyle hükmi şahsı ilzam ederler. Uzuvların irtikap ettiği kusurlar şahsen kendilerini de mes’ul kılar.”

Binaenaleyh hükmi şahısların şahsiyet kazanabilmeleri için dışa yönelik muamele organlarını tayin etmiş olmaları şarttır. Hatta organların tayin edilmiş olması dahi, hükmi şahsın medeni hakları kullanmaya yetkili olması için yeterli değildir, bu organların bilfiil teşekkül ettirilmiş olması gerekir.⁹¹

3. Hakların Sınırlandırılması veya “İhtisas Prensibi” :

Bir hükmi şahsın bütün medeni haklardan istifade edebilmesi, bu hakların tümünü kullanabileceği anlamına gelmez. Çünkü hükmi şahıslar belirli bir gayeyi gerçekleştirmek üzere oluşturulmuşlardır. Binaenaleyh her hükmi şahsın kullanabileceği hakların sınırı, gayesine göre tayin edilir. Buradan hareketle denilebilir ki erişilecek gaye bakımından her hükmi şahıs ihtisas ifade eden bir varlıktır. Hükmi şahısların ihtisas sahalarını ya faaliyetlerinin mahiyeti ya da çoğunlukla olduğu üzere tüzükleri veya vakıf senetleri tayin eder. İşte hükmi şahsın medeni hakları kullanma ehliyetinin bu suretle çerçevelenmesine **“İhtisas Prensibi”** adı verilir.⁹²

⁹⁰ M.Reşit, 68

⁹¹ Saymen, 290

⁹² Saymen, 290

Zira her ne kadar tüzel kişiler organlarının yapmış oldukları hukuki muamelelerle bağlı iseler de, tüzel kişinin borç altına girebilmesi için, organın muamelesinin tüzel kişinin amacı ve faaliyet alanı çerçevesinde yapılmış olması gerekir.⁹³ Özellikle ticari şirketlerde üçüncü şahıslar bakımından bunun önemi büyüktür. Şirketin organları şirketin tüzüğünde belirlenen faaliyet alanları dışında kalan ticari muamelelerde bulunamazlar. (TTK: 279, 321/I-IV)

Nitekim bazı yabancı hukuk sistemlerinde de konu (amaç) dışında yapılan muamelelerin tüzel kişiyi bağlamayacağı kabul edilmektedir. Örneğin **İngiliz Hukuku**'nda, amacı aşan muameleler ehliyet dışı sayılmışlardır (*Ultra – Vires Doktrini*). **Fransa ve Belçika Hukuku**'nda "**özellik ilkesi**" adı altında benimsenen çözüm de budur.⁹⁴

İslam hukuku açısından bu esasa en uygun örnek, vakıf senedinde belirli bir cihete vakfedilmiş (tahsis edilmiş) bir mâmelekin başka bir cihete — kamuya yönelik bile olsa — sarf edilememesidir.^(*)

Hükmi şahısların faaliyet ehliyetleri bazen de kanunlarla sınırlandırılır. Örneğin **T.D.K.'nun 60. maddesi** derneklerin gelir kaynakları arasında bağış ve yardımları da saydığı halde **61. maddesi** derneklerin siyasi partilerden, işçi veya işveren sendikalarından ve mesleki kuruluşlardan herhangi bir surette maddi yardım kabul edemeyecekleri ve adı geçen kuruluşlara yardımda da bulunamayacakları sınırlamasını getirmiştir.

4. Organ Mefhumu ve Organların Hukuki Mahiyeti :

Hükmi şahısların faaliyetlerini (hukuki muamelelerini), kanuna veya hükmi şahsın tüzüğüne göre bağımsız olarak yerine getirmek üzere seçilen veya atanan yahut da kendisine bu faaliyetleri yerine getirme yetkisi, fiilen ve dışarıdan belli olacak şekilde verilen kişi veya kişi gruplarına "**organ**" adı verilir.⁹⁵

Hükmi şahısların organları hakiki şahıslardan meydana gelir. Fakat bu hakiki şahısların hükmi şahıs içerisindeki konumu, mahiyeti itibariyle tartışmalıdır. Bu tartışma şöyle bir sorudan kaynaklanmaktadır ; Hükmi şahısların hukuki muamelelerini yerine getiren hakiki şahıslar, hükmi şahıs için bir mümessil (temsilci) konumunda mı, yoksa hükmi şahsın zatında mündemiç, hakiki şahıslara nispetle el, ayak, göz, beyin gibi organlar tarzında "organ" konumunda mıdır ?

Organların hukuki mahiyetinin doktrinde tartışmalı olduğu, bu hususta iki ayrı nazariyenin ortaya atılmış olması ile de kendini belli etmektedir. Zira bu konuda **Temsil ve Organ Nazariyeleri** adı altında iki ayrı nazariye savunulmaktadır.

Bazı teorisyenler, hükmi şahıs adına muamelede bulunan hakiki şahısların onun mümessili konumunda olduğunu öne sürmektedirler. Bu görüşte olanlara göre hükmi şahıslar,

⁹³ Özsunay, 76

⁹⁴ Özsunay, 78

(*) Konunun ayrıntıları için bkz. II. Kısım, II. Bölüm ; Vakıfların Hükmi Şahsiyeti, s. 127 vd.

⁹⁵ Özsunay, 72

fiziki varlıkları mevcut olmadığından medeni hakları doğrudan kullanmaya muktedir değildirler. Bu itibarla tıpkı ehliyetsiz — yani fiil ehliyetinden mahrum— gerçek şahıslar gibidirler. Böylelerinin hukuki muamelelerini nasıl kanuni temsilcileri yerine getiriyor ise, hükmi şahsın muamelelerini yerine getiren hakiki şahıslar da, hükmi şahsın yerine getirmeye muktedir olmadığı muameleleri yerine getirmek hususunda hükmi şahsın kanuni temsilcisi (mümessili/vasîsi) konumundadırlar.⁹⁶

Bir başka görüşe göre ise; hükmi şahıs adına hareket eden hakiki şahıslar, bu hükmi şahıstan doğarlar, onun içindedirler, onun bir parçası, bir uzvudurlar. Bu hakiki şahıslar, hükmi şahıslar için bir baş, el, beyin mesabesindedirler. Binaenaleyh bu hakiki şahıslar irade izhar ederlerken hükmi şahsın iradesini izhar etmiş olurlar; yaptıkları muameleler nasıl hükmi şahsı ilzam ediyorsa, haksız fiillerinden de hükmi şahıs mesul olur.⁹⁷

Her iki nazariyede de tercih edilmeyi gerektirecek noktalar bulmak mümkündür. Zaten herhangi bir hukuk düzeni, hükmi şahısların idarecileri konumunda olan hakiki şahısların hukuki mahiyetini belirlerken teorik tespitlerden ziyade, pratik gerekliliklerden hareket etmek zorunda kalabilir. Diğer bir ifadeyle doktrinde örneğin “organ” nazariyesini benimsemiş olan bir hukuk düzeni, uygulamada hükmi şahısların idarecilerine “mümessil” nazarı ile bakmakta olabilir.

Nitekim **Türk Hukuku**’nda, doktrinde hükmi şahısların idarecilerinin “organ” konumunda oldukları fikri benimsenmiş⁹⁸ ise de uygulamada bazı hükmi şahıs organlarına “mümessil” niteliği atfedildiği görülmektedir. Örneğin ;

§ T.C. Anayasası, devletin idari organlarının başında yer alan **Cumhurbaşkanı**, “*Türkiye Cumhuriyeti ve Türk Milleti’nin birliğinin temsilcisi*” olarak nitelendirmektedir. (1982 anayasası, m.104)

§ 2908 Sayılı Dernekler Kanunu’na göre **yönetim kurulu** derneğin “*temsilcisi*”dir. (m. 27)

§ 2762 Sayılı Vakıflar Kanunu’nun 6 ; Vakıflar Tüzüğü’nün 10. maddelerine göre **Vakıflar Genel Müdürlüğü**, idaresine bağlı bütün vakıfların ; Yine Vakıflar Kanunu’nun 23. maddesine göre **mütevelliler**, tevliyesini (idaresini) üstlendikleri vakıfların “*mümessili*” (temsilcisi)dirler.

Türk Hukuku’nda, doktrinde hükmi şahısların idarecilerine “organ” nazarı ile bakılması, Türk Medeni Kanunu’nun, İsviçre Medeni Kanunu’ndan iktibas edilmiş olmasına dayandırılabilir. Zira **İsviçre Hukuku**’nda benimsenen görüş de bu yöndedir.

Her iki hukuk sisteminin de bu husustaki temel gerekçesi şu şekilde özetlenebilir ;

⁹⁶ Saymen, 286

⁹⁷ Saymen, 287

⁹⁸ Velidedeoğlu, **Medeni Hukuk**, 238 ; Saymen, 287-288

“Hükmi şahıslar için haksız fiil ehliyeti mevcuttur. Halbuki hükmi şahıs adına hareket edenler birer mümessil konumunda olsa idiler, bunların fiillerinden hükmi şahıs değil, bizzat kendilerinin sorumlu olmaları gerekirdi. Zira haksız fiillerde temsil sahîh değildir; bir haksız fiil işlenmesi için bir başkasına temsil yetkisi verilemez. Dolayısıyla hükmi şahısların idarecilerinin birer “organ” konumunda olduklarını kabul etmek daha tutarlıdır”⁹⁹

Buradan anlaşıldığı kadarı ile “organ” teorisinin benimsenmesi hususunda, tüzel kişinin “kusurlu fiil ehliyeti” bulunduğu argümanından hareket edilmektedir. Ancak tüzel kişilerin kusur ehliyeti bulunduğu konusu da bizatihi tartışmalıdır, üzerinde ittifak edilen bir kesinliğe sahip değildir.

Nitekim teoride tüzel kişilere “hakiki şahıs” nazarı ile bakanlar, tüzel kişilerin haksız fiil ehliyeti bulunduğunu savunurlarken, “farazi şahıs” nazarı ile bakanlar ise tüzel kişinin kusurundan bahsedilemeyeceğini öne sürmektedirler. Bu görüşte olanlara göre hükmi şahsın kusuru olmayıp ancak hakiki şahısların (yani onun mümessili olan organın) kusuru söz konusu olabilir. O halde kusur organlara ait olduğuna göre cezaî mesuliyet de onlara döndüktür.

Dolayısıyla **Türk Hukuku’nda hükmi şahısların idarecilerine “organ” mahiyeti kazandırılmış olması, tüzel kişinin kusurlu fiil ehliyeti bulunduğuna dayandırıldığı tezinin aksini savunmak kanaatimizce daha tutarlıdır. Yani Türkiye’de — İsviçre’de olduğu gibi — hükmi şahıslara “hakiki şahıs” nazarı ile bakılmış olması, tüzel kişilere de tıpkı gerçek kişiler gibi kusur ehliyeti tanınmasını, bu da netice itibarıyla hükmi şahısların idarecilerinin “organ” konumunda olduklarının kabulünü gerektirmiştir.**

Ancak tüzel kişilerin kusur ehliyeti de büyük ölçüde teoriktir. Zira eğer iddia olunduğu gibi meydana gelen haksız fiilden doğrudan hükmi şahıslar sorumlu ise bu taktirde hükmi şahsın idarecileri/mümessilleri olan hakiki şahısların cezaî mesuliyetinin olmaması gerekirdi. Halbuki **T.M.K.’nin 48. maddesi**, hükmi şahıs adına hareket eden hakiki şahısların da, hükmi şahsiyete terettüp eden suçlardan şahsen mes’ul olduklarını belirtir. Bu bağlamda **Dernekler Kanunu’nun ceza hükümlerini ihtiva eden 75-87. maddelerinin tamamı** dernek yöneticilerinin şahsi olarak cezalandırılmalarından bahsetmektedir.

Ayrıca herhangi bir tüzel kişi organının haksız fiilinden dolayı zarara uğrayan bir şahsın, bu tüzel kişi hakkında, zararın giderilmesi amacıyla dava açması ve tüzel kişinin bu zararı tazmin etmesi durumunda, bu zararın tümüyle, kusurlu olan organdan alınması hususunda tüzel kişilere rücu hakkı veren **Borçlar Kanunu’nun 51. Maddesi^(*)** de tüzel kişinin haksız fiil ehliyetini ve sorumluluğunu bir yönüyle ortadan kaldırmaktadır.

⁹⁹ Saymen, 287

(*) **Borçlar Kanunu, madde 51** : Müteaddit kimseler muhtelif sebeplere (haksız muamele, akit, kanun) binaen mesul oldukları taktirde, haklarında birlikte bir zarar vukuuna sebebiyet veren kimseler hakkındaki hükümlere göre muamele olunur.

Kaideten haksız bir fiili ile zarara sebebiyet vermiş olan kimse en evvel, tarafından hata vâki olmamış ve üzerine borç almamış olduğu halde kanunen mesul olan kimse en sonra tazmin ile mükellef olur.

Hükmi şahısların idarecilerinin “mümessil” konumunda olmayıp “organ” konumunda olduklarını öne sürenler, *haksız fiillerde temsilin sahih olmadığı, bir haksız fiil işlenmesi için bir başkasına temsil yetkisi verilemeyeceğini* gerekçe göstermektedirler.

Oysa hükmi şahıs adına karar verecek, hukuki muamelelerde bulunacak hakiki şahıslar, hükmi şahsın ve dolayısıyla ammenin menfaatlerine uygun tarzda hareket etmek üzere atanır veya seçilirler. Eğer ortada “**haksız fiil**” varsa bu, hükmi şahsın organlarını oluşturan kişilerin yetiklerini kötüye kullanmaları veya aşmaları sebebiyledir. Dolayısıyla buradaki taksir tamamen hakiki şahsa yönelik “**şahsî kusur**” mahiyetinde tecelli eder. Mesela hükmi şahıs adına borçlanan bu organlardır. Hükmi şahıs herhangi bir mevzudaki borcunu ödemiş ise, bu taksir haddizatında onun adına borçlanan organın, hükmi şahıs adına kullandığı iradesini, borcu ödememe yönünde kullanmış olması hasebiyle oluşmuştur. Yani kusur hakiki şahıstan kaynaklanmaktadır.

Öte yandan bazı teorisyenler ise tüzel kişilerin haksız fiil ehliyetinin bulunduğu ve bulunmadığı konusundaki zıt görüşleri bir parça uzlaştıracı bir ara formül geliştirerek, hükmi şahsın idarecilerinin kusurlu fiillerinden dolayı tüzel kişinin sorumlu kılınmasının bir “*objektif sorumluluk durumu*” olduğunu ifade etmektedirler. Bu görüşe göre tüzel kişi kusur işleyemeyeceği için burada organ/mümessil sıfatını taşıyan gerçek kişilerin kusurlu fiillerinden, tüzel kişinin kusursuz olarak sorumlu tutulması söz konusudur. Bu, **B.K.’nın 55. Maddesinde**^(*) düzenlenen hükme uygun bir sorumluluktur.¹⁰⁰

Bu mütalaalar çerçevesinde, kanaatimizce hükmi şahısların idarecilerinin “organ” konumunda değil “mümessil” konumunda olduklarını tercih etmek daha tutarlıdır. Bu, aynı zamanda, özellikle kamu tüzel kişiliklerinde, idarecilerin sınırsız bir yetki kullanımı — yetkiyi kötüye kullanma ve aşmaya yönelik tasarruflarını — önleme anlayışına daha uygundur.

4. 1. Organların Çeşitleri :

Hükmi şahıslar iki çeşit organla idare olunurlar : Birincisi, kanunun bulunmasını şart

Not : “Birden çok kişi, gerek haksız eylem, gerek sözleşme ve gerekse yasa kuralı gibi sebeplerden ve aynı zarar için zarara uğrayana karşı sorumlu iseler, bunlar arasında, bir zarara ortaklaşa sebep olanlar hakkındaki rücu ilişkisi kuralları uygulanır.

Kural olarak, en başta, haksız eylemiyle zarara yol açan sorumlu tutulur, en son olarak da kusuru olmaksızın ve sözleşme gereği sorumluluğu olmadığı halde kanun kuralı gereğince sorumlu tutulan kişiye başvurulur.”

^(*) **Borçlar Kanunu, madde 55 :** Başkalarını istihdam eden kimse maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerini ifâ ettikleri esnada yaptıkları zarardan mesuldür. Şu kadar ki böyle bir zararın vukû bulması için hal ve maslahatın icap ettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukûna mani olamayacağını ispat ederse mesul olmaz.

İstihdam eden kimsenin tazmine mükellef olduğu şey ile zararı ikâ eden şahsa karşı rücu hakkı vardır.

[Adam kullananın tazminat ile sorumlu tutulabilmesi için kendisinin kusuru şart olmadığı gibi, kullandığı adamın dahi kusuru kanuni şartlardan değildir. (Y. 27.3.1957 günlü ve 1/3 sayılı İct. Bi. Kararı)]

¹⁰⁰ Özsunay, 78

koştuğu (kanuni) organlar, diğeri ise, hükmi şahsın kendi tüzüğüne bulunmasını şart koştuğu (iradi) organlardır.¹⁰¹

4. 1. 1. Kanuni Organlar :

Bir devletin tüzel kişiliği söz konusu edildiğinde, devleti temsil ve idare yetkisini elinde bulunduran organın mevcudiyeti kanuni olmaktan öte tabii bir zorunluluktur. Bu organ devletin idari şekline (rejimine) göre, cumhurî devletlerde *cumhurbaşkanı* veya *devlet başkanı*; monarşik devletlerde *sultan*, *kral*, *padişah*, *şah* vb isimler alır. İdari rejimi cumhuriyet olan devletlerle, meşrutî monarşilerde *parlamento* (*meclis/senato*) ve *bakanlar kurulu* da zorunlu organlardır.

Özellikle özel hukuk tüzel kişileri olmak üzere diğer tüzel kişiliklerde ise, bu teşekküller için zorunlu olan organları, her toplum veya hukuk düzeni kendi şart ve esaslarına göre belirleyebilir.

Mesela Türk Hukuku'nda nevine göre her bir hükmi şahıs için gerekli kanuni organlar hem T.M.K. ile hem de kendilerine mahsus kanunlar ile ayrı ayrı belirlenmiştir.

§ Derneklerde; genel kurul, yönetim kurulu ve denetleme kurulu zorunlu organlardır. (DK: 19)

§ Şirketlerde ise durum biraz daha farklıdır ;

T.T.K.'na göre kollektif ve komandit şirketlerde kanuni organlar yoktur. Ortaklardan her biri şirketi hariçte temsil edebilir. İçlerinden biri veya bir kaçını idareyi üstlenebilir. (m. 160, 248) Anonim şirketlerde ise ortaklar arasından bir genel kurul oluşturulması (m. 289), genel kurul arasından da yönetim kurulu (m. 312, 317) ve teflis kurulu (m. 292, 347) teşkili zorunludur.

Limited şirketlerde, eğer ortakların sayısı yirmiden fazla ise, bu durumda ortaklar arasından veya ortakların tamamı ile genel kurul oluşturulur. (m. 536) Şirketin idaresi bir müdür tarafından sağlanır. (m. 540) Ortakların dışından birisinin genel kurulca müdür olarak atanması da mümkündür. (m. 541)

¹⁰¹ Organlar başka açılardan da sınıflandırılmaktadır. Örneğin ;

1/a) **Karar Organı** : Tüzel kişinin davranış biçimini belirleyen ve iç varlığına ilişkin kararlar alan organlardır. Dernek ve şirketlerde "genel kurul" karar organıdır.

1/b) **Yürütme Organı** : Tüzel kişilerin işlerini gören ve karar organının aldığı kararları yerine getiren organlardır. Derneklerde "yönetim kurulu", anonim şirketlerde "yönetim kurulu" ve "şirket müdürü" yürütme organıdır.

2/a) **İç Organ** : Tüzel kişinin iç işlerinde görev üstlenen (seçimler, kararlar vb) organlardır. Genel kurul, istişare kurulu, denetleme kurulu gibi organlar iç organlardır.

2/b) **Dış Organ** : Dış ilişkilerde tüzel kişiyi temsil eden ve işlerini gören organlardır. Tüzel kişilerin yürütme organları aynı zamanda dış organlarıdır. (Bkz :Özsunay, 73-74)

§ Vakıflar Kanunu'na göre vakıflarda da bir idare heyetinin bulunması zorunludur. Bunun dışında gerekli görülebilecek organlar vakıf kurucusu tarafından vakıf senedinde belirlenebilir. (m. 77)

4. 1. 2. İradî (İhtiyarî) Organlar :

Kanunen mecbur kılınmış organlar dışında her bir hükmi şahıs, kendi gayesi ve faaliyet çerçevesine bağlı olarak, gerekli gördüğü organları da oluşturabilir. Örneğin danışma kurulu gibi.

Hükmi şahsın tüzüğü ile tayin edilmiş olan organları fiilen mevcut olmaz ise, kanuni organları teşkil edilmiş olsa bile yine bilfiil medeni hakları kullanma yetkisine sahip olamazlar.¹⁰²

4. 2. Organların Fıkdanı (Mevcut Olmaması) :

Hükmi şahsın organlarının ne şekilde oluşturulacağı tüzüğünde belirtildiği halde fiilen oluşturulmamış veya tayin olan memurların azli, istifası ya da vefatı gibi bir sebeple makamları münhal kalmış ise, hükmi şahıs medeni haklarını kullanamayacağından neticede idaresi mümkün olmaz. Bu durumda hükmi şahsın idaresi için geçici olarak bir “kayyum” atanması gerekir. (Krş. TMK: 377/4)¹⁰³

Bu durum İslamî hukuk açısından, velisi vefat etmiş veya ehliyetini kaybetmiş bir çocuğa vasî tayin edilmesi gibidir. Vasînin çocuk üzerindeki tasarrufu, çocuk rüştünü elde edinceye, dolayısıyla fiil ehliyetini kazanıncaya kadar olmak üzere geçici olduğu gibi, hükmi şahıs da medeni haklarını kullanma yetkisini bizzat elde edinceye kadar kayyımın tasarrufuna tâbidir. Ayrıca çocuğun hakları hususunda, vasînin tasarrufu nasıl lehindeki haklar ile kayıtlı ise, kayyımın hükmi şahıs üzerindeki tasarrufu da, lehindeki haklar ile sınırlı olmayı gerektirir.

¹⁰² M. Reşit, 68

¹⁰³ M. Reşit, 69 ; Saymen, 287-288

III – HÜKMİ ŞAHISLARIN TÂBİİYETİ :

1. Tâbiyet ve Vatandaşlık Kavramları :

Devletler hususi hukukunun ilgilendiği en önemli konulardan birisi tâbiyettir. Zira uluslararası hukuk açısından bir şahsın hangi devletin kanununa tâbi olacağını tayin etmek ancak onun tâbiyetini tayin ile mümkün olur.¹⁰⁴

Hukuk literatüründe tâbiyet; “bir şahsı devlete bağlayan hukuki ve siyasi bağ”¹⁰⁵ veya “belirli bir devletle kişi arasındaki karşılıklı hak, görev ve yükümlülük ilişkilerini belirleyen hukuki bağ”¹⁰⁶ olarak tanımlanır.

Ancak hemen belirtelim ki bu tanım bazı müelliflerin de değindiği üzere, bazı unsurları açısından eksiktir. Zira böyle bir tanım kişinin kültürel, sosyolojik, ekonomik ve dini açılarından hangi topluma ait olduğunu veya psikolojik olarak kendisini hangi devlete daha yakın saydığını dikkate almamaktadır.¹⁰⁷ Çünkü modern hukukun, tâbiyetin oluşmasında esas kabul ettiği kriterler/kıstaslar yeterince objektif değildir.

Modern hukukta, aslî tâbiyeti tayin eden iki ana kıstas belirlenmiştir :

- a) Kan esası,
- b) Toprak esası.

Bu esaslar, bir devletin tâbiyetine girmiş olan bir şahsın kendi iradesine bağlı olan esaslar değildir. Zira bunlardan birincisine göre bir çocuk, anne-babasının veya bunlardan sadece birisinin tebaası olduğu devletin tâbiyetinden sayılırken, ikincisine göre ise çocuk, anne-babasının tâbiyetine bakılmaksızın, doğduğu ülkenin tâbiyetini almış sayılır.¹⁰⁸ Bunların her ikisi de kişinin kendi irade ve inisiyatifi dışında meydana gelen oluşumlardır. Diğer bir tabirle bunlarda “kaderî” bir etken ağır basmaktadır.

Her ne kadar uluslararası kaidelere göre tâbiyet değiştirmek kolaylaştırılmış ise de bu sadece kağıt üzerinde kalan bir prensip olmaktan öteye gidememiştir. Zira bir şahsın tâbiyetini değiştirebilmesi için öncelikle tâbi bulunduğu devletle olan tâbiyet bağının kesilmesi gerekir. Halbuki bu hususta şahsın tek başına talebi çoğu zaman yeterli olmaz, devletin de bunu kabul etmesi gerekir ve yine pek çok kere de devletler bu hususta yeterince müsamahakar davranmazlar.¹⁰⁹ Zira uygulanan uluslararası hukuk, bir devletin tâbiyetini elde etme ve kaybetme konusundaki yetkinin ilke olarak bu devlete ait olduğunu kabul etmektedir.

¹⁰⁴ Dal, Kemal, *Devletler Hususi Hukuku*, Ankara, 1968, s.1 ; Aybay, Rona, *Yurttaşlık Hukuku*, Ankara, 1982, s.11

¹⁰⁵ Dal, 1, 21

¹⁰⁶ Aybay, 3

¹⁰⁷ Aybay, 4

¹⁰⁸ Dal, 12-13 ; Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, Ankara, 1993, s. 61-62

¹⁰⁹ Dal, 11

Başka bir deyişle, ilke olarak tâbiyet konusu bir devletin münhasıran yetkili olduğu alanlardan birisidir.¹¹⁰

Öte yandan içinde bulunduğumuz yüzyıl içerisinde — iki büyük dünya savaşının da tesiri ile — irili ufaklı pek çok devlet meydana gelmiş ve bu bağlamda tâbiyetten ayrı olarak bir de “*vatandaşlık*” kavramı doğmuştur.

Kimilerine göre bu iki kavram birbiriyle müteradiftir; kimilerine göre ise, *tâbiyet* kavramı, *vatandaşlık* kavramından daha kapsamlıdır. Bu görüş farklılığı, vatandaşlık mefhumuna bakış açılarının farklılığının bir neticesidir. Bazı müelliflere göre vatandaşlık ; “*şahsı bir devlete bağlayan hukuki ve siyasi bağıdır*”¹¹¹ Bazı hukukçulara göre ise vatandaşlık ; “*sadece hakiki şahısların devletle olan siyasi ve hukuki bağıdır.*”¹¹² Bu görüşe göre tüzel kişilerin vatandaşlığından söz edilemez. Dolayısıyla tâbiyet kavramı, vatandaşlık kavramından daha kapsamlıdır.

Kanaatimizce tâbiyetle vatandaşlık kavramlarının arasını tefrik etme girişimi, bugün için geline nokta *“ulus-devlet”* gerçeği göz önüne alındığında pratikteki anlamını yitirmiş vaziyettedir. Dolayısıyla, günümüz şartlarında her ikisinin özdeşleştiğini savunan görüşleri¹¹³ bir yönüyle dikkate almamız gerekiyor. Hatta yakın zamanlarda yazılan bazı eserlerde özellikle “*vatandaşlık*” terimini kullanmakta ısrar edilmesi de böyle bir gerçeği yansıtmaktadır.

O halde pratikte tüzel kişilerin tâbiyetinden mi yoksa vatandaşlığından mı söz edilebileceğimizin detayda çok fazlaca bir önemi yoktur. Yani tâbiyeti *bütün şahısları*; vatandaşlığı da *sadece hakiki şahısları bir devlete siyasi ve hukuki olarak bağlayan illiyet* olarak tanımlamanın sadece teorik bir boyutu olabileceğini düşünüyoruz. Çünkü neticede her ikisiyle de kastedilen anlam aynıdır. Ayrıca günümüzde tüzel kişilerin tıpkı gerçek kişiler gibi bir tâbiyeti olduğu/olması gerektiği prensip olarak kabul edildiğine göre, mefhum üzerindeki tartışmanın pratiğe yansıyan yönü ancak, gerçekte bizatihi tüzel kişinin mi yoksa onu meydana getiren gerçek şahısların mı tâbiyetinden söz edilebileceği tartışmasında söz konusu edilebilecektir.

1. 1. İslam Hukuku’nda Tâbiyet :

Teknik anlamda tâbiyet “*bir şahıs ile bir devlet arasındaki hukuki ve siyasi bağ*” olduğuna göre konuya “*hukuki*” açıdan bakmak gerekir.

Her şeyden önce tâbiyet, devletler arası ilişkilerde söz konusu edilebilecek bir mefhumdur. Klasik İslam Hukuku kaynaklarında ortaya konulan Devletler Hususi Hukuku hükümleri, daha çok müslüman devletlerle gayri müslim devletler arasındaki münasebetleri düzenlemeye yöneliktir. Hatta bu hükümler, temellendirme açısından “*Dâru’l-İslam* —

¹¹⁰ Pazarcı, 60

¹¹¹ Çelikel, Aysel, *Yabancılar Hukuku*, Beta Yayınları, 6. Baskı, İstanbul, 1993, s. 10

¹¹² Dal, 8

¹¹³ Aybay, 6 : Nomer, Ergin, *Vatandaşlık Hukuku*, Filiz Yayınevi, 9. Baskı, İstanbul, 1993, s. 13

Dâru'l-Harb” ayırımı üzerine bina edilmişlerdir. Böyle olması bir yönüyle tutarlıdır, çünkü dönemin karakteristik özelliği gereği, *ulus* esasına değil *din* esasına dayalı devletler ön plandadır. Dolayısıyla o dönemde *“din”* tâbiyetin en önemli kıstası olarak görülmüştür. Ayrıca K. Kerim’de *“müslümanların tek bir ümmet oldukları”*nın ifade edilmesi de¹¹⁴ önceki hukukçuları, tâbiyet konusunda temel kıstasın *“din”* olduğu/olması gerektiği yargısına götürmüştür.

Ancak son yüzyıl içerisindeki gelişmeler, ayrı ayrı teşkilatlanmış, birbirinden içte ve dışta bağımsız, pek çok Müslüman devlet oluşumuna yol açmıştır. Şüphesiz bu durum, tâbiyet konusundaki klasik telakkilerin yeniden gözden geçirilmesini gerektirmektedir. O halde öncelikle konuya, herhangi bir dönemde Müslümanların ayrı devletler halinde teşkilatlanmalarının Din’in temel kriterleri açısından uygun olup olmadığı ekseninde yaklaşılması gerekmektedir.

K. Kerim’de ;

*“Hakikat bu sizin ümmetiniz tek bir ümmettir. Ben de sizin Rabbinizim, o halde bana kulluk edin;”*¹¹⁵ (Bu illiyetinizi kesmemek hususunda) *benden korkun”*¹¹⁶

buyurulmaktadır.

Kimi muasır müellifler, bu ve benzeri ayetleri ön planda tutarak Müslümanların ayrı devletler halinde teşkilatlanmalarına *“dini”* açıdan olumlu yaklaşmamakta ve hatta bu bakımdan modern hukukun tâbiyet konusunda belirlediği kıstasların *“İslam”* olamayacağını düşünmektedirler.

Muhammed Hamidullah bu konuda şu görüşleri öne sürmektedir :

*“Modern Avrupa medeniyeti İslam kütelleri üzerinde oldukça mühim tesirler icrâ etmiş ve bugünkü müslüman devletler mecburen son zamanlarda ikamet (toprak) ve kan (doğum) esasına dayanan vatandaşlık hukukuna dair kanunlar yapmışlardır. Halbuki İslam’a göre bütün müslümanlar arasında tam bir eşitlik vardır. Her nerede (hangi devletin vatandaşı) olurlarsa olsunlar, hepsi aynı “ümmet”e mensupturlar.”*¹¹⁷

Ahmet Özel de; *“müslüman devletlerin taaddüdünün ve buna bağlı olarak müslümanlar arasındaki siyasi bölünmenin İslam Hukuku açısından, bir bütün olarak “İslam vatani” mefhumunda bir değişikliğe yol açmayacağını, bunların hepsinin “Dâru'l-İslam” statüsünde olduklarını”* belirtmektedir.¹¹⁸

¹¹⁴ Enbiya. 92 ; Mü’minûn. 52

¹¹⁵ Enbiya. 92

¹¹⁶ Mü’minûn, 52

¹¹⁷ Hamidullah, *İslam’ın Hukuk İlmine Yardımları*, 104

¹¹⁸ Özel, Ahmet, *İslam Hukuku’nda Milletlerarası Münasebetler ve Ülke Kavramı*, Marifet Yayınları, İstanbul, 1982, s. 186-188

Halbuki yukarıdaki ayette geçen “Ümmet” (الامة) terimi, hukuki ve siyasi içerikli değil, dinî içeriklidir.

“Ümmet” (امة) lügatte ; “cemaat ; ana topluluk yani daha alt topluluklardan meydana gelmiş büyük (üst) topluluk; kendisine peygamber gönderilmiş olan topluluk; din” gibi anlamlara geldiği gibi¹¹⁹ günümüzde “devlet” halinde teşkilatlanmış topluluk anlamında da kullanılmaktadır.^(*)

Ayetteki “Sizin ümmetiniz tek bir ümmettir” ibaresinde yer alan “ümmet” teriminin, ayetin son kısmında yer alan “ben de sizin Rabbinizim, o halde bana ibadet edin” ibaresi göz önünde tutulduğunda, “kendisine peygamber gönderilmiş olan topluluk” anlamında kullanıldığı kuvvetle muhtemeldir.

Müslümanların “tek bir ümmet” olması yani aynı peygambere (onun getirdiği dine ve seriata) tâbi olmaları ile bunların ayrı ayrı devletler halinde teşkilatlanmış olmaları birbirine karıştırılmamalıdır. Bugünkü vakıada olduğu üzere müslümanların ayrı ayrı devletler halinde teşkilatlanmış olmaları mümkündür. Hatta **Hucurat Suresi**’nin 9. ayetinde yer alan “sizden iki topluluk (طائفتان) birbirleriyle savaş ederlerse aralarını uzlaştırın...” ibaresindeki (طائفة) teriminin “devlet” anlamına hamledilmesi de mümkündür.

Teorik olarak, Müslüman devletler taaddüdünün Din’in temel ilkelerine aykırı olduğu varsayılsa bile, bu fiili durumu ortadan kaldırmak adeta imkansızdır. Dolayısıyla vâkıaya uygun hareket etmek gerekir.

Ancak konunun bir başka boyutu, Müslüman devletler arasında “Yabancılar hukuku” nun sınırı meselesidir ki, dini açıdan buna bir sınır tayin etmek ve Müslüman ülkeler arasında “yabancılar hukuku” nun uygulanmaması gerektiğini savunmak da tamamen teorik bir anlam ifade eder.

“Yabancılar Hukuku” bir ülkede bulunan yabancılar için, yabancı olmaları nedeniyle konulmuş olan kuralların tümünü teşkil eder. Bu kuralların sonucu olarak yabancının bir takım haklardan sınırlı olarak yararlanması veya hiç yararlanmaması söz konusu olur.

Günümüzde devletler arası münasebetlerde, yabancılar hukukunun yani bir devletin kendi vatandaşı olmayan kişilere tanıdığı hakların sınırı, genellikle ikili anlaşmalarla belirlenmektedir. Örneğin bir devlet, kendi pasaportunu taşımayan her yabancı ülke vatandaşı için, kendi topraklarına girebilmesi hususunda “vize” uygulamasını esas aldığı halde, yaptığı ikili anlaşmalarla bazı devletlerin vatandaşlarını bu uygulamadan muaf tutabilir.

Dolayısıyla Müslüman devletler arasında da yabancılar hukuku rahatlıkla söz konusu edilebilir. Zira bir devlet kendi vatandaşlarına tanıdığı bütün hakları, Müslüman bile olsa diğer ülke vatandaşlarına tanımak zorunda değildir. Aksini savunmak sadece bir temenniye

¹¹⁹ Mucemu’l-Vasît, 27

(*) Örneğin Araplar “Birleşmiş Milletler” tabirini (امم المتحدة=Ümemü’l-Müttehide) şeklinde ifade ederler ki, burada “ümmet” , devlet anlamında kullanılmaktadır.

ifade eder. Bu temenninin gerçekleşmesi ise, bu devletler arasındaki yakınlaşmaya ve bunu karşılıklı olarak ortadan kaldıracak ikili anlaşmalara bağlıdır.

Nitekim günümüzde “Avrupa Topluluğu”na mensup ülkeler arasındaki sınırlar tamamen şekli bir sınır halini almıştır. Topluluk üyesi ülkeler, uluslararası ilişkiler açısından pek çok konuda ortak hareket etmekte, ortak para birimi kullanmakta, serbest dolaşım hakkı itibarıyla her ülke diğer ülke vatandaşlarına kendi vatandaşları gibi muamele etmektedir. Bu itibarla Çelikel’in ifade ettiği gibi, üye devletlerin vatandaşı işçilerin çalışması, ortakların faaliyeti, yabancı sermayenin serbest hareketi gibi pek çok konuda A.T. Sözleşmesi’nin getirdiği eşitlik, bir bakıma üye devletler arasında “*yabancılar hukuku*” diye bir kavramın varlığını ortadan kaldırmıştır.¹²⁰

2. Hükmi Şahısların Tâbiyeti :

Hükmi şahısların hukuki bir kişiliğe sahip bulundukları bugün için reddedilemeyen bir olgudur. Fakat bunların bir tabiiyetleri/vatandaşlıkları olup olmadığı tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, hükmi şahısların tâbiyeti olmaz, ancak bunların hangi devletin kanununa tâbi olduğundan veya hangi devletin kanunu ile idare edildiğinden bahsedilebilir. Hükmi şahsiyet hangi kanuna tâbi ise o devletin himayesindedir. Bu da tam manasıyla bir tâbiyet/vatandaşlık değildir.¹²¹

Nitekim bazı hukukçular, tâbiyet anlamında kullanılsa bile vatandaşlık kavramının, niteliği itibarıyla sadece gerçek şahıslar için kullanılabileceği görüşündedirler. Ancak eğer vatandaşlık sadece “*bir devlete aidiyeti/bağlılığı*” ifade eden bir kavram olarak nitelendirilirse, gerçek şahısların dışındaki “şahıs” vasfını haiz olsun ya da olmasın, diğer varlıkların da vatandaşlığından söz edilebilir. Fakat bu anlamda vatandaşlık bu varlıkların — mesela deniz ve hava gemilerinin — sadece bir devlete ait olmasını ifade eder.¹²² Bu görüşe göre aynı statü tüzel kişiler için de — zira gemiler tüzel kişi değildir — geçerlidir.

Diğer bir görüşe göre hükmi şahıslar bugün artık hukuki bir varlık olarak kabul edilmişlerdir. Bunların da bir tâbiyeti olması gerekir.¹²³ Ayrıca hükmi şahıslara — hukuk nazarında birer “şahıs” olmaları itibarıyla — yabancılar hakkında kabul edilen prensiplerin uygulanabilmesi ve diplomatik himaye açısından da hükmi şahısların tâbiyetlerinin tayini gerekir.¹²⁴ Nitekim **Türk Hukukunda** yabancı anonim şirketler ile Türk anonim şirketler arasında haklar bakımından farklar vardır. Bu sebeple bir yabancı şirketin tâbiyetini bilmek bazen gerekli olabilir.¹²⁵

¹²⁰ Çelikel, 7-8

¹²¹ Dal, 72

¹²² Nomer, 39-40

¹²³ Dal, 72

¹²⁴ Çelikel, 26

¹²⁵ Ansay, Tuğrul, **Anonim Şirketler Hukuku**, 6.Baskı, Ankara, 1982, s. 31

Hükmi şahısların tâbiyeti bulunup bulunmadığı hususunda hukuk teorisyenleri arasındaki görüş ayrılıklarının temelde hükmi şahısların mahiyetine bakış açısı ile çok yakın bir irtibatı vardır ki bu da, hükmi şahısların hakiki bir şahıs gibi mi yoksa farazi bir şahıs gibi mi algılanması gerektiği görüşlerine dayanır. Binaenaleyh hükmi şahsa, hakiki şahıs nazarı ile bakanlar bunların da bir tâbiyeti olabileceğini savunurlarken, farazi şahıs nazarı ile bakanlar ise bunun hukuki olarak mümkün olmadığını ileri sürmüşlerdir.

2. 1. Hükmi Şahısların Tâbiyetini Kabul Eden Görüş :

Hükmi şahısların hakiki ve teknik manada bir tâbiyeti bulunduğunu savunanlara göre;

Her şeyden evvel tüzel kişiler birer hukuk süjesidir ve her hukuk süjesi zaruri olarak bir devlete bağlıdır. Bu bağdan karşılıklı birtakım hak ve yükümlülükler meydana gelir. Bir şahsın herhangi bir devletin tâbiyetinde olduğunu söylemek, o şahsın o devlet kanunlarına tâbi olduğunu ve buna mukabil o devletten, vatandaşlarına has bazı imtiyazlar talep etme hakkına sahip bulunduğunu söylemek demektir. O halde bir hukuk süjesi olarak hükmi şahıslara da tâbiyet kavramının uygulanmasına bir engel yoktur. Ayrıca hükmi şahısların bir faraziyeden ibaret bulunduğu ve bunların kendilerine ait bir iradeleri olmadığı, dolayısıyla bunların tâbiyetinin bulunamayacağı tezi de yanlıştır. Zira tâbiyet bağı bir akit değildir ve bu yönüyle iradeye ihtiyaç yoktur. Zira tâbiyet için bir iradenin mevcudiyeti şart olsaydı, temyiz kudretine sahip bulunmayan akıl hastaları ile çocukların tâbiyetsiz addedilmeleri gerekirdi.¹²⁶

Öte yandan hükmi şahısların tâbiyetini kabul edenler, hükmi şahıslarla hakiki şahısların tâbiyet bağının farklı olduğunu; çocuklarla büyüklerin tâbiyet bağı arasında fark olduğu gibi, bu ikisi arasındaki tâbiyet bağı arasında da fark olduğunu belirtmektedirler.¹²⁷

Bu husustaki mütalâaları özetleyecek olursak ; hükmi şahısların tâbiyetini tamamen hakiki şahısların tâbiyetine benzetmek, ona müşabih kılmak söz konusu değildir. Bir hükmi şahsın herhangi bir devletin tâbiyetinde olduğunu söylemek, onun o devletin, tüzel kişilerin teşekkülü hakkındaki normatif (kanunî) kaidelerine uymak mecburiyetinde olduğunu, fertler gibi devletin vergi kanunlarına, mukavele ve mülkiyet hakkındaki kanunlarına uymak mecburiyetinde olduğunu göstermek içindir. Hükmi şahıslardan siyasi yükümlülükleri yerine getirmesi istenilemez. Ayrıca devlete karşı siyasi mahiyetten doğan vecibelerin yerine getirilememesi veya bazı vatandaşlara bu siyasi hakların tanınmaması tâbiyet bağını ortadan kaldırmaz.¹²⁸

Bu mütalâalarda hükmi şahısların tâbiyetinin, daha ziyade onun hangi devletin kanunlarına tâbi olduğunun belirlenmesi çerçevesine oturtulduğu gözleniyor. Bu da özellikle **kanunlar ihtilafı** söz konusu olduğunda bir belirleyiciliği haiz olur. Yani iç hukuk bakımından bir hükmi şahsın tâbiyetinin fazlaca bir önemi yoktur, denilebilir. Dolayısıyla bazı müelliflerin değindiği gibi¹²⁹ yerli ve yabancı hükmi şahıs ayırımını yapabilmek için,

¹²⁶ Güral, Jale, *Hususi Hukuk Tüzel Kişilerin Milletlerarası Mevcudiyeti*, 10-11

¹²⁷ Dal, 72

¹²⁸ Güral, 12

¹²⁹ Güral, 14

tüzel kişilerin mahiyetine uymayan bir tâbiyet mefhumunu onlara zorla yüklemeye gerek yoktur.

Buradan şu netice çıkmaktadır : Hükmi şahısların teknik ve hakiki manada bir tâbiyeti olduğunu savunanlar, tüzel kişilerle bir hukuk sistemi arasındaki bağ ile tüzel kişileri oluşturan hakiki şahıslarla muayyen bir devlet arasındaki siyasi bağı birbirine iltibas ederek bunu tek bir mefhum ile ifade ve tek bir kıstas ile belirlemektedirler.¹³⁰

2. 2. Hükmi Şahısların Mutlak Olarak Tâbiyetini Kabul Etmeyen Görüş :

Hükmi şahısların gerçek anlamda bir tâbiyeti olamayacağını iddia edenler şu görüşten hareket etmektedirler : Hükmi şahsiyet mefhumu patik bir zarurettten, bir hukuki kisveden başka bir şey değildir. Bu kisve altında hareket eden hakiki şahısların, tâbi olduğu devletle aralarında siyasi bağlar mevcuttur. Bir tüzel kişinin kendisini teşkil eden fertlerden ayrı ve bağımsız bir tâbiyeti yani bir devletle arasında siyasi bir bağ mevcut olamaz. O, ancak kendisini teşkil eden fertlerin (hakiki şahısların) tâbiyetini haiz olabilir.¹³¹

Bu görüşe göre bir tüzel kişilik açısından herhangi bir devletle iki ayrı bağ söz konusu olabilir :

- a) Bir ülkede hakim olan hukuki sistem ile bizzat hükmi şahıs arasındaki bağ,
- b) Hükmi şahısları teşekkül ettiren ve onları idare eden hakiki şahıslarla devlet arasındaki bağ.

Hükmi şahısları, "*farazi bir şahıs*" olarak kabul ettiğimiz taktirde, gerçekte hükmi şahısların tabiiyetinin, bunları teşekkül ettiren ve onları idare eden gerçek şahısların tâbiyetine bağlanması gerektiği öngörülebilir. Ancak bunun tamamen teorik bir tercih olacağı da göz ardı edilemez. Zira örneğin, Türkiye vatandaşı olmadığı halde bu ülkede oturmuna müsaade edilmiş olan İtalyanların Türkiye’de kurmuş oldukları ve bu ülkenin kanunlarına göre idare edilen bir ticari şirket, şayet uluslararası bir faaliyette bulunuyor ise, devletler arası ilişkiler açısından şirketin tâbiyeti, kurucularının tâbiyetine bağlı olarak İtalya değil, şirketin kuruluş merkezine bağlı olarak Türkiye’dir.

Nitekim özellikle ticari şirket mahiyetindeki özel hukuk tüzel kişileri bakımından uluslararası uygulamada rastlanılan, tüzel kişilerin tâbiyetini belirleyen farklı kıstaslar mevcuttur. Bunların başlıcaları şunlardır :

- a) Tüzel Kişiliğin merkezi,
- b) Yönetici, üye veya ortakların tâbiyeti,
- c) Denetimi elinde bulunduran merkezin tâbiyeti,
- d) Sermayenin bulunduğu yer,
- e) Kuruluş yeri.¹³²

Dolayısıyla uluslararası uygulamalar bakımından, hem bizzat tüzel kişinin doğrudan kendisine ait bir tâbiyeti, hem de bu tüzel kişiyi oluşturan gerçek şahıslara bağlı olan tâbiyeti

¹³⁰ Güral, 9

¹³¹ Güral, 10

¹³² Çelikel, 27 ; Pazarcı, 62

söz konusu edilebilir. Bu hususta **İslam Hukuku bakımından** dinî gerekçeli bir tercih yapmak doğru değildir.

3. Hükmi Şahısların Milletlerarası Mevcudiyeti :

Yabancı hükmi şahısların milletlerarası alanda hangi ölçüler içerisinde tanınacağı veya tanınmayacağı konusunda — şirketler istisna tutulacak olursa — halen uluslararası bir karar mevcut değildir.¹³³ Prensip olarak, herhangi bir devletin kanunlarına göre oluşturulmuş bir hükmi şahsın diğer devletler nezdinde tanınması yönünde teorik bir eğilim mevcut ise de her devletin kendi hakimiyet yetkisi çerçevesinde bu tür teşekküllerin mevcudiyetini tanıyıp tanımama inisiyatifinin bulunduğu da bir vakiydir. Aksi taktirde böyle bir zorlama devletlerin hakimiyetlerini ihlal edici bir netice ortaya çıkarır ve bu, her şeyden önce **Devletler umumi hukukuna** aykırıdır. Hem herhangi bir devletin kendi iç hukuku bakımından hükmi bir şahsiyet olarak faaliyetine izin verdiği bir teşekkülü bir başka devlet niçin tanımak zorunda olsun? Kaldı ki en belirgin tüzel kişi olan bir devletin mutlaka tanınması hususunda bile diğer devletler için böyle bir zorunluluk söz konusu değildir. Hükmi şahısların bu hususta hakiki şahıslara benzetilmeleri yanlıştır. Zira hakiki şahısların şahsiyeti kendi doğumuna bağlı olarak tabiidir; iç hukuk açısından bile devletin tanımına ihtiyaç yoktur. Halbuki hükmi şahısların şahsiyet elde edebilmesi ya devletin izni veya tesciline yahut da bazı kanuni formalitelere uygunluğuna bağlıdır.

Her ne kadar bazı hukukçular, bir devletin yabancı bir tüzel kişiliği tanınması onun hak ehliyetine sahip olacağı anlamını taşıyacağı, yoksa faaliyet (fiil) ehliyeti bahsetmesini zorunlu kılmayacağı tezini ileri sürmekte iseler de¹³⁴ bir tüzel kişiliğin yabancı bir devletin sınırları içerisinde hukuki bir varlık olarak sadece haklardan istifade için kendisini tanıtmaya talebi de nazari bir kıymet ifade eder. Zira şahsiyet talebinde bulunan her bir teşekkül, birtakım faaliyetlerde bulunmak amacıyla vücuda getirilir.

Bununla birlikte günümüzde özellikle iktisadi alanda milletlerarası faaliyetler ve ticari ilişkilerdeki yoğunluk ve gerek ithalât ve gerekse ihracât açısından dış pazarlara olan zorunlu yönelişler bir vâkıa olarak devletlerin yabancı şirketlerin faaliyetlerine imkan tanımalarını gerekli kıldığı da inkar edilemez. Ancak bunun belirli bir çerçeve ile sınırlandırılmış olarak, sadece herhangi bir alışverişte akde taraf olabilmesini kabulden ibaret olan yönü hariç tutulacak olursa, herhangi bir yabancı şirketin bir başka devletin sınırları içerisinde bizzat faaliyette bulunabilme serbestiyetine sahip olması durumu da ayrıca etüt edilmelidir. Şüphesiz bunların ikisi farklı şeylerdir. Çünkü yabancı şirketlerin bir memlekette faaliyette bulunmaları, o devletin sınırları içerisinde açacakları şube ve acentalar vasıtasıyla olur. Nitekim devletler arasında akdedilen antlaşmalarla şirketlerin uluslararası faaliyet ehliyetleri tanzim edilmiş olmakla birlikte pek çok ülke yabancı bir şirketin faaliyetlerini kendi iznine bağlamıştır.¹³⁵

¹³³ Güral, 54

¹³⁴ Güral, 55

¹³⁵ Bu hususta geniş bilgi için bkz. Güral, 192-200

Şirketlerin dışında kalan dernek ve vakıfların faaliyetleri hususunda uluslararası bir statü belirlenmiş değildir. Dolayısıyla ülkeler bu hususta farklı yöntemler uygulamaktadırlar ki, **İngiltere** gibi faaliyet ehliyetini serbestçe tanıyan ülkeler yanında **Türkiye ve Fransa** gibi faaliyet ehliyetini hususi bir müsaadeye tâbi tutan devletler de mevcuttur.¹³⁶

İslamî hukuk bakımından bu hususta herhangi bir temel statü belirlemek mümkün değildir. Zira devletler arası ilişkilerde tüzel kişilerin milletlerarası faaliyetlerinin sınırı, uluslararası sözleşmelerden çok mütekabiliyet esasına dayalı olarak ikili anlaşmalarla tayin edilmektedir. İslamî devletler hukukunun en önemli belirleyici dayanaklarından birisi de “mütekabiliyet”tir.¹³⁷ Din’in hukuki alandaki genel öngörüsü, “*maslahat*”a uygun hareket edilmesidir.

IV – HÜKMİ ŞAHSİYETİN SONA ERMESİ :

1. Hükmi Şahısların Sona Erme Halleri :

Hükmi şahıslar için hakiki şahıslar gibi fiziki bir “ölüm” söz konusu olamayacağı açıktır. Genellikle hükmi şahıslar uzun süreli yaşatılmak, faaliyette bulunmak üzere teşekkül ettirilirler. Bununla birlikte belirli bir süre için faaliyette bulunmak üzere kurulmuş olmaları da teorik olarak mümkündür.

Her ne kadar hükmi şahıslar prensip olarak süresiz faaliyette bulunmak üzere kurulurlar ise de, yine de bazen adlî-idarî, bazen de hükmi şahsın kendi içinden kaynaklanan sebeplerle hükmi şahısların şahsiyetleri ve faaliyetleri sona erebilir.

Diğer pek çok mevzuda olduğu gibi, bu konuda da her kanun koyucu farklı bir statü belirleyebilir. Çünkü sona erdirici sebeplerin toplumun kendi değer yargıları ile çok yakın bir ilintisi vardır.

Modern hukuk hükmi şahısların sona erme hallerini iki ana başlık altında toplamıştır :

- a) İnfisah
- b) Fesih.

1. 1. İnfisah (Kendiliğinden Dağılma) :

İnfisah, bir hükmi şahsın belirli hallerde herhangi bir karara gerek olmaksızın kendiliğinden sona ermesidir. **Türk Pozitif Hukukunda** hükmi şahısların böylece kendiliğinden dağılmasını gerektiren haller şunlardır :

a) Gayenin gerçekleşmiş olması :

¹³⁶ Gural, 202 - 203

¹³⁷ Özel, 31

Mesela bir okul veya camiye yaptırmak üzere kurulmuş bir dernek, okulun eğitim-öğretime, caminin ibadete hazır hale gelmesiyle, gayesini gerçekleştirmiş olacağından nihayete erer.

b) Gayenin gerçekleşmesinin imkansız hale gelmesi :

T.M.K.'nın 81/A maddesi uyarınca gayesinin gerçekleşmesi imkansız hale gelen vakıflar kendiliğinden dağılmış olur. Durum yönetim organı tarafından sicile tescil edilir.

Vakıflar açısından bu husus klasik İslam hukukçularına göre “*istibdâl*” hükümlerine tâbidir ki, vakfın gayesi olan muayyen cihetin (mevkuf-u aleyhin) ortadan kalkması durumunda vakfedilen mallar, onunla eşdeğer bir cihete sarf edilmek üzere tahsis olunarak vakfedilen malın ebediyen vakıf statüsünde bırakılması esastır.

c) Sürenin sona ermiş olması :

Bir hükmi şahıs kurulurken muayyen bir süreyle (6 ay, 1 yıl gibi) devam edeceği önceden tespit edilmiş ise, bu sürenin bitimi halinde hükmi şahıs kendiliğinden dağılmış olur.

Fakat haddizatında bu teorik (farazi) bir haldir, pratikte ihtimali pek mevcut değildir.

d) Yönetim kurulu kuramayacak hale gelme :

T.D.K.'nın 27. maddesi uyarınca derneklerin merkez yönetim kurulları beş kişiden az olamaz. O halde bir dernekte kayıtlı üye sayısı beşten aşağıya düşerse, yönetim kurulunu hukuken kurmak mümkün olamayacağından dernek kendiliğinden dağılmış olur. (TDK: 51)

e) Acz haline düşme :

T.D.K. infisah sebepleri arasında “*acz haline düşme*” yi de saymış ancak bu hali şerhetmemiştir. (m. 51)

f) Üst üste iki olağan genel kurul toplantısının yapılamaması :

T.D.K.'nın 23/II ve 51. maddeleri ..

g) Kuruluş amaç ve şartlarını kaybetme :

T.D.K.'nın 51. maddesi ..

h) İlk genel kurul toplantısının yapılamaması :

T.D.K.'nın 14. maddesi ..

Farklı hukuk düzenlerine göre bu haller azalıp-çoğalabilir. Hatta bir toplumda muayyen kanunlar ile belirlenmiş esaslar bile zamanla değişkenlik gösterebileceğine göre bunların da değişmez kurallar olmadıkları kesindir.

İslamî hukuk bakımından geleneksel görüşe göre vakıfların infisahının söz konusu edilebilmesinin çok ağır şartlara bağlandığını belirtmiştik.

1. 2. Fesih (Dağıtılma) :

Fesih, bir hükmi şahsın herhangi bir kararla ortadan kaldırılması demektir. Bu karar ya hükmi şahsın kendisi tarafından ortaya konur yahut da devlet otoritesi tarafından, adlî veya idari makamlarca böyle bir karar verilebilir.

1. 2. 1. Hükmi şahsın kendi kararı ile fesih :

Türk Hukuku'nda bir dernek her zaman için kendini feshetme yetkisine sahiptir.(TMK: 69) Fesih kararı vermeye yetkili olan organ derneğin genel kuruludur. (TDK: 26/8) Bu kararın nasıl alınacağı da kanunda belirlenmiştir. (m. 49)

Türk Medeni Hukuku'nda vakıfların idari organlarının kendini feshetme yetkileri söz konusu değildir. Ancak *Türk medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkındaki Tüzük'* ün 13. 08. 1991 tarihli değişik *30. Maddesine göre* vakfın idare organı veya Vakıflar Genel Müdürlüğü vakfın gayesinin gerçekleşmesinin imkansız hale geldiği kanısına varırsa , dilekçe ile yetkili mahkemeye başvurarak vakfın nihayetini taleple durumun mahkeme siciline tescilini isteyebilir ki, bu da *fesih*ten ziyade *infisah* ile alakalıdır.

Klasik İslam hukukçularına göre fesih, vakıf sahibinin rücû hakkı ile alakalı bir durumdur. Ancak fakihlerin çoğunluğuna göre vakıf sahibinin bu hakkı da vakfın lüzumu (hukuki olarak bağlayıcılık kazanması) ile ortadan kalkar.

1. 2. 1. Devlet otoritesinin kararı ile fesih :

Devlet otoritesi bu kararı ya adlî makamlarınca veya idarî makamlarınca uygulayabilir. Bu hususta, çerçevesi farklı toplumlara göre daralıp-genişleyebilmekle birlikte her zaman için devletin yetkisi söz konusudur. Zira devlet, kamu hukukunu geliştirme ve kollamanın en önemli aracıdır. Dolayısıyla hakiki şahıslarda olduğu gibi, hükmi şahısların da faaliyetleri ammenin genel menfaatlerine hâlel getirecek bir niteliğe dönüşmüş ise bu durumda kamu adına karar verme yetkisini elinde bulunduranlar, kamuya yönelik bu zararı önlemek ile yükümlüdürler.

Burada esas itibariyle tartışılabilir olan, devletin yetkisinin varlığı değil, bu yetkinin çerçevesidir. Bu da bir toplumun, herhangi bir hükmi şahsın sona erdirilmesine dayanak edecek kanuni gerekçeleri ile alakalıdır. Dolayısıyla kimi hukuk düzenlerinde suç teşkil etmeyen birtakım faaliyetlerin bir başka hukuk düzeninde etmesi mümkündür. Örneğin T.M.K.'na göre "*gayeleri kanuna ve ahlaka mugayir olan cemiyet ve şirketler ile müesseseler şahsiyet iktisap edemezler.*" (m. 45/II) Başlangıçta gayesi ahlaka ve hukuka aykırı olmayan

bir hükmi şahsın gayesi sonradan hukuka aykırı hale gelirse bu hükmi şahıs mahkeme kararı ile feshedilir.¹³⁸ Kanun metninde yer alan “*ahlaka aykırılık*” ibaresi, medlulünün şümûlünün genişliğinden dolayı kapalıdır. Zira ahlaki prensipler objektif kıstaslar yerine *örf, teamül ve ictimai alışkanlıklar* gibi sübjektif kıstaslara da tâbi olabilirler ve durumda bir cemiyete göre ahlaki olan bir olgu, bir başka topluma göre gayrı ahlaki kabul edilebilir. Ya da çeşitli etkileşimler ile zaman içerisinde toplumun değer yargılarında meydana gelen değişiklikler nedeniyle, belirli bir dönemde gayrı ahlaki olan bir olguyu, bir başka dönemde aynı toplum ahlaki görebilir, ya da en azından ahlaksızlık saymayabilir. Nitekim T.M.K.’nın ilk vazedildiği yıllarda — kanunun yürürlük tarihi 4 Nisan 1926’dır — kanun şarihleri, kanunun 45/II. maddesine somut bir örnek olarak, iskât-ı cenin (kürtaj)’ı icra maksadıyla teşkil olunmuş cemiyetlerin şahsiyet kazanamayacaklarını belirtmekte idiler.¹³⁹ Bugün için kürtaj belirli oranlarda sınırlandırılmış olsa bile gayrı ahlaki ve dolayısıyla gayrı kanuni olmaktan çıkmıştır, denilebilir. Zira mevcut statüye göre hastaneler — bir hükmi şahıs sıfatıyla — kürtaj faaliyetinden men edilmemektedir.

İslami açıdan, devletin bu husustaki inisiyatifi yani herhangi bir tüzel kişinin kişiliğine son verilmesi hususundaki yetkisi, dini gerekçelere dayandığı gibi hukuki/siyasi gerekçelere de dayanabilir. Ancak her halükârda kapatmaya dayanak teşkil eden “*suç*”un kanuni olması (daha önceden kanunlarda suç olarak tayin edilmesi) esastır. İslamî devlet anlayışında devlet başkanının yetkisi mutlak ve sınırsız değildir.

Günümüzde bir tüzel kişiliğin faaliyetlerinin sona erdirilmesi hususunda devlet otoritesinin kararı iki şekilde tecelli etmektedir :

- a) Adli bir kararla ki, bu da hükmi şahsın faaliyetlerinin “suç” kapsamına girmesi halinde mahkeme tarafından feshedilmesidir. (TMK :71, 81/A ; TDK : 50, 53)
- b) İdari bir kararla ki, bunun Türk Medeni Hukuku açısından tek bir örneği vardır ; milletlerarası faaliyet gösteren yabancı uyruklu derneklerin İçişleri Bakanlığı’nın önerisi üzerine Bakanlar Kurulu’na kapatılmasıdır. (TDK : 11,12)

Türk Hukuku’nda gerek derneklerin ve gerekse vakıfların feshine karar verecek olan mahkeme *Asliye Hukuk Mahkemesi*dir. Fakat bir şahıs topluluğu niteliğinde olan siyasi partilerin feshine *Anayasa mahkemesi* karar vermektedir.¹⁴⁰

2. Sona Ermenin Sonuçları :

Bir hükmi şahıs sona erdiğinde veya erdirildiğinde sahip olduğu mâmelekin ne suretle değerlendirileceği meselesi söz konusu olur.

Türk Hukuku’nda bu hususta birbiri ile çok yakın bir irtibatı bulunan iki ayrı işlem yürürlüğe konulmuştur. Bunlar; *tasfiye ve tahsistir*.

¹³⁸ Akıntürk, 154

¹³⁹ M. Reşit, 65

¹⁴⁰ Akıntürk, 155

2. 1. Tasfiye :

Tasfiyeden maksat, sona eren hükmi şahsın bütün hukuki ilişkilerini kesmektir. Yani cereyan etmekte olan muamelelerini neticelendirmek, borçları varsa ödemek, alacaklar varsa tahsil etmek, davalar görülüyor ise sona erdirmek, üyelerinin hükmi şahısla olan ilişkisini kesmek vb.¹⁴¹

Varlığı sona eren medeni hukuk hükmi şahıslarına ait mal varlıklarının tasfiyesi, tüzüklerinde buna dair hüküm var ise buna göre, yoksa **Ticaret Kanunu**'ndaki, anonim şirketlerin tasfiyesi hakkındaki hükümlere göre yapılmaktadır. (TTK: 441-450)¹⁴²

Dernekler Kanunu'na göre ise, tüzüklerinde mal, para ve hakların tasfiyesinin esaslarını tespit, genel kurula bırakıldığı halde, genel kurul tarafından bu yönde bir karar alınmamış veya genel kurul toplanamamış ise, derneklerin bütün mal, para ve hakları Hazine'ye intikal eder. (m.55)

Hükmi şahısların şahsiyeti, tasfiye sona erinceye kadar kısmen devam eder. Bu da ancak tasfiye için gerekli olan çerçevede kısıtlı bir medeni hakları kullanma ehliyetinden ibarettir. Örneğin, malların paraya tahvili, borçların ödenmesi gibi ..¹⁴³

2. 2. Tahsis :

Tahsisten maksat hükmi şahsın malları tasfiye olunduktan sonra geriye bir şey kaldığı taktirde, bu bakiyenin kime ait olacağının tayinidir.

Bu hususta farklı durumlar söz konusu olabilir ;

1. Tahsisin ne suretle olacağı hususunda kanunlarda hususi bir hüküm var ise, o hüküm tatbik olunur. (Mesela; TTK: 447; VT: 33)

2. Kanunlarda böyle bir hüküm yok ise; hükmi şahsın tüzüğünde buna dair bir hüküm var ise ona göre uygulama yapılır. (TDK: 55)

3. Hükmi şahsın tüzüğünde tahsis ciheti belirlenmiş ise hükmi şahıs dağılmadan evvel veya sonra yetkili organlar tahsisin tarzını kararlaştırılmış ise bu karar göre tahsil yapılır.

4. Bütün bunlar bulunmadığı taktirde Medeni Kanunun 50. maddesine göre tahsis yapılır.

5. Bir hükmi şahıs hakim tarafından dağıtılmış ise malları, hususi kanun kaidelerine, tüzük hükümlerindeki hüküm veya yetkili organlarının kararlarına bakılmaksızın doğrudan doğruya kamu hukuku hükmi şahıslarına intikal eder. (TMK : 50)¹⁴⁴

¹⁴¹ Saymen, 295

¹⁴² Velidedeoğlu, **Medeni Hukuk**, 247

¹⁴³ Aynı ycr.

¹⁴⁴ Velidedeoğlu, agc. , 248 : Saymen, 299-301

İKİNCİ KISIM

BİRİNCİ BÖLÜM

Devletin Hükmi Şahsiyeti

I- DEVLET KAVRAMI .

1. Devlet Teriminin Dayanağı :

Orijini itibariyle Arapça bir kelime olan “devlet” (الدولة) , d-v-l (دال-و-ل) kökünden mastardır ve sözlükte ; “ bir şeyin (veya bir malın, bir imtiyazın) el değiştirmesi” anlamındadır. “ed-dûletu” şeklinde kullanımı da vardır.¹ Nitekim K.Kerim’de de bu tarz kullanım örnekleri mevcuttur.²

Ayrıca sözlükte devlet; “dünyevi zafer, istila, galebe, mal” gibi anlamlara da gelmektedir.³

Devlet teriminin, siyasi olarak örgütlenmiş toplum anlamında kullanımının da bir yönüyle sözlük anlamıyla ilintisi vardır. Zira halkı yönetenlerin sürekli el değiştirmesi nedeniyle bu “yönetme yetkisine/otoritesine” de devlet tabiri kullanılmıştır. Devlet teriminin bu anlamda kullanılması Abbasiler dönemine kadar uzanır.⁴

2. Devlet Kavramının Mahiyeti :

Gerek K. Kerim’de ve gerekse hadislerde bugünkü siyasi anlamıyla “devlet” terimine rastlanılmaz. İlk dönemde, devlet halinde bir araya gelmiş bulunan topluluk “ümme”⁵ ve “cemaat” terimleri ile ifade edilmiştir. Hz. Peygamber (sav)’in ;

¹ Mucemu’l-Vasît , 304

² وتلك الايام نداولها بين الناس = “ Biz iyi ve kötü günleri (zaferleri ve mağlubiyetleri)’i insanlar arasında döndürür dururuz.” (Ali İmran, 140)

“... Böylelikle (o mal) zenginleriniz arasında dolaşıp durmasın diye...” (Haşr, 7)

³ Mucemu’l-Vasît , 304

⁴ Davudoğlu, Ahmet, “Devlet” maddesi, DİA, IX, 325

⁵ Medine Sözleşmesinin 2. Maddesi (Bkz: Hamidullah, İslam’ın Hukuk İlmine Yardımları, 22)

"Kim emirinde hoşlanmadığı bir husus görürse sabretsin; çünkü kim cemaatten bir karış ayrılırsa Cahiliye ölümü ile ölmüş olur" ⁶

hadisinde "cemaat", devlet anlamında kullanılmıştır.

Nitekim Roma'da da "Roma Devleti" deyimini yerine "Roma Halkı (*Populus Romanus*)" deyimini kullanıldığını belirtmiştik.⁷

Bunun dışında İslami literatürde çoğunlukla devlet kavramı "*imamet*" kavramının şumulü içerisinde mütalaa edilmiştir. Dolayısıyla devletin mahiyetinden çok, imametin mahiyeti üzerindeki yorumlardan bahsedilmesi daha doğru olur. Kanaatimizce "*imamet*"in devlet ile özdeşleştirilmesinde, imamın devleti temsil eden ve onu çağrıştıran en önemli makam olması yanında Hz. Peygamber (sav)'e ait hadislerde de daha çok imamet kavramı üzerinde durulmasının tesiri fazladır.

Ancak dikkatlice incelendiğinde bu dönemde *imamet*in devlet karşılığı olarak değil daha ziyade devletin yürütme organı olan *hükümet* karşılığı olarak kullanıldığını söylemek daha doğru bir yaklaşım olur. Nitekim **Maverdi**, idare hukukuna dair yazdığı eseri **el-Ahkamu's-Sultaniyye**' de imameti şöyle tanımlamaktadır :

*"Dini korumak ve dünya siyaseti hususlarında Peygamberliğin halifeliği makamını ifade eden bir terimdir."*⁸

Yine aynı eserde imamın/halifenin görevleri arasında; dini muhafaza etmek, düşmanlara karşı cihad ilan etmek, hadleri (ceza kanunlarını) uygulamak, görevlilerin tayin ve atamalarını gerçekleştirmek, kamu işlerini bizzat kontrol etmek, toplumun güvenliğini ve asayişini korumak gibi hususlar sayılmaktadır.⁹

Günümüz telakkisine göre bunlar, devletin yürütme fonksiyonuna tekabül eden hususlardır.

İslam siyaset tarihinde geleneksel telakkinin, devlet ile imamın/devlet başkanının tek bir terim altında özdeşleştirilmesi yani otokratik anlayış, belirli bir devlet nazariyesinin geliştirilememiş olmasına bağlanmalıdır. Gerçekten de müslüman toplumlarda 19.Yüzyıla kadar mutlakiyetçilik/otokrasi, zihinsel hakimiyetini sürdürmüştür. Bu yüzyıldan itibaren beliren yeni anlayışlar, örneğin "*Gülhane Hattı*" ile padişahın yetkilerinin sınırlanması teşebbüsleri, Batı'daki gelişmelerin tesirine bağlanmalıdır.

⁶ Buhari, Ahkam,4 ; Müslim, İmaret, 53; Nesai, Tahrim, 28 ; İbn Mâce, Fitn, 7

⁷ sh. 34

⁸ Maverdi, Ahkamu's- Sultaniyye, Mısır, 1909, s. 2

⁹ Maverdi, 12-13

Aslında bu durum özelde müslümanlara has bir özellik arz etmemektedir. **Nihat Erim'** in de belirttiği üzere, genelde Doğu, Batı'nın aksine devleti devlet başkanından müstakil olarak ele alan doktrinler geliştirememiştir.¹⁰

Şu kadar ki, Batı'da da Rönesans'a kadar, kilisenin toplum üzerindeki nüfuzunun tabii bir neticesi olarak otokrasi hakimdir. Zira bütün ortaçağın mümeyyiz vasfını teşkil eden skolastik felsefe hem antik düşünürlerin hem de kilise otoritelerinin tesiri altındadır. Yunan ve Roma tefekkürünü Hristiyanlık için bir mesnet yapmak isteyen ilahiyatçılar, Aristo, Çiçeron ve diğer stoisyenlerin nazariyelerini hep *din, tanrı, iman* esaslarına bağlamışlardır.

13. yüzyılda İtalya'da, koyu bir dindar/Hristiyan olan **Dante Alighieri (1265-1321)** en iyi idare şeklinin mutlakiyet olduğu görüşünü şu fikre dayandırıyor :

*"Bütün eşyanın ve varlıkların ilk sebebi olan Tanrının arzusuna uygun olan her şey iyidir. Bu itibarla insanlık Tanrıyı ne kadar yakından ve sadakatle taklit edebilirse, o kadar iyi hareket etmiş olur. Beşeriyet "vahdet" i temin ettiği nispette Tanrıyı taklide muvaffak olmuş sayılır. Çünkü Tanrı bir'dir. İnsanlar da bir tek insan haline gelebilirlerse Tanrıya benzemiş olurlar. Şu halde insanların hepsi bir reisin — bir kralın — idaresi altında birleştikleri taktirde tanrıya çok yaklaşmış olacaklardır."*¹¹

Monarşinin dini esaslarla bağdaştırılması, neticede kralın mutlak hükümranlığını (otokrasiyi) ve dolayısıyla dünyevi şartlar içerisinde hiçbir kurum ve kişiye karşı sorumlu tutulamayacağı anlayışını da beraberinde getirmiştir. Nitekim bu görüşü yine 13. yüzyılda İngiliz **Duns Scot (1270-1308)** şöyle savunuyordu :

*"Devlet başkanı (kral) tarafından konmuş olan müspet kanunlardan başka kanun yoktur. Kralın yalnız tanrıya karşı vazifeleri vardır, sadece ona hesap verir. Yeryüzünde hiçbir makam onun iradesini ve iradenin mahsulü olan fiillerini sınırlayamaz."*¹²

Ancak XVI. yüzyıldan itibaren Rönesans ile birlikte gelişen Reform hareketleri, Protestanlığı ortaya çıkarmış, bu akımın papalık kurumunu sorgulayan ve papanın kişilerle tanrı arasındaki yegane vasıta olduğu tarzındaki geleneksel doktrine darbe vuran anlayışı, devlet ile kralı özdeşleştiren siyasi doktrinlerin de gözden geçirilmesine ve sorgulanmasına zemin hazırlamıştır.

Nihayet XVII ve XVIII. yüzyıllarda, devlet hükümrانlığının münhasıran krala ait bir hak olmadığı, bilakis bu hükümrانlığın gerçekte halka ait olduğu, kralın ise hükümrانlık yetkisini halk adına kullandığı anlayışı Batı'da daha belirgin olarak seslendirilmeye başlanılmıştır. 1789 Fransız İhtilali bu sürecin bir neticesidir.

¹⁰ Erim, *Amme Hukuku*, 41

¹¹ Erim, 91

¹² Erim, 94

Müslüman toplumlarda da bazı Kur'an ve hadis nasslarının, dönemin genel siyasi anlayışına uygun olarak yorumlanması, müslümanların da hükümlerlik anlayışını devlet başkanına inhisar ettiren bir anlayışa sahip olmalarına yol açmıştır, denilebilir. Halbuki bu nasslar derinlemesine irdelendiğinde durumun bunun aksine olduğu anlaşılabilir.

2.1. Temel Nasslar Işığında Devlet Kavramının İslami Açıdan Temellendirilmesi :

Hız. Peygamber (sav)'in nübüvvetinin Medine dönemi, müslümanların tedricen devletleşme sürecinin başlangıç yıllarıdır. Nitekim Mekke döneminde sadece **"Rasulullah"** sıfatını taşıyan Hız. Peygamber (sav)'e bu ikinci dönemde bir de **"devlet başkanı"** sıfatı yüklenilmiştir. Ancak yine de bu ikinci dönem içerisinde kendisine tâbi olan müminler nazarında O, daha ziyade **"Rasulullah"**tır. Yani peygamberlik konumu, devlet başkanı konumuna hep ağır basmıştır. Aslında Hız. Peygamberin devlet başkanlığı görevini üstlenmesi, tabii bir oluşumdur; O, kendisini devlet başkanı olarak atamadığı gibi, etrafındaki müminler tarafından da bu göreve seçilmiş değildir. Zaten bu dönem içerisinde Hız. Peygamberin (sav) devlet başkanlığı, kendisinden sonra bu görevi üstlenecek olanlar için öğretici bir **"tecrübe"** mahiyetindedir. Zira O'nun idareciliğini yaptığı devlet, henüz küçük bir site devletidir. İslam toplumunun bir medeniyet ve teşkilat olarak gerçek devlet hüviyetini ilk kez **Raşid Halifeler** döneminde kazandığını söylemek hatalı olmaz.

Hız. Peygamber (sav)'in idare ettiği devletin idari tarzı görünüşte monarşik bir mahiyet arz etmektedir. Zira devlet yönetiminde nihai yetki ve otorite kendisine aittir. Hatta K. Kerim Peygambere her hususta mutlak itaat gösterilmesini Allah'a iman bir gereği olarak sık sık vurgulamaktadır.¹³

Ancak K.Kerim'deki bu **"mutlak itaat"** zorunluluğunun O'nun peygamberlik makamına yönelik olduğu da göz ardı edilmemelidir. Zira O, devlet başkanlığı fonksiyonunu icra ederken de bir **"peygamber"**dir. Bununla birlikte K. Kerim O'nun devlet başkanlığını **"meşveret"** ile sınırlandırmıştır :

"Onlarla (Müminler topluluğu ile) iş hususunda (dünyevi meselelerde) müşavere de bulun"¹⁴

Ayetin, Hız. Peygamber (sav) hakkında bir tavsiye niteliğinde olduğu, O'nun şahsında bu emrin, kendisinden sonra gelecek idarecileri kapsadığı; zira O, vahiy alan bir peygamber olduğundan müşavere de bulunmasının zorunlu olmadığı şeklindeki görüşler mevcut ise de¹⁵

¹³ Buna delalet eden pek çok ayet gösterilebilir. Örnek olarak ; Ali İmran, 33, 132 ; Nisa, 13, 59, 69, 80 ; Enfal, 20, 46 ; Tevbe, 71 ; Nur, 52, 54 ; Ahzab, 33, 36, 71 ; Muhammed, 33 ; Fetih, 17 ; Hucurat, 14 ; Teğabün, 12.

¹⁴ Ali İmran, 159

¹⁵ İbn Cerir et-Taberî bu hususta farklı görüşler nakletmekte ve ayetin Hız. Peygamber (sav) hakkında nedb ifade ettiğini, belki böyle yapmakla (istişare de bulunmakla) arkadaşlarının (yönettiği toplumun) gönlünü almasının hedeflendiği, ancak O'nun dışındakiler hakkında ayetin farziyyet ifade ettiği görüşü taşıyanlar yanında, O'nun hakkında da bir **"emir/vücub"** hükmünde olduğu görüşünü taşıyanlardan da söz etmekle birlikte kendisi birinci görüşe yakın bir tercihte bulunmaktadır.

kanaatimizce ayetin delalet ettiği hüküm, yani devlet idaresinde meşveret zorunluluğu Hz. Peygamberi de kapsamaktadır. Nitekim O'nun pek çok önemli kararı, Sahabe ile istişare ederek verdiği bilinmektedir.

Ayetin medlulünün (delalet ettiği hükmün farziyetinin) Hz. Peygamber (sav)'i de kapsayıp kapsamadığı hususunda farklı görüşler mevcut ve hatta ekseriyeti itibariyle ayetin O'nun hakkında nedb (tavsiye) niteliğinde olduğu görüşü ağır basmakta ise de, O'nun dışındakiler için ayetin hükmünün kesin bir emir/farz niteliğinde olduğu hususunda çoğunluk görüşü mevcuttur.¹⁶

Ancak ayetin medlulünün Hz. Peygamber (sav) için nedb ifade ettiği görüşü, dolaylı olarak, kendisinden sonra bu makamı işgal eden idareciler açısından otokrasiyi beslemiştir. Zira **Mâverdi**'nin "*imamet*" tarifinden de açıkça anlaşılabileceği üzere, idareciler kendilerini Hz. Peygamber (sav)'in "*Halifesi*" olarak görmüşler ve O'nun hakkındaki — O'nun peygamberliğine yönelik olan — "*mutlak itaat*" zorunluluğunu kendi idarecilikleri için de bir dayanak kabul etmek istemişlerdir.

Bununla birlikte **Raşid Halifeler** döneminde devlet başkanlığının, Hz. Peygamber'in devlet başkanlığı makamının bir hilafeti olarak algılandığını gösteren önemli ipuçları vardır. Fakat buradaki "*Hilafet*" terimi, devlet idareciliğini Hz. Peygamber (sav)'in yaptığı gibi ifa etmeyi ifade etmektedir. O ise yönetimini tamamen, alınacak önemli kararlarda, yönettiği topluluğun görüşlerinin alınmasına — istişareye— dayandırmış, mutlak bir hükümdar gibi davranmamıştır.

Nitekim İslam siyaset tarihinde "*Hilafet*" kavramı, hukuka bağlılık; "*Saltanat*" ise güce dayanma ve keyfilik olarak yorumlanmıştır. **Hasan Haneî**, hilafeti ; "*İslam'da hilafet yönetimi, mülkiyet ve güç yönetimi değildir. O, sadece ümmetin maslahatı için genel idarenin Şeriat (dinin temel prensipleri) üzerine ikame edilmesidir. Hilafet halkın iradesinin dışında başka bir şekilde akdedilemez. Hilafet sahibine verilen yetki ve güç, sadece halktan alınır*" diye tanımlamakta ve hilafetin müslümanların meşveretine ve yönetimi sürekli denetlemesine dayandığını dört halifeden örneklerle anlatmaktadır.¹⁷

(Bkz: Taberi, Muhammed İbn Cerir, *Câmiu'l-Beyan fî Tefsiri'l-Kur'an*, Mısır, trs. , IV, 94.) Bu konudaki farklı görüşler için ayrıca bkz: Alusî, Şihabuddin, *Ruhu'l-Meânî*, Beyrut, trs. III, 106 ; Elmalılı Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur'an Dili*, İstanbul, trs. II, 452-454

¹⁶ Elmalılı Hamdi Yazır, **İmam Şafî'nin** ayetin bütün mü'minler açısından nedb ifade ettiği görüşünde olduğunu nakletmektedir. (Bkz: Elmalılı, *agc.* II, 454)

¹⁷ **Haneî**, bu bağlamda Hz. Ömer ile Selman Farisî arasındaki bir muhavereye yer vermektedir ki, Ömer, Selman'a ; "*Ben halife miyim, yoksa melik miyim?*" diye sorduğunda Selman ona şöyle cevap vermişti : "*Bir dirhemden az veya fazla bir şeyi müslümanların malından alıp da hakkı olmayan birisine verirsen halife değil, meliksin..*" [Güler, İlhami, "*Çağdaş Arap Düşüncesinde Din-Siyaset Tartışması*" , Türkiye Günlüğü 29/ Temmuz-Ağustos 1994, s. 154 (Haneî, *el-Yemin ve'l-Yesar fî fikri'd-Din*, s. 176'dan naklen)]

İslam'daki bu *hilafet-mülk* ayırımının aslında Hz. Peygamber (sav)'den nakledilen bir hadis ile de temellendirildiği söylenebilir ;

خلافة النبوة ثلاثون سنة ثم يؤتي الله الملك من يشاء

"Peygamberlik Halifeliğinin süresi otuz yıldır; ondan sonra Allah Mülkü (idareyi) dilediğine verir." ¹⁸

hadisi, ideal yönetim tarzı (Hilafet) ile zorbalığa dayanan yönetim tarzı (meliklik/saltanat) ayırımının temel argümanlarından birisi olarak değerlendirilmektedir.¹⁹

Emevilerle birlikte hilafetin saltanata dönüşmesinin sebeplerini sorgulayan **Muhammed el-Câbirî**, hilafet döneminin çok ciddi yasal boşlukları olduğunu vurgulayarak, saltanatı doğuran bu önemli boşlukları üç madde halinde sıralamaktadır :

1. Halife tayini için kanunca belirlenmiş bir statünün mevcut olmaması,
2. Halifenin yönetme süresinin belirlenmemiş olması,
3. Hilafetin ihtisaslaştırılmaması.²⁰

Hz. Peygamber (sav)'in Medine tecrübesi ve buna dayanan dört halife dönemi ile Emevîlerin saltanat yönetimi arasındaki farka dikkat çeken **Muhammed Arkoun** ise, zulüm ve zorbalığa dayanan düzenin, kargaşa, düzenin bozulması ve isyandan daha iyi olduğu düşüncesinin, saltanatın kendisini meşrulaştırma teorisi olduğunu, halbuki bunun Hz. Peygamber (sav)'in getirdiği "öğreti" ye tamamen zıt olduğunu öne sürmektedir.²¹ XVI. yüzyılda Batı'da, Fransız düşünür **Jean Bodin (1530-1596)** de otokrasi yönündeki tercihinde "nizam" fikrini ön planda tutmuştur.²² Buradan hareketle ortaçağın siyasi sorunları açısından Batı ile İslam dünyası arasında çok önemli bir fark görülemediğini söyleyebiliriz.

Öte yandan **Arkoun'a** göre ; siyasi süreç içerisinde "şûra" geliştirilebilseydi demokrasi veya benzeri, halka dayanan bir yönetim anlayışı oluşturulabilirdi. Halbuki "biat" geliştirildiği ve yönetim anlayışı bu kavram üzerine bina edildiğinden otokratik-teokratik yönetimler ön plana çıkmıştır.²³

Hanefî de bu bağlamda, Sünnî teorinin din-devlet birlikteliğini kavramış olmasına rağmen, siyaset veya yönetim işini bir "usul" sorunu olarak değil de "fûrû" sorunu olarak

¹⁸ Ebu Davud, Sünne, 9 (4646-48) ; Tirmizi, Fiten, 48 (2226-27)

¹⁹ Hadisin Hz. Peygamber'e aitliği hususunda bir takım itirazlar vârid olduğunu da belirtelim. Bazı yazarlarca, Emevi hükümdarlarının tutumunu protesto etmek isteyenler, bu tepkilerini Hz. Peygamber'in ağzından dile getirmek istemişlerdir. Hadisin sıhhati hakkındaki eleştiriler için bakınız: Kırbasioğlu, M. Hayri, "İstismara Elverişli Münbit Topraklar: Hadisler", İslamiyât, III/3, Temmuz-Eylül 2000, s.127

²⁰ Güler, agm , 155 (Cabiri, el-Aklü's-Siyasiyyil Arabî, Beyrut, 1990, s. 369'dan naklen)

²¹ Güler, agm , 155 (Arkoun, Tarihiyyetü'l-Fikri'l-Arabiyyi, Beyrut, 1986, s.191'den naklen)

²² Erim, 122

²³ Güler, agm , 154 (Arkoun, age , s. 177'den naklen)

ortaya koymasını ve bu konuda zamana göre yeni sistemler geliştirememesini eleştirmektedir.²⁴

Aslında İslam siyasi tarihinde, doktrinel anlamda yönetimin, halka dayalı olduğu fikrinin hiç mevcut olmadığı öne sürülemez. Zira örneğin ; “devlet başkanının idari tasarruflarının kamu maslahatı ile kayıtlı olduğu ve buna aykırı tasarrufların hükümsüz addedilmesi gerektiği” ilkesinden bahsedilmesi²⁵ bu anlayışın varlığına delalet etmektedir. Ayrıca idare hukukuna dair yazılmış kimi klasik eserlerde, devlet başkanının azledilebileceğinden ve hatta onu azletmeye yetkili — örneğin “Ehl-i Hâl ve’l-Akd” gibi — kurumlardan/kurullardan söz edilmesi de ²⁶ bu düşüncenin varlığını kanıtlamaktadır.

Ancak pratikte “azl kurumu”nun işletilmediği ya da işletilemediği de bir vâkıdır. XX. yüzyılın başlarında Osmanlı Devletinde II. Abdülhamit ile Vahideddin’in azli gibi bir-iki silik örnek dışında İslam tarihinde, halkın oyu ile azledilmiş hiçbir devlet başkanı örneği yoktur. Bunun başlıca sebebi, Müslümanların, “yönetimin asıl olarak halka dayanan bir yetkinin temsili” olduğu/olması gerektiği yönündeki temel İslami doktrini yeterince kavrayamamış olmalarında aranmalıdır. Öte yandan devlet başkanına itaati öngören ayetin de²⁷ mutlak olarak ele alınması “biat”ı ve bir yönüyle otokrasiyi/mutlakıyeti ön plana çıkarmıştır.

Halbuki gerek şûrayı öngören ayetler (A. İmran, 159 ; Şûrâ, 38) ve gerekse Hz. Peygamber (sav) ile dört halifenin yönetim tarzı referans olarak alındığında yönetimin “halk adına” yapılması gerektiği, yönetimde esas söz sahibinin toplum olduğu, devlet yöneticilerinin bu yönetme yetkisini ve otoritesini halk adına kullandıkları, gerektiğinde halkın bu temsil yetkisini devlet başkanından geri alabileceği, yani onu dilediği zaman azletme yetkisine sahip olduğu anlayışının “İslamî” öğretinin gereği olduğu gayet net bir şekilde anlaşılabilecektir.

Bu öğretinin aslında batılıların devlet yönetimini tabii hukuk kaideleri ile sınırlayan ve tabii hukuka uygun hareket etmeyen devlet yöneticilerinin azlini öngören teorisi ile yakın bir benzerliği vardır. Şu farkla ki batıda, devlet hükümlerinin asıl sahibinin halk olduğu tezi, antik yunan düşüncesine kadar dayanmakta ise de, bu teorinin uzunca bir süre uygulamaya yansıtılamadığı görülmektedir. XVII. yüzyılda Thomas Hobbes (1588-1679) “hükümdarın tabii hukuk kaidelerine uymasının zorunlu olduğu halde, mevzu kanunlara uymasının zorunlu olmadığını” savunuyor ²⁸ ve bu düşüncesini “bir kralın kendi koyduğu yasalara uyması istenilemez; onları dilediği gibi değiştirmek nasıl olsa elindedir. Fakat buna karşılık, yurttaşlarına hiç olmazsa saf bir özgürlük tanımaya zorunludur” şeklinde ifade ediyordu.²⁹

²⁴ Güler, agm , 156 (Hanefi, Mine’l-Akide ilas-Sevrâ, 5/166 vd’dan naklen)

²⁵ İbn Nüceym, el-işbah ve’n-Nezair, Beyrut, 1985, s. 124

²⁶ Maverdi, 17

²⁷ “Ey iman edenler ! Allah’a, Rasulüne ve Sizden olan emir sahiplerine (yöneticilerinize) itaat edin!..” (Nisa, 59)

²⁸ Erim, 137

²⁹ Akın, İlhan F. . Kamu Hukuku, 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, trs. s.114

Bu görüşler bir yönüyle, eskilerden beri savunulan ve devlet başkanının otoritesinin sınırlı olduğu tezinin, yetkisini aşan bir idarecinin azledilmesini sağlayacak hukuki/kanuni düzenlemeler gerçekleştirilemediğinden bir temenni olarak kalmaktan öte gidemediğini de açıkça ortaya koymaktadır.

Aynı durum İslam siyaset tarihi için de ifade edilebilir. Teorik planda devlet başkanının yetkilerini kötüye kullanımı durumunda azledilebileceği çeşitli şekillerde ifade edilmiş ise de, bu azlin hangi statü içerisinde gerçekleşebileceğine dair hukuki düzenlemelerin sağlıklı bir şekilde oluşturulamamış olması, bu düşünceyi teorik bir gerçeklik düzeyinde bırakmıştır.

Netice olarak şunu söyleyebiliriz: Devlet başkanı halkın temsilcisidir; kendisine her hususta itaat gösterilmesi gerektiği anlayışı itibariyle Peygamberin halifesi değildir. Belki, yönetimini, halk ile istişareye dayandıran ve onların görüş ve önerilerini ön planda tutan bir yönetim anlayışı itibariyle O'nun halifesi olarak nitelendirilebilir. Dört halife dönemindeki "hilafet" kavramından kastedilen anlam budur.

Devlet hakimiyeti halka ait olduğuna göre, devlet başkanı bu hakimiyetin kullanılması hususunda halkın temsilcisi konumundadır ve bu yetkiyi halkın rızasına dayalı olarak elde edebilir ve yine halk bu temsil yetkisini dilediği zaman ondan geri alma hakkına sahiptir. Ancak bu, temennide kalmamalı, bu hususta gerekli yasal düzenlemeler gerçekleştirilmeli, böylece devlet başkanının da yetkilerini kötüye kullanmaması hususunda bu düzenlemeler caydırıcı müeyyideler içermelidir. İslami devlet anlayışı ile ifade edilmek istenilen budur.

3. Devletin Din ile İlişkisi :

Ortaçağın devlet telakkisi, hem yönetim modeli açısından otokratik hem de teokratiktir. Zira krallar Tanrının yeryüzündeki naipleridirler ve yönetimleri Tanrının kendilerini bu göreve atamalarına dayanmaktadır.

Bu dönemin karakteristik özelliği, dinin korunması ve idamesi hususunda devletin çok önemli bir araç olarak görülmesidir. V. yüzyılda **Saint Augustin (354-430)**, "*Tanrı Devleti*" adlı eserinde, devletin meşruiyetini ve varlık sebebini, kilise hizmetine girmesine bağlamakta, devleti "*kilisenin emirlerini gerçekleştirmeye çalıştığı nispette*" meşru addetmektedir.³⁰

Benzeri bir yaklaşımın **Maverdî**'nin "imamet" tarifinde de mevcut olduğunu görmüştük. Zira o, imamet ; "*Dini korumak ve dünya siyaseti hususlarında peygamberliğin halifeliği makamını ifade eden bir terim*" olarak ifade etmektedir.³¹

³⁰ Erim, 76

³¹ Maverdî, 12-13

İslam siyaset tarihinde “*halife*” unvanına, siyasi bir unvan olarak değil, dini bir unvan nazarı ile bakılmasında da “*Din Devleti*” anlayışının izlerini görmek mümkündür. Neticede bu anlayış 20. yüzyıl başlarından itibaren oluşan kimi yeni devletlerin anayasalarında “*Devletin dini İslam’dır*” ibaresinin yer almasına yol açmıştır.

Ancak belirli bir topluluğun siyasi bir organizasyonundan ve bu yönüyle teşkilatlanmasından ibaret olan devletin, diğer bir ifadeyle devlet adı verilen soyut varlığın belirli bir dininin olması düşünülemez. Zira hangi düzeyde olursa olsun herhangi bir hükmi şahsın dini bir kimliğinden bahsedilmesi bilimsel açıdan gerçekçi değildir. Hükmi şahısların tabiiyetlerini irdelerken değindiğimiz üzere belki, devleti oluşturan, onun en öncelikli unsuru olan topluluğun (halkın) mensup olduğu bir dinden söz edilebilir. Dolayısıyla herhangi bir devletin anayasasında veya sair kanunlarında “*Devletin dini İslam’dır*” gibi bir ibarenin yer almasının pratikte hiçbir değeri yoktur. Hatta bu anlamda “*İslam Devleti*” terimi de bilimsel dayanağı olmayan bir ifadedir.

“İslam Devleti” tabirinin, 19. yüzyıldan itibaren sömürge durumuna düşen müslüman ülkelerin, bağımsızlıklarını kazanma ülküsünü ifade etmek bağlamında ortaya çıktığı ve literatürde yer almasının böyle bir gerekçeye dayandığı söylenebilir. Ancak günümüzde bu tabir, — galat bir kullanımla — çoğunlukla, daha ziyade devlet yönetiminin dini prensiplere uygunluğunu ifade etmek üzere kullanılmaktadır ki, bunun doğru kullanımı aslında “*İslamî Devlet*” şeklinde olmalıdır.

“*İslamî Devlet*” tabiri, batılıların tabii hukuk (ideal hukuk) kaideleri, müslümanların ise İslamî prensiplerle sınırlandırdığı devlet/yönetim anlayışını ifade etmektedir. Diğer bir tabirle Din/İslam, bireylerin davranışlarına nasıl ahlakî bir boyut katmayı, bütün bireysel ilişkilerini evrensel ahlak ilkeleri ile kayıt altına almayı amaçlıyor ise, toplumun hukuki, içtimai ve siyasi ilişkilerini de aynı ahlaki ilkelerle kayıtlamayı amaçlamaktadır. Güler’in çok yerinde bir ifadesiyle ;

*“Kur'an'ın temel öğretisi göz önünde bulundurulduğunda, dinle-devlet, din ile dünya veya ruhi (manevi) olanla zamana bağlı (maddi) olan arasında bir ayırım yapmak mümkün değildir. Siyasi ilişki veya davranış bütün maddiliğine/menfaatçiliğine, bütün tarihselliğine rağmen, o kadar da doğası gereği mecburen ahlakidir, ahlakın konusu içerisinde. Kur'an'ın ışığında ahlaki yanı bulunan her davranış ise “Salih amel” veya “seyyie” olması sıfatıyla Allah ve Ahiret ile bağıntılıdır. Diğer bir deyimle “Salih amel” veya “seyyie” , bireyler tarafından başka yerlerde olduğu gibi siyasi, hukuki, iktisadi süreçlerde de gerçekleşir.”*³²

Dolayısıyla Din, bireylerin davranışlarını şekli (formel) olarak değil, özü itibarıyla sınırlandırdığı gibi, hukuki, iktisadi ve siyasi tavırlarını da aynı şekilde şekli bakımından değil, amacı bakımından sınırlandırmaktadır. “*İslam hukuku*” tabiri yerine “*İslamî hukuk*” tabirinin kullanımının daha yerinde bir kullanım olduğunu ifade ettiğimiz gibi, “*İslam*

³² Güler, “Çağdaş Arap Düşüncesinde Din-Devlet Tartışması” , 165

İktisadı" yerine "*İslamî iktisat*" ; "*İslam devleti*" yerine de "*İslamî devlet*" tabirinin kullanımı daha bilimsel ve gerçekçidir.

Keza yönetim modelleri bakımından da İslam'ın benimsediği herhangi bir yönetim modelinin tercihi söz konusu değildir. Din'in temel yönetim ilkelerine uygun olmak kaydıyla, monarşi, oligarşi ve demokrasiden her biri "*İslamî*" addedilebilir.

II- DEVLETİN ŞAHSİYETİ :

1. Şahsiyetin Dayanağı :

"Hükmi şahıs" teriminin tarihi seyrini incelerken, devletlerin en eski tüzel kişi örneği olduğundan söz etmiştik. Şahıs topluluğu-mal topluluğu kategorizesine uygun olarak devletler şahıs topluluğu mahiyetinde tüzel kişilerdir.

Devletleşme, cemiyet halinde yaşamının tabii bir neticesidir. "*Cemiyet*" terimi, kendisinde her nevi bağları (illiyetleri) toplayan bir kavramı ifade eder. Bu bağlardan bir tanesi vardır ki, çok özel bir öneme ve gayet muayyen bir niteliğe sahiptir: Bu bağ, hukuki ve siyasi olan bağıdır ve bu bağ sayesinde insanlar devlet halinde teşekkül ederler.³³

Devlet "cemiyet" in değişik şekillerinden birisidir; cemiyet kavramı cinsi, devlet kavramı ise türü gösterir. Devlet yegane cemiyet şekli olmadığı gibi en geniş cemiyet şekli de değildir. Örneğin dinler ve ırklar gibi daha üst cemiyet şekilleri vardır ki, muhtelif devletlere ait daha fazla miktarda fertleri içine alır.³⁴

Daha alt düzeyde herhangi bir derneğin tüzel kişilik statüsü ile devletin tüzel kişilik statüsü karşılaştırıldığında mahiyet itibariyle çok önemli bir benzerlik görülebilir. Her ikisi arasında sadece ölçek/hacim bakımından bir farktan bahsedilebiliriz. Zira her ikisinde de belirli ve sürekli bir amaç doğrultusunda bir araya gelmiş insan topluluğu söz konusudur. Her iki topluluk da kollektif iradelerini, topluluk adına karar veren temsilcileri aracılığı ile ortaya koyarlar. Her ikisinde de topluluğun iradesi, mümessillerinin iradelerine bağlanmıştır.

Son dönemde devlete ait yapılan tanımlamalarda, bir devletin varlığından söz edilebilmesi için dört önemli unsurun bulunması şart koşulmaktadır. Bunlar ;

- Ülke*, yani sınırları tayin edilmiş toprak parçası,
- Halk*, yani devlet halinde örgütlenmiş insan topluluğu,
- Teşkilat*, yani bu topluluğu yönetecek ve topluluğun kollektif iradesini yansıtacak bir hükümet,
- Hakimiyet* (egemenlik), yani hükümetin kamuya yönelik otoritesi.³⁵

³³ Dell Vechio, 246

³⁴ Aynı yer.

³⁵ Kubalı, 167 ; Pazarcı, 5-6

Bir devletin hukuki (hükmi) şahsiyetini en açık bir şekilde ifade eden terim “*hakimiyet*” olduğundan, hakimiyet kavramı üzerinde durulması gereklidir.

2. Hakimiyet Kavramı :

Sözlük anlamında hakimiyet yani egemenlik ; “*üstün iktidarı, hiçbir denetime bağlı olmayan kesin buyruklar verme gücünü/otoritesini*” ifade etmektedir.³⁶ Ayrıca ; “*muayyen bir ülke içerisinde kullanılan ve devlet iradesine bağlı olan yüksek iktidar ve selahiyet*” şeklinde de tanımlanmaktadır.³⁷

Daha basit bir ifadesiyle hakimiyet, bir devletin gerek dahili ve gerekse harici olarak iradesini serbestçe ortaya koyabilme yetkisinden ibarettir. Ancak bu, tam bağımsız bir devlet için söz konusu edilebilir. İç ilişkilerinde serbestçe iradesini ortaya koyabildiği halde, devletlerarası münasebetlerde bir başka devletin iradesine/otoritesine bağımlı olan federal nitelikli devletler de vardır.

O halde bir topluluğun devlet halinde örgütlenebilmesi, devlet vasfı kazanabilmesi için dahili otoritenin sınırsız olması yeterlidir.

İslami telakkide, kimi ayetler esas alındığında³⁸ itikadi bağlamda mutlak hakimiyetin Allah’a ait olduğu, dinin inanç esaslarından birisi olarak kabulü gerekmekte ise de, metafiziksel boyutta hakimiyetin mutlak olarak Allah’a ait olması, fiziki çerçevede ve siyasi anlamda devletlerin hakimiyetinin bulunmadığı/bulunamayacağı neticesini doğurmaz. Hakiki şahısların kendilerine ait cüz’î bir iradeleri mevcut ve bu iradelerini serbestçe kullanma inisiyatifi nasıl kendilerine bağışlanmış ise, devletlerin de kendilerine ait bir iradeleri söz konusudur ve aslolarak hakimiyet ile kastedilen budur.

2. 1. Hakimiyetin (Şahsiyetin) Sınırlandırılması :

Hakimiyet kavramı, bir devletin iradesini ve dolaylı olarak şahsiyetini ifade ettiğine göre, hakimiyetin sınırlandırılması bir yönüyle şahsiyetin sınırlandırılması anlamında değerlendirilmelidir.

Uluslararası ilişkiler açısından devletler zaten uluslararası hukuk kuralları ile kayıtlı bulunduğundan, devlet hakimiyetinin sınırlandırılması özellikle iç hukuk bakımından ön plana çıkmaktadır.³⁹

³⁶ Pazarcı, 18

³⁷ Kubalı, 195

³⁸ Örneğin, Bakara, 107 ; Maide, 40 ; Tevbe, 116 ; Zuhuruf, 85

³⁹ Nitekim hakimiyeti, uluslar arası hukuk normları çerçevesinde daha kayıtlayıcı bir tarzda tanımlayanlar da mevcuttur. Bunlardan birine göre hakimiyet; “*devletin, hukuki açıdan başka bir dış ya da üstün iktidara bağlı olmadan ve sadece uluslararası hukuk kuralları ya da kendi kabul ettiği bağlantılarıyla sınırlanan, serbestçe karar verme yetkisidir*”[Pazarcı, 20]

Devletin, kendisini oluşturan bireylerle olan ilişkilerindeki konumunu önemli ölçüde belirleyici bir özelliğe sahip bulunan bu mesele üzerinde bugüne kadar farklı görüşler ortaya atılmıştır.

Devlet karşısında ferdin hürriyetini ön planda tutan Fransız Doktrinine karşılık, Alman Doktrini devletin mutlak hakimiyetini savunmuştur.

Birinci görüşe göre; fert, akıl ve irade sahibi hukuki bir varlıktır. Devletin de kendisini oluşturan bireylerden ayrı hukuki bir varlığı (şahsiyeti) var ise de, bu keyfiyet bireyin hukuki varlığını inkar etmeyi değil, bilakis onu tanıma yükümlülüğünü gerektirir. Zira devlet bir gaye değil, ancak bir vasıta; ferdin hakları tabii haklardır ve bu itibarla devletin hâkimiyetinin bu haklarla sınırlandırılması gereklidir.⁴⁰

Klasik Alman Doktrinine göre ise; hukuku yaratan devlettir. Ferdî haklar ancak devlet tarafından yapılan kanunların teminatı altına alındığı takdirde ve alındığı nispette bir hukuki değer taşır. Yani bu haklar mevzu kanunlarda yer aldığı takdirde devleti tahdit eder.⁴¹ Bu görüşün özü, devletin ancak kendi kendisini tahdit edebileceğidir.

L. Duigít “devlet” teriminin kavramsal bir gerçekliği bulunmadığını, bu terimin, kollektif bir şahıs olduğu sanılan “devlet” i ifade etmediğini öne sürmüştür. Duigít’e göre böyle bir şahıs hayaldir. “Devlet” teriminden anlaşılan mana, otoriteyi elinde tutan hakiki şahıslardır.⁴² **Duigít**, ideal anlamda devlet kavramının gerçekliğini kabul etmediği gibi, devletin hakimiyetinden (şahsiyetinden) bahsedilmesinin de söz konusu olamayacağını öne sürmüştür. Ona göre devletin değil, yönetenlerin hakimiyetinden bahsedilebilir. Halbuki yönetenler de, yönetilenler gibi, cemiyetin sadece birer ferdi olmak sıfatı ile sosyal dayanışmanın gereklerine ister istemez uymak ve içtimai tesanüdün zorunlu kıldığı bir takım menfi ve müspet yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadırlar.⁴³

J. J. Russocu da teorik anlamda hakimiyeti, siyasi cemiyeti teşkil eden fertlerin bütününden mürekkep manevi bir şahsa ırcâ ettirmekte ise de, hükümrانlık yetkisinin (hakimiyetin) sınırının topluluğun menfaati olduğu, ancak bu menfaati takdir yetkisinin de hükümdarda bulunduğu ve buna göre, fiilen hükümrانlığın sınırını bizzat hükümdarın tayin edebileceği görüşü ile de mutlakiyet taraftarı görüntüsü vermektedir.⁴⁴

Bu mütalaaların, demokrasi fikrinin henüz yeterince oluşmadığı bir dönemin, yani 19. yüzyıl öncesinin siyasi anlayışının birer yansımaları olarak, çok net bir şekilde devlete, kendisini temsil eden bireylerden (yöneticilerden) müstakil bir şahsiyet tanımakta bile yeterli olmadıkları söylenebilir.

⁴⁰ Kubalı, 210

⁴¹ Kubalı, 210

⁴² Kubalı, 192

⁴³ Kubalı, 213

⁴⁴ Erim, 195

Halbuki günümüz siyasi anlayışı gereği devlet terimi, hem kendisini oluşturan bireylerden hem de onu temsil eden gerçek kişilerden ayrı, bağımsız bir mevcudiyeti bulunan soyut bir varlığı (şahsiyeti) ifade etmektedir. Dolayısıyla yönetenlerin de gerçekte devletin birer bireyi (vatandaşı) olmak bakımından yönetilenlerden farklı bir konumu yoktur. Sadece bunların iradeleri, devletin iradesi mevkiinde olduğundan kendilerinde şekli bir üstünlük (imtiyaz) göze çarpmaktadır.

Devleti oluşturan topluluğun bazı bireyelerine, topluluğu temsil etme, gerektiğinde onlar adına karar verme yetkisinin verilmesi ve bu yetkinin gereği olarak, bunlar tarafından ortaya koyulan iradenin (kararların) bütün topluluğu bağlayıcı nitelikte olması, tabiatıyla devletin özellikle içe yönelik iradesinin sınırlandırılması gereğini ortaya çıkarmaktadır. Gerçekte demokrasi ile kastedilen yönetim modeli budur. Zira otokrasi sadece monarşiyi çağrıştıran bir yönetim tarzı değildir. Çoğunlukla monarşilerde kralın yetkilerinin sınırsızlığı ve aynı zamanda hiçbir kuruma karşı sorumlu olmaması otokrasiyi ifade ediyor ise de, yöneticilerinin idari yetkileri sınırlandırılmamış oligarşik ve cumhurî idareler de aynı derecede otokratiktirler.

Devletin hukuki (hükmi) bir şahsiyeti haiz bulunduğu anlayışı, son iki asır içerisinde tüm dünyada hızla yayılan demokratikleşme hareketlerinin gelişimi ile paralellik arz eder. Zira ortaçağın monarşik idare anlayışında ülke/devlet kralın sahip olduğu bir meta, halk ise onun avâneleridir. Dolayısıyla kralın sınırsız bir yetkisi mevcuttur. Halbuki demokratik idarelerde devlet, bütün halkın müştereken sahip olduğu, bu itibarla üzerinde hepsinin söz sahibi bulunduğu soyut bir varlığın adıdır. Devletin şahsiyeti halkın bütününe temsil eden bir mahiyeti vardır. İdareciler, idari yetki ve tasarruflarında halk adına hareket ederler, onların müşterek menfaat ve maslahatlarına aykırı bir inisiyatifte bulunamazlar, bulunmamaları gerekir.

Bu sebeple idarecilerin kamu (devlet) adına kullandıkları idari yetki ve tasarruflarını kamu maslahatına aykırı bir tarzda kullanmamaları gereği, modern demokrasilerde hukuki düzenlemelerin buna uygun olarak gerçekleştirilmesini zorunlu hale getirmektedir.

2. 2. Devlet Hakimiyetini Sınırlayıcı Faktörler :

Genel olarak hükmi şahıs teorisine göre, hükmi şahıslar ancak tüzüklerindeki amaçlar ve faaliyet alanları ile sınırlı bir hak ve borç ehliyetine sahiptir. Yani bu açıdan tüzel kişilerin iradeleri sınırlandırılmıştır. Tüzel kişinin organlarının, amacı aşan faaliyet ve tasarrufları tüzel kişiyi bağlamaz.

Aynı bakış açısıyla devlet tüzel kişiliğinin de iradesi demokrasi anlayışı gereği sınırlandırılmayı gerektirmektedir. Aksi taktirde yönetim tarzı ne olursa olsun, müstebit bir idare ile karşı karşıya kalınır ki, bu, devletin tüm topluluğu temsil eden bir şahsiyeti bulunduğu ilkesine aykırıdır. Klasik İslami kaynaklarda yer alan; “devlet başkanının idari

tasarruflarının kamu maslahatı ile kayıtlı olduğu" düsturu⁴⁵ devlet hakimiyetinin sınırlandırılması gereğini ifade etmekte ise de bunun teorik bir gerçeklik düzeyinde kaldığı da ayrı bir hakikattir.

Bu ilkenin gerçeklik kazanabilmesi için öngörülen yöntemler şunlardır :

a) Devletin anayasa ile kayıtlanması :

"Anayasa" keyfi iktidarın sınırlanması amacıyla teşkilatlandırılmış bir siyasal toplumun çerçevesini, diğer bir deyişle devlet gücünün kullanılmasının denetimi için yararlanılabilecek teknikleri ifade eden bir terimdir.

Ancak anayasa adlı hukuki belgeye sahip bulunan her devlet "*Anayasal Devlet*" değildir. Anayasal devlet, devletin hukuka bağlı bir devlet olarak, hukuk devleti olarak kurulması gereğini ifade eder. Anayasal devlet yönetenlerin anayasa ile bağlandığı, sınırlandığı bir devlettir ; dolayısıyla böyle bir amaca göre örgütlenmiş olmayan ve yalnızca devletin şekli-kurumsal yapısını gösteren bin anayasanın varlığı, ortada gerçek bir "anayasa" ve "anayasal devlet" bulunduğunun kanıtı sayılmaz.⁴⁶

Nitekim James Buchanan'ın öncüsü olduğu bir grup Amerikalı iktisatçı bilim adamı "*Anayasal İktisat*" adını verdikleri yeni bir disiplin geliştirmişlerdir. Bu yazarlar, siyasi iktidarın iktisadi konulardaki düzenleme yetkisini sınırlamak üzere bir "*ekonomik anayasa*"nın gerekliliğini ısrarla vurgulamaktadırlar. Bununla, devletin mâlî ve iktisadi yetkilerinin, denk bütçe, sabit vergi oranları, borçlanmanın ve para hacminin kısıtlanması gibi kurallarla mutlak olarak sınırlandırılması gerektiği kastedilmektedir.⁴⁷

Hukuk devleti ilkesi bakımından önemli olan bir başka nokta da, kanunların hukuk güvenliğini sağlayacak biçimde öngörülebilir olmaları ve sık sık, keyfi olarak değiştirilememesidir. Siyasi bir ideal olarak hukuk devleti, devlet gücünün ve yetkisinin genel, öngörülebilir ve tarafsız bir biçimde kullanılmasını güvenceye almakla sağlanabilir.⁴⁸

b) Yasama ve Yürütme erklerinin gerçek anlamda ayrılması :

Demokratik sistemlerde yönetim, kuvvetler ayrılığı prensibi üzerine ikame edilmektedir. Bununla yasama, yürütme ve yargı erklerinin birbirinden bağımsız olarak ayrılması, yani bu fonksiyonları tek bir organın değil, ayrı organların icrâ etmesi kastedilmektedir.

⁴⁵ İbn Nüceym, 124

⁴⁶ Erdoğan, Mustafa, "*Liberal Anayasacılık ve Hayek*", Türkiye Günlüğü, sayı: 22 , Bahar 1993 , s. 97

⁴⁷ Erdoğan, 98

⁴⁸ Erdoğan, 99

Ancak **Hayek**, demokrasinin yanlış yorumlanması sonucunda, uygulamada kuvvetler ayrılığının fiilen ortadan kaldırılarak, adil davranışın genel kurallarını belirleme fonksiyonu ile hükümet etmeye ilişkin kuralları koyma işlevinin aynı elde toplandığını, bunun ise gerçek bir kuvvetler ayrılığını ifade edemeyeceğini belirtmektedir. Zira kuvvetler ayrılığının bir anlam ifade edebilmesi için, bir kanunun ne olduğunun, onu çıkaran organdan ayrı olarak, yani kendi öz niteliğiyle ilgili bağımsız bir ölçütle belirlenmesi gerekir. Bugünkü demokratik anlayış ve uygulama ise bundan tamamen farklıdır. Zira modern demokrasilerde kanun yapma ile hükümet etme yetkileri aynı meclisin elindedir.⁴⁹

Yani Hayek'e göre hükümet edenler, yasama yetkisini elinde bulunduran meclisin dışından oluşturulmalıdır. Nitekim günümüzde Amerika Birleşik Devletleri'ndeki model bu şekildedir. Böylece hükümet edenlerin daha reel bir denetim altına alınması mümkün olabilecektir.

c) Yönetim yetkisinin paylaştırılması :

Devlet hakimiyetinin sınırlandırılmasını sağlayacak faktörlerden birisi de devleti yönetme yetkisinin, toplumun geniş bir katmanı içerisinde tedrici olarak paylaştırılmasıdır. Zira yönetme yetkisinin merkezi bir organda toplanması da, devlet hakimiyetini (iradesini) elinde tutanların, bu yetkiyi kötüye kullanmaları için önemli bir neden teşkil etmektedir.

Bu cümleden olarak sivil inisiyatiflere de ağırlıklı olarak yer verilmelidir. Böylece toplumsal sorunlar sivil toplum örgütleri eliyle, bireyin inisiyatif ve gönüllü işbirlikleri aracılığı ile çözülmeli; bir problem çözme aracı olarak “devlet zoru”na asgari ölçüde başvurulmalıdır.⁵⁰

c) Yönetenlerin yargı dokunulmazlıklarının sınırlandırılması :

Yönetenlerin, yönetilenlerle eşit şekilde kanunlara tâbi kılınması ve bu bağlamda kanun ihlalleri durumunda diğer bireyler gibi yargılanmalarını en etkin bir biçimde sağlayacak düzenlemelerin gerçekleştirilmesi de, kamu (devlet) adına hareket edenlerin bu alandaki yetkilerini sınırlayıcı bir önlemdir. Zira, devlet hakimiyetinin sınırlandırılmasının ilk adımı, yönetenlerin abartılı imtiyazlarının önüne geçilmesidir.

3. Devletin Tüzel Kişiliğinin Çerçevesi :

Devlet adını verdiğimiz varlık, kendisini meydana getiren fertlerden ayrı bir mevcudiyeti haizdir ve onların bireysel iradelerinin dışında, müstakil bir iradesi bulunan ve hatta bu iradesi ile kendisini meydana getiren fertleri de bağlayan, onların sosyal münasebetlerini denetim altına alan yegane otorite sahibi olarak “hukuki/hükmi bir şahıs”

⁴⁹ Erdoğan, 99-100

⁵⁰ Erdoğan, 96

tır. Diğer bir ifadeyle devletin *irade ve ihtiyar sahibi* olduğunu belirttiğimiz zaman onun hukuk nazarında bir hukuk süjesi olduğunu da kabul etmiş oluruz. Gerçek kişiler nasıl iradeleri ile hak elde edip borç doğurma ehliyetine sahip iseler, devletler de hem iç hukuk bakımından hem de uluslar arası ilişkiler bakımından sahip olduğu irade ile hak elde edebilir ve kendisi aleyhine borç doğurabilirler.

Bir devletin tüzel kişiliği, belirli bir toprak parçası (ülke) üzerinde yaşayan bir insan topluluğu bağımsız bir siyasi örgüte ulaştığında kendiliğinden doğar. Bu itibarla gerçekten siyasi örgütlenme sağlanmış ve bağımsızlık korunabilmiş ise bu yeni devletin şahsiyet kazanabilmesi için başka devletlerin "*tanıma*"sı gerekmez. "*Tanıma*", tanıyan devletin, tanınan devletle ilişkileri açısından önemlidir. Her devlet kendi kamu hukuku bakımından hakimiyet gücünü elde etmiş bulunduğu — zira devlet olabilmenin öncelikli koşulu egemenliktir — ve ülkesi sınırları içerisinde başka üstün bir güç tanımadığından, tanınmayan devletin tüzel kişiliği, tanımayan devletlerin sınırları içerisinde ve dış ilişkilerinde yok sayılır. Fakat bağımsız bir siyasi güce ulaşan bir insan topluluğu başka devletler tarafından tanınmasa bile, kendi ülkesi sınırları içerisinde "*tüzel kişilik*" olarak vardır.⁵¹

Ayrıca bir devletin hükmi şahsiyeti zorunlu ve tabii bir neticedir. Zira devlet, kendi bünyesi içerisinde vücuda getirilen kamu ve özel tüzel kişilere "*şahsiyet*" bahşeden yegane şahıstır.

Öte yandan mutlak anlamda bir devletin tüzel kişiliğinden, ancak uluslararası ilişkiler açısından söz konusu edilebilir. Zira uluslararası hukukun en öncelikli muhatabı devletlerdir. Her ne kadar gerçek kişileri muhatap alan bazı özel durumlar söz konusu ise de, bunlar istisnaidir ve uluslararası platformda ilişkiler devletler arasında cereyan etmektedir. Dolayısıyla bir bütün olarak "*devletin hükmi şahsiyeti*" uluslararası alanda bir kıymet ifade etmektedir.

İç hukuk bakımından da bireylerin mutlak anlamda devletin tüzel kişiliği ile hukuki bir münasebeti olamaz. Zaten devlet adını verdiğimiz "*şahıs*" pek çok alt "*hükmi şahıs*" tan mürekkep bir varlıktır. Dolayısıyla gerek gerçek kişiler gerekse hususi hukuk tüzel kişilerin hukuki sahada muhatabı "*devlet*" değil, devletin cüzlerini teşkil eden kamu tüzel kişileridir. Örneğin belediye idaresi tarafından arazisi haksız bir şekilde istimlak olunan gerçek veya tüzel bir kişinin bu durumda muhatabı "*devlet tüzel kişiliği*" değil, "*belediye tüzel kişiliği*" dir. Haksızlığa uğrayan şahıs bu durumda devleti değil, belediye tüzel kişiliğini dava edebilir.

Bir gerçek ya da tüzel kişinin mutlak anlamda bir bütün olarak "*devlet*" ile olan münasebeti, yine uluslararası alanda söz konusu olabilir ki, bu da bu kişinin, tâbi olduğu devletin kendisi hakkındaki haksız uygulamaları konusunda uluslararası örgütlere başvurması halinde söz konusu olur.

⁵¹ Hatemi, *Tüzel Kişiler*, 6

İKİNCİ BÖLÜM

Vakıf ve Derneklerin Hükmi Şahsiyeti

BİRİNCİ AYIRIM

Vakıfların Hükmi Şahsiyeti

I- VAKFIN HUKUKİ MAHİYETİ :

1. Vakfın Dayanağı :

İslami kaynaklarda vakıf muamelesini “İslam” ile özdeşleştiren bir telakki gözlemlenmektedir. Bu kanaat, Hz. Peygamberden öncesinde, onun yaşadığı toplum (Cahiliye toplumu) baz alınarak, bütün faziletli davranışların, mürüvvet duygularının, Hz. Peygamber (sav)’in risaletini yaptığı “Din”in teşvikiyle görülmeye başladığı, bundan önce insanların “iyilik” duygusundan yoksun bulundukları şeklindeki yerleşik şuuraltının mahsulü olarak değerlendirilebilir. Halbuki, Hz. Peygamber (sav) gönderilen peygamberlerin ilki değildir ve kendisinden önce gönderilen bütün peygamberler de, içinde yaşadıkları topluma aynı ahlaki ilkeleri, fazilet duygusunu aşılamaya çalışmışlardır.

Kur’an ve Sünnet nasslarında bugünkü yaygın kullanımı ile “*vakıf*” terimi geçmemektedir. Ancak vakfın, “*içtimai dayanışma*” prensibine ve bu yönüyle “*infak*” kavramına yaslanmış olması itibariyle, Kur’an ve Sünnet nasslarında buna delalet eden pek çok delil/dayanak bulmak mümkündür. Infak ve sadaka mefhumlarının sadece Hz. Muhammed’in getirdiği Şeriata has kılınmayıp, geçmiş bütün kavimlere uygulanan şeriatlarda da bu kavramların şümulü içerisine girebilecek hükümler teşri olunduğu bir gerçektir.¹

Halen Kudüs’te bulunan ve bir süre öncesine kadar özel mütevellileri marifetiyle idare edilmekte iken, Vakıflar idaresi tarafından mazbut hale getirilen vakıflardan bazılarının Hz. İbrahim döneminden kaldığına dair rivayetler vardır.² Ayrıca Eski Ön Asya Uygarlıklarında ve bilhassa Mezopotamya’da vakfın en eski kaynaklarına rastlanılmıştır.

¹ İslam’dan önce, eski kavimlerde vakıf ve benzeri muameleler hakkında bakınız: Akgündüz, Prof. Dr. Ahmet, **İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi**, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayını, II. baskı, İstanbul, 1996, 52-55

² Mavslı, III, 41

Babil’de Sumula İlu devrinde tesis edilmiş dini bir vakıf hakkındaki bazı vesikalar bunu doğrulamaktadır.³ Hz. İbrahim’in de Babilli olduğu hatırlanmalıdır. Yine **Kabe’nin**, Hz. İbrahim’in meydana getirdiği ilk vakıf mabetlerden biri olduğunu söylemek mümkündür. Hatta tarihi verilere göre Kâbe, İslam öncesinde de, bugünkü uygulamalara yakın bir tarzda tüzel kişiliği olan bir vakıftır ve Kâbe, İslam’daki mescit vakıflarının fikri dayanağıdır.⁴

Öte yandan bazı araştırmacılar Cahiliye döneminde bilinen vakıflar arasında **Zemzem Kuyusunu** da sayarlar.⁵

Roma’da da vakıf mefhumuna uygun bazı uygulamalar mevcuttur. Özellikle Hristiyanlığın kabulünden sonra dini ve hayrî amaçlarla yapılan bağışların ve belirli mal vasiyetlerinin yönetimlerinin piskoposlara ya da papazlara bırakılması ve zamanla, belli amaçlara tahsis edilmiş olan mal topluluklarına bir nevi “*şahsiyet*” tanınmış olması⁶ bu kanaati kuvvetlendirmektedir.

Vakfın İslamî dayanağı hususunda Kuran’daki genel “*infak*” ve “*sadaka*” kavramlarının teşviki dışında, daha somut bir dayanak olarak, meşhur hadis mecmualarının pek çoğunda yer alan bir hadis önemli bir argüman olarak değerlendirilmektedir ;

Abdullah İbn Ömer’in rivayetine göre, babası Ömer’e, Hayber’in fethi sonrası ganimetten bir arazi düşmüştü. Ömer, Hz. Peygambere gelerek şöyle dedi:

“Ey Allah’ın Rasülü! Hayber’de bir yer edindim; bugüne kadar onun gibi kıymetli bir yer elde etmedim. Onu ne yapmamı emredersin?”

Hz. Peygamber (sav) ona şöyle karşılık verdi :

“İstersen aslını (aynını) Allah için hapsed, gelirini sadaka kıl.”

Bunun üzerine Ömer onu şu şartlarla vakfetti:

“Onun aslı satılmayacak, bağışlanmayacak, ona hiç kimse varis olmayacak, onun geliri sadece fakirlerin, yakın akrabasının olacak. Ayrıca köle azat edilmesi için, Allah yolunda savaşanlar için ve yolda kalanlar için de sarfedilecektir.”⁷

Ebu Davud’un naklinden Hz. Ömer’in, halifeliliği döneminde vakıf senedine yeni ilavelerde bulunduğu anlaşılmaktadır:

“Bismillahirrahmanirrahim.. İşte bu, Allah’ın kulu Ömer’in Semğ’in vakfedilmesi hakkında yazdığı (vakıfnâme)dir; ... İçindeki meyvalardan elde edilenler dilenci ve yoksullar içindir. Semğ’in velisi isterse oranın mahsulünden ödeyerek çalıştırmak üzere köle satın alabilir. Bu vakıfnameyi Muaykib yazdı, Abdullah b. Erkam şahit oldu. Bu Allah’ın kulu ve müminlerin emiri Ömer’in vasiyetidir. Ona bir şey olursa, Semğ, Sırma ibnu’l-Ekvâ, orada işleri yürüten kölesi, Hayber’deki yüz hissesi ve orada bulunan kölesi, Vâdi’l-Kurrâ’da Muhammed

³ Kayaoğlu, İsmet, “Vakfın Menşei hakkında Görüşler” , Vakıflar Dergisi, Sayı:X1, yıl: 1976, s. 53

⁴ Hatemi, Vakıf Muamelesi, 21-23

⁵ Kayaoğlu bu görüşü, M. Z. Pakalın’a dayandırmaktadır ; s.51

⁶ Karadeniz-Çelebican, Roma Hukuku, 183

⁷ Buhari, Şurut, 19, Vasâyâ, 28, Eyman, 33 ; Müslim, Vasiyyet, 15 ; Ebu Davud, Vasaya, 13 (2878) ; Tirmizi, Ahkam, 36 (1375); Nesai, Ahbas, 1; İbn Mace, Sadakat, 4 (2396)

aleyhisselamin yiyecek olarak kendisine verdiği yüz vesakın idaresi; bütün bunlara yaşadığı sürece Hafsa bakacak ve idare edecektir. Ondan sonra akraba ve ailesinden görüş sahipleri şu şartlar dahilinde idare edeceklerdir: Orası satılmayacak, satın alınmayacak, dilenci, yoksul, akrabadan olanlara münasip gördüğü tarzda harcayacaktır. Onu idare eden kimsenin ondan yemesi ya da yedirmesinde, geliriyle çalıştırmak üzere köle satın almasında herhangi bir vebal ve sakınca yoktur.”⁸

Vakfedilen malların bir veli (mütevelli) marifetiyle idaresi, görünürde Hz. Ömer'in bu husustaki uygulamasına dayandırılabilir ise de, kanaatimizce Ömer'in bu konuda daha önceden bir bilgisi, tarihi verilere dayalı bir tecrübesi olduğu anlaşılmaktadır.

Bu da vakfın müslümanlardan önce de bilindiği ve bugünkü uygulamaya benzer bir şekilde yürütüldüğü kanaatini pekiştirmektedir.

2. Vakfın Tarifi ve Mahiyeti :

Türk Medeni Kanunu vakfı ; *“Başlıbaşına mevcudiyeti haiz olmak üzere bir malın belli bir gayeye tahsisidir”* şeklinde tanımlamaktadır. (m.73) Aynı şekilde **“Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkındaki Tüzük (M.V.T.)** de bu tarifi aynen benimsemiştir.

Bazı hukukçular Medeni Kanun'un bu tarifini eksik bulmakta, bütün malların aslında bir gayeye tahsis edildiğini, mesela bir evin oturmaya, bir elbisenin giymeye tahsis olduğunu, dolayısıyla maddeye *“devamlı olmak üzere bir malın belli bir gayeye tahsisi”* şeklinde bir ifadenin ilave edilmesi gerektiği görüşündedirler.⁹

Bu görüşte olanlara göre vakfın tarifi ; *“Bir mal veya mal topluluğunun, bir mal varlığının veya gelirinin veya ekonomik değeri olan hakların usulü veçhile belirli ve sürekli bir amaca tahsis edilmesidir.”¹⁰*

Özü itibariyle İslam hukukçuları da vakfı benzeri bir şekilde tanımlamaktadırlar ki, onların tariflerinden de vakıf ile *“belirli bir malın belirli bir amaca/cihete tahsisi”* nin kastedildiği neticesi çıkartılabilir. Ancak İslam hukukçularının vakfa, sahip olduğu statü açısından farklı mahiyetler atfettikleri de söylenmelidir.

Ebu Hanife'ye göre vakıf ; *“Vakfedenin mülkü olarak kalmak üzere bir ayn'ı (somut bir malı) hapsetmek ve menfaatini bir hayır ve birr (iyilik) yoluna tasadduk etmektir.”¹¹*

⁸ Ebu Davud, 2879

⁹ Öztan, Bilge, **Tüzel Kişiler**, 107

¹⁰ Aynı yer.

¹¹ Mavsili, III, 45 ; Merginani, III, 15 : Aslında Ebu Hanife'ye göre de tescilden sonra vakfedenin mülkünden çıkar.

Yine Hanefilerden **Ebu Yusuf ile İmam Muhammed'e** göre ise vakıf ; “*mülkiyeti Allah'a, menfaati insanlara ait olmak üzere bir ayn'ı hapsedmektir.*”¹² Hanefi ekolünde, uygulamada bu tarif esas alınmıştır.

Şafii ve Hanbeli ekolüne mensup hukukçular da bu ikincisine yakın bir tarif yaparlar.¹³

Malikilere göre ise vakıf ; “*ücret ile dahi olsa, mülkiyet altındaki bir menfaatin veya onun gelirinin, hapsedenin (vakfedenin) uygun göreceği bir süre, muayyen bir cihete, buna ait sığa ile tayin edilmesidir.*”¹⁴

Malikilerin vakıf anlayışına göre, vakfedilen mâmelek vakfedenin mülkünden çıkmamaktadır. Dolayısıyla vakfeden açısından sağlığında her zaman için geri dönüş hakkı mevcuttur. Yani bu, bir yönüyle intifa hakkının devredilmesinden ibarettir.¹⁵

3. Vakfın Hukuki Neticesi :

Modern hukukçulara göre vakıf kurma muamelesinde, kurucu unsur olan irade beyanı, iki hukuki netice doğurur:

1. Kişilik ihdası
2. Kazandırma.

Yani herhangi bir gerçek veya hükmi şahıs, vakıf teşekkülü doğrultusunda bir irade ortaya koyduğu zaman öncelikle, vakfa konu olan mâmelekin mülkiyetini kendisine izafe edeceği bir “**hukuki şahıs**” vücuda getirmeyi amaçlamış olur. Dolayısıyla öncelikle hukuki kişilik vücuda getirildikten sonra, vakfedilen mâmelek, bu kişiliğin mülkiyetine geçirilmek suretiyle de “**kazandırma**” meydana gelir.¹⁶ (TMK: 74 ; MVT: 14)

Klasik dönem İslam hukukçuların çoğunluğuna göre vakıf kurma iradesi, vakfedilen mevkufun (mâmelekin) vakıf sahibinin mülkiyetinden çıkarak Allah'ın mülkiyetine girmesi ve ebediyen olmak şartı ile — belirli bir süre ile kayıtlanmaksızın — geriye dönüş imkanını da ortadan kaldıran bir tarzda menfaatinin ammeye ait olmasını gerektirecek bir netice doğurur.¹⁷ Yani çoğunluğa göre vakıfta “**te'bid**” esastır. Hatta mevkufu aleyh, sonu gelecek bir cihet bile olsa vakfedilen mal, devamında örfen fakirlere sarfedilir.¹⁸

¹² Mavsili, III, 45 ; Merğınani, III, 15

¹³ Şirbini, II, 276 ; Ğamravi, 303 ; Zuhayli, X, 244

¹⁴ Zuhayli, X, 245 ; Malikilerin diğeri tarifleri için bakınız: Akgündüz, 85

¹⁵ Akgündüz, 85

¹⁶ Hatemi, **Vakıf Muamelesi**, 165 vd.

¹⁷ Kasani, VI, 221 ; Şirbini, II, 389 ; Zuhayli, X, 244

¹⁸ Damad, I, 734

Ancak **Malikilere göre** vakıfta, vakfedilen mâmelekin, vakfedenin mülkiyetinden çıkması gerekmediği gibi, vakıfta “*te’bid*” (ebedilik) de şart değildir.¹⁹

Hanbelilere göre ise, mevkufun mülkiyeti, vakfedildiği andan itibaren vakfedenin mülkü olmaktan çıkar, mevkufu aleyh’in mülkü haline gelir.²⁰

Klasik hukukçuların, vakfın hukuki neticesi olarak, bugünkü telakkiye atıfla, sadece “*kazandırma*”dan bahsettikleri anlaşılıyor. Bu da mevkufun, artık geri dönüş (rücû) imkanını ortadan kaldıracak bir tarzda vakfedenin mülkiyetinden çıkması ile tahakkuk eder.

Vakfın hukuki neticesi olarak o dönemde, “*kişilik kazandırma*”dan söz edilmemesi, hukuki/hükmi şahsiyet mefhumunun bilinmediğine bağlanabilir ise de, o dönemde de mevkufun mülkiyetinin nereye intikal edeceği meselesi gündeme gelmiş ve bazı hukukçular tarafından pratik bir çözüm yolu olarak da hem vakfedenin hem de vakıftan yararlananların dışında bir yere bunu izafe etmenin en uygun yolu olarak “*Allah’ın mülkiyeti*”ne intikal edeceği fikri benimsenmiştir. Zira **Ebu Hanife** ile **Malikilerin** benimsediği tarzda, mevkufun mülkiyeti vakfedenin uhdesinde kalsa da, **Hanbelilerin** benimsediği tarzda mevkufu aleyh’in mülkiyetine geçse de; her iki durumda da mutlak anlamda bir “*vakıf*” tan söz edilmesi hayli güçtür. Çünkü birinci durumda bir intifa hakkından, diğer durumda ise salt bir “*bağış*” tan söz edilmesi daha uygun olur.

Ancak meselenin diğer bir boyutunda, nazari olarak mevkufun mülkiyetinin Allah’a izafe edilmesi de meseleyi tam bir açıklığa kavuşturmuş değildir. Hatta İslam hukukçuları nezdinde vakfın meşruiyeti hususundaki tartışmaların odak noktasında da bu önemli mesele yer almaktadır. Vakfın hukuki meşruiyetine itiraz edenlerin en önemli dayanak noktaları şuydu;

Eğer mevkuf vakfedenin mülkünde olmaya devam ediyorsa, herhangi bir kimsenin kendi mülkü üzerindeki tasarruflarını ortadan kaldıran bir “*dokunulmazlık*” hukuka uygun değildir. Vakfedenin bunda her halükarda rücû hakkı mevcuttur. Eğer mevkufun, vakfedenin mülkiyetinden çıktığı kabul edilecek olursa, bir mülkiyete konu olan bir mal sahihsiz olmaz. Birinin mülkiyetinden çıkması için bir başkasının mülkiyetine girmiş olması gerekir. “*Mülkiyet Allah’a intikal etmiştir*” demenin hukuki bir değeri yoktur. Çünkü mutlak anlamda ele alınır ise sadece vakfedilen mallar değil, her şey Allah’ın mülkündedir.²¹

Nitekim görünürdeki bu tutarsızlığı izale etmek için, Allah’ın mülkü hükmünde olmasının mecazi olduğu, aslı itibarıyla bu malın “*ammenin mülkü*” olarak görülmesi gerektiği ifade edilmiştir.²²

¹⁹ Zuhayli, X, 245

²⁰ İbn Kudame, Şerhu’l-Kebir, VI, 210

²¹ Ebu Zehre, Fıkhi Mezhepler Tarihi, s. 247

²² Berki, A. II. . Vakıflar, 44

Ahmet Akgündüz ; “*Hanefiler, Zahiriler, Şafii mezhebinde çoğunluğu temsil eden görüş ve Ahmed b. Hanbel’den nakledilen bir görüşe göre, sahih olarak kurulan ve bağlayıcı hale gelen bir vakıf muamelesinde, vakfedilen ayn, vakfedenin mülkünden çıkar, hükmi bir şahsiyete intikal eder. Artık söz konusu ayn, vakıf hükmi şahsiyetinin mülkü olur. İslam hukukçuları bunu ifade etmek için “vâkıfın mülkiyet hakkı, menfaati kullara ait olmak üzere Allah’a intikal eder” demektedirler. “Cenabı Hakk’ın mülkü olmak üzere” ifadesiyle vakıfla bir hükmi şahsiyetin meydana geldiğini imâ etmek istiyorlar*” demektedir.²³

Ancak kanaatimizce bu görüşlerle o dönemde vakfa bir tüzel kişilik kazandırılması amaçlanmış değildi. Bilakis, belirgin bir tüzel kişilik fikrinin henüz yerleşmemiş olması bazı fakihleri, bu tarz bir çözüm yoluna itmiştir. Yani bu, mevkufun mülkiyetini hem vakfedenin hem de yararlananların dışında bir yere izafe etmek gerektiği görüşünde olanların o anlık pratik bir çözümünden ibarettir. Ya da bu görüş, vakıf malların “*kamu malı*” kapsamında değerlendirildiğine hamledilebilir. Zaten “*mülkiyetin Allah’a intikal edeceği*” üzerinde ittifak olunan bir görüş değildir.

Dolayısıyla biz, “*vakıf malların Allah’ın mülkü olduğu*” görüşü ile, o dönemde vakfa tüzel kişilik tanınmanın kastedilmediğini; bununla birlikte bu yaklaşımın, günümüzde vakfa tüzel kişilik tanınması ve vakıf malların mülkiyetinin bu farazi şahsiyete izafe edilmesi gerektiği konusunda, — aktüel meselelerin mutlaka geleneksel otoriteye dayanılarak çözümlenmesi gereğini savunanlara karşı — önemli bir referans olarak değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

O halde günümüzde, vakfın hukuki neticesinin İslamî açıdan da, modern hukuka uygun bir tarzda ifade olunması, mevkufun mülkiyeti hususundaki problemi ortadan kaldıracaktır.

4. Vakıfta Amaç :

Vakıfta “*amaç*” kavramı ile, klasik hukukçuların “*mevkufu aleyh*” terimi ile ifade ettikleri cihet kastedilmektedir. Yani vakfa konu olan mâmelekin, kendisi hakkında tahsis olunduğu *gaye* olarak da ifade edilebilir.

İslam hukukçularına göre bir mal, umuma vakfedilebileceği gibi, muayyen bir şahsa veya şahıslara da vakfedilebilir. Hatta vakfedilen cihetin mutlak olarak fakir olması da şart değildir. Bazı hukukçulara göre zengin olan muayyen kimselere de vakıfta bulunulması mümkündür.²⁴ Ancak umum zenginlere yönelik olarak vakıfta bulunulması doğru bulunmamıştır. Ayrıca gerçek şahıs türünden olan insanlar dışında, bugün için hükmi şahıs olarak nitelendirebileceğimiz bir takım teşekküllere (mescit, okul, köprü vb) de vakfedilmesi sahihtir.

²³ Akgündüz, 168

²⁴ Zuhayli, X, 275

İslam hukukçularının hemen hemen ittifakla kabul ettiği bir esasa göre vakfın Yüce Allah'a bir yakınlık ("Kurbet") olarak kabul edilebilecek bir hayır ve birr (iyilik) cihetine yapılmış olması şarttır.²⁵ Dolayısıyla bir müslümanın kendi itikadınca masiyet olan kilise, havra, eğlence yerleri vb. cihetlere vakıfta bulunması sahih olmadığı gibi, birr (iyilik) nevinden sayılamayacak tarzda sadece zenginlere veya bir kabrin aydınlatılması gibi cihetlere vakfedilmesi de sahih değildir.

İslam hukukunda vakıfta "kurbet" in gözetilmesi esas ise de, "kurbet" in niteliği hususunda farklı yorumlar yapılmıştır. Örneğin **Malikilere göre**, zenginler kendilerine tasadduk yapılmaya ehil bulunduklarından bunlara vakfedilmesi sahihtir ve bu, birr (iyilik) ve kurbet kapsamı içerisinde değerlendirilebilir.²⁶ Ayrıca bazı fakihlere göre, ibadet etmeleri için değil de, gidip gelenlerin veya orada konaklayanların bazı ihtiyaçlarının görülmesi hedeflenerek mabetlere vakıfta bulunmak sahihtir. Zira zımmîlerin kendi şahıslarına vakfedilmesi sahihtir. Çünkü bunlara tasaddukta bulunulması yasaklanmamıştır.²⁷

Bu mütalaalardan anlaşıldığı kadarı ile, kurbet kapsamı içerisinde mütalaa edilebilecek cihetler hususunda fakihlerin icthadi yargıları farklıdır. O halde vakfedilen cihetin kurbet ve birr kapsamına girip girmediği inisiyatifinin vakfedene bırakılması en doğru olanıdır.

Nitekim **Akgündüz**, "*Osmanlı tatbikatında, önceleri çok sıkı olan kurbet arama şartı, İbn Kemal'in vakfın tarifine " veya vâkıfın istediği yere sarf etmesi" kaydını ilave etmesi ile gevşetilmiştir "* demektedir.²⁸

Türk Mevzu Hukukunda vakfın amacı hususunda gözetilmesi gereken şartlar şu şekilde özetlenebilir:

1. Amacın belli (sınırlarının tayin edilmiş) olması,
2. Amacın mantıkî (gerçekleştirilebilir) olması,
3. Amacın kamuya yönelik olması,
4. Amacın sürekli olması.²⁹

Türk Hukukunda vakfın amacı, belirli gerçek ve tüzel kişiler olarak somut bir cihet olabileceği gibi, soyut bir cihet de olabilir. Mesela uyuşturucu veya alkol ya da sigara ile mücadele için kurulan bir vakıfta vakfın amacı, soyut bir cihettir.

Türk Medeni Kanunu, vakıfta "*te'bid*" i şart koşmamış, sürekli yani uzun süreli olmasını yeterli görmüş, ayrıca İslam hukukçularının vakıfta amacın önemli bir niteliği olarak

²⁵ Berki, A. H. , "**Sahih ve Gayrı Sahih Vakıflar I-II** " , A.Ü.İ.F.D. , Yıl: 1957, s. 25 ; bu konuda farklı fikh ekollerinin mütalaaları hususunda Bkz : Akgündüz, 234-238

²⁶ Zuhayli, X, 275 ; Akgündüz, 235

²⁷ Aynı yerler.

²⁸ Akgündüz, 238

²⁹ Günceri, Hasan, **Türk Medeni Hukuku Açısından Vakıfta Amaç Kavramı ve Amaçlarına Göre Vakıf Türleri**, Ankara, 1976, s. 30-41

gördükleri *birr ve kurbet* amacına yönelik olması şartını değil, bunun bir yönüyle mefhumu muhalifi olan, *vakfın amacının kanun, âdâb ve genel ahlaka aykırı olmaması* şartını koşturmuştur. (m. 74)

Ancak günümüz modern vakıf hukuku açısından da vakıfta “te’bid” esasını gerekli gören hukukçular mevcuttur.³⁰

II- VAKFIN HÜKMİ ŞAHSİYET STATÜSÜ :

1. Vakfın Kuruluşu (Şahsiyetin Başlangıcı) :

Bir vakfın kuruluşu yani tüzel kişilik kazanması, vakfedenin — bu bir tek şahıs veya bir topluluk ya da bir tüzel kişi olabilir — bu husustaki iradesini açıkça beyan etmesi, ortaya koyması ile gerçekleşir.

Türk Medeni Hukukuna göre, bu irade beyanı ya yazılı bir senetle yahut vasiyet yoluyla olur. (TMK: 73 ; MVT: 3) **Medeni Kanun** vasiyetin de resmi senetle veya vasiyet edenin el yazısı ile yapılabileceği gibi şifahi olarak dahi yapılabileceğini (m. 478); resmi vasiyet senedinin iki şahit huzurunda sulh hakimi, noter veya kanunen bu iş için görevlendirilen memur tarafından tanzim edilebileceğini (m. 479) belirtmektedir. Yahut da vasiyet yazılı hale getirilemez ise, iki şahide takrir olunur ve onlar tarafından yazılı hale getirilir. (m. 486)

Medeni Kanun vakfın şahsiyet kazanabilmesi için Asliye Hukuk Mahkemesinde tutulan sicile tescilini şart koşturmaktadır. (m. 74 ; MVT: 5, 8)

İslam hukukçularının çoğunluğuna göre vakfın, bugünkü anlamda şahsiyet kazanabilmesi yani vakfedenin ondan geri dönüş (rücû) hakkını ortadan kaldıracak tarzda hukuki geçerlilik kazanabilmesi için vakfedenin bir vesika (senet/vakfiye) ile veya şahitler huzurunda bu husustaki iradesini beyanı yeterlidir.

Hanefilerden **Ebu Hanife** dışında kalanlar ile³¹ **Şafii**³² ve **Hanbelilere göre**³³ mücerret lafızla (irade beyanı ile), tescile gerek olmaksızın vakıf hukuki netice doğurur ve bağlayıcılık kazanır. **Malikilere göre** ise zaten vakıf muamelesi — vakfedenin sağlığında — hiçbir surette bağlayıcılık taşımaz.³⁴

³⁰ Mesela Prof. Şakir Berki bunlardandır. Bu konuda bakınız: Berki, Şakir, “İmparatorluk ve Cumhuriyet Vakıf Hukukunda Vakıf Şartları”, Vakıflar Dergisi, Sayı: X . s. 77

³¹ Mavsilî, III, 41

³² Firuzâbâdi, el-Mühezzebe, Mısır. Trs. , I, 442

³³ İbn Kudame, Şerhul Kebir, VI, 209

³⁴ Zuhayli, X, 245

Bu görüşler esas alındığında herhangi bir vakıf kurma iradesi, devletin tesciline gerek kalmaksızın tüzel kişilik ihdas eder. Bu, hükmi şahısların başlangıcı hususundaki “*serbest kuruluş sistemi*” nazariyesine uygun bir görüş olur.

Ebu Hanife’ye göre ise vakfın hukuki geçerlilik (bugünkü deyiimiyle tüzel kişilik) ve bağlayıcılık kazanabilmesi için hakim tarafından tescili şarttır. Yahut da eğer vakıf ölüme bağlanmış (vasiyetle yapılmış) ise bu durumda ancak vakfedenin ölümü ile bağlayıcılık kazanır. Bu iki durum gerçekleşmediği müddetçe mevkuf (vakfedilen) mal, vakfedenin mülkünden çıkmaz.³⁵

Hanefilerden **eş-Şeybani’ye göre** her ne kadar vakfın nüfuzu (hukuki geçerliliği) için hakimin tescili şart değil ise de, vakfın mütevellisinin tayin olunması ve mevkufun ona teslimi şarttır.³⁶

Bu görüş, modern hukukun; herhangi bir tüzel kişinin, kişilik kazanabilmesi için mutlak surette teşkilatının mevcut olması gerektiğine dair benimsediği doktrinel görüşün çekirdeğini teşkil eder.

Ebu Hanife de bu hususta **eş-Şeybani** ile aynı görüştedir. Şu kadar var ki Ebu Hanife, mescidin tesliminin “*hükmi*” olduğunu, bunun da ifraz edilip ayrılması ile gerçekleşeceğini, dolayısıyla orada vakıf hüviyetinde bir tek kişinin namaz kılması ile “*teslim*” in gerçekleşeceğini ve artık hakim tarafından tesciline gerek kalmaksızın mescidin vakfının bağlayıcılık kazanacağını belirtir.³⁷

Hanbelilere göre gerçek kişilere yapılan vakıflarda mevkuf, mevkufu aleyh’in mülkiyetine intikal edeceğinden, mevkufun teslimi şarttır. Çünkü vakıf bir yönüyle teberru akdidir. Bu nevi akitlerde “*kabul*” kabz ile gerçekleşir.³⁸

Günümüz mevzu vakıf hukuku uygulamasında, mahkemenin bir vakfı tescili ile vakfedene ait malların doğrudan vakıf tüzel kişiliğine intikal edeceği, bunun için gerçek manada *teslimin* şart olmadığı öngörülmekte, zira takdiri olarak bu “*teslim*” in gerçekleştiği varsayılmaktadır.³⁹

Vakfın tescilinin gerekliliği hususunda **Ebu Hanife** dışındaki hukukçuların aksi görüşte olmaları, geçmişte mevzu vakıf hukukunun bu şekilde oluşmasına neden olmuş, hatta Ebu Hanife’nin görüşü münferit (marjinal) bir öneri olarak değerlendirilmiştir. Nitekim

³⁵ Merğınani, III, 15

³⁶ Merğınani, III, 15 ; Mavsilı, III, 41 ; Kasani, VI, 219

³⁷ Aynı yerler.

³⁸ İbn Kudame, VI, 210

³⁹ Hatemi, Vakıf Muamelesi, 171-173

Osmanlı Vakıf hukukunda da uygulamada — Hanefi mezhebi çerçevesi içerisinde — **Ebu Yusuf'un** görüşü tercih edilmiştir.⁴⁰

Halbuki özellikle son dönemlerde bunun pratikte pek sağlıklı bir netice doğurmadığı ya da doğurmamaya başladığı da görülmüştür. **Elmalılı Hamdi Yazır**, tescilin ne denli elzem olduğu hakkındaki bir mütalaasında şöyle diyor :

*"Her ne kadar vakıf yapmak pek kıymetli "umur-u hayriyye"den ve bir milletin medeni ve beşeri ihtiyaçlarını tanzime yarayacak dini hususlardan ise de, kemiyet ve keyfiyet itibariyle bugün ve gelecekte memleketin iktisadi, sosyal ve kültürel hayatına ne gibi etkilerinin olacağı önceden hesap edilmelidir. Bu hususlar gözötilmediği için memleketimizde gerekli gereksiz, çok çeşitli maksatlarla sayısız vakıflar kurulmuştur. Bunun en mühim sebebi vaktiyle, vakıfların sıhhati konusunda İmam Azam'ın tescil hakkındaki görüşüne ehemmiyet verilmemiş olmasıdır."*⁴¹

Yani **Elmalılı'ya göre** gelişigüzel vakıflar kurularak toplumdaki iktisadi dengenin bozulmasının en önemli nedeni, vaktiyle Ebu Hanife'nin, tescilin şart olduğuna dair görüşünden sarfı nazar edilmesidir.⁴²

Geçmişteki bu tecrübeden yola çıkarak, günün şartları gereği bir vakfın tüzel kişilik kazanabilmesi için yetkili makamlar tarafından tescilinin bugün için bir zorunluluk halini aldığını söyleyebiliriz. Hatta bir adım daha ileri götürerek devletin, vakıf tüzüğünü tetkik ederek, geçmişte olduğu gibi vakıf kavramının ulviyetini ve masumiyetini ihlal edici amaçlarla vakıf kurulmasının önüne geçecek tedbirler almasının da zorunlu olduğunu öngörebiliriz.

Zira geçmişte vakıf kurumu, kendisinde bir **"dokunulmazlık"** vasfı doğurması nedeniyle nasıl kanuna karşı bir hile ve bu yönüyle bir istismar aracı olarak kullanılmış ise⁴³ aynı problem günümüz vakıfları için de söz konusu edilebilmektedir.

⁴⁰ Akgündüz, aksini savunmakta ve Osmanlılarda doktrin olarak Ebu Yusuf ile İmam Muhammed'in görüşü tercih edildiği görüntüsü mevcut olsa da, uygulamada Ebu Hanife'nin görüşünün tercih edildiğini öne sürmektedir. Fazla bilgi ve Akgündüz'ün delilleri için bkz : Akgündüz, 155

⁴¹ Öztürk, Nazif, **Elmalılı Gözüyle Vakıflar**, 7

⁴² Öztürk. 188-191

⁴³ **Vakıf** mallara tanınan dokunulmazlık geçmişte, sûretâ yapılan pek çok vakfı gündeme getirmişti. Bunun en tipik örneği evlada yapılan (yani bir kimsenin kendi çocuklarına yaptığı) **"zürri"** vakıflardır. Evlada yapılan vakıflarda, gerçekten **"kurbet"** ve **"birr"** in gözötildiği ne derece savunulabilir. Kaynaklardaki, **"evlada yapılan vakıflarda, vakıftan yararlanma hususunda kız ve erkek evladın, miras hükümlerinin gerektirdiği statüde mi, yoksa eşit konumda mı olacakları"** yönündeki tartışmalar, ister istemez, evlada yapılan vakıfların, mevzu miras hukukuna karşı bir hile olarak geliştirildiği kanaatini doğurmaktadır.

Hatemi; **"Sadece Hanefilerden Ebu Yusuf'un görüşüne istinaden uygulanan bu vakıflar sosyal hayatta o denli revaç bulunmuştur ki, Maliki mezhebinin yaygın olduğu Cezayir gibi ülkelerde Hanefi hükümlerine göre vakıf kurulduğu vakidir. ➔"**

Günümüz vakıf hukukunun en önemli problemlerinden birisi, isim olarak vakıf, nitelik olarak **“dernek”** şeklindeki teşekküllerin hızla çoğalmasındır. **Ali Akyıldız**; *“ az bir ekonomik külfete katlanmakla gayeniz ne olursa olsun vakıf kurabilmenin mümkün olduğu bir ortamda, insanların dernekleşme yerine “daha güvenli” olduğunu düşündükleri vakıflaşmaya yönelmelerine şaşmamak gerekir ”* diyor.⁴⁴

Amme hizmeti gören vakıflara vergi muafiyeti tanınmış olması yanında ayrıca **“vakıf”** kavramının **“dernek”** kavramına nispetle, oluşturulan tüzel kişiliğe kazandırdığı imtiyaz ve **“dokunulmazlık”**, dernek yerine vakıf kurma tercihinin en önemli gerekçelerinden birisidir. Kaldı ki, bugün için, sadece derneklerde görmeye alıştığımız üyelik ve aidat gibi unsurlar, artık vakıf tüzel kişilikleri için de söz konusu edilebilmektedir. Halbuki faraza fakir öğrencilerin eğitim masraflarını karşılamak amacıyla teşekkül ettirilmiş, fakat bu amaca yönelik masraflarının finansı üyelerinin veya harici şahısların aidat ve bağışlarından ibaret bir vakfın bu fonksiyonunu, gelir kaynağı olarak kanunen aidat ve bağış almasına müsaade edilen bir dernek de pekala görebilir. Bu amaçla kurulan bir tüzel kişinin mutlaka **“vakıf”** mahiyetinde olması gerekmez.⁴⁵

İşte bu gibi gerekçelere dayanarak, vakfın tüzel kişilik kazanabilmesi için tescilin gerekli olması bir yana, vakıf tüzüğü üzerindeki bir ön denetleme ile, dolaylı bir izin sistemine dahi tabi kılınması gerektiği savunulabilir. Bizim bu husustaki tercihimiz bu yöndedir.

2. Vakıf Tüzüğü :

Hükmi şahıs nazariyesine göre, ister vakıf, ister dernek, isterse şirket nevinden olsun her bir hükmi şahsın, faaliyet amacı ve alanı ile teşkilatının yapısını ortaya koyan bir tüzüğünün bulunması zorunludur.

Vakıf tüzüğü yani **vakıf senedi** geleneği, muhtemelen vakıf mefhumu kadar eskiye dayanmaktadır. Nitekim **H. Ömer’in** de yaptığı vakfı bir senet ile kayıt altına aldığını; Ömer’in bu uygulamasının orijinal olarak kendisine ait olmayıp, onun bu hususta, önceden bir bilgisi/tecrübesi olduğunun kuvvetle muhtemel bulunduğunu belirtmiştik.

Bunun sebebi Maliki mezhebinin “evlatlık” vakıflarda daha makul sınırlar koyuşu ve kanuna karşı hileleri önleyişidir” diyor. [Hatemi, **Vakıf Muamelesi**, 132]

Özellikle Osmanlı devletinde evlatlık vakıflara fazlaca rağbet edilmesinin en önemli gerekçelerinden birisi ve hatta en önemlisi, özellikle bürokrat kesimin malları üzerinde devlet müsadereğine karşı bu tür vakıfların bir nevi **“sigorta”** işlevi görmesidir. [Hatemi, age. , 133]

Öte yandan bir kimsenin vakıf yaparken, ölünceye dek kendi vakfından istifadesini şart koşması halinde bu şartın muteber addedilmesinin ve mütevellî olsun veya olmasın vakfedenin, kendi vakfından istifadesine imkan tanınmasının da yine, vakıfta olmazsa olmaz bir şart olarak gösterilen **“kurbet”** esasına ne denli uygun olduğu da hayli tereddütlüdür.

⁴⁴ Akyıldız, Ali, **“Vakfın Kuruluşunda Amaç ve Mal Varlığı Denetimi ile Vakıfların Dernekleşme Eğilimi Problemi”**, Vakıflar dergisi, Yıl : 1997, sayı : XXVI, s. 426

⁴⁵ Akyıldız, 427

Ancak İslami geleneğe vakfın bir senetle kayıt altına alınması uygulamasının, Ömer'in bu tatbikatına dayandığından öte, onun bu uygulamasına Hz. Peygamberin itiraz etmemiş olması hasebiyle "takriri" mahiyette Sünnet olduğu fikrine dayandırıldığını söylemek de mümkündür.

Vakıf Senedi; mevzu İslam Vakıf Hukuku açısından vakfedilen malları (mevkuf), vakfedilen ciheti (mevkufu aleyh) ve sarf şartları ile vakfın mütevellisi ve — varsa — diğer görevlilerini tayin eden (muayyen kılan) bir "sığa" dan ibarettir. Bu sığa, yazılı bir vesika halinde olabileceği gibi — ki buna "vakfiye" denir — şahitler huzurunda ifade ve beyan olunmak şartı ile şifahi de olabilir. Ancak bugün için şifahi beyanların bir tutanak ile kayıt altına alınmasının gerekli olduğu gayet açıktır.

Vakıf senedi, özellikle vakfedenin ölümünden sonra, vakıf üzerinde vâki olabilecek usulsüz tasarrufları önlemeye karşı bir tedbir olduğundan, son derece büyük bir önem arz etmektedir. Vakıf senedine aykırı tasarruf ve harcamaların önüne geçebilmek için de "Vakfın şartı, Şâriin nassı gibidir" ilkesi benimsenmiş, ve vakıf hukuku hemen hemen bu temel ilke üzerine bina edilmiştir. Bu ilkeye göre, hukukun özüne aykırı olmamak kaydıyla, vakıf senedi devlet otoritesi tarafından bile değiştirilmez;

*"Hakimin, vakfedenin şartı hilafına verdiği karar batıldır. Zira vakfedenin şartı, Şâriin nassı gibidir ki, bu durumda hakim sanki Şâriin nasslarına aykırı davranmış gibi kabul edilir."*⁴⁶

Şafiilere göre, vakfeden vakıf olarak bir mescidi belirli bir zümreye — mesela Şafilere gibi — tahsis etse bile bu gibi şartlarına uymak icab eder.⁴⁷ **Hatta Malikilere göre,** vakfedenin şartı mekruh nevinden bile olsa kendisine uyulması gerekir.⁴⁸ Bu görüşler bu kaidenin mutlak olarak değerlendirildiği, bu şekilde değerlendirilmesi gerektiği yönündeki bir kanaati çağrıştırmaktadır.

Halbuki bu kaideden, mutlak olarak vakfedenin vakıf senedinde yer verdiği bütün şartlarına uyulması gerektiği anlamı çıkartılamaz. Nitekim geçmişte bazı fakihlerin bu husustaki mütalaalarından, bu kaidenin mutlak olarak değerlendirilmediği ya da değerlendirilmemesi gerektiği anlaşılmaktadır. Zira vakfedenin, örneğin mevkufun masiyet cihetine vakfını öngören şartları gibi Şeriatın temel nasslarına aykırı olan şartları kabul edilemeyeceği gibi, **Hanefilere göre,** mubah nevinden bile olsa bazı şartlarına uymak gerekmez. Örneğin; vakfın başka bir şeyle istibdal edilmemesi, hakimin, kendi atadığı mütevelliyi azletmemesi, vakfın bir yıldan fazla süre ile kiraya verilmemesi gibi vakfın özüne ve menfaatine aykırı

⁴⁶ İbn Nüceym, 108, 126

⁴⁷ Şirbini, II, 389

Ancak bu hükmün, nazari bir gerçeklik ifade ettiğini, bununla sadece teorik bir örnekleme kastedildiğini söylemek daha doğru olur. Aksi halde, "bu camide Hanefiler namaz kılamaz" gibi bir kayıttın, hem mescit kavramının ifade ettiği anlam ve içerik bakımından hem de ahlaki ilkeler bakımından tutarlılığını savunmak imkansızdır.

⁴⁸ Zuhayli, X, 265

olabilecek şartlarına uymak gerekmez.⁴⁹ Zira vakfın sürekliliği için istibdal gerekebileceği gibi, hıyaneti sudur ettiği taktirde mütevellî, vakfedenin kendisi bile olsa azledilmeyi müstahak olur. Yine şayet vakfa getireceği gelir ve fayda bakımından vakfın bir yıldan fazla süre ile kiralanmasında yarar varsa, vakıf senedi bunu gerektiriyor diye bundan feragat edilemez.^(*)

Ayrıca “*tahsisat*” (irsâd) kabilinden olan, ümeraya ait vakıflarda da, bunlar aslı itibariyle Beytül-Mâl’e dönük yani kamu malları kapsamında olduğundan, vakfedenin, vakfın cihetine dair ihtisas gerektiren, bunlardan yararlanmayı belirli kişi ya da kişilerle sınırlandıran şartlarına riayet gerekmez.⁵⁰ Zira Beytül-Mâl’den istifade hakkı olan herkes bu vakıflardan yararlanabilir.

Kısaca, vakıf hakkında daha yararlı olan veya zaruret olan hallerde mütevellînin, hakim (kamu otoritesinin) takdir ve kararı ile vakfedenin şartlarına muhalefet etmesi mümkündür. Hakimin vakıflar hakkındaki tasarruf ve takdir yetkisi ise, maslahat prensibiyle sınırlandırılmıştır.⁵¹

Bununla birlikte, “*Vakfın şartı Şâriin nassı gibidir*” kaidesi, yani vakıf üzerindeki tasarrufların mutlak surette vakıf senedine dayandırılması ilkesi, vakfedenin iradesine hürmetin gerekliliğini ortaya koyar. Vakfın devamlılığı ve suiistimallerden korunması bakımından vakfedenin iradesine hürmet etmek elbette gereklidir. Aynı zamanda bu kaide, fertleri daha yoğun bir şekilde vakfa teşvik etmeye yöneliktir. Aksi taktirde, kendisinden sonra vakfettiği malların usulsüz bir şekilde heder edilmesinden korkan bir kimse herhalde vakıf yapma arzusunu gerçeğe dönüştürmekte oldukça tereddüt gösterecektir. Nitekim batılı devletlerde de — örneğin İsviçre’de — vakıf hukuku bu temel düstur üzerine bina edilmiştir.⁵²

Türk Medeni Kanununa göre vakfın noterlikçe düzenlenen resmi bir senetle kurulabileceğini belirtmiştik. Mevzuat bu senedin muhtevasını da tayin etmiş durumdadır. Buna göre vakıf senedinde; vakfın amacı (vakfedildiği cihet/mevkufu aleyhi), organları, bu gayeye tahsis edilen malvarlığı ve haklar, vakfın teşkilatı, ikametgah ve ismi ile, sona ermesi durumunda tasfiye usulü ve ciheti gösterilir. (TMK: 75 ; MVT: 4)

Bunun dışında vakfeden dilerse, vakıf senedine bir takım şart ve mükellefiyetler koyabilir. Bu şart ve mükellefiyetler, vakfın kuruluşuna, faaliyete geçmesine ve malvarlığının kullanımına ilişkin olabilir.

⁴⁹ İbn Nüceym, 195 ; M. Hamza Efendi, *Feraidul-Behiyye*, 214-215

^(*) “*Vakfın bir yıldan fazla süre ile kiraya verilmemesi*”nden kasıt herhalde, aynı kişiye olarak anlaşılmalıdır. Yoksa zaten vakıf kiralanmayı gerektiriyor ise, bir yıldan fazla kiralanmamalı denilmesinin bir tutarlılığı yoktur. Bununla birlikte, yine de aynı kişiye bile olsa vakfın bir yıldan fazla bir süre ile kiralanmasında (kira kontratının iki veya daha fazla süre için yapılmasında) şayet vakfın iktisadi menfaati var ise, bu şarta uyulmasının gerekmeceği açıktır.

⁵⁰ İbn Abidin, *Reddül-Muhtar*, III, 431

⁵¹ Akgündüz, 268

⁵² Berki, A.H. , a.g.m. , 19

Vakfın senedinde vakfın amacı ve vakfa tahsis edilen mallar belirtilmiş ise, diğer eksik hususlar TMK madde 77'ye göre tamamlanır. Vakfeden dilerse, vakıf senedinde seçimlik organları, örneğin vakıf danışma kurulunu, planlama kurulunu öngörebilir.⁵³

Vakıf kurucusu, vakfın amacı, vakfın malları gibi vakıf senedinde yer alması zorunlu olan unsurların dışındaki hususlar için ayrı bir nizamname yapabilir ve bunun yapılmasını mirasçılara ya da vakıftan yararlananlara bırakabilir. Vakıf senedinin dışında yönetmelik yapılmasının faydası, yönetmeliğin değiştirilmesi için yeniden resmi senet tanzimine, mahkemeye gidilmesine, testiş makamının iznine gerek olmamasıdır. Şu kadar ki, yönetmelikteki kurallar vakıf senedine aykırı olmamalıdır.⁵⁴

Bütün bunlardan anlaşılabilceği üzere vakıf senedi, daha ziyade vakfın amacının yani faaliyet alanının belirginleşmesi ve ortaya koyulması bakımından son derece büyük önem arz etmektedir.

Zira vakıf tüzel kişileri belirli bir amacın gerçekleşmesi için teşkilatlanırlar ve statüleri demek olan vakfiyelerinde amaçlarının ne olduğunu gösterirler. Ne var ki, amacın sınırlarının kesin bir biçimde belirtilmesi ya da genel olarak gösterilmiş bulunması vakfedenin arzusuna kalmıştır. Amacın vakfiyede açıkça belirtilmiş olması, vakıf tüzel kişiliğinin üçüncü şahıslarla ilişkilerinde açıklığı sağlar. Fakat bu açıklığın yanında vakfın faaliyet alanı ise daralır. Buna karşılık amacın genel olarak belirtilmesi halinde, vakıf tüzel kişiliğinin faaliyet alanı genişler. Ama bu genişlik aynı ölçüde vakfın mükellefiyetini de artırır. Zira vakıf tüzel kişileri de — diğer tüzel kişiler gibi — amaçlarına uygun olarak hak iktisap eder ve borç altına girerler.⁵⁵

Günümüz vakıf doktrininde, vakfın amacının “*belli*” nitelikli olmasının öngörüldüğünü belirtmiştik. Vakıflarda asli unsur olan amacın “*bellilik*” niteliği ile kastedilen, onun başka bir şey ile karıştırılmasına imkan bulunmayacak bir biçimde ve kesin olarak sınırlandırılmış ya da kararlaştırılmış olmasıdır.⁵⁶ Nitekim bu hususta bazı yazarlarca, vakfın amacının gayet sarıh ve açık olarak belli olması gerektiği, “*hayır işleri*” veya “*kamu yararı*” gibi genel ifadeler kullanılması halinde amacın “*bellilik*” niteliğinin mevcut olmayacağı ifade edilmektedir.⁵⁷

Bununla birlikte bazı yazarlara göre ise “*hayır işi*” herkesçe bilinen bir kavramdır ve kapsam içerisinde yapılan harcamalar gayeye uygun kabul edilmelidir.⁵⁸ Hatta **Şakir Berki**, hiçbir amaç belirtilmeksizin yapılsa bile bu vakfın geçerli olması ve bu haldeki vakfın amacının “*fakirlere yardım etmek*” olduğunun kabul edilmesi gerektiği kanaatini taşımaktadır. Çünkü vakfın kökeni fakirlere yardım amacına dayanmaktadır. Yani ilk amaç

⁵³ Öztan, 123

⁵⁴ Öztan, 124

⁵⁵ Güneri, 30 ; Akyıldız, 413

⁵⁶ Güneri, 30-31

⁵⁷ Akyıldız, 414

⁵⁸ Aynı yer.

“hayır” dır. Bu eski hukukumuzda böyle olduğu gibi, Cumhuriyet dönemi vakıf hukukumuzda da böyle olması gerekir.⁵⁹ Demek oluyor ki, **Berki’ye göre** bu halde dahi vakfın amacında “**bellilik**” unsuru gerçekleşmiştir.

Bilindiği gibi bu, aynı zamanda Hanefilerden **Ebu Yusuf**’un görüşüdür ve Osmanlı vakıf hukukunda uygulamada genellikle Ebu Yusuf’un görüşleri tercih edilmiştir. Ebu Yusuf’a göre sadece “**vakfettim**” sözü ile yapılan vakıflar sahihtir. Bu durumda mevkuf mallar örfe umum fakirlere sarf edilir.⁶⁰

Bugün için modern hukukun, vakıf senedinde amacın açık ve sarih olarak belirtilmesi yönündeki görüşünün, İslami vakıf anlayışı bakımından oldukça isabetli olduğu kanaatindeyiz. Zira bu, vakıf kaynaklarının yerinde kullanılması ve bu itibarla vakıf malları üzerindeki suiistimallerin önlenebilmesi bakımından son derece önemli ve gereklidir.

Nitekim geçmişte de, vakfın rüknünün “**sığa**” dan ibaret bulunduğunu öne süren **Hanefilere**^(*) karşılık, fakihlerin çoğunluğuna göre vakfın yerine gelebilmesi için mevkufu aleyh’in açık bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Zira **Cumhura göre** vakfın rüknü (asli unsurları) dörttür; bunlardan birisi de mevkufu aleyh’tir.⁶¹ Yani mevkufu aleyhi sarahaten belirtilmemiş bir vakıf kurma iradesi geçersizdir.

3. Vakfın Teşkilatı :

Türk Medeni Kanunu vakfın teşkilatı için en azından bir organın (mütevellinin) bulunmasını zorunlu addeder. Bunun dışındaki diğer organlar, vakıf senedinde belirtilmek kaydıyla vakfedenin inisiyatifine bırakılmıştır. (m. 77 ; MVT: 17)

Günümüzde vakıflar çeşitli görevleri icra ile yükümlü değişik organlardan ibaret, daha kompleks bir teşkilatı haizdir. Örneğin, genel kurul, kurucular meclisi, ilmi heyet, temsilciler kurulu, denetleme kurulu veya murakıplar, onur kurulu, danışma kurulu, icra komitesi gibi isimler altındaki çeşitli organlar bunlar arasında sayılabilir.⁶²

İslami hukuk geleneğinde de vakfın bir müteveli marifetiyle idare olunması esastır. Ancak bugün için “**müteveli**” kavramından anlaşılması gereken anlamın, mevcut şartlar çerçevesinde yeniden değerlendirilmesi gerektiği de kesindir.

⁵⁹ Berki, Ş. , 77-78

⁶⁰ Zuhayli, X, 281

(*) Aslında Hanefilere göre de vakfın rüknünün üç olduğu öne sürülebilir. Zira bir sığadan bahsedildiğinde, bu sığanın söyleyeni (vâkıf) ; sığanın içeriği de bir malın vakfedilmesi olacağına göre, vakfın konusu (mekuf) da zımnî olarak, “sığa” teriminin altında rükn olarak yer almaktadır. Hatta genellikle bu “sığa” ile mevkuf malın vakfedildiği cihet de (mekufu aleyh) tayin olunur.

⁶¹ Zuhayli, X, 284 ; Akgündüz, 109-110

⁶² Erkilet, Şaban, **Vakıflar ve Derneklerin Vergilendirilmesi**, 37

3. 1. Asli Organ Olarak Mütevellî ve Nâzır :

İslami gelenekte vakfa mütevellî tayininin Hz. Ömer'e dayandırılabilceğini belirtmiştik. Zira O, Hz. Peygamber (sav) tarafından vakıf kurması önerilince, kurduğu vakfı, bir vakfiye ile kayıt altına almış ve bu vakfın idaresini de kendisinden sonra kızı Hafsa'ya bırakmıştı. Vakfiyede geçen "*Semğ'in velisi*" ifadesi, bugünkü anlamında "*mütevellî*" terimine tekabül etmektedir ki, her ikisi de aynı kökten olup, "*kanuni temsilci*" anlamındadır.

"*Mütevellî*" teriminin kullanımı daha yakın dönemlere aittir. Klasik kaynaklarda mütevellî yerine daha ziyade "*nâzır*" terimi kullanılmıştır. İbn Abidin ; "*kayyım, mütevellî ve nâzır hep aynı manada kullanılan üç ayrı terimdir*" der.⁶³

Ancak zaman içerisinde mütevellînin, bizatihi vakfın kendi içerisinde murakabesine ihtiyaç hissedilmesiyle, son zamanlarda mütevellîyi, vakıf üzerindeki tasarruflarında denetlemek üzere "*nezâret*" makamı ihdas olunmuş ve "*nâzır*" terimi, mütevellî makamına tekabül eden mefhumdan ayrı bir anlam ve mahiyet kazanmıştır.⁶⁴ Bir bakıma bu makam günümüz vakıf teşkilatlarında yer alan "*Denetleme Kurulu*" na tekabül etmektedir.

3. 1. 1. Mütevellî :

Vakfın idaresini yani tevliyet (velâyet)⁶⁵ hakkını elinde bulunduran şahsa "*mütevellî*" denir. Ya da vakıftaki şartlara ve şer'î (kanuni) hükümlere göre vakfın işlerini idare etmek üzere tayin olunan şahıs(organ)dır.⁶⁵

Mütevellînin kim olacağı ya bizzat vakfeden tarafından vakıf senedinde belirtilir; buna "*şart koşulmuş (meşrut) mütevellî*" denir. Yahut da vakfeden tarafından bu hususta herhangi bir tayinde bulunulmaz ve vakfa mütevellî tayinini devlet üstlenir; buna da "*atanmış (mansub) mütevellî*" denir.⁶⁶

⁶³ İbn Abidin, Reddül-Muhtar, III, 444

⁶⁴ Berki, A. H. , Vakıflar, 39

⁶⁵ Velâyet kelime anlamıyla, "*dost ve yardımcı olmak, başkasına sözünü geçirmek*" demektir. İslam hukuk terminolojisinde ise, başkası üzerinde ve hakkında, sözlü ve fiili tasarruflarda bulunabilme yetkisine denir.

İki kısma ayrılır :

Birincisi , hakim, vali ve devlet başkanı gibi devlet yetkililerinin vatandaşlar ve kamu malları üzerindeki velâyet haklarıdır ki, buna "*Velâyet-i âmm*" denir.

İkincisi ise , belli bir şahıs ve mallara taalluk eden velayet hakkıdır; buna da "*Velâyet-i Hâssa*" denir. Velâyet-i Hâssa'nın bir çeşidi de, sadece mal üzerindeki velayet hakkıdır ki, vasi ve vakıftaki mütevellînin velâyet hakkı bu kabildendir. [Akgündüz, 298]

⁶⁵ Akgündüz, 298

⁶⁶ Berki, A. H. , a.g.e. , 37

Ancak genellikle, belirli ve münferit şahıslar tarafından kurulan vakıflarda vakfın tevliyesini (sevk ve idaresini/kanuni temsilciliğini) vakfeden bizzat kendisi üstlenmekte ve kendisinden sonra bu görev/yetki yine aile fertleri tarafından sürdürülmektedir.

Mütevellinin, vakfın kanuni temsilcisi olduğu düşüncesi, bugünün hükmi şahsiyet nazariyesi doğrultusunda ifade edilebilecek bir görüştür. Zira geçmişte de, mütevellinin temsilci konumunda olduğu bir şekilde ifade edilmiş ise de, teoride bu temsilin kime karşı yapıldığı konusunda farklı düşünceler ortaya atılmıştır. **Ebu Yusuf'a göre** mütevelli, vakfedenin; **eş-Şeybani'ye göre ise** vakıftan yararlananların vekili (temsilcisi)dir. Bu görüşlerin neticeye akseden yönü; birinci görüşe göre vakfedenin ölümü ile mütevelli kendiliğinden azledilmiş olur, diğerine göre ise azledilmiş sayılmaz.⁶⁷

Ebu Yusuf'un görüşü, klasik dönemde, vakfa bir şekilde "*şahsiyet*" izafe edildiğine delalet eden hükümlere rağmen, "*hükmi şahsiyet*" teorisinin bilinmediğinin en açık delili olarak değerlendirilmelidir. Zira, eğer vakfın mütevellisi, vakfedenin kendisi ise, bir kimsenin kendi kendisinin kanuni temsilcisi olması hukuken imkansızdır. Mütevelli vakfedenin kendisinden başkası olsa bile, vakfedenin ölümü halinde azledilmiş olacağı ileri sürüldüğünde, "*yerine atanacak yeni mütevellinin kimin vekili/temsilcisi olacağı*" sorusu gündeme gelecektir. Şayet kendisini atayan hakimin vekili olduğu ileri sürülecek olursa, bu durumda hakimin kendisini mutlak olarak azletme yetkisinin bulunacağının kabul edilmesi lazım gelir ki, bu da "*kendisi tarafından atanmış bile olsa, hıyaneti sudur etmedikçe bir hakimin mütevelliği azletme yetkisinin bulunmadığı*"⁶⁸ şeklindeki doktrine aykırıdır.

Aynı şekilde **İmam Muhammed eş-Şeybanî'nin** "*mütevelli vakıftan yararlananların temsilcisidir*" görüşü de günümüz "*hükmi şahsiyet*" teorisine aykırıdır. Zira bu durumda, vekalet hükümleri gereğince vakıftan yararlananların (mevkufu aleyh'in) mütevelliği mutlak olarak azletme yetkisinin bulunduğunu kabul etmemiz gerekecektir. Halbuki vakıf hükümleri açısından vakıftan yararlananların böyle bir yetkileri mevcut olmadığı gibi, azil talebiyle hakime müracaat etseler bile, hıyaneti sudur etmedikçe hakimin mütevelliği azletme yetkisi söz konusu değildir.⁶⁹

Binaenaleyh geçmişte mevkufun mülkiyeti nasıl hem vakfedenin hem de mevkufu aleyhin dışında bir yere — Allah'a — izafe edilmiş ise, mütevellinin de bu ikisinin dışında bir "*kişi*"nin vekili (temsilcisi) sayılması düşünülebilirdi. Hükmi şahsiyet teorisi sistematik olarak geliştirilemediği için bu tür tikanıklıklarla sık sık karşılaşılması kaçınılmaz olmuştur.

Oysa, "*hıyaneti zuhur ettiğinde, vakfedenin kendisi bile olsa mütevellinin devlet otoritesi tarafından azledilebileceği*"⁷⁰ ilkesi ile hükmi şahsiyet fikrine hayli yaklaşıldığı ve hatta vakfa bu yönüyle, vakfedenden ve yararlananlardan müstakil zımnî bir şahsiyet tanındığı

⁶⁷ İbn Nüceym, 198

⁶⁸ İbn Nüceym, 195 ; Rcmî, Fetavayı Hayriyye, 115 ; İbn Abidin. Tenkihu'l-Fetâvâ, I, 205

⁶⁹ Yenişirli, Behçetü'l-Fetâvâ, 236

⁷⁰ M. Hamza Efendi, Feraidul'l-Behiyye, 219-220

halde, mütevellinin, neden bu adı konulmamış şahsiyetin — en azından bu mevkufun kendisi olarak bile ifade edilebilirdi — temsilcisi olabileceğinin ifade edilememiş olması son derece dikkat çekicidir.

Günümüz anlayışında müteveli, vakıf tüzel kişiliğinin bir temsilcisidir. Modern vakıf teşkilatlarında, *vakıf yönetim kurulu*, klasik deyimle “*müteveli*”nin deruhte ettiği tevliyet makamına tekabül eden organdır.

3. 1. 2. Nâzır :

Vakfın iç denetimini sağlayan organı ifade eden bir terimdir.

Vakıf nâzırı, vakfı idare eden mütevellinin vakıf hakkındaki tasarruflarını kontrol eden ve vakıf işlerinde mütevellinin görüşüne müracaat etmek mecburiyetinde bulunduğu görevlidir.⁷¹

Nâzır, vakıfta tasarrufa yetkili değildir; bu tasarruf yetkisi münhasıran müteveliye aittir. Nâzır vakıf adına muamelelerde bulunamaz, onu dışarıda ve içerde temsil yetkisi yoktur. Örneğin, vakıf adına, vakfın gayrı menkullerinden birisini kiralayamaz. Nâzır sadece mütevellinin, vakfedenin şartına (vakıf tüzüğüne) veya vakfın menfaatlerine aykırı tasarrufları vukûunda, yetkili mercilere şikayet ile, gerektiriyor ise mütevellinin azline tevessül edebilir.⁷²

Eskiden beri, vakfın, devletin umumi denetim ve teflişi dışında dahili olarak da denetimine ihtiyaç hissedilmiş, böylece müteveli olan kimsenin vakıf üzerindeki usulsüz tasarruflarına başlangıçta müdahale edilmesi yoluna gidilmiştir.

Ancak eskiden vakfa nâzır tayini daha ziyade vakfedenin arzusuna bırakılmakta ise de günümüzde bunun zorunlu hale getirilmesinde sayısız faydalar vardır. En azından vakıf üzerindeki usulsüz tasarrufların önüne geçilmesi bu suretle daha gerçekçi olarak sağlanabilir. Zira her ne kadar vakıflar üzerinde, devletin umumi bir velayet yetkisi ve denetleme hakkı mevcut ise de, vakfın iç denetimi, umumi denetiminden daha tesirlidir. Nitekim günümüz vakıf teşkilatlarında, *Denetleme Kurulu* vakfın önemli organları arasında yer almaktadır.

4. Vakfın İstibdâli :

İstibdâl; vakıf bir malın, takas yoluyla bir başka mal (ayn) ile değiştirilmesi veya paraya çevrilebilmesi (satılabilmesi)dir.⁷³

⁷¹ Akgündüz, 356

⁷² Berki, A. H. , Vakıflar, 37

⁷³ Akgündüz, 373

Vakıf kavramının özüne uygun olan, vakfedilen malın her türlü alım, satım, hibe gibi tasarruflardan korunmasıdır. Çünkü aksi bir durum vakfın mevcudiyetini ihlal eder, ortadan kaldırır. Dolayısıyla bu husustaki temel doktrin bu yöndedir.

Geçmişte fakihler vakfın istibdâli konusunda daha katı bir tutum içerisinde olmuşlardır. **Akgündüz**, Hanefilerin bu konuda daha esnek davrandıkları görüşündedir.⁷⁴

Ancak vakfın istibdâli hususundaki menfi yaklaşımın özellikle mescit vakıfları olmak üzere kamuya yönelik vakıfları kapsadığı ifade edilebilir.

Nitekim **Ebu Hanife ile Muhammed eş-Şeybani'ye göre** vakıf olarak yapılmış olan bir mescit harabe olsa ve mescidin yeniden imarını gerçekleştirecek bir geliri bulunmasa ve hatta başka bir mescit yapıldığı için insanların ona ihtiyacı kalmamış olsa bile, kıyametin kopacağı zamana dek orası mescit olarak kalır, vakfedenin mirasçılara avdet etmez. O mescide ait malları da, ister orada namaz kılınsın ister kılınmasın bir başka mescide nakletmek caiz değildir.⁷⁵

Ebu Yusuf'a göre ise dokunulmazlık mescidin binasına hastır. Çünkü ona göre mescidin, sergileri, hasır ve kandilleri gibi eşyasına ihtiyaç kalmadığı takdirde bunlar başka bir mescide nakledilebilir.

Maliki ve Şafiiler genel olarak istibdâlin aleyhindedir. Özellikle **Şafilere göre** istibdâl, vakıf malların ortadan kaldırılmasına yol açabilecek ve suiistimale açık bir yoldur. Keza **Malikiler de** gayri menkul vakıflarda, istibdâle tamamen karşıdırlar.⁷⁶

Ancak bu görüşlerin, kendi dönemi içerisinde, vakıf mallar üzerindeki suiistimallerin önlenilmesi hususundaki aşırı hassasiyeti yansıttıkları söylenebilir. Nitekim sonradan, zaman içerisinde ortaya çıkan zorunluluklar nedeniyle, artık vakfedilen maldan (mevkuftan) yararlanılmasının imkansız hale gelmesi durumunda, ağır şartlarla kayıtlanmış olarak, mevkufa ait harabenin veya mevkufun kendisinin satılmasına kapı aralanmıştır.

Bu konuda **Hanbeliler**, akar ve menkul ayırımına gitmeden, vakıf konusu malların kendilerinden amaçlanan menfaatleri ortadan kalkar ve satılarak yerine bir başkasının alınması zorunlu hale gelirse, istibdâlin caiz olacağı görüşündedirler. Yani vakıf konusu malın şeklen devamı sağlanamıyorsa, mânen devam etmesi demek olan istibdâl yoluna başvurmalıdır.⁷⁷

⁷⁴ Akgündüz, 374-377 . **Akgündüz**, “Hanefiler” terimi ile bunu genelleştirmekte ise de, gerçekte bu esnekliğin Ebu Yusuf'a ait olduğunu belirtmek gerekir. Osmanlılar, uygulamada Ebu Yusuf'un görüşünü tercih ettikleri için, genel olarak Hanefilerin bu hususta esnek davrandıkları izlenimi doğmuştur. Nitekim Akgündüz'ün sh. 377'deki beyanlarından da istibdâli kolaylaştıran görüşlerin daha ziyade Ebu Yusuf'a ait olduğu anlaşılmaktadır.

⁷⁵ Zuhayli, X, 297

⁷⁶ Akgündüz, 374-375

⁷⁷ Akgündüz, 375

Hanefilerden **Ebu Yusuf** da, diğer iki imama göre istibdâle daha olumlu yaklaşmaktadır. Osmanlılarda da uygulamada Ebu Yusuf'un görüşü benimsenmiştir.⁷⁸

Bu itibarla vakıf senedinde, vakfın istibdâline karşı çıkan bir kayıt mevcut olsa bile, ihtiyaç bulunduğu aşağıdaki şartlar muvacesinde istibdâlin gerçekleştirilebileceği kabul edilmiştir.

Vakfın istibdâli hususunda öne sürülen şartlar özetle ;

- a) Mevkufun tamamen faydasız bir hale gelmesi, ondan hiçbir suretle faydalanma imkanının kalmaması,
- b) Vakfı tamir edecek bir gelirinin bulunmaması,
- c) Satışın fahiş bir aldanma ile yapılmaması,
- d) Bu satışa (veya takasa) karar verecek olan hakimin, fazilet ve takva sahibi olmasıdır.⁷⁹

Türk Vakıf Hukuk mevzuatında da benzeri düzenlemeler gerçekleştirilmiştir :

“Geliri giderini karşılamayan veya kıymetine uygun gelir getirmeyen vakıf malların, vakıf senedinde aksine bir hüküm bulunsa bile, vakıf yönetiminin önerisi ve Vakıflar genel Müdürlüğü Vakıflar Meclisinin uygun görüşü alındıktan sonar yetkili Asliye Hukuk Mahkemesince, daha yararlı bir mal ya da parayla değiştirilmesine karar verilebilir.” (TMK: 80/A ; VT: 27)

Vakfın istibdâline imkan tanınması, vakfın kendisine ait şahsiyetinin korunmasına yöneliktir. Zira vakfa tahsis edilen malların değiştirilmesi gerçekleştirilmez ise, bu durumda vakıfta çok önemli bir unsur (rûkn) olan amacın gerçekleştirilmesi imkansız hale gelir ki bizatihi bu, vakfın sürekliliği ilkesine aykırıdır.

5. Vakıfta Amanın Değiştirilmesi :

Vakıf hukukunda temel ilke, vakıf senedine aykırı hareket edilmemesi, vakıf için tayin edilen amacın dışına çıkılmamasıdır.

Ancak vakfedenin vakıf senedinde mevkufu aleyh (amaç) olarak tayin ettiği cihet zamanla ortadan kalkabilir. Örneğin vakıftan yararlananlar, muayyen gerçek şahıslar ise, bunların inkırazı (ölümü) halinde vakıf malların nereye sarf edileceği meselesi ortaya çıkar.

Vakıfta *“te’bid”* esasını savunanlara göre, mevkufu aleyh ortadan kalksa bile, vakıf mallar yine vakıf hüviyetinde kalmaya devam eder.

⁷⁸ Akgündüz, 377

⁷⁹ Zuhayli, X, 299 : Bu ve benzeri şartlar için bkz. Akgündüz, 382-383

Hanefilerden Ebu Yusuf'a göre, mevkuf sonu gelebilecek bir cihete, faraza muayyen bir şahsa tahsis edilmiş ise, o muayyen şahsın ölümünden sonra bu cihet "*umum fakirler*"e avdet eder.⁸⁰

Şafiilere göre de, eğer vakfedilen bir cihet belirli bir süre sonra inkıraza uğrasa (örneğin falana ve onun nesline denilse de, bir süre sonra nesil kesilse) vakfedilen şey yine vakıf olarak kalmaya devam eder, bu durumda vakfedenin akrabalarına sarf olunur.⁸¹

Fakat sözgelimi, bir şahıs muayyen bir yerdeki bir binasının gelirini muayyen bir yerdeki okulun giderleri için vakfetse de, bilahare bu okula ihtiyaç kalmasa, bu gelirler bir başka okula veya hastane vb bir cihete sarf edilebilir mi?

Bu durumda değişik alternatifler söz konusu olabilir ;

Eğer vakfeden hayatta ise zaten kendisi bu yönde bir karar alabilir ve bu taktirde problem aşılmış olur. Ya da günümüz vakıf teşkilatlarında, toplu olarak teşekkül ettirilen vakıflarda bir karar organı olarak yer alan vakıf genel kurulu böyle bir amaç değişikliğine gidebilir.

Eğer vakfeden ölmüş ise, vakıf senedinde, amacın imkansız hale gelmesi durumunda alternatif cihetler zikredilmiş olabilir ve böylece zaten vakıf kuruluş aşamasında bir amaç değişikliğini öngörmüş demektir ve bu durumda vakfedenin şartına uyulmuş olur.

Ancak üçüncü bir durumda yani bu iki alternatifin işlemediği şıkta, devletin, vakıflar üzerindeki umumi velâyet (otorite) hakkı çerçevesinde, vakıf senedinde bir amaç değişikliğine gidebilme yetkisi olup olmadığı meselesi belirir ki, zaten tartışılan/tartışılması gereken de bu durumdur. Hatta vakfeden, vakıf senedine her halükarda amacın kesinlikle değiştirilmemesi kaydını da koymuş olabilir. Buna rağmen devlet, amacın değiştirilmesi hususunda kamu adına bir yetki icrâ edebilmeli midir?

Mevzu Türk hukukunda Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne bu hususta Asliye Hukuk Mahkemesine başvuru hakkı tanınmıştır.(VT: 26)

Ancak doktrinde bu husus tartışmalıdır.

Bazı teorisyenlere göre, eğer vakıf senedinden vakfedenin, amacın hiçbir surette değiştirilmesini arzu etmediği anlaşılıyorsa amaç değiştirilmesine gerek yoktur. Zira bu durumda amaç imkansız hale geldiğinden vakıf kendiliğinden dağılır, yani sona erer.⁸²

⁸⁰ Merğınani, III, 17 ; Kasani, VI, 220

⁸¹ Şırbini, II, 384

⁸² Güneri, 71

Nitekim günümüzde doktrinel olarak vakfın diğer tüzel kişiler gibi sona erebileceği kabul edilmektedir.

Diğer bazı hukukçular ise — Şakir Berki bunlardandır — amacın her halükârda değiştirilmemesi gerektiği kanaatindedirler. Bu görüş sahiplerine göre eski vakıf hukukumuzda uygun olarak vakfedenin şartına riayet etmek esas olmalıdır. Çünkü devletin bu hususta müdahale inisiyatifi, vakıf yapma temayülünü zayıflatacak hatta yok edecektir. Zira vakıf yapma arzusunu taşıyan bir kimse, kendi ölümünden sonra vakfettiği amacın (cihetin) değiştirilebilme ihtimalini göz önüne getirdiğinde bu niyetini uygulamaya geçirmekten imtina edebilir.⁸³

Ş. Berki'nin bu görüşünün İslam vakıf hukukundaki "*Vâkıfın şartı Şâriin nassı gibidir*" kaidesinden mülhem olduğu anlaşılıyor. Halbuki geçmişte de fakihler bu kaideyi mutlak olarak değerlendirmemişler, buna ait istisnaları da belirtmişlerdir ki, vakfın maslahatına uygun olan yerlerde hakim (devlet otoritesinin) vakıf senedine aykırı tasarruflarının tecviz edilebileceği ifade olunmuştur.⁸⁴

Bu itibarla, devlete böyle bir yetki ve hak tanınmadığı takdirde, amacı ortadan kalkmış bir vakfın hâlâ "*aktif bir vakıf*" olarak şahsiyetini muhafaza edebileceğini iddia etmek hayli güçtür. Hatta bu, vakıf yapma düşüncesinin özüne aykırıdır. Diğer yandan A. Himmet Berki'nin dediği gibi ; "*Dünyada hiçbir şeyde karar yoktur. Zamanla değişiklik olmaktadır. Vakıflarda da zamanla şart ve amaçlarda değişiklik olabilir, çünkü ihtiyaçlar yerlerini yenilerine terkeder.*"⁸⁵

Hatta vakıfta amacın değiştirilmesine imkan tanınması, "*te'bid*" esasının esprisine en uygun bir davranış olarak değerlendirilmelidir. Zaten klasik dönem hukukçularının; mevkufu aleyh'in inkırazı durumunda mevkuf malların umum fakirlere sarf edilmesi gerektiğini öngören görüşleri de, vakıfta amaç değişikliğine o dönemde de müspet bir yaklaşım gösterildiğine hamledilebilir. Ancak biz, bir amaç değişikliğinden söz ederken, tespit edilecek yeni amacın (cihetin) "*umum fakirler*" gibi son derece mücmel ve soyut bir cihet olması yerine daha somut bir amaç olmasına imkan tanınmasını kastediyoruz.

Bununla birlikte bu konuda en uygun çözüm yolu, vakfın ilk kuruluş amacının ortadan kalkması durumunda mevkuf malların hangi amaçlar için kullanılabileceğinin yani alternatif cihetlerin de vakıf senedinde tayini şart koşulmalı, böyle bir alternatif içermeyen vakıf senetlerindeki bu boşluk, tescil esnasında vakfeden iradeye mutlaka doldurtulmalıdır.

⁸³ Güneri, 73

⁸⁴ İbn Abidin, *Tenkihi'l-Fetâvâ*, I, 121

⁸⁵ Güneri, 64

Netice olarak, gerek istibdal hükümleri ve gerekse vakfın amacının değiştirilmesi ile ilgili teoriler⁸⁶, mümkün olabildiğince vakfın tüzel kişiliğini korumaya yönelik çabaları ifade etmektedir. Nitekim Güneri'nin de belirttiği üzere ;*"amacın değiştirilmesiyle vakfın (sona ermesinin önüne geçilerek) devamlılığı sağlanmış olacağından bu durum, vakıf yapma eğilimini yok etmek ve azaltmak şöyle dursun, daha da arttırmaya vesile olacak niteliktedir."*⁸⁷

Buradan, her ne kadar modern vakıf anlayışında teoride *te'bid* esasının gerekli görülmediği görüntüsü mevcut ise de, uygulamada modern hukukçuların da bunu zımnî bir şekilde benimsedikleri anlaşıyor. Zira İslam hukukunda da *"te'bid"* ile kastedilen, sonu belli olmamaktır. Yoksa gerçek anlamında *te'bid* zaten mümkün değildir.

6. Vakfın Sona Ermesi :

Günümüz mevzu hukukunda vakıf hükmi şahsiyetinin, diğer hükmi şahıslarda olduğu gibi sona erebileceği veya devlet eliyle sona erdirebileceği kabul edilmiştir.

Vakfın sona ermesi iki suretle olur:

a) İnfisah : Vakfın kendiliğinden Dağılması;

"Gayesinin tahakkuku imkansız hale gelen vakıf kendiliğinden dağılmış olur." (TMK: 81/A ; MVT:30)

b) Fesih : Vakfın Yetkili Merciler Tarafından dağıtılması ;

"Vakfın gayesi 74.cü maddenin ikinci fıkrası hükmüne girmesi halinde, vakıflar Genel Müdürlüğü vakfın dağıtılması için yetkili Asliye mahkemesine başvurmak zorundadır. Bu başvuru üzerine mahkeme, duruşma yaparak vakfın dağıtılmasına karar verir ve siciline durumu tescil eder." (TMK: 81/A ; MVT: 31)

Türk vakıf mevzuatına göre, vakfa esas teşkil eden gayenin ilelebet devam etmesi şart değildir. Dolayısıyla belirli bir süre sonunda vakfın kuruluşuna esas teşkil eden amaç gerçekleşmiş olabilir. Yahut da söz konusu amacın gerçekleşme imkanı ortadan kalkar ki, bu durumda vakfın devamı için bir gerekçe kalmamış olur.

Öte yandan Türk Medeni Kanunu'na göre hukuki statüleri bakımından dernek ile vakıf arasında yakın bir benzerlik vardır. En azından her ikisi de iktisadi gaye gütmeyen hükmi şahıslar kapsamındadırlar.

⁸⁶ Vakıfla amacın değiştirilebilmesi hususundaki teoriler ve özellikle Türk hukukunda bununla ilgili olarak öngörülen şartlar hakkında bakınız: Güneri, 61-77

⁸⁷ Güneri, 73

Ayrıca Türk hukuk mevzuatında vakıflara sağlanan bazı imtiyazlar nedeniyle, asıl itibarıyla dernek statüsünde olan pek çok teşekkül kendini vakıf haline dönüştürebilmektedir. Dolayısıyla doktrin olarak derneklerin vakıf haline dönüşmesi hukuken mümkündür.⁸⁸

Bu itibarla Türk Medeni Hukuku, prensip olarak dernek hükmi şahsiyetinin sona erebileceğini ya da erdirilebileceğini kabul ettiğinden, bu durumu vakıflara da teşmil etmektedir.

İslami vakıf geleneğinde, çoğunlukla *“te’bid”* esası, yani vakfın ilelebet devam ettiği/etmesi gerektiği düşüncesi hakim bulunduğu genel kabulün, vakfın infisahının mümkün olamayacağı yönünde olduğu ifade edilebilir. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere **Malikiler** bu görüşte değildir. Hatta onlar vakfın önceden muayyen bir süre ile sınırlandırılmasının bile mümkün olduğunu savunmaktadırlar.

Kanaatimizce, vakıfta olmazsa olmaz bir şart olarak öne sürülen *“te’bid”* esası, bunu öngörenlerce dini gerekçelere dayandırılıyor olsa da, vakıf muamelesi aynı zamanda dini yönü de olan ama hukuki niteliği daha ağır basan bir muameledir. Dolayısıyla vakıfta *te’bid*’i şart koşturmayan görüşler de bir yönüyle nazarı itibara alınabilir. Diğer bir ifadeyle, günümüz pozitif vakıf hukukundaki, te’bid esasına aykırı düzenlemeler kesinlikle *“gayri İslamî”* olarak nitelendirilemez.⁸⁹

⁸⁸ Erkilet, 15

⁸⁹ Biz Türk Hukukunda da vakfın infisahını öngören düzenlemenin, **Malikî vakıf anlayışına** dayandığı kanaatindeyiz. Türk Medeni Kanunu, İsviçre Medeni Kanunundan iktibas edildiğinden, bu kanundaki vakfa dair hükümler, bir yönüyle Batının vakıf anlayışını yansıtmaktadır.

Endülüs Medeniyeti marifetiyle, İslam hukuku ile batı hukuku arasında karşılıklı etkileşimler ve iktibaslar gerçekleştiği bir vâkiadır. Bu bağlamda batılıların, müslümanların vakıf hukukundan da etkilendikleri söylenebilir.

Endülüs’te Maliki mezhebi yaygın bir kabul görmüştü. Malikilerin vakıf anlayışında te’bid esası şart olmadığı gibi, onlara göre muayyen bir süre ile vakıf kurulması da mümkündür. Dolayısıyla batılıların, müslümanlara ait olarak, Maliki icthadları çerçevesinde oluşturulmuş bir vakıf kurumu ile karşılaştıklarını ve neticede, vakıfta **Malikî** anlayışının biraz dolaylı olarak, yani batı hukuku vasıtasıyla Türk hukuk mevzuatına da yansıtılmış olduğunu düşünüyoruz.

İKİNCİ AYIRIM

Derneklerin Hükmi Şahsiyeti

I- GÜNÜMÜZ MEVZU HUKUKUNDA DERNEKLERİN HUKUKİ STATÜSÜ :

1. Dernek Kavramı :

“Dernek” genel anlamda belirli bir gaye için bir araya gelmiş şahıs topluluklarını ifade etmek için kullanılan bir terimdir. Halk lisanında daha ziyade “*cemiyet*” olarak ifade edilir. Bu anlamda insanların doğum, ölüm, düğün vb. amaçlarla meydana getirdikleri kısa süreli topluluklara da “*cemiyet*” adı verilir; nişan cemiyeti, ölüm cemiyeti, hatim cemiyeti gibi.

Hukuki bir terim olarak ise dernek ; *kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir gayeyi gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek kişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmeleri suretiyle oluşturdukları, tüzel kişiliğe sahip teşekküllerdir.*⁹⁰

Bu anlamda derneklerin insanın sosyal bir varlık olması ile çok yakın bir irtibatı vardır. Zira derneklerin teşekkül nedeni, bireylerin toplum içerisinde, bazı maksatları belirli bir dayanışma ve yardımlaşma ile gerçekleştirebilme ihtiyacında aranmalıdır. Dolayısıyla, insanların bazı amaçları gerçekleştirebilmek maksadıyla bir araya gelmeleri anlamında kurumsal nitelikli bir dernekleşmenin köklerini kronolojik olarak tarihin en eski devirlerinde aramak yanlış olmaz. Çünkü modern çağın insanı için vazgeçilmez bir olgu olan dernekleşme ihtiyacını klasik devir insanının da mutlaka hissetmiş olduğunu nasıl inkar edebiliriz? Nitekim hükmi şahsiyetin tarihi seyrini ortaya koyarken bahsettiğimiz üzere, daha Roma hukukunun klasik döneminde derneklere ait hukuki düzenlemeler mevcut idi. Tabii bu, tarihin tesbite muvaffak olduğu bir dönemi ifade ediyor ve Romalılardan önce dernekleşme olmadığı anlamına gelmiyor.

Çağımızın, toplum hayatının son derece kompleks bir yapıda olmasını zorunlu kılan muhtelif ihtiyaçlarının kurumsal anlamdaki dernekleşmeyi çok daha gerekli hale getirdiği tartışma götürmez bir hakikattir. Özellikle demokratik zihniyetin kitleler üzerinde oluşturduğu yeni inkişaf, “*sivil toplum örgütleri*” olarak dernekleri günümüzde çok daha cazip hale getirmiştir. Hatta bugün için dernekler toplum hayatının vazgeçilmez bir unsuru olarak kabul edildiğinden dernek kurma anayasa ile teminat altına alınmıştır.

⁹⁰ Bkz: Dernekler Kanunu. m. 1

Günümüzde derneklerin faaliyet alanları çok genişlediğinden, bunlar faaliyet sahalarına göre çeşitli isimler almaktadır. Başlıcaları şunlardır :

- a) Kurum: Gayesi ilmî olan derneklerle, kuruluş amacı kamuya yönelik olarak devlet desteğinde kurulan derneklerdir. Türk Hukuk Kurumu, Türk Hava Kurumu, Çocuk Esirgeme Kurumu, Kızılay gibi.
- b) Parti: Siyasi amaçlı faaliyet gösteren derneklerdir.
- c) Kulüp: Sportif amaçlı faaliyet gösteren derneklerdir. Fenerbahçe Spor Kulübü gibi.
- d) Sendika: Mesleki dayanışmayı sağlamak amacıyla kurulan derneklerdir. Maden-İş Sendikası gibi.
- e) Federasyon: Kuruluş amaçları aynı olan ve kamu yararına çalışan en az üç derneğin bir araya gelerek teşekkül ettirdikleri tüzel kişiliği haiz teşekküllerdir. Türkiye Futbol Federasyonu, Türkiye Sakatlar Federasyonu gibi.
- f) Konfederasyon: Kuruluş amaçları aynı olan üç federasyonun bir araya gelerek teşekkül ettirdikleri tüzel kişiliği haiz teşekküllerdir. Esnaf ve Küçük Sanatkârlar Konfederasyonu gibi.⁹¹

1. 1. Derneklerin Çeşitleri :

Dernekler tüzel kişilik niteliği açısından, kâr gayesi gütmemek özelliği sebebiyle şirketlerden; kendisi şahıs topluluğu, diğeri ise mal topluluğu olması hasebiyle de vakıflardan ayrılır.⁹²

Dernekler kendi aralarında da hem gayeleri, hem de imtiyazları itibarıyla çeşitlere ayrılırlar :

- a) *Gayelerine göre dernekler üç nevidir :*
 - aa) İktisadi gaye gütmeyen dernekler (TMK:53)
 - ab) İktisadi gaye güden dernekler. Bunlar hükmi şahsiyet hükümleri açısından şirket hükümlerine tabidir. (TMK: 54)
 - ac) Gayesine erişmek için ticari şekilde icrâ-i sanat eden dernekler. (TMK: 54)

Bunlarda kazanç paylaşma gayesi yoktur. Bu gaye olursa o topluluk dernek değil, şirket olur.⁹³

- b) *İmtiyazlarına göre dernekler iki çeşittir :*

- ba) Alelâde dernekler
- bb) Kamu yararına çalışan dernekler.

Türk Medeni Kanunu ile Dernekler Kanununa göre kurulan bütün dernekler alelâde derneklerdir.

⁹¹ Akıntürk, 157-158

⁹² Velidedeoğlu, **Medeni Hukuk**, 253

⁹³ Velidedeoğlu, *agc.* , 255

Dernekler ikametgahları ile amaç ve faaliyetleri için gerekli olanlar dışında gayri menkul mala sahip olamadıkları halde Bakanlar Kurulu, kamu yararına çalışan derneklerden gerekli gördüklerine bu hususta yetki verebilir. (DK: 64)

2. Derneğin Unsurları:

Bir derneğin hukuki olarak vücut bulabilmesi için kendisine ait bazı zorunlu unsurların bulunması zorunludur. Türk Medeni Hukukuna göre bir derneğin hükmi şahsiyet kazanabilmesi için şu unsurların bulunması gereklidir :

- 1) Kurucular
- 2) Gaye
- 3) İrade Beyanı⁹⁴

2. 1. Kurucular :

2908 Sayılı Dernekler Kanununa göre bir derneğin kurulabilmesi için en az yedi kişinin kurucu olarak bulunması gereklidir. (m.1)

Kurucuların en az yedi kişi olmasının gerekçesi, yetkili kurulların/organların teşekkülüne imkan sağlamak içindir.

Anayasal olarak herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir. (T.C. Anayasası: 33)

Ancak Dernekler Kanununa göre kurucuların medeni hakları kullanma (fiil) ehliyetine sahip ve 18 yaşını bitirmiş olmaları şartı aranır. (m.4)

Yine aynı kanuna göre bazı meslek gurubuna mensup olanlar ile, belirtilen bazı suçlardan hüküm giymiş (sabıkalı) olanlar sürekli olarak; daha önce kurdukları veya yönettikleri derneklerde kanuna aykırı faaliyette bulunanlar ise beş yıl süre ile dernek kuramazlar. (m.4)

2. 2. Gaye :

Bir derneğin kurulabilmesi için belirli ve ortak bir gayenin bulunması da zorunludur. Çünkü dernekler böyle bir gayenin gerçekleşmesini sağlamak üzere kurulan tüzel kişilerdir.

Derneklerin gayesi kazanç paylaşmaktan başka bir gaye olmalıdır. Bu tür gayelere örnek olarak Medeni Kanun m.53'te; siyasi, hayrî, bedîî, dinî ve sportif gayeler gösterilmiştir. Binaenaleyh iktisadi yani ticari amaçlarla dernek kurulamaz, böyle gayelerle ancak şirket kurulabilir.

⁹⁴ Akıntürk, 159 vd.

Derneğin gayesi hukuka, ahlaka ve âdâba aykırı olamaz. Gayesi hukukun emredici hükümlerine, ahlaka ve âdâba aykırı olan dernekler hükmi şahsiyet kazanamazlar. (TMK:45/II)

Ayrıca Dernekler Kanununun 5. Maddesinde de hangi amaçlarla dernek kurulamayacağı belirtilmiştir.

2. 3. İrade Beyanı :

Yedi gerçek kişiden az olmamak üzere kurucuların, kanunun izin verdiği belirli ve ortak bir gayenin etrafında toplanmış olmaları, derneğin vücut bulması için yeterli değildir. Ayrıca kurucuların bu gayeyi gerçekleştirmek üzere, bağımsız bir varlığa sahip bulunan yeni bir hak süjesine vücut verme iradelerini de açıklamaları gerekir. Kurucular bu doğrultudaki iradelerini açıklamadıkça bir dernek kurulmuş olamaz. Nitekim Türk Medeni Kanununun 53; Dernekler Kanununun 9. Maddelerinde açıkça *“derneklerin kuruluş bildirisini ve eklerini merkezlerinin bulunduğu mahallin en büyük mülki amirliğine vermek suretiyle hükmi şahsiyet kazanacakları”* ifade edilmektedir.

Dernekler Kanununun 8. Maddesine göre kurucuların dernek kurmaya yönelik iradeleri bir *“tüzük”* ile ortaya konulur. Bu tüzükte aşağıda belirtilen hususların belirtilmesi zorunludur:

- 1) Derneğin adı ve merkezi
- 2) Derneğin amacı ve bu amacı gerçekleştirmek için dernekçe sürdürülecek çalışma konuları ve çalışma biçimleri
- 3) Dernek kurucularının ad ve soyadları, meslek ve sanatları, ikametgah ve tabiiyetleri
- 4) Derneğe üye olma, üyelikten çıkma ve çıkarılma şart ve şekilleri
- 5) Dernek genel kurulunun kuruluş şekli ve toplanma zamanı
- 6) Genel kurulun görevleri, yetkileri, oy kullanma ve karar alma usul ve şekilleri
- 7) Yönetim ve denetleme kurullarının görev ve yetkileri, ne suretle seçilecekleri, asil ve yedek üye sayısı
- 8) Derneğin şubesinin bulunup bulunmayacağı, bulunacak ise, şubelerinin nasıl kurulacağı, görev ve yetkileri ile dernek genel kurulunda nasıl temsil edileceği
- 9) Üyelerin ödeyeceği yıllık aidat miktarı
- 10) Derneğin iç denetim şekilleri
- 11) Tüzüğün ne şekilde değiştirileceği
- 12) Derneğin feshi halinde mal varlığının tasfiye sureti.

Dernekler tüzüklerinde dernek olarak kurulmak doğrultusundaki iradelerini açıkladıkları ve kuruluş bildirisi ile eklerini kurulduğu yerin en büyük mülki amirine verdikleri andan itibaren bir hükmi şahıs olarak doğmuş olurlar. Böylece bu andan itibaren

hak ehliyeti başlar, yani hak ve borç sahibi olabilirler. Hükmi şahsiyet kazanabilmek için mülki amirin onayına ve iznine gerek yoktur.⁹⁵

3. Organlar :

Dernekler fiil ehliyetlerini yetkili organları/mümessilleri vasıtasıyla kullanırlar. Dolayısıyla bu organların dernek adına gerçekleştirdikleri tüm tasarruf ve muamelelerden dernek hükmi şahsiyeti sorumlu olur.

Kanuni olarak zorunlu kılınan organ üç çeşittir: Genel kurul, yönetim kurulu, denetleme kurulu (DK: 19)

Genel Kurul :

Derneğin en yetkili yüksek karar organıdır. Dernek üyelerinin tamamından teşekkül ettirilebileceği gibi, üyelere bir kısmı ile de oluşturulabilir.

Dernek kuruluş bildirisi yetkili mercilere verilip tüzük bir gazetede ilan edildikten sonra en çok altı ay içerisinde genel kurulun toplantı yapması zorunludur. Bu zorunluluğa uyulmaması halinde bu, derneğin fesih sebebi sayılır. (DK: 14)

Genel kurul, dernek organlarının seçilmesi, dernek tüzüğünün değiştirilmesi, derneğin feshedilmesi gibi çok önemli kararların alınması yanında derneğe ait diğer tasarruflarda da en yetkili mercidir. (DK: 26)

Yönetim Kurulu :

Derneği içeride idare, dışarıda temsil eden zorunlu bir organdır. En az beş asıl üyeden oluşur. Genel kurul beş de yedek üye belirler.

Yönetim kurulu, derneğin bütçesini hazırlar, yıllık faaliyet ve hesap raporlarını kaleme alır, genel kurulu toplantıya çağırır, toplantının gündemini düzenler, genel kurulda alınan kararları yerine getirir. Kısacası derneğin idare ve temsil organıdır. (DK: 27)

Denetleme Kurulu :

Yönetim kurulunu derneğe ait tasarruflarında denetleyen organdır. Üç asıl üyeden oluşur ve genel kurul tarafından seçilir. Genel kurul üç de yedek üye belirler. (DK: 29)

⁹⁵ Akıntürk. 165

Dernek organlarının ihmal, kasıt, suiistimal ve yolsuzluk gibi usulsüz tasarrufları halinde tecziye edilecekleri haller ve tecziye suretleri Dernekler Kanununun 75-87. maddelerinde zikredilmiştir.

4. Derneğin Sona Ermesi :

Daha önce, hükmi şahısların sona ermesi bahsinde belirttiğimiz üzere bir dernek iki şekilde sona erer: *İnfisah, fesih* ..

İnfisah :

Derneğin tüzel kişiliğinin herhangi bir işlem veya karara gerek kalmaksızın kendiliğinden sona ermesi demektir. İnfisahı gerektiren haller Dernekler Kanununun 51. Maddesinde belirtilmiştir:

- a) Derneğin gayesinin gerçekleşmiş olması
- b) Gayenin gerçekleşmesinin imkansız hale gelmesi
- c) Acz haline düşme
- d) Yönetim kurulu kuramayacak hale gelme
- e) Yeter sayı bulunamaması sebebiyle üst üste iki olağan genel kurul toplantısının yapılamaması
- f) Kuruluş amaç ve şartlarının kaybedilmesi.

Fesih :

Derneğin tüzel kişiliğine bir karar ile son verilmesidir. Bu da ya bizzat yetkili organın/ genel kurulun (DK:49) veya mahkemenin (DK:50,52,53) yahut da idari bir makamın/Bakanlar Kurulunun (DK:11,12) kararı ile olur.

Feshedilen veya kendiliğinden dağılmış sayılan derneklerin mal, para ve sair haklarının tasfiyesi tüzüklerinde gösterilen esaslara göre yapılır. Tasfiyenin ne suretle olacağı genel kurula bırakıldığı halde genel kurulca bir karar alınmamış veya genel kurul toplanamamış ise derneklerin bütün mal, para ve sair hakları Hazine'ye intikal eder.

Mahkemece kapatılan derneklerin bütün mal, para ve hakları doğrudan Hazine'ye intikal eder. (DK: 55)

II- İSLAM HUKUKU AÇISINDAN DERNEKLERİN HÜKMİ ŞAHSİYETİ :

1. Müslüman Toplumlarda Dernek Fikri :

Cemiyetleşme herşeyden evvel yardımlaşma ve dayanışma esprisine dayalı bir olgudur. Konuya bu açıdan yaklaşıldığında tarihi süreç içerisinde müslüman toplumlarda da dernekleşme örneklerine rastlamak mümkündür.

Ancak hükmi şahsiyetin tarihi seyrini etüt ederken, bazı yazarların⁹⁶; İslam hukukunda hükmi şahsiyet mefhumunun mevcut olmadığı yönündeki tezlerini, müslümanların cemiyet fikrine kapalı olduğu, cemiyet kurma serbestliğinin bulunmadığı gibi argümanlara dayandırdıklarını belirtmiştik.⁹⁷ Bu konudaki değerlendirmelerimizi ilgili bahiste yaptığımızdan burada yeniden aynı tartışmaya girmeyecceğiz. Şu kadarını belirtelim ki İslam hukukunun dernek fikrine karşı olduğu ileri sürüldüğü zaman, müslümanların sosyal yaşantıları içerisinde yardımlaşma ve dayanışmadan müstağni bir hayat sürdürdükleri de bu iddianın zımnî bir neticesi olarak kabul edilmesi gerekir. Halbuki hiçbir toplum ve fert bundan müstağni kalamaz. Nitekim İslam hukuk tarihindeki belirgin dernek örneklerine daha önce geniş bir şekilde yer vermiştik.⁹⁸ Ayrıca İslam'ın dernekleşme çabalarına karşı olmadığı hususunda;

*“Ey İman Edenler! İyilik ve Takva hususunda yardımlaşın; günahı ve düşmanlık üzerinde yardımlaşmayın”*⁹⁹

ayeti somut bir delil olarak değerlendirilebilir. Hatta ayetin, sadece bir hüküm vaz'etmediği, aynı zamanda nüzulü itibariyle muhatap aldığı toplumda, vâkıada zaten bir yardımlaşmanın mevcut olduğunu ifade ettiğini söylemek de mümkündür.

Ancak günümüzde “*dernek*” kavramı, geçmişteki basit anlam ve muhtevasından çok daha kapsamlı ve kompleks anlamlar içeren bir mahiyet kazanmıştır. Konuya bu çerçeveden bakıldığında müslümanların dernek fikrini yeterince geliştiremediklerini söylemek gerekir. Tarihi süreç içerisinde derneklerin gelişim süreçleri ve teşekkül amaçları açısından müslümanlar ile diğer toplumlar arasında çok yakın benzerlikler kaydedilmiş ise de, batılılar özellikle son birkaç asır içerisinde “*dernek*” kavramını alabildiğince geliştirmişler, basit, dar amaçlı teşekküllerin ötesinde, devletin kamuya yönelik tasarruflarını kontrol eden hatta gerektiğinde müdahale edebilen, çok geniş katılımlı kurumlar oluşturmaya muvaffak olmuşlardır ki, günümüzde bunlar “*sivil toplum örgütleri*” adıyla anılmaktadırlar.

Bugün genel olarak “*sivil toplum*” denilince akla, devletten özerkliği olan ve onun uygulamalarını sınırlayabilen çeşitli gönüllü kuruluşlar, sendikalar, sosyal hareketler, menfaat

⁹⁶ Ansay, S. Şakir, 177-178 ; Saymen, 236

⁹⁷ Bkz. Sh. 53-56

⁹⁸ Bkz. Aynı yerler.

⁹⁹ Maide, 2

gurupları vs. gelmektedir.¹⁰⁰ Günümüzde ileri ülkelerde sivil toplum örgütleri demokratik bir toplumun vazgeçilmez unsurları olarak kabul görmektedir. Zira halkın yönetime gerçek anlamda katkısını ifade eden demokratikleşme, yöneticilerin bahşedeceği kadarı ile yetinilecek bir hak değil, halkın kendi çabaları ile ve yönetime yerinde müdahaleleri ile elde edebileceği kazanımlardır.

Bu anlayışın günümüz müslüman topluluklarında yeni yeni belirginleşme eğilimi gösterdiği görülmektedir. Nitekim Şerif Mardin, ancak modernleşme ile birlikte müslüman ülkelerde de sivil toplum unsurlarının ortaya çıktığını öne sürmektedir.¹⁰¹

Bununla birlikte biz müslümanların geçmişe dönük olarak, sivil toplum tecrübesinden tamamen yoksun olduklarının da iddia edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira özellikle, Selçukluların son döneminde ortaya çıkan ve bu devletin yıkılma sürecinde merkezi otorite boşluğunun yerini önemli ölçüde dolduran **Ahi Teşkilatları**, günümüzün sivil toplum örgütlerini andıran çok somut bir örnek teşkil etmektedir. Şu kadarla ki zaman içerisinde bu örgütler, ağırlıklarını yitirmişler, devletin de (Osmanlıların) müdahalesi ile sadece bir meslek odası haline dönüştürülmüşlerdir.¹⁰²

2. Derneklerin Hükmi Şahsiyeti :

İslam'ın hem dernek hem de hükmi şahsiyet fikrine karşı olmadığı bilindikten sonra, ayrıca İslam hukuku açısından derneklerin hükmi bir şahsiyete sahip olabileceklerini ispatlama gayreti içerisine girilmesi gereksizdir. Genel hatları itibariyle günümüz mevzu dernekler hukukunun "*İslamî*" addedilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bununla birlikte "gaye" konusunda bazı yeni yaklaşımlar ortaya koyulabilir.

¹⁰⁰ Usul, 79

¹⁰¹ Usul, 87

¹⁰² D.F. Eickelman, Müslüman ülkelerde sivil toplum unsurlarının modernleşme ile birlikte ortaya çıktığı iddiasını kabul etmemektedir. Eickelman'a göre yeni zamanlarda ortaya çıktığı görülen sivil toplumu geçmişi olarak düşünmek araştırmacıları yanlış yola sevk etmektedir. Ona göre Orta Doğu'da devlet ister zayıf ister baskıcı olsun, her zaman kompleks bir toplumsal kurumlar ağı sunar. Eickelman'a göre, eğer sivil toplumdan iktisadi ve siyasi hayatı belli ölçüde kolaylaştıran devletten bağımsız kurumlar anlaşılıyor ise, Orta Doğu'da bunun birçok örneği mevcuttur. Fakat bu kurumlar batılı tarz sivil toplum unsurları arayanlarca görmezlikten gelinmiştir.

A. R. Norton da Eickelman'a katılır. Ona göre, her ne kadar bazı önde gelen akademisyenler oryantalist söylemin etkisinde kalarak, müslüman toplumlarda sivil toplum olmadığını iddia etseler de, ortaçağ müslüman toplumları, zannedildiğinin aksine, hareketli, özerk ve yöneticilerin gücünü sınırlandırıcı özelliğe sahiptirler. Norton araştırmacıları yanlışla düşüren şeyin batılı tarzda sivil toplumun aranması olduğunu söylemektedir. Oysa Doğu ve merkezi Avrupa'da ortaya çıkan yeni sivil toplum unsurları, "*müslüman ülkelerde sivil toplum yoktur*" iddiasının ne kadar yanlış olduğunu ortaya koymaktadır. Bu konuda ilginç bir görüş de Ellis Goldberg'den gelir. Golderberg'e göre, eğer bir toplum rasyonel bireyler tarafından oluşuyorsa ve özel mülkün dokunulmazlığı prensibi varsa, bu toplumda yapılabilecek bir "*kamusal yanlış*" mutlak surette sınırlandırılacaktır. Batılı bir tarzda olur ya da olmaz, şekli önemli değildir. [Usul, s. 87'den kısmen uyarlanarak iktibas edilmiştir.]

2. 1. Temel İslam Hukuk Nassları Bağlamında Dernekte Gaye Mesclesi :

Bir derneğin teşekkülünde “gaye” önemli bir unsurdur. Çünkü belirli bir amacı olmayan bir dernek düşünülemez.

Bütün mevzu hukuk düzenleri, derneğin kuruluşunu izne bağlamış olsun veya olmasın, kurulacak derneğin amacını, dinî, ahlaki, siyasi veya kanuni gerekçelerle sınırlandırabilir. Bu son derece tabiidir, çünkü hiçbir hukuk sistemi örgütlenme hususunda mutlak bir serbestlik bahsetmez. Toplu halde yaşamanın, sosyal hayatın mahiyeti ve karakteri, daha ilk elden bireylere mutlak hürriyeti geçersiz kılmayı gerektirir. Zaten hukukun bizatihi varlık nedeni, toplum hayatını belirli bir şekilde disipline etmektir. Bu yönüyle devletin fonksiyonu da, belki ilk etapta hukuk üretmek değilse de, vaz’edilen hukukun tatbikini sağlamaktır.¹⁰³

Bu itibarla, Maide Suresinin 2. Ayeti esas alındığında, İslam hukuku açısından da, teşekkül ettirilecek derneğin gayesinin “masiyet” nevinden olmaması gerekir. Zira bu ayette “günah ve düşmanlık üzerinde yardımlaşma” kesin olarak yasaklanmıştır.

“Masiyet” (الاشم) terimi geniş kapsamı ile düşünüldüğünde sadece ferdi anlamda “günah” niteliği bulunan fiilleri değil, aynı zamanda toplumun bütününe veya sadece belirli bir kesimine yönelik de olsa “başkaları”na zarar verecek türden fiil ve eylemleri de ihtiva eder. Hatta yapılan eylem dışı akseden yönüyle, masum ve hayırlı bir görüntüyü de taşıyabilir. “Mescid-i Dirâr” bunun en tipik örneğini teşkil eder ki, samimi müslümanlara zarar vermek maksadı ile, yürütecekleri faaliyetlere bir üs olması amacıyla, münafıkların tesis ettiği bu mescide gidip namaz kılmaması hususunda Hz. Peygamber (sav) uyarılmış¹⁰⁴, O da bunun üzerine bu mescidi yıktırmıştır.

Yine “Lâ Darara” hadisi de¹⁰⁵ kendisinden anlaşılması gereken anlam itibariyle, bir başkasına zarar vermenin gayri meşru olduğunu beyan etmek için söylenilmiş değildir. Zira bu tab’an ve bedâhaten bilinen bir şeydir. Hz. Peygamberin (sav) bu hadisi, fertlerin söz ve fiillerinin meşruiyet sınırını tayin etmek üzere vârid kılınmıştır. Yani yaptığınız fiil veya sarf ettiğiniz söz bir başkası aleyhine zarar içermeye başladığı andan itibaren meşruiyetini yitirir demektir.

Öte yandan bir derneğin teşekkülü için öngörülen gayenin masiyet nevinden olmaması yanında ayrıca “birr” (iyilik) kapsamı içerisinde mütalaa olunabilecek bir gaye olması

¹⁰³ Hacc, 41. Ayette de devletin bu fonksiyonuna işaret vardır.

¹⁰⁴ “Ve (bir takım) zararlı eylemlerde bulunmak, dinden çıkmayı örgütlemek, müminler arasına tefrika sokmak ve başından beri Allah ve Rasulüne karşı savaş tavrı içinde bulunanlara bir gözetleme yeri sağlamak için (ayrı) bir mabet kuran(münafık)lar, size şöyle yemin edecekler: “Biz (bununla) sadece iyilik yapmak istemiştik” Allah onların yalancılar olduğuna bizzat tanıktır. (Ey Peygamber!) Böyle bir yere asla adını atma! İçine adım atacağın mescit, daha ilk günden beri Allah’tan yana sağlam bir bilinç ve duyarlık temeli üstünde yükselen mescittir.” [Tevbe, 107-108]

¹⁰⁵ لا ضرر ولا ضرار = “Zarar vermek yoktur, zarara zararlarla karşılık vermek de yoktur” [Malik, Akdiye, 26 : İbn Mâce,

gerektiği de öngörülmelidir. Zira anılan ayette, yardımlaşmanın “*birr ve takva*” üzerinde olması emredilmektedir.

Ancak “*birr*” terimi genel olarak “*iyilik, hayır*” gibi anlamlar içermekte, bu yönüyle son derece soyut bir mahiyet arz etmektedir. Hz. Peygamber (sav) bir hadislerinde “*birr*”i “*güzel ahlak*” olarak vasıflandırmıştır.¹⁰⁶ Nitekim Türk Medeni Kanunu da derneğin gayesinin hukuka, ahlaka ve âdâba aykırı olamayacağını beyan etmekte, bu suretle gayenin “*ahlakî*” liğini öngörmektedir.(m.45/II) Ancak “*ahlakî*”lik soyut ve sübjektif bir kıstas olduğundan bunun belirli bir ölçütünü tayin ve takdir etmek son derece güçtür.

Aynı şekilde ayetteki “*birr*” terimi de farklı yorumlara elverişlidir. Zira “*birr*”i, hemen bitişiğinde zikredilen “*takvâ*” terimi ile birlikte değerlendirdiğimizde, “*birr*”e; “*uhrevî neticesi itibariyle sevap kazandırıcı*” bir nitelik atfedilmesi mümkün olduğu gibi, “*günah ve düşmanlık üzerinde yardımlaşmayın*” ibaresi ile birlikte değerlendirildiğinde ise “*birr*”i her halükarda “*Mubah olan fiil ve düşünce*” olarak anlamlandırabiliriz. Bu durumda ayetin anlamı ; “*yardımlaşmayı sizin için sevap kazandırıcı bir amaç doğrultusunda yapın, yahut da en azından yardımlaşma amacınız günah nevinden olmasın*” şeklinde ifade edilebilir.

Dolayısıyla “*birr*”, yoruma (ictihada) açık bir terim/kavram olduğundan içeriği hakkında belirli bir tespit yapılmasının uygun olmayacağını düşünüyoruz. En azından “*birr*” in, derneğin gayesi bakımından “*günah olmayan amaçlar*” olarak sınırlandırılmasının genel bir kabul göreceği kanaatindeyiz.

Öte yandan **Dernekler Kanunun 5. Maddesi 5. Fıkrasında** “*din ve mezheb esasına dayalı olarak dernek faaliyetinde bulunmayı*” yasaklamaktadır. Bu düzenleme devletin laik niteliğine dayandırılabilir ise de, bunun “*farklı dini kimlikler arasında bir çatışmaya meydan verecek tarzda*” şeklinde kayıtlanması daha sağlıklıdır. Aksi taktirde mutlak olarak “*din ve mezheb*” esasına dayalı, böyle bir amaca yönelik bir dernek faaliyetinin yasaklanması, evrensel hukuk ilkeleri ile bağdaştırılamaz. Çünkü din, hem insani hem de toplumsal bir gerçekliktir ve insanların dini yaşantıları içerisinde dini amaçlarla dernek faaliyetinde bulunmaları gayet tabiidir. Nitekim mabetlerin — ülkemizde özellikle mescitlerin— inşâ ve imarı amacıyla teşekkül ettirilen dernekler de, dini amaçla kurulan dernekler arasındadır.

¹⁰⁶ البر حسن الخلق [Müslim, Birr, 14-5 ; Tirmizi, Zühd. 52 (2389)]

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Şirketlerin Hükmi Şahsiyeti

I- ŞİRKET KAVRAMI VE TARİHİ GELİŞİMİ :

Hukuk lisanında, iki veya daha fazla kimsenin kazanç elde etmek ve bunu paylaşmak amacıyla iktisadi ve fayda sağlayan bir teşebbüs için emek ve sermayelerini bir araya getirmelerine “*şirket*” denildiği bilinmektedir.¹

İhtiyaçlarının çok çeşitli olmasına karşılık mali gücünün sınırlı olması insanları, emek ve sermayelerini bir araya getirmeye zorlamıştır. Bu itibarla şirketleşme insanlık tarihi kadar eskidir. Ticaret hukukunun tarihini M.Ö. 2000 yıllarına kadar götürmek kabildir. Bu hukukun bünyesinde ve faaliyet alanında ortaklık (şirket) ilişkisi de yer alır.² Dolayısıyla “*şirket*” kavramı kadar, ortaklığa dair düzenlemeleri ifade eden “*şirket hukuku*” kavramının da tarihi kökleri olan bir kavram olduğu söylenebilir.

Ancak batıda, Romalıların ticareti basit görmeleri yanında Hristiyan (Ortodoks) din adamlarının da devamlı surette cemaatlerine ticaretin kötülüklerini telkin etmeleri, ticarete olan rağbetin azlığına paralel olarak şirketleşme eğilimini zayıflatmış, buna bağlı olarak da şirket hukuku uzunca bir süre önemli bir gelişme kaydedememiştir.

Kilisenin bu katı tutumu nedeniyle ticaret, karz işlemi ve bankacılık Yahudilerle, Lombard denilen şimali İtalya sakinlerinin tekeline geçmişti. İslamiyet’te olduğu gibi Hristiyanlıkta da faiz yasaktır. Fakat Haçlı Savaşları, ticaret hayatının hareketlilik göstermesi ve ödünç verenlerin azalması sebebiyle *Commenda* mukavelesi doğmuştur. Commenda, kaideten sermaye olarak mal, nakit veya gemi ortaya koyan bir şahısla (Commendatör) bu sermayeyi kazanç sağlamak gayesiyle çalıştıracak bir müteşebbis (portator) arasındaki bir çeşit şirkettir. Bu tip şirket daha sonraları kara ticaretinde de uygulanmaya başlanılmıştır. İslam Hukukundaki mudarabe adı verilen şirketle Commendalar arasında yakın bir benzerlik vardır.³

¹ **Türk Ticaret Kanunu** genel olarak şirketin tarifini yapmamış, buna mukabil, kendi bünyesi içerisinde yer alan şirket türlerini (kollektif, komandit, anonim ve limited şirketleri) ayrı ayrı nitelik ve mahiyetlerine uygun olarak tanımlamayı tercih etmiştir.

Türk Borçlar Kanununda ise şirket tanımına, “Adi Şirket”in tanımı dolaylı olarak yer verilmiştir. Bu kanuna göre şirket; “bir akitte ki, onunla iki veya daha ziyade kimseler sa’ylerini(emeklerini) ve mallarını bir gayeye erişmek için iltizam ederler.” Bu, klasik şirket anlayışına uygun bir tanımdır.

Mecelle’de de şirket; “Fi’l-asıl birden ziyade kimselere bir şeyin ihtisası ve anların ol şey ile imtiyazıdır. Fakat öyle bir ihtisasa sebep olan akd-i şirket manasında dahi örf ve ıstılah olarak mustameldir” şeklinde lugavi olarak tanımlandıktan sonra (m.1045) ayrıca ıstılahi olarak akit şirketini de : “iki ya ziyade kimseler beyninde sermaye ve faydası müşterek olmak üzere akd-i şirketten ibarettir” şeklinde tanımlanmaktadır. (m. 1329)

² Şekerci, Osman, **İslam Şirketler Hukuku**, Marifet Yayınları, İstanbul, 1981. 32

³ Şekerci, 39

Batıda şirketlerin gelişim seyri Sanayi Devrimi ile paralellik gösterir. Bu itibarla şirketlerin 18. Yüzyıl sonralarından itibaren tekamül göstermeye başladığı ifade olunabilir. Günümüz modern şirketlerinin ilk örnekleri 1808 tarihli Fransız Ticaret Kanununda (Code de Commore) yer almıştır. Bu kanunda kollektif, komandit ve anonim şirketlere ait düzenlemeler mevcuttu. Bu kanun yeni zamanların ticaret hukuku alanındaki en mühim eseri olarak görülmektedir. Nitekim bu kanun çok kısa bir süre içerisinde Avrupa kıtasının büyük bir kısmına yayılmakla kalmamış, orta ve Güney Amerika memleketlerine de tesir etmiştir. Osmanlıların 1265/1849 tarihli Ticaret Kanunu (Kanunnâme-i Ticaret) de çok küçük tadillerle birlikte bu kanunun tercümesinden ibarettir. Aynı şekilde o dönemde Yunanistan, Bulgaristan ve Osmanlı Devletine bağlı birçok Müslüman Arap devletinin ilk ticaret kanunları da bu kanunun tercümesi ile oluşturulmuşlardır.⁴

İslam şirketler hukukunun gelişiminde — batının aksine — dinin, ticareti ve buna bağlı olarak ortaklığı teşvik eden telkinlerinin katkısı hayli önemlidir. İlk Müslüman Araplar, İslam'ın zuhurundan evvel zaten mevcut olan ticarete olan rağbetlerini, bu yeni dine olan mensubiyetlerinden sonra da devam ettirdiler. Hatta ticari alanda ortaklığı teşvik bağlamında Hz. Peygamber (sav) den nakledilen şu hadis, hem ortaklığa rağbeti artırmış hem de sağlıklı bir şirket hukukunun oluşumuna zemin hazırlamıştır ;

“Yüce Allah şöyle buyurdu: İki ortağın biri arkadaşına hıyanet etmedikçe ben o iki ortağın üçüncüsüyüm; ona ihanet ettiği zaman aralarından çekilirim.”⁵

Bu hadis İslam şirketler hukukunun mihrini teşkil eder. İslam'ın ortaklığa ait hukuki düzenlemelerindeki yegane dayanak noktası bu hadistir, denilebilir. Hadis, ortaklığın “itimad” yani karşılıklı güven esasına dayandığını ortaya koymaktadır. Ortaklara ortaklık akdinden doğan bir kefalet ve vekalet yüklenilmesi de bu itimadın bir neticesidir.

Ancak ilk dönemlerde oluşturulan şirketler hukukuna zamanla Şer'i/dini (dogmatik) bir nitelik atfedilerek, gerekli zamanlarda bu şirketler üzerinde gerekli tadillerin gerçekleştirilememiş olması, bu şirketlerin gelişimini engellemiştir. 1849 tarihli Kanunnâme-i Ticaret'de modern şirket türlerine yer verildiği halde,⁶ daha sonra Mecelle'de yine klasik şirket anlayışına uygun bir düzenleme yoluna gidilmiştir. Bu anlayışın bir neticesi olarak günümüzde hâlâ modern şirket türlerini “gayr-ı İslamî” olarak nitelendiren görüşlere rastlanılmaktadır.

Günümüzde şirketler, tüzel kişiliğe sahip olup olmaması itibariyle *Adi şirketler* ve *Ticari Şirketler* olmak üzere iki kategoride değerlendirilmektedir.

II- ÂDİ ŞİRKETLER :

Günümüzde şirketler, tâbi olduğu hukuka göre iki kısımda değerlendirilmektedir. Bir kısım şirketler Borçlar hukukunun konusu içine girmektedir ki bunlara “Âdi Şirket” adı verilir.

Türk Borçlar Kanunu âdi şirketi; “bir şirket Ticaret kanununda tarif edilen şirketlerin mümeyyiz vasıflarını haiz değilse bu bâb ahkâmına tâbi âdi şirket sayılır” şeklinde açıklamaktadır.(m.520/II)

⁴ Şekerci, 40-41

⁵ Ebu Davud, Buyû ve'l-İcârât, 27 (3383)

⁶ Arserakis, Cüzdan-ı Kavânin-i Osmaniye, 530 vd.

Âdi şirketlerin en belirgin niteliği, akde dayanmaları (BK:520/I) ve hukuk düzenince kendilerine tüzel kişilik tanınmamış olmasıdır.

Borçlar Kanununda yer alan âdi şirket hükümleri, genellikle klasik dönem İslam şirketlerine ait hükümler ile benzerlik gösterirler.⁷ Bu itibarla genel hatları ile klasik İslam şirketler hukukuna ait hükümlerin bilinmesinde yarar vardır.

1. Klasik Dönem İslam Şirketler Hukukunun Mahiyeti :

Klasik İslam şirketler hukukunun daha belirgin olarak h. II ve III. Asırlardan itibaren şekillenmeye başladığını söylemek mümkündür. Hatta bu şekillenmede fıkıh ekollerinin itihadlarının katkısı büyüktür. Bu bağlamda fıkıh ekollerinin şirkete farklı mahiyetler attettikleri görülmektedir ki, bu farklı yaklaşımlar şirkete ait tanımlamalarda olduğu gibi, şirketlerin sınıflandırılmasında da söz konusudur.

Dönemin genel şirket anlayışına uygun olarak Müslümanlar da şirkete, akde dayalı bir muamele nazarı ile bakmışlar, şirkete ait düzenlemelerini bu çerçevede gerçekleştirmişlerdir.

Dönemin karakteristik şirket anlayışına göre;

Şirket akdî (akde dayalı) bir münasebet olduğundan, şirket akdi ortaklara akitten doğan bir vekalet statüsü kazandırmaktadır. Yani ortaklar, akdin yürürlüğe girdiği andan itibaren birbirlerinin vekili olurlar. Tabii bu vekalet, şirket üzerindeki ticari tasarruflarla kayıtlıdır.⁸ Akdin, ortaklara vekalet statüsü kazandırması nedeniyle, ortaklardan her birisinin vekalet ehliyetine sahip bulunması şart koşulmuştur.⁹

Şirket akdi, tek taraflı veya karşılıklı olarak feshe elverişli olduğu gibi ayrıca ortaklardan birisinin ölümü veya vekalet ehliyetini yitirmesi (delirmesi) durumunda da şirket akdi kendiliğinden sona erer.¹⁰

Bundan dolayı klasik dönem şirketlerinde, bu yönüyle bir tüzel kişilik görüntüsünün mevcut olmadığı ifade olunabilir.

1. 1. Şirket Türleri :

Şirketlerin türleri hususunda bütün fıkıh ekollerinin üzerinde uzlaştığı bir taksimden/tasniften söz etmek mümkün değildir.

Hanefiler öncelikle mahiyeti itibariyle şirketleri iki kısımda mütalaa etmektedirler :

a) Mufavaada Ortaklığı :

Ortakların kârda, borçta ve ortaklığa esas olan sermayede tam anlamı ile "eşit" olarak pay sahibi olduğu ortaklıktır. Ortaklardan birisinin aldığı her şey aynı zamanda diğerinin/diğerlerinin de mülkiyetine girer. Bundan sadece ortakların kendi evlerinin ihtiyacı ve geçimi için aldıkları gıda ve ev eşyaları istisna tutulmuştur.

⁷ Karşılaştırınız; Borçlar Kanunu: 521,522,523,525,526,527/I,530

⁸ Karşılaştırınız; Borçlar Kanunu: 530

⁹ Kasani, VI, 58 ; Zuhayli, VI, 83

¹⁰ Kasani, VI, 77 ; Zuhayli, VI, 102

b) İnan Ortaklığı :

Eğer ortaklardan birisi, kendisinde ortaklığın söz konusu olmayacağı türden (örneğin vasiyet veya miras yoluyla elde edilen mallar gibi) bir mal elde eder ve bu suretle ortaklıktaki eşitlik kaybolursa bu durumda mufavada ortaklığı inan ortaklığına dönüşür.

Yani mufavada ortaklığında tam bir eşitlik söz konusu iken, inan ortaklığında bu eşitlik aranmamaktadır. Bir başka deyişle ortaklar arasındaki ortaklık, sadece şirkete tahsis olunmuş belirli mallar üzerinde cereyan etmektedir.¹¹

Mufavada suretinde kurulan şirketlerde, şirket akdi, ortaklara vekalet statüsü yanında ayrıca bir de kefalet statüsü kazandırmaktadır. Dolayısıyla bu tür şirketlerde ortaklar birbirlerinin hem vekili hem de kefil konumundadırlar. Bunun neticesinde ortaklardan birisinin şirket adına (dolayısıyla ortakları aleyhine) borç ikrarında bulunması mümkündür ve alacaklı kişi borcu dilediğinden tahsil etme hakkına sahiptir. Fakat ticari muameleyle yönelik olmayan muamelelerden doğan tazmin borçları hususunda kefalet işletilmemiştir. Mufavada şirketlerinde ortakların, şirketin menfaatini gerektirecek her türlü tasarrufu sahihtir. Bu tasarruf ticarî olsun, olmasın fark etmez. Statüsü bakımından İnan şirketleri ile mufavada şirketleri arasındaki en önemli fark budur. Zira inan şirketlerinde ortakların şirket üzerindeki tasarrufu ancak ticari muamelelerle kayıtlıdır.¹²

Hanefilerin dışında kalanlar, onların kastettiği anlamda bir mufavada ortaklığını kabul etmemektedirler. Onlara göre böyle bir şirkette istenilen manada eşitliğin gerçekleştirilmesi neredeyse imkansızdır. Özellikle **Şafiiler**, bu hususta çok kesin bir tavır içerisindedirler. Zira mufavadada büyük ölçüde bir aldatma ve bilgisizlik olduğu, bundan dolayı bu tür bir şirket akdinin **haram** olduğu görüşündedirler.¹³ **Malikilere göre ise**, ortakların şirkete dahil etmedikleri mallar hariç tutulmak kaydıyla, sadece ortaklığı kapsayan mallarda böyle bir eşitlik söz konusu edilebilir. Bu durumda mufavadadan kasıt, ortaklardan her birinin diğerinin payı üzerinde, izin almaksızın tam bir tasarrufta bulunma yetkisinden ibaret olur. Eğer ortaklar arasında böyle mutlak bir tasarruf yetkisi mevcut değilse bu durumda şirket inan şirketi olur.¹⁴

Bu genel ayırımdan sonra **Hanefiler**, bu iki neviden birisi tarzında olmak üzere üç çeşit şirketten bahsetmektedirler. Bunlar ;

1) *Mal (Sermaye) Ortaklığı* :

İki veya daha fazla kişinin kâr ve zarar ortak olmak kaydıyla ticaret yapmak üzere her birinin muayyen bir meblağla ana sermayeye iştirakidir.¹⁵

2) *İşgücü Ortaklığı* :

İki veya daha fazla kimsenin belirli bir işi yapmak veya iş kabullenme hususunda ortak olmalarıdır.¹⁶ Terzilik, berberlik, doktorluk gibi, sermayeden ziyade işgücünü

¹¹ Kasani, VI, 58

¹² Kasani, VI, 74-75

¹³ Şirbini, II, 212

¹⁴ Zuhayli, VI, 79

¹⁵ Kasani, VI, 57 ; Şekerci, 172

¹⁶ Şekerci, 220

gerektiren mesleklerde beraberce iş kabul edip kârı, eşit veya akitle belirlenen oranlarda paylaşılacak üzere yapılan bir ortaklık akdidir.¹⁷

3) Kredi Ortaklığı :

Ellerinde belirli bir sermayeleri olmayan iki veya daha fazla kimsenin piyasada mevcut itibarlarını kullanarak, veresiye mal satın alıp, bunu satarak elde edecekleri kâr aralarında paylaşmak hususunda kurdukları ortaklık akdidir.¹⁸

Ayrıca bu üçünden bağımsız olarak bir de mudarabe ortaklığı vardır ki, ortaklardan bir kısmının emeklerini, bir kısmının da sermayelerini ortaya koyarak, elde ettikleri kârı (geliri) önceden tayin olunan bir tarzda aralarında paylaşmak üzere oluşturulan ortaklık akdidir. **Hanbelilere göre** mudârabe, kârı aralarında bölüşmek üzere birinin diğerine ticaret için sermaye vermesidir.¹⁹

Mufavada-inan ayırımında olduğu gibi, fıkıh ekolleri arasında, alt kategorideki şirket türlerinin geçerliliği hususunda da farklı yaklaşımlar söz konusudur. Zira **Malikiler**, kredi ortaklığının dışında kalan sermaye, işgücü ve mudarabe ortaklıklarını; **Şafiiler** sermaye ve mudarabe ortaklıklarını; **Hanbeliler** ise mufavada mahiyetinde olmamak şartıyla Hanefiler gibi, sermaye, işgücü, kredi ve mudarabe ortaklıklarının tümünü sahih kabul etmektedirler.²⁰

Klasik dönem İslam hukukundaki şirket statüsü bütünüyle Müslümanlara ait bir özellik taşımamaktadır. Zaten “İslam Şirketler Hukuku” derken, geçmişte Müslümanların tatbik ettiği bir şirket hukukunu kastediyoruz. Yoksa bu tabirden, bu düzenlemelerin bütünüyle, hem özü hem de şekli itibariyle İslam’a dayandırıldığı anlaşılmamalıdır. Nitekim o dönemde cârî diğer hukuk sistemlerinde de benzeri bir şirket statüsü bazı kodları —ve ana hatları — itibariyle mevcuttur. Örneğin Roma Şirketler hukuku ile karşılaştırıldığında her iki hukuk sistemi arasında pek çok benzerlikler görülmektedir ki, özetle her iki hukuk sisteminde de;

- a) Şirket muamelesi akde dayalıdır.
- b) Hem emek, hem de sermaye (mal/para) şirket mevzuu olabilir.
- c) Ortaklığa konu olan mallarda “müşterek mülkiyet” söz konusudur.
- d) Kâr ve zararlar şirket mukavelesinde gösterildiği tarzda ortaklar arasında taksim edilir. Bazı ortakların kâr oranının, gerektiğinde diğerlerinden daha yüksek tayin edilebilmesi mümkündür.
- e) Ortaklar şirket işlerinin idaresinde sadece kasıt bulunduğu durumlarda sorumludurlar, ihmallerden sorumlu tutulmamışlardır.
- f) Şirket akdi, icab ve kabule dayalı pek çok akit gibi feshe kâbil olduğundan ortaklardan birinin akdi feshetmesiyle yahut ölümü ile son bulmaktadır.

Ayrıca mahiyeti itibariyle Roma’da iki şirket türü vardı: Biri, ortakların bütün mallarını ortaya koyarak meydana getirdikleri ve “*Societas Omnium Bonorum*” [bütün mallar ortaklığı] adı verilen şirket türü, diğeri ise bir tek mal ortaya konularak, onun işletilerek kâr edilmesi veya tek bir şeyin veya işin meydana getirilmesi için kurulan ve “*Societas Unius*

¹⁷ Kasani, VI, 57

¹⁸ Kasani, VI, 57 ; Şekerci, 238

¹⁹ Şekerci, 249

²⁰ İbn Rüşd. II, 212 vd. ; İbn Hübeyre, el-İsrâf, yazma, 217/a ; Zuhayli, VI, 75

Rei” [Bir tek mal veya tek iş ortaklığı] adı verilen şirket türüdür. Hanefîlerin taksimine uygun bir tarzda, bunlardan ilki mufavada, diğeri ise inan şirketini çağrıştırmaktadır.²¹

III- TİCARET ŞİRKETLERİ :

Bu şirketlere “*Ticaret Şirketleri*” adı verilmesinin nedeni Türk Ticaret Kanunu (TTK) kapsamı içerisinde yer almasından dolayıdır. Yoksa Borçlar Kanununun âdi şirket olarak vasıflandırdığı şirketler de esas olarak ticari faaliyetler için akdölünmüşlerdir.

Ticaret şirketleri günümüzde şu şekilde sınıflandırılmaktadır :

- 1) Şahıs Şirketleri
 - a) Kollektif Şirket
 - b) Komandit Şirket
- 2) Sermaye Şirketleri
 - a) Anonim Şirket
 - b) Limited Şirket

1. Şahıs Şirketleri :

Eğer ticari faaliyette bulunacak şahıslar birbirini yakından tanıyan, birbirine güvenen şahıslar ise, bir şahıs şirketi kurmayı tercih ederler. Bu tür şirketlerde işler karşılıklı güven üzerine, genellikle bizzat ortaklar tarafından yürütülür. Karşılıklı güven esas olduğundan ortakların sayısı hayli sınırlıdır. Ortaklar üçüncü şahıslara karşı bütün malları ile sorumlu olurlar. Ortaklardan birinin şirketten ayrılması şirketin varlığını önemli bir surette etkiler.²²

1. 1. Kollektif Şirket :

Ticari bir işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek amacıyla hakiki şahıslar arasında kurulan ve ortaklardan hiçbirinin mesuliyeti şirket alacaklarına karşı tahdit edilmemiş bulunan, tüzel kişiliği haiz şirket türüdür. (TTK: 153)

Ortakların şirketin borç ve taahhütlerinden dolayı sınırsız mesuliyetleri bu ortaklığın ticari alandaki itibarını artırmaktadır. Bu sınırsız mesuliyet esası, ortaklar arasında yakın münasebetlerin ve güvenin varlığını mecburi kılmaktadır. Bu nedenle genellikle uygulamada kollektif şirketlerin ortak sayısı üç-dört kişiyi geçmez.

Ortaklardan birinin yaptığı uygun olmayan bir işten (zarardan) dolayı diğer ortakların bütün mal varlıkları ile, sınırsız bir şekilde sorumlu olması, bu şirket türünün görünüşteki en mahzurlu tarafıdır.

Türk Ticaret Kanununa göre bu şirket türüne ait hükümlerden başlıcaları şunlardır :

- a) Ortaklardan her biri ayrı ayrı şirketi idare hak ve vazifesini haizdir. Şu kadar ki; şirket mukavelesiyle veya ortakların ekseriyeti ile idare işleri, ortaklardan birine veya birkaçına yahut hepsine verilebilir. (m. 160)
- b) Ortaklar kâr ve zarardan kendilerine düşen miktarın tayinini şirket mukavelesiyle yahut sonradan ittihaz edecekleri kararla içlerinden birine veya üçüncü bir şahsa bırakabilirler.(m.169)

²¹ Roma Hukukunun şirket hükümleri için bkz. Rado, 143-150

²² Ansay, Tuğrul, *Anonim Şirketler Hukuku*, VI. Baskı, ankara, 1982, s.1

- c) Kollektif şirket ticaret siciline tescil ile hükmi şahsiyet kazanır. Aksine mukavele üçüncü şahıslara karşı hükümsüzdür. (m.174)
- d) Şirketi temsil yetkisine sahip bulunan kimseler tarafından açık veya zımni olarak şirket namına yapılmış olan muamelelerden dolayı şirket alacaklı ve borçlu olur.(m.177)
- e) Ortaklar, şirketin borç ve taahhütlerinden dolayı müteselsilen ve bütün malları ile sorumludur. (m.178)
- f) Şirketin borç ve taahhütlerinden dolayı birinci derecede şirket mesuldür. Şu kadar ki; şirkete karşı yapılan icrâ takibi neticesiz kalmış veya şirket herhangi bir sebeple sona ermiş ise, yalnız ortaklar veya ortaklarla birlikte şirket aleyhine dava açabilir ve takip yapılabilir.

Yukarıdaki hükümler, ortakların şahsi mallarına haciz koymaya mani değildir.(m.179)

Kollektif şirkete ait hükümlerin pek çoğunun İslam Hukukundaki klasik inan suretindeki sermaye şirketine ait hükümlerle önemli bir benzerliği vardır. Ancak bu ortaklıktaki müşterek ve müteselsil sorumluluk (kefalet) anlayışının Hanefilerin öne sürdüğü mufavada şirketindeki ayırıcı özelliği ihsas ettiren bir yönü vardır. Zaten Malikilerin benimsediği bir mufavada anlayışı esas alındığı taktirde, klasik mufavada-inan ayırımının pratikte pek fazlaca önemi kalmamaktadır.

1. 2. Komandit Şirket :

Ticari bir işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek maksadıyla kurulan ve şirket alacaklılarına karşı ortaklardan bir veya bir kaçının mesuliyeti sınırlandırılmamış, diğer ortak veya ortakların sorumluluğu muayyen bir sermaye ile sınırlandırılmış olan şirket türüdür.

Sorumlulukları sınırlı olmayan ortaklara **komandite**, sorumluluğu sınırlı olan ortaklara **komanditer** denir. Komandite olanların hakiki şahıs olmaları gerekir. Tüzel kişiler ancak komanditer ortak olabilirler. (TTK: 243)

Şirketin komandit olup olmadığı mukavele hükümlerine göre tayin olunur. Ortaklar tarafından şirkete verilen ad ve vasıf tek başına o şirketin nevini tayine esas olmaz.

Bir şirketin komandit olduğu tayin edilmediği taktirde o şirket kolektif sayılır. (TTK:245)

Statü itibariyle pek çok hususta kolektif şirket hükümlerine benzer hükümler içermekle birlikte Türk Ticaret Kanununa göre bu şirkete ait genel hükümlerden başlıcaları şunlardır:

- a) Komanditerler, şirket işlerini görmeye izinli ve mecbur olmadıkları gibi idare hakkını haiz olanların, yetkileri dahilinde gördükleri işlere de engel olamazlar. Şu kadar ki, idare hakkını haiz olanların yetkisi dışında kalan hususlar hakkında görüş bildirebilirler.(m.248)

- b) Komanditer, şirketteki payını bir başkasına devredebilir. Fakat buna diğer ortaklar muvafakat göstermezler ise Borçlar Kanununun 532. Maddesi hükmü uygulanır. (m.254)²³
- c) Şirket ve ortakların üçüncü şahıslarla olan münasebetlerinde kollektif şirkete dair olan (m.174-184) hükümler uygulanır. (m. 256)
- d) Komandit şirketlerin idare ve temsili komandite ortaklara aittir. İdare hakkının ve temsil yetkisinin sınırı, kollektif şirketler hakkındaki hükümlerle muayyendir. Komanditer ortaklar, şirketi temsil ve idare yetkisine sahip değildirler.(m.257)
- e) Komanditerler, koymayı taahhüt ettikleri sermayelerin zimmetlerinde kalan kısmına kadar şirketin alacaklılarına karşı sorumludur. Fakat alacaklılar şirket infisah halinde bulunmadıkça veya şirket aleyhine vuku bulan icra takibi neticesiz kalmadıkça komanditerlere müracaat edemezler. (m.261/I) Komanditerler, şirkete koymayı taahhüt ettikleri sermayeyi aşan bir miktar ile mesuliyeti üzerine aldıklarını yazı ile beyan veya ilan etmişler ise, üçüncü şahıslara veya beyanın muhatabına karşı bu meblağ miktarınca sorumlu olurlar.(m.261/II)
- f) Şirketin mevcudu şirket alacaklılarına yetmeyecek olursa, bu alacaklılar geri kalan alacaklarından dolayı komanditelerin şahsi mallarına müracaat edebilir. (m. 264/I)
- g) Şirketin mukavelesinde aksi bir hüküm bulunmadıkça komanditerin ölümü veya vesayet altına alınması şirketin infisahını mucib olmaz. (m.267) Ölen bir komanditerin yerine mirasçıları geçer. (m. 255)
- h) Bir kollektif şirket, tasfiye edilmeksizin, bütün ortaklar tarafından ittifakla verilecek ve ticaret siciline tescil ve ilan edilecek bir kararla komandit şirkete; aynı şekilde komandit şirket kollektif şirkete dönüştürülebilir. (m. 268)

2. Sermaye Şirketleri :

Sermaye şirketleri, büyük sermaye isteyen bir teşebbüse girişecek şahısların sorumluluklarını paraca sınırlandırmak, ufak sermaye sahiplerinin de bir araya gelmesi suretiyle, büyük sermaye toplamak istedikleri taktirde kurulur. Bu tip şirketlerde, şirketi meydana getiren ortaklar (şahıslar) ikinci plandadır. Esas olan, ortakların getirmiş oldukları sermayedir. Ortakların sorumluluğu, şirkete getirdikleri sermaye ile sınırlandırılmıştır. Ayrıca ortakların değişmesi de kolaylaştırılmıştır. Yani bir ortak, payını bir başkasına devredip yatırdığı parasını geri alabilir.²⁴

Genel özellikleri anonim şirkete bir sermaye şirketi niteliği vermekte ise de, az ortaklı anonim şirketlerde şahıs unsurunun ağırlık kazandığı da görülmektedir.²⁵

2. 1. Anonim Şirket :

Bir unvan altında, iktisadi gaye ve konular için kurulan, sermayesi muayyen ve paylara bölünmüş, ortakların sorumluluğu hisseye göre belli olan, hak ehliyeti iştigal ettiği konu ile sınırlı olan, tüzel kişiliğe sahip şirket türüdür. (TTK: 269-271)

Hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler anonim şirkette kurucu ve pay sahibi olabilirler.

²³ Borçlar Kanunu madde: 532 ; Ortaklardan hiç biri diğerinin rızası olmadıkça şirkete üçüncü şahıs alamaz. Ortaklardan biri kendi kendine üçüncü bir şahsı şirketteki hissesine iştirak ettirir veya hissesini ona devrederse, bu üçüncü şahıs “şarik” sıfatını ihraz etmez ve hususiyle şirket işleri hakkında üçüncü şahsın malumat istemeye hakkı olmaz.

²⁴ Müsteşarlık Araştırma Gurubu (M.A.G.), Anonim Şirket Kuruluşu, Devlet Planlama Teşkilatı Yayınları:1414 , Ankara, 1975, s. 3 ; Ansay, 1

²⁵ Ansay, 2

Anonim şirketlerde sermaye sahiplerinin sorumluluklarının sınırlı olması ve payların devredilmesinin kolay olması bu tür şirketin kollektif şirkete nazaran bir üstünlüğüdür.

Özellikle gelişmekte olan ülkelerde, büyük iktisadi yatırımların gerçekleştirilebilmesi hususunda küçük tasarrufların bir araya getirilerek büyük sermayelerin oluşumuna imkan sağladığından anonim şirketlerin önemi ve iktisadi hayata katkısı daha fazladır.²⁶

Bununla birlikte anonim şirketlerin doğurduğu bir handikap olarak, ortaklar tarafından getirilen sermayeler yöneticilerin eline bırakıldığından, denetimin zayıflaması ile bu maddi kudret kötüye kullanılabilmektedir. Yine anonim şirketlerde sermayenin çoğunluğuna sahip olanların şirketi kendi çıkarlarına göre yönlendirmeleri mümkündür.²⁷

Ülkemizde anonim şirketler genellikle bir aileye mensup şahıslar tarafından kurulmakta ve şirketteki bütün hisseler bu aile yahut küçük bir grup doğrudan doğruya veya dolaylı olarak sahip bulunmaktadır. Bu çeşit şirketlere *“kapalı anonim şirketler”* adı verilir.

Bu tür şirketlerde kurucular aslında bir şahıs şirketi kurmak istemekte fakat özellikle sınırlı sorumluluk yolundan yararlanmak için anonim şirket kurmaktadır. Kurucular bu tür anonim şirketlerde esas mukaveleye koydukları hükümlerle hissedarlığın devrini güçleştirirler, şirketi kendileri idare ederler.²⁸

Kapalı şirketin karşısını hissedar sayısı çok olan *“Halka açık anonim şirketler”* teşkil etmektedir.²⁹

Bir anonim şirketin kurulabilmesi için şirkette pay sahibi olan gerçek veya tüzel kişi olarak en az beş kurucunun bulunması şarttır.(TTK:277)

Anonim şirketler diğerleri aksine Sanayi ve Ticaret Bakanlığının izni ile kurulur. (TTK:273) Anonim şirketlerin sayılarının artması, iktisadi hayattaki başarıları ve bunun sonucu olarak devletin karşısına bir rakip olarak çıkmaları, devlet ile anonim şirket mücadelesini meydana getirmiş ve devlet, anonim şirketin kuruluşu ile yakından ilgilenmeye başlamıştır. Anonim şirketlerin kuruluşunun devletin iznine bağlanmasının başlıca sebebi budur, denilebilir.³⁰

Kurucular şirketin işlemesi bakımından kanun tarafından zorunlu görülen bir şirket mukavelesi hazırlarlar. Bu mukavele şirketin anayasası durumundadır. Anonim şirketlerin genel kurul, yönetim kurulu ve denetleme kurulu olmak üzere üç zorunlu (kanuni) organı mevcuttur. Genel kurulu pay sahipleri oluşturur.

Türk Ticaret Kanununa göre, anonim şirketlerin tâbi olduğu hükümlerden diğer bazı önemlileri de şunlardır :

- a) Ortakların sorumluluğu taahhüt ettikleri sermaye payları ile sınırlıdır. (m. 269)
- b) Anonim şirketlerin esas mukavelesiyle tayin ve genel kurulca seçilmiş en az üç kişiden ibaret bir yönetim kurulu bulunur. Yönetim kurulu pay sahibi üye

²⁶ M.A.G. ,4

²⁷ Ansay, 4

²⁸ Ansay, 12

²⁹ Aynı yer.

³⁰ Ansay, 5

- ortaklardan teşekkül eder. (m.312) Anonim şirket yönetim kurulu tarafından idare ve temsil olunur.(m.317) Yönetim kurulu her yıl üyeleri arasından bir başkan ve bulunmadığı zamanlarda ona vekalet etmek üzere bir başkan vekili seçer. (m. 318)
- c) Şirket mukavelelerinin icrâ safhasına taalluk eden kısmı, esas mukavele veya genel kurul yahut da yönetim kurulu kararıyla, yönetim kurulu üyelerinden veya ortak olmayan bir müdüre tevdi edilebilir. (m.342) Müdürler yönetim kurulunca tayin ve azlolunurlar. Tayin ve azl keyfiyeti yönetim kurulunca tescil ve ilan edilir.(m.343) Yönetim kurulu üyeleri, müdürlerin sebebiyet verdikleri zararlardan mesul değildirler.(m. 346)
- d) Anonim şirketlerde, beşten fazla olmamak üzere bir veya daha çok murakıp bulunur. Birden fazla murakıplar bir kurul teşkil ederler. Murakıplar, pay sahibi olan veya olmayanlar arasından ilk defa bir yıl için, kuruluş genel kurulu ve sonradan en fazla üç yıl için genel kurul tarafından seçilirler.(m. 347)
- e) Her pay sahibi, şirketin yönetim kurulu veya müdürleri aleyhinde murakıplara müracaat edebilir. Murakıplar bu müracaatları tahkike mecburdurlar. (m. 356)
- f) Hisse senetleri hamiline veya nâma yazılı olur. Sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça hisse senetlerinin nâma yazılması lazımdır. (m.409) Sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça çıkarılan hisse senetlerinin nevi değiştirilebilir. (m.410) Hamiline yazılı hisse senetlerinin devri şirket ve üçüncü şahıslar hakkında ancak teslim ile hüküm ifade eder.(m.415) Nâma yazılı hisse senetleri sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça devrolunabilir. Devir, şirkete karşı ancak pay defterine kayıtlı hüküm ifade eder. (m. 416)
- g) Anonim şirketlerin ödünç para bulmak için itibari kıymetleri eşit ve ibareleri aynı olmak üzere çıkardıkları borç senetlerine “*tahvil*” denir. (m.420) Anonim şirketlerin çıkaracağı tahviller, esas sermayenin ödenen ve tasdik olunmuş son bilançoya göre mevcudiyeti anlaşılan miktarını aşamaz.

2. 2. Limited Şirket :

İşleyişi bakımından pek çok yönden anonim şirkete benzer bir statüsü olan bir şirket türüdür.

İki veya daha fazla hakiki ya da hükmi şahıs tarafından bir ticaret unvanı altında kurulup, ortaklarının mesuliyeti, koymayı taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlı ve esas sermayesi muayyen olan şirkete “*limited şirket*” adı verilir.

Ortaklar tarafından konulan sermaye için, anonim şirkette olduğu gibi hisse senedi çıkarılamaz. Ayrıca limited şirketlerin sigortacılık faaliyetinde bulunmaları yasaklanmıştır. (TTK:503)

Limited şirketlerde ortak sayısı elli kişi ile sınırlandırılmıştır. (m.504) Anonim şirkette olduğu gibi şirketin kuruluşu Ticaret bakanlığının iznine bağlanmıştır. (m.509)

Sermaye payı, konulması taahhüt edilen sermayeye göre tayin olunur. (M. 518) Payın ortaklardan birine veya üçüncü şahıslara devri mümkündür. Ancak bu hususta diğer ortaklardan en az dörtte üçünün muvafakatı şarttır. (m. 520)

Limited şirketlerde genel kuruldaki ibaret tek bir organ mevcuttur. (m.536-539)

Şirketin idare ve temsili genel kurul tarafından tayin olunan müdürler tarafından yerine getirilir. Aksi kararlaştırılmadıkça, ortaklar hep birlikte müdür sıfatıyla şirket işlerini idareye ve şirketi temsile mezun ve mecburdurlar. Şirket mukavelesi veya genel kurul kararı ile şirketin idare ve temsili ortaklardan bir veya bir kaçına bırakılabilir. Hatta şirket mukavelesi veya genel kurul kararı ile şirketin idare ve temsili, ortak olmayan kimselere de bırakılabilir. (m. 540-541)

Ortakların sayısı yirmiye aşan limited şirketlerde bir veya birden fazla murakıp bulunur. (m. 548)

Bir aile mensupları veya birkaç kişi arasında kurulup devam ettirilecek anonim şirketler için limited şirket yolu öngörülmüştür. Zira limited şirketlerde asgari sermaye anonim şirketlere nazaran azaltılmış, hissenin devri güçleştirilmiştir; iki kişinin bir limited şirket kurması mümkündür.³¹

3. Modern Şirketlerin İslam Fıkhi Açısından Değerlendirilmesi :

İslam hukuku açısından şirketlere hükmi şahsiyet tanınmasının mümkün olup olmadığı sorusunun cevabının, daha sağlıklı olarak, bu şirket türlerinin İslam fıkhi nazarındaki yerini tayin etmekle verilebilecek olduğu kanaatindeyiz.

Muasırlar İslam hukukçularının modern şirket türleri üzerindeki değerlendirmelerinde şahıs şirketleri hakkında çok önemli itirazlar göze çarpmamaktadır. Zaten özellikle kollektif şirket türü klasik İslam şirketler hukukundaki inan/sermaye ortaklığını andırmaktadır.

Komandit şirkete gelince, bazı yaşayan hukukçular bu şirket türünü de klasik mudarabe ortaklığına benzeterek tecviz etmektedirler.³² Komandit şirketin işleyişi göz önüne alındığında bu intibai edinmek mümkündür.

Ancak modern şirket türlerini tecviz etmek için mutlaka klasik İslam şirketlerle benzer yönlerini tespit etme uğraşısı içine girmemiz de gerekmiyor. Geçmişte şirketler nasıl “*şahıs*” unsuruna dayanıyor idiye, *kollektif ve komandit şirketler* de birer şahıs şirkettir. Bunun dışında muhtevaya ait farklılıklar çok fazla bir önem taşımamaktadır. Dolayısıyla, örneğin kollektif şirketi mutlaka inan/sermaye ortaklığına benzetmeye kendimizi zorlar isek yanılıya düşmemiz kaçınılmazdır. Zira günümüzün kollektif şirketlerinde ortaklara kefalet statüsü tanınmıştır. Halbuki klasik inan şirketlerinde ortakların kefaleti söz konusu değildir. Kefalet statüsü bakımından kollektif şirketi mufavada şirketine de benzetemeyiz. Zira mufavada şirketlerinde mutlak eşitlik esastır. Halbuki kollektif şirkette ortakların eşit sermaye ile katılımı zorunlu değildir. Kanaatimizce modern şirket türlerinin tecvizi konusunda şirket muamelesinin, nasslarla belirlenmiş bir surette “*haram*” nitelikli olmamasına özen göstermemiz yeterlidir. Dolayısıyla konuya şu açıdan yaklaşmak mümkündür: Kollektif şirketi tecviz etmek için mutlaka inan şirketlerine uygunluğunun ispatlanması gerektiği savunuluyorsa; inan suretindeki bir şirkette ortaklara vekalet statüsü yanında ayrıca kefalet statüsü tanınmasını yasaklayıcı temel bir nass yoktur. O halde inan suretindeki bir şirkette ortaklara kefalet statüsü tanınabileceğini öngören bir görüş, “*gayri İslamî*” olarak nitelendirilemez. Bu da kollektif şirketin Müslümanlarca da kullanımını mümkün kılar.

³¹ Ansay, 13-14

³² Zuhayli, VI, 145

Günümüz şirketleri üzerinde tartışmaların en yoğun olduğu şirket türü sermaye şirketleri ve bunların içerisinde de anonim şirketlerdir. Çünkü bunlarda şahıs unsuru değil, “*sermaye*” unsuru ön plandadır. Şirketin mâli sorumluluğu şahıslara değil, sermayeye aittir, dolayısıyla da sermaye miktarı ile sınırlı bir sorumluluk söz konusudur. Bu yönüyle sermaye şirketleri, klasik şirket anlayışına aykırıdır.

Bu itibarla anonim şirketleri hem tecviz eden hem de kullanımını “*gayri İslâmî*” olarak nitelendiren görüşlere rastlanılmaktadır. Her iki görüşün gerekçeleri/dayanaklarına kısaca temas edilmesinde yarar vardır.

a) Anonim Şirketi sahih kabul etmeyenler :

Bu görüşte olanlar bunu şu gerekçelere dayandırmaktadırlar :

1. Bu tür şirketler akde dayanmazlar. Halbuki İslam şirketler hukuku açısından şirketin tesisi bir akde müstenit olmalıdır.
2. Bu tür şirketlerde şahıs değil, sermaye unsuru ön plandadır. Bu ise İslam’ın şirket anlayışına aykırıdır.
3. Anonim şirkette yönetim kurulu ortakların değil, sermayenin vekilidir. Dolayısıyla ortaklar adına tasarrufla bulunması düşünülemez.
4. Anonim şirkette süreklilik söz konusudur. Buna karşılık İslam’ın şirket anlayışında bazı sebeplerin dahli ile şirketin sona ermesi mümkündür. Halbuki anonim şirkette bu sebeplerin mevcudiyetine rağmen şirket devam etmektedir ki, bu keyfiyet İslam Şirketler Hukukuna aykırıdır.
5. Anonim şirketlerde tüzel kişilik söz konusu olduğundan ve tüzel kişilik İslam’a yabancı olduğundan bu tür şirketler tecviz edilemez.³³

Anonim şirkete yapılan itirazlara ait bu gerekçelerde, klasik İslam şirketlerinin sanki İslam hukukuna/Müslümanlara münhasır olduğu kanaatinin izlerini görüyoruz. Halbuki o dönemde yürürlükte olan şirketler hukuku, kendi döneminin gerçeklerini yansıtıyordu. Yani şirketin akde dayanması, sadece Müslümanlar tarafından benimsenmiş bir ilke değildi, diğer hukuk sistemlerinde de akde dayanıyordu. Ama bugün için şirket muamelesinin tüzel kişilik açısından akde dayandığı telakkisi hemen hemen terkedilmiş, en azından ticaret hukukunun kapsamından çıkarılmışlardır. Dolayısıyla klasik şirket anlayışına ait esaslar ve düzenlemeler şer’i nasslarla belirlenmiş, vazgeçilemeyecek tarzda “*dogmatik*” esaslar değildir. O halde şirket tesisinin akde dayanmaması İslam’a aykırı kabul edilemez.

Öte yandan İslam’ın tüzel kişilik fikrine karşı olduğu nasıl iddia edilebilir? Klasik dönemde Müslümanlarca tüzel kişilik kavramının bilinmediği söylenebilir. Ama unutulmamalıdır ki, diğer hukuk sistemleri de o dönemde bu kavramı ve terimi ifade etmiyorlardı. Fakat bugün için biliniyor ve uygulanıyor. Kaldı ki klasik dönemde, belirli bir isimlendirme altında olmasa bile insanın dışındaki nesnelere de zimmet (hukuki ehliyet) takdir edildiğinin pek çok örneği vardır. Dolayısıyla anonim şirkete karşı çıkanların gerekçeleri, hukuki ve bu itibarla yeterince ikna edici değildir.

b) Anonim şirketi sahih kabul edenler :

Bunlar da iki grupta mütalaa edilmesi gerekir :

³³ Hayyat, Abdülaziz, *eş-Şerikat fi Teşrii'l-İslâmî*, I, 161-165

1. Mutlak olarak tecviz edenler ; Bunlar ribevi muameleleri ile birlikte bunu sahih görmekte-dirler.

2. Bazı kayıtlamalarla birlikte tecviz edenler ;

a) Bu tür şirketler mubahtır ve buna bağlı olarak faiz muameleleri de zaruret durumunda caiz olur. Bu görüşte olanlar “*zaruretlar haramları mubah kılar*” kaidesinden hareket etmektedirler.

b) Bu tür şirketler mubahtır fakat bunlarda her türlü faiz muamelesi haramdır.

c) Modern şirket türlerini klasik İslam şirketler içinde (onlara benzer olarak) mütalaa edebildiğimiz taktirde bunlar mutlak olarak tecviz edilebilir. Zira bu taktirde bir şekil değişikliğinden söz edilebilir. Aslında önemli bir değişiklik yoktur, hatta bunlara kendi örfümüze uygun isimler de verebiliriz.³⁴

Nitekim **Ali el-Hafif** anonim şirketleri mudarabe ortaklığına benzeterek tecviz etmektedir.³⁵

Kanaatimizce modern şirket türlerinin tecvizi hususunda, klasik İslamî şirketlerin esas alınıp bunlara kıyas edilerek hüküm verilmesi istidlâl açısından sağlıklı bir netice vermeyeceği gibi ayrıca böyle bir istidlâl yöntemi İslam hukukunu — geçmişte olduğu gibi — donuklaştırmaktan başka bir işe yaramaz.

Bunların İslam hukukuna uygunluğu tespit edilirken, sadece şirketler hukukuna ait kriterler değil, bir bütün halinde fıkın genelini kapsayan temel kıstaslar ölçü alınmalıdır. Dolayısıyla hangi şirket türü olursa olsun, ortaklar arasındaki ilişkilerin hakkaniyet ölçüleri içinde olmasını temin edecek bir düzenlemenin mevcut olup olmadığını göz önüne almalıyız. Yoksa geçmişte Müslümanlar böyle bir şirket uygulamasını bilmiyorlardı diye günümüzde de yararlarını ve zararlarını sağlıklı bir şekilde ortaya koymadan, bilinçsizce anonim şirket uygulamasına karşı çıkmak doğru olmadığı gibi, günümüzün bir gerçeği olarak kabul edip bu şirket türlerini batıdaki işleyişi tarzında, herhangi bir adaptasyona tâbi tutmadan olduğu gibi kabul etmek de doğru değildir.

Günümüzde iktisadi alandaki yoğun rekabet ortamı ve bu rekabetin uluslararası nitelik kazanması, çok yüksek meblağlı sermayeleri zorunlu hale getirmektedir. İşte anonim şirket fikrinin en temel dayanağı bu ihtiyaçtır. Ayrıca bu yolla küçük birikimlerin de yatırıma dönüşmesi sağlanmaktadır. Günümüzde Müslüman toplumların da bu ihtiyaçtan müstağni oldukları iddia edilemez. Binaenaleyh anonim şirket, tıpkı tüzel kişilik olgusu gibi modern çağın çok önemli bir gerçeğidir. O halde konuya “*maslahat*” açısından yaklaşmak gerekir ki, İslam’da sermaye unsuruna dayalı ve çok ortaklı bir şirket tesis olunmasını yasaklayan sarîh bir nass mevcut olmadığına göre her halükârda anonim şirket fikrine müspet yaklaşmamız gerekir. Bu hususta A. Hayyat’ın da vurguladığı üzere bizim için en önemli argüman şu düstur olmalıdır :

³⁴ Hayyat, I, 154-159

³⁵ Hayyat, I, 169

حيثما تكون المصلحة فثم شرع الله

“Müslümanların içtimai maslahatı neyi gerektiriyor ise o(nu uygulamak) Allah’ın Şeriatıdır”

Ayrıca geçmişte fakihler şirketlere ait düzenlemelerde; “Şirket tüccarların âdeti üzere akdolunur” düsturunu da kendileri için hayli önemli bir dayanak kabul etmişlerdi.³⁶ Diğer bir ifadeyle o dönemde de şirkete ait düzenlemelerde toplumun o andaki gerçekleri ve ihtiyaçları ön planda tutulmuştur. Bu nedenle anonim şirketin, kendi bünyesine uygun hale getirilmek kaydıyla, prensip (fikir) olarak İslam hukukuna aykırı bir yönü yoktur.

Nitekim 25-29 Eylül 1996 tarihleri arasında Konya’da toplanan “**I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun Günümüz Meseleleri Kongresi**” nde mutabakata varılan kararlar arasında, günümüzde çok ortaklı şirket kurmanın bir zaruret haline geldiği hükmü de yer almaktadır.

Günümüz anonim ortaklıklarında şirketin idaresine ait yetki, hisse miktarına tâbi olduğundan, hisselerin % 51’i her zaman için % 49’u üzerinde söz sahibi olabilmektedir. Yani dağıtılacak yıllık kâr miktarının belirlenmesinden yatırım hususunda alınacak kararlara kadar, bütün önemli karar ve inisiyatiflerde şahıs sayısı itibarıyla önemli bir yekun teşkil edenlerin hiçbir etkinliği olmamaktadır. Diğer bir ifadeyle küçük pay sahipleri alınan kararlara uymak zorunda bırakılmaktadır.

Bu nedenle İslam hukuku açısından şirket ana sözleşmesinin çok açık bir şekilde tanzim olunması ve idare heyetinin bu sözleşmeye aykırı tasarruflarda bulunma yetkilerinin kısıtlanması gibi tedbirler yanında şirketin, idarecileri eliyle kapitalist bir sömürü aracı olmasını önleyecek tarzda; bir ortağın sahip olabileceği azami hisse miktarı makul ölçülerle sınırlandırılmalı yahut da alınacak kararlarda oy hakkının paylara değil pay sahiplerine ait olması gibi düzenlemeler yapılmalı, böylece şirketin idaresinde bir veya birkaç kişinin % 51’lik hisseye sahip olarak sınırsız söz sahibi olması önlenmelidir.

Netice olarak günümüzün modern şirket türleri, gerekli olan hususlarda belirli bir adaptasyondan geçirilmek kaydıyla İslam hukuku açısından kullanıma elverişli kabul edilmelidir. Zaten bu şirket türleri günümüzde yaygın bir kabul gördüğünden uygulamada İslam Hukuku’na benimsenmiş gibidir.

IV- ŞİRKETLERİN HÜKMİ ŞAHSİYETİ :

1. Genel Olarak :

Günümüzde şirketlerin, vakıf ve dernekler gibi tüzel kişiliğe sahip bulundukları yani bir hukuk süjesi konumunda oldukları, bu yönüyle hak ve borçlara ehil oldukları kabul edilmektedir. Hatta tüzel kişiliğe sahip bulunması modern şirketlerin en belirgin niteliğidir.

Kollektif ve komandit şirketler kuruluş iradelerini beyan eden ana sözleşmeyle birlikte kendilerini ticaret siciline tescil ettirmekle şahsiyet elde eder. (TTK:174 ve bu maddeye atıfla 256) Ayrıca kuruluş için izin almalarına gerek yoktur.

³⁶ Hayyat, I, 247

Anonim ve limited şirketler de her ne kadar tescil ile tüzel kişilik elde etmekte iseler de bunların kuruluşları Sanayi ve Ticaret Bakanlığının iznine tâbidir. (TTK: 273, 301, 509, 512)

Ticaret Kanununun anonim şirkete ait hükümleri, tüzel kişilik hakkındaki nazariyelerden "*fiksiyon*" (*faraziye*) nazariyesini yansıtmaktadır. Medeni Kanundaki derneklerin aksine olarak anonim şirketlerin gerek kuruluşları, gerek ehliyetlerinin sınırları ve gerekse varlıklarına son verilmesi hususlarında devlet söz sahibidir.³⁷ Ancak organların haksız fiillerinden doğan sorumluluk, "*organ nazariyesi*"nin bir ifadesi olarak kabul edilmelidir.³⁸ Zira şirket kendisini temsil ve idareye yetkili olanların işledikleri haksız fiillerden mesul olur. (TTK:138, 321)

Tüzel kişiliğin sonuçlarından birisi hukuki ehliyetin bulunmasıdır. Ticaret şirketleri, şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuu içerisinde kalmak şartı ile bütün hakları elde edip borçları iltizam edebilirler. (TTK:271) Şirket mevzuunun hudutlarının açıkça gösterilmesi şirket ehliyetinin sınırlarını tayin bakımından zorunludur. Zira ehliyet sınırları dışında yapılmış olan muameleler batıldır, şirketi bağlamaz.³⁹

Bir tüzel kişi sıfatıyla şirketlerin hak ehliyeti yanında fiil ehliyeti de mevcuttur. Buna bağlı olarak şirketler akit yapma ehliyetine sahip oldukları gibi diğer muameleleri de yapmak hususunda ehildirler. Şirket dava açar, aleyhine dava açılabilir, davaların ortaklar aleyhine açılması mümkün değildir.

Bunların dışında şirketlerin bir dereceye kadar cezâî mesuliyetleri de vardır. Hükmi şahısların işleri görülürken bir haksız rekabet fiili işlenirse, tüzel kişi adına hareket etmiş veya etmesi gerekmiş olan organın azaları hakkında cezai müeyyide uygulanır. Para cezası ve masraflardan tüzel kişi (şirket) bu hakiki şahıslarla birlikte müteselsilen mesul olur.

Teşkilat açısından kollektif ve komandit şirketlerde kanuni olarak zorunlu organlar söz konusu değildir. Zira bu tür şirketlerde — komandit şirketlerde komanditerler hariç olmak üzere — ortakların tamamı şirketin idare ve temsili üstlenebilir. Yahut bu idare ve temsil görevi ortaklardan biri veya birkaçına devredilebilir. Zaten bu tür şirketlerde şirketin hükmi şahsiyetine rağmen ortakların kendi şahsiyetleri tamamen bertaraf edilmiş değildir.

Şahıs şirketlerinden farklı olarak sermaye şirketlerinde teşkilatlanma zorunludur. Kanun anonim ve limited şirketlerde zorunlu organların bulunmasını şart koşturmaktadır. Bu organlar anonim şirketlerde genel kurul, yönetim kurulu ve denetleme kurulu olarak belirlenmişken (TTK:317-341; 347-359; 360-398) limited şirketlerde kanuni organ genel kuruldan ibaret bırakılmıştır. Anonim şirketlerde bu organlardan birinin bulunmaması şirketin fesih sebebidir. Ayrıca bu tür şirketlerde şirketin işlerini görmeyi deruhte eden şirket müdürleri de mevcuttur.

Genel olarak şirketlerin tüzel kişiliğine bu çerçeveden bakılabilir. Ancak İslamî açıdan şirketlere tüzel kişilik tanımanın mümkün olup olmadığı, tüzel kişiliğin hem idare ve temsil açısından hem de malî sorumluluğun sadece şirkete (sermayeye) ait olması açısından değerlendirilmesi ile daha sağlıklı olarak ortaya koyulabileceği kanaatindeyiz.

³⁷ Ansay, 23

³⁸ Ansay, 24

³⁹ Ansay, 26-27

açısından hem de malî sorumluluğun sadece şirkete (sermayeye) ait olması açısından değerlendirilmesi ile daha sağlıklı olarak ortaya koyulabileceği kanaatindeyiz.

2. İdare ve Temsil Açısından :

Hukuk nazarında bir hak ve borç ehliyetine sahip olması ve bu ehliyetinin kanuni temsilcileri eliyle kullanması, yani diğer bir ifade ile idare ve temsil açısından, şirketlerin tüzel kişiliği ile vakıf ve derneklerin tüzel kişilikleri arasında hemen hemen hiç bir fark yoktur. Bu açıdan şirketlerin tüzel kişiliğine hiç tereddütsüz müspet yaklaşılması gerekir.

Bu konuda İslam hukuk tarihindeki klasik şirketlerde de, idare ve temsil açısından şirketin bir nevi tüzel kişiliğe sahip bulunduğunu ifade etmeyi mümkün kılacak bir statü mevcut olduğunu da hatırlamalıyız. Zira klasik düzenlemelerde şirketin işlerini idare ile vazifelendirilen ortağın, şirket üzerindeki bütün tasarrufları, diğer ortakların tümü yani şirketin bütünü için bağlayıcılık ifade etmektedir. Bu klasik statü dahi, İslami açıdan şirkete tüzel kişilik tanınmasının en azından teorik imkanı açısından önemli bir referans kabul edilmelidir. Zira bu durum, günümüzün hükmi şahsiyet anlayışını çağrıştırmaktadır. Zira günümüzde de şirket organlarının bütün ticari tasarrufları şirket için bağlayıcılık ifade etmektedir. Ayrıca Maliki ve Hanbelilerin, şirkete ait emvalde her bir ortağa mutlak tasarruf yetkisini bahşeden anlayışlarında da, ortakların tek bir şahıs gibi telakki olundukları tarzında bir mahiyet ön plana çıkmaktadır.

3. Mâlî Sorumluluk Açısından :

Şahıs şirketlerinde mâlî sorumluluk açısından şirketin tüzel kişiliği sınırlıdır. Nitekim *kollektif şirketlerde* şirketin borçları hususunda birinci derecede şirket sorumlu ise de, şirkete karşı yapılan icrâ takibi semeresiz kalmış veya şirket herhangi bir sebeple sona ermiş ise, yalnız ortaklar veya ortaklarla birlikte şirket aleyhine dava açılabilir ve takip yapılabilir. (TTK:179/I) Bu hükümler ortakların şahsi mallarına ihtiyatî haciz koymaya mani değildir. (TTK:179/II) Bu durumda ortaklar, şirketin borç ve taahhütlerinden dolayı müteselsilen ve bütün malları ile sorumlu olurlar. (TTK:178/I)

Keza komandit şirketlerde de, şirketin iflası durumunda şirketin mevcudu borçlarını karşılamaya yetmeyecek olur ise, alacaklılar geri kalan alacaklarından dolayı komanditelerin şahsi mallarına müracaat edebilirler. (TTK:264/I) Ancak bu tür şirketlerde komanditer ortakların sorumluluğu şirkete koyduğu veya taahhüt ettiği sermaye ile sınırlıdır. (TTK:258)

Halbuki asıl olarak hükmi şahıslarda, hükmi şahsiyeti oluşturan gerçek şahısların şahsiyetleri bertaraf edilmiş, bu kişilikler tek bir şahsın (kendisine hukuken şahsiyet tanınan teşekkülün) varlığında (şahsiyetinde) mündemiç kılınmıştır. Tabiatıyla hak ve borçlara muhatap olan bu şahıstır. O halde şirketlerin hükmi şahsiyeti söz konusu olduğunda da prensip olarak, şirketin ortaklarının (hakiki şahısların) mâlî açıdan şahsi sorumluluklarının bulunmaması gerekir.⁴¹

Ancak şahıs şirketlerinde, mâlî sorumluluk açısından ortakların sorumluluklarının korunması, ticari muamelelerde üçüncü şahıslara karşı yapılabilecek istismarları önlemeye yöneliktir. Bu düzenleme, aynı zamanda ortakların birbirlerini daha ciddi bir tarzda denetlemelerini de sağlayacak bir tedbirdir.

⁴¹ Bkz. sh. 70

birikimlere sahip kişilerin birikimlerini yatırıma yöneltme düşüncelerini tabiatıyla ortadan kaldıracaktır. Zira, yüzlerce ortağın katılımı ile meydana gelen bir anonim şirkette, ortaklardan bir kısmının genel kurulda oy hakkı bile bulunmayabilir. Böyle bir durumda, kendilerinin bir dahli olmayan bir zarardan dolayı bütün ortakların şirkete koydukları sermayenin dışında tüm malvarlıkları ile şirket alacaklarına karşı sorumlu tutulmaları, böyle bir iktisadi korparasyona katılım rağbetini tamamen ortadan kaldıracak bir handicap teşkil edecektir. Bundan dolayı bu tür şirketlerde sorumluluğun şirket sermayesi ile sınırlı tutulması kaçınılmazdır.

Ancak meselenin, şirket alacaklılarını mağdur etmemeyi gerektiren diğer bir boyutu daha vardır. Şirket ortaklarının, sorumlu olmadıkları bir zarardan korunması açısından “ğarar”ın önlenmesi, sorumluluğun şirket sermayesi ile sınırlandırılması ile sağlanmakta ise de, bu durum şirket alacaklıları açısından ayrı bir “ğarar” gerektirmektedir. Halbuki metodolojik ilkeler bakımından İslam Fıkında “Ğarar = Belirsizlik” özellikle ticaret hukuku açısından, zaman zaman hukuki muamelelerin fesadını gerektiren bir etkidir.⁴¹

Sermaye şirketlerinde ise şirket mevcudunun yeterli olmaması durumunda alacaklıların, alacaklarını hangi yolla tahsil edecekleri belirsizdir. Bu nedenle İslam Fıkı nazarında şirketlere, mâlî sorumluluk itibariyle tüzel bir kişilik atfedilmesinin cevazı (sıhhati) hususunda çok net ifadeler kullanılması güçtür. Bunun gerçekleşebilmesi için zararın karşılanması konusundaki belirsizliğin giderilmesi şarttır. Ancak bu taktirde sermaye şirketlerine, mâlî sorumluluğu da kapsayacak bir tüzel kişilik tanınması mümkün addedilebilir.

Günümüz mevzu hukukunda buna yönelik kısmî bir tedbir olarak, kanuni açıdan zorunlu olarak belirli bir oranda *yedek akçe* ayrılması ve evveli emirde zararların bu fondan karşılanması öngörülmektedir.(TTK:458, 466-469) Bu düzenleme, bir noktaya kadar, şirket alacaklıları açısından bir teminat gibi görünse de, yine de şirket mevcutlarının borçları karşılayamaması söz konusu olabilir. Dolayısıyla yapılacak düzenlemelerin, kesin olarak borcun karşılanmasını sağlayacak nitelikte olması gerekmektedir. Sermaye şirketlerinin kuruluşu mutlak surette devletin iznine tâbi olduğuna göre, bu “izin”, bu şirketlerin karşılıksız kalan borçları hususunda devletin zımnî bir kefalet yüklenmiş olduğu varsayımını gerektirmektedir. Aksi taktirde böyle bir kefaletten arındırılmış bir “izin verme”nin tutarlılığının bulunmaması icap eder. Dolayısıyla burada devlete düşen görev, bu mağduriyeti giderecek yasal düzenlemeleri mutlaka gerçekleştirmek suretiyle bile olsa bu kefaleti üstlenmesidir.

Bundan dolayı, sermaye şirketleri için geçerli olmak üzere; yıllık sâfi gelirlerinin belirli bir oranı (örneğin % 5’i geçmemek üzere) bu şirketlerden belirli bir kaynak kesilmesi ve bu kaynağın, Ticaret Bakanlığı’nın denetiminde olacağı özel bir sigorta fonu oluşturması ve böylece sermaye şirketlerinin karşılıksız kalan borçlarının bu fondan karşılanması suretiyle, şirket alacaklılarının alacaklarını teminat altına almayı mümkün kılacak kanuni düzenlemeler yapılmalıdır.

Netice olarak ; İslam hukuku bakımından şirketlere idari açıdan tüzel kişilik tanınması mutlak olarak sahihtir. Sermaye şirketlerine tüzel kişilik tanınması ise, şirketin mevcudunun şirket borçlarına yetmemesi durumunda, borcun ne suretle karşılanacağı hususundaki belirsizliğin giderilmesi (bunu sağlayacak tedbirlerin alınması) halinde sahih addedilebilir.

⁴¹ “Ğarar” mefhumu ve hukuki muamelelere tesirleri için bkz. Karaman, II, 166-169

S O N U Ç

Hukuk ilminin en önemli mevzuu *hukuki hadise, fiil ve muameleler*dir. Özellikle *hukuki fiil ve muameleler* şahıslardan sudûr ettiğine göre hukuk ilminin ilgi alanını salt olarak “şahıs” kavramına endeksleyebiliriz.

Günümüzde “*şahıs*” kavramı hem insanları hem de birey olarak insanın dışındaki şahıs ve mal topluluklarını ifade etmekte, bu itibarla şahıslar; gerçek kişiler (hakiki şahıslar) ve tüzel kişiler (hükmi şahıslar) olmak üzere iki ayrı kategoride değerlendirilmektedir.

“*Hükmi Şahsiyet*” kavramı, hukuk ve bilim tarihinin en ilginç buluşlarından birisidir. Kavramın muayyen bir terim halinde telaffuzu, tarihi süreç göz önüne alındığında nispeten yeni ise de, kavrama ulaşılmasına zemin hazırlayan ve önemli ölçüde dayanak teşkil eden uygulamaların tarihi geçmişi birkaç bin yıl öncesine dayanmaktadır. Zira Eski Mısır Hukuku (M.Ö. 3000), Sümer Hukuku (M.Ö. 2750) ve Eski Yunan Hukukunda (M.Ö. 800) bazı kişi topluluklarına ve mabetler gibi kimi kurumlara hak ehliyeti tanındığını gösteren bulgulara rastlanılmıştır. Yine Roma hukuki metinleri üzerinde yapılan tetkikler, ilk dönemlerinden itibaren [Eski Hukuk Devri (M.Ö.753-150)] Roma Hukukunda da tüzel kişilik örneklerinin mevcut olduğunu ortaya koymaktadır. Nitekim kavramı 19. yüzyılda ilk kez ortaya atan Germen hukukçuları, kavramın teorisini Roma hukuki metinleri üzerine bina etmişlerdir.

Ancak; herhangi bir toplum açısından hukukun şekillenmesinde dini veya örfî birikimlerin az ya da çok tesiri bulunduğu önemli bir hakikat ise de, hukukun bazı temel kavram ve kurumlarının evrensel bir karakter taşıdığı da tarihi bir gerçekliktir. Bu itibarla, kavrama ulaşılmasına dayanak teşkil eden geçmiş tüzel kişilik uygulamalarının, herhangi bir ırka yahut dine mensup topluluklara hasredilmesi, tarihi veriler göz önüne alındığında bilimsel bir gerçeklik taşımamaktadır. Binaenaleyh kavrama ulaşılmasında batılılar kadar Müslüman toplumların ve hukukçularının katkılarının da olabileceği göz ardı edilmemelidir. En azından ilk dönemlerinden itibaren İslam hukuk tarihinde de insanın dışında, topluluk veya kurumlara zimmet (hak ehliyeti) takdir edildiğini gösteren önemli ipuçları vardır. Özellikle vakıf hukuku ile ilgili düzenlemelerde çok daha belirgin olarak gözlemlenebilen bu yaklaşım, mescit, ribat, köprü gibi diyanî ve hayrî tesislere kimi zaman hak ehliyeti tanıyan, örneğin bu gibi yerlere mal vasiyetinde bulunmayı mümkün kılan ve hatta kendilerine vasiyet edilebilmesi hususunda bu gibi teşekkülleri insanlarla aynı konumda değerlendiren düzenlemelerde de (hüküm ve içtihatlar da) kendisini göstermektedir.

Böyle olmakla birlikte, batılılarca İslam hukukunda/Fıkıhta hükmi şahsiyete yer verilmediğini ima eden, hatta kimi zaman bunu açıkça seslendiren görüşler de ortaya atılmıştır. Daha ziyade oryantalist söylemin tesiri altında ortaya çıkan bu görüşler, İslam hukuk tarihindeki tüzel kişilik örneklerinin yeterince araştırılmadığı veya anlaşılmadığının bir yansıması olarak değerlendirilmelidir. Hatta benzeri tereddütler, kavramın ortaya atılmasından sonraki dönem içerisinde bazı İslam hukukçularınca da ifade edilmiştir.

Modern batı hukuku tarafından ortaya atılan ve başlangıçta metodolojik açıdan yine onlar tarafından temellendirilen bu kavrama kimi İslam hukukçuları tarafından şüphe ile bakılmasında, son iki asır içerisindeki gelişmeler çerçevesinde Müslümanların, bir bütün

halinde Batı'ya olan ihtiyatlı yaklaşımlarının tesiri oldukça fazladır. Diğer yandan klasik fıkıh külliyatında yer almayan bu terimin/kavramın sırf bu nedenle *İslamî* olamayacağı düşüncesi de bu husustaki tereddütlerin diğer bir dayanağıdır.

Hem kavramın İslam hukukunca bilinmediğini savunan batılıların hem de bunun İslamiliği hususunda ihtiyatlı bir yaklaşım sergileyen Müslüman hukukçuların bu iddia ve yargılarında, "*İslam Hukuku*" kavramının içeriğinin sınırlandırılması söz konusudur. Zira "*İslam Hukuku*" terimi, tamamen dini verilere (ayet ve hadislerle) dayalı bir hukuk sistemini değil, bu verilerden/kaynaklardan beslenen ama mevzu hükümlerinin oluşturulması hususunda beşeri inisiyatiflerin (bu bağlamda hukuki ve sosyal realitenin) öncelikli olarak belirleyici bir rol üstlendiği, Müslümanların herhangi bir dönemdeki hukuki düzenlemelerini ifade eden bir kavramdır. Dolayısıyla ayet ve hadislerde ya da klasik dönem hukuk metinlerinde "*hükmi şahıs*" teriminin yer almamış olması, kavramın gayrı İslamî olmasını gerektirmez. Bilakis geçmiş dönem uygulamalarından da anlaşılabilceği üzere, insanın dışındaki varlıklara zimmet (şahsiyet) tanınmasını yasaklayan sarih bir nass mevcut olmadığından her halükârda "*hükmi şahsiyet*" kavramı İslamî bir kavram olarak değerlendirilmelidir. Zaten açık bir terim olarak batıda da kavram, 19. yüzyıla kadar açıkça telaffuz edilmemiştir.

Netice olarak;

Gerçek şahıslar olarak da ifade edilen insanların dışındaki kişi ve mal topluluklarına, kurum ve tesislere, tıpkı bireyler gibi hukuki bir şahsiyet tanınması, hukuki muamelelere girişebilmeleri hususunda onlara hak ve fiil ehliyeti bahşedilmesi, Dinin temel ilkeleri ve meşruiyet ölçüleri bakımından mümkün ve sahihtir. Hukuki haklar ve borçlar bakımından sahip oldukları ehliyetin niceliği itibarıyla tüzel kişilerle gerçek şahıslar arasında mahiyetlerinden kaynaklanan istisnalar dışında, bir statü farklılığı mevcut değildir. Şu farkla ki tüzel kişilerin, gerçek kişiler gibi dinî/taabbudî yükümlülüklerinden söz edilemez. Ancak zekatı, şahsa değil mala yönelik bir yükümlülük (vergi) olarak telakki eden icthadi görüşler baz alındığında hükmi şahısların zekat mükellefiyetlerinden söz edilmesi mümkündür ve aynı zamanda — kendilerine tanınan hak ehliyetinin bir neticesi olarak temellük kabiliyetleri bulunduğu — kendilerine zekat verilmesi sahihtir.

Genel olarak hükmi şahsiyet teorisinin benimsenmesi/kabulü, daha somut bir tarzda *devlet, dernek, vakıf ve şirket* gibi siyasi, içtimai ve iktisadi topluluklara hukuki/hükmi bir şahsiyet tanınmasını mümkün kılmakta hatta bunun da ötesinde modern çağın, bireyi kolektif olmaya zorlayan sosyal ve teknik ihtiyaçları, bu topluluklara/kurumlara tüzel kişilik tanınmasını zorunlu hale getirmektedir.

BİBLİYOGRAFYA

ARAPÇA ESERLER

- Âlusi, Şihabuddin ; *Ruhu'l-Meâni*, Beyrut, trs.
- Buhari, Abdülaziz (v. 730 h.) ; *Kefu'l-Esrâr*, Dersaadet, İstanbul, 1308 h.
- Buhari, Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail (v. 256 h.) ; *Sahih*, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1981
- Damad, Abdullah b. Şeyh Muhammed b. Süleyman (V. 1078 h.) ; *Mecmau'l-Enhur Fi Mülteka'l-Ebhur*, Matbaai Âmire, 1328 h.
- Ebu Davud, Süleyman b. Eş'as Sicistani (V. 275 h.) ; *Sünen*, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1981
- Ebu Ubeyd, Kasım b. Sellam (v. 224 h.) ; *Kitabu'l-Emvâl*, Tahkik: Muhammed Halil Heras, Daru'l-Fiker, Beyrut, 1988
- Ebu Zehre, Muhammed ; *Usulü'l-Fıkh*, Tebliğ Yayınları, İstanbul, trs.
- Firuzâbâdi, Ebu İshak İbrahim b. Ali b. Yusuf eş-Şirazî (v. 476 h.) ; *El-Mühezzeb*, Mısır, trs.
- Ğamrâvî, Muhammed Zühri ; *Sirâcü'l-Vehhâc alâ Metni'l-Minhâc*, İstanbul, trs.
- Haskefî, Muhammed b. Ali (v.1088 h.) ; *Dürri'l-Müntekâ*, (Mecmau'l-Enhur ile birlikte basım)
- Hey'et ; *Mucemu'l-Vasît*, Mektebetü'l-İslamiyye, İstanbul, trs.
- Hayyât, Abdülaziz ; *eş-Şerikât fi ş-Şeriatü'l-İslâmî I-II*, c.I ; III. Baskı, Beyrut, 1988 , C.II; III. Baskı, Beyrut, 1987
- İbn Abidin, es-Seyyid Muhammed Emin (v. 1252 h.) ; *Haşiye Reddû'l-Muhtar alâ Dürri'l-Muhtâr Şerhu Tenviru'l-Ebsâr*, byy., trs.
- İbn Abidin ; *El-Ukudu'd-Dürriye Fi Tenkihi'l-Fetâvâ*, II. Baskı, Matbaai Âmire, Bulak, trs.
- İbn Abidinzâde, es-Seyyid Muhammed Alaaddin ; *Kurratu Uyuni'l-Ahyâr li Tekmileti reddi'l-Muhtâr alâ Dürri'l-Muhtâr*, byy. , trs.
- İbn Hübeyre, Veziru'l-Hanbeli Ebu'l-Muzaffer Yahya b. Muhammed (V.560 h.) ; *el-İsrâf alâ Mezâhibi'l-Esrâf*, Yazma Nüsha, Tavşanlı Zeytinoğlu Halk Kütüphanesi, no:131 ("El-İhtilaf alâ Mezâhibi'l-Erbâa" Unvanı ile)
- İbn Kudame, el-Makdisi, Şemsuddin Ebu'l-Ferec Abdurrahman b. Ebi Ömer b. Ahmed (v. 682 H.) ; *el-Muğnî, Şerhu'l-Kebir ala'l-Muknî*, Daru'l-Fikr, I. Baskı, Beyrut, 1984
- İbn Mâce, Ebu Abdullah Muhammed b. Yezid el-Kazvinî (v.275 h.) ; *Sünen*, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1981
- İbn Nuceym, Zeynü'l-Abidin b. İbrahim (v. 970 h.) ; *el-Eşbah ve'n-Nezâir*, Daru'l-Kütübi'l-Alemiyye, Beyrut, 1985
- İbn Rüşd el-Hafid, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kurtubi el-Endülüsi (v. 595 h.) ; *Bidâiyyetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid*, Kahraman Yayınları, İstanbul, 1985
- Kâsânî, Ebu Bekr b. Mes'ud (v. 587 h.) ; *Bedaiu's-Sanai' Fi tertibi ş-Şerâi'* , Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, II. Baskı, Lübnan, 1986
- Kevseri, Muhammed Zahid (v. 1371 h.) ; *en-Nüketü'l-Tarife*, Kahire, 1365 h.
- Mahmud Hamza Efendi ; *Feraidü'l-Behiyye Fi Kavaidi'l-Fıkhiyye*, Dimaşk, 1298 h.

- Mâverdi, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habib el-basri el-Bağdadi (v. 450 h.) ;** *el-Ahkamu's-Sultaniyye*, I. Baskı, Mısır, 1909
- Mavsili, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud (v. 683 h.) ;** *el-İhtiyâr Li Ta'lili'l-Muhtâr*, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1982
- Merğınani, Burhanüddin Ebu'l-Hasen Ali b. Ebi Bekr (v.593 h.) ;** *el-Hidaye Şerhu Bidayetü'l-Mübtedi*, Beyrut, 1990
- Molla Ciyun, Ahmed b. Said b. Abdilllah ;** *Nuru'l-Envâr ala'l-Menâr*, İhsan Kitabevi, İstanbul, 1986
- Molla Hüsrev ;** *Mir'âtü'l-Usûl Şerhu Mirkâtü'l-Vüsûl*, Dersaadet , 1321 h.
- Müslim b. Haccâc (v. 261 h.) ;** *Sahih*, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1981
- Nesai, Ebu Abdurrahman Ahmed b. Şuayb (v. 301 h.) ;** *Sünen*, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1981
- Nesefi, Ebu'l-Berekât Abdullah b. Ahmed ;** *Keşfu'l-Esrâr*, (Molla Ciyun'un "Nuru'l-Envâr"adlı eseri ile birlikte basım)
- Remli, Hayruddin ;** *Fetavây-i Hayriyye*, II. Baskı, Bulak, 1300 h.
- Şakiru'l Hanbeli ;** *Usulü'l-Fıkhi'l-İslamî*, Matbaatu Camiatu Suriye, 1948
- Şirbini, Muhammed el-Hatib ;** *Muğni'l-Muhtâc*, Mısır, 1958
- Taberi, Muhammed İbn Cerir ;** *Camiu'l-Beyan fi Tefsiri'l-Kur'an*, Mısır, trs.
- Tirmizi, Ebu İsa Muhammed b. İsa (v. 279 h.) ;** *Sünen*, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1981
- Yenişehirli Abdullah Efendi ;** *Behçetü'l-Fetâvâ*, Matbaai Âmire, 1266 h.
- Zerkâ', Ahmed b. Muhammed ;** *Şerhu Kavaidi'l-Fıkhiyye*, II. Baskı, Daru'l-Kalem, Dimaşk, 1986
- Zerkâ' Mustafa Ahmed ;** *el-Fıkhu'l-İslamî fi Sevbihi'l-Cedid I-III*, Dimaşk, 1964
- Zuhayli, Prof. Dr. Vehbe ;** *Usulü'l-Fıkhi'l-İslâmî*, I. Baskı, Daru'l-Fikr, Dimaşk, 1986

TÜRKÇE ESERLER

- Abadan, Prof. Dr. Yavuz ;** *Hukuk Başlangıcı ve Tarihi*, İstanbul, 1943
- Akgündüz, Ahmet ;** *İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayını, II. Baskı, İstanbul, 1996
- Akın, İlhan F. ;** *Kamu Hukuku*, 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, trs.
- Akıntürk, Prof. Dr. Turgut ;** *Medeni Hukuk*, Savaş Yayınları, V. Baskı, Ankara, 1994
- Aktan, Prof. Dr. Hamza ;** "Akile" Maddesi, D.İ.A.
- Akyol, Taha ;** *Osmanlı'da ve İran'da Mezheb ve Devlet*, Milliyet Yayınları, III. Baskı, İstanbul, 1999
- Ansay, Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir ;** *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku-I. Kısım*, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları:IV, II. Baskı, Ankara, 1954
- Ansay, Dr. Tuğrul ;** *Anonim Şirketler Hukuku*, VI. Baskı, Ankara, 1982
- Arsal, Maksudi ;** *Umumi Hukuk Tarihi*, III. Baskı, İstanbul, 1948
- Arserâkis, Kusberyân ;** *Cüzdân-ı Kavânin-i Osmaniye*, İstanbul, 1312 h.
- Atar, Dr. Fahrettin ;** *İslam Adliye Teşkilatı*, D.İ.B. Yayınları, Ankara, trs.
- Aybay, Prof. Dr. Rona ;** *Yurttaşlık Hukuku*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları: 499, Ankara, 1982
- Berki, Ali Himmet ;** *Vakıflar*, Cihan Kitabhânesi, İstanbul, 1940
- Berki, Prof. Dr. Şakir ;** *Medeni Hukuk-Umumi Esaslar*, II. Baskı, Ankara, 1969
- Beşer, Faruk ;** *İslam'da Sosyal Güvenlik*, D.İ.B. Yayınları, Ankara, 1987
- Bilmen, Ö. Nasuhi ;** *Büyük İslam İlmihali*, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1986
- Büyük Haydar Efendi ;** *Usul-ü Fıkh Dersleri*, Üçdal Neşriyat, II. Baskı, İstanbul, 1966

- Can, Doç. Dr. Cahit** ; *Oluşum Süreci İçerisindeki Hukuk Sosyolojisi*, Savaş Yayınları, Ankara, 1992
- Çelikel, Prof. Dr. Aysel** ; *Yabancılar Hukuku*, VI. Baskı, Beta, İstanbul, 1993
- Dal, Doç. Dr. Kemal** ; *Devletler Hususi Hukuku*, Ankara, 1966
- Davudoğlu, Ahmet** ; “Devlet” Maddesi, D.İ.A.
- Dell Vecchio, Giorgio** ; *Hukuk Felsefesi Dersleri*, (Çev. Suud Kemal Yetgin), Maarif Matbaası, İstanbul, 1940
- Demir, Dr. Fahri** ; *İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı*, D.İ.B. Yayınları, Ankara, 1986
- Ebu Hanife, Numan b. Sabit (v.150 h.)** ; *El-Alim ve'l-Müteallim/İmamı Azamın Beş Eseri*, (Çev.Mustafa Öz), Kalem Yayıncılık, İstanbul, 1981
- Ebu Yusuf, Yakub b. İbrahim (v. 182 h.)** ; *Kitabu'l-Harâc*, (Çev.Ali Özek), İstanbul Üniversitesi Yayınları, II. Baskı, İstanbul, 1973
- Ebu Zehre, Muhammed** ; *İslam'da Fıkhi Mezhebler Tarihi*, (Çev. Abdükadir Şener), Hisar Yayınevi, II. Baskı, İstanbul, trs.
- Elmalılı Hamdi Yazır** ; *Hak Dini Kur'an Dili*, İstanbul, trs.
- Erdoğan, Prof. Dr. Belgin** ; *Roma Hukuku, Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995
- Erkal, Mehmet** ; “Beytü'l-Mâl” Maddesi, D.İ.A.
- Erim, Nihat** ; *Amme Hukuku Dersleri*, Ankara, 1942
- Erkilet, Şaban** ; *Vakıflar ve Derneklerin Vergilendirilmesi*, Ankara, 1991
- Fındıkoğlu, Ziyaeddin** ; *Hukuk Sosyolojisi*, İstanbul, 1944
- Gökmenoğlu, Hüseyin Tekin** ; *İslam'da Şahsiyet Hakları*, T.D.V. Yayınları, Ankara, 1997
- Güneri, Hasan** ; *Türk Medeni Kanununa Göre Vakıfta Amaç Kavramı ve Amacına Göre Vakıf Türleri*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1976
- Güral, Jale** ; *Hususi Hukuk Tüzelişlerinin Milletlerarası Mevcudiyeti*, Ankara, 1950
- Hamidullah, Prof. Dr. Muhammed** ; *İslam'ın Hukuk İlmine Yardımları ; Makaleler Külliyyatı*, (Derleme ve Tercüme : Salih Tuğ), İstanbul, 1962
- _____ ; *İslam Peygamberi I-II*, (Çev. Salih Tuğ), İrfan Yayınları, İstanbul, 1990
- Hatemi, Hüseyin** ; *İslam Hukuku Dersleri*, Birleşik Yayıncılık, III. Baskı, İstanbul, 1999
- _____ ; *Medeni Hukuk Tüzelişileri-I*, İstanbul Üniversitesi Yayınları : 2280, İstanbul, 1979
- _____ ; *Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları : 1434, İstanbul, 1969
- Heyet** ; *Doğuştan Günümüze Büyük İslam Tarihi*, Çağ Yayınları, İstanbul, 1992
- Karadeniz, Prof. Dr. Özcan Çelebicin** ; *Roma Hukuku*, Ankara, 1986
- Karaman, Hayrettin** ; *İslam Hukukunda İctihad*, D.İ.B. Yayınları, III. Baskı, Ankara, 1985
- _____ ; *Mukayeseli İslam Hukuku I-III*, Nesil Yayınları, III. Baskı, İstanbul, 1991
- Kazıcı, Ziya** ; “Ahilik” Maddesi, D.İ.A.
- Kılıç, Recep** ; *Ahlakın Dini Temeli*, T.D.V. Yayınları, Ankara, 1996
- Kubalı, Hüseyin Nail** ; *Devlet Anahukuku (Esas Teşkilat Hukuku) I*, İstanbul Üniversitesi Yayınları: 436, III. Baskı, İstanbul, 1950
- Malik b. Enes (v. 179 h.)** ; *El-Muvatta'*, (Çev. Heyet), Altuğ Yayınları, İstanbul, 1982
- Mardin, Ebu'l-Ulâ** ; *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmed Cevdet Paşa*, T.D.V. Yayınları, Ankara, 1992
- MECELLE-İ Ahkam-ı Adliyye** ; (Neşre hazırlayan A.Himmet BERKİ), Hikmet Yayınları, İstanbul, 1982
- Mustafa Reşit** ; *Kanunu Medeni Şerhi*, Evkaf Matbaası, İstanbul, 1926

- Müsteşarlık Araştırma Grubu (M.A.G.)** ; *Anonim Şirket Kuruluşu*, Devlet Planlama Teşkilatı Yayınları : 1414, Ankara, 1975
- Nomer, Ergin** ; *Vatandaşlık Hukuku*, IX. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993
- Okandan, R. Galip** ; *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Yayınları: 465, İstanbul, 1951
- Özdemir, Mehmet** ; “*Endülüs*” *Maddesi*, D.İ.A.
- Özel, Ahmet** ; *Hanefi Fıkh Alimleri*, T.D.V. Yayınları, Ankara, 1990
- _____ ; *İslam Hukukunda Milletlerarası Münasebetler ve Ülke Kavramı*, Marifet Yayınları, Ankara, 1982
- Ösunay, Ergun** ; *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1994
- Öztan, Bilge** ; *Tüzel Kişiler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1994
- Öztürk, Dr. Nazif** ; *Elmalılı Hamdi Yazır Gözüyle Vakıflar*, T.D.V. Yayınları, Ankara, 1995
- Pazarcı, Prof. Dr. Hüseyin** ; *Uluslararası Hukuk Dersleri II*, Turhan Kitabevi, III. Baskı, Ankara, 1993
- Rado, Prof. Dr. Türkan** ; *Roma Hukuku Dersleri II*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997
- Sava Paşa**, *İslam Hukuk Nazariyatı*, (Çev. Baha Arıkan), Yeni Matbaa, Ankara, 1955
- Saymen, Ferit** ; *Medeni Hukuk-II, Şahsın Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yayınları: 374, İstanbul, 1948
- Seviğ, Vasfi Rıza** ; *Romanın Hususi Hukukunun İnstitutionları-Sistem ve Tarihçe*, Ankara, 1937
- Şekerci, Dr. Osman** ; *İslam Şirketler Hukuku/Emek-Sermaye Şirketi*, Marifet Yayınları, İstanbul, 1981
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet** ; *Medeni Hukuk-I, Başlangıç ve Şahıs Hukuku*, III. Baskı, İstanbul, 1948
- _____ ; *Medeni Hukukun Umumi Esasları*, III. Baskı, İstanbul, 1951
- Zeydan, Abdülkerim** ; *İslam Hukukuna Giriş*, (Çev. Prof. Dr. Ali Şafak), Kayıhan Yayınları, II. Baskı, İstanbul, 1985
- Zuhayli, Prof. Dr. Vehbe** ; *el-Fıkhü'l-İslamî ve Edilletühü*, (“İslam Fıkhı Ansiklopedisi” adıyla Çev. Heyet), Feza Yayıncılık, İstanbul, 1994

MAKALELER

- Akyıldız, Ali** ; “*Vakfın Kuruluşunda Amaç ve Mal Varlığı Denetimi ile Vakıfların Dernekleşme Eğilimi Problemi*” ; Vakıflar Dergisi, Yıl : 1997, Sayı : XXVI
- Berki, Ali Himmet** ; “*İslam’da Vakıf I-II*” ; Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 1957/I-IV, 1958
- Berki, Prof. Dr. Şakir** ; “*İmparatorluk ve Cumhuriyet Vakıf Hukukunda Vakıf Şartları*” ; Vakıflar Dergisi, Sayı : X
- Bilgiç, Dr. Emin** ; “*Çivi Yazılı Hukuki-İktisadi Kaynaklar: Mahiyet ve Muhtevaları*” ; Türk Tarih Kurumu/Belleten Dergisi, Ekim-1947, Sayı :44
- Erdoğan, Mustafa** ; “*Liberal Anayasacılık ve Hayek*” ; Türkiye Günlüğü : 22, Bahar, 1993
- Fazlurrahman** ; “*İslami Çağdaşlaşma; Alanı, Metodu ve Alternatifleri*” ; (Çev. Bekir Demirkol), İslami Araştırmalar Dergisi, Cilt : 4, Sayı : 4, Ekim/1990
- Güler, İlhami** ; “*Çağdaş Arap Düşüncesinde Din-Siyaset Tartışması*” ; Türkiye Günlüğü 29/Temmuz-Ağustos 1994
- _____ ; “*Din-İslam-Şeriat*” ; İslamiyat Dergisi, Yıl :1, Sayı : 4, Ekim-Aralık/1998 (Şeriat Özel Sayısı)
- Hamidullah, Muhammed** ; “*Roma Kanunu ile İslam Kanunu Arasındaki Münasebetler*” ; (Çev. Nafiz Danışman), Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 1955/I-II

Kayaoğlu, İsmet ; “*Vakfın Menşei Hakkında Görüşler*” ; Vakıflar Dergisi, Sayı:XI, Yıl:1976
Kırbaşıoğlu, M. Hayri ; “*İstismara Elverişli Münbit Topraklar: Hadisler*” ; İslamiyat Dergisi, III/3 , Temmuz-Eylül 2000
Usl, A. Rasul ; “*Sivil Toplum, Oryantalizm, Demokrasi ve Osmanlı*” ; Türkiye Günlüğü : 47, Eylül-Ekim 1997



ÖZGEÇMİŞ

1964 yılında Kütahya'nın Tavşanlı ilçesinde doğdu. İlk ve orta öğrenimini burada tamamladı. 1982 yılında Tavşanlı İmam-Hatip Lisesini, 1988 yılında Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesini bitirdi. 1992 yılında Atatürk Üniversitesi sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde "*Mahmud b. Ahmed ez-Zencânî ve Tahricu'l-Fürû' adlı eseri*" isimli çalışması ile master programını tamamladı ve İslam Hukuk uzmanı unvanı aldı. Aynı yıl adı geçen Enstitü bünyesinde doktora programına kaydoldu ve doktora öğrenimini tamamlamak üzere bu çalışmayı hazırladı.

Fakülte öğreniminin hemen ardından bir müddet Milli Eğitim Bakanlığı bünyesinde, *Malatya/Pütürge İmam-Hatip Lisesi Meslek Dersleri Öğretmeni* olarak görev yaptı. Bilahare Diyanet İşleri başkanlığı taşra teşkilatında murakıp olarak görev aldı. Halen D. İ. B. Taşra teşkilatında *Eskişehir Müftülüğü Kur'an Kursları Müdürü* olarak görev yapmaktadır. Evli ve iki çocuk babasıdır.