71923

T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
TÜRK HUKUK TARİHİ BİLİM DALI

ESKİ HUKUKUMUZDA GERÇEK KİŞİLERİN HAK VE FİİL EHLİYETİ

DOKTORA TEZİ

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

DANIŞMAN
DOÇ.DR. S. GÜL AKYILMAZ

71923

HAZIRLAYAN
MURAT ŞEN

KONYA-1998

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER I
KISALTMALAR IX

GİRİŞ
KONU VE TEMEL KAVRAMLAR

§ 1. KONU 1
I. GENEL OLARAK 1
II. SINIRLANDIRILMASI 3
III. ÖNEMİ 5
IV. METOT VE KAYNAKLAR 8
§ 2. TEMEL KAVRAMLAR 13
I. KİŞİ KAVRAMI 13
A. Kişi Terimi ve Tanımı *13*
B. Kişi Karşılığı Kullanılan Terimler *16*
C. Kişi Kategorileri *18*
II. KİŞİLİK KAVRAMI 18
III. ZİMMET KAVRAMI 19
A. Tanımı *19*
B. Niteliği ve Özellikleri *23*
IV. EHLİYET KAVRAMI 25
A. Tanımı *26*
B. Kapsamı Ve Özellikleri *29*
C. Çeşitleri *31*
D. Benzer Kavramlarla İlişkisi *33*

BİRİNCİ BÖLÜM
HAK EHLİYETİ (VÜCÛB EHLİYETİ)

§ 3. HAK EHLİYETİ KAVRAMI, TANIMI, BAŞLANGICI, SONA ERMESİ, DAYANAĞI, ZİMMETLE İLİŞKİSİ VE ÇEŞİTLERİ 35
I. HAK EHLİYETİ KAVRAMI 35
II. HAK EHLİYETİNİN TANIMI 36
III. HAK EHLİYETİNİN BAŞLANGICI 39

A. Sağ Doğum *41*
1. Gerçekten Sağ Doğum 43
2. Hükmen (Takdiren) Sağ Doğum 46
B. Cenin *47*
1. Kavram 47
2. Hukuki Durumu 49
3. Hakları Kazanabilmesinin Şartları 52
a. Ceninin Varlığı 52
aa. Hamileliğin En Kısa Süresi 53
bb. Hamileliğin En Uzun Süresi 54
b. Ceninin Sağ Olarak Doğması 55
4. Kazanabileceği Haklar 56
a. Nesep 56
b. Miras ve İntikal 57
c. Vasiyet 60
d. Vakıf 61
e. İkrar 62
f. Azat Olma Hakkı 63
5. Yükümlülükleri 63
6. Hukuk Alanında Korunması 64
IV. HAK EHLİYETİNİN SONA ERMESİ 66
A. Ölüm *67*
1. Genel Olarak 67
2. Ölümün Kişiliği Ne Zaman Sona Erdireceği Hakkında İleri Sürülen Görüşler 69
a. Kişiliği Hemen Sona Erdireceği Görüşü 69
b. Kişiliği Terekenin Tasfiyesiyle Sona Erdireceği Görüşü 69
c. Kişiliği Zayıflattığı Görüşü 70
3. Ölümün Tespiti ve Birlikte Ölüm Karinesi 71
a. Ölümün Tespiti 71
b. Birlikte Ölüm Karinesi 72
4. Ölümün İspatı 73
a. Kural 73
b. İstisnai Durumlar (Ölüm Karinesi) 74
5. Ölümün Sonuçları 75
a. Kişiler ve Aile Hukuku Yönünden 75
b. Miras Hukuku Yönünden 75
c. Borçlar Hukuku Yönünden 77

d. Kamu Hukuku Yükümlülükleri Yönünden ... 78
B. Mefkudiyet ... *79*
1. Kavram ... 79
2. Tanımı ve Şartları ... 79
3. Sonuçları ... 85
a. Hakim Tarafından Ölümüne Karar Verilmeden Önce ... 85
b. Hakim Tarafından Ölümüne Karar Verildikten Sonra ... 87
V. HAK EHLİYETİNİN DAYANAĞI VE HAK EHLİYETİ-ZİMMET İLİŞKİSİ ... 89
VI. ÇEŞİTLERİ ... 91
A. Tam Hak Ehliyeti ... *92*
1. Anlamı ... 92
2. Kapsamı ... 92
a. Vergi ve Diğer Mâlî Yükümlülükler ... 93
b. Nafaka Hakkı ve Yükümlülüğü ... 96
c. Haksız Fiillerden Sorumluluk ... 97
aa. Genel Olarak Hukuka Aykırı Fiiller ... 98
bb. Haksız Fiil Kavramı ... 98
cc. Haksız Fiil Sorumluluğu ... 101
aaa. Doğrudan (Mübaşereten) Haksız Fiillerden Sorumluluk Ehliyeti ... 102
bbb. Dolaylı (Mütesebbiben) Haksız Fiillerden Sorumluluk Ehliyeti ... 104
d. Sebepsiz Zenginleşmeden Kaynaklanan Borçlar ... 106
e. Adlarına yapılan Hukukî İşlemlerden Doğan Borçlar ... 106
f. Gayrimümeyyizin Hukukî Sonuç Doğuran Diğer Fiil ve İşlemleri ... 109
B. Eksik Hak Ehliyeti ... *110*
1. Ceninin Ehliyeti ... 111
2. Kölenin Ehliyeti ... 112
§ 4. HAK EHLİYETİ ALANINDAKİ İLKELER ... 113
I. GENELLİK İLKESİ ... 113
A. Anlamı ... *113*
B. Hayvanların Hak Ehliyeti Konusu ... *114*
C. Genellik İlkesinin İstisnası: Kölelik ... *115*
1. İslâmdan Önceki Türk Hukukunda Kölelik ... 117
2. İslâmdan Sonraki Türk Hukukunda Kölelik ... 118
a. Kavram ... 118
b. Köleliğin Kaynağı ... 120
aa. Savaş Esirliği ... 121
bb. Köleden Doğmuş Olma ... 123

c. Köleliğin Sona Ermesi ... 123
aa. Gönüllü Azat ... 124
bb. Keffaret Borcu Olarak Azat ... 127
cc. Sözleşme (Mükatebe) Yoluyla Azat ... 127
dd. Mecburî veya Kanuni azat ... 129
ee. Ümmü'l-Veled Olma ... 130
ff. Devlet Tarafından Azat ... 131
d. Kölenin Hukukî Statüsü ... 132
aa. Kişiler Hukuku Açısından ... 135
bb. Aile Hukuku Açısından ... 136
aaa. Evlenme ... 136
bbb. Boşanma ... 139
cc. Eşya Hukuku Açısından ... 139
dd. Miras Hukuku Açısından ... 141
ee. Borçlar Hukuku Açısından ... 142
ff. Ceza Hukuku Açısından ... 144
3. Kölelik Uygulamasının Son Bulması ... 145
II. EŞİTLİK İLKESİ ... 150
A. Anlamı ... 151
B. İstisnaları ... 152
1. Yaş ... 154
a. Evlenme Açısından ... 154
b. İzin (Kazai Rüşt) İsteyebilme Açısından ... 156
c. Vasiyetname Yapabilme Açısından ... 156
d. Dinini Özgürce Seçebilme Açısından ... 157
2. Temyiz Kudreti ... 157
3. Cinsiyet ... 158
a. İslâmdan Önceki Türk Hukukunda ... 159
b. İslâmdan Sonraki Türk Hukukunda ... 159
aa. Kişiler, Eşya ve Borçlar Hukuku Alanında ... 160
bb. Aile Hukuku Alanında ... 162
cc. Miras Hukuku Alanında ... 166
dd. Usul Hukuku Alanında ... 168
ee. Kamu ve İdare Hukuku Alanında ... 168
ff. Ceza Hukuku Alanında ... 169
4. Sağlık ... 170
5. Yabancılık (Tabiiyet) ... 171

İKİNCİ BÖLÜM
FİİL EHLİYETİ (EDÂ EHLİYETİ)

§ 5. FİİL EHLİYETİ KAVRAMI, TANIMI, KAPSAMI, DAYANAĞI, ÖNEMİ VE HAK EHLİYETİNDEN FARKLARI 175
I. FİİL EHLİYETİ KAVRAMI 175
II. FİİL EHLİYETİNİN TANIMI 177
III. FİİL EHLİYETİNİN KAPSAMI 180
A. Genel Olarak 180
B. Hukuki İşlem Ehliyeti 185
1. Anlamı 185
2. Tasarruf Yetkisi 186
a. Tasarruf Ehliyeti-Tasarruf Yetkisi Ayırımı 186
b. Tipik Bir Tasarruf Yetkisizliği Hali:
Ölümle Sonuçlanan Hastalık (Marazu'l-Mevt) 189
aa. Kavram 189
bb. Tanım 191
cc. Ölüm Hastasının Tasarrufları 194
aaa. İcazet Gerektirmeyen Tasarrufları 195
bbb. İcazet Gerektiren Tasarrufları 198
C. Akdî Sorumluluk Ehliyeti 201
IV. FİİL EHLİYETİNİN DAYANAĞI 204
V. FİİL EHLİYETİNİN ÖNEMİ 206
VI. FİİL EHLİYETİNİN HAK EHLİYETİNDEN FARKLARI 208
§ 6. FİİL EHLİYETİNİN ŞARTLARI 209
I. TEMYİZ KUDRETİNE SAHİP OLMAK (ÂKIL OLMAK) 210
A. Kavram 210
B. Tespiti 212
C. Nispîliği 215
D. İspatı 217
E. Temyiz Kudretinin Yokluğuna Bağlanan Sonuçlar 217
F. Temyiz Kudretini Ortadan Kaldıran Haller 218
1. Yaş Küçüklüğü 221
2. Akıl Hastalığı (Cünûn) 223
a. Kavram 223
b. Tespiti 225
c. Çeşitleri 226

3. Uyku hali 230
4. Baygınlık (İğmâ) 231
G. Temyiz Kudretini Ortadan Kaldırmayan Haller *232*
1. Akıl Zayıflığı-Bunama (Ateh) 232
a. Kavram 232
b. Tespiti 235
2. Ay Hali ve Loğusalık 236
3. Unutma 237
4. Bilgisizlik 237
5. Yolculuk 238
6. Hezl 238
7. Hata 238
8. İkrah 239
H. Temyiz Kudretini ve Ehliyeti Kaldırıp Kaldırmadığı Tartışmalı Olan Hal: Sarhoşluk (Sekr) *239*
1. Kavram 239
2. Tanım 240
3. Türleri 241
a. Yasal Yoldan Sarhoşluk 242
b. Yasak Yoldan Sarhoşluk 243
4. Ehliyete Etkisi 245
II. REŞİT OLMAK 246
A. Rüşt Kavramı *246*
B. Rüşdün Tespiti *250*
C. Rüşdün Şartları *256*
1. Bulûğa Erme 256
a. Kavram 256
b. Tespiti 257
aa. Fiilî (Gerçek) Bulûğ 258
bb. Hükmî Bulûğ 260
c. Ehliyete Etkisi 262
2. Sefih Olmama 263
a. Kavram 263
b. Türleri 267
aa. Bulûğdan Önce Başlayan Sefihlik 267
bb. Bulûğdan Sonra Başlayan Sefihlik 267
c. Ehliyete Etkisi 268

D. Rüşdün Hüküm ve Sonuçları ... *270*
III. MAHCUR OLMAMA ... 272
A. Hacir (Hacr) Kavramı ... *274*
B. Hacrin Kısımları ... *276*
C. Hacir Sebepleri ... *278*
1. Genel Olarak ... 278
2. Borçluluk ve İflâs ... 280
a. Anlamı ... 280
b. Türleri ... 282
aa. Borçlunun Temerrüdü ... 282
bb. Borçlunun İflası ... 283
c. Ehliyete Etkisi ... 284
aa. Geçersiz Hukuki İşlemleri ... 285
bb. Geçerli Hukuki İşlemleri ... 286
D. Hacirde Usul ... *287*
§ 7. FİİL EHLİYETİNE GÖRE KİŞİLER ... 288
I. TAM EHLİYETLİLER ... 289
A. Tam Ehliyetlilik Kavramı ... *289*
B. Tam Ehliyetli Sayılan Kişiler ... *291*
C. Tam Ehliyetlilerin Hukukî Durumu ... *293*
1. Hukukî İşlem Ehliyeti ... 293
2. Akdî Sorumluluk Ehliyeti ... 293
3. Dava Ehliyetleri ... 294
II. EKSİK EHLİYETLİLER ... 294
A. Eksik Ehliyetlilik Kavramı ... *294*
B. Eksik Ehliyetli Sayılan Kişiler ... *295*
1. Mümeyyiz Küçük ... 296
2. Matuh ... 297
3. Sefih ... 300
4. Köle ... 302
C. Eksik Ehliyetlilerin Hukukî Durumu ... *303*
1. Din Seçme Hakkı ... 303
2. Mâlî Yükümlülükleri ... 303
3. Hukukî İşlem Ehliyetleri ... 304
a. Tek Başlarına Yapabilecekleri İşlemler ... 305
aa. Karşılıksız Kazandırmalar (İvazsız İktisaplar) ... 305
bb. Başkalarını Temsil Amacıyla Yapabileceği İşlemler ... 307

b. Kanuni Temsilci Aracılığıyla veya Kanunî Temsilci İzin Verirse Bizzat Yapabilecekleri İşlemler 310
aa. İşlemin Kanunî Temsilci Tarafından Yapılması 310
bb. İşlemin Eksik Ehliyetli Tarafından (İzin veya İcazetle) Yapılması 311
aaa. İzin ve İcazet Kavramı 312
bbb. İznin Niteliği 314
ccc. İznin Geçerlilik Şartları 315
ddd. İzni Verecek Makam 317
eee. İznin Kapsamı 318
fff. İzinde Usûl 322
ggg. İznin Sona Ermesi 323
cc. Hiç yapamayacakları işlemler 323
4. Akdî Sorumluluk Ehliyeti 327
5. Dava Ehliyetleri 328
D. Eksik Ehliyetlilerin Hukuki Temsili 328
1. Genel Olarak Hukukî Temsil 328
2. Hukukî Temsilci Ve Çeşitleri 330
a. Veliler 330
b. Vasiler 331
3. Hukukî Temsilcide Aranan Nitelikler 332
4. Hukukî Temsilcinin Yetkileri 332
III. TAM EHLİYETSİZLER 333
A. Tam Ehliyetsizlik Kavramı 333
B. Tam Ehliyetsiz Sayılan Kişiler 334
C. Tam Ehliyetsizlerin Hukukî Durumu 336
1. Hukukî İşlem Ehliyeti 336
2. Akdî Sorumluluk Ehliyeti 340
3. Dava Ehliyeti 340
D. Tam Ehliyetsizlerin Hukuki Temsili 341
SONUÇ 342
FAYDALANILAN KAYNAKLAR 349

KISALTMALAR

aşa.	:	aşağıda
AÜHFD.	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜİF.	:	Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
AÜİFD.	:	Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
AÜSBF.	:	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
B.	:	Bası (baskı)
b.	:	bin (oğul)
BGB	:	Alman Medeni Kanunu
bkz.	:	bakınız
byy.	:	basım yeri yok
C.	:	cilt
Çev.	:	çeviren
DEÜHFD	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DİA	:	Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi
dn.	:	dipnot
HAK	:	Hukuk-ı Aile Kararnamesi.
Hz.	:	Hazreti
İA	:	İslâm Ansiklopedisi (Milli Eğitim Bakanlığı tarafından Yayınlanan).
İHFM	:	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İİK.	:	İcra İflas Kanunu
İMK.	:	İsviçre Medeni Kanunu
İÜHFM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Karş.	:	Karşılaştırınız
m.	:	madde
Mecelle	:	Mecelle-i Ahkâmı Adliyye
MÜHF.	:	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ODTÜ	:	Orta Doğu Teknik Üniversitesi
RG.	:	Resmi Gazete
s.	:	sayfa
S.	:	sayı
Sad.	:	Sadeleştiren
SÜHFD.	:	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ŞİA	:	Şamil İslâm Ansiklopedisi
T.C.	:	Türkiye Cumhuriyeti
TBK.	:	Türk Borçlar Kanunu
TCK.	:	Türk Ceza Kanunu
TDV.	:	Türkiye Diyanet Vakfi
Terc.	:	Tercüme eden
TMK.	:	Türk Medeni Kanunu
ts.	:	tarihsiz
UVKR	:	Ukud ve Vâcibât Komisyonu Raporu
vd.	:	ve devamı
VUK.	:	Vergi Usul Kanunu
yuk.	:	Yukarıda

GİRİŞ

KONU ve TEMEL KAVRAMLAR

§ 1. KONU

I. GENEL OLARAK

Hukuk kurumlarının ve hukuksal düşünüşün tarihsel gelişmesini inceleyen, hukuka tarihi bir perspektiften bakarak, daha önce uygulanmış ve halen uygulanmakta olan hukuk müesseselerini araştırmayı gaye edinen hukuk tarihi (1), umumi (genel) hukuk tarihi ve ulusal (milli) hukuk tarihi olmak üzere iki ana kola ayrılmaktadır. Dünya üzerinde yaşamış bütün milletlerin hukukunu konu edinen umumi hukuk tarihinin gayesi, insanlığın mazisini hukuk bakımından araştırarak bugünkü hukuk sistemlerinin menşelerini ve insanlığın hukukî gelişiminde etkili olan sebepleri ortaya koymak ve hukukun gerilemesine neden olabilecek etkenlerle mücadele yollarını belirleme imkanını vermektir (2). Ulusal hukuk tarihi ise yalnız bir ulus veya ülkenin bu alandaki gelişmesini incelemekle uğraşmayı amaç edinmiştir (3). Ulusal hukuk tarihimizi ifade eden Türk Hukuk Tarihi de, sadece Türk milletinin daha önce uygulamış olduğu hukuk sistem ve müesseselerini ele alır (4).

Hayat tarzı itibariyle önceleri bir göçebe kültürüne sahip olan, sonradan yavaş yavaş yerleşik kültüre geçmeye başlayan Türklerin, uygulamış oldukları hukuk sistemleri, onuncu yüzyılda Müslüman olmaları (5) bir dönüm noktası kabul edilerek, İslâmiyet'ten önceki Türk hukuku

---

(1) **ÜÇOK** Coşkun / **MUMCU** Ahmet / **BOZKURT** Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Yeniden Düzenlenip Gözden Geçirilmiş Ekli 8. B., Ankara 1996, s. 1; **CİN** Halil/ **AKGÜNDÜZ** Ahmet, Türk-İslâm Hukuk Tarihi, C. I, İstanbul 1990, s. 12; **SCHWARZ** Andreas B., Medeni Hukuka Giriş, Terc. Hıfzı Veldet, 3. B., İstanbul 1946, s. 74; **TEKİNAY** Selâhattin Sulhi, Medenî Hukuka Giriş Dersleri (Gerçek Kişiler Dahil), İstanbul 1973, s. 11; **ÖZSUNAY** Ergun, Medenî Hukuka Giriş, 5. B., İstanbul 1986, s. 95-96.

(2) **ARSAL** Sadri Maksudi, Türk Tarihi ve Hukuk, İstanbul 1947, s. 7; **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 1; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. I, s. 13.

(3) **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 1; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. I, s. 13.

(4) **UMUR** Ziya, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, C. I, İstanbul 1987, s. 10; **ARSAL**, s. 7.

(5) **ITZKOWITZ** Norman, Ottoman Empire and Islamic Tradition, Chicago 1980, s. 4-5; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. I, s. 16.

ve İslâmiyet'ten sonraki Türk hukuku şeklinde iki ana devrede incelenmektedir (6).

İslâmiyet'ten önceki Türk Hukuku devresi, Türklerin anayurdu olan Türkistan'da geçirdikleri tarihî safhayı içermekte ve bu devre içinde, Hunlar, Göktürkler ve Uygurların hukuk sistemleri yer almaktadır (7).

İslâmiyet'ten sonraki Türk Hukuku devresi ise, Karahanlılar'la başlayan (8) Osmanlı Devleti'ni içine alarak 1926 yılına kadar devam eden dönemdir. Türklerin en büyük ve uzun ömürlü iki devleti olan Selçuklu ve Osmanlı Devleti'ni içine alan bu 940 ila 1926 tarihleri arasındaki 986 yıllık dönem, sırasıyla, İslâmlaşma Devri, Selçuklu devri ve Osmanlı devri olarak üçe ayrılarak incelendiği gibi (9), Tanzimat'tan önceki dönem ve Tanzimat'tan sonraki dönem şeklinde bir ayırıma da tabi tutulmaktadır (10). Sözü edilen bu dönem içinde Türklerin hukuk sistemi, özellikle özel hukuk alanında, İslâm Hukuku ağırlıklıdır. İslâm Hukuku içerisinde de, özellikle Osmanlı Devleti'nin resmi mezhep olarak kabul ettiği, Hanefî fikhı tercih edilmiştir (11). Görüldüğü üzere, İslâm'ın asırlarca bayraktarlığını yapmış olan Türkler, orijinal bir hukuk sistemi olan İslâm hukukunu, bazı istisnaî konuların dışında, kendi hukuk sistemleri haline getirmişler, özellikle Selçuklu ve Osmanlı devrinde İslâm özel hukuku, Türk'ün de hukuku olmuştur (12).

---

(6) Bkz. **TOGAN** Zeki Velidî, Umumi Türk Tarihine Giriş, 3. B., İstanbul 1981, s. 2 vd.; **KAFESOĞLU** İbrahim, Türk Millî Kültürü, İstanbul 1983, s. 45 vd.; **ARSAL**, s. 17; **UMUR**, Hukuk Tarihi, s. 12; **ITZKOWITZ**, s. 4-5.

(7) **ÖZTUNA** Yılmaz, Osmanlı Devleti Tarihi, C. I, İstanbul 1986, s. 21-27; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. I, s. 22, 40; **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 18-28.

(8) Bu konu için bkz. **ÖZTUNA**, C. I, s. 41.

(9) Bkz. **ARSAL**, s. 17; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. I, s. 22; **ÖZTUNA**, C. I, s. 44-63.

(10) Bkz. **ÖZBİLGEN** Erol, Osmanlı Hukuku'nun Yapısı, İstanbul 1985, s. 7; **ÜÇOK** Coşkun / **MUMCU** Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, 5. B. Ankara 1985, s. 4; **UMUR**, Hukuk Tarihi, s. 12.

(11) Osmanlı Devleti'nde belirli dönemlerdeki mezhep taassubu, son dönemlere kadar uygulanagelmiş ancak son dönemlerdeki tedvin faaliyetlerinde diğer mezhep görüşlerinden yararlanılmıştır. Bkz. **GIBB** Sir Hamilton / **BOWEN** Harold, Islamic Society and the West A Study of the Impact of Western Civilization on Moslem Culture in the Near East, Volume One Part I, New York 1957, s. 22; **ARSEBÜK** Esat, Medeni Hukuk, Ankara 1938, s. 44; **ÖZTUNA**, C. II, s. 143; **ÖZBİLGEN**, s 89.

(12) **BARKAN** Ömer Lütfi, Türk Hukuk Tarihine Giriş, Belgelerle Türk Tarihi Dergisi, S. 14, Ankara 1986, s. 9 vd.; **GERBER** Haim, "Osmanlı Hukukunda Şeriat, Kanun ve Örf 17. Yüzyıl Bursa'sı Mahkeme Kayıtları", Çev. Mehmet Akman, MÜHF. Hukuk Araştırmaları, C. VIII, S. 1-3 İstanbul 1994, s. 268, 273; **CİN** Halil, Türk Hukukunda Mer'a, Yaylak ve Kışlaklar, Son Yargıtay Kararları ile Genişletilmiş 2. B., Ankara 1980, s. 17; **İMRE** Zahit, Medenî Hukuka Giriş (Temel Kavramlar, Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku, 3. B., İstanbul 1980, s. 25, 63, 99; **HALAÇOĞLU**

II. SINIRLANDIRILMASI

Konusunu "Eski Hukukumuzda Gerçek Kişilerin Hak ve Fiil Ehliyeti"nin oluşturduğu bu çalışma, İslâmiyet'ten önceki Türk Hukuku ile İslâmiyet'ten sonraki Türk Hukuku yani İslâm hukuku başlıkları altında incelenmelidir.

İslâmiyet'ten önceki Türk Hukuku'nun belirli bir kurumu hakkında fikir ileri sürebilmek için, ya bizzat ana kaynaklara inerek ciddi ve titiz araştırmalar yapılabilmeli ya da bu konuda başkalarınca işlenmiş ve hazırlanmış bir malzeme bulabilmelidir. Oysa İslâmiyet'ten önceki Türklerin siyasi tarihleri, komşu ülkelerle olan savaşları ve münasebetleri, bir dereceye kadar aydınlığa kavuşturulmuş ise de, sosyal hayatları ve özel hukukları üzerinde fazla ve kesin bir şey söylenemeyeceği belirtilmektedir (13). Diğer taraftan, Orta Asya dışındaki bazı kavimlerin Türk Kültürü ile bağlılığı hakkındaki nazariye ve faraziyeler de henüz bütün ilim çevrelerince benimsenen gerçekler haline gelememiştir. Bu sebeple, bugünkü topraklarımız üzerinde yaşamış, uygarlık kurup teşkilatlanmış bir kavim olan Hitit ve Sümerlerin hukukları, bazı eserlerde görülenin aksine (14), Türk Hukuk Tarihi çerçevesinde incelenmemektedir. Orta Asya'da yaşayan ve devlet kuran Türklerin de, sosyal hayatlarını aydınlatacak belgeler bulunmadığı için inceleme konusu yapılması son derece zordur (15). Başka bir deyişle, İslâmiyet'ten önceki Türk hukuku hakkında kaynak kıtlığı söz konusudur (16). Bilindiği gibi, İslâmiyet'ten önceki Türk hukuku alanında sahip olunan başlıca kaynaklar, Çinlilerin Türkler hakkında yazdıkları eserler, epigrafik, arkeolojik ve etnografik kaynaklar ve dil üzerinde yapılan incelemelerden ibarettir (17). Bunlara bir de on dokuzuncu yüzyılda Türkistan'a ve uzak doğuya giden Avrupalı seyyahların hatıratlarından çıkarılan Türklerin özel hukukuna ilişkin bilgiler de eklenebilir (18). Bu

---

Yusuf, "Osmanlı Devlet Teşkilatı", Doğuştan Günümüze Büyük İslâm Tarihi, C. XII (312-455 sayfaları arası), İstanbul 1993, s. 390-391; **ARSAL**, s. 16-17; **UMUR**, Hukuk Tarihi, s. 12, 64; **ITZKOWITZ**, s. 5, 38; **TEKİNAY**, Kişiler, s. 22; **ÖZTUNA**, C. I, s. 142.

(13) Bkz. **ÖGEL** Bahaeddin, İslâmiyet'ten Önce Türk Kültür Tarihi, Ankara 1962, s. XIII; **MUMCU** Ahmet, Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl, Ankara 1963, s. 22; **ARSAL**, s. 4, 18.

(14) Örnek olarak bkz. **SAYMEN** Ferit H., Medeni Hukukumuzda Hükmî Şahıslar, İstanbul 1944, s. 199.

(15) **HÂTEMÎ** Hüseyin, Önceki ve Bugünkü Türk Hukuku'nda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul 1969, s. 12.

(16) **AYDIN** M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, Genişletilmiş 2. B., İstanbul 1996, s. 11; **MUMCU**, s. 22; **ARSAL**, s. 18.

(17) **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 11-14; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. I, s. 31-39.

(18) **CİN** Halil, Eski Hukukumuzda Boşanma, 2. B., Konya 1988, s. 27.

kaynakların hiç biri doğrudan hukuk kaynağı olmadığı için, hukukî müesseselerin izahına ancak dolayısıyla yardımcı olurlar.

İslâmiyet'ten sonraki Türk hukuku için ise, kaynak bolluğundan söz edilebilir. Müslüman Türk hukukçular tarafından kaleme alınan İslâm Hukuku (Fıkıh) kitapları, fetva kitapları, şer'iye mahkemesi sicilleri, kanunnameler ile Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye (19) ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi (20) gibi hukukî düzenlemeler bu döneme ilişkin kaynaklardandır.

Dünya tarihinin en hareketli ve güçlü milletlerinden biri olan, üç kıtada çeşitli kültür ve medeniyet sahaları içinde birçok devletler kurmuş bulunan Türk Milletinin (21) binlerce senelik hukuklarından, kişiler hukuku içinde ele alınan "gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyeti" konusunu incelemenin ne kadar güç bir iş olacağı ortadadır. Zira Türk soyundan gelen milletlerden her birinin hukuku, içinde yaşadığı tarihî ve coğrafî şartlar, din ve dünya görüşleri ile hayat tarzları-

---

(19) Kısaca "Mecelle" olarak ifade edilen, 10 Mart 1285 tarihinden 1293 tarihine kadar süren sekiz senelik bir dönem içerisinde bölüm bölüm yürürlüğe giren ve 1851 maddeden ibaret olan bu kanun, Osmanlı devletinde 57 sene tatbik edilmiş ama eksik kalmış bir Medeni Kanun sayılabilir. Medeni Hukukun önemli bölümlerinden olan şahıs, aile ve miras kitaplarına yer verilmeyen Mecelle'de, genel prensipler, borçlar hukuku, eşya ve usul hukukuna ilişkin hükümler bulunmaktadır. Mecelle'nin ihtiva ettiği bahisler şunlardır: Kavaidi külliye (yani umumi prensipler), bey'i, icare, kefalet, havale, rehin, emanet, hibe, gasb, hacir, ikrah, şuf'a, şirket, vekalet, sulh, ibra, ikrar, dava, beyyinat, tahlif, kaza. Dini hukukun bir kısmının kanunlaştırılmış şekli olan, hazırlanılmasında ictihad kurumundan yararlanılmayan ve diğer mezheplerin görüşlerinden de istifade edilmeyen Mecelle'de, Hanefî mezhebi esaslarına dayanılmıştır ki, bu, Mecelle için bir eksiklik olarak kabul edilmektedir. Bkz. **ONAR** Sıddık Sami, "Osmanlı İmparatorluğunda İslâm Hukukunun Bir Kısmının Codification", İÜHFM, C. XX, S. 1-4, (ayrı basım), İstanbul 1954, s. 1-15; **VELİDEDEOĞLU** Hıfzı Veldet, Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, Tanzimat I, İstanbul 1940, s. 187-196; **BOZKURT** Gülnihâl, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), Ankara 1996, s. 161-162; **AYDIN** Mehmet Âkif, "Bir Hukukçu Olarak Ahmed Cevdet Paşa", İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları, İstanbul 1996, s. 49-51; **KARAMAN** Hayreddin, Başlangıçtan Zamanımıza Kadar İslâm Hukuk Tarihi, İstanbul 1989, s. 327-337; **CEVDET PAŞA**, Tezâkir 1-12, 3. B., Yayınlayan Cavid Baysun, Ankara 1991, s. 63-64; Tezâkir 21-39, s. 239; **LEWIS** Bernard, Modern Türkiye'nin Doğuşu, Ankara 1993, s. 122-123.

Mecelle'nin fıkhın şahıs, aile ve miras konularını da içerdiğini belirten yanlış bilgi için bkz. **BİLGİN** Ahmet, İslâm Hukukunda Gerçek Kişilerin Ehliyeti, Yayınlanmamış Doktora tezi, Diyarbakır ts., s. 12.

(20) 25 Ekim 1917 (25 Teşrinievvel 1333) tarihli, Mecelle'nin eksikliklerini tamamlamak üzere, "Hukuk-ı Aile Kararnamesi" unvanı altında 1 Ocak 1918'de yürürlüğe giren bu kararname, fıkıh kitaplarından aile hukukuna dair hükümlerin tedvin edilmiş halidir. Bu kararname, münâkehât ve müfârakât (evlenme ve boşanma) adlı iki kitaptan oluşan 157 maddeden ibarettir. 31 Teşrinievvel 1333 tarihli Takvimi Vekayi'de neşredilen Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin metni ve hakkında geniş bilgi için bkz. **DÜSTUR**, İkinci Tertip, C. IX, s. 762 vd.; **AYDIN** Mehmet Âkif, İslâm-Osmanlı Aile Hukuku, İstanbul 1985, s. 243 vd.; **ANSAY** Sabri Şakir, Medeni Kanunumuzun 25 inci Yıldönümü Münasebetiyle Eski Aile Hukukumuza Bir Nazar- Hukuk İnkılabımızı Aydınlatan Tarihi-Teşrii Vesikalar, Ankara 1952, s. 1-3, 18 vd.; **BOZKURT**, Resepsiyon, s. 172; **ARSEBÜK**, s. 49-50.

(21) **ITZKOWITZ**, s. 4-10; **ARSAL**, s. 16.

na ait diğer özelliklerle birlikte incelenmesi gerekir (22).

Şu halde, bu doktora tez çalışmasında "eski hukukumuz" kavramı sınırlandırılarak, bu zamana kadar tarih sahnesinde yerini almış olan tüm Türklerin hukukunu değil, sadece Türkiye'de yaşamış olan Müslüman Türklerin hukukunu, özellikle "Osmanlı hukuku"nu karşılayacaktır. Osmanlı kişiler hukuku, İslâm kişiler hukukunun altı asırlık bir uygulamasından ibaret olduğu için konu İslâm kişiler hukukundan hareketle ele alınacaktır. Ancak hakkında kaynak bulunduğu sürece, İslâmiyet'ten önceki Türk Hukuku alanında da bilgi verilmeye çalışılacaktır.

III. ÖNEMİ

Türk hukuk tarihi alanındaki bu çalışma ile, hukuk tarihinden beklenen yararların bu çalışmadan da beklenmesi amaçlanmıştır. Bilindiği gibi, hiç bir hukuk kendisinden önceki esasları ve gelişmeleri bilmeksizin tam olarak anlaşılamaz (23). Bir hukuk tarihi çalışması, belirli bir konu açısından, yürürlükteki hukukun, aynı ülkenin ve icabında diğer ülkelerin eski hukukları ile karşılaştırılması bakımından önemlidir. Eski hukukla olan benzerlikler ve farklılıklar ortaya konularak yürürlükteki hukuk daha iyi anlaşılabilir, bir takım kanun tasarıları için de etkili olabilir (24).

Eski hukukun bir müessesesini günümüz hukuku sistematiğinde ortaya koyma gayreti içinde olan bu çalışmadan, pozitif bir fonksiyon taşıması da beklenebilir. Bilindiği gibi, Türkiye Cumhuriyeti 1926 yılından itibaren Kıta Avrupa'sı Hukukunu kabul etmiştir. Hukukta güven ve devletin sürekliliği ilkesi gereğince bu tarihten önce yani eski hukuk zamanında kazanılmış olan hakların ve yapılmış bulunan hukukî işlemlerin yeni hukuk zamanında da belli şartlarla devam edeceği ortadadır (25). Çoğu kere belirli bir sistemden yoksun olan eski hukuk müesseselerinin,

---

(22) **BARKAN**, s. 9 vd.; **UMUR**, Hukuk Tarihi, s. 10.

(23) **ÇAĞIL** Orhan Münir, Hukuk Tarihinin Kıymet ve Ehemmiyetine Dair Bazı Düşünceler, İHFM, C. XVIII, S. 3-4, (ayrı basım), İstanbul 1953, s. 1-2; **İMRE**, Şahıslar Hukuku, s. 57.

(24) **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. I, s. 18-21; **İMRE**, Şahıslar Hukuku, s. 57.

(25) Örneğin, eski ve yeni hukukun birbiriyle olan ilişkilerini düzenleyen 4 Ekim 1926 tarihinde Medeni Kanunla birlikte yürürlüğe giren 864 Sayılı "Kanun-ı Medeninin Suret-i Meriyet ve Şekl-i Tatbiki Hakkında Kanun" (Tatbikat Kanunu)'nun birinci maddesine göre, Medeni Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki olayların hukukî hükümleri, bu olaylar hangi kanun yürürlükteyken meydana gelmiş ise, yine o kanuna tabi kalır. Dolayısıyla uygulayıcı, böyle durumlarda Osmanlı hukuk mevzuatına başvurmak durumundadır. Bkz. **MARDİN** Ebül Ulâ, Hukuku Medeniye Dersleri, Şahsın Hukuku, C. II, İstanbul 1932, s. 321; **TEKİNAY**, Kişiler, s. 35; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. I, s. 21.

hâkimler ve diğer hukuk uygulayıcıları tarafından kolaylıkla öğrenilebilmesi için günümüz hukuk sistematiğindeki çalışmalara gerek vardır.

Ayrıca çalışma, konusu itibariyle de ilgi çekicidir. Zira ehliyet, kişi ile doğrudan bağlantısı olan bir kavramdır. Hukuk sahnesine çıkmış bir kimse için "hak ehliyeti" bulunduğu ve bunun ondan ayrılmaz bir parça olduğu kabul edilmektedir. Yine, sosyal hayatın vazgeçilmez hukukî ilişkilerinden olan akitlerin kurulmasının genel şartlarından biri âkitlerin ehliyeti olduğu gibi, akdin butlanının bir nedeni de âkidin ehliyetsiz olmasıdır. Başka bir deyişle, sıhhat ve butlanın geçerli olduğu bütün fiil ve işlemlerde bunlarla ilgili kişilerin ehliyeti söz konusudur. Zekat gibi hem dini hem hukukî yükümlülüklerin gerek sıhhati ve gerekse vücubu yine şahısların ehliyetiyle alakalıdır. Durum ceza hukuku sahasında da böyledir. Bütün bunlar gösteriyor ki, hukuk sahnesine çıkan her kişinin gerek hak ve gerekse fiil ehliyetiyle bağlantısı vardır.

Bunun yanısıra, hukuk alanının öznesi bir benzetme yapılarak söylenirse aktörü olan insana, insanlar arasında eşitsizliğin ortaya çıkmasından sonra (26) oluşan pozitif hukuk, hukuk sahnesine aktör olarak çıkma iznini her zaman tanımamıştır. Ancak, medeni haklardan yararlanma ve bunları kullanma ehliyet ve yeteneğinin de varlıklar içinde sadece insanda bulunduğu bilinmektedir (27). İslâm hukukunda da insan, hukukun süjesidir (öznesidir). İslâm Dini'nin hem insanların birbirleriyle hem de Allah'la olan münasebetlerini düzenleyici olarak getirdiği esasları "İslâm hukuku" (28) birer kural halinde düzenlemiş, her iki münasebette de insanı kişi

---

(26) Bir görüşe göre, yeryüzünde görülen, ahlakî sorumluluğu, görevi ve ödevleri olan insan nesli, başlangıçta eşit iken; sonraları, bir kısım insanları köleleştirici, bir kısım insanları da soy ve boy üstünlüğü gibi kuruntularla yüceltici (ayrıcalıklı kılıcı) tarzda, doğru olmayan öğreti ve telkinler başlamış; bu öğreti ve telkinler belli bir aşamaya varıp insanların köle kılınmasına imkân tanındıktan sonra da, "her insan kişi" olarak kabul edilmemiştir. İnsanların, tekrar "insan hakkı" kavramının bilincine varmalarından sonra ise, "insan haklarını tekrar elde etme" süreci başlamış ve hiç değilse yeryüzünün tamama yakın bir bölümünde hukukî durum ve konum anlamında "kölelik" ortadan kalkmıştır. Bundan sonra ise, artık "her insan kişi" olarak kabul edilmiştir. Her insanın kişi olarak kabul edilmesi, onun, hukuk alanında haklara sahip olabilme ve başkaları karşısında borçlanabilme yeteneğinin bulunması yani "hak ehliyeti"ne sahip olması anlamına gelir. Bkz. **HÂTEMÎ** Hüseyin, Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 15-21.

(27) İnsanların birbirleri ve âmme ile karşılıklı münasebet ve menfaatlerini düzenleyen kuralların tamamı veya insanlara özgü hareket kurallarının toplamı olarak tanımlanan "hukuk"tan söz edildiğinde, akla, önce hukukla çok yakın ilgisi bulunan insan gelir. Bkz. **BİRSEN** Kemaleddin, Medeni Hukuk Dersleri, 5. B., İstanbul 1959, s. 6; **ANSAY** Sabrı Şakir, Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, 2. B., Ankara 1953, s. 69.

(28) İslâm hukuku genel kavramı içinde, çeşitli mezheplerin, tedvin edilmiş birer bağımsız fıkıh düzeni kurdukları görülmektedir. İslâm hukukunun mezhep bazında özellikle sünni ve şii olarak ikiye bölündüğü söylenebilir. Ancak, bu "birbirinden tamamen ayrı ve hiç benzemeyen birer hukuk yapısı" anlamına

(şahıs) (29) olarak kabul etmiş ve hukukun süjesi durumuna getirmiştir (30). Gerçekten, aile, miras, eşya ve borç ilişkilerinde daima, "kişi"den hareket edilir. Kişinin olmaması durumunda, bütün bu münasebetlerin de olmayacağı bilinir. Kişiden yoksun bir hak düşünülemeyeceği için, kişinin ve dolayısıyla kişiler hukukunun önemi büyüktür ve önemi dolayısıyla, bütün hukuk sistemleri kişiler hukuku esaslarına yer vermiş, hatta, çoğu medeni kanunun da başında kişiler hukuku ile ilgili hükümler yer almıştır (31). Medeni Kanunumuz da, kişiler hukukunu ayrı bir

---

gelmez. Hatta, anlaşmazlık ve çatışmalara yol açan mezhep uyuşmazlıkları, Sünnî mezhepler bölümüne giren Hanefî, Şafiî, Hanbelî ve Malikî fıkıhları ile Şiî mezhepleri bölümündeki Zeydiyye ve İmamiyye-i İsnâ-aşeriyye fıkıhları ve Haricî mezhepleri bölümüne giren İbâziyye fıkhı arasında, konuyu inceleyenleri hayrete düşüren bir benzerlik doğmasını önleyememiştir. Bkz. **HAMÎDULLAH** Muhammed / **BOUSQUET** G.H. / **NALLINO** C.A., İslâm Fıkhı ve Roma Hukuku, "Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı", Çev. Kemal Kuşçu, İstanbul 1964, s. 23-52; **GIBB/BOWEN**, Volume One Part I, s. 21-22; **DAVID** Rene, Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri, Çev. Argun Köteli, İstanbul 1985, s. 420-421.

(29) Şahıs sözcüğü, teknik bir hukuk tabiri olup, haklara sahip olabilen (yani medeni haklardan istifade eden)leri ifade eder. Hukuk dilinde, haklardan faydalanabilen, hak sahibi olabilen varlığa "şahıs" (kişi) denir. Bu, her şeyden önce, insan varlığıdır. Bugünkü hukukumuza göre herkes haklardan faydalanabildiği için, her insan bir şahıstır. Şu halde şahıs, hakların merkezi konumundadır ve medeni haklardan yararlanmak için insan olarak doğmak yeterlidir. Ancak, bu anlayış her zaman ve her yerde geçerli olmamış, genellik prensibi bulunmadığı dönemlerde her insan "şahıs" olarak kabul edilmemiştir.

Eski devirlerde, hemen hemen her dinde haklardan istifade eden, hak sahibi olabilen varlıklar, hür olmak gibi bazı vasıfları haiz olan kimselerdi. Örneğin, insanlık tarihinde oldukça uzun bir zaman uygulama alanı bulan ve genellik arz eden müesseselerden biri de "kölelik"tir. Roma hukukunda köle, hiç bir hakka sahip olamayan, eşya ve hayvanlar gibi mülkiyete konu teşkil eden bir şey, nesne (res mancipi) sayılan, hak sahibi değil hak konusu olan, kısaca, her çeşit hukukî muameleye konu olabilen, satılıp, kiralanan, efendisi tarafından öldürülmesine bile izin verilen, hukukî anlamda da şahıs kabul edilmeyen insandır. Her insanın hukuken bir kişi olması ve haklara ehil sayılması anlayışı, ancak köleliğin ilgasından sonra yerleşebilmiş ve kesin ve tabii bir hukuk kuralı haline gelmiştir. Bkz. **SAYMEN** Ferit H., Türk Medenî Hukuku, C. I, Umumi Prensipler, İstanbul 1948, s. 217 vd.; **SAYMEN** Ferit H., Türk Medenî Hukuku, C. II, Şahsın Hukuku, İstanbul 1948, s. 7, 20; **VELİDEDEOĞLU** Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, C. I, Başlangıç ve Şahsın Hukuku, 3. B., İstanbul 1948, s. 49-58; **BERKİ** Şakir, Medenî Hukuk, Umumi Esaslar Şahıs ve Aile Hukuku, Ankara 1961, s. 45; **KOSCHAKER** Paul, Modern Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Anahatları, Terc. Kudret Ayiter, Ankara 1983, s. 76-77; **SCHWARZ**, Medeni Hukuk, s. 25.

(30) **ATAR** Fahrettin, Fıkıh Usûlü, 2. B., İstanbul 1992, s. 141, 343; **UZUNPOSTALCI** Mustafa, Hukuk ve İslâm Hukuku I, Hukuk-İslâm Hukuku-Tarihçesi-Kaynakları-Şahsiyet-Ehliyet-Akidler-Alış veriş, Konya 1990, s. 131.

Günümüz hukukunda şahıs ile fert (insan) arasında hiç bir fark yoktur. Modern hukuk, her şahsın hür olarak doğduğunu ve her ferdin şahsiyete sahip olduğunu kabul ettiğine göre, "hür olmak" kaydının bir vasıf olarak belirtilmesine artık gerek kalmamıştır. Esaretin kaldırılmasından önce çarşı ve pazarda bir mal gibi satılmakta olan zenciler fert olarak kabul edilir fakat şahsiyetleri yani bir hakka sahip olabilme kabiliyetleri bulunmazdı. Modern hukuka göre, her adam bir şahıstır. Bkz. **AKİPEK** Jale G., Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri-Şahsın Hukuku İkinci Cüz Şahsın Hukuku, C. I, Ankara ts., s. 8; **OĞUZOĞLU** H. Cahit, Medenî Hukuk I Şahsın Hukuku, 3. B., Ankara 1956, s. 214.

(31) Örneğin Fransız Medeni Kanunu, kişiler hukuku ile aile hukukunu bir tek kitapta ve "kişiler" başlığı altında birleştirmiş, Alman medeni kanunu ise kişiler hukukunu "umumi hükümler" kısmında ele almıştır. Bununla birlikte, bazı kanunlar kişiler hukukunu, ayrı bir kitap içinde düzenlememişlerdir ancak

kitap içinde düzenlemiştir (32). Bilindiği gibi eski hukukumuzda "kişiler hukuku" adı altında ayrı bir bölüm bulunmamaktadır. Ancak bu, günümüzde kişiler hukuku adı altında incelenen bir konunun, eski hukukumuzda bulunmadığı anlamına gelmez. İşte bu çalışma, eski hukukumuzun kaynaklarındaki bilgilerin modern hukuk sistematiğinde ele alınmaya çalışılması yönüyle de önem taşımaktadır.

IV. METOT ve KAYNAKLAR

Dini bir hukuk sistemi olan ve ilk zamanlarda kapsamına itikadî (inançla ilgili), ahlakî ve diğer dini konuların girdiği; gelişmesinden sonra ise, inanç, ahlak ve dini konuların dışarıda bırakılıp kapsamı sadece hukukî nitelik taşıyan konularla sınırlandırılan, beşeri hukuk sistemlerinden farklı, kendisine özgü, orijinal bir yapıya sahip olan İslâm hukuku (fıkıh ilmi) (33), fürû-i fıkıh (tatbikî hukuk) ve usûl-i fıkıh (nazarî hukuk) olmak üzere iki ana daldan oluşur. Bu dallara ait kitaplarda "kişiler hukuku" adını taşıyan bağımsız bir bölüm, kitapların kaleme alınmasında kişi kavramından hareket edilmediği için, yer almamış; bu alana giren hususlar, dağınık ve sistematikten uzak bir şekilde ele alınmıştır (34).

---

onlarda da hareket noktası yine kişi ve kişinin hukukudur. Bkz. **KARAMAN** Hayreddin, Mukayeseli İslâm Hukuku, C. I, İstanbul 1991, s. 171; **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 50.

(32) Bunun birtakım sebepleri vardır. Her şeyden önce, herkes için bütün ilişkilerin bir arada derli toplu bir kitap içinde düzenlenmesi, mantıki bir tertipleme tarzıdır. Gerçi, aile hukuku da nihayet kişi münasebetlerini düzenler ama bu münasebetler istisnasız herkes için söz konusu değildir. Örneğin, her insan mutlaka evlenmez ve çocuk sahibi olmaz. Halbuki, her insan, mutlaka doğar, haklardan istifade eder, belki bunları kullanır ve nihayet ölür. Bundan başka, herkesin mutlaka anası, babası, ismi, ikametgahı bulunmakta ve bir nüfusa kayıtlı olmaktadır. Yine, kişiler hukuku, son devirlerde gelişen tüzel kişilik (hükmî şahıs) kavramı sebebiyle de ayrı bir kitapta ele alınmıştır. Roma hukukunda ve Fransız Medeni Kanununda kişi kelimesi, sadece insanı ifade ettiği halde, Türk Medeni Kanunu'nda, hem insanı hem de topluluk mahiyeti gösteren tüzel kişileri ifade eder. Bunun için Türk Medeni Kanunu insanlar için "gerçek kişi" tabirini kullanarak bunları tüzel kişilerden ayırmıştır. Bazı hukukçular, bunları ayırt etmek için "tek kişiler" ve "topluluklar" ifadelerini kullanırlar. Bkz. **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 50-51.

(33) **KARAMAN** Hayreddin, Fıkıh, C. XIII, DİA, İstanbul 1996, s. 1-3; **GIBB/BOWEN**, Volume One Part II, s. 81; **TEKİNAY**, Kişiler, s. 22.

Genel niteliği haiz olan şer'i hükümleri bilmek anlamına gelen fıkıh, Romalıların jurisprudentia'sı gibi, "ilâhi ve beşeri maslahatların ilmi"dir. Başka bir deyişle, hem insanların insanlarla hem de insanların Allah ile olan ilişkilerini düzenler. Çağdaş hukukta ise, hukuk, yalnız insan münasebetlerini ele alır. Bkz. **GOLDZIHER** İ., Fıkıh, C. IV, İA., İstanbul 1993, s. 601; **WAINES** David, An Introduction To Islam, Cambridge 1996, s. 281; **ALİ HAYDAR** Hoca Eminefendizâde, Dürerü'l-Hükkâm Şerh-u Mecelleti'l-Ahkâm, C. I, İstanbul 1330, s. 13; **BALKANLI** Remzi, İslâm Hukukunun (Usûl-ü Fıkhın) Umumî Esasları (Mukayeseli), I. Kitap, Ankara 1973, s. 34.

(34) Bkz. **KARAMAN** Hayreddin, Anahatlarıyla İslâm Hukuku, C. II, İstanbul 1985, s. 22; **KARAMAN**, Hukuk Tarihi, s. 58.

Pratik (amelî) hayata ait bilgileri ve hükümleri içeren ilim dalı olan "fürû-i fikh"a, sadece "fıkıh" da denilmektedir (35). Müçtehitlerin, her bir pratik meseleyi ilgilendiren delilleri tek tek inceleyip onlardan çıkardıkları hükümlere ait bu alandaki kaynak eserler, soyut normlardan ziyade, kazuistik (meseleci) metotla kaleme alınmıştır (36). Klasik tarzda yazılmış kitaplar incelendiğinde, günümüzde kişiler hukuku alanına giren sorunların genelde cevapsız kalmadığı, hatta farazi ve hayali problemlerle genişletildiği de görülebilir. Bu alandaki eserlerde tez konumuz ile ilgili hükümler, evlenme, boşanma, nafaka, hacir, mefkud, velâyet ve akitler gibi değişik bölümlerde incelenmiştir (37).

"Usûl-i fıkıh" (fıkıh usûlü) (38) ise, fıkıh ilminin, şer'î hükümlerin dayandığı kaynaklar ve bunlardan hüküm çıkarma usullerini konu alan dalıdır (39). Başka bir ifadeyle, İslâm hukukunun, kendi kaynaklarına dayanarak ve kendi ihtiyaçlarına cevap vermek üzere ortaya çıkardığı nazari hukuk ilmine yani "hukuk metodolojisi"ne "usûl-i fıkıh" denilmektedir (40). Demek ki usûl-i fıkıh, fıkha ilişkin hükümlerin dayanaklarını belirten, ana kaynaklardan elde edilmesine ilişkin yöntem ve yorum metotlarını açıklayan, uygulamadaki meseleler ile ana kaynaklar ara-

---

(35) Fıkıh, fert ile fert, fert ile cemiyet veya devlet arasındaki münasebetleri düzenler. Ayrıca fıkıh, fert ile Allah arasındaki münasebetleri de tanzim eder. İşte İslâm hukuku, dini, siyasi ve medeni hayatın bütün safhalarına en geniş ölçüde şamil olup, hem ibadetlerde, hem de aile, miras, eşya ve borçlar gibi sosyal hayat ilişkileri gereği bütün muamelelerde yapılacak veya sakınılacak yönlere dair hükümleri içine alır; bundan başka, ceza hükümleri ile yargılama usulleri ve nihayet devletin idaresi ve teşkilatı ile, harp hukukunu ilgilendiren hükümler de fıkıh kavramının kapsamı içindedir. Bkz. **GOLDZIHER**, s. 601; **ATAR**, Usûl, s. 1, 2, 341; **KARAMAN**, Fıkıh, s. 1.

(36) **ŞA'BÂN** Zekiyüddîn, İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkh), Terc. İbrahim Kâfi Dönmez, Ankara 1990, s. 23; **BİLMEN** Ömer Nasuhi, Hukukı İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu, C. I, İstanbul 1985, s. 13-14; **KARAMAN**, Fıkıh, s. 3.

(37) **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 9; **HÂTEMÎ** Hüseyin, İslâm Hukuku Dersleri, 2. B., İstanbul 1994, s. 42.

(38) Buradaki «Usûl» sözcüğü asıl kelimesinin çoğuludur. Yoksa mantıktaki gibi, "belirli bir sonuca ulaşabilmek ve gerçeği bulabilmek için zihni makul bir surette sevk ve idare etmek" anlamında değildir. Bkz. **BALKANLI**, s. 35.

(39) **HALLÂF** Abdulvahhâp, İslâm Hukuk Felsefesi (İlmu Usûli'l-Fıkh), Giriş ve Notlar Ekleyerek Çev. Hüseyin Atay, 2. B., Ankara 1985, s. 185-186; **WAINES**, s. 64; **KARAMAN**, Hukuk Tarihi, s. 58; **DAVID**, s. 418; **BİLMEN**, C. I, s. 15; **ŞA'BÂN**, Usûl, s. 23-24. Fıkıh usûlü, şu şekilde de tanımlanmaktadır: "Şer'î hükümlerin, tafsilî delillerden çıkarılmasını mümkün kılan kuralları ve icmali delilleri öğreten ilimdir". Bkz. **ATAR**, Usûl, s. 3.

(40) Bu ilmin doğuşu ve tarihçesi hakkında kısa ve toplu bilgi için bkz. **HAMÎDULLAH** Muhammed, İslâm Hukuku Etüdleri, Fıkıh Usûlü Tarihi, İslâm Hukuk Metodolojisi yahut «İslamic Jurisprudence», İstanbul 1984, s. 49-81.

sındaki hukuki ilişkiyi belirleyen ilim dalıdır (41). Fıkıh usûlü, şer'i hükümlere ulaşmanın metotlarını ve hüküm çıkarma yollarını açıklarken, fıkıh, bu metotla belirlenen kuralları uygulayarak hükümlere ulaşır (42). Fıkıh usûlü ilminde hükümler sırasıyla, "hüküm" (43), "hükmü koyan" (44), "hükmün konusu" (45) ve "hakkında hüküm verilen" (46) olmak üzere dört başlık altında incelenir. Bunlardan "hakkında hüküm verilen" (mahkûmunaleyh veya mükellef) başlığı altında ehliyet ve ârızaları konusu ele alınmakta, kişiler hukukuna ilişkin ilke ve esaslara daha derli toplu olarak yer verilmektedir (47). Bu çalışma, "ehliyet" konusu itibariyle daha çok fıkıh usûlünün kapsamına giriyorsa da, temyiz, bulûğ ve rüşt gibi hususların açıklanması gereğinden

---

(41) Mezhepler ortaya çıktığında her mezhep, kendi hukuk kaynağı görüşünü, nasslardan hüküm çıkarma yöntemlerini (hukuk metodolojisi) ve bazı temel ve genel ilke ve kavramları, kendi usûl-i fıkhı olarak tedvin etmiştir. Usûl-i fıkh hakkında ilk derlenen ve telif edilen eser, İmam Şafiî'nin "er-Risâle"sidir. Şii İmamiye mezhebine göre (Caferiye), usûl-i fıkıh esasları da ehl-i beyt imamları tarafından takrir edilmiş, derslerine gelen Ebû Hanife, İmam Malik gibi fakihler de bunları İmam Şafiî gibi kendi öğrencilerine öğretmişlerdir. Bkz. **HÂTEMÎ**, İslâm Hukuku, s. 41.

(42) **ŞA'BAN**, s. 23; **ATAR**, Usûl, s. 2-3; **KARAMAN**, Hukuk Tarihi, s. 58.

(43) Hükm-i şer'î de denilen hüküm, kanun koyucu sıfatıyla Allah'ın, insanların işlediği fiiller için uygun gördüğü niteliktir. Başka bir deyişle, Allah'ın yapmayı, yapmamayı veya yapıp yapmamakta serbest bırakmayı uygun gördüğü davranışlara terettüp ettirdiği sonuca hüküm denir. Farz, vacip, haram, mekruh gibi kavramlar bu bölümün başlıca konularıdır. Bkz. **MOLLA HÜSREV** Muhammed b. Ferâmûz, Mir'âtü'l-Usûl Fî Şerh-i Mirkâti'l-Vusûl, C. II, İstanbul 1403, s. 168; **HUDARÎ BEY** Muhammed, Usûlü'l- Fıkıh, 5. B., Mısır 1965, s. 20.

(44) Hükmü koyan (hâkim), insanların işlediği fiillere verilecek hükümleri belirleme yetkisini yalnız başına elinde bulunduran Allah'ı (kanun koyucuyu) ifade etmektedir. Bu bölüm içinde, Allah'ın hüküm koyucu nitelikteki emirleri çeşitli yönlerden tahlil edilmekte ve başta Kur'an olmak üzere, İslâm hukukunun asli ve tali kaynakları açıklanmaktadır. Bkz. **HALLÂF**, s. 283; **HUDARÎ BEY**, s. 21; **BİLMEN**, C. I, s. 30.

(45) Hükmün konusuna mahkûmun fîh (veya bih) de denilmekte ve şer'i hükümlerin konusu olan olayları ifade etmektedir. Bu bölümde, Kamu hukuku (buna Allah hakkı denilmesi, hakkında daha itina gösterilmesi içindir) ile Özel hukuka (kul hakkına) giren konulara yer verilmektedir. Bkz. **ZEYDAN** Abdülkerim, el-Vecîz fî Usûli'l-Fıkh, İstanbul ts., s. 74-86; **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 229; **ATAR**, Usûl, s. 165-166.

(46) Hakkında hüküm verilen demek olan mahkûmunaleyh, yaşamı boyunca yaptığı her iş ve eylemden (fiil ve hareketten) sorumlu olan ve şer'i hükmün terettüp ettiği insanlardır. Allah, hükümlerini, hitaplarını insana yöneltmiştir. Allah, insanı aklı sebebiyle kendine muhatap kılmıştır. Allah tarafından verilen emirlere muhatap olmak sebebiyle şer'i (hukuki) vecibeleri yüklenmiş olan ve bunun sonucu olarak bütün fiil ve davranışları, ilahi emirlere uyup uymama yönünden kontrol edilen kimselere mahkûmunaleyh ya da mükellef (yükümlenmiş) denir. Başka bir deyişle, fiiline hitap taalluk eden mükellefe mahkûmunaleyh denir ki, o, ruh ve bedenden meydana gelen insandır. Bkz. Muhammed **EBÛ ZEHRA**, Usûlü'l-Fıkh, Kahire 1958, s. 259-260; **SAVA PAŞA**, İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd, Çev. Baha Arıkan, C. II, Ankara 1956, s. 314; **HACI ÂDİL**, Usûl-i Fıkıh Dersleri ve Merhum Büyük Haydar Efendi, İstanbul 1326, s. 497.

(47) Bkz. **GAZÂLİ** İmam, el-Mustasfa, İslâm Hukukunda Deliller ve Yorum Metodolojisi, C. I, Çev. Yunus Apaydın, Kayseri 1994, s. 118; **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 134; **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 239, 243; **HACI ÂDİL**, s. 497, 504.

dolayı fürû-i fıkıh alanını da ilgilendirmektedir.

Belirtmek gerekir ki, İslâm hukukunda, Roma hukuku kaynaklı Batı hukuklarının benimsediği kamu ve özel hukuk ayrımı yapılmamış, fakat literatürde, kamu hukuku kavramına yakın olarak Allah hakları sayılan hukuk alanından ve özel hukuk kavramına yakın olarak kul hakları sayılan hukuk alanından söz edilmiştir. Fıkıh tedvin edilirken ise bu tasnif esas alınmamış, bunun yerine Müslümanların pratik hayatlarındaki ihtiyaçtan hareket edilerek, önce ibadetler (ibâdât), ardından hak ve borç ilişkileri (muâmelât), daha sonra da ceza hukukuyla (cinâyât, ukûbât) ile ilgili bilgilere ve hükümlere yer verilmiştir (48). Bu tasnif içerisinde, günümüzde özel hukuk başlığı altında incelenen konuların, genellikle "muâmelât" başlığı altında incelendiği görülür. Muâmelât kısmının içinde de müstakil bir "kişiler hukuku" başlığı bulunmamaktadır. Görüldüğü üzere, eski hukukumuzda kişiler hukuku ile ilgili hükümler, çeşitli yerlerde ve dağınık şekilde ele alınmaktadır.

Konu hakkında, modern hukuk sistematiğine uygun ve günümüz hukukuyla mukayeseli bir çalışma da yapılmış değildir. Bu açıdan "eski hukukumuzda gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyeti" adını taşıyan çalışma, modern hukuk sistematiği göz önünde bulundurularak, günümüz hukukuyla mukayese yapılarak ve karşılaştırmalı metotla gerçekleştirilmeye çalışılacaktır. Karşılaştırmalı metot da, konuya sadece Türk Hukuk Tarihi açısından bakıldığı için, Anadolu ve Rumeli'de yerleşen Türk-İslâm topluluğu içinde adeta resmi bir mahiyet kazanmış olan "Hanefî" fikhı esas alınarak bir ölçüde sınırlandırılacak, gerektikçe diğer mezheplere de atıf yapmakla yetinilecektir.

Bu tez çalışmasında, kanun anlamında kaynak olarak yararlanılacak bir takım eserler de vardır. Eski hukukumuzda Mecelle'nin kanunlaştığı 1876 yılına kadar, fıkıh kitaplarındaki şer'î hükümler esas alınmış, bu tarihten itibaren ise, Mecelle uygulama alanı bulmuştur. Mecelle, klasik fıkıh kitaplarının tertibini benimsemiş ve kişiler hukuku ile ilgili maddeleri, Hacr ve İkrâh başlığını taşıyan dokuzuncu kitapta (m. 941-950, 966-997) toplamıştır. Çalışmada, Mecelle dışında yararlanılacak kanun anlamındaki diğer düzenleme ise, Muhammed Kadri Paşa'nın "el-

---

(48) **KARAMAN**, Fıkıh, s. 3; **ATAR**, Usûl, s. 343.

Ahkâmü'ş-Şer'iye fi'l-Ahvâli'ş-Şahsiye" (m. 482-499, 476-481) isimli kodudur ([49]). Kişiler, aile ve miras hukuku alanlara ilişkin hükümler içeren bu eserin kişiler hukukuyla ilgili kısmında (ikinci bap, birinci ve ikinci fasıllarda) "hacr", "temyiz yaşı", "bulûğ" ve "rüşt" konularına yer verilmiş; Fransız sistemindeki gibi, kişiler ve aile hukuku hükümleri bir arada ele alınmış, Fransız Medeni Kanunu (Code Civil) nun sistemi göz önünde bulundurarak maddeler halinde hazırlanmıştır ([50]). Ayrıca, 1340/1924 yılında Ukûd ve Vâcibât Komisyonunun, fikhın hükümlerini ve Avrupa kanunlarını esas alarak hazırladığı ([51]) ve bu konuda bir takım değişiklikler getirmek isteyen fakat kanunlaşmayan, kişiler hukuku ile ilgili 20 maddelik lâyihaya da yer verilecektir.

Tezimiz iki bölümden oluşacaktır.

"Hak Ehliyeti" adını taşıyacak olan birinci bölümde, öncelikle hak ehliyeti kavramı ele alınarak, tanımı yapılacak ve bunun ne zaman başladığı ve sona erdiği tespit edilecektir. Daha sonra hak ehliyetinin dayanağı ve zimmetle ilişkisi üzerinde durulacak, tam ve eksik hak ehliyeti başlıkları altında da hak ehliyetinin çeşitleri belirtilecektir. Hak ehliyeti alanında geçerli olan genellik ve eşitlik ilkeleri hakkında bilgi verilerek bölüm tamamlanlanacaktır.

İkinci bölüm ise, "fiil ehliyeti"ne ayrılmıştır. Bu bölümde öncelikle, fiil ehliyeti kavramı, tanımı, kapsamı, dayanağı, önemi ve hak ehliyetinden farklı yönleri açıklanacak; fiil ehliyetinin şartları, temyiz kudretine sahip olmak, reşit olmak ve mahcur olmamak başlıkları altında ele alınacaktır. Son olarak ise, fiil ehliyetine göre kişilerin tasnifi yapılacak ve bunların tabi oldukları hukukî durumlar belirtilecektir. Çalışma, sonuç başlığı altında genel bir değerlendirmeyi içeren bölümle sona erecektir.

([49]) 1869-1876 yılları arasında hazırlanan ve uygulamaya konan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, bir takım siyasi sebepler ve Fransa'nın tesiriyle, o zaman Osmanlı Devleti'ne bağlı bulunan Mısır'da uygulanmamıştır. Bunun yerine devrin Mısır Adliye Nâzırı M. Kadri Paşa tarafından "Medenî Kanun" olarak kabul edilmek üzere üç kitap kaleme alınmıştır ki bunlardan biri el-Ahkâmü'ş-şer'iyye'dir. Ancak bu kitap Mısır hidivi tarafından tasdik edilmemiş ve kanunlaşmamıştır. Bununla birlikte gerek Mısır'da gerekse Filistin gibi bazı Arap ülkelerinde uzun süre âdeta bir kanun gibi mahkemelerin müracaat ve bilgi kaynağı olmuştur. Hanefî mezhebinin görüşlerinden faydalanılarak hazırlanan eser, iki bölüm ve beş "kitap" halinde 647 maddeden ibarettir. Bkz. **AYDIN** Mehmet Akif, el-Ahkâmü'ş-Şer'iyye Fi'l-Ahvâli'ş-Şahsiyye, DİA, C. I, İstanbul 1988, s. 557.

([50]) **AYDIN**, el-Ahkâmü'ş-Şer'iyye, s. 557; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 9.

([51]) **CİN** Halil, Tanzimat Döneminde Osmanlı Hukuku ve Yargılama Usulleri, 150. Yılında Tanzimat, Ankara 1992, s. 20.

§ 2. TEMEL KAVRAMLAR

I. KİŞİ KAVRAMI

A. Kişi Terimi ve Tanımı

Eski Türk dillerinde, "insan" karşılığı olarak kullanılmış olan "kişi" terimi, sözlükte, insan, kimse, şahıs ve erkek anlamlarına gelir (52). Hukuk dilinde "kişi" teriminin "hak öznesi" karşılığında kullanılması, Türk dilinde özleştirme ve arılaşma akımı ile başlamış; buna eş anlamlı olarak "şahıs" sözcüğü de kullanılagelmiştir (53).

Şahıs sözcüğü, insanın uzaktan görülen karaltısı, belirginleşme, tanınır hale gelme, görünür olma, bir halden bir hale geçme, göz dikerek bakma gibi anlamlara gelir ve genellikle "hayatta olan insan" karşılığı olarak kullanılır (54). Hukuk dilinde terim olarak kullanılış biçimine daha yakın olan anlamları ise, bugün Türkçe'de de, doktorun hastalığı teşhis etmesi gibi, "teşhis etme" tarzında kullanılan, belirlemek, tanımak, tanımlamak, bir kişiliği oynamak, bir kişiyi ve bir rolü somutlaştırmak (55) ve görünür kılmak gibi anlamlarıdır (56). Tiyatro artistlerinin (oyuncuların) sahnede belirli karakterleri ortaya koymak için taktıkları "maske" anlamına gelen "persona" terimi; her role özgü bir maskenin bulunması ve maske görüldüğünde de, onun tem-

---

(52) **SÂMÎ** Şemseddin, Sadeleştirilmiş ve Genişletilmiş Kâmûs-ı Türkî, Temel Türkçe Sözlük, C. II, İstanbul 1985, s. 725; **TUĞLACI** Pars, Okyanus Ansiklopedik Sözlük, Kişi, C. V, 6. B., byy. 1982, s. 1586; **KARACAN** Büyük Sözlük ve Genel Kültür Ansiklopedisi, C. IV, İstanbul ts., s. 1237; **ARSAL**, s. 45.

(53) **YEĞİN** Abdullah, ve diğerleri, Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Büyük Lûgat, İstanbul 1985, s. 901; **TUĞLACI**, C. VIII, s. 2706; **KARACAN**, C. VI, s. 1809.

Örneğin Türk Medenî Kanunu'nun, 8., 13., 15. maddelerinde "kişi" yerine, arapça kökenli olan "şahıs" sözcüğü kullanılmış, ancak TMK. m. 11 de ise "şahıs" değil de, "kişi" sözcüğünün kullanılması tercih edilmiştir. Denilebilir ki, Türk Medeni Kanunu genellikle "şahıs" terimini kullanmakta, ancak birçok özel kanunda "kişi" denildiği için Türk hukuk diline bu terim yerleşmiş bulunmaktadır. Türkiye'de Batı kanunlarının etkisinde kalınmaya başlandıktan sonra, Latince "persona" (Fransızca "personne", Almanca "person") karşılığı olarak "şahıs" terimi hukuk diline girmiştir Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 15-17.

(54) **İBN MANZÛR** Ebû'l-Fazl Cemalüddin Muhammed b. Mükerrem, Lisanü'l-Arab, C. VII, Mısır 1301, s. 311-312; **MUSTAFA** İbrahim, ve diğerleri, el-Mu'cemü'l-Vasît, C. I, Kahire 1972, s. 475; **ATAAY** Aytekin, Şahıslar Hukuku, Birinci Yarım Giriş- Hakikî Şahıslar, 2. B., İstanbul 1969, s. 16; **SÂMÎ**, C. III, s. 1247.

(55) Arapça'da, bir oyundaki rolü oynayana "müşahhis" denir. Birey, başka bireylerden ayrılıp belirgin hale geldiğinden "birey" anlamında "şahs" kullanılmış olabilir. Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 16.

(56) **SÂMÎ**, C. III, s. 1247; **İBN MANZÛR**, C. VII, s. 312.

sil ettiği kişiliğin belli olması dolayısıyla "rol", "kişilik" kavramını karşılamış, sonra da, "kişi" anlamında halk diline geçmiştir (57). Bu durum gösteriyor ki, kişi terimi Batı hukukunda insanın fizik varlığından öte, sosyal hayattaki rolünü ve yerini belirtmekte ve onun hak sahipliği sıfatını ifade etmektedir. Bizde de kişi sözcüğü, insanın vücut varlığıyla birlikte, manevi varlığını da ifade eder (58).

Hukukçu olmayanların dilinde "insan" anlamına gelen kişi terimi, hukukî bir kavram olarak, "hak ehliyetine sahip varlığı" ifade eder. Başka bir deyişle, hak ehliyetine sahip olan varlık, hukuk dilinde "person, şahıs, kişi" demektir (59). Burada kişi maddi değil, hukukî bir kavram olarak ele alınmaktadır. Zira medeni hukuka göre, kişiler sadece insan olanlardan ibaret olmayıp, hukuk kurallarının gösterdiği şekle uygun olarak meydana gelen insan toplulukları veya mal toplulukları da kişi sayılabilirler. Bu, onların, kendilerini meydana getiren insanlardan veya mallardan ayrı olarak hak iktisap edebileceği ve borç altına girebileceği anlamına gelir (60).

Şu halde kişi, hakkın sahibidir ve yalnız kişiler hak sahibi olabilirler (61). Haklar kişiler için söz konusu olduğuna göre, sahibi olmayan bir hakkın bulunabilmesi mümkün değildir. Daha farklı bir ifadeyle, özel hukukta, sahipsiz şey olabilir, fakat sahipsiz hak olamaz (62). Hukukçuların, ceninin anne karnında kalabileceği asgari ve azami süreleri belirlemiş olmaları, ceninin lehine sabit olan hakların bilinmesini de sağlamıştır. Bu durum, eski hukukumuzun, hakkı kişiye vermiş olduğunun ve henüz kişilik kazanmamış bir varlığa hak tanınmadığının da göstergesidir. Böylece eski hukukumuz, "hak kişi içindir" prensibine uygun hareket etmiştir denilebilir. Haklar kişiler için söz konusu olduğundan 'kişi (şahıs)' ve 'kişilik (şahsiyet)' kavramlarının doğru tespit edilmesi gerekir. Aksi halde, hakları, kişi olmayan varlıklara ait kılmak gibi bir duruma düşülebilir (63). Bugünkü hukukumuza göre herkes haklardan faydalanabildiği için, her insan

---

(57) **ATAAY**, s. 16; **OĞUZOĞLU**, s. 215; **İMRE**, Şahıslar Hukuku, s. 347.

(58) **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 57.

(59) **GÖKMENOĞLU** Hüseyin Tekin, İslâm'da Şahsiyet Hakları, Ankara 1996, s. 29; **ÖZSUNAY** Ergun, Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, 5. B., İstanbul 1982, s. 9; **TEKİNAY**, Kişiler, s. 178; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 13.

(60) **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 11; **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 49.

(61) **ZEVKLİLER** Aydın, Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku Aile Hukuku, Diyarbakır 1986, s. 162; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 171.

(62) **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 171; **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 49.

(63) **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 134, 145.

bir kişidir (64).

Eski hukuklarda, kişi sayılabilmek için, "hür olma"nın yanında, "medeni ölüm müessesesi"ne de maruz kalmamak gerekirdi. Bu, fiilen yaşayan bir insanın, bazı sebepler dolayısıyla, hukuken ölmüş sayılması durumuydu. Örneğin, eski Fransız hukukuna göre, ruhban sınıfına intisap etmek ile müebbet kürek veya sürgüne mahkum olmak medeni ölüm sonucunu doğurur, kişi hukuken ölmüş kabul edilirdi (65). Bizim önceki hukukumuzda ise böyle bir müessese söz konusu olmamıştır (66).

Hangi varlıkların kişi sayılması gerektiği, kanun koyucunun izlediği hukuk politikasına göre belirlenir. Eski devirlerde insanların, örneğin Roma hukukunda kölelerin, insan olmalarına karşın, kişi sayılmadığı, dolayısıyla hak ve borç edinemediği ancak hakların konusunu oluşturduğu görülür (67). Bu noktada, kanun koyucunun istediği varlığı kişi olarak kabul etmekte serbest olup olmadığı sorusu akla gelir. Bunun cevabı, kavramın bünyesinin saptanmasından sonra verilebilir. Kişi kavramının, biri şekli diğeri maddi olmak üzere iki karakteri vardır. Şekli yönden kişi, hukuk mantığının ürünü olan yapay bir varlıktır. Hak ve borç kavramının ortaya çıkmasıyla birlikte hukuk düzeni, bunlara kimlerin sahip olabileceğini de belirlemek zorunda kalmış ve böylece kişi kavramı ortaya çıkmıştır. Kişi ya da hak ehliyeti sahipliği kavramı, bu niteliğiyle ele alındığı zaman, kişi sayılmanın doğaya bağlı olmadığı, herhangi bir eşya ya da hayvana salt şekli kavram olma yönünden kişilik tanınabileceği söylenebilirse de bu teorik düzeyde kalır (68). Maddi yönden kişi kavramı ise, şekli anlamdaki kişi kavramının içeriğinin doldurulmasını ifade eder. Bu anlamda, hukuk düzeni bir varlığı hak süjesi yapabileceği gibi hak objesi de yapabilir. Kanun koyucu, kendi politikasına göre, hangi varlığa üstünlük tanımak istiyorsa, onu kişi sayar, bu seçimi yaparken de, sosyal gerçekleri ve gereksinmeleri göz önünde bulundurur. Hukukun, insanlar arasındaki ilişkileri düzenlediğini göz önüne alındığında, ancak bu düzenin

---

(64) Yakın tarihte bile, bazı hukuk düzenlerinde, insan olduğu halde, kişi sayılmayan varlıkların bulunduğuna tanık olunmuştur. Örneğin Almanya'da Nasyonel Sosyalizmin egemen olduğu dönemde, belirli ırk ve soydan gelenlere kişilik tanınmadığı ya da sınırlı kişilik tanındığı gözlemlenmiştir. Bkz. **ZEVKLİLER** Aydın, Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler, Ankara 1981, s. 4; **ÖZSUNAY**, Kişiler, s. 99, dn. 6a.

(65) **SAYMEN**, C. II, s. 37; **BİRSEN**, s. 142; **AKİPEK**, s. 10; **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 58.

(66) **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 173.

(67) **DURAL** Mustafa, Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul 1977, s. 4; **KARADENİZ** Özcan, Roma Hukuku, Ankara 1974, s. 129; **ZEVKLİLER**, Medeni, s. 163.

(68) **ZEVKLİLER**, Kişiler, s. 5; **DURAL**, s. 4.

bozulmamasına yarayacak varlıklar olan insanlara kişilik tanınmalıdır (69).

Gerçek kişi, haklara ve borçlara sahip olan bir insan varlığını ifade eder. Bugün, kölelik ve medeni ölüm gibi müesseseler bulunmadığı için, kişi olma bakımından, insanlar arasında hiç bir fark yoktur (70).

Son dönemde kaleme alınan eserler dışında kullanılmamış olan "şahıs" (kişi) sözcüğünü, "hukuk sistemlerinin, kendisine haklar tanıdığı ve onu yükümlülüklerinden sorumlu tutmak suretiyle hitap ettiği hukuk öznesi (süjesi)dir" şeklinde tanımlamak mümkündür (71).

B. Kişi Karşılığı Kullanılan Terimler

İslâm hukuku eserlerinde, bir hukuk terimi olarak kişi sözcüğüne, Kadri Paşa'nın "el-Ahkâmü'ş-Şer'iyye fi'l-Ahvâli'ş-Şahsiyye" isimli eseri dışarıda bırakılırsa, pek rastlanmaz. Usûl-i fıkıh alanında kaleme alınan kitaplarda, kişi karşılığı olarak "mahkûmunaleyh" (72) veya "mükellef" (73) kavramı kullanılmıştır (74). Mükellef sözcüğü, diğerine göre daha geniş bir anlam taşıdığından, hem fıkıh usulünde hem de fıkıh, akaid, kelam gibi diğer dallarda tercih edilmiştir. Mahkûmunaleyh kavramı ise, sadece fıkıh usûlündeki klasik tasnif söz konusu olduğu zaman kullanılmış ve hukuk sistemine muhatap olan hukuk süjesini ifade ettiği için kişi kavramına daha yakın bir anlam taşımıştır.

Sözlükte, yükümlü kimse anlamına gelen mükellef, hukukî bir terim olarak, kendisine ka-

---

(69) **DURAL**, s. 4-5.

(70) **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 11; **SAYMEN**, C. II, s. 16-17.

(71) **GÖKMENOĞLU**, s. 29, 34.

(72) Bugünkü hukukumuzda ise, "mahkûmunaleyh" ifadesi, bir davada aleyhine hükmolunan, diğer bir ifade ile, davayı kaybeden kimse hakkında kullanılır. Bkz. **PAKALIN** Mehmet Zeki, Osmanlı Tarih Deyimleri ve terimleri Sözlüğü, C. II, İstanbul 1983, s. 383; **TÜRK HUKUK LÛGATI**, 3. B., Ankara 1991, s. 215; **YILMAZ** Ejder, Hukuk Sözlüğü, 3. B., Ankara 1985, s. 444.

(73) Türk Medeni Kanunu'nda (örneğin m.24, 37, 101, 150. maddeler) "yükümlü" anlamında kullanılan "mükellef" sözcüğü bugünkü hukukumuzda, genellikle vergi hukuku dalında; kanunla, kazancı, malı ve mülkü vergilendirilecek şahısları, dolayısıyla, o vergi kanununun muhataplarını ifade etmek için kullanılır. Bkz. **TAYLAN** Erbay, Yasa Sözlüğü, 1. B., İstanbul 1982, s. 122; **SÂMÎ**, C. III, s. 931; **KARACAN**, C. V, s. 1517.

(74) **REŞİD PAŞA** Hacı, Ruhu'l-Mecelle, C. I, İstanbul 1326, s. 55-56; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 11.

Bugünkü hukukumuzda da, örneğin, 1982 T.C. Anayasası'nın 12. maddesinde, 'gerçek kişi' anlamında "herkes" sözcüğü kullanılmıştır. "Herkes kişiliğine bağlı dokunulamaz, devredilemez, vazgeçilemez temel hak ve hürriyetlere sahiptir...".

nun koyucu tarafından bir şey yapmak veya yapmamak külfeti yüklenen, akıllı ve bulûğa eren kimsedir (75). Bu anlamda mükellef, hukukun emir ve yasakları kendisine uygulanan, bunları yerine getirmemesi durumunda sorumlu tutulan insana karşılık gelir ve mahkûmunaleyh kavramının da somut yönünü yansıtır (76). Mükellef olabilmek için, öncelikle yaşayan bir insan olmak gerekir. Kanun koyucunun hükümleri sadece hayat sahibi olan insanlara yönelik olduğuna göre ölü ve cansız varlıklar mükellef olarak nitelenemez (77). Sadece canlı bir insan olmak da mükellef sayılmak için yeterli değildir. Bunun için insanın ayrıca, şer'i hükümlere muhatap olmaya ehil (ehliyetli) olması yani ehliyet vasfını ortadan kaldıran engellerden uzak bulunması gerekir (78). Şu halde, davranışlarından aklı başında olduğu anlaşılan bir kimse, bâliğ olunca, mükellef olma çağına da girmiş olur. Aklî melekede herhangi bir eksiklik veya bozukluk varsa, yani insan akıl hastası yahut gayrimümeyyiz küçük ise mükellef sayılmaz. Görüldüğü üzere, mükellef, daha çok, dini fiil ehliyeti olarak da belirtilebilecek, şer'i hükümlerden sorumlu olabilmenin gereği olan akıllı olarak bulûğa ermeyi aradığı için kişi kavramından ziyade, fiil ehliyeti ile ilgilidir.

Klasik tarzda yazılmış fıkıh kitaplarında kişi terimine yer verilmemiş, bunun yerine, genellikle, "racül", "mer", "abd" gibi sözcükler kullanılmış, bunların çoğulları olarak da, "rical" ve "nisa" kelimelerine yer verilmiştir. Abd sözcüğü dar anlamda, hukukun süjesi olmayan köleleri ifade ederken; geniş anlamda, Allah'ın kulları olarak bütün insanları içine almaktadır. Yine kaynaklarda, "insan" sözcüğünün de kullanıldığı görülmektedir. Evrensel bir din olan İslâm, ayırım gözetmeksizin bütün insanlara gönderildiğine göre, muhatap olarak sadece insanı kabul etmektedir. İnsanlar, hürler ve köleler şeklinde bir ayırıma tabi tutulurlarsa, bu noktada insan sözcüğü, sadece kişi sözcüğünü değil, aynı zamanda kişi olarak kabul edilmeyen köleleri de

---

(75) **DÖNDÜREN** Hamdi, Mükellef, C. IV, ŞİA, İstanbul 1991, s. 338; **YILMAZ**, s. 510; **TUĞLACI**, C. VI, s. 2049; **BİLMEN**, C. I, s. 31; **TÜRK HUKUK LÛGATI**, s. 254; **SÂMÎ**, C. III, s. 931.

(76) **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 259; **HUDARÎ BEY**, s. 95; **HALLÂF**, s. 319; **ZEYDAN**, Usûl, s. 87.

(77) eş-**ŞÂTIBÎ** Ebû İshak, El-Muvâfakât, İslâmî İlimler Metodolojisi, Türkçesi: Mehmet Erdoğan, C. I, İstanbul 1990, s. 284; **SAVA PAŞA**, İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd, Çev. Baha Arıkan, C. I, Ankara 1955, s. 161.

(78) İslâm hukukuna göre mükellefiyet, ehliyetin varlığına, ehliyet de akıl bil-melekenin bulunmasına bağlıdır. Ehliyet, salahiyet anlamına geldiğine göre, mükellef olan bir insanda, kendisine yüklenen şeyleri yapmak salahiyeti (elverişliliği, yeterliliği) vardır. Bu salahiyet, ancak akıl ile elde edilebilir. Fakat akıl insandan insana farklı olabileceği için bulûğ (ergenlik çağı) da onun göstergesi olarak alınır. Bkz. **KARAMAN** Hayreddin, Fıkıh Usûlü, 2. B., İstanbul 1967, s. 176-177; **REŞİD PAŞA**, C. I, 55-59; **GAZÂLİ**, s. 118; **ARSEBÜK**, s. 263, dn. 39.

kapsar. Bu sebeple "insan" sözcüğü kişiden daha geniş bir anlam ifade eder.

C. Kişi Kategorileri

Kişilerin, "gerçek (hakikî) kişiler" ve "tüzel (hükmî) kişiler" şeklinde iki çeşidi vardır. Gerçek kişiler insanlardır. Tüzel kişiler ise, bir kısım kişi toplulukları ile mal topluluklarıdır (79).

Bu çalışmanın esas konusunu gerçek kişilerin teşkil etmesi sebebiyle, tüzel kişiler hakkında açıklama yapılmayacaktır.

II. KİŞİLİK KAVRAMI

Sözlükte, bir kimseye özgü davranış anlamına gelen "kişilik" (şahsiyet), insanları birbirinden ayırmaya yarayan sıfattır (80). Dar anlamda kişi kavramı, hukuk düzeni tarafından haklara ve borçlara ehil sayılan varlıkları ifade ederken; geniş anlamda kişi olarak da belirtilen kişilik, hak ve borçlara sahip olabilme yanında, hak ve borçlara sahip olabilmek için hukukî işlemler yapabilme ehliyeti, kişilik alanına giren ve hukukça korunan (onur, saygınlık, özgürlük gibi) tüm değerlerle, kişisel durumları içeren bir değerler toplamıdır (81). Bu çerçevede kişiliğin, biri "şahısvarlığı", diğeri "malvarlığı" (mamelek) şeklinde iki ayrı yönünün bulunduğu söylenebilir. Şahısvarlığı, hayat, sağlık, beden bütünlüğü, hürriyet gibi parayla ölçülemeyen değerlerden meydana gelir. Söz konusu değerler, kural olarak el değiştiremezler ve miras yoluyla da intikal etmezler. Malvarlığı ise, parayla ölçülebilen haklar ve borçlar toplamıdır (82). Bunun içindeki değerler kural olarak el değiştirebilir ve hak sahibi ölünce mirasçılara geçer. Buna karşılık bir kişinin malvarlığını tümüyle devretmesi mümkün değildir. Zira malvarlığına sahip olmak kişili-

---

(79) **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 11.

(80) **TOPALOĞLU** Bekir / **KARAMAN** Hayreddin, Arapça-Türkçe Yeni Kamus, 8. B., İstanbul 1979, s. 204; **SÂMÎ**, C. II, s. 725; **MUSTAFA** ve diğerleri, C. I, s. 475.

(81) **AYAN** Mehmet, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar ve Temel Kavramlar, Kişiler Hukuku, Konya 1997, s. 189; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 177; **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 59; **ÖZSUNAY**, Kişiler, s. 9.

(82) Her insan için düşünülebilen mamelek, şey (mal), borç ve hak olmak üzere üç unsurdan oluşur. Kişinin fiilen mameleki bulunmasa bile hükmen bulunduğu kabul edilir. Bazen mamelek, cenin için bile sözkonusudur. Eski hukukumuzda bu mamelek zimmet tabiriyle ifade edilmiştir. Ancak zimmet ifadesi bunu ifadede eksik kalır. Bkz. **MARDİN**î Zade Ebül'ula, Hukuku Medeniye Dersleri, 1. B., C. I, İstanbul 1928, s. 30-31.

ğin ayrılmaz bir unsurudur. Sadece şahısvarlığından oluşan bir kişilik düşünülemez (83).

Şu halde, kişi, elle tutulup gözle görülebilen belli nitelikteki varlıkları ve çoğunlukla insanları ifade ettiği halde, kişilik, insanlar için, bunların kişi kabul edilmesini sağlayan soyut bir kavramı anlatır (84). Hak ve fiil ehliyetleri de, kişiye ait ve doğrudan doğruya hukukî nitelikteki özelliklerden olduğu için, kişinin bu niteliklere sahip olmak hususundaki menfaatleri, kişilik haklarının en önemli konuları arasında yer alır (85).

Bugünkü hukukumuzdaki "kişilik" terimi karşılığı, eski hukukumuzda "zimmet" kavramı vardır. Kanuni hak ve vecibelere ehil olmak, hukukî hayatta rol almak kabiliyeti anlamına gelen kişilik, eski hukukumuzda kullanılan "zimmet" ifadesini karşılar (86).

Bu çalışmada, hak ve borçlara ehil olan varlıkları belirtmek üzere kişi; kişinin yetenekleri, kişilik alanına giren değerleri ve kişisel durumlarından oluşan bütünü belirtmek üzere de kişilik (zimmet) kavramları kullanılacaktır.

III. ZİMMET KAVRAMI

A. Tanımı

Eski hukukumuzda, kişilik kavramı yerine "zimmet" kavramı üzerinde durulduğu görülmekte (87) ve bu kavram, fıkıh usulü kitaplarında "mahkûmunaleyh" bahsinde "ehliyet" münasebetiyle incelenmektedir.

---

(83) Her şahsın bir mameleki bulunduğu iddiası, şahıs ve mamelek kavramlarının birbiriyle karıştırılmasından ileri gelen bir görüşün sonucudur. Halbuki bu iki kavram farklıdır. Çünkü şahsiyet, bir mala sahip olabilmek, iltizam ve iktisapta bulunmak kabiliyeti olup iktisap edilmiş maldan büsbütün ayrıdır. Bu anlamı karşılamak üzere, eski hukukumuzda, «zimmet» kelimesi vardır. Usûl-i fıkıhta zimmet, kendisiyle insanın hem menfaate hem de mazarrata ehil olduğu vasıftır. Mesela, bir kimse bir malı satın aldığında o mala malikiyet menfaatine ehil olduğu gibi parayı bayiine vermek mecburiyetinde bulunmasıyla da mazarratına ehil olur. Bkz. **ALİ HAYDAR**, C. I, s. 48; **ARSEBÜK**, s. 153; **AYAN**, s. 189-190.

(84) **GÖKMENOĞLU**, s. 46; **TEKİNAY**, Kişiler, s. 220.

(85) **TEKİNAY**, Kişiler, s. 222.

(86) **ARSEBÜK**, s. 171-172.

(87) **AKGÜNDÜZ** Ahmet, İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, Ankara 1988, s. 8. Akgündüz'ün, "eski hukukumuzda, ehliyet kavramından ziyade 'zimmet' tabiri üzerinde durulmaktadır" görüşü, kişiliğin ehliyetle aynı anlamda değerlendirildiği sonucuna götürür. Eski hukukumuzda, ehliyet ve zimmet kavramları kullanılmakta fakat kişilik kavramı yerine genellikle zimmet sözcüğünün kullanılması tercih edilmektedir.

Arapça bir sözcük olan 'zimmet', söz, himaye, güven, kefalet, sahiplenme, üzerine alma ve borç gibi anlamlara gelmekte, ahd, eman ve tazminata elverişli olan yer anlamında da kullanılmaktadır (88).

Borç kavramını da kapsayacak tarzda zimmet sözcüğü, genellikle, bir kişi veya ticaret kuruluşunun borçlarının tümüne verilen ad olan "zimmet borcu" şeklinde kullanılır. Muhasebe defterinde borç, masraf ve zararların yazıldığı tarafa da "zimmet" adı verilmesi bu sebepledir (89). Burada zimmet, o kişi için bir anlamda hak ehliyeti karşılığı olarak da kullanılmakta, yani o kimsenin leh ve aleyhine haklara elverişli olduğu kastedilmektedir (90). Borçlar arasında bir ayırım yapmaksızın genel bir tazmin yükümlülüğünü ifade eden zimmet, mal ve borçla ilgilidir (91). Hukukî anlamında ise borç, zimmette olan şeydir (92).

Zimmet sözcüğünün kişiler hukuku terimi olarak kullanılması durumunda -aykırı görüşler bir tarafa bırakılırsa (93)- kişi, kişilik ve ehliyet gibi anlamlar taşıdığı ileri sürülmüştür.

Fıkıh ve fıkıh usulcülerinin kullanımında zimmet terimi farklı anlamlar taşır. Fıkıhta zimmet kavramı ile mükellef olan nefs ve rakabe kastedilir (94). Buna göre zimmet, farazi ve takdi-

---

(88) es- **SERAHSÎ** Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, Usûlü's-Serahsî, C. II, 1. B., Tahkik eden Ebü'l-Vefâ el-Efgânî, Beyrut 1993, s. 333; ez-**ZERKA** Mustafa Ahmed, Çağdaş Yaklaşımla İslâm Hukuku, C. III, Terc. Servet Armağan, İstanbul 1993, s. 899; **DÖNDÜREN** Hamdi, Zimmet, C. VI, ŞİA, İstanbul 1994, s. 470; el-**CUBÛRÎ** Hüseyin Halef, Avârızu'l-Ehliyyeti İnde'l-Usûliyyîn, 1. B., Mekke 1988, s. 94; **ZEYDAN** Abdülkerim, el-Medhalü li-dirâseti'ş-Şerîati'l-İslâmiyye, 11. B., Amman 1990, s. 262; **SÂMÎ,** C. III, s. 1527; **TOPALOĞLU/KARAMAN**, s. 118; **BİLMEN**, C. III, s. 422.

(89) **DÖNDÜREN**, Zimmet, s. 470.

(90) **ZERKA**, C. III, s. 899, dn.7. Atıf yapılan bu dipnotta, vücûb ehliyetinin hakları kullanma ehliyeti olarak açıklanması, yazım, basım veya çeviri hatası değilse, büyük bir yanlışlık olarak değerlendirilmelidir.

(91) **DÖNDÜREN**, Zimmet, s. 470-471.

(92) Eski hukukumuzda, borcun (deyn) «zimmette sabit olan şey» şeklinde tanımlanması da, onun zimmete terettüp ettiği için ödendiğinde zimmetten silinmemesi ancak artık talep edilememesi düşüncesinden kaynaklanmıştır. Bkz. **MARDİN**, C. I, s. 31.

'Tasavvurdaki borç' yaratılıştaki anlaşma (metafizik anlaşma) ile yani insan varlığındaki tevhit ve marifet kabiliyeti ile; 'fiili borç' ise, buna dayalı olarak fiilen yapılan taahhüt ile kesinlik kazanır. Bkz. **YAZIR** M. Hamdi, Hak Dini Kur'an Dili, C. IV, Sad. İsmail Karaçam ve diğerleri, İstanbul ts., s. 280.

(93) Malikî hukukçu Karâfî, ehliyet ve zimmetin vaz'î hüküm grubunda yer alan şer'î takdirler olduğunu ifade etmekle birlikte zimmete daha dar ve özel bir anlam yükler. Ona göre zimmet, "kanun koyucunun, bulûğ ve rüşt gibi bazı özel şeylere sebep haline getirdiği anlamdır". Bu, mesela, sefih olarak bâliğ olanla, hacir altına alınan kişinin zimmetinin bulunmaması, sonucunu doğurur ki bu anlamda zimmet fiil ehliyeti anlamındadır. Bkz. el-**KARÂFÎ** Şehâbeddin, el-Furûk, C. III, Kahire 1347, s. 231.

(94) el-**BUHÂRÎ** Abdülaziz, Keşfü'l-Esrâr Alâ Usûli'l-İmâmi'l-Pezdevi, C. IV, İstanbul 1308 (TDV. İslâm Ansiklopedisi Kütüphanesi, Kayıt No: 1444-2), s. 238; **BİLMEN**, C. III, s. 422.

ri bir nitelik değil, bilakis insanın maddi varlığına verilen addır. Bu yaklaşımla, hukukî hükümlerin farazi nitelikler üzerinde değil de maddi gerçekliği olan bir şey üzerinde bulunması amaçlanmıştır. Mecelle'nin 8 ve 612 nci maddelerinde "nefs ve zât" karşılığı olarak zimmet kavramına yer verilmesi de bu düşüncenin sonucudur. Bilindiği gibi 8 inci maddede "Berâet-i zimmet asıldır" denilerek "zât-ı insanın (kişinin) beraetinin asıl" olduğu belirtilmiş (95); fıkıh kitaplarında sıkça geçen, "zimmette deyn sabit oldu" ifadesiyle de nefs-i insan üzerine (kişi üzerine) borcun sabit olduğu ifade edilmiştir (96).

Fıkıh usulünde de zimmet değişik şekillerde tanımlanmıştır. Bir görüşe göre zimmet, insanın lehine olan haklara ve aleyhine olan borçlara elverişli ve muktedir olmasıdır (97). Hak ehliyeti tanımının benzeri olan bu tanımda zimmetin hak ehliyeti karşılığında kullanıldığı görülmektedir. Buna benzer bir tanımda da zimmet, hak edinme ve borç yüklenme olarak gösterilmekte ve vücûb ve eda ehliyeti olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu anlayışta vücûb ehliyeti zimmete taalluk etme, eda ehliyeti de zimmetin boşalması (tefriği zimmet) olarak belirtilmektedir. Ancak kanaatimizce bu anlayış yüzeysel düşüncenin ürünü olup uygun bir anlayış değildir (98).

Diğer görüşe göre ise zimmet, "leh ve aleyh de haklara ehil olabilmeyi sağlayan insanlara özgü manevi (takdiri) bir vasıf"tır. Bu, hukuk düzeni tarafından haklara ve borçlara ehil sayılma ehliyet ve kabiliyeti olarak da ifade edilmektedir (99). Zimmeti, çağdaş pozitif hukuktaki "hukukî kişilik"in karşılığı olarak görüp "insanı leh ve aleyhindeki haklara ehil kılan şer'î (hukukî) vasıf" olarak tanımlayanların yanında (100), "insanda varolduğu kabul edilen, ilzam ve iltizamı (hak kazanma ve borçlanma) kabul eden şer'î bir emir" (101) olarak kabul edenler de vardır. Bu tanımlar, "zimmet şu vasıftır ki, onunla insan hem menfaat hem de mazarrata ehil olur" şeklinde

---

(95) **ÂTIF BEY**, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'den Kavâidi Külliyye Şerhi, 2. B., İstanbul 1327, s. 15.

(96) **REŞİD PAŞA**, C. I, s. 78-79; **ALİ HAYDAR**, C. I, s. 48; C. II, s. 4; **BİLMEN**, C. III, s. 422.

(97) **BERKİ** Ali Himmet, Hukuk Mantığı ve Tefsir, Ankara 1948, s. 121; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 69.

(98) Ehliyetle zimmeti aynı sayan bu görüş, Keskioğlu tarafından ileri sürülmekte ve ehliyet ile çeşitleri karıştırılmaktadır. Bu görüş için bkz. **KESKİOĞLU** Osman, Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku, Ankara 1988, s. 173.

(99) **SEYDÎŞEHRÎ** Mahmûd Es'ad b. Emîn, Telhîsu Usûl-ü Fıkh, İzmir 1313, s. 469; **ZERKA**, C. II, s. 741; **SERAHSÎ**, Usûl, s. 333; **HALLÂF**, s. 320; **BUHÂRÎ**, s. 238; **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 261.

(100) **BARDAKOĞLU** Ali, Ehliyet, DİA, C. X, İstanbul 1994, s. 534; **ŞA'BÂN**, Usûl, s. 250; **CUBÛRÎ**, s. 95; **ZEYDAN**, Medhal, s. 262.

(101) **SERAHSÎ**, Usûl, s. 333; **ZERKA**, C. III, s. 900; **HUDARÎ BEY**, s. 99.

de birleştirilmiştir (102). Bir kimse bir mal satın aldığında, o malın maliki olma hakkına (menfaatine) sahip olduğu gibi, semeni satıcıya ödeme borcu altına (mazarratına) da girer. Bu, menfaat (hak) ve mazarrat (borç) edinme vasfına zimmet denir. Bu görüş de, zimmeti hak ehliyeti ile eşdeğer tutmakta, zimmetin hak ehliyeti anlamına geldiğini ileri sürmektedir. Bunlara göre, insanlar, emanete yani hak ve borçlara konu oldukları için (103) zimmet denilen bir hukukî ehliyete sahiptir. Aleyhe olan hakların karşılığı olarak, lehe olan hür olma, malik olma ve suçsuz olma (ismet) haklarına da sahip olurlar (104).

Bunların dışında zimmet, "kişide, onun aleyhine tahakkuk eden hakların meşgul ettiği farazi bir yer (mahal)" olarak da tanımlanmıştır. Bu anlamda zimmet, borçlanabilmek ve yükümlülük kabul etmek için kişide var olduğu kabul edilen itibari bir yetenek, şer'î bir niteliktir. Her insanda yaratılış gereği var olan ve kişiden ayrılmayan bu vasıf sayesinde kişinin, başkasına karşı borçlu kılınabilmesi sağlanmaktadır (105).

Görüldüğü üzere, tanımlar, zimmetin genel olarak, ehliyet, hak ehliyeti, kişi ve kişilik ile ilgisini belirtmektedir.

İslâm hukuku'nun ilk kaynağı olan Kur'ân'da zimmet sözcüğü iki yerde (106) geçmekte ve antlaşma, mukavele anlamına gelmekte (107); ikinci kaynak olan Sünnet'te ise, garanti ve anlaşma (108) anlamlarında kullanılmaktadır. Söz konusu kullanımlarda zimmet sözcüğü, ko-

---

(102) **ALİ HAYDAR**, C. I, s. 48; **ÂTIF BEY**, Kavâidi Külliye, s. 15.

(103) Kişilerin borçları (yükümlülükleri), ister Allah hakkı isterse kul hakkı olsun, hukuken belirlenmiş olan ve olmayan haklar olarak ikiye ayrılır. Hukuken belirlenmiş haklar, yerine getirilinceye kadar kişinin zimmetindedir ve onun üzerinde bir borç olarak kalır: Satın alınan malların bedelleri, itlaf edilen malların tazmin bedelleri, zekat miktarları gibi. Bunlar yerine getirilmezse, kişi borçlu kalacaktır. Hukuken belirli olmayan borçların ise, yükümlü tarafından işlenilmesi istenmekte ancak bunlar zimmete terettüp etmemektedir. Bkz. **ŞÂTIBÎ**, C. I, s. 145-146.

(104) **DEMİR** Fahri, İslâm Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı, Ankara 1988, s. 161; **BİLMEN**, C. III, s. 422.

(105) **ZERKA**, C. III, s. 906; **BUHÂRÎ**, s. 239; **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 262; **KARAMAN**, Fıkıh Usûlü, s. 177.

(106) Tevbe/8'de, "Nasıl olabilir ki! Onlar size galip gelselerdi, sizin hakkınızda ne bir ahit, ne de antlaşma gözetirlerdi." Bkz. **ÖZEK** Ali ve diğerleri, Kur'ân-ı Kerim ve Açıklamalı Meâli, Ankara 1993, s. 187.

Tevbe/10'da da, "Bir mü'min hakkında ne ahit tanırlar ne de antlaşma.". Bkz. **ÖZEK** ve diğerleri, s. 187.

(107) **ÇANGA** Mahmud, Kur'an Kelimelerinin Anahtarı, İstanbul 1986, s. 196; **DEMİR**, s. 160.

(108) "Müslümanların zimmeti tektir. Kim ki herhangi bir Müslümana karşı bunu bozarsa, onun üzerine Allah'ın, meleklerin ve bütün insanların laneti olsun." hadisi ile "...Ben bir kafirin zimmetine teslim

runması gereken ve yitirilmesi de kınanmayı (zemmi) gerektiren herhangi bir anlaşma demektir. Bu anlaşmaya uyulmaması veya bozulması kınanmayı gerektirir (109). İslâm ülkesinde yaşamalarına izin verilen gayrimüslimlere zimmî denilmesi de bu anlam itibariyledir (110).

Yapılan açıklamalardan sonra zimmet, biri dar diğeri geniş anlamda olmak üzere iki şekilde tanımlanabilir. Dar anlamda zimmet, kişi karşılığı olarak kullanılır. Kişi, hukuk düzeni tarafından haklara ve borçlara ehil sayılan varlıkları ifade eder. Geniş anlamda zimmet ise, kişilik kavramını karşılar. Bu, hak ve borçlara sahip olabilme yanında, bunlara sahip olabilmek için hukukî işlemler yapabilme ehliyeti ile kişilik alanına giren ve hukukça korunan tüm değerler ve kişisel durumların toplamıdır.

B. Niteliği ve Özellikleri

Bilindiği gibi hak ehliyeti, hukukçuların büyük bir kısmı tarafından, insanda var olduğu kabul edilen "zimmet" niteliğine dayandırılmıştır. Buna göre her insan zimmetle muttasıftır; herkesin kendine özgü bir zimmeti vardır ve bu, kişilerden herhangi bir sebeple ayrılmaz, parçalanmaz, ortaklık kabul etmez, hiç bir şekilde ve hatta kanunlarla dahi kaldırılamaz (111).

Zimmet sayesinde insan haklara ve borçlara ehil olduğundan, bunun sebebi insan olmak

---

olmam..." hadisinde zimmet, taahhüt ve anlaşma karşılığı olarak kullanılmıştır. Hadis metni için bkz. **CANAN** İbrahim, Kütüb-i Sitte Muhtasarı Tercüme ve Şerhi, C. XII, Ankara 1988, s. 134-140.

(109) Bu yaklaşımın sonucu olarak zimmeti, bir kişinin lehinde ve aleyhinde icaba ve isticaba ehil olması vasfı olarak belirtenler de vardır. Bu ise, hak ve borçlara ehil olan hukukî kişilik anlamına gelir. Şu halde zimmet, insanın hukuken şahıs yani hak ve vazifeye ehil olmasını sağlayan vasıftır Bkz. **ÂTIF BEY**, Kavâidi Külliye, s. 15; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 69.

(110) Zimmî, İslâm egemenliği altına girerek cizye verme karşılığında bu topraklarda sürekli olarak yaşama hakkı elde eden ehl-i kitaplara verilen isimdir. Bunlar, İslâm tabiiyetine girmekle Müslümanların ahd ve emanına girer ve Müslümanların leh ve aleyhine olarak tatbik edilen bir kısım dünyevi hükümlerin kendileri için de uygulanması hakkını kazanırlar. Şu halde zimmîler, hem hürriyet hem de ehliyet hakkına sahip olup muamelat hususunda Müslümanlar gibidir. Başka bir ifadeyle, İslâm devletleri tarafından mezhep ve sınıf farkı gözetilmeksizin bütün insanlar, zimmet sahibi yani kişi kabul edilmiş ve Müslümanların haiz olduğu dünyevi hak ve vazifeler, zimmîlerden farklı olmamıştır. Yaşama hakkı (hayatının masuniyeti, dokunulmazlığı), hürriyet, mülk edinme hakkı, insanın zimmete sahip yani kişi olması sebebiyle haiz olduğu dokunulmaz haklardandır ve bunlar herhangi bir şekilde ihlal edilemez. Bkz. **BOZKURT** Gülnihâl, İslâm Hukukunda Zimmîlerin Hukuki Statüleri, DEÜHFD, C. III, S. 1-4, Kudret Ayiter Armağanı, Ankara 1987, s. 117; es-**SERAHSÎ** Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, el-Mebsût, C. XI, Beyrut (Lübnan), 1409/1989, s. 102; **SCHACHT** Joseph, İslâm Hukukuna Giriş, Çev. Mehmet Dağ/Abdülkadir Şener, Ankara 1977, s. 140-141; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, Ansiklopedik İslâm Fıkhı, C. IV, Terc. Mustafa Efe, Ankara, ts., s. 152; el-**MEVDUDİ** Ebu'l A'la, İslâm'da Hükümet, Çev. Ali Genceli, 3. B., Ankara ts., s. 735-762; **GIBB/BOWEN**, Volume One Part II, s. 207.

(111) **BERKİ** Ali Himmet, Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku, Ankara 1958, s. 56-57.

olarak belirtilmektedir; dolayısıyla da diğer canlılarda zimmet niteliği söz konusu değildir (112). Denilebilir ki, insanın hukukun öznesi (muhatabı) kabul edilebilmesi için onun zimmet sahibi olması gerekir. Zimmet sahibi olmak, 'kişi' olmak demektir.

Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde yeni bir Medeni Kanun için çalışmalara başlayan Ukûd ve Vâcibât Komisyonu'nca hazırlanan 1340 tarihli rapor (113), ehliyet ve çeşitlerini açıklayan birinci ve ikinci maddelerinin "esbâb-ı mûcibe"sinde, zimmeti şu şekilde açıklamaktadır:

"...Ehliyet-i vücûb, zimmet ile kâimdir. Zimmet, insanın bir vasfı ve bir hususiyetidir ki o vasıf ve o hususiyet sebebiyle lehine ve aleyhine hakların sübutuna ehil olur. İnsanın doğumdan önce de sonra da cenin halinde dahi zimmeti vardır. Fakat insanın mutlak zimmeti, yani hem lehine ve hem aleyhine hakların sübutuna sâlih zimmeti, doğumuyla başlar. «Cenin»in zimmeti ise, sadece lehine hukukun sübutuna sâlih olup aleyhine hukukun terettübüne salih değildir. Komisyonumuzca bu esaslar uzun uzadıya tetkik ve müzakere edilerek hem Şark ve hem Garp Hukukuna tamamen muvafık görüldüğünden mezkûr esasların aynen ve tamamen tedvini münasip görüldü..." (114).

Görüldüğü üzere, esbâb-ı mûcibede zimmet, insanın bir vasfı ve bir özelliği olarak görülmekte ve bu vasıf ve özellik sebebiyle lehine ve aleyhine haklara ehil olduğu belirtilmektedir. Buradan hareketle "zimmet", hak ehliyetine elverişlilik durumudur denilebilir. Hak ehliyetine sahip olan varlıklara kişi denildiğine göre, zimmet, kişi ve kişilik kavramları karşılığı olarak kullanılmaktadır.

UVKR m. 1, "insanın leh ve aleyhte hukuk terettübüne sâlih zimmeti, velâdetiyle başlar. Fakat cenin için madde-i âtiyede beyan olunan ahvalde yalnız lehte hukuk terettübüne sâlih zimmeti vardır." hükmünü getirmektedir. Burada zimmet, insanın hak ve borçlara elverişli olan kişiliği olarak açıklanmakta

---

(112) **SERAHSÎ**, Usûl, s. 333; **HACI ÂDİL**, s. 505; **ALİ HAYDAR**, C. I, s. 48.

(113) 3 Mayıs 1339 (1923) tarihinde çalışmaya başlayan "Kanun-u Medeni Ukûd ve Vâcibât Komisyonu"nca, Kanunu Medeni'nin giriş kısmı ile ilgili olarak 3 Haziran 1340-8 Temmuz 1340(1924) tarihleri arasında görüşülen 20 maddelik rapor, kişiler hukuku ile ilgilidir. Bu 20 maddede, fıkıh ve fıkıh usulü eserlerindeki ehliyetle ilgili kısımlar özetlenmiş, ehliyeti daraltan sebeplere modern hukuktakine benzer şekilde yer verilmiştir. Bu raporlarda, rüşt devresi ile bulûğ devresi ayırımı ortadan kaldırılarak, sadece rüşt yaşı tespit edilmiştir. Söz konusu 20 madde, hem İslâm hukukunun ehliyetle ilgili hükümlerini yansıtmasından , hem modern hukukla mukayeseye yer vermesinden, hem de günümüz hukuku ile eski hukukumuz arasında bir köprü vazifesi görmesinden dolayı önemlidir. Ancak bu rapor, kanunlaşmamıştır. Bkz. **ÖZTÜRK** Osman, Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, İstanbul 1973, s. 103-104; **AKGÜNDÜZ** Ahmet, Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyatı, Diyarbakır 1986, s. 113, 116-117; **CERÎDE-İ ADLİYE**, C. II, Sene 2, s. 984-992.

(114) Bkz. **AKGÜNDÜZ**, Külliyat, s. 118-119.

ve bunun da insanda ancak doğum ile söz konusu olacağı belirtilmektedir. Daha henüz doğmamış bulunan ve anne karnındaki canlı olan ceninin kişiliğinin ise, sağ doğmak şartıyla, ancak lehindeki haklara elverişli olduğu ifade edilmektedir.

Şu halde zimmet, ancak hak ve borçlara ehil olan varlıklar için söz konusudur. Bu varlıklar, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Hayvanların zimmetinin bulunmaması onların ehliyetinin de olmaması sonucunu doğurur (115). Dolayısıyla, hayvan için yapılan vasiyet veya vakıf bu nedenle geçersiz sayılır (116). Yine, zimmet sadece kişilere mahsus olduğu için cenin ancak sağ doğmak şartıyla zimmete sahip olabilir (117).

IV. EHLİYET KAVRAMI

İslâm hukukunda ehliyet bahsinin genel teorisi, fıkıh usûlünde incelenir. Ehliyet, fıkıh usulü açısından kişinin şer'î hükümle olan bağını, fürû-i fıkıh açısından ise dinî ve hukukî hükmün doğmasının veya geçerliliğinin ön şartını ifade ettiğinden fıkhın her iki dalını da yakından ilgilendirir. Fıkıh usulünde konunun, mütekellimîn (Şafiî) metoduyla yazılan eserlerde şer'î hüküm bölümünde "mükellef (el-mahkûmü aleyh)" başlığı altında, fukaha (Hanefî) metoduyla kaleme alınanlar da ise usulün son bahsi olarak ayrı bir başlık altında konu bütünlüğü içinde ve daha ayrıntılı bir şekilde ele alındığı görülür.

Ehliyet konusu, başta ibadetler ve özel borç ilişkileri olmak üzere fürûun hemen hemen bütün alt bölümlerini de ilgilendirdiğinden klasik fıkıh kitaplarında ele alınan her konu kişi ehliyetinin tür ve devrelerine, ehliyeti daraltan veya ortadan kaldıran sebeplere göre de ayrıca incelenir. Fürûun alt bölümleri arasında ilgisi oranınca serpiştirilmiş bir şekilde işlenen ehliyet konusu, bir bakıma usuldeki ehliyetle ilgili kuralların ve metodolojik yaklaşımın uygulaması niteliğindedir (118). Başka bir ifadeyle, daha çok münferit meselelere yer veren ve eski huku-

---

(115) **BİLMEN**, C. I, s. 227; **DÖNDÜREN**, Zimmet, s. 470-471.

(116) Hanefî hukukçulara göre, vasiyet veya vakıf, hayvanlara sarf edilmek üzere onların sahibine yapılmışsa, geçerlidir. Hayvanların nafakasından sorumlu olan hayvan sahibi yararına yapılan vasiyet veya vakfı hayvan sahibi, başka bir işine de kullanabilir. Şafiî hukukçular ise, vasiyeti yapanın iradesine saygılı olma düşüncesiyle, vasiyetin vasiyette belirtilen yönde kullanılması gerektiğini belirtirler. Bkz. **BERKİ**, Hukuk Tarihi, s. 57.

(117) Hanbelî hukukçular ise, şayet ceninin malı varsa, akrabalarının nafakasıyla yükümlü olduğu için, onun zimmetinin de bulunduğu kanaatindedirler. Bkz. **ZERKA**, C. III, s. 907, dn.12; **BARDAKOĞLU**, Ehliyet, s. 535.

(118) **BARDAKOĞLU**, Ehliyet, s. 534.

kumuzun temel kaynak eserleri durumunda bulunan fürû-i fıkıh (uygulamalı fıkıh) kitapları, ehliyeti bağımsız bir bölüm olarak ele almamış ama bunu, incelediği her konunun içinde konuyu ilgilendirdiği ölçüde açıklamıştır. Çoğu müellifin aynı metodu uyguladığı söylenebilir. Örneğin, akitler anlatılırken, her bir aktin hukuka uygun olarak kurulabilmesi için gerekli olan ehliyete ilişkin şartlar ve hükümler ayrıntılı olarak açıklanmış, örneğin, ehliyetten yoksun olan akıl hastası ile gayri mümeyyizin durumları belirtilmiştir. Hukukun, özel hukuk dışındaki diğer bölümü olan kamu hukuku alanında da, örneğin ceza hukukunda, benzer durum sebebiyle bu alandaki ehliyet incelenmiştir.

Şu halde ehliyet, kişiliğin zorunlu ve gerekli bir sonucudur. Her kişinin bir medeni hali olduğu gibi bir ehliyeti de vardır. Fakat ehliyet ile medeni hal ifadeleri aynı anlamı karşılamaz. Medeni hal, bir kişiyi diğerinden ayıran unsurları anlatır; ehliyet ise, medeni hakları iktisap etmek ve iktisap edilmiş olan hakları kullanabilmek için kanunen bulunması gereken vasıftır. Denilebilir ki, ehliyet kişilikle başlar ve kişilikten ayrılmaz (119).

Görüldüğü üzere, kişi, her türlü eylem ve işleminde ehliyet sorunuyla karşılaşmaktadır. Bu eylem ve işlemler, klasik İslâm hukuku kitaplarında çeşitli açılardan incelendiği için, ehliyette birden çok yerde incelenmek durumunda kalınmıştır.

Fıkıh usûlünde ehliyet, vücûb (hak yani yararlanma) ehliyeti ve eda (fiil yani kullanma) ehliyeti olmak üzere ikiye ayrılır. Bütün insanlarda var olduğu kabul edilen zimmet vasfına dayanan vücûb ehliyeti, insanı lehinde ve aleyhinde olan şeylere ehil kılar. Eda ehliyeti ise, mükellef olan kimseden geçerli sayılabilecek bir şekilde fiilin ortaya çıkabilmesi demektir. Başka bir deyişle, kişiler hukukunda önem taşıyan biri "hak ehliyeti" ve diğeri "fiil ehliyeti" olmak üzere iki ayrı ehliyet kavramı vardır. Ama sonuçta ikisi de ehliyettir. O halde bunların açıklanmasından önce ehliyet kavramının ne anlama geldiği, kaynaklarda ne şekilde ele alındığı hususu açıklığa kavuşturulmalıdır.

A. Tanımı

Arapça'da "ehl" kökünden türetilmiş bir masdar olan "ehliyet", sözlükte, bir şeye hak kazanmak, hak sahibi ve yetkili olmak, layık olmak, her hangi bir işi yapmakta yetkin olmak, ika-

---

(119) **ARSEBÜK**, s. 256-258.

met etmek ve vatan edinmek anlamlarına gelir (120). İslâm hukuk doktrininin oluşumuyla birlikte ehliyet kelimesi, kişinin dini ve hukukî hükme konu olmaya elverişli oluşunu ifade eden bir terim olarak kullanılmaya başlanmıştır. Bu sebeple Kur'an ve hadiste "ehl" sözcüğü değişik anlamlarda kullanıldığı halde "ehliyet" sözcüğüne rastlanmaz.

Bu anlamda ehliyet, birinci ana kaynak olan Kur'ân'da, sözcük olarak geçmemekte; ancak ehliyeti dolayısı ile ilgilendiren genel ifadeli âyetlere yer verilmektedir. Kur'an'da, yerin ve göğün taşımaktan çekindiği emaneti insanın yüklendiği belirtilerek (121) diğer bütün varlıklar arasında sadece insanın ehliyet ve sorumluluk taşıdığına işaret edilir (122).

İslâm hukukunun ikinci kaynağı olan sünnet'te (hadislerde) ise, ehliyet kurumunu çok daha yakından ilgilendiren fakat yine de hukukî muamele teorisi yönünden gerekli açıklıktan yoksun bulunan bazı işaretler vardır. Tenkitçi ve mukayeseli bir araştırma zihniyetiyle değil de pratik gayelerle hareket eden eserlerde, bu hadislerin bazıları, açık bir dayanak olup olmadığı üzerinde durulmaksızın anılır. Bu yönüyle konu, hadislerde çokça işlenir. Bir hadiste, hayvan, kuyu, maden gibi canlı ve cansız varlıklara sorumluluk yüklenmeyeceğinin belirtilmesi (123), ancak insanın sorumluluk taşımaya elverişli olduğu anlamındadır. İnsanın ise şer'i hitaba ehil ve muhatap oluşu, kısaca akıl denilen anlama, düşünme ve ona göre davranma kabiliyetine sahip bulunması sebebiyledir. İnsanın bu anlamdaki ehliyet ve sorumluluğuna usulcüler "ehliyyetü'l-hitâb" adını verirler. Bundan da maksat, insanın dinin davetini anlayacak konum ve kıvamda

---

(120) **MEYDAN LAROUSSE**, Büyük Lûgat ve Ansiklopedi, C. IV, İstanbul 1987, s. 111; **İBN MANZÛR**, C. XIII, s. 28-30; **MUSTAFA** ve diğerleri, C. I, s. 31-32; **SÂMİ**, C. I, s. 317; **TAYLAN**, s. 47.

(121) Kur'an, el-Ahzâb, 33/72: "Biz emaneti, göklere, yere ve dağlara teklif ettik de onlar bunu yüklenmekten çekindiler, (sorumluluğundan) korktular. Onu insan yüklendi. Doğrusu o çok zalim, çok cahildir". (İnsana yüklenen emanet, işlenmesinde sevab, terkinde ikab olan ibadet ve davranışlarla, akıl ve düşünce kabiliyetidir. Kulluk ve akıl emanetine riayet edilmezse, zulüm ve bilgisizliğe sapılmış olur. Bu emaneti vermekle Allah, insanı teklifleriyle sorumlu tutmuş ve böylece onu imtihan etmiştir.). Bkz. **ÇANTAY** Hasan Basri, Kur'ân-ı Hakîm ve Meâl-i Kerîm, C. II, 16. B., İstanbul 1992, s. 757; **ÖZEK** ve diğerleri, s. 426.

(122) Kur'ân, el-A'râf, 7/12: "Allah buyurdu: Ben sana emretmişken seni secde etmekten alıkoyan nedir? (İblis): Ben ondan daha üstünüm. Çünkü beni ateşten yarattın, onu çamurdan yarattın, dedi."; Kur'ân, el-İsrâ, 17/13: "Her insanın amelini (veya kaderini) boynuna bağladık. İnsan için kıyamet gününde, açılmış olarak önüne konacak bir kitap çıkarırız". Bkz. **ÖZEK** ve diğerleri, s. 151, 282.

(123) Hz. Peygamber, «Hayvan (ın sebep olduğu mağduriyet) hederdir, kuyu(nun sebep olduğu mağduriyet) hederdir. Maden (in sebep olduğu mağduriyet) hederdir. Defineye humus (beşte bir nisbetinde zekât) vardır.» buyurdular. Bkz. **ŞAFAK** Ali, Mezheblerarası Mukâyeseli İslâm Ceza Hukuku, Erzurum 1977, 115; **CANAN**, C. VII, s. 375.

olmasıdır (124).

Hukukî anlamda ise ehliyet, hukuk süjesinin haklara sahip olması, haklarını kullanması, görev, yükümlülük ve sorumluluklar yüklenebilmesi durum ve yeteneğidir. Söz konusu yetenek, kişinin biyolojik ve psikolojik bir takım gelişme aşamalarına bağlı olarak, farklı hukukî sonuçlar ortaya çıkmasına neden olan kişiyle ilgili bir durumdur (125).

Fakat doktrinde ehliyeti hiç tanımlamadan (126) doğrudan doğuya çeşitlerini açıklayanlar olduğu gibi (127), bunu vücûb ehliyeti ile aynı görenler de vardır (128). UVKR da "esbâb-ı mûcibe"de, ehliyeti tanımlamadan çeşitlerini açıklamıştır: "İnsanın hukukî ehliyeti evvelemirde iki kısma ayrılır; ehliyet-i vücûb, ehliyet-i edâ. Ehliyet-i vücûb, insanın lehine ve aleyhine hukukun lüzumu sübutuna salahiyetidir. Ehliyet-i eda, insanın kanunen mes'ul olacak veçhile kendisinden bir fiilin suduruna salahiyetidir." (129).

Buna karşılık, ehliyeti tanımlayanlar da ortak bir tanımda birleşmiş değillerdir. Bir görüşe göre ehliyet, "insanın, hukuken lehine ve aleyhine olan haklara veya kendisinden hukuken geçerli kabul edilen fiillerin sadır olmasına salahiyet" (130); bir başka görüşe göre, "kişinin lehindeki ve aleyhindeki hükümlere salahiyet ve kabiliyeti veya leh ve aleyhe olan şer'î tekliflerin teveccühüne, vücubuna salahiyetli bulunmak"tır (131). Diğer bir görüş ise ehliyeti, "kanun koyucunun, kişide var kabul ettiği ve onu hukukî hitaba muhatap olmaya elverişli hale getiren

---

(124) **KARAMAN**, Anahatlarıyla, C. II, s. 28-29; **BARDAKOĞLU**, Ehliyet, s. 534.

(125) **GÖKMENOĞLU**, s. 54; **YILMAZ**, s. 198.

(126) Günümüz hukuk doktrininde de soyut olarak ehliyet kavramı üzerinde durulmamış, doğrudan doğruya hak ve fiil ehliyeti incelenmiştir. Bunun esprisi, kişinin bir hak sahibi olması niteliği ile bu hakları kullanması durumunun birbirinden farklı hususlar ve değişik konular olduğu; dolayısıyla bunların birbiriyle karıştırılmaması gereğidir. Ancak bununla birlikte doktrinde her iki ehliyet türünün özelliklerini birleştirerek tanım bulma yolunu seçen hukukçular da vardır. Bunlar ehliyeti, "kişinin gerek haklar karşısındaki durumu, gerekse onları kullanma konusundaki yeteneği" olarak tanımlamaktadırlar. Hak sahibi olabilme ehliyeti ve hakları kullanma ehliyeti gibi birbirinden farklı olan bu iki kavram ehliyet kelimesiyle ifade edilmekte ve bu iki kavram kişinin medeni hukuktaki medeni ehliyetini belirlemektedir. Bkz. **KÖPRÜLÜ** Bülent, Medeni Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin Hukuku, (1-2. Kitaplar), Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. B., İstanbul 1984, s. 187.

(127) **SERAHSÎ**, Usûl, s. 332; **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 243; **BUHÂRÎ**, s. 237; **HACI ÂDİL**, s. 504.

(128) **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 261; **ATAR**, Usûl, s. 143.

(129) Bkz. **AKGÜNDÜZ**, Külliyat, s. 118.

(130) **ZUHAYLÎ** Vehbe, İslâm Fıkhı Ansiklopedisi, C. V, Terc. Ahmet Efe ve diğerleri, İstanbul 1994, s. 92; **CUBÛRÎ**, s. 70.

(131) **BİLMEN**, C. I, s. 31; **AKGÜNDÜZ**, Vakıf, s. 115.

vasıf" (132) olarak kabul eder. Bu tanımları, "insanın kendisine hüküm taalluk edecek bir durumda olması" (133) şeklinde genel ve soyut bir şekilde ifade edenler de vardır.

Tanımlarda geçen hukukî (şer'î) hitap ifadesi ile, kanun koyucunun vaz ettiği hükümlerin hepsi anlaşılır. Kişinin buna ehil ve muhatap olması, akıl denilen anlama, düşünme ve ona göre davranma kabiliyetine sahip bulunması sebebiyledir (134). Kişinin hak ve borçlar edinebilmesi, dini ödevlerle yükümlü tutulması, hukukî işlem ve davranışlarının geçerliliği, toplumsal ve cezaî sorumluluk taşıyabilmesi gibi farklı seviyedeki hak ve yükümlülükler onun şer'î hitabın konusu olmasının değişik görünümleridir. Bunların her bir türünün farklı seviyede aklî ve bedenî yetişkinliği gerektirdiği açıktır. Bunun için de ehliyet kişinin anlama, düşünme ve yapabilme kabiliyetinin gelişim seyrine bağlı olarak yavaş yavaş gelişme gösteren itibarî bir sıfat konumundadır.

Bu tanımlar birlikte değerlendirilip hak ve fiil ehliyetinin nitelikleri birleştirilerek bir tanım yapılabilir. Buna göre ehliyet, "kişinin haklardan faydalanmaya, bu hakları kullanmaya ve borçlanmaya elverişliliği" veya "kişinin hak ve borçlara ehil olması ve hak ve borç doğurucu işlemleri kendi başına yapabilme yetkisi"dir (135).

B. Kapsamı Ve Özellikleri

Dinî ve dünyevî hayata ait kuralların iç içe olduğu eski hukukumuzda ehliyet kavramının kapsamı genişletilmiş, hem dini hem de hukukî ve cezaî ehliyete teşmil edilmiştir. Bu sistemde, kanun koyucu, hayatı güzel bir tarzda düzenlemek ve hayatta karşılaşılacak problemleri çözmek amacıyla bir takım kuralları ve görevleri kişiye yüklemiştir. Bu yükümlülüğün sonucu olarak kişi, aklı aracılığıyla, kanun koyucunun, yararlı ve zararlı saydığı davranışları ayırır. Kuruluşu için hukukun gerekli saydığı şartları taşıyan işlemler yararlı, bu şartlardan yoksun bulunanlar ise zararlı kabul edilir. İşlemlerin geçerli ve geçersiz olması durumu da bu düşüncenin bir sonucudur (136). Ancak akli ve bedeni yeterlilikten yoksun bulunanlar için, sorumsuzluk söz konusudur. Bu sorumsuzluk, akıl yetisindeki eksiklikle veya bozuklukla doğru orantılıdır. Akıl mele-

---

(132) **ZERKA**, C. II, s. 532-533.

(133) **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 178; **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 186.

(134) **HUDARÎ BEY**, s. 20-21.

(135) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 234; **BARDAKOĞLU**, Ehliyet, s. 534.

(136) **SAVA PAŞA**, C. II, s. 316.

kesindeki bozukluk az ise sorumsuzluk da az; bozukluk çok ise sorumsuzluk da çoktur. Kişinin ehliyeti, onun bedeninin ve aklının geçirdiği tekamüle bağlı olarak geliştiği için, bu aşamada bazı hükümlere ehil olur, bazılarına olmaz.

Kişilerin sahip olduğu ehliyet, cenin safhasından itibaren kişinin aklî ve bedenî gelişim seyrine paralel olarak parça parça kazanılan (tekamül eden) ve rüşt ile tamamlanan bir niteliktir. Bu yönüyle ehliyet, zamanla gelişme gösteren yani kişilerin akıl ve beden yönüyle geçirdiği aşamaları izleyen bir vasıftır ve bunun, gelişim aşamalarına göre, derecelerini belirleme yetkisi de kanun koyucuya aittir (137). Kanun koyucunun takdir ettiği ehliyetle ilgili bütün medeni kurallar, emredici hükümlerden sayılır ve buna aykırılık mutlak butlan sonucunu doğurur (138). Ayrıca, ehliyet için oluşturulan yapıyı kabul etmeme gibi, örneğin velâyet altındaki kişinin veliyi reddedememesi gibi, bir hak da söz konusu değildir.

İnsan hayatının her döneminde ehliyetin değişik bir aşaması ile karşılaşılır. Cenin döneminde kişi, önce haklardan yararlanır; temyiz öncesi dönemde, aleyhinde haklar meydana gelir; temyiz döneminde ise, bazı işlemleri yapabilir. Son aşama, yaptığı her işten sorumlu olduğu devredir (139). Başka bir söyleyişle, önce bazı haklardan faydalanma şeklinde başlayan bu ehliyeti bütün haklardan faydalanma, bazı konularda borçlanabilme ve mâlî sorumluluk altına girme takip eder. Bunun ardından da kişinin dinen ve hukuken geçerli söz ve davranışta bulunabilme yetki ve sorumluluğu, yani hakları bizzat kullanabilme ehliyeti gelir. Bu sebeple insan hayatı, hukukî kişiliğin başlamasından itibaren ehliyet açısından çeşitli dönemlere ayrılmaya, her bir dönem için farklı kurallar belirlenmeye, ehliyet de bu dönemlere uygun adlandırma ve ayırımla-

---

(137) **BARDAKOĞLU**, Ehliyet, s. 534; **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 186-188; **GÖKMENOĞLU**, s. 56.

(138) Bugünkü hukukumuzda, bir kimsenin hak ve fiil ehliyetinden tamamen veya kısmen vazgeçmesini kapsayan taahhütlerin batıl olduğu, hem TMK. 23, hem de TBK. 19,20 nci maddelerinden anlaşılmaktadır. Kanun, herhangi bir hakkın değil, hak veya fiil ehliyetlerinin bir hukukî işlemle kısıtlanmasını yasaklamıştır. Yoksa, bir kimse malvarlığı haklarından veya bu hakların kullanılmasından her zaman vazgeçebilir. Örneğin, bir alacaklı alacak hakkından vazgeçerek borçluyu ibra edebilir. Buna karşılık, bir kimse önceden başkası ile hukuki işlem yapar da, bundan böyle asla borç altına girmeyeceğini, hiç bir zaman ev veya bahçe satın almayacağını, bir kimse hakkında hiç bir sebeple dava açamayacağını, ileride doğacak alacak haklarının tahsilini istemeyeceğini taahhüt ederse, bu taahhüt belli bir haktan vazgeçmeyi değil, hak sahibi olabilme ve borç altına girebilme ehliyetinin kısıtlanmasını ifade eder. Bunun gibi bir kimse, ilerde hep başkasının yönetimi ve direktifleri ile hukukî işlemler yapacağını, kendi fiilleriyle haklar ve borçlar meydana getiremeyeceğini taahhüt etmiş olsa, fiil ehliyetini kısıtlamış olur. İşte, hukukî işlem yoluyla yapılacak bu türlü kısıtlamalara imkan bırakılmamıştır. Bkz. **TEKİNAY**, Kişiler, s. 224.

(139) **GAZÂLİ**, s. 118-119.

ra tabi tutulmaya çalışılır. Bunun sonucu olarak ehliyet, "vücûb ehliyeti" ve "edâ ehliyeti" şeklinde iki ana safhaya; insan hayatı da cenin, çocukluk, temyiz, bulûğ ve rüşt şeklinde beş devreye ayrılır. Bu taksim, vücûb ve eda ehliyetini içine alan insanın gelişme seyrini belirtir. İnsan hayatı, vücûb ehliyeti yönüyle, doğumdan önce ve sonra; eda ehliyeti açısından ise, temyiz öncesi, temyiz, bulûğ ve rüşt dönemleri olarak ayrıma tabi tutulur (140). Bazı hukukçular ise, eda ehliyeti yönüyle insan hayatını, temyiz öncesi, temyiz ve bulûğ dönemlerine ayırmayı tercih etmişlerdir (141). Ayırımlar nasıl yapılırsa yapılsın, önemli olan, ehliyet yaşını idrak edenin ehliyetinin asıl olduğudur. İhtilaf halinde ispat yükü, aksini iddia edene düşer. Fakat bir kimsenin belirli zamanda reşit bulunduğunu iddia etme halinde ispat külfeti rüştten bir hak çıkarmak isteyene aittir, yoksa genel kuralı ve istishap hadisesini dikkate alarak o zaman için rüştü sabit sayılmaz (142).

Kişinin dini ve hukukî bir hükme muhatap oluşu, söz ve davranışlarının sonuçları, hangi tür dini ve hukukî işleme ne ölçüde ehil olduğu da bu devreler içinde ayrı ayrı incelenir. Ancak bu çalışmada, günümüz hukuk sistematiğine uygunluk amaçlandığı için, klasik sistemden uzaklaşılarak farklı bir metotla konu ele alınmaya çalışılacaktır.

C. Çeşitleri

Günümüz hukuk sistemlerinde ehliyet, birtakım kıstaslara göre, medeni ehliyet, cezaî ehliyet, siyasî ehliyet, evlenme ehliyeti ve ticarî ehliyet gibi değişik şekillerde tasnif edilmiştir (143). Bunlardan "evlenme ehliyeti" ile "ticarî ehliyet", medeni ehliyet kategorisine dahil olan ehliyet türleridir. Şu halde, ehliyeti, medenî, cezaî ve siyasî ehliyet olmak üç kısımda mütalaa etmek mümkündür.

"Medeni ehliyet", kişinin, nişanlanma, evlenme, boşanma, mülk edinme, özel hukuk sözleşmelerini yapma gibi sübjektif haklarını ifade eden medeni haklardan istifade etmesi (hak ehliyeti) ve onları kullanma yeteneğini (fiil ehliyeti) belirtir. "Cezaî ehliyet", bir cezayı gerektiren

---

(140) **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 97; **ZEYDAN**, Usûl, s. 94.

(141) **HALLÂF**, s. 322-323.

(142) **MARDİN**, C. II, s. 424.

(143) **TÜRK HUKUK LÛGATI**, s. 81.

fiilde bulunan kişinin cezalandırılabilmesi yeteneğidir (144). "Siyasi ehliyet" ise, kişinin, seçme ve seçilme gibi siyasi haklardan istifade etmesi, askerlik gibi mükellefiyetlere muhatap olması ve siyasi hakları kullanmasına ilişkin yetenektir (145).

Eski hukukumuzda ehliyet, kişinin birtakım haklara sahip olabilmesi, onlar üzerinde tasarrufta bulunabilmesi, diğer taraftan da birtakım yükümlülüklere muhatap olması ve hukuka aykırı fiillerden sorumlu tutulması yönünden iki kısımda mütalaa edilir: Vücûb ehliyeti ve eda ehliyeti (146). Bunlar, «ehliyet-i vücûb» (hak ehliyeti) ve «ehliyet-i edâ» (fiil ehliyeti) olarak isimlendirilir (147). Her bir ehliyet türü, insanın ana rahminde teşekkül etmeye başlamasından, aklının tamam olmasına (rüşte ermeye), sonra da ölüme kadar geçirmiş olduğu hayatındaki devirler itibariyle eksik ve tam olmak üzere iki kısma ayrılır (148).

Bunlardan, hak ve mükellefiyetleri yani iktisap ve iltizamı konu edinen ehliyet, vücûb (hak) ehliyeti; tasarrufta bulunmayı konu edinen ehliyet ise eda (fiil, tasarruf) ehliyetidir. Başka bir ifadeyle, medeni haklardan istifade vücûb ehliyetinin; medeni hakları kullanma ise edâ ehliyetinin konusunu oluşturur (149).

Bu ehliyetler günümüz hukukunun "medeni ehliyetler" kategorisinde yer alan hak ehliyeti ve fiil ehliyeti kavramlarının karşılığıdır. Ancak eda ehliyeti, muhteva yönüyle, fiil ehliyetinden daha geniştir. Bilindiği gibi günümüz hukukunda fiil ehliyeti, şahsın kendi fiilleriyle lehine haklar ve aleyhine borçlar yaratabilme gücüdür. Oysa eda ehliyeti, günümüz hukukundaki fiil ehliyetinin yanı sıra "ceza ehliyeti" ve dini bir hukuk sistemi olmasının sonucu olarak "ibadet ehliyeti"ni de içerir. İbadet ehliyeti, sonucu itibariyle eda ehliyetine dayalı olsa da, bu çalışmada ele

---

(144) Bilindiği gibi ceza ehliyeti, kişinin işlediği fiillerin suç teşkil etmesi durumunde onun cezasını çekebilecek durumda olduğunu gösteren ehliyettir. Bütün insanların ceza hukuku alanında suç faili sayılabilmeleri mümkün olmaması nedeniyle, fail olabilmek için bazı nitelikleri taşımak gereklidir. Bu niteliklerin bir kimsede varlığı veya yokluğu, o kişinin cezaî ehliyetinin varlığı veya yokluğu sonucunu doğurur. Bir kişinin cezaen sorumlu olabilmesi için isnat kabiliyetini haiz olması gerekir. İsnat kabiliyeti, kişinin anlayabilme ve isteyebilme kudreti olarak tanımlanabilir. Bu kavramdan anlaşılan, fail yaptığı hareketin anlamını bilecek durumda ise ve bunun neticesini de tahmin edebiliyor ve bilebiliyorsa, isnat kabiliyeti vardır. Bkz. **MEYDAN LAROUSSE**, C. IV, s. 112.

(145) **YILMAZ**, s. 458; **TÜRK HUKUK LÛGATI**, s. 81; **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 60.

(146) **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 92; **HACI ÂDİL**, s. 504.

(147) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 243.

(148) **ZEYDAN**, Usûl, s. 93-94; **MEYDAN LAROUSSE**, C. IV, s. 111.

(149) **MARDİN**, C. II, s. 263; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 315-317; **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 92, 95.

alınmayacaktır.

D. Benzer Kavramlarla İlişkisi

Ehliyet kavramı, salahiyet ve kudret kavramıyla yakın bir ilişki içerisindedir. Salahiyet, kişinin haklara sahip olma ve onları kullanma için aklî ve bedenî yönden elverişli olmasıdır. Bilindiği gibi insan, cenin halinde iken de bazı haklara sahip olabilmek salahiyetini haiz bulunur. Doğumdan itibaren yaş ilerledikçe, kanunun kendisine tanıdığı bir takım haklara ve borçlara da sahip olmaya başlar. İşte salahiyet, bu hak ve borçlara sahip olunabilmesi için gerekli bulunan kudretin ilk derecesidir ve insan hayatı boyunca, ehliyet ortadan kalkmadıkça devam eder. Bu yönüyle salahiyet, ehliyet kavramıyla eş anlamlı gözükür (150).

Salahiyete sahip olmayarak doğan kimselerde, daha sonra ehliyetin unsuru olacak hususlar gerçekleşmez. Örneğin, doğuştan akıl hastası, sağır ve ebleh olanlar salahiyetten yoksundurlar. Bu arızalar rüşt yaşına gelindiğinde daha belirgin olarak ortaya çıkar ve etkisini gösterir. Görüldüğü üzere salahiyet, fiil ehliyetinin varlığını hazırlayan uygun bir zemin oluşturur ve bu olmadıkça fiil ehliyetinden söz edilemez. Bu yönüyle salahiyet, fiil ehliyetini ilgilendirir (151).

Kudret, bir işi yapabilmesi için insanda bulunması gereken güç ve yetenektir. Bu bakımdan kudret, fiil ehliyeti ile yakından ilgili bir kavramdır. Zira, kanun koyucu, insanın kudretine göre teklifte bulunur. Kudret, kişinin fiilinden önce veya fiiliyle beraber bulunabilir. Teklifte esas olan kudret, fiilden önce bulunan kudrettir ki bu, yapabilme imkanı veya vasıta ve aletlerin elverişli olmasıdır. Hem yapmaya hem de yapmamaya elverişlilik olduğu için küllî kudret de denilen bu kudret insanlarda, fiilden önce bulunduğu için, kudretsiz teklif söz konusu olamaz. Fiilde bulunma sırasında mevcut olan kudrete ise cüz'î kudret denir. Bu, fiille beraber bulunur, ondan evvel bulunmaz. Kanun koyucu da teklifi bu kudrete değil, fiilden önce bulunan kudrete bağlamıştır (152).

Mükellef kılmanın dayanağı olan kudret, mümekkine ve müyessire olarak da ikiye ayrılır. Başka bir deyişle, teklifle ilgili bir fiil yerine getirilirken, kişinin iki çeşit kudrete sahip bulunma-

---

(150) Bkz. **SAVA PAŞA**, C. I, s. 162.

(151) **SAVA PAŞA**, C. I, s. 162; C. II, s. 315.

(152) **ATAR**, Usûl, s. 161; **ŞÂTIBÎ**, C. II, s. 107-111; **KARAMAN**, Fıkıh Usûlü, s. 173-175.

sı şartı aranır: Kudret-i mümekkine ve kudret-i müyessire (153). Kudret-i mümekkine, kişinin, hakları kullanma ve yükümlülükleri yerine getirmesine imkan sağlar. Kişi bu kudretle, hukukun emredici hükümlerini yapma iktidarına sahip olur. Kendisinde bu kudret bulunmayan kimse, örneğin zekat gibi mâlî bir yükümlülükle mükellef değildir. Kudret-i mümekkine ile yerine getirilmesi gereken yükümlülük, bu kudretin yitirilmesinden sonra da zimmette borç olarak kalır (154). Kudret-i müyessire ise, yapılması gerekeni kolaylıkla yapabilmek için gerekli olan yüksek derecedeki kudrettir. Zekat ve öşür gibi mâlî yükümlülüklerin şartı olan bu kudret, mükellefe, yapılması gerekeni yapmada kolaylık sağlar. Bu kuvvet bulunmayınca zekat, öşür gibi mâlî yükümlülükler zimmete ilişmez; yitirildiğinde ise borç (yükümlülük) zimmetten sakıt olur. Örneğin, zekat verecek oranda malı bulunan bir kimse zekatla yükümlüdür. Zekatı daha vermeden önce, zekat vereceği malı telef veya zayi olursa, bu zekat yükümlülüğü zimmetten sakıt olur. Öşür de böyledir. Ancak, zekat ve öşür gibi mâlî yükümlülükler, telef veya zayi olma halinde zimmetten sakıt olursa da, itlâf ve tüketim halinde sakıt olmaz (155).

---

(153) **ATAR**, Usûl, s. 161; **KARAMAN**, Fıkıh Usûlü, s. 173-175.

(154) **SAVA PAŞA**, C. II, s. 317; **ATAR**, Usûl, s. 161.

(155) **BİLMEN**, C. I, s. 31; **KARAMAN**, Fıkıh Usûlü, s. 175.

BİRİNCİ BÖLÜM

HAK EHLİYETİ (VÜCÛB EHLİYETİ)

§ 3. HAK EHLİYETİ KAVRAMI, TANIMI, BAŞLANGICI, SONA ERMESİ, DAYANAĞI, ZİMMETLE İLİŞKİSİ VE ÇEŞİTLERİ

I. HAK EHLİYETİ KAVRAMI

Hukuk tekniğinin bir kavramı olan hak, terim ve sınıflandırmalardaki bazı farklılıklar bir tarafa bırakılırsa, eski hukukumuzda Batı hukukundan farklı bir özellik arz etmez (1). Eski hukukumuzda "vücûb ehliyeti" olarak isimlendirilen hak ehliyetinin, haklardan yararlanabilmek, hak ve borçlara sahip olabilmek için insanda bulunması gerekir. Bu ehliyeti, hukuk nazarında haklara ve borçlara sahip olabilme gücü olarak belirtmek mümkündür.

Hak ehliyeti karşılığı olarak günümüz hukukunda, haklardan yararlanma ehliyeti, haklardan istifade ehliyeti, hak sahibi olabilme ehliyeti ve hak yeteneği kullanımlarına rastlanmaktadır. Ancak bunlardan, medeni haklardan istifade veya yararlanma ehliyeti şeklindeki kullanım yanlış ve eksik anlamaya ortam hazırladığı için tatmin edici değildir. Zira burada önemli olan haklardan istifade veya yararlanma değil, haklara ve borçlara sahip olabilmedir (2).

Hak ehliyetine sahip olmakla hukuk nazarında kişi sayılmak aynı anlama gelir ve buna sadece insanlar sahip olabilir. Başka bir deyişle, kişi sayılmak veya dar anlamda kişilik sahibi olmak hak ehliyetine sahip olmaktan başka bir şey değildir (3).

Hak ehliyeti, kişiliğin kazanılmasıyla birlikte kendiliğinden elde edildiği için pasif nitelik taşır. Başka bir deyişle, insanda kişiliği sebebiyle bulunan bu ehliyet, herhangi bir muamelede

---

(1) Geniş bilgi için bkz. **BİLMEN**, C. I, s. 12-13; **HÂTEMÎ**, İslâm Hukuku, s. 54.

(2) Bkz. **TEKİNAY**, Kişiler, s. 179.

(3) **HÂTEMÎ**, İslâm Hukuku, s. 54; **ZEVKLİLER**, Kişiler, s. 3; **TEKİNAY**, Kişiler, s. 179.

bulunma veya bir hakkı kullanmaya ait aktif bir durumu değil, sadece hak sahibi olabilmeye ilişkin pasif bir durumu belirtir. Hak ehliyetinde kişi, pasif durumdadır. Pasif durum, herhangi bir fiil veya irade açıklamasına gerek olmadan bu ehliyetin edinildiğini belirtir (4). Bu yönüyle cenin bile sağ doğduğu takdirde hak ehliyetine sahip olur. Onun bu ehliyeti, anne karnına düştüğü ana kadar geriye yürür ve o andan itibaren ancak belirli hakları kazanabilmesine imkan tanır. Bu sebeple de ceninin hak ehliyeti "eksik hak ehliyeti" olarak isimlendirilir.

Hak ehliyeti kişinin hukuk nazarında hak kazanabileceğini ve borç altına girebileceğini (sorumlu olabileceğini) belirtir. Örneğin, kişinin kendine düşen miras payına hak kazanması, kendisi için satın alınan veya bağışlanan bir şeyin mülkiyetini edinmesi gibi hakların iktisabı, kendisi için satın alınan malların satım bedellerini ödeme, fakir yakınlarının nafakasını temin, haksız fiillerden doğan tazmin yükümlülüğü gibi borçların üstlenilmesi kişinin hak ehliyetine dayanmaktadır (5).

Görüldüğü üzere hak ehliyeti, kişinin hak ve borcunun fiilen (gerçekten) değil, fikren (düşüncede) ortaya çıkmasını sağlamaktadır. Bu ehliyet, kişinin kanun koyucuya karşı sorumlu olma yolunu açan ilk basamak durumundadır. Kişinin, akıl ve duygularının yeteneği oranında, kanun koyucuya, kendisine ve başkalarına karşı yapmak durumunda olduğu davranışların bütününe denilen vecibelerin kişiye yönelebilmesi için, bu ehliyet türü bir zemin hazırlar. Söz konusu davranışları yerine getirmek için kişinin vicdanında duyduğu mecburiyet hissi de bunun bir sonucudur (6).

Hak ehliyetinin yargılama hukukundaki görünümü "taraf ehliyeti" adını alır. Bu anlamda taraf ehliyeti, bir davada davacı veya davalı sıfatıyla yer alabilmek demektir.

II. HAK EHLİYETİNİN TANIMI

Hak ehliyeti (ehliyeti vücûb), bir insanın (mahkûmunaleyhin) lehine ve aleyhine ait meşrû hakların sabit olmasına salahiyetli (elverişli) bulunmasıdır (7). Bunu, kişinin lehine ve aleyhine

---

(4) **SAYMEN**, C. II, s. 77; **ZEVKLİLER**, Kişiler, s. 34; **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 60.

(5) **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 263; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 234-235.

(6) **ADLİYE VEKÂLETİ**, Kanunu Medeni Şerhi ve Nazariyeleri, Türk ve İsviçre Kanunu Medenileri, İstanbul 1926, s. 124-125; **BUHÂRÎ**, s. 238; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 316.

(7) **SERAHSÎ**, Usûl, s. 332; **ZEYDAN**, Usûl, s. 92; **CUBÛRÎ**, s. 92; **REŞİD PAŞA**, C. I, s. 57.

olan hakların lüzum ve sübutuna salahiyeti şeklinde ifade edenler de vardır (8). Bazı hukukçular, örneğin Gazali, hak ehliyetini, "zimmette ahkamın sabit olmasına elverişlilik" olarak tanımlar (9). Usulcüler ise, "dini-hukukî hak ve borçların doğmasına kişinin elverişli olması" halini hak ehliyeti olarak belirtirler (10). Her üç tanım da, kişinin leh ve aleyhindeki hakların meydana gelebilmesini belirtir. Nasıl ifade edilirse edilsin, hak ehliyeti kişinin haklara ve borçlara ehil olması anlamına geldiği için, kişinin doğal bir tamamlayıcısı, onun varlığının bir parçası ve daha geniş olarak da kişi kavramının eşanlamlısıdır (11). Vücûb ehliyetinin özünü kişilerin haklardan faydalanması teşkil ettiği, borçlanma yönü ise daha çok üçüncü şahısların haklarını korumaya yönelik bir önlem olduğu içindir ki pozitif hukukta hak veya faydalanma ehliyeti olarak adlandırılır (12).

Hak ehliyetinin haklara ve borçlara sahip olabilme şeklindeki tanımından, bunun, biri olumlu diğeri olumsuz iki yönü olduğu ortaya çıkmaktadır (13). Olumsuz (pasif) yönü, borç altına girebilme, olumlu (aktif) yönü de haklara sahip olabilmeye ilişkindir. Bu iki yön, birlikte bulunursa hak ehliyeti tam anlamıyla edinilmiş olur (14). Bunlardan birinin bulunmaması durumunda ise, hak ehliyetinin eksikliğinden (eksik hak ehliyeti) söz edilir. Bulunmayan yön genellikle iltizam yönüdür (15). Başka bir deyişle, kişinin sadece lehine olan belirli haklara sağ doğmak şartıyla anne karnında iken bile sahip olabileceğinin kabul edilmesi, cenin dönemi için de hak ehliyetinin bulunmasını fakat borçlanabilme yönünün olmaması sebebiyle de eksik olmasını ge-

---

(8) **ZERKA**, C. II, s. 534; **HALLÂF**, s. 320; **KARAMAN**, Fıkıh Usûlü, s. 177.

(9) **GAZÂLİ**, s. 118.

(10) **BARDAKOĞLU**, Ehliyet, s. 534.

(11) Günümüz hukukunda da hak ehliyetine sahip olmakla hukuk nazarında kişi sayılmak aynı anlama gelir. Bu iki kavramı birbirinden ayırmak imkansızdır. Bkz. **ZEYDAN**, Medhal, s. 262; **KÖPRÜLÜ**, s. 188-189; **AYAN**, s. 197; **ŞA'BÂN**, Usûl, s. 250.

(12) **BARDAKOĞLU**, Ehliyet, s. 534.

(13) **ATAR**, Usûl, s. 143; **MARDİN**, C. II, s. 258; **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 92-93; **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 261-262; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 234; **CUBÛRÎ**, s. 92; **ZEYDAN**, Medhal, s. 261.

(14) Günümüz hukukunda ise, iktisap ve iltizam olarak belirtilen bu iki yön, birlikte hak ehliyetini oluşturduğundan bunlardan biri yoksa, hak ehliyetinden de söz edilemez ve bunların birbirinden ayrılmaları da düşünülemez. Bu durumuyla hak ehliyeti, bir tümü, bir statüyü yansıtır. Bu sebeple hak ehliyetinin bir hak olduğunu söyleme imkanı da yoktur. Bkz. **ZEVKLİLER**, Kişiler, s. 35.

(15) Zerka'nın, (C. II, s. 534-535), vücûb ehliyetinin unsurlarından haklara sahip olabilmeyi anlatan yönü iltizam (borçlanma) ve borçlara sahip olabilme yönünü de ilzam (bağlama) olarak belirtmesi, baskıdan veya çevirideki bir hatadan kaynaklanmıyorsa, bir yanılgı sonucu olduğu kabul edilmelidir. Gerçekte ise, haklara sahip olabilme ilzam (iktisap), borçlara sahip olabilme ise iltizam yönlerini oluşturur.

rektirmiştir (16).

Şu halde, olumlu yönü olan ilzam (iktisap), haklara sahip olabilmeyi anlatır. "Kişinin borçlandırma kabiliyeti" olarak da ifade edilen bu yön, kişide anne karnına düştüğü andan itibaren bulunmaya başlar ve ancak lehe olan hakların edinilmesini sağlar. Aleyhe olan haklar yani borçlar ise, sadece ilzam yönünün bulunması halinde söz konusu olamaz. Bunun için ayrıca iltizam yönünün de bulunması gerekir (17). Buradaki başkalarını kendisine borçlandırma ifadesi, başkalarına borç verme kudretini değil, kişinin kendi lehine başkaları üzerinde birtakım haklarının sabit olmasını ifade eder. Örneğin, bir kişinin haksız bir fiil sonucu telef edilen malının bedelini, haksız fiilde bulunan kişiden isteme hakkının olması, bu türden bir borçlandırma olup ondaki hak ehliyetinin bir sonucudur. Yine, terekeden elde edilen miras payına hak kazanma, alım-satım veya ödünç akdi dolayısıyla intikal eden mülkiyet hakkına sahip olma, muhtaç olması durumunda nafakasının başkaları tarafından karşılanması gibi haklar, hak ehliyetinin hep bu olumlu yönü (iktisap) ile kazanılır. Şu halde ilzamın (iktisabın) kapsamına, kişinin başkasından alacaklı olduğu ve bu sebeple başkasını borçlandırdığı haklar girer (18). Kişinin doğumundan önce yani cenin durumunda iken de söz konusu olan olumlu yönüyle kişi, lehine bir takım haklar kazanıp elde edebilmekte, yani başkasına karşı alacaklı duruma geçebilmektedir. Buradaki hak kazanabilme, kişinin kendi eylem ve iradesiyle hak kazanması değil, lehine hakların meydana gelebilmesi demektir. Kişinin kendi fiil ve iradesiyle hak kazanması ise hak ehliyetinin değil, fiil ehliyetinin konusudur.

Hak ehliyetinin iltizam olarak da isimlendirilen olumsuz yönü ise, kişi için aleyhte hakların meydana gelmesine yani borçlara sahip olabilmeye ilişkindir. Bunu "kişinin borçlanma salahiyeti" olarak da isimlendirmek mümkündür. Buradaki, kişinin kendisini başkalarına borçlandırma ifadesi, başkalarının o kişi üzerinde, kanuni temsilcilik (velâyet ve vesayet) türünden olmayan birtakım haklarının sabit olduğunu belirtir. İltizam yönü sağ doğumla birlikte kazanıldığı için, cenin için söz konusu olamaz. Ancak sağ doğumla birlikte çocuk hem iktisap hem de iltizam

---

(16) **BUHÂRÎ**, s. 238-240; **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 244; **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 470; **BERKİ**, Hukuk Tarihi, s. 57; **ZEYDAN**, Usûl, s. 93.

(17) **ZERKA**, C. II, s. 534-535; **GÖKMENOĞLU**, s. 57; **BARDAKOĞLU**, Ehliyet, s. 534.

(18) **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 179; **ZERKA**, C. II, s. 534.

yönlerine sahip olur (19). İltizamın kapsamına, kişinin başkasına karşı yüklendiği sorumluluklar girer. Bu, kişinin aleyhine olarak, başkasına ait hakların meydana gelmesi anlamını taşır. Kişinin, satın aldığı malın (mebiin) bedelini (semenini) ödemesi, ödünç aldığı meblağ kadar iade etmesi, yoksul yakın akrabaların nafakalarını temin etmesi ve haksız fiil tazminatı borcu ile sorumlu olması (20) gibi yükümlülükler, hak ehliyetinin olumsuz yönü olan iltizam sayesinde gerçekleşir. Bu durumda, kanuni temsilci, çocuğa bir şey alsa, çocuk alınan şeye malik olduğu gibi, bunun karşılığında semeni ödeme borcu altına da girer (21).

III. HAK EHLİYETİNİN BAŞLANGICI

Hak ehliyeti, sadece kişilere tanınan bir ehliyet olduğuna göre, kişiliğin başlangıcı hak ehliyetinin de başlangıcı anlamına gelir. Bu açıdan konunun kişiliğin başlangıcı olarak belirtilmesi daha uygundur.

Kişiliğin süresi, iki hukukî olay ile sınırlandırılmıştır. Kural olarak, bunlardan biriyle başlayan kişilik, yine kural olarak, diğeriyle sona erer. Birinci hukukî olay doğum, ikincisi ise ölümdür. Burada 'kural olarak' denildiğine göre, kişilik bazen doğumdan önce başlayabildiği gibi, bazen ölümden sonra da bir süre devam edebilir (22).

Kişilik, kural olarak, sağ olarak doğmakla başladığına göre, doğumdan önce çocuğun hayatı annesinin hayatı ile karıştığı için ortada gerçek anlamda bir kişilik yoktur. Kaldı ki, ortada varlığı olmayan bir şeye hak tanınması da söz konusu olamaz. Cenin, ancak sağ olarak doğduğu takdirde geçmişe yürürlü olarak haklara sahip olabilir (23). Doğum gerçekleştikten sonra kişilik makable şamil olarak kazanıldığına göre, cenin, ana rahmine düştüğü andan itibaren medeni

---

(19) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 244; **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 193.

(20) Bilindiği gibi, İslâm hukukunda doğrudan haksız fiillerde kusursuz sorumluluk esas olduğu için bu tür haksız fiillerde failin eda ehliyetine sahip olması veya en azından bunun bir unsuru olan temyiz kudretine malik bulunması şartı aranmamaktadır. Bu sebeple gayrimümeyyiz küçükler, akıl hastaları kendi fiilleriyle verdikleri zarardan bizzat sorumludurlar (Mecelle m. 960). Tahrik, teşvik veya zorlama gibi bir rolü olmadıkça velilerinin bu haksız fiillerde bir tazmin yükümlülüğü mevcut değildir. Bkz. **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 235, dn. 8.

(21) **SERAHSÎ**, Usûl, s. 333; **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 261; **ZERKA**, C. II, s. 534.

(22) **ARSEBÜK**, s. 173.

(23) Kur'ân, Bakara, 2/226, 228, 231, 232, 234, 235. âyetlerde ecel ve iddetten bahsedilmekle doğacak çocuğun hakları güvence altına alınmıştır. Bkz. **BERKİ** Şakir / **HÂMİDÎ** Hayrullah, İslâm Hususi Hukukunun Ana Prensipleri, "Kur'anda Hukuk", 2. B., Ankara 1962, s. 16.

haklardan istifade eder (24).

Tabiatın kuralı gereği, bütün canlılarda bulunan başlangıç ve son, gerçek kişi olarak kabul edilen insan için de geçerlidir. Hukuk düzeni, insanı, fizik varlığının ortaya çıkması ile sona ermesi arasında kişi olarak tanır ve onun bu alandaki münasebetlerini düzenler. Bu nedenle bütün hukuk sistemleri, kişiliğin ne zaman başlayıp ne zaman sona ereceğini belirleyen kurallar koyma gereği hissetmişlerdir (25). Başka bir ifadeyle, kişiliğin ne zaman başladığı, haklara ve borçlara ehil olmanın kişiliğe bağlı bulunmasından dolayı, çok önemlidir ve bunu kanunlar belirler (26).

Kişiliğin başlaması, her şeyden önce, o varlığın artık hukukun bir süjesi haline gelmesi yönüyle önemlidir. Ancak belirtilmelidir ki, kişi, hukuk süjesi olsa da hukukun bütün kurallarına (kanun koyucunun hitabına) aynı anda muhatap olamaz, bu zamanla gerçekleşir. Tam bir hitap yani kişinin bütün yönleriyle hukukun muhatabı olması için, rüşte ulaşmasından başka hacr gibi bir takım tasarruflarını engelleyen hukukî kısıtlamaların da bulunmaması gerekir. Kişiliğin başlangıç ve sonunun tespiti, o kişiden başka diğer kimseler için de, irs, nesep gibi bazı hukukî ilişkilerin belirlenmesi yönüyle de önemlidir (27).

Kişiliğin kazanılmasıyla birlikte haklardan istifade ehliyetine (hak ehliyeti) sahip olunur. Ancak bu, anne karnındaki dönem için sadece lehine birtakım haklarla sınırlanmıştır. Kişilik kazanılmamışsa hak ehliyeti de söz konusu olmayacak, dolayısıyla, hiç bir suretle hak iktisap edilemeyeceği gibi, borç altına da girilemeyecektir. Bunun gibi, kişiliğe sahip olmayanın adı, nesebi, malvarlığı, mirasçı veya miras bırakan olması söz konusu olamayacağı gibi, hayat, sağlık, beden bütünlüğü, şeref ve haysiyet gibi şahısvarlığı hakları da kendisi için mümkün olmaya-

---

(24) Burada Romalılarda da kabul edilen bir kural geçerlidir. "Ana rahmine düşen çocuk, menfaatleri icap ettirdiği hallerde doğmuş sayılmalıdır". Bu kural, hayatın makable şumulünü tespit etmektedir.

Oysa, Alman Medeni Kanunu'nun ilk paragrafına göre, insanda haklardan yararlanma ehliyeti, doğumun tamamlanmasından itibaren mümkündür yani kişilik doğumla başlar. Fakat, Alman Ceza hukukunda kişiliğin başlangıcı daha önceye, doğum sancılarının başlangıcı ânına alınmıştır. Bkz. **ARSEBÜK**, s. 173, dn. 15, 16; **ATAAY**, s. 29.

(25) **SAYMEN**, C. II, s. 24.

(26) Ancak bütün kanunlar aynı esası benimsememiştir. Örneğin, Roma hukuku, tabii insan şeklinde doğmayan çocukları kişi olarak tanımazken, Fransız hukuku, çocuğun sağ doğmasından başka, yaşama kabiliyetine sahip bulunmasını da aramıştır. Bkz. **ARSEBÜK**, s. 173, dn. 17.

(27) **GÖKMENOĞLU**, s. 48-49.

caktır (28).

Çağımızda, hemen hemen bütün Medeni Kanunların kişiliğin ne zaman başlayıp sona ereceği hususunda kesin hükümler koyma zorunluluğu hissetmesi de bundandır. Hukuk normları, kanun tekniğinde oluşmamış hukuk sistemlerinde de, bu meseleyi neticeye bağlayan hükümler vardır. İslâm hukukundaki, klasik hukuk metinleri bu niteliktedir (29).

Şu halde, öncelikle, kişiliğin başlangıcının temel şartı olan sağ doğum konusu incelenmeli, daha sonra da cenin hakkında bilgi verilmelidir.

A. Sağ Doğum

Eski hukukumuzda kişilik, sağ doğmak şartıyla, çocuğun ana rahmine düştüğü andan itibaren (30), daha doğrusu ana rahminde teşekkülle başlar (31). "Çocuğun ana rahmine düştüğü an", cinsî münasebetin vukuu anı değil, kadının gebe kaldığı andır. Kadın gebe kaldığı anda çocuk ana rahmine düşmüştür ki, buna, hukuk dilinde, cenin adı verilir (32). Ceninin, sağ doğmak şartıyla, eksik de olsa bir kişiliği ve ehliyeti vardır (33). Sağ doğum, çocuğun kişiliğini dolayısıyla lehine olan hususlarda hak ehliyetini, ana rahmine düştüğü ana kadar geri götürür ve

---

(28) **SAYMEN**, C. II, s. 28.

(29) **GÖKMENOĞLU**, s. 49.

(30) Bugünkü hukukumuzda ise, TMK. m. 27 gereği, hak ehliyeti ve kişilik, sağ ve tam doğumla başlamasına rağmen, haklarının korunması açısından cenin, sağ doğmak şartıyla, ana rahmine düştüğü andan itibaren medeni haklarından yararlanır. Doğum, çocuğun ana bedeninden ayrıldığı anda sağ ise gerçekleşmiş sayılır. Tam doğum, ana vücudundan bütünüyle ayrılmayı ifade eder. Sadece başı çıkan çocuk, hayat eseri gösterdikten sonra ayakları çıkmadan ölürse, kişilik kazanamadığı için medeni haklardan da istifade edemez. Aynı şekilde, sağ olarak vücudu kısmen ortaya çıkan ve daha sonra ölen çocuk, tam olarak annesinin bedeninden ayrılmadığı için, sağ doğmuş kabul edilemez. Göbeği kesilmemiş çocuğun tamamen doğmuş sayılıp sayılmayacağı hususu ise tartışmalıdır. Mardin'e göre, göbek kordonu çocuğu annesine bağladığı için bunun kesilmesi, tam doğum için şarttır. Doktrindeki ağırlıklı görüş ise, doğumun tamamlanmış olması için göbek kordonunun kesilmesine de çocuk eşinin ayrılmasına da gerek olmadığı yönündedir. Tam doğmak, çocuğun bütün organlarının tamam olması anlamına gelmez. Bkz. **GÖK** Şemsi, Adlî Tıp, 5. B. , İstanbul 1983, s. 294; **MARDİN**, C. II, s. 269; **TEKİNAY**, Kişiler, s. 183; **ATAAY**, s. 30; **İMRE**, Şahıslar Hukuku, s. 332; **AYAN**, s. 195; **ÖZSUNAY**, Kişiler, s. 13.

(31) **DÖNDÜREN** Hamdi, Delilleriyle İslâm Hukuku, Şahıs, Âile ve Çözümlü Miras, 2. B., İstanbul 1983, s. 118; **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 92; **ZERKA**, C. III, s. 944; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 231; **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 144; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 13; **KARAMAN**, Anahatlarıyla, C. II, s. 23.

(32) **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 113; **SÂMİ**, c. I, S. 167.

(33) **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 13; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 174; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 231.

kişiliğe bağlanan hukukî sonuçlar bu andan itibaren yürümeye başlar (34). Kişiliğin başlaması (kazanılması), ancak sağ doğumla mümkün olduğuna göre, sağ doğumla neyin kastedildiği ve doğumun nasıl gerçekleştiği bu noktada önem kazanır.

Doğumla, çocuğun anne vücudundan tam olarak ayrılması mı yoksa kısmen ayrılması mı kastedilir? Tam doğum, çocuğun ana bedeninden tümüyle ayrılmasını, başka bir ifadeyle, doğumun tamamlandığını belirtir. Çocuğun anasından tam olarak ayrılması, ana rahmi dışında ve anasından bağımsız olarak yaşamaya başlamasını ifade eder. Kısmî ayrılık ise, çocuğun ana bedeninden ne kadarının dışarıya çıktığına ilişkin bir durumdur.

Eski hukukumuzda, kişiliğin başlayabilmesi için, tam doğum şartı aranmamıştır (35). Çocuk, anne bedeninden tamamen ayrıldığı anda sağ ise sorun yoktur. Bu durumda kişilik, anne rahmine düştüğü andan itibaren (geçmişe yürüyerek) başlamış olur (36). Ancak kısmen ayrılık söz konusu olmuşsa, bu durumda çocuğun vücudunun, annesinden sağ olarak ne kadar kısmının ayrıldığına bakılır.

Hanefîlere göre, çocuğun yarısından fazlasının dışarı çıkması halinde canlılık belirtisi görülmüşse, o çocuk sağ doğmuş kabul edilir (37). Ana bedeninden tümüyle ayrılmanın gerekmediğini belirten bu görüşün temelinde, çoğa verilen hükmün aza da geçerli olacağı yönündeki genel kural yatmaktadır: "İtibar gâlib-i şâyia olup, nâdire değildir." (Mecelle m.42). Hanefî hukukçulara göre, çocuğun büyük kısmının sağ olarak dışarı çıkması, tamamının sağ olarak dışarı çıkması hükmündedir (38). Ahvâl-i Şahsiye'de (m. 631) de aynı görüş esas alınmıştır: "...Ana rahmindeki cenin (haml), ... ana rahminden sağ olarak ekserisi ayrıldıktan sonra ölürse mirasçı olabilir. Yoksa

---

(34) Bugünkü hukukumuzda da bazı yazarlar, kişiliğin kazanıldığı anı, sağ doğmak şartıyla ana rahmine düştüğü an olarak değerlendirmektedirler. Kişilik ve dolayısıyla hak ehliyeti, ana rahmine düşme tarihinden itibaren başladığına göre, çocuk henüz cenin iken kendisine karşı işlenen bir haksız fiilden dolayı, sağ olarak doğduktan sonra, tazminat davası açma hakkına sahiptir. Bu dava çocuk adına tabiatıyla kanuni temsilcisi tarafından açılır. Bkz. **TEKİNAY**, Kişiler, s. 184-185; **ARSEBÜK**, s. 173.

(35) Ancak doktrindeki çoğunluk ve özellikle Şafiîler, çocuğun kişiliğinin başlayabilmesi için sağ doğumun yanında tam doğum şartını da aramışlardır. Bkz. **İBN KUDÂME** Abdullah b. Ahmed, el-Muğni, C. VI, Kahire 1970, s. 317; **UZUNPOSTALCI** Mustafa, "Cenin", DİA, C. VII, İstanbul 1993, s. 370.

(36) **BİLMEN**, C. V, s. 359.

(37) **İBN ÂBİDÎN** Muhammed Emîn, Reddü'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtar, Hâşiyetü İbn Âbidîn,C. I, 3. B., Beyrut 1987, s. 595; **BERKİ** Ali Himmet, Miras ve Tatbikat, Ankara 1968, s. 18.

(38) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. XIV, s. 505-506; **MARDİN**, C. II, s. 269; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 231; **DURAL**, s. 16; **ZEVKLİLER**, Kişiler, s. 17-18.

ceninin vücudunun az bir kısmı sağken ana rahminden ayrıldıktan sonra cenin ölürse, mirasçı olamaz..." (39).

Vücudun büyük kısmının dışarıya çıkması, çocuğun doğumunun yapıldığı şekle göre değişir. Başka bir deyişle, vücudun büyük kısmının çıktığını belirlemek için, çocuğun ne şekilde geldiğine bakılır. Çocuk, başıyla (normal olarak) gelmiş ise göğsünün çıkmasıyla; ayağıyla (ters olarak) gelmiş ise göbeğinden fazla kısmının çıkmasıyla vücudun büyük kısmının çıktığı yani doğduğu kabul olunur (40). Şu halde, normal doğumlarda sadece başın, ters doğumlarda ise sadece ayağın veya göbeğin çıkması yeterli olmadığı için, bu durumda çocuk ölürse ölü doğmuş sayılır. Aynı şekilde, çocuk tam ayrılmadan, henüz başı rahimden dışarıda iken ağlar ve hemen ölürse ona ölü doğmuş nazarıyla bakılır (41). Vücudun çoğunun anadan ayrılması, doğum için yeterli görüldüğüne göre, ayrılmadan sonra göbek kesilmiş midir, kesilmemiş midir diye araştırmaya gerek kalmaz.

Sağ doğmak, gerçekten veya hükmen (takdiren) sağ doğmak üzere iki türdür.

1. Gerçekten Sağ Doğum

Kişiliğin geçmişe yürür şekilde başlayabilmesi için, çocuğun, her şeyden önce gerçekten sağ olarak doğması gerekir. Gerçekten sağ doğum, çocuğun canlı bir şekilde anasından ayrılması durumudur. Annesinden yaşama belirtileri göstererek ayrılan çocuk gerçekten sağ doğmuş demektir (42).

İnsanın kişi olarak kabulü yani hak ehliyetine sahip olabilmesi için ilk şart, gerçekten sağ doğmadır. Hukuk ancak yaşayan insanlara birtakım salahiyetler tanır, ancak bunlar için kurallar koyar ve bunların ilişkilerini düzenler; zira yaşayan varlıkların gelişmiş veya gelişebilecek iradeleri vardır. Bu itibarla çocuğun kişi olarak nitelendirilebilmesi için gerçekten sağ doğması zorunlu olduğuna göre, anne rahminden ölü çıkan çocuğun kural olarak kişiliği olamaz; medeni

---

(39) **KADRİ PAŞA**, s. 84.

(40) **BERKİ** Ali Himmet, İslâm Hukukunda Ferâiz ve İntikal, Sadeleştiren İrfan Yücel, 3. B., Ankara 1986, s. 29, dn. 10; **İBN ÂBİDÎN**, C. I, s. 595; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. XIV, s. 505-506; **UZUNPOSTALCI**, Cenin, s. 370.

(41) **BİLMEN**, C. V, s. 359; **ARSEBÜK**, s. 173, dn. 17; **ATAAY**, s. 29-31; **SAYMEN**, C. II, s. 27; **ŞAFAK**, s. 110.

(42) **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 13; **BİLMEN**, C. V, s. 359; **BERKİ**, Ferâiz ve İntikal, s. 29.

haklardan istifade ehliyetini kazanamaz (43).

Çocuğun sağ doğması, onun uzun zaman yaşamasını ifade etmeyeceği için, bir an bile yaşamış olsa sağ olarak doğmuş kabul edilir. Başka bir ifadeyle, sağ doğmak, çocuğun ana bedeninden yaşayarak ayrılması anlamına gelir. Bununla, çocuğun kural olarak (44), yaşama kabiliyetine sahip olmasının aranmayacağı belirtilir (45). Dolayısıyla, yaşama ihtimali bulunmasa bile, yapışık doğan çocuklar, sağ olarak doğdukları takdirde hak ehliyetine sahip sayılırlar. Herhangi bir uzvu eksik veya normal olmayan ve bu sebeple de yaşayamayacak durumda bulunan çocuk da kişilik kazanır (46). Ancak, çocuk insan soyundan gelmiş olsa bile, insan şeklinde de olmalıdır (47). Bu açıdan hilkat garibesi olarak dünyaya gelmek, kişi olarak nitelendirilmeye engeldir (48). Bunun dışında, çocuğun tıbbi müdahale ile (forseps) veya müdahalesiz dünyaya gelmesi ile ameliyatla (sezaryen) doğumun gerçekleşmesinin önemi yoktur (49).

Çocuğun sağ olarak doğduğu, bir takım hayat belirtilerinin bulunmasıyla anlaşılır. Bunlar, nefes alıp verme, kalbin atması, ağlama, bağırma, gülme, aksırma, hareket etme ve emme gibi belirtilerdir (50). Hz. Peygamberin, "Doğan çocuk ağlar sonra ölürse, varis olur ve ona varis olunur. Ağlamazsa (ölü doğarsa), ne varis olur ne de ona varis olunur." (51) sözü, çocuğun ağlayarak hayat emaresi göstermesine, dolayısıyla da kişiliğini ancak sağ doğumla kazanacağına işaret etmektedir

---

(43) **SAYMEN**, C. II, s. 25.

(44) Hanbelîler, ceninin sağ olarak anne rahminden ayrıldığını kabul etmek için canlılığın devamını şart koşarlar, anne rahminden ayrılış anında veya tam çıktığı sıradaki bir tek feryadı yeterli bulmazlar, süt emmesi şartını ararlar. Bkz. **UDEH** Abdülkadir, Mukayeseli İslâm Hukuku ve Beşeri Hukuk, C. III, Terc. Ali Şafak, Ankara 1991, s. 278; **BİLMEN**, C. V, s. 359.

(45) Ancak Fransız hukuku (Code Civil, Art. 725, 906), çocuğun sağ doğmasını kişilik kazanması için yeterli görmemekte, bunun yanında, yaşama yeteneğine (kabiliyetine) sahip bulunmasını da aramaktadır. Fakat yaşama yeteneğine sahip bulunma ile ne kastedildiği açıklanmamıştır. Bunun yanında, İspanyol Medeni Kanunu ise, çocuğun en az 24 saat yaşamış olmasını hak ehliyetinin kazanılması için gerekli görmektedir. Bkz. **ARSEBÜK**, s. 173, dn. 17; **ÖZSUNAY**, Kişiler, s. 15; **TEKİNAY**, Kişiler, s. 183.

(46) **SAYMEN**, C. II, s. 26.

(47) **BİLGİN**, s. 45. Roma hukukunda da, çocuğun şahsiyet kazanabilmesi için insan şeklinde olması gerekirdi. Bkz. **UMUR** Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1987, s. 155; **ATAAY**, s. 31.

(48) Günümüz hukukumuzda ise, kişiliğin başlangıcı için, insan kökünden gelme ve sağ olarak tam doğum yeterli sayılıp, insan biçiminde olma şartı aranmamıştır. Bkz. **ÖZSUNAY**, Kişiler, s. 15.

(49) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. XII, s. 139.

(50) **İBN RÜŞD** el-Kurtubî, Ebi'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmed, Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid, C. II, Kahire 1986, s. 295; **UDEH**, C. III, s. 278.

(51) **CANAN**, C. XIII, s. 319-320.

(52). Yaşadığı tespit edilen çocuğun, hareket etmesi veya ağlaması şart değildir (53). Bunun dışında, sadece hareket etmek yani bir organın kımıldaması sağ doğum belirtisi olarak kabul edilemez. Çünkü soyut hareket, dar yerden çıkmayı takip eden cismin titremesinden ileri gelebilir (54). Bunun için, hareketle beraber başka hayat belirtisinin de bulunması gerekir. Çocuğun teneffüs edip etmediği otopside, ciğerlerin muayenesi ile anlaşılabilir (55). Denilebilir ki, çocuk insan neslinden gelmek ve insan şekline benzemek şartıyla, nasıl doğarsa doğsun, bir an nefes almış, ağlamış, gülmüş veya aksırmış ise hukuken kişi olarak kabul edilir (56).

Çocuğun gerçekten sağ ya da ölü doğduğuna ilişkin iddialarda, ispat yükü, bunu iddia edene aittir (57). Bu hususta Mecelle m. 76'daki "beyyine müddeî için"dir kuralı uygulama alanı bulur. Doğum hususundaki şahitlikte iki kişinin değil, sadece bir kadının şahitliği yeterli görülmüştür (58). Şu halde, çocuğun sağ doğduğuna (istihlâl-i sabî) yalnızca bir kadın bile şahitlikte bulunabilir. Bu durumda, çocuğun mirasa hak kazanacağı, gerek Mecelle gerekse doktrindeki çoğunluk tarafından kabul edilmiştir (59). Ancak Osmanlı Devleti'nde Mecelle'ye kadar, Ebû Hanife'nin, kadınların bu konudaki şahitliğinin miras konusunda geçerli olmayacağı yönündeki görüşü uygulanmıştır (60).

UVKR'nun birinci maddesi, "İnsanın leh ve aleyhte hukuk terettübüne salih zimmeti veladetiyle başlar" demekte ancak bu veladetin (doğumun) gerçekten sağ doğum olması gerektiğini belirt-

---

(52) **CANAN**, C. XIII, s. 320.

(53) Roma hukukunda, ilk zamanlarda, sağ doğum için ceninden ses duyulması aranırken, daha sonraları, nefes alma, hareket etme gibi hayat belirtileri de dikkate alınmıştır. Cermen hukukunda ise, sağ doğumun kabulü için, çocuğun sesinin, doğum yapılan odanın dört bir yanından işitilmesi veya ceninin gözlerinin yukarıya bakması gibi daha ağır şartlar aranmıştır. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 268-269.

(54) **UDEH**, C. III, s. 278; **İBN ÂBİDÎN**, C. I, s. 595, C. V, s. 377; **ŞAFAK**, s. 110.

(55) Çocuğun sağ (canlı) doğup doğmadığı, ciğerinin çıkarılıp su ile dolu bir kaba bırakılması sonucu anlaşılabilir. Eğer ciğer, suyun üstünde kalırsa, havanın ciğerlere girdiği anlaşıldığından nefes aldığı, dolayısıyla sağ doğduğu; şayet suya batarsa, nefes almadığı dolayısıyla ölü doğduğu tıbben belirlenmiş olur. Bkz. **GÖK**, s. 293, 349-358.

(56) **SAYMEN**, C. II, s. 26; **MARDİN**, C. II, s. 268-269.

(57) Bugünkü hukukumuzda da, aynı esas TMK. m. 6 gereği uygulama alanı bulmaktadır. Bkz. **ÖZSUNAY**, Kişiler, s. 13.

(58) **BAYINDIR** Abdülaziz, İslâm Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması), İstanbul 1986, s. 164; **SERAHSÎ**, Mebsût, C. XVI, s. 142; **MARDİN**, C. II, s. 269; **ZERKA**, C. III, s. 947.

(59) **MECELLE** m. 1685; **MES'ÛD EFENDİ** Kayseri Müftüsü, Mir'ât-ı Mecelle, İstanbul 1302, s. 655; **ALİ HAYDAR**, C. IV, s. 400.

(60) **BAYINDIR**, s. 165.

memekte; bunu ikinci maddedeki, "...Fakat ceninin ... hayyen tevellüt etmesi şarttır..." (61) ifadesi bir ölçüde aydınlatmaktadır. Bu hususa UVKR birinci ve ikinci maddelerinin esbâb-ı mûcibesinde "...ceninin hak sahibi olabilmesi için ... berhayat olarak doğumu şart olduğundan..." denilerek açıklık getirilmektedir. Buna göre, gerçekten sağ doğum, çocuğun annesinden canlı olarak ayrılmasıyla gerçekleşir. Ahvâl-i Şahsiye m. 631'de de bu husus belirtilmiştir: "Ana rahmindeki cenin (haml), sağ olarak doğarsa ... mirasçı olabilir" (62).

2. Hükmen (Takdiren) Sağ Doğum

Takdiren sağ olmak, ana rahminde bulunan çocuğa özgü bir durumdur. Eski hukukumuz, gerçekte ölü olarak dünyaya gelen çocuğu, bazı hallerde sağ olarak doğmuş kabul etmektedir ki, buna hükmen (takdiren) sağ doğum adı verilir (63). Hükmen sağ kabul edilen ölü doğum, tehdit, korkutma veya ilaç kullanma sonucunda gerçekleşebileceği gibi bir müessir fiil sonucu da olabilir (64). Başkasının fiiliyle düşen ceninin "müstebînü'l-hilka" (uzuvlarından biri belirmiş) cenin olması gerekir. Ceninin düşmesine sebep olan kişinin ise, ceninin annesi, babası veya başka bir kimse olması, bu kişinin ceninin düşmesini kastedip etmemesi sonucu değiştirmez. Cenin, eğer kendiliğinden düşmüş ise bu, hükmen sağ doğum olarak değerlendirilmez (65).

Tehdit, korkutma ve müessir fiil gibi sebeplerle çocuğun düşmesi durumunda, çocuk sağ doğmuş ve sonra ölmüş kabul edildiği için, ceninin, hamilelik esnasında kesinleşen hakları, sağ doğduktan sonra ölen çocukta olduğu gibi, mirasçılarına intikal eder (66).

Eski hukukumuz, cenine karşı bir cinayet işlenmesi yani çocuk düşürme fiilinin gerçek-

---

(61) TMK. m. 27/II'ye göre de, "Çocuk sağ doğmak şartıyla ana rahmine düştüğü andan itibaren medenî haklardan istifade eder".

(62) **KADRİ PAŞA** Muhammed, el-Ahkâmü'ş-Şer'iyye fi'l-Ahvâli'ş-Şahsiyye ala Mezhebi'l-İmam Ebî Hanîfeti'n-Numan, Kahire 1318, s. 84.

(63) **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 13; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. XIV, s. 505; **BERKİ**, Ferâiz ve İntikal, s. 19, 29; **BİLMEN**, C. V, s. 359; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 231; **ZERKA**, C. II, s. 540, dn. 11.
Günümüz hukukunda, hükmen sağ doğum gibi bir durum söz konusu değildir. TMK. m. 27'nin açık ifadesi, sağ doğum şartının hiç bir zaman değişmeyeceğini ortaya koymaktadır.

(64) **KOÇAK** Muhsin, "Gurre", DİA, C. XIV, İstanbul 1996, s. 211; **BİLMEN**, C. V, s. 359-360.

(65) **ÇEKER** Orhan, "Çocuk Düşürme", DİA, C. VIII, İstanbul 1993, s. 365; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. XIII, s. 16-20; **KOÇAK**, s. 211; **MARDİN**, C. II, s. 273.

(66) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. XIII, s. 19; **ÇEKER**, "Çocuk Düşürme", s. 365;

leşmesi halinde, gurre (67) adı verilen bir ceza-tazminat ödenmesini öngörmüştür (68). Düşürülen çocuğa mirasçı olunması, kendisine karşı işlenen suça ceza gerekmesi onun sağ doğduğunu ve sağ doğmakla birlikte öldüğünün delilidir. Bilindiği gibi, ancak sağ olup ölen kimseye mirasçı olunabilir. Yine, çocuğun düşürülmesinden hemen önce, onun mirasçısı olabileceği bir yakını ölse, düşürülen çocuk da ona mirasçı olabilir (69). Ahvâl-i Şahsiye'de de, gerçekten sağ doğum olmadan kişilik kazanmanın tek istisnasının hükmen sağ doğum olduğu belirtilmektedir: "... Bu hükmün tek istisnası, ceninin ana rahminden bir haksız fiil (cinayet) sonucu ayrılmış olmasıdır ki bu durumda ana rahminden nasıl ayrılırsa ayrılsın, cenin hem mirasçı hem de mûris olur" (m. 631) (70). Ancak belirtmek gerekir ki, hükmen sağ doğum konusunda hukukçular arasında görüş birliği yoktur. Şafiî ve Malikîlere göre, düşürülen çocuk hükmen sağ doğmuş kabul edilmez (71).

Hanefîlerin görüşünü kabul eden UVKR'nun ikinci maddesi ise, düşürülmesi tazminatı gerektiren ceninin ölü olarak doğması durumunda hak sahibi olacağını ve alınacak tazminatın (gurre) mirasçılarına verileceğini kabul etmiştir: "...Sıkıtı (düşürülmesi) mûcib-i zamân olarak meyyiten (ölü olarak) tevellüt eden cenin dahi nâil-i hak addolunur ve alınacak bedel-i zamân kendisine izâfeten veresesine verilir".

B. Cenin

1. Kavram

Sözlükte, gizlenmiş, örtülmüş anlamına gelen cenin, henüz doğmamış çocuğa dış dünyaya

---

(67) Bu konuda bkz. aşa.§ 3, III, B, 6. "Hukuk Alanında Korunması".

(68) Eski hukukumuz, bu konuda hakime takdir yetkisi tanımamış ve ceninin düşürülmesinde öngörülen gurre tazminatını ayrıntısı ile tespit etmiş, kesin olarak belirlemiştir. Bugünkü hukukumuzda ise, hakimin bu babta hükmedeceği tazminat için bir sınır tespit edilmiş değildir. Eğer ceninin ölü olarak doğmasına neden olacak şekilde özel bir düzen kurulduğu yönünde hakime bir kanaat verilirse, hâkim buna karşı zarar görenin uğradığı bütün zararları telafi ettirecek şekilde hüküm verme yetkisine sahiptir. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 274.

Hatta modern hukukta, örneğin Alman Federal Mahkemesi, ceninin anne karnında iken değişik şekillerde zarar görmesi halinde, sağ doğması aranmaksızın, tazminat hakkının doğmuş sayıldığını kabul etmektedir. Bu cenine tanınan kişilik ve hak ehliyetinin ve özellikle yaşama hakkının bir sonucu olarak görülmektedir. Bkz. **SUNGURBEY** İsmet, Hayvan Hakları, İstanbul 1992, s. 80.

(69) **BİLMEN**, C. V, s. 359; 360; **MARDİN**, C. II, s. 274.

(70) **KADRİ PAŞA**, s. 84.

(71) **ÇEKER** Orhan, İslâm Hukukunda Çocuk, İstanbul 1990, s. 141; **BİLMEN**, C. V, s. 359.

karşı rahimde gizli ve örtülü bulunduğu için verilen isimdir (72). "Anne karnında doğuma yönelik gelişme sürecindeki döl (73)" olarak da ifade edilen cenine "haml" adı da verilir (74).

Ceninin anne karnında geçirdiği çeşitli devreleri vardır. Hukukî açıdan, cenine "ruh üflenmesi" esas alınarak yapılan, ruhun üflenmesinden önceki ve sonraki dönem önemlidir. Cenine ruhun dört ay sonra (120 gün sonra) üflendiği konusunda doktrinde görüş birliği bulunmakta ve ceninin vücut yapısının ancak bu safhada tamamlandığı ve bilinen anlamda canlanmaya başladığı kabul edilmektedir (75). Ruhun üflenmesi, özellikle çocuk düşürme konusunda kriter olarak kabul edilir. Genel olarak ruh üflendikten sonra çocuk düşürmenin ve aldırmanın yasak (haram) olduğu ve bu davranışın cinayet kabul edileceği konusunda hukukçular görüş birliği içindedir (76).

Cenin için annesinin rahminde canlanmış olup olmamasına göre yapılan hayat sahibi cenin-hayat sahibi olmayan cenin ayırımından başka, yaratılışının çeşitli safhalarına göre de dörtlü bir ayırım yapılır: 1- Organları henüz belirmemiş cenin (gayri müstebîni'l-hilka cenin). Bu, kan parçası mesabesindedir. 2- Yaratılışı ve organları belirmiş olan cenin (müstebînü'l-hilka cenin). 3- Organları kısmen teşekkül etmiş cenin (gayri tammü'l-hilka cenin). 4- Bütün organları tam manasıyla teşekkül etmiş olan cenin (tammü'l-hilka cenin). Başı, tırnakları, tüyleri belli olan cenin, tammü'l-hilka hükmündedir (77).

---

(72) **ASIM EFENDİ**, Kamus Tercemesi C. IV, İstanbul 1305, s. 582; **İBN MANZÛR**, C. XVI, s. 245; **MUSTAFA** ve diğerleri, C. I, s. 141.

(73) Türkçe'de "döl" sözcüğü, bir kimsenin soyundan gelen birey anlamında kullanıldığı gibi; zürriyet, nesil, soy anlamı da taşır. Bundan, "cenin" karşılığı olarak "dölüt" sözcüğü türetilmiştir. Şemseddin Sami'nin sözlüğünde, "foetus" karşılığı olarak döl de zikredilir. Cenine, tıpta foetus (=döl), hukukta ise nasciturus (=doğması gereken) da denir. Roma hukukunda, "nasciturus pro jam nato habetur" (cenin doğmuş gibi tutulur) kuralı geçerlidir. Bkz. **SÂMİ,** C. I, s. 167; **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 28-29; **ZEVKLİLER**, Kişiler, s. 23; **ATAAY**, s. 32.

(74) **SEYDÎŞEHRÎ** Mahmud Es'ad b. Emin, Ferâidü'l-Ferâiz, İzmir 1311, s. 30; **TÜRK HUKUK LÛGATI**, s. 48; **YILMAZ**, s. 132, 189; **BİLMEN**, C. III, s. 145; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. XIV, s. 505.

(75) **SERAHSÎ**, Mebsût, C. VI, s. 44; **ÇEKER**, Çocuk Düşürme, s. 364.

(76) **BİLMEN**, C. III, s. 149-150; **ÇEKER**, Çocuk Düşürme, s. 364.

(77) **CEZÎRÎ** Abdurrahman, Dört Mezhebe Göre İslâm Fıkhı, C. VIII, 2. B., Çev. Mehmet Keskin, İstanbul 1991, s. 3409; **ŞAFAK**, s. 109; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. XIII, s. 16; **BİLMEN**, C. III, s. 145.

2. Hukuki Durumu

Klasik kaynaklarda ceninin hukukî durumuna ilişkin bilgiler, insan hayatının ehliyet bakımından aşamaları içinde ilk sırada yer alan cenin döneminde verilmekte ve bu dönem, çocuğun ana rahmine düşmesinden doğumuna kadar süren devre olarak belirtilmektedir.

Bilindiği gibi, eski hukukumuza göre, sağ doğmak şartıyla, ana rahmine düştüğü andan itibaren başlayan kişilik, cenin için de söz konusudur (78). Ceninin, sağ doğma şartına bağlı bulunan ve sadece lehine bazı hakları kazanmaya elverişli olan eksik bir kişilik ve ehliyete sahip kılınmasıyla, doğum zamanına kadar zayi olması muhtemel birtakım hakların korunması, karışıklık ve haksızlıkların önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Sağ doğmak şartıyla cenine kişilik tanınmasında, hamileliğin zaruret halleri dışında sona erdirilmesinin kabul edilmemesi, dışardan yapılan bir müdahale ile çocuğun düşürülmesinin cinayet olarak değerlendirilip tazminatla (gurre) cezalandırılması da etken olmuştur (79). Başka bir deyişle, hukukçuların, hamileliğin zaruret halleri dışında sona erdirilmesini kabul etmemeleri ve dışardan yapılan bir müdahale ile çocuğun düşürülmesini ona karşı bir cinayet kabul edip diyetle cezalandırmaları, çocuğun teşekkülden itibaren bir kişi olarak kabul edilmesi sebebiyledir. Şu halde, henüz doğmadan önceki süreçte ceninin kişiliğinin ve ehliyetinin eksik sayılması, sağ doğmadığı fakat sağ takdir edildiği düşüncesine dayanır (80).

Kaynaklarda, ana rahminde teşekkül etmiş çocuğa (cenine) iki açıdan bakıldığı ve buna bağlı olarak bir sonuca ulaşıldığı görülmektedir. Öncelikle, annesinden bir parça olması, hareket, sükûn ve gıda gibi bazı bakımlardan ona bağlı bulunması açısından ele alınan cenin, kişiliğe (zimmete) ve hak ehliyetine sahip bir varlık olarak görülmemiştir. Diğer taraftan, hayat sahibi olması, ayrı bir varlığı bulunması ve annesinden belirli bir süre sonra tamamen ayrılacak olması

---

(78) Günümüz hukukunda da, TMK. m. 27/II'nin "Çocuk, sağ doğmak şartiyle, ana rahmine düştüğü andan itibaren medeni haklardan istifade eder" hükmü, ceninin kişiliğinin, sağ ve tam olarak doğma şartlarının gerçekleşmesi halinde, ana rahmine düşme anından itibaren başlayacağını belirtmektedir. Doktrinde, kişiliğin kazanılması bakımından burada taliki şartın bulunduğu ifade edilmiştir. Bkz. **AYAN**, s. 195-196.

(79) **CEZÎRÎ**, C. VIII, s. 3407; **UZUNPOSTALCI**, Cenin, s. 369; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 174.

(80) **BUHÂRÎ**, s. 240; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 231; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 13.

yönüyle bakıldığında da onun kişiliğe ve hak ehliyetine sahip olacağı düşünülmüştür (81). Bu iki durumdan birini tercih edemeyen hukukçular, orta bir yol izleyip her ikisini de ayrı ayrı kullanarak, henüz doğmaması yani müstakil bir varlık olmaması sebebiyle borçlanamayacağını (aleyhine vücûb olamayacağını), hayat sahibi bulunması yönüyle de ancak kabule ihtiyaç duyulmayan belirli haklara sahip olabileceğini (lehinde vücûb olacağını) belirtmişlerdir. Ceninin bazı haklara sahip olmasına karşın borçlanma ehliyetinin bulunmaması onun ehliyetinin "eksik hak ehliyeti" olarak nitelenmesine neden olmuştur (82).

Her şeyden önce yaşama hakkına sahip olan ceninin hak ehliyetinin eksik olması, sağ doğması şartıyla, sadece lehine birtakım hakları kazanma (ilzam) yönünün bulunması ama borçlanmaya (iltizama) ehil olmaması sebebiyledir. Cenin, lehine olan her türlü hakka değil, ancak belirli haklara sahip olabilir. Cenini borçlandırmayan ve kabulüne gerek duyulmayan bu haklar, her şeyden önce yaşama hakkını gerektirir (83). Sonra, ilgilinin kabul ettiğini açıklamasına gerek olmayan diğer medeni haklar, nesep, miras, intikal, vasiyet, vakıf, ikrar ve ıtk (azat olma hakkı)tan ibarettir (84).

Şu halde ceninin, anne ve babasıyla nesep, bunlar vasıtasıyla da diğer yakınlarıyla akrabalık ilişkisi doğar ve bu sebeple miras bırakan bir yakınının ölmesi halinde ona mirasçı olur. Cenin, veli veya vasi gibi bir temsilcinin kabul beyanına gerek olmaksızın kendisi lehine yapılan vasiyet konusu mala hak kazanır. Aynı durum tek taraflı irade beyanı ile tamamlanan vakıf için de söz konusudur (85). Bunların dışındaki bir hakkın, örneğin cenin lehine bağışlama (86) gibi,

---

(81) **MAHMESÂNÎ** Subhî, en-Nazariyyetü'l-Âmme li'l-Mûcebât ve'l-Ukûd, C. II, Beyrut 1948, s. 357; **HUDARÎ BEY**, s. 99; **CEZÎRÎ**, C. VIII, s. 3407; **HACI ÂDİL**, s. 508; **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 262; **ŞAFAK**, s. 109; **ZEYDAN**, Medhal, s. 262; **UDEH**, C. III, s. 275; **MARDİN**, C. II, s. 263.

(82) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 244; **UDEH**, C. III, s. 275; **KARAMAN**, Fıkıh Usûlü, s. 178.

(83) **AYDIN** M. Akif, Çocuk, DİA, C. VIII, İstanbul 1993, s. 361.

(84) **SERAHSÎ**, Usûl, s. 333; **CEZÎRÎ**, C. VIII, s. 3407; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 13; **BİLMEN**, C. III, s. 145; **BUHÂRÎ**, s. 240; **ZERKA**, C. III, s. 907, 944, 948; **SAVA PAŞA**, C. I, s. 165-166; **MARDİN**, C. II, s. 260-262, 264.

(85) **BERKİ**, Hukuk Tarihi, s. 57; **BARDAKOĞLU**, Ehliyet, s. 535; **UZUNPOSTALCI**, Cenin, s. 369-370; **SAYMEN**, C. II, s. 29.

(86) Mecelle'nin m. (833) "bilâ ivaz bir malı âhara temlik etmektir..." şeklinde tanımladığı ve kişinin, daha hayatta iken, başkasına karşılıksız olarak temlik ettiği mal veya bunun gibi bir tasarrufa verilen isim olan bağışlama (hibe) akdi, birinin bir malı vermesi diğerinin de almasıyla kurulmuş olur. Hibenin tamamlanması için malın, hibe edilen kişi (mevhubun leh) tarafından kabz edilmesi gerekir. Mecelle bu hususu m. 837 de, "Hibe, icab ve kabul ile mün'akid ve kabz ile tamam olur" diyerek belirtmiştir. Demek ki, satım akdi gibi temlik sonucu doğuran hibe akdinin kurucu unsuru, icab ve kabul beyanı, akdin

doğrudan cenin için doğması imkansız olduğu gibi, kanuni temsilcinin de onun adına satım sözleşmesi gibi hak ve aynı zamanda borç doğurucu bir hukukî işlem yapması da mümkün değildir. Zira cenin borçlanmaya ehil değildir. Dolayısıyla, kanuni temsilcisi, cenin için bir mal satın alacak olsa, semeni cenin borçlanmış olmaz (87).

Cenin için söz konusu olan miras, intikal, vasiyet, ikrar, vakıf ve ıtk hakları doğuma kadar bekletilir; ancak sağ doğumla birlikte, kesinleştiği andan itibaren kazanılır (88). Eğer cenin ölü doğarsa, bu haklar hiç kesinleşmemiş (keenlemyekün) gibi sayılır ve sahiplerine geri verilir.

Ceninin, hak ehliyetinin ilzam (iktisap) yönüne sahip olup iltizam (borçlandırma) yönüne ehil olmaması, onun ehliyetini "eksik hak ehliyeti (nâkıs vücûb ehliyeti)" durumuna getirmiştir (89). Eksik hak ehliyeti gereği cenin, lehine olan bazı haklara sahip olur ama başkasına karşı borçlu ve sorumlu duruma girmez (90).

UVKR'nun birinci ve ikinci maddelerin esbâb-ı mûcibesi de, ceninin sağ doğmak şartıyla, miras, intikal, lehine vasiyet, vakıfta meşrutünleh ve ikrar haklarından istifade edebileceğini belirtmektedir: "...Ceninin zimmeti ise, sadece lehine hukukun sübutuna sâlih olup aleyhine hukukun terettübüne salih değildir. ...Tatbikatta yanlışlığa mahal bırakmamak için ceninin lehine sabit olabilecek hakların nelerden ibaret olduğunun metni kanunda zikir ve tadât suretiyle tespitine lüzum görülerek onların da miras, intikal, vasiyet, vakıf ve bunlardan birine dayanan veyahut mutlak olarak vaki olan ikrardan ibaret olduğu

---

tamamlanması için de malın kabzı gerekir. Ceninin yapılan hibeyi kabz etmesi tabii olarak mümkün olmadığı için cenine yapılan hibe geçersizdir. Henüz müstakil bir kişi olarak ortada bulunmadığından cenin için bir kanuni temsilci düşünmek de zordur. İslâm hukukçularının çoğu, cenine hibe yapılamayacağı görüşündedirler. Ancak İmam Malik, cenin lehine yapılan bağışlamanın geçerli olacağını belirtmiştir. Cenin adına kabz işini kanuni temsilcisi yapar ve cenin sağ olarak doğduğunda mala sahip olur. Hibe akdi yapabilmek için, akit yapma ehliyetine sahip olmak gerekir ki bu da, kişi de en az temyiz kudretinin bulunması ile olur. Temyiz kudretine sahip olmayanların hiç bir şekilde akit ehliyetleri yoktur (Mecelle m. 852). Bkz. **ŞENER** Abdülkadir, İslâm Hukukunda Hibe, Ankara 1984, s. 40, 94; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 244.

(87) **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 92, 93; **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 244; **SEYDİŞEHRÎ**, Usûl, s. 470; **ZERKA**, C. II, s. 539, dn. 9; C. III, s. 907; **HACI ÂDİL**, s. 507-508; **ZEYDAN**, Medhal, s. 263; **CEZÎRÎ**, C. VII, s. 3407; **DÖNDÜREN**, Zimmet, s. 470-471; **ATAR**, Usûl, s. 144.

(88) **BUHÂRÎ**, s. 238.

(89) **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 262; **HACI ÂDİL**, s. 507-508; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 16; **UZUNPOSTALCI**, Cenin, s. 369.

(90) Günümüz hukukunda, mevzuatın bir kısmında ceninin lehe olan haklardan yararlanacağı keyfiyeti açıkça belirtilmiş; diğer kısmında ise bu yön meskûtünanh bırakılmıştır. Uygulama ise, lehe olan haklarda ortaya çıkmıştır. İsviçre ve Türk Medeni Kanunları, ceninin lehe olan haklardan istifadesi yolunda açık bir hüküm ihtiva etmemektedir. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 264.

tespit edildi...". Aynı hususu UVKR'nun birinci ve ikinci maddesindeki hükümler de ortaya koymaktadır: m. 1: "...cenin için madde-i âtiyede beyan olunan ahvalde yalnız lehte hukuk terettübüne sâlih zimmeti vardır."; m. 2: "Cenin, irs, intikal, vasiyet, vakıf ve bunlardan birine müstenit veya alel-ıtlak vaki olan ikrar sebeplerinden biriyle men lehü'l-hak (hak sahibi) olur".

Hukukçular, ceninin lehine olan hakların korunması için ona bir vasî tayinini genellikle kabul ederlerken; Hanefî hukukçular, vasî değil de mallarının muhafazası için yediemin atanmasının daha uygun olacağı görüşündedirler (91). Yediemin, bu malları sadece korumakla yükümlü olup, bunları işletmek ve nemalandırmak gibi yetkilere sahip değildir (92).

3. Hakları Kazanabilmesinin Şartları

Ceninin sözü edilen haklardan faydalanabilmesi için, hak doğuracak olay veya işlem anında anne karnında bulunması ve sağ olarak doğması gerekir (93). Aksi takdirde cenin yok hükmünde kabul edilir ve herhangi bir hakkı kazanamaz (94).

a. Ceninin Varlığı

Ceninin belirtilen haklardan istifade edebilmesi için, hak doğuracak tasarrufun veya olayın gerçekleşmesi sırasında anne karnında bulunduğunun kesin olarak bilinmesi gerekir (95). Bu bilinme için, asgari ve azami ölçüler getirilmiştir. Bunlar aynı zamanda hamileliğin de (96) asgari ve azami süreleridir. Ceninin nesebinin tespitiyle ilgili olarak hamileliğin asgari ve azami sü-

---

(91) Bugünkü hukukumuzda ise, TMK. m. 298, 377/III gereği, hâkim cenin için bir kayyım tayin edebilir. Kayyım tayini, gerek cenin için gerekse ceninin ölü doğması halinde malların geçeceği kimselerin haklarının korunması için gerekli görülmüştür.

(92) **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 262; **UZUNPOSTALCI**, Cenin, s. 370.

(93) Günümüz hukukunda da, mirasçılığa ehliyet için hayatta bulunmak şartı cenin için yumuşatılmıştır. Cenin, sağ doğmak şartıyla, mirasçı olabilir. Ceninin haklara ehliyeti ve bu arada mirasçılık ehliyeti, bunun sağ olarak doğması geciktirici (taliki) şartına bağlıdır. Ceninin mirasçı olabilmesi için, mirasbırakanın ölümü anında varlığı yani çocuğun ana rahmine girmiş bulunması (ananın hamile olması) şarttır. Örneğin, ölenin ölümü anında karısı hamile ise, mirasın taksimi kadının doğum yapmasına kadar geciktirilir. Çocuk sağ olarak doğarsa mirasçı olur. Bkz. **İMRE** Zahit / **ERMAN** Hasan, Miras Hukuku, İstanbul 1989, s. 277-278.

(94) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. XIV, s. 505; **BİLMEN**, C. V, s. 359.

(95) **UZUNPOSTALCI**, Cenin, s. 370; **MARDİN**, C. II, s. 265.

(96) Hak kazandırıcı muamele sırasında ceninin anne karnında bulunduğunu ifade eden "ceninlik devresi" çocuk açısından, "hamilelik devresi" ise anne açısından konmuş olan isimler olup, ikisi de anne karnında kalındığı dönemi anlatır. Bkz. **ÇEKER**, Çocuk, s. 33.

relerinin tespit edilmesi, ilerde gerçekleşmesi muhtemel çekişmelerin önüne geçtiği gibi, ceninin haklarının bilinmesini de sağlamıştır.

aa. Hamileliğin En Kısa Süresi

Hamileliğin en kısa süresi konusunda, gerek fıkıh gerekse tıp kaynakları görüş birliği içindedir. Çocuğun anne karnında kaldığı süre ile sütten kesilinceye kadar geçen sürenin (hamilelik ve süt emzirme süresinin toplamının) otuz ay olduğunu bildiren âyetle (97) çocuğu emzirme süresini iki yıl olarak belirleyen âyetler (98) birlikte değerlendirildiğinde, çocuğun anne karnında geçirdiği asgari sürenin altı ay olduğu sonucuna ulaşılır (99). Modern tıp da bu sonucu desteklemektedir (100).

Hamileliğin en kısa süresinin altı ay olması, özellikle miras hukuku açısından bir takım önemli sonuçlar doğurur. Örneğin, miras bırakanın (mûrisin) öldüğü tarihten itibaren altı ay dolmadan doğan cenin, o kişiye mirasçı olabilir. Çünkü altı ay içinde doğan çocuğun, ölüm olayı vuku bulduğu zaman kesin olarak ana karnında bulunduğu anlaşılır (101).

UVKR'nun birinci ve ikinci maddelerinin esbâb-ı mûcibesinde de hamileliğin asgari süresinin altı ay olduğu belirtilmektedir: "...kanun metninde gebelik müddetinin asgari haddi ile azami haddinin zikrine lüzum görüldü. Fakat gebelik müddetinin en azı altı ay olduğu âlimler arasında ittifaklı(dır)...". Ahvâl-i Şahsiye'nin 332 nci maddesine göre de hamilelik müddetinin en azı altı aydır (102).

---

(97) "...Ana karnında taşınması ile sütten kesilmesi otuz aydır..." (el-Ahkâf 46/15). Bkz. **ÇANTAY**, C. III, s. 923.

(98) "Anneler çocuklarını iki bütün yıl emzirirler. Bu hüküm emmeyi tamam yaptırmak isteyenler içindir ..." (el-Bakara 2/233). Bkz. **ÇANTAY**, C. I, s. 63; "...Sütten ayrılması da iki yıl sürmüştür..." (Lokmân 31/14). Bkz. **ÇANTAY**, C. II, s. 729.

(99) el-**HALEBÎ** İbrahim b. Muhammed b. İbrahim, Mülteka'l-Ebhur, İstanbul 1309, s. 65; **MOLLA HÜSREV** Mehmed b. Ferâmuz, Dürerü'l-Hükkâm fî Şerh-i Gureri'l-Ahkâm, C. I, İstanbul 1317, s. 406; **ŞA'BÂN** Zekiyüddîn, el- Ahkâmü'ş-Şer'iyye fi'l-Ahvâli'ş-Şahsiyye, Beyrut 1978, s. 558; **SERAHSÎ**, Mebsût, C. VI, s. 44; **BİLMEN**, C. II, s. 398; **SEYDÎŞEHRÎ**, Ferâiz, s. 35.

(100) Bugünkü hukukumuzda da aynı tarzda bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. TMK. m. 243, "Koca, evlendikten en az yüz seksen gün sonra doğan çocuğun kendisinden olması ihtimali bulunmadığını isbat etmedikçe çocuğu reddedemez." ve TMK. m. 244/I, "Çocuğun evlenme akdinden itibaren yüz seksen günden az bir müddette doğduğu yahut kadının gebe kaldığı zamanda kocasından ayrıldığına hükmedilmiş olduğu tebeyyün ederse; koca, red davasında başka beyyine ikamesine mecbur değildir." hükümlerinden, hamileliğin en kısa süresinin yüz seksen gün (altı ay) olacağı anlaşılmaktadır.

(101) **SERAHSÎ**, Mebsût, C. VI, s. 44-45; **BİLMEN**, C. V, s. 360; **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 143.

(102) **KADRİ PAŞA**, s. 46.

bb. Hamileliğin En Uzun Süresi

Çocuğun anne karnında kalabileceği azami süreyi açıklayan herhangi bir âyet veya hadis bulunmadığından, hukukçular, kendi zamanlarındaki bazı örneklere ve sınırlı tıp bilgilerine dayanarak bu konuda farklı süreler kabul etmişlerdir. Ancak hamileliğin doğru olarak tespitinin mümkün olduğu günümüzde tahmini ve birbirinden farklı hamilelik süreleri belirlemek söz konusu değildir. Çünkü nassın sükût ettiği noktalarda, ait oldukları ilmin kanunları uygulanır (103).

Hanefîler, hamileliğin en fazla iki sene süreceğini, diğer üç mezhep hukukçuları ise, en fazla dört sene devam edeceği görüşündedirler. Zahirilere göre ise bu süre dokuz aydır (104).

Ahvâl-i şahsiye Hanefî mezhebinin görüşünü esas aldığı için m. 332 de, "...hamilelik müddeti (nin)... normali dokuz ay ve azamisi ise iki senedir" (105) demektedir. Osmanlı Devletinde de Ebû Hanife'nin görüşü esas alınmıştır.

UVKR'nda ise, hamileliğin azami süresinin üç yüz gün olduğu belirtilmiştir: "...gebelik müddetinin ... en fazlası hakkında ihtilaf edilmiş olduğundan Komisyonumuzca bu nokta hakkında erbab-ı fennin mütalaasına lüzum görülerek vuku bulan istifsara cevaben Adlî Tıp Müessesesi tarafından gönderilen rapor münderecatına göre gebelik müddetinin azamisi üç yüz gün olmak üzere tespit edildi ..." (106).

Hamileliğin en uzun müddeti üç yüz gün olarak kabul edilirse; bir kadın, haklardan yararlanması gereken cenini, hakkı doğuran olay veya işlemin gerçekleşmesinden itibaren üç yüz gün içinde doğurursa, çocuğun hakkı doğuran olay veya işlem zamanında anne karnında bulunduğu anlaşıldığından, hak sahibi olur. Bu süre geçtikten sonra doğan çocuklar ise hak sahibi olamazlar. Örneğin, ölüm olayından on yıl sonra dünyaya gelen çocuk, ölüm anında ana karnında mevcut olmadığı gerekçesiyle mirasçı olamaz.

---

(103) **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 336; **UZUNPOSTALCI**, Cenin, s. 370.

(104) **DAMAD** Abdurrahman Efendi, Mecmau'l-Enhür fi Şerh-i Mülteka'l-Ebhur, C. I, İstanbul 1309, s. 482; **SERAHSÎ**, Mebsût, C. VI, s. 44; **MOLLA HÜSREV**, Dürer, C. I, s. 406; **BİLMEN**, C. II, s. 398; **ŞA'BÂN**, Ahkâm, s. 558.

(105) **KADRİ PAŞA**, s. 46.

(106) TMK. m. 241 de, "Evlilik mevcut iken veya zevalinden itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası, kocadır. Bu müddet geçtikten sonra, asıl olan, doğan çocuğun nesebi sahih addolunmamaktır." hükmü ile, hamileliğin en fazla üç yüz gün sürebileceğini belirtmektedir.

Cenin babasına mirasçı olacaksa, onun ölüm tarihinden itibaren iki sene içinde doğmuş olmalıdır (107). Eğer başkasına mirasçı olacaksa doğum, anası dul (evli değilse) ise kocasının ölüm tarihinden itibaren iki sene; anası evli ise altı ay içinde gerçekleşmelidir. Örneğin, ceninin miras bırakanın ana bir kardeşi olması halinde, hem ana hem de doğuracağı cenin miras hakkı sahibi olacaklarına göre, bu ceninin miras bırakanın ölümünde mirasın şartı olan anne karnında bulunduğunu kesin olarak bilebilmek için hamilelik süresinin en azı olan altı ay içinde doğmuş bulunması şartının gerçekleşmesi zorunludur. Altı aydan sonra doğan ceninin anası evli olduğuna göre, miras bırakanın ölümünden sonra peyda edilmiş olması ve sonuç olarak da olayda mirascılık şartının gerçekleşmediği düşünülür (108).

b. Ceninin Sağ Olarak Doğması

Ceninin kendisine tanınan hakları kazanabilmesi için sağ doğması şarttır (109). Şayet ölü doğarsa, kazanacağı haklar miras bırakanın veya vasiyet yapanın mirasçılarına geçtiği gibi, vakıftan yararlanma hakkı da vakfın diğer lehtarlarına intikal eder (110).

Sağ doğma şartının tek istisnası, hükmen sağ doğum durumudur (111). Ceninin hakları kazanabilmesi için gerekli olan sağ doğma şartı, taliki şarttır (112). Zira, şartın gerçekleşmesiyle bir hukukî sonuç meydana gelecek yani çocuk ana rahmine düştüğü andan itibaren kendisi için söz konusu olan hakları kazanacaktır.

---

(107) "Zeyd, dâhil olduğu karısı Hind'i talak-ı bâinle boşadıktan sonra Hind iddetinin bittiğini ikrar etmeden iki seneden az vakitte bir çocuk doğursa, bu çocuğun nesebi Zeyd'den sâbit olur mu? El-cevap: Olur". Bkz. **FETÂVÂ-YI ALİ EFENDİ**, C. I, İstanbul 1322, s. 102.

(108) **BİLMEN**, C. V, s. 360-361; **MARDİN**, C. II, s. 275.

(109) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. XIV, s. 505; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 13.

(110) **MARDİN**, C. II, s. 268; **UZUNPOSTALCI**, Cenin, s. 370.

(111) **CİN** Halil, Eski ve Yeni Türk Hukukunda Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Ankara 1979, s. 5.

(112) Şart, herhangi bir hukukî sonucun doğmasının, gelecekte ortaya çıkacak ve gerçekleşmesi şüpheli bir olaya bağlanmasıdır. Bu akdî veya kanunî olabilir. Eğer bir hukukî muamelede taraflar, bu muamelenin geçerli olması veya olmamasını gelecekteki veya şüpheli bir olaya bağlamışlarsa o zaman akdî şart; böyle bir sonuç kanun tarafından gelecekteki şüpheli bir olaya bağlanmışsa, o takdirde kanunî şart söz konusudur. Gelecekteki veya şüpheli olayın gerçekleşmesiyle hukukî sonuç hüküm ifade edecekse taliki şarttan, hükümden düşecekse infisahi şarttan söz edilir. Bkz. **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 113, dn. 4; **TÜRK HUKUK LÛGATI**, s. 308-309; **YILMAZ**, s. 667.

4. Kazanabileceği Haklar

Cenine tanınan haklar, sağ doğmaması ihtimali göz önünde bulundurularak, zaruret sınırını aşmayacak tarzda, hâkimin takdirine bırakılmadan, teker teker sayılarak tespit edilmiştir (113). Ceninin kazanabileceği (yararlanabileceği) haklar, nesep, miras, intikal, vasiyet, vakıf ve bunlardan birine dayanan ikrar ile azat olma hakkından ibarettir (114).

a. Nesep

Her insanın kendisini anne ve babasına ve onlar vasıtasıyla da diğer akrabalarına bağlayan bir nesebi vardır. Nesep belirlendikten sonra artık değişmez ve bu durum diğer akrabaların hepsine de sirayet eder. Henüz doğmamış olan anne karnındaki çocuğun da anne ve babasıyla nesep, bunlar vasıtasıyla da diğer yakınlarıyla akrabalık ilişkisi doğar. Herkes için olduğu gibi cenin için de sahih nesep en tabii haktır (115). Nesebe bağlı olarak, miras, nafaka ve velâyet hakkı doğar. Ceninin nesep hakkı, tabiiyet hakkı ile kıyaslanarak, ceninin, babasının tabi olduğu ülke vatandaşlığını kazanabilmesi hakkını da içerir. Ceninin kendisini doğuran kadınla nesep bağı tabii olarak sabittir. Bu doğurmanın meşru bir ilişki sonucu olması da gerekmez (116). Babasıyla olan nesep bağının tespiti ise üç şekilden birisiyle sabit olur: Sahih evlilik, fâsit evlilik ve evlilik şüphesiyle birleşme ve ikrar.

Sahih bir evlilik içinde doğan çocuğun nesebi tabii olarak babaya (çocuğu doğuran kadının kocasına) bağlanır (117). Yalnız bunun için çocuğun evlilikten itibaren en az altı ay sonra doğmuş olması (118), erkeğin âdeten baba olacak yaşta bulunması ve karı kocanın bir araya

---

(113) Bugünkü hukukumuzda, ceninin istifade edebileceği medeni haklar, isim verilerek birer birer sayılmış değildir. Ceninin hakkının korunması bilhassa mirasta etkisini gösterir. TMK. m. 524 ve 584, bunu açıklamaktadır. Bunun dışında, cenin için babalık davası açılabilmesi (TMK. m. 296), evlilik dışında gebe kalınmış cenin adına gerekli işlemleri yapması için kayyım tayin edilmesi (TMK. m. 298, 377/3), ceninin belirli şartlar altında destekten yoksun kalma (TBK. m. 45/II) ve manevi tazminat (TBK. m. 47) isteyebilmesi ceninle ilgili getirilmiş hükümlerdir. Bkz. **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 113-114; **AYAN**, s. 196.

(114) **SERAHSÎ**, Usûl, s. 333; **ATAR**, Usûl, s. 144; **BUHÂRÎ**, s. 239.

(115) **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 13.

(116) **BİLMEN**, C. II, s. 398.

(117) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. VIII, s. 68.

(118) Erken doğan çocuğun nesebini tespit ile ilgili Gaziantep şer'iye sicillerinden 1 nolu defterin 28. sayfasında bulunan 87 nolu hüküm 4 Rebiülevvel 938/1531 tarihli olup şu anlamdadır: "Davacılar –mahalle halkı- şer'î meclise İlyas'ı hazır edip şöyle dediler: "Davalı İlyas beş ay önce evlendi. Adı geçen kadın-

gelmediklerinin sabit olmaması gerekir. Hanefîler bu son şartı aramazlar (119). Kocası ölen veya boşanma iddeti bekleyen ve iddetinin henüz bittiğini bildirmeyen kadın, ölüm ve boşanmadan itibaren azami hamilelik süresinde doğum yaparsa, bu çocuğun nesebi de kocaya bağlanır (120).

Fasit evlilikte nesebin sübutu için nikah değil, zifaf, yani evliliğin fiilen başlamış olması şartı aranır (121). Zifaftan itibaren altı ay ile iki sene arasındaki doğumda, çocuğun nesebi, fasit nikahın tarafı olan erkeğe bağlanır. Batıl evlilikte ise nesep sabit olmaz (122).

Nesebin ikrar yoluyla sübutu, baba ile çocuk arasında uygun yaş farkı, nesebin bilinmemesi ve çocuğun zina sonucu (123) meydana geldiğinin söylenmemiş olması şartlarının gerçekleşmesi halinde mümkündür (124).

b. Miras ve İntikal

Anne karnındaki çocuğun anne ve babasıyla nesep, bunlar vasıtasıyla da diğer yakınlarıyla akrabalık ilişkisi doğar ve bu sebeple de miras bırakan bir yakınının ölmesi durumunda ona mi-

---

dan gebelik meydana geldi. En az müddet olan altı aydan eksik bir zamanda çocuk doğdu. Adı geçenden cerîme (ceza) taleb ederiz –cezalandırılmasını isteriz-. Davalı İlyas "evleneli altı ay oldu" deyince İlyas'dan delil talep edildi. Şahadeti kabul olan Müslümanlardan Yakub oğlu Seyyid Ömer ve Tursun oğlu Turmuş ve Kara Mehmed oğlu Kethüda Ahmed şahitlik yaparak dediler ki: "Davalı İlyas evleneli altı ay oldu. Ramazan'ın evvelinde evlendi". Adet üzere tezkiye ve yeminden sonra, anılan şahitlerin şahadetleri kabul edildi ve yerinde görüldü. Bu zikrolunan çocuğun nesebi adı geçen İlyas'dan sabit oldu. Konuşulanlar yazıldı ve sicile kaydolundu". Bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, İstanbul 1988, s. 293-294.

(119) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. III, s. 366-367.

(120) **HALEBÎ** İbrahim, İzahlı Mültekâ El Ebhur Tercümesi, Terc. Mustafa Uysal, C. II, Konya 1976, s. 159; **SCHACHT** J., Nikah, İA, C. IX, İstanbul 1988, s. 260; **DAMAD**, C. I, s. 483-484; **MOLLA HÜSREV**, Dürer, C. I, s. 406-409; **BİLMEN**, C. II, s. 400-401, 404; **ŞA'BÂN**, Ahkâm, s. 568, 576-577; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. III, s. 367, C. VIII, s. 123.

(121) **ŞA'BÂN**, Ahkâm, s. 579-580; **BİLMEN**, C. II, s. 404; **AYDIN**, Çocuk, s. 361.

(122) **DAMAD**, C. I, s. 484; **ŞA'BÂN**, Ahkâm, s. 579-580; **BİLMEN**, C. II, s. 404.

(123) Çocuk zina eden erkeğe neseben bağlanamaz. Erkek, doğan çocuğun kendisinden olmadığını iddia ediyorsa, çocuğun nesebinin kendisine ait olmadığını tespit ettirmek için hâkim huzurunda lian yapar. Lian, kocanın karısına zina isnat etmesi veya doğurduğu çocuğun kendisinden olmadığını söylemesi ile kadının bunu kabul etmeyerek mahkemeye müracaat etmesi sonucunda hâkim huzurunda yapılır. Lian yapacak erkek ve kadının âkıl, bâliğ, hür olmaları ve aynı zamanda daha önce zina iftirası cezasına çarptırılmamış bulunmaları gerekir. Bkz. **BİLMEN** C. II, s. 406; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. III, s. 372.

(124) **MOLLA HÜSREV**, Dürer, C. I, s. 407-409; **DAMAD**, C. I, s. 487-488; **ŞA'BÂN**, Ahkâm, s. 585-587; **SCHACHT**, Nikah, s. 260; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. III, s. 372, C. VIII, s. 108-109.

rasçı olur (125). Miras hakkı, ceninin istifade edeceği hakların başında gelir. Mirasçı olabilmek için aranan, miras bırakanın ölümü anında hayatta bulunma şartı, cenin için söz konusu olan takdirî hayatın, sağ doğmakla gerçek hayata dönüştüğü anda gerçekleşmiş sayılır (126).

Eski hukukumuzda miras, mirasçının rızası olmaksızın onun mülkiyetine geçen tam cebri mülkiyet şeklindedir ve mirasçının sorumluluğu mirastaki payı ile sınırlıdır (127). Başka bir deyişle, miras hakkı, reddi mümkün olmayan haklardandır ve sorumluluk da mirasçının terekeden istifade ettiği kısım kadardır.

Terekenin (mirasın) mirasçılara kalması demek olan intikal, şer'î ve âdi intikal olmak üzere ikiye ayrılır. Şer'î intikal, terekeye dahil taşınır ve taşınmaz bütün malların feraiz hükümlerine göre mirasçılara geçmesi; âdi intikal ise, ölenin tasarrufunda bulunan, miri arazi, gayrisahih vakıf arazi ve icareteynli vakıfların tasarruf hakkının, özel kanun tarafından öngörüldüğü şekilde intikal hakkı sahiplerine geçmesidir (128). Bu intikal kuralları, Osmanlı Devleti'nde dönem dönem farklılık göstermiştir (129).

Görüldüğü üzere, şer'i-âdi intikal olarak da ifade edilen miras veintikal farklı kurumlardır. Gerçi her ikisinde de halefiyet anlamı vardır ama miras kuralları, menkul ve arazi gibi gayrimenkul mallarda uygulama alanı buluyorken; intikal kuralları, miri arazi, gayrisahih vakıf arazi ile icareteynli vakıflarda uygulanır (130). İntikal hakkı sahipleri, özel kanununda intikalden istifade edeceği belirtilen sınırlı sayıdaki kişilerdir. Bunların alacağı paylar da şer'î miras paylarından farklıdır. Örneğin, şer'i intikalde, erkek ve kız çocuklar mirası ikili birli paylaşırlarken; âdi

---

(125) **BERKİ**, Hukuk Tarihi, s. 57.

(126) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. XIV, s. 505-506; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 155; **MARDİN**, C. II, s. 260, 264.

(127) Günümüz hukukunda ise, miras, tam cebri bir mülkiyet şeklinde değil, reddi mümkün olan bir hak olarak kabul edilmiştir. Mirasçı, mirası kabul, red veya sınırlandırılmış bir sorumlulukla (tutulan defter gereğince) kabul de edebilir. Kabul ettiğinde terekenin borçları ile de sorumlu olur. Örneğin mirasçı, "bu defter muhteviyatıyla sorumluluğu kabul ederim, fazlasını kabul etmem" diyebilir. Fakat mirası mutlak kabul ederse "ancak elime geçen şeyle sorumlu olurum" diyemez, şahsi mallarından da borcu ödemek zorunda kalır. Miras reddedilirse, reddedildikten sonra açıklanan pişmanlığın yararı yoktur. Bunun sebebi de, mirasçıya terekeyi kabul ile -kabul mukayyet değilse- eline geçen mallarıyla borçları kapatsın kapatmasın, şahsi mallarından ödemek yolunda bir sorumluluğun yönelmesidir. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 356-357; **İMRE / ERMAN**, s. 308, 322-323, 346-347.

(128) **CİN**, Miras, s. 35-37; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 131; **MARDİN**, C. II, s. 260.

(129) Bu hususta geniş bilgi için bkz. **CİN**, Miras, s. 54-106.

(130) **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 131; **HÂTEMÎ**, İslâm Hukuku, s. 90.

intikalde mirası cinsiyet farkına bakılmaksızın eşit olarak paylaşırlar. Ceninin hem şer'î hem de âdi intikal hakkı vardır (131).

Mirasçılar arasında ceninin bulunması durumunda hisselerin tespiti için kendisinin erkek veya kız olması ihtimaline göre iki ayrı hesap yapılır; cenin için en avantajlı durum esas alınarak miras paylaştırılır ve onun payı doğuma kadar bekletilir (132). Sağ doğarsa kendi payına hak kazanır (133). Fazla pay ayrılmışsa artan kısım, ölü doğmuşsa ayrılan payın tamamı diğer mirasçılara intikal ettirilir. İkiz veya üçüz doğum nâdiren vuku bulduğu için önceden buna göre hesap yapılmaz. Ancak böyle bir durumda tereke buna göre yeniden taksim edilerek mirasçılara fazladan ödenen kısım geri alınır. Ceninden başka mirasçı yoksa veya mirasçılar ceninin doğumu ile pay alamayacak duruma düşüyorsa paylaştırma ceninin doğumuna kadar bekletilir (134).

Şu halde, ceninin doğumuyla hacba uğramayacak (135) (mirastan kısmen veya tamamen mahrum olmayacak, yani miras alabilecek) olan mirasçının hissesi kendisine verilir. Ceninin doğumuyla miras alamayacak (hacba uğrayacak) mirasçılar varsa; eğer kısmen miras alamayacaksa (hacb-i noksan söz konusu ise), az olan pay verilir, geri kalanı ceninin doğumuna kadar bekletilir. Şayet tamamen miras alamayacaksa (hacb-i hırman söz konusu ise), hiç pay verilmez, ceninin doğması beklenir. Örneğin, miras bırakan, geride anne, oğul ve karısını bıraksa, cenin sağ doğsa da doğmasa da, erkek de olsa kız da olsa, annenin alacağı hisse 1/6'dır. Hacb söz konusu olmadığı için, ceninin doğması beklenmeden annenin 1/6'lık hissesi kendisine verilir. Aynı şekilde karı da 1/8'lik hissesini alır. Hacb-i noksana uğrayan oğul ise cenin olmasaydı 17/24'lük pay alacaktı. Oğul, ceninin cinsiyetine göre farklı pay alacağına göre, kendisine az

---

(131) **MARDİN**, C. II, s. 260; **CİN**, Miras, s. 38.

(132) Günümüz hukukunda, sağ doğmak şartıyla ceninin mirasçı olacağı kabul edilmiş, ceninin bulunduğu miras meselelerinde mal taksiminin, ceninin doğumuna bırakılacağı belirtilmiştir. TMK. m. 524, "Cenin sağ olarak doğarsa mirasçı olur. Ölü doğan çocuk mirasçı olamaz." ve TMK. m. 584, "Mirasçılar arasında cenin varsa, taksim, doğmasına bırakılır..." hükümleri bunu âmirdir.

(133) **BİLMEN**, C. V, s. 361-362; **CİN**, Miras, s. 5; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. XIV, s. 507-509; **DÖNDÜREN**, Şahıs, s. 126.

(134) **DAMAD**, C. II, s. 770; **UZUNPOSTALCI**, Cenin, s. 369-370; **BİLMEN**, C. V, s. 361-362.

(135) Sözlükte bir şeyden alıkoymak anlamına gelen hacb, terim olarak, başka mirasçı bulunması sebebiyle bir kişiyi tamamen veya kısmen mirastan mahrum olması demektir. Bu, mirasçının kendisinin dışındaki bir sebepten dolayı kısmen (hacb-i noksan) veya tamamen (hacb-i hırman) miras alamamasıdır. Mesela, ölünün çocukları varsa koca ¼ hisse alır. Halbuki çocuklar olmasaydı koca 1/2 alacaktı. Çocuklar kocayı hacb-i noksana uğratmışlardır. Ölünün babası varken dedesi (babasının babası) mirasçı olamaz. Burada

pay verilir. Cenin erkek olursa oğul 17/48, kız olursa 34/72 oranında pay alacağına göre, burada, az olan pay yani 17/48'lik pay kendisine verilir.

c. Vasiyet

Bilindiği gibi vasiyet, sonucu ölümden sonra meydana gelmek üzere bir mal, alacak veya menfaatin karşılıksız olarak başkasına temlik edilmesidir (136). Ölüme bağlı bir tasarruf olan vasiyet muamelesinin kurucu unsuru, vasiyetçinin icap beyanıdır. Lehine vasiyet yapılan kişinin kabul beyanı ise, sadece vasiyet konusu malın iktisabı için gereklidir (137). Aksi görüşte olanlar bulunmakla birlikte, tek taraflı irade beyanı ile tamamlanan bir hukukî işlem olduğundan vasiyet cenin için de geçerlidir; yani cenin, veli veya vasi gibi bir temsilcinin kabul beyanına gerek olmaksızın kendisi lehine yapılan vasiyet konusu mala hak kazanır.

Lehine vasiyet yapılanın, gerçekten veya takdiren sağ olması vasiyetin geçerlilik şartlarından olduğuna göre, cenine yapılan vasiyet de geçerlidir ve cenin sağ doğduğu zaman o vasiyete sahip olur. Vasiyeti yapan kimsenin, vasiyetinden vazgeçmeden ölmesiyle vasiyet tamamlanmış olur (138).

Tabii ki ceninin böyle bir vasiyete hak kazanabilmesi için, vasiyet yapıldığı sırada anne karnında bulunduğu bilinmelidir. Bu da şu şekilde anlaşılır. Eğer hamile kadının kocası sağ ise, cenin vasiyet yapıldığından itibaren altı ay içinde doğmalıdır. Altı ay tamamlandıktan sonra doğarsa, ceninin anne karnına vasiyet yapıldıktan sonra düşmüş olması ve altı aylık doğmuş bulunması ihtimali vardır. Böyle durumda ise henüz kişilik kazanmamış bir varlığa hak tanınmış olması söz konusudur. Eğer kadın boşanmış veya kocası ölmüş ise ve kadının iddeti içinde cenine bir vasiyet yapılmış ise, o zaman cenin en geç iki yıl içinde doğmalıdır ki, kendine yapılan

---

da baba, dedeyi hacb-i hırmana uğratmıştır. Baba, anne, karı, koca, oğul ve kız hacb-i hırmana uğramazlar. Bkz. **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 154; **BERKİ**, Ferâiz ve İntikal, s. 21.

(136) **HALEBÎ**, Mültekâ, s. 195; Ahvâl-i Şahsiye m. 530'da vasiyet, "ölümden sonraya bağlı olmak üzere, bir mal veya menfaati karşılıksız olarak başkasına temlik etmek" olarak tanımlanmıştır. Bkz. **KADRİ PAŞA**, s. 70.

(137) Geniş bilgi için bkz. **MOLLA HÜSREV**, Dürer, C. II, s. 426-432; **HALEBÎ**, Mültekâ, s. 195; **İBN ÂBİDÎN**, C. V, s. 447-451; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 377-382; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 125-128.

(138) **BUHÂRÎ**, s. 240; **MARDİN**, C. II, s. 261; **KADRİ PAŞA**, m. 541, s. 71; **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 209.

vasiyete hak kazanabilsin (139).

d. Vakıf

Vakıf, eski hukukumuzda iki şekilde tanımlanmıştır. Ebû Hanife'ye göre, mülk olan bir aynı, vakfedenin mülkünde hapsetmek ve menfaatlerini (gelirini) fakirlere ve diğer hayır yollarına tasadduk etmekten ibarettir. Bu durumda vakıf, âriyet akdine benzer. İmameyn'e (Ebû Yusuf ve Muhammed'e) göre ise, bir mülkün menfaatini halka tahsis edip aynını Allah'ın mülkü hükmünde olarak temlik ve temellükten ebediyen menetmektir (140).

Bir vakfın geçerlilik şartlarından (unsurlarından) biri de, vakıftan yararlanacaklardır (mevkufunaleyhlerdir). Vakıftan yararlanabilmenin ilk şartı, mülkiyet hakkına sahip olabilme veya lehine mülk edinilme salahiyetidir. Bu açıdan cenine yapılan vakıflar iki türdür. Biri, bir malın doğacak çocuğa vakfedilmesi gibi müstakil olarak cenine yapılan vakıftır. Bu, Şafiî ve Hanbelîler'e göre geçersiz, Hanefî ve Malikîler'e göre ise, geçerliliği sağ doğuma bağlı olan bir işlemdir (141). Diğeri ise, ceninin vakıftan yararlananlar arasında sayılmasıdır ki bu, cenine vakıftan istihkak tanınması anlamına gelir. Bu tür vakıflar geçerlidir (142).

Vakıflarda, kendisi lehine vakıf yapılanın mevcut olması şart olmadığı için cenine de vakıf yapılabilir. Hatta, yalnız cenin değil, daha sonraki nesillerden olacak çocuklar bile hak sahibi olabilir (143). Bu husus, Ahkâmu'l-Evkâf'ın 77 nci maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: "Hîn-i vakıfta mevkûfunaleyhin mevcut olması şart değildir. Mesela henüz evladı olmayan bir kimse akarını vakfedip gallesini (gelir ve mahsulünü) evladına şart eylese vakıf sahih olur. Bu surette vâkıfın ba'de'l-vefat tevellüt eden evladı şart-ı mezkûre binâen akarın gallesine müstehik olurlar." (144). Şu halde, cenin, daha doğmadan önce geliri kendisine verilmek üzere lehine yapılan vakıflarda hak sahibi yani vakıf mu-

---

(139) Bu husus, Ahval-i Şahsiye m. 540'da, "Cenine (haml) yapılan vasiyet, eğer gebe kadının kocası sağ ise vasiyet tarihinden itibaren altı aydan daha az bir müddet zarfında, şayet kadın vasiyet tarihinde bâin talak veya ölüm iddeti içinde olursa, ölüm veya bâin talakın vukuu tarihinden itibaren iki seneden az bir müddet içinde sağ olarak doğması şartıyla caizdir..." denilerek belirtilmiştir. Bkz. **KADRİ PAŞA** m. 541, s. 71.

(140) **MOLLA HÜSREV**, Dürer, C. II, s. 132; **HALEBÎ**, Mültekâ, s. 96; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. IV, s. 495; **AKGÜNDÜZ**, Vakıf, s. 40-42; **BERKİ** Ali Himmet, Vakıflar, 1. Kitap, İstanbul 1941, s. 40.

(141) **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 93.

(142) **BİLMEN**, C. IV, s. 359-365; **AKGÜNDÜZ**, Vakıf, s. 187.

(143) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. IV, s. 529-532.

(144) **ÖMER HİLMİ EFENDİ**, İthâfu'l-Ahlâf fî Ahkâmi'l-Evkâf, İstanbul 1307, s. 29-30.

amelesinde meşrutünleh olabilir (145). Bu açıdan vakıf, miras ve vasiyetten farklıdır. Mirasçı ve musalehin bu haklardan yararlanabilmesi için, miras bırakanın ölmesi veya vasiyetin yapılması anında anne karnında bulunmaları arandığı halde, vakıf bunun istisnasını teşkil etmektedir. Cenin sağ olarak doğduğu zaman vakfiye gereğince o vakıftan istifade eder (146). Demek ki, eski hukukumuzda, vakıftan istifade açısından ceninin varlığının aranması şartı yumuşatılmış, cenine yapılan vakfin yanında, daha sonraki nesillerden olacak çocuklara bile vakıf yapılması mümkün görülmüştür (147).

e. İkrar

Sözlükte tanıma, kabullenme, bir tarafin ileri sürdüğü olayın doğruluğunu beyan etme anlamına gelen ikrar, eski hukukumuzda, bir kimsenin diğerinin kendisinde bir hakkı olduğunu haber vermesidir (148). Cenin, kendisi lehine yapılan, 'filan ceninin bende şu kadar alacağı vardır' şeklindeki "borç ikrarları"nda hak sahibi olur.

Bu ikrarlar üç şekilde gerçekleşebilir. Biri, uygun bir sebep belirtilerek, örneğin, 'filan cenine miras sebebiyle benim, babasından alıp harcadığım şu kadar borcum var' gibi, yapılan ikrarlardır. Olması imkan dahilinde olan miras ve vasiyet gibi uygun sebep belirtilerek yapılan ikrarlar, ikrar yapan kişiyi (mukırrı) bağlar ve ceninin lehine hak doğurur (149).

Diğeri, 'filan cenine alış-veriş sebebiyle şu kadar borcum var' gibi, imkansız veya elverişli olmayan bir sebep belirtilerek yapılan ikrarlardır. Bu tür ikrarlar, ceninin alışveriş yapması mümkün olmadığı için, geçersizdir ve cenin lehine bir hak doğurmaz (150).

Son olarak da, 'filan cenine şu kadar borcum vardır' gibi sebep belirtmeksizin yapılan

---

(145) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. IV, s. 532; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 183.

(146) **MARDİN**, C. II, s. 261, 265, 270-271; **BİLMEN**, C. IV, s. 359-365.

(147) Günümüz hukukunda da, mirasta mirasçı lehine iskat ve namzet tayini (mirasçı nasbı) buna benzemektedir. TMK. m. 525 "Miras açıldığı zaman henüz mevcut olmayan bir kimseyi terekenin tamamı veya bir kısmı veya terekeye dahil muayyen bir mal için namzet tayin etmek caizdir" hükmü henüz ana rahminde mevcut bulunmayan bir çocuğun da mirasçı olarak atanabileceğini öngörmektedir. Şu halde, bu durumlarda ceninin varlığı bile aranmamaktadır. Bkz. **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 114.

(148) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. VIII, s. 183; **YILMAZ**, s. 323; **TÜRK HUKUK LÛGATI**, s. 156.

(149) **SERAHSÎ**, Mebsût, C. XVII, s. 196-197; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. VIII, s. 220-221; **MARDİN**, C. II, s. 261-262; **ZERKA**, C. III, s. 944.

(150) **ZUHAYLÎ**, C. VIII, s. 357.

mutlak ikrarlar söz konusu olabilir. Bu tür ikrarların geçerli olup olmadıkları hususu doktrinde tartışılmıştır. Bu tür ikrarlar Ebû Hanife ve Yusuf'a göre batıldır (151). İmam Muhammed, Şafiî, Malik ve Ahmed ise, sebebi gizlemek yaygın bir örf olabileceği düşüncesiyle bu tür ikrarların geçerli olacağı görüşündedir (152).

Osmanlı uygulamasında, cenin için sebep belirtilmeksizin yapılan (mutlak) ikrarların hükümsüz olduğunun (geçersiz olduğunun) kabul edilmesine rağmen (153), UVKR'nun ikinci maddesinde İmam Muhammed'in görüşü tercih edilerek bunların geçerli olacağı yönünde düzenleme yapılmıştır: "Cenin irs, intikal, vasiyet, vakıf ve bunlardan birine müstenit veya alel-ıtlak vaki olan ikrar sebeplerinden biriyle men lehü'l-hak (hak sahibi) olur...".

f. Azat Olma Hakkı

Cenin doğmadan önce efendi tarafından azat edilirse, bu işlem geçerlidir. Başka bir ifadeyle, annesi azat edilmeden sadece ceninin azat edildiğini içeren ifade efendiyi bağlar ve doğumla birlikte çocuk azat olmuş kabul edilir (154).

5. Yükümlülükleri

Vasiyet ve miras yoluyla cenine bir malın intikal etmesi doğuma kadar işlerlik kazanmadığı (nâfiz olmadığı) ve cenin tam vücûb ehliyetine sahip bulunmadığı için herhangi bir borca muhatap olamaz. Bu sebeple annesi, babası veya diğer yakınlarının nafakaya muhtaç olmaları halinde onlara karşı bir nafaka sorumluluğu yoktur.

Ahmed b. Hanbel'e göre ise, cenine bir malın intikali doğumdan önce de işlerlik kazanır. Bundan dolayı cenin nafaka borçlusu olduğu kimselere karşı bu maldan nafaka ödemekle yükümlüdür (155). Yine Ahmed b. Hanbel, Hz. Osman'ın cenin için sadaka-i fıtır (fitre) verdiğini dolayısıyla cenin için sadaka-i fıtır verilmesi gerekeceğini de belirtir. Ancak bu bir zorunluluk

---

(151) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. VIII, s. 221; **ZUHAYLÎ**, C. VIII, s. 357.

(152) **SERAHSÎ**, Mebsût, C. XVII, s. 197-198.

(153) **MARDİN**, C. II, s. 262.

(154) **SERAHSÎ**, Usûl, s. 333; **ATAR**, Usûl, s. 144.

(155) **BARDAKOĞLU**, Ehliyet, s. 535.

değil, ihtiyaridir. Doktrindeki çoğunluk ise, cenin için fitre verilmeyeceği görüşündedir (156).

6. Hukuk Alanında Korunması

Eski hukukumuzda, günümüz hukukunda da ileri sürüldüğü gibi (157), ceninin yaşama (hayat) hakkına sahip bulunduğu ve hayatına tecavüzün bir cinayet olduğu esası kabul edilmiştir (158). Ceninin, medeni hukuk alanında korunduğu gibi ceza hukuku alanında da korunduğu bilinmekte ve kendisine yönelik düşürme fiillerinin cezalandırılması da bunu ortaya koymaktadır (159). Bu açıdan, hamile kadının herhangi bir söz veya fiille, organları tamamen veya kısmen belirmiş (müstebînü'l-hilka) çocuğunu düşürmesine sebep olmak, çocuk düşürme (ıskâtı cenin) olarak kabul edilmiş ve buna gurre adıyla mâlî bir ceza-tazminat öngörülmüştür (160).

Gurre, düşürülen ceninden dolayı verilmesi gereken mâlî diyet-tazminattır. Bunun ödenmesi için, ceninin ölü olarak düşmesi, organlarının kısmen de olsa belirmiş (müstebînü'l-hilka) olması ve bu sırada annenin hayatta bulunması şartları aranır. Hanefiler, uzuvları belirmemiş cenin için gurre yerine tazir cezası verileceğini, diğer hukukî mezhepler ise, uzuvların belirmiş olup olmamasına bakmaksızın her halükârda gurre ödeneceğini belirtmişlerdir (161).

Müessir fiil sonucu düşen ve henüz uzuvları belirmemiş çocuk için tazir cezası verileceği-

---

(156) **İBN KUDÂME**, C. III, s. 80.

(157) Modern hukukta, sağ doğup doğmayacağına bakılmaksızın ceninin de anne karnında iken çeşitli yollardan zarar görmesi halinde tazminat istemlerinin ortaya çıkması için kişiliğe ve hak ehliyetine sahip olduğu ve özellikle yaşama hakkının tanınmasının zorunlu bulunduğu, Alman Federal Mahkemesi tarafından da, kabul edilmiştir. Günümüz hukuk doktrininde ileri sürülen bir görüşe göre "ceninin yaşama hakkı doğumdan önce başlamalı; ancak malvarlığı ve özellikle miras hakları sağ ve tam doğma şartına bağlı kılınmalıdır". Bkz. **SUNGURBEY**, Hayvan Hakları, s. 80; **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 29.

(158) **BİLMEN**, C. III, s. 145.

(159) Bu hususdaki yargı kararları için bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. II, İstanbul 1988, s. 118-121.

(160) Bugünkü hukukumuzda da Türk Ceza Kanunu'nun "cürümler" başlığını taşıyan ikinci kitabının "şahıslara karşı cürümler" adı verilen dokuzuncu babının dördüncü faslı "çocuk düşürme ve düşürtme cürümleri" başlığını taşımakta ve 468-472 nci maddelerinde bu husus düzenlenmektedir.

Ana rahmindeki cenine saldırı, hayata karşı olduğundan bu bölüm "şahıslara karşı cürümler" arasında yer almıştır. Bilindiği gibi gebelik, tohumun ana rahmine düşmesinden doğum başlangıcına kadar sürer. Gebeliğin bilimsel olarak saptanması olanaksız bulunursa çocuk düşürmekten söz edilemez. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **AKDAĞ** Selami, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Emsâl İçtihatlar ve İlgili Kanunlar, Ankara 1976, s . 736.

(161) **DÖNMEZER** Sulhi, Ceza Hukuku Hususî Kısım, Şahıslara Karşı ve Mal Aleyhinde İşlenen Cürümler, Gözden Geçirilmiş 8. B., İstanbul 1971, s. 102; **CEZÎRÎ**, C. VIII, s. 3409; **İBN ÂBİDÎN**, C. V, s. 378; **BİLMEN**, C. III, s. 148-150; **KOÇAK**, s. 212; **ŞAFAK**, s. 112.

ni belirten Konya Şer'iye Sicillerindeki 3 Şevval 1763 tarihli şu karar, bu hususta örnek bir karardır: "Aşağıda açıklanan hususu yerinde dinlemek için şer'î mahkemece gönderilen Es-Seyyid Halil Efendi, Konya'da Kurb-i Cedîd mahallesi'nde oturan dilekçe sahibi İbrahim kızı Aişe Hatun'un evine gidip araştırma yaptığında adı geçen mahallede oturan Ali kızı Saliha Beşe adlı hanım, dilekçe tarihinden üç gün önce kuşluk vakti, haksız yere demir değnekle, eli ve ayağıyla karnıma vurup iki aylık çocuğumun ölü olarak düşmesine sebep olmuştur. Sorulup şer'an gereğinin yapılmasını istiyorum deyince sorgulamasından sonra adı geçen Saliha cevabında hakikaten açıklandığı gibi dövdüğünü ve bundan dolayı çocuğun düştüğünü itiraf ettiğini adı yazılı kâtip mahallinde kayd ettiği ve şer'î mahkemeye durum olduğu gibi duyurulduğundan adı geçen Saliha'ya tazir cezası icap ettiği istek üzerine yazıldı." (162).

Hanefîler'e göre, çocuğun düşmesine anne sebep olmuşsa, babanın izni bulunduğu veya kasıt unsuru olmadığı takdirde gurre gerekmez. Ancak kasıt varsa, bizzat anne veya baba bile sebep olsa, onlar da gurre ödemekle yükümlüdür (163). Çocuğun düşmesine birden fazla kişi sebep olmuşsa bunlar gurreyi ortaklaşa öderler. Gurre, ceninin mirası kabul edilir ve miras hukuku hükümlerine göre mirasçıları arasında bölüştürülür. Öldürme fiili mirastan mahrumiyet sebebi olduğundan ceninin düşmesine sebep olan kişi aynı zamanda mirasçı ise mirastan pay alamaz. Düşürülen cenin birden fazla olursa her biri için ayrı gurre gerekir (164). Malikî ve Hanbelîler'e göre, gurreyi ceninin düşmesine sebep olan kişi, Hanefî ve Şafiîler'e göre ise âkile (yani diyetleri ödeyen mükellef erkek yakınları) öder (165).

Düşürülen ceninin cinsiyeti, yani kız veya erkek olması, gurrenin miktarını etkilemez. Ceninin diyeti (gurre), tam diyetin yüzde beşi kadardır. Tam diyet yüz deve olup bu, gümüş para olarak on bin dirhem, altın para olarak da bin dinara karşılıktır. Şu halde gurre, beş deve, elli dinar veya beş yüz dirhem gümüşten ibarettir. Gurreyi ödeme süresi hakkında 1 ve 3 yıl gibi değişik görüşler ileri sürülmüştür (166).

---

(162) Konya Şer'iye Sicillerinin E7 özel nolu sicil defterinin 29. Sayfasındaki bu hüküm için bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. II, s. 118-119.

(163) **BERKİ**, Ferâiz ve İntikal, s. 18, dn. 4; **BİLMEN**, C. III, s. 151.

(164) **İBN KUDÂME**, C.VII, s. 816; **ŞAFAK**, s. 112.

(165) **CEZÎRÎ**, C. VIII, s. 3408-3414; **BERKİ**, Ferâiz ve İntikal, s. 18.

(166) el-**MEVSILÎ**-l Hanefi, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud, el-İhtiyar li-ta'lîli'l-Muhtar, C. V, İstanbul 1991, s. 44; **İBN ÂBİDİN**, C. V, s. 377-379; **HALEBÎ**, İzahlı Mültekâ, C. IV, s. 303-305; **SEYDÎ-ŞEHRÎ**, Ferâiz, s. 28-29; **BİLMEN**, C. III, 150-155; **MARDİN**, C. II, s. 273-274; **KOÇAK**, s. 211-212.

Çocuğun düşürülmesi halinde kadın loğusalık, iddet, doğuma bağlı kılınmış talakın vaki olması gibi konularda normal bir doğum yapmış gibi kabul edilir (167).

Görüldüğü üzere, düşürülmesi halinde cenin, takdiren sağ kabul edildiği için, diğer hakların yanında kendisi için tahakkuk edecek haksız fiil tazminatına (gurre) da hak kazanır. Düşürülen çocuğun yakınlarına diyet olarak ödenen bu tazminat, Roma hukukundan ve bugünkü hukukumuzdan daha ileri ve geniş tarzda, "haml"in yani anne karnındaki çocuğun mirasçılarına intikal etmektedir (168).

1274/1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümayunu 192'nci maddesinde çocuk düşürme cezası olarak gurre, kürek cezası ve 6 ay ile 2 seneye kadar hapis cezaları öngörmüştür: "Bir kimse darp yahut sâir gûnâ bir fiil ile bir hâmile hatunun iskât-ı cenin eylemesine sebep olur ise, diyet-i şer'iyyesi (gurresi) istifa olunduktan sonra, eğer bu teaddisi an kasdin olmuş ise muvakkaten küreğe konulur.". Yine aynı Kanunun 193'ncü maddesi de "Bir hâmile hatunun gerek rızası olsun ve gerek rızası olmasın, ıskat-ı cenin ettirmek için ilaç içirip yahut esbap ve vesâilini tarif edip de eseriyle çocuğu düşürülür ise; buna sebep olan kimse altı aydan iki seneye kadar hapis olunur. Ve eğer buna sebep olan tabip ve cerrah ve eczacı ise muvakkaten küreğe konur." hükmünü getirmiştir (169).

IV. HAK EHLİYETİNİN SONA ERMESİ

Hak ehliyetinin sona ermesi kişiliğin de sona ermesi anlamına geldiğine göre, burada konunun kişiliğin sona ermesi şeklinde ele alınması daha uygun olur.

Kişiliğin sona ermesi, hak ve borçlara ehil varlığın ortadan kalkması demektir. Gerçek ki-

---

(167) **İBN ÂBİDÎN**, C. V, s. 379.

(168) **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 69.

(169) Günümüz hukukunda da TCK. m. 468-472, kadının rızası dışındaki çocuk düşürme cezaları olarak 7-12 yıl ağır hapis cezasını getirmekte; gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının rızasıyla fakat tıbbi nedenler mevcut olmadan çocuğunu düşürten kimseye ve düşürene 2-5 yıl hapis cezası öngörmektedir. Yine, gebelik süresi on haftadan fazla olan çocuğunu isteyerek düşüren kadına 1-4 yıl hapis cezası verilir.

Görüldüğü üzere, gebelik süresi on haftadan az olan kadının çocuk düşürme fiili suç olarak değerlendirilmemiştir. Burada çocuk düşürmenin suç olarak kabul edilmemesinde kriter, gebeliğin on haftadan az olmasıdır. Çocuk düşürtmede ise, kadının rızası yoksa her halükârda bu fiil suç teşkil eder. Eğer gebelik on haftadan fazla ise, tıbbi zorunluluk söz konusu değilse, kadının rızası olsa bile, fiil suç olarak kabul edilir.

şiler bakımından kişiliği sona erdiren temel sebep "ölüm"dür (170). Buna hakikî veya tabiî ölüm de denilmektedir. Ölüm olayının gerçekleşmesi ile birlikte ölen kişinin, kural olarak, hak sahibi olma vasfı kaybolur. Mirası açılır ve bir bütün halinde kendiliğinden mirasçılarına intikal eder (171).

Gerçek kişilerde kişiliği sona erdiren ikinci hal ise, "mefkudiyet"tir. Ancak, ölümden farklı olarak, mefkudiyette az da olsa kişinin yaşama ihtimali mevcuttur. Bu nedenle mefkudiyette "farazi sona erme"den söz edilir. Mefkudiyete, kayıp kimse hakkında hâkim tarafından verilecek hükümle kişiliğin sona ermesi söz konusu olduğu için, hükmî ölüm de denir. Hükmi ölüm için kullanılagelen takdirî ölüm ifadesi ise, daha ziyade miras hukukunda mirasçı olabilmek için kişinin öldüğünün takdir edilmesi durumunu belirtir. Ceninin haksız bir fiil sonucu düşürülmesi halinde ortaya çıkan bu durumda, onun mirası ve hak kazandığı gurre tazminatı mirasçılarına geçer. Şu halde, miras hukuku açısından gerçek, hükmî ve takdiri olmak üzere üç tür ölümün söz konusu olduğu da söylenebilir (172).

Eski hukukumuzda, miras hukukuna özgü olan takdiri ölüm durumu bir tarafa bırakılırsa, kişilik, ölüm ve mefkudiyet ile sona erer.

A. Ölüm

1. Genel Olarak

Eski hukukumuzda kişilik, günümüz hukukunda olduğu gibi (173), ölümle sona erer (174). Kişiliği sona erdiren ölüm olayı doğumdan hemen sonra gerçekleşse bile, kişilik sona ermiş olur.

---

(170) **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 14.

(171) Roma hukukunda, terekenin mirasçılar tarafından kabulüne kadar müteveffanın mamelek bakımından yaşamakta olduğu kabul edilirdi. Burada, "tereke müteveffanın şahsını yaşatır" kuralı geçerli olur ve bu kural hayatın mabade şamil olduğunu gösterirdi. Bkz. **ARSEBÜK**, s. 174, dn. 25.

(172) **BERKİ**, Ferâiz ve İntikal, s. 18.

(173) TMK. m. 27/I de kişiliğin ölüm ile son bulacağı belirtilmiştir. Gerçek anlamda ölümden önce, bir kişinin "medeni ölüm" gibi bir varsayımla kişiliğinin sona erdiği kabul edilemez. Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 111.

(174) **ZERKA**, C. III, s. 945; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 231; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 174; **BERKİ**, Hukuk Tarihi, s. 58; **DÖNDÜREN**, Zimmet, s. 471; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 75; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 14.

Bilindiği gibi, ölüm eski hukukumuzda, ehliyet arızaları arasında ele alınmış ve incelenmiştir. Ölüm dışındaki ehliyet arızalarında, örneğin yaş küçüklüğü, hastalık gibi bir takım arızalarda kudret şüphesi vardır. Bu yönüyle, yaşamın zıddı olan ölümde, kudret şüphesi yani kudret eseri yoktur ve o sırf bir âcizlik halidir (175).

Klasik eserlerde, ehliyet arızaları arasında yer alan ölüm hadisesi, kişinin yaşama imkanını ortadan kaldırmakla sadece ehliyetleri değil, kişinin dünya ile ilişkisini de sona erdirir. Kişiliği sona erdiren ölüm, tabii olarak ehliyeti de sona erdirdiği için arızalar arasında sayılmıştır. Ancak bu durumun yani ölümün, ehliyet arızaları arasında sayılmasının yadırgandığı, konu ile doğrudan değil de dolaylı olarak ilişkisinin bulunduğu söylenebilir. Ölüm, yalnız doğurduğu hukukî sonuçlar bakımından diğer ehliyet arızalarına benzetilmiştir (176).

UVKR'nun yirminci maddesi, "Mevt ile zimmet nihayet bulur ve müteveffanın terekesi onun makamına kâim olur." şeklinde kaleme alınmıştır. Bu hükmün esbâb-ı mûcibesi, "...ehliyet arızalarından olan «ölüm» hakkında bir madde tanzim edilerek ehliyet faslına son verilmesi kararlaştırılmıştır." demek suretiyle, ölümü ehliyet arızalarından kabul ettiğini belirtmektedir. Müteveffanın terekesinin zimmeti makamına geçeceğini belirten bu hüküm, "Beyana hacet yoktur ki, kanun maddesinde «ve müteveffanın terekesi onun makamına kâim olur.» ibaresiyle terekenin hükmi şahsiyeti haiz olduğuna ve binaenaleyh müteveffadan talep edilecek hakların doğrudan doğruya terekeden talep edilmesi lazım geleceğine işaret edilmiştir." denilerek açıklanmıştır.

Ölen kişi haklara ve borçlara ehil olma özelliğini yitirdiği için, yeni bir hakkın veya borcun doğması düşünülemez. Ancak ölünün sağlığında yaptığı hukukî işlem veya fiillerin olumlu veya olumsuz sonuçları ölümden sonra meydana gelirse, sadece bunlar bakımından ölünün kişiliğinin hükmen bir müddet daha devam ettiği kabul edilir. Başka bir ifadeyle, hak ehliyeti ve zimmet, kişinin ölümden önceki hayatıyla ilgili bazı işlere bağlı olan hakların tasfiyesine kadar devam eder (177). Bu sonuç, doktrinde, ölümle birlikte ehliyetin de sona ermesi gerekip gerekmediği hususunda görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Bu açıdan, kişiliğin sona eriş şekli ve zamanı üzerinde bazı görüş ayrılıkları vardır. Kişiliğin ölümle birlikte hemen mi yoksa

---

(175) **HACI ÂDİL**, s. 524.

(176) **SAVA PAŞA**, C. II, s. 352.

(177) **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 75; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 174; **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 153; **BARDAKOĞLU**, Ehliyet, s. 535.

bir müddet sonra mı sona ereceği hususunda üç görüş ileri sürülmüştür (178).

2. Ölümün Kişiliği Ne Zaman Sona Erdireceği Hakkında İleri Sürülen Görüşler

a. Kişiliği Hemen Sona Erdireceği Görüşü

Bazı Hanbelî hukukçuların ileri sürdüğü bu görüş, ölüm olayıyla birlikte kişiliğin de hemen sona ereceğini öngörür. Bu görüşü ileri sürenler, ancak sağ kimselerin kişiliğinin söz konusu olabileceğini, dolayısıyla ölümle bu özelliğin ortadan kalkacağını ve ölü insanın hiç bir şekilde (tam veya eksik) hak ehliyetinin olamayacağını belirtmektedirler (179).

Bu görüş kabul edildiğinde, geride malvarlığı bırakarak ölen kimsenin borçları, borçlar malvarlığına ilişmiş kabul edildiği için, oradan ödenir. Ancak geride malvarlığı bulunmayan kimse açısından, borçların ilişeceği malvarlığı olmadığı ve kişiliği de sona erdiği için, borçlarının düşmesi ve alacaklıların da buna katlanması gerekir (180).

b. Kişiliği Terekenin Tasfiyesiyle Sona Erdireceği Görüşü

Şafiî, Malikî ve bazı Hanbelî hukukçuların ileri sürdüğü bu görüşe göre, kişilik, terekenin tam olarak tasfiye edilmesine kadar devam eder. Bu görüş sahipleri, "ölenin zimmeti, ödenineeye kadar borcu lehine rehinlidir" anlamındaki hadisi görüşlerine delil olarak göstermekte ve "müflis olarak ölenin üzerindeki bir borca, ölümünden sonra kefaletin geçerli olduğunu" belirten bir başka hadisin de bu görüşü desteklediğini ileri sürmektedirler (181).

Bunlara göre, ölümden sonra ortaya çıkan borç ödenmelidir. Örneğin, bir kimsenin ölümünden önce sattığı bir malın, ölümünden sonra ayıplı olduğu gerekçesiyle iade edilmesi halinde, bedelinin geri verilmesi gerekir. Ölümünden önce kurduğu tuzağa ölümünden sonra takılan av gibi haklar da ölünün terekesine katılır. Yine, kişi, ölümünden önce bir tazmin sebebine yol açsa bu terekesinden tahsil edilir. Mesela, ölümünden önce kamuya ait bir yolda çukur açan biri, ölümünden sonra o çukura düşen bir hayvanın ölmesinden sorumludur ve onun değeri ölen

---

(178) **ZEYDAN**, Usûl, s. 110.

(179) **DÖNDÜREN**, Zimmet, s. 471; **ZEYDAN**, Usûl, s. 110; **ZERKA**, C. III, s. 910.

(180) **ZEYDAN**, Usûl, s. 110.

(181) **ZERKA**, C. III, s. 910; **DÖNDÜREN**, Zimmet, s. 471.

kişinin terekesinden ödenir (182). Bu, ölen kişinin zimmetinde yeni iktisap, külfet veya tasarruf oluşturabilecek anlamda hukukî fiil veya işlem değildir. Sadece ölenin hayatta iken sebeplerini meydana getirdiği hadiselerin tabii sonuçlarının, ölenin geride bıraktığı terekesine yansımasıdır.

Bu görüş gereğince kişilik, ölümden sonra belli bir süre daha varlığını sürdürdüğüne göre, ölen kimse bazı yeni haklar elde etmeye devam edebilir (183). Malikîlerin taraftar olduğu bu görüşe göre, ilzam (iktisap) yeteneği de ölümle sona ermediği için, ölü lehine yapılan vasiyet geçerlidir ve bunun sonucu olarak vasiyet edilen mal mirasçılara değil terekeye dahil olur (184).

c. Kişiliği Zayıflattığı Görüşü

Kişilik, kural olarak, ölümle sona erse de bazı istisnai durumlarda zaruret nedeniyle ölümden sonra devamı da öngörülebilir (185). Bu görüşte asıl olan, ölümle kişiliğin son bulması ve ehliyetin butlanıdır. Ancak, istisnai ve sınırlı bir alanda, yeni hak ve borç sebeplerinin ortaya çıkmasında değil, ölümden önceki sebeplerin sonuçlarını tasfiye zorunluluğunda, gerekli oranda, kişiliğin devam ettiği kabul edilir. Çünkü "zaruretler miktarlarınca takdir olunur" (Mecelle m. 22). Hakların adaletle dağıtımının sağlanması amacıyla ölümden sonra kişiliğe sınırlı bir ölçüde yer veren bu görüşün taraftarları, Hanefî hukukçulardır (186). Bu görüşte de, kişinin sağ iken yaptığı işlerle ilgili olan haklarının tasfiyesine kadar, kişilik ve hak ehliyeti devam eder (187). Burada, ölen kimsenin sağlığında yapmış olduğu fiillerin birtakım olumlu veya olumsuz sonuçları ölümden sonra meydana gelmekte ve sadece bunlar bakımından ölünün kişiliğinin hükmen bir süre daha devam ettiği kabul edilmektedir (188).

Eğer ölümden sonra kişiliğin devamında zaruret (zorunluluk) yoksa, kişiliğin ölümle sona ermiş olduğu kabul edilir. Dolayısıyla, ölü lehine yapılan vasiyet veya bağışlama bu görüşü sa-

---

(182) **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 14; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 174-175; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 232; **BARDAKOĞLU**, Ehliyet, s. 535.

(183) **ZERKA**, C. III, s. 911.

(184) **İBN KUDÂME**, C. VI, s. 436; **ZERKA**, C. III, s. 911.

(185) **ZEYDAN**, Usûl, s. 110-111.

(186) **DÖNDÜREN**, Zimmet, s. 471.

(187) **ZERKA**, C. III, s. 911-912; **GÖKMENOĞLU**, s. 50-51.

(188) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 232; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 174-175; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 14; **BARDAKOĞLU**, Ehliyet, s. 535.

vunan hukukçularca, kesinlikle geçerli kabul edilmez (189).

Görüldüğü üzere, zaruret halleriyle sınırlı olan bu görüşte ölüm, mutlak bir acizlik durumu olarak kabul edilmesine rağmen, kendisinin veya başkalarının haklarını korumak için ölüye kişilik tanımıştır (190).

3. Ölümün Tespiti ve Birlikte Ölüm Karinesi

a. Ölümün Tespiti

Ölüm de doğum gibi, meydana gelmesiyle birlikte bir takım hukukî sonuçlar ortaya çıktığı için, hukukî bir olaydır. Bu hukukî olayın meydana geldiği yani kişiliğin sona erdiği an, başlangıcı kadar önemlidir. Zira hak ve borçlar, kişiliğin bulunmadığı dönemlerde söz konusu olamaz. Bu sebeple kişiliğin sona erdiği anı belirlemek gerekir.

Eski hukukumuz, ölümün tespiti üzerinde fazla durmamış ve bir insanın yaşadığını gösteren belirtilerin kaybolması durumunda ölümün varlığını kabul etmiştir (191). Bu da, ruhun bedenden ayrılması olarak belirtilmiştir (192). Fakat bu tanım, son derece soyut bir tanımdır ve ruhla bedenin birbirinden ne zaman ayrıldığını ortaya koymamaktadır (193). Tanımın soyut olması ölümün tespiti konusunda hukukçular arasında görüş ayrılığının ortaya çıkmasına da neden olmuştur. Gerçi, ruhun bedenden ayrıldığı anda ölümün gerçekleşeceği hususunda doktrinde görüş birliği vardır ancak ruhun bedenden ne zaman ayrıldığı sorusuna net bir cevap verilemediği için doktrinde görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır. Bazı hukukçular klasik ölüm anlayışını kabul etmişler, bazıları ise beyin ölümü anlayışını esas almışlardır.

---

(189) **ZERKA**, C. III, s. 912.

(190) **BERKİ**, Hukuk Tarihi, s. 59.

(191) Günümüz hukukunda, ölümün tespiti işi tıp bilimine bırakılmıştır. Bu konuda başlıca iki anlayış vardır. Biri, insanın büyük hayat fonksiyonları denilen dolaşım, solumun ve sinir sistemlerinin durması ve kalp atışlarının sona ermesi halinde söz konusu olan biyolojik (klasik) ölüm anlayışı; diğeri ise, beyin hücrelerinin ölmesi ile ölümün başlayacağını kabul eden beyinsel ölüm anlayışıdır. Beyinsel ölüm anlayışına göre, beynin vücudu yönetme imkan ve yeteneği tümüyle ve geri dönülemeyecek derecede kaybolduğu takdirde ölüm gerçekleşmiş sayılır. Bkz. **AKINCI** Şahin, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996, s. 104-105; **ÖZSUNAY**, Kişiler, s. 213-214; **TEKİNAY**, Kişiler, s. 185.

(192) **HAYLAMAZ** Reşit, İslâm Hukukuna Göre Organ ve Doku Nakli, İzmir 1993, s. 169; **YAZIR**, C. VIII, s. 181-182; **DÖNDÜREN**, Şahıs, s. 119.

(193) **AKINCI**, s. 102.

Klasik ölüm anlayışını benimseyen hukukçulara göre ölüm, ruhun bedenden ayrılması olduğu için sadece beynin ölmesi hayatın sonu olarak kabul edilemez. Beynin ölmesi olsa olsa ölümün habercisi sayılabilir. Beyin ölümü anlayışını kabul eden hukukçulara göre ise, beyin dışında diğer organların çalışması ruhun mevcudiyetine kesin delil olamaz. Ruh olmadığı zamanda bunların çalışması mümkündür. Şu halde hayat belirli organlara değil beyine bağlıdır. Beyin öldüğü zaman onun yerini tutacak bir benzeri mevcut olmadığı için, ölümün tespitinde esas alınması gereken organ beyindir (194).

Ama doktrinde genel kabul gören anlayışa göre, ruhun bedenden ayrıldığı an, solunumun durduğu ve kalp atışlarının kesildiği andır. Bu sebeple, beyin hücrelerindeki çöküntü yüzünden bitkisel hayata giren kimse, ruh henüz bedenden ayrılmadığı için, ölmüş kabul edilemez (195).

b. Birlikte Ölüm Karinesi

Eski hukukumuzun öngördüğü ölüm anının tespitine ilişkin olan birlikte ölüm karinesine göre, aynı veya başka bir olayda ölenlerin ölüm anları (hangisinin önce hangisinin sonra öldüğü) açıkça tespit edilemiyorsa aynı zaman diliminde öldükleri varsayılır. Boğularak (garkâ), yıkılan bir binanın altında kalarak (hedmâ) veya benzeri haller sonucu ölenler, aynı anda ölmüş kabul edilerek her birinin mirası hayatta olan mirasçılarına intikal eder (196). Bu şekilde ölenler birbirlerine mirasçı olamazlar (197).

Zincirleme trafik kazası, uçak kazası, gemi batması ve deprem gibi olaylarda ölenlerden hangisinin diğerlerinden önce öldüğü tespit edilemezse -ki tespiti oldukça güçtür- bu gibi durumlarda birlikte ölüm karinesi gereği kişilerin birlikte öldüğü kabul edilir ve birbirlerine mirasçı olamayacağı belirtilir. Bu bir karine olduğu için aksi her zaman ispatlanabilir (198). Mesela,

---

(194) Klasik ve beyinsel ölüm anlayışı hakkında ayrıca bkz. **HAYLAMAZ**, s. 178-183; **AKINCI**, s. 108.

(195) Ayrıca bkz. **TEKİNAY**, Kişiler, s. 185.

(196) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. XIV, s. 501; **HALEBÎ**, Mülteka, s. 207; **DAMAD**, C. II, s. 768; **BERKİ**, Ferâiz ve İntikal, s. 34; **CİN**, Miras, s. 53; **BİLMEN**, C. V, s. 230.

(197) "Zeyd, karısı Hind ile bir odada sakinler iken oda yanmakta Zeyd ve Hind de yanıp hangisi evvelce öldüğü bilinmese, bunlardan her biri diğerine vâris olurlar mı? El cevap: Olmazlar. Her birinin malı sağ olan mirasçılarına verilir". Bkz. **HALEBÎ**, İzahlı Mülteka, C. IV, s. 444.

(198) TMK. m. 28/I'e göre, "Bir hakkın kullanılması için, bir kimsenin vücudunu yahut öldüğünü yahut muayyen bir zamanda veya diğer bir şahsın vefatında sağ bulunduğunu iddia eden kimse, iddiasını ispata mecburdur". İkinci fıkra ise, özellikle mirasın intikali bakımından önemli olan şu kuralı getirmiştir:

batan bir gemide baba ve oğul bulunup da, hangisinin önce hangisinin sonra öldüğü bilinemese; bunlar aynı zamanda ölmüş sayılırlar. Bu sebeple birbirine mirasçı olamazlar. Her birinin malı, sağ olan mirasçılarına verilir (199).

Aynı şekilde, bir trafik kazasında, arabayı kullanan koca ve yanındaki eşinin öldüğü farzedilsin. Çiftin çocukları yoktur ve mirasçı olarak her birinin babası vardır. Eşlerden birisi diğerinden sonra ölmüş olursa, ölenin mirası, babası ile birlikte eşi arasında paylaşılacak, eşinin de ölümüyle eşine düşen pay eşinin babasına geçecektir. İkisi aynı anda ölmüş kabul edilirse, her birinin terekesi kendi mirasçısı olan babalarına intikal edecektir.

Görüldüğü üzere, birlikte ölenler arasında miras hukukunun tatbik olunmayacağı esası, birlikte ölüm karinesinin ifade ettiği anlamı belirtir.

4. Ölümün İspatı

a. Kural

Doğum gibi ölüm de tabii bir olay olduğu için hukukî bakımdan unsurları da yoktur. Hukukun ölümle meşgul olması bu tabii hadisenin tespiti içindir. Hukukta şöyle bir faraziye yürütülür: "Sıfatı ârızada asıl olan ademdir" (Mecelle m. 9). Yani sonradan ârız olan sıfatlarda adem tercih olunur. Gerçekte doğduğu henüz kesinlik kazanmayan bir kimsenin hayatta bulunduğunu veya hayatta olduğu kesin olan bir kimsenin öldüğünü ileri sürmek, sonradan ârız olan bir vasfi iddia etmektir. Böyle bir iddia, zahir halin (görünen durumun) teyit edemeyeceği bir şekilde olursa tabii olarak onun ispatı lazım gelir. Çünkü "bir zamanda sabit olan şeyin hilafına delil olmadıkça bekasıyla hüküm olunur" (Mecelle m. 10). Şu halde bir hakkın örneğin mirasçılık hakkının kullanılması için bir kimsenin var olduğunu veya öldüğünü yahut belirli bir zamanda veya diğer bir

---

"Hangisinin evvel veya sonra öldüğünü tayin mümkün olmaksızın ölenler: bir anda ölmüş sayılırlar" (TMK. m. 28/II).

Farz edelim ki, bir trafik kazasında, arabayı kullanan koca ve yanındaki eşi ölmüştür. Çocukları yoktur. Her birinin birer kardeşi vardır. Eşlerden birisi diğerinden sonra ölmüş olursa, ölenin mirası, kardeşi ile birlikte eşi arasında paylaşılacak, eşinin de ölümüyle eşine düşen pay eşinin kardeşine geçecektir. İkisi aynı anda ölmüş kabul edilirse, her birinin terekesi kendi mirasçısı olan kardeşine intikal edecektir. Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 118.

(199) Bu konuda geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz. **BİLMEN**, C. V, s. 230-235; **BERKİ**, Ferâiz ve İntikal, s. 34; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. XIV, s. 501.

şahsın vefatında sağ bulunduğunu iddia eden kimse bu iddiasını ispata mecburdur (200).

Bir kimsenin hayat fonksiyonlarını yitirmesiyle ortaya çıkan ölüm, ilgili kimselerin ikrarı ve bizzat görmek, duymak suretiyle yapılacak şahitliklerle ispatlanabilir. Şahidin cenazede hazır bulunması şart olmayıp, ölümün yayılan haberini işitmiş olması yeterlidir (201).

b. İstisnai Durumlar (Ölüm Karinesi)

Her zaman ölüm olayının görülebilir şekilde ve maddi bir sonuçla tespitine imkan yoktur. Eski hukukumuz, cesedi bulunamayan bir kimsenin ölümüne kesin gözüyle bakılmayı gerektirecek durumlarda kaybolması halinde, hâkim tarafından verilecek hükümle öldüğünün kabul edileceğini belirten ölüm karinesini esas almıştır (202). Şu halde, bir kimse ölüm tehlikesinin çok veya muhakkak olduğu bir yerde kaybolmuşsa ve öldüğüne, neredeyse kesin gözüyle bakılacak kadar bir zaman geçtikten sonra, ölümüne hâkim tarafından hüküm verilebilir (203). Örneğin, savaşta kaybolma veya batan bir gemide bulunma, ölüm tehlikesinin muhakkak olduğu yerlerden sayılır (204).

Ölenin cesedinin bulunmadığı durumlarda, ölümüne kesin gözle bakılabilecek şartlarda kaybolan kişi, doktrinde Hanbelîler dışındaki çoğunluğa göre, aynen mefkudiyete karar verilmesinde olduğu gibi, hakimin ölüm kararı vermesiyle birlikte ölmüş kabul edilir (205). Hanefî hukukçular tarafından kabul gören ve İmam Muhammed tarafından ileri sürülen görüşe göre, böyle bir yerde kaybolan kimsenin malı ancak dört sene sonra taksim edilebilir. Karısı da, hakimin verdiği ölüm kararından itibaren, vefat iddeti olan "dört ay on gün" bekledikten sonra bir

---

(200) **ARSEBÜK**, s. 175.

(201) **SERAHSÎ**, Mebsût, C. X, s. 217; **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 152, 165-166; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 177.

(202) **BİLMEN**, C. VII, s. 221.

(203) el-**KÂSÂNÎ** Alâeddin Ebû Bekr b. Mes'ud, Kitâbü Bedâiu's-Sanâi fi Tertîbi'ş-Şerâi, C. VI, Beyrut ts., s. 196; **ALİ HAYDAR**, el-Mecmûatü'l- Cedîde fi'l-Kütübi'l-Erbaa, İstanbul ts., s. 71.

(204) Bu hususstaki bir fetva şöyledir: "Zeyd mevkii harbde, düşmanla muharebe ettikten sonra mefkud olup hayatı ve mematı malum olmasa, Zeyd'in mematı galib-i zan olacak mertebe müddet mürurundan sonra mevtiyle hükm olunmak sahih olur.mu? El-cevap: Olur".

Yine bu hususta bir diğer fetvada şu anlamdadır: "Zeyd kuttaı tarik bulunan bir mevzide mefkud olsa Zeyd'in mematı galib-i zan olacak mertebe zaman mürurundan sonra mevtiyle hükm olunmak sahih olur mu? El-cevap: Olur". Bkz. **BİLMEN**, C. VII, s. 221.

(205) **BİLMEN**, C. VII, s. 221, 224; **BERKİ**, Ferâiz ve İntikal, s. 35-36.

başkasıyla evlenebilir (206). Hanbelî hukukçular ise, böyle bir durumda, kişiyi, dört sene geçtikten sonra hakim kararı gerekmeksizin, kanun gereği kendiliğinden ölü kabul etmektedirler (207).

5. Ölümün Sonuçları

Ölüm olayının gerçekleşmesiyle birlikte, kişiler, aile, miras, borçlar hukuku ile kamu hukuku dallarını ilgilendiren pek çok sonuç ortaya çıkar.

a. Kişiler ve Aile Hukuku Yönünden

Kişiler hukuku bakımından kişilik sona ermiş olur. Artık ortada bir hak süjesi kalmamıştır. Aile hukuku açısından ise, kural olarak, evlilik birliği sona erer. Ölen erkek ise, kadın iddet beklemeye başlar ve bu süre içerisinde evlenme yasağına maruz kalır. Ölen kadın ise, koca açısından evlilik derhal sona erer.

b. Miras Hukuku Yönünden

Ölüm, miras hukuku bakımından, mirasın açılmasına yol açar. Ölenin artık değişkenlik özelliğini kaybedip tereke (veya terike) adını alan malvarlığı bir bütün halinde kendiliğinden mirasçılara geçer (208). Mirasçı olabilmek için ise miras engellerinin bulunmaması gerekir. Bu

---

(206) **SEYDÎŞEHRÎ**, Ferâiz, s. 26; **BERKİ/HÂMİDÎ**, s. 67-69.

(207) Bugünkü hukukumuzda da TMK. m. 30, "Cesedi bulunamayan bir kimse, ölümüne muhakkak nazarı ile bakılmayı icap edecek ahval içinde kaybolmuş ise o kimse hakikaten ölmüş addolunur" kuralını getirir. TMK. m. 42 de, bu durumda "mahallin en büyük mülkiye memurunun emri ile", ilgili kişinin "künyesine" (nüfustaki kayıtlı olduğu sayfaya) "ölmüş kaydı düşürülebileceği"ni belirtir.

Şu halde, ölüm kesin görülüyor, fakat ceset ortada değilse, bir mahkeme kararına gerek olmaksızın, idarî kararla, Nüfus Kütüğü'ne o kişinin ölü olduğu kaydı düşürülebilecek, o kişinin kişiliği sona erecek, malvarlığı hakları ise kişi ile kâim olup ölüm ile sona erenleri dışında- mirasçılara intikal edecektir. "Ölüm karinesi" durumunda, evlilik kendiliğinden, ölüm (karinesi) dolayısıyla son bulmuş sayılacağından, ölmüş sayılan kimse çıkagelirse, evlilik son bulmamış demek olacaktır. Eşinin evliliğinin "evli iken evlenme" sayılması ve "mutlak butlan" davasının sadece çıkagelen eş tarafından değil, savcı ve ilgililer tarafından da açılabilmesi gerekir (TMK. m. 113). Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 111-112.

(208) Günümüz hukukunda da, ölüm mirasın açılmasına yol açar. Ölenin tereke adını alan malvarlığı bir bütün halinde kendiliğinden mirasçılara geçer (TMK. m. 539). Hakların yeni sahibi mirasçılardır. Şayet tereke muayyen bir zaman sonra kabul edilmiş olsa bile kabul makable yani ölümün gerçekleşmesi zamanına şamil olacağı esası geçerlidir. Yalnız günümüz hukukunda mirasçı terekenin borçlarından dolayı bütün mamelekiyle sorumludur. Bkz. **ARSEBÜK**, s. 174-175.

engeller, mirasbırakanı öldürme (209), tabiiyet (ülke) farklılığı (210), din farklılığı ve kölelik (rıkkıyet) ten ibarettir (211). Eski hukukumuz, küllî halefiyet ilkesini benimsemediği için terekenin borçlarından mirasçılar, şahsi mallarıyla sorumlu değildir. Ölümü müteakip mirasçılar terekeye sahip olur. Şayet tereke muayyen bir zaman sonra kabul edilmiş ise kabul makable yani ölümün gerçekleşmesi zamanına kadar şamil olur (212).

Hanefî hukukçular, mûrisin sadece mâlî haklarının terekeye dahil olduğunu belirtirler. Mâlî hakların kapsamına, bütün mallar, alacak hakları ile lehinde gerçekleşmiş diyet ve tazminat bedelleri gibi mâlî haklar, irtifak hakkı gibi mala tabi haklar ve borç verilinceye kadar rehini, bedeli ödeninceye kadar satılan malı hapis hakkı girer. Bu anlamda, velâyet, hidâne ve şüf'a hakkı gibi malî olmayan haklarla kiracılık hakkı gibi menfaatler terekeye dahil değildir (213). Diğer mezhep hukukçuları ise, terekenin bütün mal, menfaat ve haklara şâmil olduğunu kabul ederler (214).

Tereke üzerindeki haklar, teçhiz, borçlar, vasiyet ve vesayet olmak üzere dört gruptur. Terekeden, önce, ölenin cenazesinin kaldırılması için yapılan teçhiz ve tekfin harcamaları, sonra da ölenin borçları çıkarılır. Hanefî hukukçulara göre, mûrisin, zekat ve vergi gibi kamu hukuku

---

(209) Kural, kâtilin mirasçı olamayacağıdır. Küçüğün, öldürdüğü kişiye mirasçı olup olamayacağı hususu doktrinde tartışılmıştır. Çoğunluk, küçüğün mirasçı olabileceği bir yakınını öldürmesi durumunda, ona mirasçı olamayacağını kabul eder. Hanefî ekolünün temsil ettiği azınlıkta kalan görüşe göre ise, küçük böyle bir durumda mirasçı olabilir. Bkz. **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 134-135; **MARDİN**, C. I, s. 79.

(210) Bir yabancı bir Türk'e mirasçı olamaz. Müslümanlar arasında tabiiyyet ayrılığı mirasçı olmaya engel değilse de, farklı tabiiyyetlerde bulunan gayrimüslimler arasında mirasçılık cereyan etmez.

24 Mart 1324 (7 Haziran 1908) tarihli bir irade ile, yabancı uyruklu kimselerin Türkiye'de sahip oldukları gayrimenkul mülklerin, diğer yabancı bir ülke tabiiyetinde bulunan mirasçılarına miras olarak verilmesi kabul olunmuştu. Bu gayrimenkuller, ister özel mülk olan arsa ve bina olsun, ister miri arazi veya vakıf arsa üzerinde mukataalı bina olsun aynı hükümler geçerli idi. Bkz. **BERKİ**, Ferâiz ve İntikal, s. 33, dn. 8.

(211) Geniş bilgi için bkz. **DAMAD**, C. II, s. 748; **CİN**, Miras, s. 7-8; **BERKİ**, Ferâiz ve İntikal, s. 31.

(212) **CİN**, Miras, s. 8; **BERKİ**, Ferâiz ve İntikal, s. 18.

(213) Günümüz hukukunda da, terekedeki hakların yeni sahibi mirasçılardır. Bu, kural olarak bütün alacak hakları ve aynî haklar açısından geçerlidir. Aynî haklardan sadece intifa ve sükna haklarında geçiş mümkün olmaz. Bunlar hak sahibinin ölümüyle birlikte kendiliğinden sona ererler. Şahsî nitelik taşıyan edimler hariç, borçlar da mirasçılara geçer. Alacaklıların yeni muhatabı mirasçılardır. Şahsî nitelik taşıyan edimler ise ortadan kalkarlar. Güven ilişkisinin öne çıktığı sözleşmeler bakımından da aynı esas geçerlidir. Adi şirket sözleşmesi de sona erer (TBK. m. 535). Ölümün gerçekleşmesiyle birlikte ölüme bağlı tasarruflar da hüküm ifade etmeye başlarlar. Ölüme bağlı tasarrufların lehdarı mirasçıları ifaya zorlayabilir. Bkz. **AYAN**, s. 268.

(214) **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 373-375; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 136.

borçları düşer. Diğer mezhep hukukçuları ise, bunların düşmeyeceğini bilakis öncelik hakkı bulunduğunu belirtirler (215). Özel hukuk borçları ise, ödenir (216). Bundan sonra, ölenin mal-varlığının üçte birini aşmayan vasiyetleri yerine getirilir. Geriye kalan mal, mirasçılar arasında paylaştırılır (217).

Ölenin, toplumu etkileyecek olan hakları saklıdır. Örneğin, mirasbırakan öldürülmüş ise, mirasçıları, bu öldürme dolayısıyla mirasbırakanın haklarını öldürenden isteyebilirler (218).

c. Borçlar Hukuku Yönünden

Ölünün borçlarına, mirasçılar değil, tereke muhatap olduğu için terekenin karşılamadığı borçları mirasçılar ödemekle yükümlü değildir (219). Ölümün gerçekleşmesiyle kişinin hayatta iken servetine ilişmiş bütün haklar terekesinden karşılanır. Mesela, sağlığında teslim alınmış olan vedialar veya başkasından gasbedilmiş mallar, sahiplerine teslim edilmek zorundadır (220). Ayrıca ölünün mülkiyet hakkı olmadığından ona bağışlanan hediye veya vasiyetler geçersizdir. Kişinin, hayatta iken yaptığı akitler dolayısıyla meydana getirdiği bütün hak ve borçlar bakidir (221). Hukukî bir sebebi bulunmayan ve belirli olmayan borçlar ise, herhangi bir hüküm ifade etmez. Örneğin, bir kimsenin ölümünden sonra "müteveffanın bana borcu vardı" diyen birinin soyut iddiasının bir değeri yoktur. Ancak ölen daha önce, borçlu olduğu kişiyi ve borcun sebebini açık bir şekilde belirtmişse bu borç geçerlidir (222).

Terekenin karşılayamadığı borçların durumu konusunda ise doktrinde farklı görüşler ileri

---

(215) **DAMAD**, C. II, s. 746; **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 484; **CİN**, Miras, s. 8-9; **BERKİ**, Ferâiz ve İntikal, s. 37, dn. 2; **SEYDÎŞEHRÎ**, Ferâiz, s. 40-41.

(216) Ancak, özel hukuk borçlarını (şahsî borçları) ikiye ayırmak gerekir. Biri, rehin hakkı ve semenini peşin olarak vermiş olan alıcının terekeye dahil bir mal üzerindeki mülkiyet hakkı gibi terekedeki malların aynına taalluk eden ve aynî haklar olarak vasıflandırılan borçlar olup, Hanefî hukukçulara göre bunlar teçhiz masraflarından da önce ödenmelidir. Diğeri, normal borçlardır. Bunlar, teçhiz masraflarından sonra ödenir. Ayrıca, mûrisin sıhhat halindeki borçları da, daima ölüm hastalığı halinde ikrarı ile sâbit olan borçlarından önce ödenir. Bkz. **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 483-484.

(217) **KADRİ PAŞA**, m. 583; **CİN**, Miras, s. 9-10; **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 483-484.

(218) **SAVA PAŞA**, C. II, s. 352.

(219) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 232; **CİN**, Miras, s. 8..

(220) **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 484.

(221) **SAVA PAŞA**, C. II, s. 351.

(222) **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 136-137; **CİN**, Miras, s. 9-10; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 351.

sürülmüştür. Ebu Hanife'ye göre, terekeden ödenemeyen borçlar hukuken düşer. Bu hukukçuya göre borç artık dini bir borç haline gelir ve sahibi için sadece uhrevi sorumluluk doğurur. Ebû Yusuf, İmam Muhammed ve diğer üç mezhep hukukçuları ise, bu borçların düşmeyeceği ve manevî sorumluluğu bulunan dinî bir borç olarak da devam edeceği yani hem dinen hem de hukuken devam eden bir borç olarak kalacağı görüşündedir (223). Bu görüş ayrılığının pratik sonucu, borca kefalet durumunda ortaya çıkar. Yani ölünün borçlarına kefil olan kimsenin sorumluluğu açısından önem arz eder. Böyle bir borca kefil olan kimse, Ebû Hanife'ye göre ortada hukuken geçerli bir borç olmadığı için kefaletiyle bağlı değildir; böyle bir kefalet akdi kurulmamış sayılır. Ebû Yusuf, İmam Muhammed ve diğer üç mezhep hukukçularına göre ise, ortada hukuken geçerli bir borç bulunduğu için bunu teminat altına alan kefalet de geçerlidir ve kefil bununla bağlıdır (224).

Bu hususta Şer'iye sicillerindeki şu karar oldukça ilginçtir: "Çengelköy'de oturan Argiru kızı Maria, mahkeme huzurunda, bu kaydın yazılmasına vesile olan Mehmed bin Abdullah er-Râcil karşısında kendi istek ve rızası ile: "bundan bir müddet önce, kocam olan Andriye, adı geçen Mehmed'den ödünç olarak bin akçe borç almış ve bu borca ben mal ile kefil olmuş idim. Halen kocam ölmüş olup terekesi borcunu ödemeye yetmediğinden ve kefili olmam dolayısıyla zikredilen meblağı benim ödemem gerektiğinden adı geçen Mehmed bana Şaban Ayı'nın ilk gününden itibaren bu borcu ödemem için altı ay mühlet verdi" diye beyanda bulunması ve onun bu beyanını yukarıda zikri geçen Mehmed'in de şifahen tasdik etmesiyle durum her iki tarafın isteği ile sicile kaydedildi" (225).

d. Kamu Hukuku Yükümlülükleri Bakımından

Ölümün gerçekleşmesiyle kişinin muhatap olduğu bütün dini yükümlülükleri kalkar. Ölümden önce ödenmemiş zekatın, terekeden karşılanıp karşılanmayacağı hususu ise tartışmalıdır.

Hanefilere göre, ölen kişi sağken yerine getirmediyse zekatın terekeden verilmesi gerekmez. Çünkü kamu haklarından olan zekat, bizzat mükellef tarafından yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür. Başka bir deyişle, üzerinde zekat borcu olduğu halde ölen bir kimsenin,

---

(223) **ZERKA**, C. III, s. 912; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 175; **DÖNDÜREN**, Şahıs, s. 120.

(224) **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 483; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 352; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 232.

(225) İstanbul Şer'iye Sicillerinden Üsküdar Mahkemesine ait 6 genel nolu serinin 131. defterinin 20b sayfasındaki bu hüküm için bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 319.

ölümü sebebiyle üzerindeki zekat borcu düşer (226). Şafiîler ise, zekatı mala bağlı bir borç kabul ettikleri için, ölümden sonra bile terekeden karşılanması gerekir görüşündedirler. Başka bir ifadeyle, zekatta mükellefin fiili değil, mal kastedildiği için, terekeden zekat olarak verilecek mal bulunduğu takdirde, bunun yerine getirilmesi gerekir (227).

B. Mefkudiyet

1. Kavram

Eski hukukumuza göre, kişiliğin sona ermesine yol açan ikinci müessese "mefkudiyet"tir. Bilindiği gibi önceki hukukumuzda, kişiliği sona erdiren ilk yol, hayat fonksiyonlarının yitirilmesi, ruhun bedenden ayrılıp bedenin ceset olarak kalması olayıdır. Buna "tabii, hakiki veya biyolojik ölüm" de denir. Kişilik ikinci olarak ise, kaybolma, kendisinden haber alınamama, halen yaşayıp yaşamadığı bilinmeme gibi durumlarda, hakimin hükmü ile sona erer. "Hükmî ölüm" adı da verilen bu yolla kişiliğin sona ermesine gerçek ölümden biraz farklı sonuçlar bağlanmıştır. Bir de takdirî ölüm vardır ki, bu, daha önce de üzerinde durulduğu gibi, ceninin dıştan yapılan etki sebebiyle ölümüdür (228). Şu halde ölüm, kişinin biyolojik hayatının sona ermesi tarzında gerçek anlamda olabileceği gibi, hukuken ölümüne hükmedilmesi tarzında hükmen (hukuken) de olabilir. Birincisine gerçek ölüm, ikincisine de hükmen ölüm denir (229).

Mefkudiyet kararının verilmesi, hem mefkudun eşi, hem mirasçıları, hem de malvarlığı ilişkilerinin sağlığı bakımından zorunludur. Ancak, ölümün aksine, mefkudiyette kişinin yaşıyor olması ihtimal dahilindedir. Bu ihtimal ölüm karinesinden daha fazladır. Hukukî niteliği bakımından mefkudiyet de bir karinedir. Her zaman aksi iddia ve ispat edilebilir.

2. Tanımı ve Şartları

Eski hukukumuz mefkudu, "bulunduğu yer bilinmeyen ve hayatta olup olmadığı hakkında

---

(226) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. I, s. 583; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 136.

(227) **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 483; **ZEYDAN**, Usûl, s. 110.

(228) **BERKİ**, Ferâiz ve İntikal, s. 18-19.

(229) **KARAMAN**, Anahatlarıyla, C. II, s. 25-26; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 232-233; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 75; **DÖNDÜREN**, Şahıs, s. 119-120.

uzun süredir kendisinden haber alınamayan kimse" olarak tanımlamıştır (230). Ahvâl-i Şahsiye'nin 571'nci maddesi de aynı tanımı esas almıştır: "Yeri bilinmeyen, yaşayıp yaşamadığından haber alınamayan gâiplere mefkud denir." (231). Böyle bir kimseye "gaybet-i munkatıa ile gâib" de denir (232). Görüldüğü üzere hükmî ölüm, mefkudun mahkeme kararı ile ölmüş sayılması durumudur (233).

Bu arada önemle belirtmek gerekir ki, eski hukukumuzda, yaşadığı bilinen fakat nerede olduğu bilinmeyen kişiler, mefkud olarak değil "gâib" (234) olarak isimlendirilmektedir (235). Bugünkü hukukumuzdaki gaiblik müessesesinin (236) eski hukukumuzdaki mefkudiyet ile paralellik gösterdiği ancak aralarında hüküm bakımından birtakım farkların da bulunduğu belirtil-

---

(230) **MEVSILÎ**, C. III, s. 37; **KÂSÂNÎ**, C. VI, s. 196; **DAMAD**, C. I, s. 720; **İBN RÜŞD**, s. 76; **ALİ HAYDAR**, Mecmûatü'l- Cedîde, s. 60; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. IV, s. 401; **MUSTAFA** ve diğerleri, C. II, s. 697.

(231) **KADRİ PAŞA**, s. 75.

(232) **SEYDİŞEHRÎ**, Ferâiz, s. 22; **BİLMEN**, C. VII, s. 208; **PAKALIN**, C. II, s. 442.

(233) **BERKİ**, Ferâiz ve İntikal, s. 18, 35.

(234) Günümüz hukukunda, gayıp, sözlükte şüphe ve tereddüt anlamında; gaib de, varlığında şüphe olunan kimseye denir. Fakat TBK. m. 10, bu tabiri, bazen "hazır bulunmayan" makamında da kullanır. Bir kelimenin böyle iki ayrı anlamda kullanılması pek doğru değildir. Bkz. **ARSEBÜK**, s. 177, dn. 38.

(235) **PAKALIN**, C. II, s. 442; **BİLMEN**, C. VII, s. 210; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 175.

Bu konuda 20 Şubat 1331 tarihli «Zevcin Gaybûbetinde Nafakanın Taazzur i Tahsili Halinde Zevcenin Fesh i Nikah ı Talebe Salâhiyeti Hakkında İradei Seniyye», "Zevc, gaib olarak nafakanın tahsili müteazzir olduğu takdirde zevcenin talebiyle kâdî nikahı fesheder." hükmünü getirirken, "...düveli saire tebaasından bir takım Müslümanlar müsâferet veya ticaret tarikiyle muvakkaten memâlik i Osmaniye'ye gelerek Devlet i âliyye tebaasından İslâm kadınlarıyla izdivaç etmekte ve bazıları zevcelerini bilâ nafaka ve lâ münfik bırakıp bir daha gelmemek üzere memleketlerine avdet eylemekte oldukları ve bu takdirde istihsal i nafakaya imkan bulunamayıp zevce vefatına kadar imrar i zaman eylemekte olduğu görülmekte..." açıklamasına yer verilerek, gaiblik, hayatta olduğu bilinmekle beraber nerede olduğu bilinmeyen kimse anlamında kullanılmaktadır. Bkz. **ANSAY**, Aile Hukuku, s. 37 vd.

(236) TMK. m. 31 ve 43'de, gaiblik kararı da hükmî ölüm ifade eder. Bir kimse "ölüm tehlikesi" doğuran, fakat "ölüm karinesi"nden farklı olarak ölüme kesin gözüyle bakılmasını gerektirmeyen şartlar içinde "kaybolmuş" (cesedi bulunamamış, kendisi "sağ" olarak da bir daha görülmemiş) olabilir. Bu durumda ölüm "muhakkak" (kesin) değil "muhtemel" (olası) dir. Şayet "ölüm tehlikesi" ölümü "kesin" değil sadece "pek muhtemel" gösteriyorsa", ölüm karinesinin değil "gaiplik kararı" verilebilmesinin ilk şartı gerçekleşmiş olur. Gaiplik kararı alınması için mahkemeye başvurmak isteyenler bir yıl beklemelidirler.

Ölüm iki durumda pek muhtemel görülmüştür: i) Bir kimse, ölüm tehlikesi görülen şartlar içinde kaybolmuş ve bu tehlikeli olaydan itibaren bir yıl geçmesine rağmen, kendisini veya cesedini gören, yaşadığını bilen olmamıştır. ii) Yahut bir kimsenin ölüm tehlikesi geçirdiği bilinememekle birlikte, yaşadığını gösteren son haberden itibaren beş yıl geçmesine rağmen, bir daha kendisinden haber yoktur. Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 113-114.

melidir (237).

Mefkud kimse üzerinde gerçekten ve hükmen olmak üzere iki türlü ölüm kararı verilebilir (238). Gerçekten ölüm, açılan dava sonucu, delillerle (şahitlik veya diğer delillerle) kesinleşen ölümdür (239). Menfaati haleldar olan herkes, belirli bir süreye bağlı olmaksızın bu davayı açabilir. Mirasçı, alacaklı veya eş gibi kimseler hakime başvurarak mefkudun gerçekten öldüğünü ispat edebilirler. Örneğin, mefkudun mirasçıları, onun öldüğünü iddia ederek emanette bulunan bir malını veya bir alacağını almak için dava açsalar, kendisinde emanet bulunanlar veya borçlular o kimsenin ölmemiş olduğunu söyleseler dahi, burada mirasçılar iddialarını yani mefkudun öldüğünü iki âdil şâhitle ispat ederlerse, mahkemenin hükmüyle, o kimse artık mefkud olmaktan çıkar, gerçekten ölmüş sayılır (240).

Kayseri mahkemesi tarafından 1 Receb 953/1546 tarihinde verilmiş olan, mefkudun gerçekten öldüğüne dair kararda şu ifadeler yer almıştır: "Teberrük Hacılı cemaatından Şahî adlı kadın. Kayseri Mahkemesi nöbetçi hâkimi olan Said Halife'ye muteber vesikalar ortaya koyarak. kocası Karaca'nın başka bir yerde gaib olduğunu bildirmiş ve mahkemece teftiş edilerek bulunmasını emreden ferman ibraz eylemiştir. Bunun üzerine durum mezkur cemaat arasında teftişe başlanmış, adı geçen Musa kızı Şahî. adı geçen Mahmur oğlu Karaca'nın kardeşleri Veli Fakih ve Şah Ali ile mahkemede murafaalı duruşma yapılarak, "*kocam Karaca yazılı belge tarihinden beş yıl önce Munkat oğlu Necib'le kaybolup gitmişlerdi. Ayaş kazası yakınında Oğuz Çayı diye bilinen köyde 951/1544 yılı Ramazan Ayı'nın ilk Cuması ölmüştür*" demiş, güvenilir Müslümanlardan Yusuf oğlu Budak ve Armağan oğlu Mehmedşeh, bu kadının sözlerinin doğruluğunu tasdik ederek, şeriate uygun şahitlik etmişler ve "*biz şahitlik ederiz ki bu Şahî'nin kocası Karaca, Ayaş Kazası yakınındaki Oğuz Çayı diye bilinen köyde 951/1544 yılı Ramazan'ının ilk Cuma günü vefat etmiştir. Orada cenazesi kılınıp defn edilmiştir*" demişlerdir. İsmail oğlu Halil Sofi ve Mustafa oğlu Hasan Sofi'nin şahitlikleri ile şer'î tezkiyeden sonra yemin ettirilerek deftere kaydedilmiş ve istek üzerine durum tescil olunmuştur" (241).

Görüldüğü üzere, herhangi bir süreye bağlı kalınmadan mefkudun gerçekten ölmüş oldu-

---

(237) **ARSEBÜK**, s. 177, dn. 38.

(238) **BERKİ**, Ferâiz ve İntikal, s. 35; **BİLMEN**, C. VII, s. 219.

(239) **BİLMEN**, C. VII, s. 219; **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 158.

(240) **DÖNDÜREN**, Şahıs, s. 120; **BİLMEN**, C. VII, s. 219.

(241) Kayseri Şer'iye Sicillerinden 4 numaralı defterde 78 numara ile kayıtlı bulunan hüküm için bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 236-237.

ğu iki şahitle ispat edilebilir (242). Mefkudun gerçekten ölümü hakkında karar verilmesi için ileri sürülen deliller, hayatta olduğuna dair ileri sürülen delillere tercih edilir. Buna göre, mefkudun mirasçısı olabilecek biri onun hayatta olduğunu; mefkudun alacaklısı da onun ölmüş olduğunu iddia etseler, alacaklının delili tercih olunur. Yani mefkudun öldüğüne yönelik delile öncelik tanınır (243).

Hükmen ölüm ise, belli bir sürenin geçmesi üzerine, hakimin kararı ile sabit olur. Geçmesi gereken süre, ictihatlarla belirlenmiştir. Kararda zann-ı galip veren karineler esas alınır (244).

Hanefîlere göre, hükmen ölüm için geçmesi gereken süre, kural olarak mefkudun yaşıtlarından hayatta hiç kimsenin kalmayacağı güne kadar geçen zamandır. Eğer bunun tespiti mümkün olmazsa, mefkudun doksan yaşına ulaşması şartı aranır (245). Bu hususta, mefkud için Ebû Hanife'nin yüz yirmi, İmam Muhammed'in yüz on, Ebû Yusuf'un yüz beş veya yüz, bazı hukukçuların altmış veya yetmiş yaşını tamamlaması gerektiğini ileri sürdükleri görülmektedir (246). Bu konuda bir de son asırların ortalama ömür süreleri göz önünde bulundurularak kabul edilen doksan yaş sınırı söz konusudur (247). Serahsî'ye göre, bu meseleler reyle tayin edilebilecek meselelerden olmadığı için bu konuda herhangi bir müddet tayin edilmesi doğru değildir. Mefkudun doğup büyüdüğü beldedeki akranının sonu gelince onun da ölmüş olduğuna hükmedilir. Zira akranından kimse kalmamış birinin hayatta olması nadir bir olaydır. Şer'i hükümler ise nadirat üzerine bina edilemez (248). Görüldüğü üzere, bu konuda çok değişik görüşler ileri sürülmüştür. Ancak konunun, hakimin takdirine bırakılması en makul olanıdır.

Mefkuddan haber alınmasından ümit kesildiği tarihten itibaren Malikî hukukçular dört yıl,

---

(242) Mefkudun gerçekten öldüğünün ispatı konusunda şahitler arasında ortaya çıkan görüş ayrılıkları konusundaki Gaziantep Şer'iye Sicillerinden 1 nolu defterin 311 ve 312. sayfalarında bulunan 1218 ve1219 nolu özel hükümler ilgi çekici niteliktedir. Bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 237.

(243) **SEYDÎŞEHRÎ**, Ferâiz, s. 22 vd.; **BİLMEN**, C. VII, s. 219-220.

(244) **DÖNDÜREN**, Şahıs, s. 120; **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 158.

(245) Bugünkü hukukumuzda ise, TMK. m. 527'ye göre, gaibin ölümüne ancak 100 yaşına geldiği zaman muhakkak nazarıyla bakılır.

(246) **KÂSÂNÎ**, C. VI, s. 197; **DAMAD**, C. I, s. 721; **BERKİ**, Ferâiz ve İntikal, s. 35-36.

(247) "Mefkud olan Zeyd'in yevmi tevellüdünden doksan sene tamamında hâkim mevtine hüküm eylese terikesi veresesi beyinlerinde taksim olunmak caiz olur mu? El-cevab: Olur. Bkz. **CERÎDE-İ İLMİYE**, aded 4, s. 176.

(248) **SERAHSÎ**, Mebsût, C. XI, s. 36; **BİLMEN**, C. VII, s. 220.

Şafiî hukukçular ise, yedi yıl beklenmesi gerektiği görüşündedirler (249). Bu zaman içinde haber alınmazsa, hâkim karı kocayı tefrik eder ve karı, vefat iddeti beklemeye başlar ancak mefkud yetmiş yaşına ulaşmadıkça mirası paylaştırılamaz (250).

Mefkudun ölümüne hükmedildiğinde, hüküm tarihinde ölmüş gibi muamele görür, malvarlığı o tarihteki mirasçılarına intikal eder, eşi bu tarihten itibaren ölüm iddeti beklemeye başlar (251). Belirtilmelidir ki, hakimin hükmü olmaksızın sadece doksan yıldır kayıp olmakla kişi hükmen ölmüş sayılamaz (252). Ancak hakimin vereceği "öldü" hükmü onun ölümü sonucunu doğurur. Bundan dolayı bu çeşit ölüme hükmî ölüm denmiştir.

1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 127'nci maddesi, Malikî ve Hanbelîlerin görüşü benimsenerek kaleme alınmıştır. Buna göre, normal bir durumda kaybolan kimsenin, öldüğü veya hayatta olduğuna dair kendisinden haber alınmasından ümit kesildiği andan itibaren dört yıl, bir muharebede kaybolan için savaşa katılanların ve esirlerin geri dönmelerinden itibaren bir yıl beklendikten sonra, karısıyla arasının hâkim tarafından tefrikine hüküm verilmesi kabul edilmiştir (253). HAK.'nin 128'inci maddesi ise, nikahın feshine hükmolunması durumunda, kadın bir başkasıyla evlendikten sonra, ilk kocanın ortaya çıkması, ikinci nikahın infisahını gerektirmez, hükmünü getirmiştir. Ama HAK. m. 129 gereği, öldüğüne hükmedilen kocanın karısı, bir başkasıyla evlendikten sonra, ilk koca gelirse, ilk nikah feshedilmediği için, ikinci nikah münfesih olur (254). Görüldüğü üzere mefkudun zevcesinin durumu Kararname'de, esbabı mûcibe layihasında da belirtildiği gibi, ihtilaflıdır. Ölümüne hükmedilen koca, karısı başka biriyle evlendikten sonra çıkagelse karısını bu ikinci kocadan geri alabilir. Zira, birinci nikahın feshine karar verilmeksizin sadece ölüm hükmü üzerine yapılan ikinci evlenmenin mefkudun ortaya çıkmasıyla münfesih olacağı; eğer birinci nikahın feshine hüküm verilmiş ise mefkudun ortaya çıkma-

---

(249) **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 15.

(250) **İBN RÜŞD**, s. 76-77; **MEVSILÎ**, C. III, s. 38; **SEYDÎŞEHRÎ**, Ferâiz, s. 25-26; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 76.

(251) **KADRİ PAŞA**, m. 578, 579, s. 76.

(252) **ARSEBÜK**, s. 180; **BALKANLI**, s. 38.

(253) **AYDIN** Mehmet Âkif, İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları, "Osmanlı Hukukunda Kazâî Boşanma "Tefrik", İstanbul 1996, s. 34; **BİLMEN**, C. VII, s. 224, 227.

(254) HAK. 127-129'uncu maddelerin esbâb-ı mûcibesi, "Mefkudun Zevcesi". Esbâb-ı mûcibe için bkz. **AKGÜNDÜZ**, Külliyat, s. 328-329.

sıyla ikinci nikahın batıl olmayacağı kabul olunmuştur (255).

Osmanlı Devleti'nde mefkûdun ölümüne karar verilmesi hususunda üç tür uygulamanın söz konusu olduğu söylenebilir. İlki, Hanefî mezhebinin görüşünün uygulanmasıdır. Hanefî görüşü esas alındığında, memleketindeki akrânı ölüp gidince ve eğer bunu tespit etmek mümkün değilse, mefkûdun doğumundan itibaren 90 sene geçmiş olursa, hâkimin hükmüyle ölümüne karar verilir (256).

İkincisi, Şafii görüşünün taklit yoluyla uygulanmasıdır. Bilindiği üzere, Şafii mezhebine göre, mefkudun ölümüne hükmedilebilmesi için gerekli olan bekleme süresi yedi yıldır (257). Şer'iye sicillerinde buna uygun kararlar görmek mümkündür. Örneğin, 18 Rebiülevvel 948/1541 tarihli olan ve Gaziantep Şer'iye Sicillerinde kayıtlı bulunan kararda, "Antep'ten Mehmet kızı tatar adındaki hatun kişi, kocası olan Yusuf oğlu Yakup hâlen yedi yıldan beri mutlak surette kayıp olup gitmiştir, diye İsmail oğlu Mevlana Muhiddin ve İsa oğlu Aliyâr adındaki kimseler şahadet eylediler. Zikrolunan kadın, İmam-ı Şafiî mezhebine uyularak, nikahının fesh olması için, bu hususdaki hukukî hükmü vermek üzere, Ethem oğlu Mevlana Hacı yetkili nâib tayin olundu. Kendisi dinlendi ve İmam-ı Şafî kavlî üzere nikahı fesholundu." (258) denilmek suretiyle bu yöntemin uygulandığı belirtilmektedir.

Son uygulama ise, 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnâmesi'nin, Malikî ve Hanbelî mezhebinin görüşünü esas almasıdır. Buna göre, mefkud hakkında ölüm kararı verilebilmesi için dört yıl beklenmesi gerekir. Dolayısıyla, ancak dört yıl geçtikten sonra, mefkudun eşinin boşanma talebi kabul edilir (259). Gerek Şafii, gerekse Malikî ve Hanbelî mezhebi hükümlerinin Osmanlı Devleti'nde taklit yoluyla uygulama alanı bulması, kolaylık sağlama ve ihtiyaçlara cevap verebilme amacıyladır (260).

---

(255) **SEYDÎŞEHRÎ**, Ferâiz, No. 37; **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 160.

(256) Bu husus, Ahvâl-i Şahsiye m. 578'de de belirtilmiştir: "Kendi memleketindeki akranı göçüp gidince, mefkudun ölümüne hükmedilir. Eğer akranının göçüp gittiğini tespit etmek mümkün olmazsa, mefkud doksan yaşına ulaşınca ölümüne hükmedilir.". Bkz. **KADRİ PAŞA**, s. 76.

(257) **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 15.

(258) Gaziantep Şer'iye Sicillerinden 2 nolu genel seri içinde yer alan 87. defterinde 293 numara ile kayıtlı olan bu karar için bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 290.

(259) **ALİ HAYDAR**, Mecmûatü'l- Cedîde, s. 73; **BİLMEN,** C. VII, s. 222, 224.

(260) **BİLMEN,** C. VII, s. 227; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 15.

3. Sonuçları

Mefkud ile ilgili hükümler, eski hukukumuzun müracaat kaynaklarından olan hem usul hem de fürû-i fıkıh kitaplarında düzenlenmiştir. Mefkudiyetin hüküm ve sonuçları, hakim tarafından öldüğüne karar verilmeden önce ve sonra olmak üzere iki başlıkta ele alınabilir.

a. Hakim Tarafından Ölümüne Karar Verilmeden Önce

Eski hukukumuz, hakkında hâkim tarafından öldüğüne dair bir hüküm verilmeden önce, mefkud hakkında iki ana kural kabul etmiştir. Bunlar, mefkudun önceki hakları bakımından sağ kabul edilmesi ve iktisabı için hayatta olması gereken haklar konusunda ise ölü sayılmasıdır.

İlk olarak, mefkud, ortalıktan kaybolmadan evvel kendisine ait haklar yani kazanılmış haklar bakımından "sağ" imiş gibi muamele görür. Çünkü mefkudun, aksi ispat edilmedikçe hayatının devam ettiği kabul edilir (261). Zira, "bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır" (Mecelle m. 5) ve "bir zamanda sabit olan şeyin hilafına delil olmadıkça bekasıyla hükmolunur" (Mecelle m. 10) gibi külli kaideler bunu gerektirir. Binaenaleyh gerçekten veya hükmen aksi sabit oluncaya kadar, mefkudun yaşadığı kabul edilir. Bundan dolayı ölümüne bağlı olan ve kendisiyle ilgili hükümlerde mefkud sağ sayılır. Buna göre, daha önce kazandığı haklar kendisine ait olmakta devam eder ve ölümüne hükmedilmedikçe kimseye intikal etmez (262).

Bu kural gereği, malvarlığı mirasçıları arasında pay edilmez; karısıyla olan nikah ilişkisi devam eder (263), dolayısıyla karısı başkasıyla evlenemez; eşine ve çocuklarına olan nafaka

---

(261) Mecelle m. 76 gereği, beyyine müddei için ve yemin münkir üzerinedir. Beyyine külfeti, zâhiri halin hilafını (ortadaki durumun aksini) iddia eden tarafa düşer. Mecelle'de bu hususa dair şöyle bir esas vardır: Beyyine hilafı zâhiri ispat için ve yemin aslı ibka içindir (m. 77). Mesela, şu satırları yazdığım kalem zâhiri hale göre benimdir. Siz bunun aksini iddia ediyorsanız, bu iddia zahirin hilafıdır. Şu halde beyyine külfeti size teveccüh eder. Demek ki, hukuk, normal bir durumu, o durumu lehinde bulunduran kimse için bir karine saymaktadır. Bkz. **ARSEBÜK**, s. 129, dn. 15.

(262) **DAMAD**, C. I, s. 721; **MEVSILÎ**, C. III, s. 37; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. IV, s. 401-403; **KARAMAN**, Anahatlarıyla, C. II, s. 26.

(263) Eşiyle olan nikah ilişkisinin devam etmesi mefkudiyet halinin uzun sürmesi durumunda geride kalan eş için zaman zaman önemli problemler çıkarmaktadır. Ancak Hanefiler bu durumdaki eş için diğer şartlar gerçekleşip kocasının ölümüne hükmedilme dışında bir çözüm kabul etmemişlerdir. Diğer mezheplerde ise belirli bir sürenin geçmesinden sonra kadının isterse mefkud kocasından boşanma imkanı kabul edilmiştir. Bkz. **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 234.

yükümlülüğü sona ermez (264); işlerini idare etmek üzere bir vekil tayin etmişse vekalet ilişkisi devam eder. Bir vekil tayin etmemişse, hâkim, mallarını idare etmek üzere bir kayyım atar (265). Bu kayyımın yetkisi, mallarını koruma ve hakları teslim alma ile sınırlıdır ve mefkuda karşı açılacak davalarda da vekili olarak onu temsil edemez (266). Önceden yapmış olduğu akitler, örneğin kira akti, feshedilemez, çünkü mefkudun bunların hepsi üzerinde, kaybolmadan önce hakları sabit olmuştur (267). İslâm hukukunda bu hususstaki ana kural, "şek ile yakîn zâil olmaz" (Mecelle m. 4) prensibidir. Eski hukukumuza göre, tarafların ölmesiyle kira sözleşmesinin sona ermesi gerektiği bilinmekte fakat bu kural burada, mefkudun öldüğü henüz kesinleşmediği için uygulama alanı bulamamakta, dolayısıyla da mefkudun yaptığı kira akdi feshedilememektedir (268).

Ahvâl-i Şahsiye bu hususu 576'ncı maddesinde düzenlemiştir: "Mefkud kendisine zararlı olan hükümler bakımından sağ sayılır. Bunlar, mefkudun ölümüne bağlı olan hükümlerdir. Bu sebeple, mefkudun sağ veya ölü olduğu ortaya çıkmadan, dört sene de geçse malları mirasçılarına dağıtılmaz; karısı başkasıyla evlenemez; yaptığı icare akitleri feshedilemez; kendisi ile karısının arası tefrik edilmez." (269).

Kazanılacak haklar bakımından yani iktisabı için hayatta olması şart kılınan haklar konusunda mefkud ölü sayılır. Ancak gerçek ortaya çıkıncaya kadar da kazanabileceği haklar saklı tutulur (270). Bu sebeple, kendisinden haber alınamadığı dönemlerde ölen bir mirasbırakanın mirasından yararlanamaz yani başkasına mirasçı olamaz; kendisine vasiyet edilen şeye de hak kazanamaz. Ancak miras ve vasiyetten kendisine düşen pay, sağ olarak geri dönünceye veya

---

(264) Bu hususta Gaziantep Şer'iye Sicillerinden 2 nolu defterin 86. sayfasında bulunan 290 nolu hüküm için bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 305.

(265) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. IV, s. 401-402; **BİLMEN**, C. VII, s. 215-216.

(266) **BİLMEN**, C. VII, s. 215-217; **KADRİ PAŞA**, m. 572, 573, s. 75; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. IV, s. 401; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 175-176.

(267) **SERAHSÎ**, Mebsût, C. XI, s. 34; **KÂSÂNÎ**, C. VI, s. 196; **DAMAD**, C. I, s. 721; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 64, 75-76; **ARSEBÜK**, s. 180.

(268) Bugünkü hukukumuzda, ölü veya sağ olduğu belli olmayan birisinin malları on yıldan beri mahkemenin tayin ettiği bir kayyım ile idare ediliyorsa veya ölü veya sağ olduğu belli olmayan kimsenin yüz yaşını tamamladığı ve mallarının kayyım ile yönetildiği görülüyorsa, bu ikinci ihtimalde on yıl kaydı da aranmaksızın, son mirasçı olan Hazinenin talebi ile gaipliğe hükmedilebilir (TMK. m. 530).

(269) **KADRİ PAŞA**, s. 76.

(270) **MEVSILÎ**, C. III, s. 37; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 233; **KARAMAN**, Anahatlarıyla, C. II, s. 26.

ölümüne hükmedilinceye kadar bekletilir (271) ve bu payı kayyım tarafından korunur. Eğer mefkud sağ dönerse bunlara mâlik olur. Hâkim vefatına hükmederse diğer hak sahiplerine intikal eder (272). Vasiyet yapılması durumunda hak sahibi, vasiyet edenin kendisidir. O hayatta ise kendisine, değilse mirasçılarına vasiyet konusu mal geri verilir. Daha sonra da bu mallar mirasçılar arasında mirastaki hisseleri oranında taksim edilir (273).

Ahval-i Şahsiye m. 577'de de bu husus belirtilmiştir: "Başkaları için zararlı, kendisi için yararlı olan hükümler bakımından mefkud ölü sayılır. Bunlar, hayatının sübutu ile sabit olan hükümlerdir, yani iktisabı için hayatta olması lazım gelen haklardır. Bu sebeple, başkasına mirasçı olamaz, lehine bir vasiyet yapıldığında, vasiyet konusu malı iktisap edemez. Ancak hayatta olduğu ortaya çıkıncaya veya hâkim ölümüne karar verinceye kadar, miras ve vasiyet payları ayrılarak saklanır." (274).

b. Hakim Tarafından Ölümüne Karar Verildikten Sonra

Kaybolan kimsenin öldüğü kesinleşir veya bekleme süresi dolduğu için hâkim ölümüne hükmederse, mefkud, hüküm verildiği tarihte ölmüş sayılır (275). Bundan dolayı, o yokken kimler ne oranda mirasçı olacak ve ne kadar miras alacaksa mefkud için ayrılan pay, bunlara o oranda taksim edilmek üzere geri verilir. Ayrıca bunun yokluğunda mirasçı olacak durumda bulunanlara da pay verilir. Aynı şekilde mefkud, kaybolduğu zaman ile ölümüne hüküm verildiği zaman arasında ölen bir yakını bulunsa ona mirasçı olamaz (276).

Görüldüğü üzere eski hukukumuz, gerek kazanacağı gerekse kaybedeceği haklar konusunda çok titiz davranmış ve kişiye bağlı olan hakların ancak kişiliğin ortadan kalkması halinde kalkabileceğini kabul etmiş, kişilik devam ederken hakların yok olmasını önlemiştir. Çünkü asıl olan, hakların kişiler için olması ve kişilikle birlikte bulunmasıdır. Kişiliğin sona ermesi kural olarak hakların da sona ermesi demektir.

Mefkudun öldüğüne hakim tarafından karar verildiğinde, bu karar, kendisi hakkında karar

---

(271) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. IV, s. 401-403.

(272) **KÂSÂNÎ**, C. VI, s. 196; **BİLMEN**, C. VII, s. 213-214; **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 157.

(273) **SEYDİŞEHRÎ**, Ferâiz, s. 23; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 76.

(274) **KADRİ PAŞA**, s. 76.

(275) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. IV, s. 403.

(276) **BİLMEN**, C. VII, s. 211-213, 220; **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 157.

anından; başkaları hakkında ise kaybolma zamanından itibaren geçerli olur. Buna göre, terekesi, karar anında hayatta bulunan mirasçılarına bölüştürülür, karardan önce ölenler mirasçı olamazlar. Kaybolma tarihi ile karar tarihi arasında geçen süre içinde vefat eden kimselere de, kendisi (mefkud) mirasçı olamaz (277). Başkasının malı bakımından ise, karar geriye yürüyerek etkisini gösterir. Örneğin, mefkuda vakfedilmiş mallar mefkudun mirasçılarına değil, vakfedenin öldüğü andaki mirasçılarına verilir (278).

Ölümüne hükmedilen kimsenin sonradan sağ olarak geri dönmesi mümkündür. Bu durumda malvarlığından mevcut olanlar mirasçılarından geri alınır yani paylaşılan mal, eğer mirasçıların elinde aynen duruyorsa, mefkuda geri verilir. Mevcut olmayanların tazmin edilmesi yönüne gidilmez, telef olmuş veya harcanmışsa ödetilmez (279). Yine, ölüm kararı üzerine iddetini tamamlayıp başkasıyla evlenen mefkudun karısının bu evliliği de, mefkud sağ olarak dönse bile, geçerli olmakta devam eder. Mefkud bu ikinci evliliği feshettiremez (280). HAK. m. 129 ise, Malikîlerin görüşünü esas aldığı için, bunu mümkün görür.

Ölümüne karar verilen mefkudun sağ olarak dönmesiyle ilgili bu gibi hukuki sonuçlarda etken olan, "cevaz-ı şer'î damâna münafi olur" (Mecelle m. 90) kuralıdır. Yani İslâm hukukunun caiz gördüğü bir konuda artık tazmin etmek, ödemek olmaz. Burada hakimin hükmüne dayanılarak yapılan miras taksimi ve ikinci evlilik İslâm hukuku'nun o konuda cevaz vermiş olması anlamına gelir (281).

Eski hukukumuza göre, mefkudiyetten dolayı ölüme karar verildiği anda, evliliğin feshi

---

(277) **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 76; **BERKİ**, Ferâiz ve İntikal, s. 36.

(278) Günümüz hukukunda gaiblik kararı ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumu için verilmişse, bu tehlike tarihinden, uzun süreden beri haber alınamama sebebiyle verilmişse son haber tarihinden itibaren hükümlerini doğurur.

Gaiplik kararı verilmiş ve kesinleşmiş ise; o kişi ölmüş gibi, mirasçıları terekesine dahil ve mirasçıya geçebilen değerlere el koyacaklardır. Miras intikal etmiş sayılacaktır (TMK. m. 34/II). Ancak gaibin, gaiplik kararından sonra çıkagelmesi ihtimaline karşı, mirasçılardan teminat göstermeleri istenir (TMK. m. 526-527). "Gaib"e düşen miras da, gaiplik kararından sonra kendi mirasçılarına teminat gösterme şartı ile teslim edilir (TMK. m. 528).

(279) **ALİ HAYDAR**, Mecmûatü'l- Cedîde, s. 72; **BİLMEN**, C. VII, s. 221; **BALKANLI**, s. 38. Görülüyor ki burada eski hukukumuz Borçlar Kanunu'nun sebepsiz iktisaba dair olan 63 üncü maddesindeki esası kabul etmiştir.

(280) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. IV, s. 403; **KADRİ PAŞA**, m. 580, s. 76; **SEYDÎŞEHRÎ**, Ferâiz, s. 26.

(281) **BERKİ**, Ferâiz ve İntikal, s. 36.

dahil bütün sonuçlar kanun gereği kendiliğinden doğar (282). Ancak ölüme karar verilmeden önce mefkudun karısı evlenme akdinin feshini isteyebilir (283). 18 Rebiülevvel 948/1541 tarihli olan ve Gaziantep Şer'iye Sicillerinde kayıtlı bulunan şu karar bu hususu aydınlatıcı niteliktedir: "Antep'ten Mehmet kızı tatar adındaki hatun kişi, kocası olan Yusuf oğlu Yakup hâlen yedi yıldan beri mutlak surette kayıp olup gitmiştir, diye İsmail oğlu Mevlana Muhiddin ve İsa oğlu Aliyâr adındaki kimseler şahadet eylediler. Zikrolunan kadın, İmam-ı Şafiî mezhebine uyularak, nikahının fesh olması için, bu hususdaki hukukî hükmü vermek üzere, Ethem oğlu Mevlana Hacı yetkili nâib tayin olundu. Kendisi dinlendi ve İmam-ı Şafî kavlî üzere nikahı fesholundu." (284).

V. HAK EHLİYETİNİN DAYANAĞI VE HAK EHLİYETİ-ZİMMET İLİŞKİSİ

İnsan olmanın tabii bir sonucu olan hak ehliyeti, insan olarak doğan her canlıda bulunur (285). İnsan olmak, kendiliğinden bu ehliyete sahip olmayı gerektirdiği için, hak ehliyetinden yoksun bir insan kesinlikle düşünülemez (286). Bu bizi, hak ehliyetinin dayanağının zimmet kavramı olduğu sonucuna götürür (287). Bilindiği gibi zimmet, ancak hayat sahibi olan insanlar için söz konusudur. Ceninin hayat sahibi olduğu ve gelecekte müstakil bir varlığının olacağı düşünülerek ona eksik bir zimmet tanınmıştır. Cenin için doğumdan önce herhangi bir hakkın elde edilmesi söz konusu olmadığına göre, bu eksik zimmet beraberinde eksik hak ehliyetini de getirmektedir (288). Eksik hak ehliyeti de, cenini lehindeki haklara elverişli kılar (289) ama tam bir insan sayılmadığı, anasının bir parçası olduğu için, aleyhindeki haklara (borçlara) elverişli kıla-

---

(282) **BİLMEN**, C. VII, s. 220.

(283) Bugünkü hukukumuzda ise, gaibin evliliğinin son bulması için, gaiplik kararı yeterli değildir. TMK. m. 94 gereğince, gaipliğe hükm olunan kimsenin kocası veya karısı, evlilik feshedilmedikçe evlenemez.

(284) Gaziantep Şer'iye Sicillerinden 2 nolu genel seri içinde yer alan 87. defterinde 293 no ile kayıtlı olan bu karar için bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 290.

(285) **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 261; **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 92; **MAHMESÂNÎ**, C. II, s. 354; **KARAMAN**, Fıkıh Usûlü, s. 177; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 235; **CUBÛRÎ**, s. 93.

(286) Günümüz hukukunda da medeni haklardan istifadeye ehil olmak için insan olarak sağ doğmuş olmak kafidir. Hatta, Türk Medeni Kanunu, bu ehliyetin başlangıcını daha geriye almış ve ceninin medeni haklardan istifade ehliyetini kabul etmiştir. Bkz. **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 61.

(287) **CUBÛRÎ**, s. 94; **ZEYDAN**, Usûl, s. 93.

(288) **GAZÂLİ**, s. 119; **HACI ÂDİL**, s. 507; **BARDAKOĞLU**, Ehliyet, s. 535.

(289) Ceninin lehindeki haklara ehil olması, misak günündeki anlaşmaya (İslâm dinine göre Allah, insanlara ezelde "Rabbiniz değil miyim?" diye sormuş ve onlar da evet cevabını vermişlerdir. İşte misak günündeki anlaşma budur.) onun da dahil olması ile açıklanır. Aleyhindeki haklara (borçlara) elverişli olmaması ise ceninin anasının bir cüzü olup tam bir insan sayılmamasına bağlanır. Bkz. **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 244; **ARSEBÜK**, s. 263, dn. 39; **MARDİN**, C. II, s. 282-283; **HACI ÂDİL**, s. 507-508.

maz (290). İnsanın doğumla birlikte bağımsız bir varlık kazanmasından itibaren leh ve aleyhe olan haklara elverişli bir zimmeti söz konusu ise de o zimmette ancak medeni haklardan istifade hususu (hak ehliyeti) görülür, medeni hakları kullanma keyfiyeti (fiil ehliyeti) görülmez (291).

Daha önce de belirtildiği gibi, eski hukukumuzda kişilik kavramı fazla işlenmemiş, bunun yerine zimmet kavramına yer verilmiş, bu da, hak ehliyetinin zimmet vasfına bağlanmasına neden olmuştur (292). Şu halde, zimmet sahibi olan her kişi, hak ehliyetine de sahip olur.

Görüldüğü üzere, hak ehliyetini edinmede sadece hayat sahibi insan olmak yeterlidir. Yaş, akıl, erginlik gibi ölçüler aranmaz. Dolayısıyla, cenin-çocuk, küçük-büyük, kadın-erkek, deli-akıllı, hasta-sağlam farkı gözetilmeksizin herkes hak ehliyetine sahiptir. Bu ehliyete sahip olma açısından köle ile hür arasında da bir fark yoktur (293). İnsan olmaları sıfatıyla kölelerin de zimmete sahip olduğu, dolayısıyla da (eksik de olsa) hak ehliyeti bulunduğu kabul edilmiştir. Ancak, kölelik durumu, kişinin üzerine düşen bir gölge olarak belirtilmiş ve geçici bir kısıtlayıcı neden olarak görülmüştür (294).

Şu halde hak ehliyetini kazanmak için insan olmak hem yeterli hem de gereklidir; zira insan olmayan yaratıklar hak sahibi olamazlar. Gerçi hayvanların korunmasına ilişkin bazı hukuk kuralları vardır; fakat bu kurallar hayvanları hak sahibi haline getirmiş değildir. Örneğin, bir hayvanı insafsızca döven kimseye karşı, o hayvan adına dava açılması söz konusu olamaz. Bu haller için öngörülen ceza kovuşturması, hayvanlara yapılan insafsızlıktan duyguları incinen toplumu tatmin amacına dayanır; yoksa hayvanların hak sahibi sayılmasını gerektirmez (295). Başka bir ifadeyle, hayvanların bazı haklara sahip olduğu, bu hakların sağlanmasının sadece dinen ve ahlaken (diyaneten) değil hukuken de (kazaen) kontrol edilip güvence altında tutulacağı ifade edilir. Ancak bu tür anlayış ve eğilimlerin temelde insan hak ve sorumluluğunu pe-

---

(290) **BUHÂRÎ**, s. 240; **SEYDİŞEHRÎ**, Usûl, s. 470; **ZERKA**, C. III, s. 901.

(291) **MARDİN**, C. II, s. 282-283.

(292) **KARAMAN**, Fıkıh Usûlü, s. 177.

(293) **SERAHSÎ**, Usûl, s. 334; **CUBÛRÎ**, s. 93; **HALLÂF**, s. 321; **ŞA'BÂN**, Usûl, s. 250; **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 261; **ATAR**, Usûl, s. 151.

(294) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 260-261.

(295) **ŞENER** Esat, Kişinin (Şahsın) Hukuku Dernekler ve Vakıflar Hukuku, Ankara 1997, s. 50; **BERKİ**, Hukuk Tarihi, s. 57; **TEKİNAY**, Kişiler, s. 179-180; **SAYMEN**, C. II, s. 10.

kiştirmeyi amaçladığı söylenebilir (296).

Görüldüğü üzere, hak ehliyetinin temelini (dayanağını) insan olma vasfı teşkil eder; aklî ve bedenî gelişimi ne durumda olursa olsun yaşayan her insanın bu tür ehliyete sahip olduğu kabul edilir (297). İnsan için hak ehliyetinden ayrı olarak zimmet takdir etmenin gereksiz olduğunu savunan usulcülerin görüşü bir tarafa bırakılırsa, genelde benimsenen anlayışa göre, hak ehliyeti hukukçular tarafından "zimmet (kişilik)" kavramına dayandırılır ve bunun için de "vücûb ehliyeti zimmet ile kâimdir" denilir (298).

Bilindiği gibi zimmet, insanın sağ olarak doğmasıyla kazanılan ve hayatta olmaya bağlı bulunan, insanı leh ve aleyhteki haklara ehil kılan şer'î vasıftır (niteliktir) (299). Hak ehliyeti tanımının benzeri olan bu tanım, zimmetle hak ehliyetinin aynı şey olup olmadığı sorusunu akla getirir. İşte hem zimmetin hem de hak ehliyetinin ancak sağ olarak doğmakla kazanılması ve devamının hayatta bulunmaya bağlı oluşu bu iki kavramın birbiri ile karıştırılmasına sebep olmuştur. Hak ehliyeti ile zimmet arasındaki bu benzerlik, ikisinin aynı şey olduğu anlamına gelmez. Bunlar arasındaki ilişki, bir sebep-sonuç ilişkisidir. İnsanın iktisap (ilzam) ve iltizama ehil olmasının sebebi zimmettir (300). Ama ilzam ve iltizama elverişli olması hak ehliyetidir. Buna göre, insan, kendinde bulunduğu kabul edilen zimmet vasfı sebebiyle hak ehliyetine sahiptir (301).

VI. ÇEŞİTLERİ

Bilindiği gibi, eski hukukumuzda hak ehliyeti, haklara sahip olma ve borçlu olabilme gibi iki unsurun birlikte bulunmasıyla meydana gelmektedir. Bu iki unsurdan sadece birinin bulun-

---

(296) **BARDAKOĞLU**, Ehliyet, s. 535.

(297) **ZEYDAN**, Medhal, s. 262; **HALLÂF**, s. 321; **ŞA'BÂN**, Usûl, s. 250.

(298) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 243; **HACI ÂDİL**, s. 504-505; **BUHÂRÎ**, s. 237; **ZEYDAN**, Usûl, s. 92; **CUBÛRÎ**, s. 94; **ARSEBÜK**, s. 263, dn. 39; **ZERKA**, C. II, s. 535; **KARAMAN**, Fıkıh Usûlü, s. 177.

(299) **ALİ HAYDAR**, C. I, 48; **ÂTIF BEY**, Kavâidi Külliye, s. 15.

(300) **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 261.

(301) es-**SENHÛRÎ** Abdürrezzak, Mesâdiru'l-Hak fi'l-Fıkhı'l-İslâmî Mukaraneten bi'l-fıkhı'l-Garbî, C. I, Mısır 1953, s. 20; **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 193; **DÖNDÜREN**, Zimmet, s. 470.

ması durumunda hak ehliyetinin eksik olacağı, bir bakıma hak ehliyetinin bölünebileceği (302) kabul edilmiştir. Bu nedenle hak ehliyeti, bazı kimselerde tam, bazılarında ise eksik olarak bulunur.

İnsan hayatının devrelerine göre hak ve fiil ehliyetinin ne zaman tam ve ne zaman eksik olacağı ayrı ayrı tespit edilmiş ve insan hayatı beş devreye ayrılarak incelenmiştir. Bunlardan birinci devreyi eksik hak ehliyeti olarak nitelendirilen cenin dönemi teşkil eder. Başka bir ifadeyle, hak ehliyeti açısından insan hayatı, doğum öncesi (cenin) dönem-doğum sonrası dönem; buna bağlı olarak da hak ehliyeti eksik ve tam şeklinde ikiye ayrılarak incelenir (303).

A. Tam Hak Ehliyeti

1. Anlamı

Kaynaklarda "ehliyet-i vücûb-ı kâmile" olarak belirtilen tam hak ehliyeti, sağ ve hür olarak doğan kimsenin ehliyeti olup kişi bununla bütün hak ve borçlara ehil olur. Başka bir deyişle, kriteri insan olmak olan ve kural olarak sağ doğumla başlayıp ölümle de sona eren tam hak ehliyeti, kişinin, hak sahibi olabilmesi ve borç yüklenebilmesi yetkisidir (304).

Doğumla tam bir hukukî ve gerçek kişilik başlar ve kişi yaşadığı sürece zimmete ve tam hak ehliyetine sahip olur. Kişinin haklardan faydanalabilmesini ve borçlanabilmesini ifade eden hak ehliyeti kişi ehliyetinin de özünü ve vazgeçilmez alt sınırını teşkil eder. Temyiz çağına ulaşmamış (gayrimümeyyiz) küçükler, akıl hastaları ve bunaklar sadece hak ehliyetine sahip olduklarından bu grubun tipik örneğini oluşturur ve klasik literatürde bu ehliyetin mahiyet ve kapsamı özellikle gayrimümeyyiz çocuk örneği üzerinde açıklanır.

2. Kapsamı

Kişi doğumdan itibaren mâlî haklardan faydalanmaya ve mâlî borçlar altına girmeye tam

---

(302) Günümüz hukukunda ise, hak ehliyetinin bölünememesi esası geçerlidir. Buna göre, iktisap ve iltizam faktörlerinden biri bulunmazsa, hak ehliyetinden söz edilemez. Ancak, TMK. m. 27 gereği, cenin için söz konusu olan medenî haklardan istifade etmesi esası da, doğum ile birlikte geriye yürüdüğüne göre, burada ya ceninin borçlara da ehil olduğu kabul edilecek veya sadece haklara ehil olduğu kabul edilirse, eksik hak ehliyetine sahip bulunduğu söylenecektir.

(303) **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 93; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 235; **BARDAKOĞLU**, Ehliyet, s. 535.

(304) **BİLMEN**, C. I, s. 228; **ZEYDAN**, Usûl, s. 93; **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 244.

ehil olur ki bu onun tam hak ehliyetine sahip olmasının bir sonucudur. Bu sebeple, satım, kira, vasiyet, hibe gibi hukukî işlemler sonucu kendisine intikal eden her türlü hakkı kazanabildiği gibi kendisi adına yapılan hukukî işlemlerden doğan borçlara, akrabalık nafakası, haksız fiilden doğan tazmin, öşür ve haraç gibi kamu düzenini ve sosyal yardımlaşmayı gerçekleştirmeye yönelik mâlî borçlara muhatap olur (305). Bunlar kişinin hak ehliyetine sahip olmasının tabii sonuçlarıdır. Evlilik akdi de bir yönüyle mâlî ve ivazlı akitler grubunda sayıldığından kişilerin (akit olarak) evlendirilebilmesi için hak ehliyetine sahip olmaları doktrindeki çoğunluk tarafından yeterli görülmüştür (306).

Görüldüğü üzere, gayrimümeyyiz küçük için hak ehliyetine dayanan her türlü hak sabit olduğu gibi, birtakım borçlar da doğar (307). Başka bir deyişle, temyiz kudretinden ve dolayısıyla fiil ehliyetinden yoksun bulunan gayrimümeyyiz küçüğün hak ehliyetinden kaynaklanan bir takım borçları vardır.

a. Vergi ve Diğer Mâlî Yükümlülükler

Hak ehliyetine sahip olması sebebiyle gayrimümeyyiz küçüğün malvarlığından öşür, haraç, bina, gelir, gümrük gibi vergilerin ödenmesi borcu doğar (308). Aynı grupta yer alması gereken zekat konusunda ise hukukçular arasında farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Hanefîlerin dışındaki üç mezhep hukukçusu (İmam Malik, İmam Şafiî, Ahmed b. Hanbel) ve İbn Hazm'a göre, zekat malî bir ibadet olmaktan ziyade sosyal adaleti sağlayan bir vergidir (309). Diğer vergiler gibi zekat da çocuğun malvarlığını ilgilendirmekte, dolayısıyla bu mallar

---

(305) **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 262; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 235-236.

(306) **BARDAKOĞLU**, Ehliyet, s. 535.

(307) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 240.

(308) Bkz. **SERAHSÎ**, Usûl, s. 338; **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 245-246; **HACI ÂDİL**, s. 510-511; **AYDIN**, Çocuk, s. 361; **ZERKA**, C. II, s. 543; **BİLMEN**, C. I, s. 228.

(309) Kur'an, "zekat" terimini kullanırken -bir iki âyet müstesna- mecburî devlet vergisini kasteder (Bkz. mesela, 5/55 de mecburî devlet vergisi anlamına kullanılmıştır.). Bir servet vergisi olan zekat, devlet tarafından toplanan bir vergidir. Asırlar boyunca da tatbikat bu şekilde olmuştur. Bu konuda geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz. **TUĞ** Salih, İslâm Vergi Hukukunun Ortaya Çıkışı, Neşre hazırlayan: Mehmet Erkal, İstanbul 1984, s. 47 vd.; **KAZICI** Ziya / **ŞEKER** Mehmet, İslâm-Türk Medeniyeti Tarihi, 2. B., İstanbul 1982, s. 223-230; **ÜÇOK** Bahriye/ **ÜÇOK** Çoşkun, Zekât ile İlgili Birkaç Fetva, Fadıl H. Sur'un Anısına Armağan, Ankara 1983, s. 357; **KAZICI** Ziya, İslâm Müesseseleri Tarihi, İstanbul 1991, s. 301-302; **HÂTEMÎ**, İslâm Hukuku, s. 38.

için de zekat verilmesi gerekmektedir (310). Bu yüzden diğer vergiler gibi bunun alınması için belirli bir malvarlığı yeterli olduğundan, ayrıca sahibinin âkıl-bâliğ olması (temyiz kudretine sahip olması ve buluğa ermiş bulunması) gerekmez (311). Dolayısıyla, zekat verebilecek düzeyde malvarlığı olan kişi, ister gayrimümeyyiz küçük isterse akıl hastası olsun, zekat vermekle yükümlüdür (312). Bu görüşte olanlar, Hz. Aişe'nin, kendi vesayeti altında bulunan yetimlerin mallarının zekatını vermesi (313) ve Hz. Ömer'in, yetimlerin mallarının ticarete verilip işletilmesi suretiyle zekatın onu bitirmemesi emrini (314) yani sahabe uygulamalarını görüşlerine dayanak olarak kabul etmişlerdir. Bu ifadelerde, işletilmeyen malın zekat verilerek azalmasının önüne geçilmesi söylenmiş dolayısıyla da yetimlerin malına da zekat düşeceği belirtilmiştir.

İbrahim en-Nehai, Hasan Basri ve Hanefî hukukçular ise, vergi yönü bulunmakla birlikte zekatın ibadet yönü ağır basan malî bir yükümlülük olduğunu kabul etmişlerdir. Bu sebeple kişi, dini yükümlülükler altına girme çağından (yani bulûğdan) önce zekatla mükellef değildir (315). Bu hukukçulara göre, zekat, sadece malvarlığının bulunması sebebiyle ortaya çıkan yükümlülük olmayıp aynı zamanda bir ibadet sayıldığı için, yerine getirilebilmesi, temyiz kudreti ve bulûğ şartlarının gerçekleşmesine bağlıdır. Bu şartları haiz olmayanlar için zekat borcu söz konusu olamaz. Görüldüğü üzere, Hanefilere göre, toprak mahsulünden verilen öşür ve haraç gibi vergiler dışındaki malî yükümlülüklerden gayrimümeyyiz küçükler sorumlu tutulmamıştır.

Mâlî yükü bulunan ibadetler kategorisinde ele alınan fıtır sadakası konusunda ise, eğer gayrimümeyyiz küçüğün malvarlığı yeterli ise, sorun yoktur. Bu durumda, doktrindeki görüş

---

(310) **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 94; **GAZÂLİ**, s. 118; **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 260-263; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 184; **ZERKA**, C. II, s. 544.

(311) **AKSEKİ** A. Hamdi, İslâm Dîni, İtikad, İbâdet ve Ahlâk, 22. B., Ankara ts., s. 214; **GAZÂLİ**, s. 118; **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 260-263; **AYDIN**, Çocuk, s. 361.

(312) Bugünkü hukukumuzda da, Vergi Usul Kanununun 9. Maddesine göre, "mükellefiyet ve vergi sorumluluğu için kanuni ehliyet şart değildir". Bu hükme göre, vergi yükümlüsü ya da sorumlusu olabilmek için medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmak gerekli değildir. Vergi hukukunda ehliyetin temelini vergi ödeme gücü oluşturur. Vergiyi doğuran olayla iradi veya gayri iradi bir ilişki içinde bulunmak vergi yükümlüsü olabilmek için yeterlidir. Bu sebeple, gayrimümeyyiz küçük veya akıl hastası da vergi yükümlüsü olabilir. Vergi yükümlülükleri bunlar adına kanuni temsilcileri tarafından yerine getirilir (VUK.m. 10/I).

(313) **MALİK B. ENES**, el-Muvatta, 3. B., Beyrut (Lübnan) 1994, s. 196.

(314) **MALİK B. ENES**, el-Muvatta, s. 196.

(315) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. I, s. 569; **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 94-95; **AKSEKİ**, s. 214; **HACI ÂDİL**, s. 510-511; **AYDIN**, Çocuk, s. 361.

birliğine göre, fitır sadakası verme yükümlülüğü vardır (316). Herhangi bir malvarlığına sahip değilse, bu durumda, İmam Muhammed ve Züfer, bunun ibadet yönünün ağır basması sebebiyle gayrimümeyyiz çocuk üzerine fitır sadakası borcu doğmayacağını belirtir. Ebû Hanife ve Yusuf ise, fakirin menfaatini de düşünerek fitır sadakasının mâlî yönünün ağır bastığını ve gayrimümeyyizlerin (gayrimümeyyiz küçük, matuh ve mecnunun) de bununla yükümlü olduğunu söyler. Dolayısıyla küçük-büyük, erkek-kadın, hür-köle olduğuna bakılmaksızın herkes, akıl (temyiz kudreti) ve bulûğ şartı da aranmadan bununla yükümlüdür. Hatta çocuğun malvarlığı yoksa, fitır sadakasının, babası veya nafaka ile yükümlü olan kimse tarafından ödeneceğini belirtirler (317).

Eski hukukumuzda, manevi kısas olarak da isimlendirilen ve bedeni ceza uygulanamadığı zaman, öldürme veya yaralamaya karşılık alınan malî bedel olan diyeti (318), bizzat fiili işleyen kişinin veya âkılesinin (319) ödemesi gerekir. Fiili işleyenin gayrimümeyyiz küçük, akıl hastası, gayrimüslim, köle veya kadın olması diyet ödenmesini etkilemez (320). Örneğin, gayrimümeyyiz küçüğün kısası gerektiren bir suç işlemesi durumunda, cezâî ehliyeti olmadığı için kısas cezası diyete dönüşür, bu diyeti de gayrimümeyyiz küçüğün âkilesi öder. Diyetin âkıle tarafından ödenmesinin gerektiği durumlarda ise, gayrimümeyyiz küçük ve akıl hastaları, âkıleden sayılmadığı için diyet ödeme yükümü altında değildir (321).

Bu arada belirtmek gerekir ki, gayrimüslim vatandaşların (zimmîlerin) İslâm devletine verdikleri vergi olan cizye, temyiz kudretine sahip, bulûğa ermiş ve muktedir erkeklerden alındığı için, gayrimümeyyiz küçüklerin ve akıl hastalarının bu vergiyi ödeme yükümü yoktur (322).

---

(316) Bkz. **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 246; **AKSEKİ**, 219; **BİLMEN**, C. I, s. 228.

(317) **AKSEKİ**, s. 219-220; **ATAR**, Usûl, s. 148; **AYDIN**, Çocuk, s. 361.

(318) Bu konuda geniş bilgi için bkz. **BARDAKOĞLU** Ali, Diyet, DİA, C. IX, İstanbul 1994, s. 473-479.

(319) Âkıle, kasıt unsuru bulunmayan bir öldürme veya yaralama hadisesinde suçlu adına diyet ödemeyi yüklenen kişilere verilen addır. Doktrindeki görüş birliğine göre, kadın, gayrimümeyyiz küçük, akıl hastası ve fakirler, âkıle dışında tutulur. Geniş bilgi için bkz. **AKTAN** Hamza, Âkıle, DİA, C. II, İstanbul 1989, s. 248-249; **BİLMEN**, C. III, s. 53-58; **UDEH**, C. II, s. 245-248.

(320) **BARDAKOĞLU**, Diyet, s. 477.

(321) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 245; **AKTAN**, s. 248.

(322) **İBN KUDÂME**, C. VIII, s. 507.

b. Nafaka Hakkı ve Yükümlülüğü

Gayrimümeyyiz küçüklerin hak ehliyeti kapsamında ele alınan bir diğer hak ve borcu da nafaka talep edebilmesi ve nafaka yükümlülüğü altında bulunabilmesidir. Şer'iye sicillerinde, hak ehliyeti bulunan küçüğün kendisi için nafaka takdir edilmesi hakkına da sahip olduğunu belirten kararlar vardır. Örneğin, 6 Zilhicce 1168/1755 tarihinde İstanbul Beşiktaş mahkemesi tarafından verilen karar bununla ilgilidir: "Büyük İstanbul şehrinde Hoca Kadın mahallesinde oturan işbu yazılı belgenin düzenlenmesine sebep teşkil eden Bostancı Ali oğlu Musa adlı şahıs, nurlu şer'î yargı meclisinde şöyle takrir eylemiş ve maksadını şu şekilde açıklamıştır: "Şu anda velâyetim altında bulunan İbrahim kızı Hanife adlı küçük için şer'î yargı tarafından kendisine yetecek miktarda nafaka ve giyecek takdir edilmesini talep ediyorum". Adı geçenin bu talebi üzerine yazılı belgenin üstünü imzalayan şer'î hâkim de adı geçen küçük için, bu yazılı belgenin düzenlenme tarihinden itibaren her gün üçer tane akçe tayin ve takdir eylemiştir. Takdir ve tayin olunan bu meblağ, adı geçen küçüğün nafaka, giyim ve diğer zaruri ihtiyaçlarına sarf edilecektir. Zaruret anında velinin, küçüğün nafakasını teminle mükellef bulunanlara müracaat ve takdir edilen nafakayı talep hakkı mevcuttur. Durum talep üzerine sicile kaydedilmiştir" (323).

Gayrimümeyyiz küçükler, eğer yeterli derecede malvarlığına sahipse, usul, eş ve akrabalarının nafakalarını sağlama yükümü altına da girer (324). Hak ehliyetine sahip olmak nafaka alma hakkı sağladığı gibi, eğer maddi durumu iyi ise, nafaka verme yükümlülüğü de doğurur (325). Bu sebeple gayrimümeyyiz küçük, usul ve akrabalık nafakası gibi sosyal yardımlaşmanın ve dayanışmanın gereği olan ve doğrudan kanundan (İslâm hukukundan) kaynaklanan borçlara muhatap olur. Bu borç, ibadet değil mâlî bir yükümdür. Bu borçları ifada niyâbet, yani kendi adına kanunî temsilcisinin yapması, mümkündür (326).

Görüldüğü üzere, anne ve baba gibi nafakaya muhtaç usul ve akrabaların bulunması durumunda, nafaka ödemeye elverişli bir malvarlığına sahip olan gayrimümeyyiz küçükler bile,

---

(323) İstanbul Şer'iye Sicillerinden Beşiktaş mahkemesine ait 23 numaralı serinin 27. defterinin 25. sayfasında bulunan bu karar için bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 296. Bu konuda, Harput Şer'iye Sicillerinden 181 nolu defterin 13. sayfasındaki 1 nolu hüküm de örnek olarak zikredilebilir. Bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 304.

(324) **HACI ÂDİL**, s. 509; **HUDARÎ BEY**, s. 92; **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 94; **MARDİN**, C. II, s. 311; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 20. Bu konuda geniş bilgi için ayrıca bkz. **BİLMEN**, C. II, s. 500-506.

(325) **CEZÎRÎ**, C. VI, s. 2781-2833; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 20; **ZERKA**, C. II, s. 544.

(326) **SERAHSÎ**, Usûl, s. 292, 337-338; **HACI ÂDİL**, s. 509-510; **ŞÂTIBÎ**, C. I, s. 297.

nafaka ödemekle yükümlüdürler (327). Bunun için, ana babanın kazanmaktan âciz olması ve aynı dinden bulunması şartları da aranmaz (328).

Evlenme için bir yaş sınırı öngörmeyen eski hukukumuzda, velisi aracılığı ile evlendirilebilen gayrimümeyyiz küçük de, doktrindeki çoğunluğa göre, durumu ile mütenasip oranda eşinin nafakasını sağlamaya mecburdur (329). Hatta, tam ehliyetli bir kişiden nafaka isteme hakkına sahip olanlar, zengin olan gayrimümeyyiz küçükten de nafaka talep edebilirler. Doktrindeki azınlık görüşü teşkil eden Malikî ekolüne göre ise, evli olan gayrimümeyyizin eşinin nafakasını sağlama yükümlülüğü yoktur (330).

Gayrimümeyyiz küçüğün doğrudan kanundan doğan bu tür nafaka borçları kanuni temsilcisi tarafından çocuğun malvarlığından ödenir (331).

c. Haksız Fiillerden Sorumluluk

Eski hukukumuzda gayrimümeyyizlerin hak ehliyetinin bulunmasının bir sonucu olarak onlar için haksız fiil sorumluluğu kabul edilmiştir. Bu sebeple, başkasının malını telef ettiğinde kendisinden tazminat alınır (332) ancak, başkasının malını telef ettiğine yönelik (haksız fiil işlediğine dair) itirafi geçersizdir (333). Gayrimümeyyiz küçüklerin zimmetleri her türlü mâlî borçlanmaya elverişli olduğu için başkalarına verdikleri haksız fiilden kaynaklanan mâlî zararlardan dolayı sorumlulukları söz konusu olur ve ödemeyi onlar adına velileri onların malvarlığından yapar (334).

---

(327) TMK. m. 315 "Herkes, yardım etmediği surette zarurete düşecek olan usul ve füruuna ve erkek ve kız kardeşlerine muavenet ile mükelleftir" demekle nafaka vermek için mümeyyiz veya reşit olmayı şart koşmamış, dolayısıyla zengin küçüklerin, fakir ebeveynine nafaka vereceğini kabul etmiştir. Bkz. **ÖZTAN** Bilge, Aile Hukuku, Ankara 1983, s. 443.

(328) **BİLMEN**, C. II, s. 446-447; **KADRİ PAŞA**, m. 408.

(329) **SCHACHT**, Nikah, s. 260. Bu hususta geniş bilgi için bkz. **BİLMEN**, C. II, s. 454-494.

(330) **İBN RÜŞD**, s. 57.

(331) **SERAHSÎ**, Usûl, s. 336; **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 263; **HACI ÂDİL**, s. 509-510; **ZEYDAN**, Usûl, s. 95.

(332) **DÖNDÜREN** Hamdi, Akıl Hastalığı, C. I, ŞİA, İstanbul 1990, s. 86; **KÂSÂNÎ**, C. VII, s. 171; **BUHÂRÎ**, s. 240; **ALİ HAYDAR**, C. II, s. 889; **MEVSILÎ**, C. II, s. 95; **MARDİN**, C. II, s. 310.

(333) **MES'ÛD EFENDİ**, s. 343-344; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 36.

(334) **KÂSÂNÎ**, C. VII, s. 172; **ZEYDAN**, Usûl, s. 95-96; **HACI ÂDİL**, s. 509; **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 260; **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 245; **BİLMEN**, C. VII, s. 376; **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 263.

Gayrimümeyyiz küçükler için haksız fiil sorumluluğu kabul edildiğine göre, hukuka aykırı fiiller ve haksız fiiller hakkında bilgi vermek gerekir.

aa. Genel Olarak Hukuka Aykırı Fiiller

Hukuk düzeni tarafından kendisine sonuç bağlanmış insan davranışlarına "hukukî fiiller" adı verilir. Hukuk düzeni, insan davranışlarına ya hukuka aykırı bulduğu için, ya da hukuka uygun bulduğu için sonuç bağlar. Birinci halde hukuka aykırı fiiller, ikinci halde ise hukuka uygun fiiller söz konusu olur. Hukuka aykırı fiiller, hukuk düzeni tarafından onaylanmadığı için kendilerine sonuç bağlanan insan davranışlarıdır. Bunlar, kendi aralarında biri "borca aykırılık teşkil eden fiiller" ve diğeri "haksız fiiller" olmak üzere ikiye ayrılırlar.

Borca aykırılık teşkil eden fiiller, mevcut bir borç ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüğün yerine getirilmemesidir. Bu daha ziyade akitlerde (sözleşmelerde) kendini gösterir. Bir sözleşmeye taraf olan kişi, üstlenmiş olduğu yükümlülükleri hiç veya gereği gibi yerine getirmezse, karşı tarafin bu yüzden uğradığı zararları tazmin etmek zorunda kalır. Sözleşme temeline dayanan bu tip sorumluluk için "akdî sorumluluk" ifadesi kullanılır.

Haksız fiiller, herkes için uyulması zorunlu genel bir davranış kuralına aykırı olan ve aynı zamanda başkalarını zarara uğratan insan davranışlarıdır. Hukuk düzeni, haksız fiillere, meydana gelen zararın zarar veren tarafından tazmini sonucunu bağlamıştır. Haksız fiilin borca aykırılıktan farkı, fail ile zarar gören arasında, haksız fiilin işlenmesinden önce borç doğuracak nitelikte herhangi bir hukukî ilişkinin bulunmamasıdır. Tazmin yükümlülüğü, doğrudan doğruya haksız fiilin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

bb. Haksız Fiil Kavramı

Eski hukukumuzda fiili tasarruf kavramı içerisinde değerlendirilen haksız fiil ile kişinin birşeyi itlâf etmesi gibi haksız (hukuka aykırı) olarak yaptığı fiiller anlaşılır. Medeni hukuk alanında bu sorumluluk, zararın giderimi (tazmini) ile yükümlü olmak anlamına gelir (335).

Haksız fiil, hukuka aykırı olarak, başkasının şahısvarlığı veya malvarlığı değerlerine zarar

---

(335) **ANSAY**, İslâm hukuku, s. 132-133; **MARDİN**, C. II, s. 306.

verilmesi ve bu zarar veren fiil ile zarar arasında illiyet bağı kurulabilmesidir (336). Borcun en önemli kaynaklarından biri olan haksız fiiller hukuk sistemlerinde iki farklı şekilde ele alınmıştır. Çağımızda Kara Avrupası ve bunun etkisinde kalan hukuk sistemlerinin benimsediği mücerret metotta haksız fiiller bir bütün olarak düşünülmüş ve hepsine ait ortak esaslar aynı başlık altında incelenmiş, farklı hükümler taşıyan haksız fiil türleri ayrıca ele alınmıştır. Meseleci (kazuistik) metodu takip eden hukuk sistemlerinde ise haksız fiiller teker teker ele alınmış ve münferit bölümlerde sadece o haksız fiille ilgili esaslar incelenmiştir. İslâm hukuku bu ikinci grupta yer alır. Fıkıh kitaplarında haksız fiillerin muamelat ve ukubat bölümlerinin çeşitli kısımlarında yer alması da bunu gösterir. Bu yönüyle eski hukukumuz (İslâm hukuku), Roma, İngiliz ve bir derecede de Alman hukukuna benzer (337).

Haksız fiil sorumluluğunun üç sebepten biriyle doğabileceği, dolayısıyla bu tür sorumluluğun kaynağının üç olduğu ileri sürülmüştür. Bunlar, bir şahsa veya mala doğrudan bir fiille zarar verme demek olan "mübaşere"; kusurlu davranışıyla bir zararın meydana gelmesine sebep olma anlamına gelen "tesebbüb" ve "haksız zilyedlik"ten ibarettir. Bunların ilk iki türü itlâf sorumluluğu, üçüncüsü ise gasp sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilir, vedia veya âriyet olarak alınan malın talep olunduğu halde iade edilmemesi de bu son grup içinde mütalaa edilir (338).

Haksız fiilleri şahsa yönelik ve mala yönelik haksız fiiller şeklinde ikiye ayırmak mümkündür. Şahsa yönelik haksız fiiller fıkıh kitaplarının ceza hukuku bölümünde ve cezaî ve hukukî sorumluluk ayırımı da yapılmadan yer alır. Bu açıdan, şahsı tecavüze uğrayan mağdura, gördüğü zarar mukabilinde bir para (diyet) ödendiği durumlarda bu, hem bir ceza ve hem de bir tazminat karakterini taşır. Mala yönelik haksız fiillerin ise, önemli bir kısmı (gasp ve itlâf) fıkıh

---

(336) Günümüz hukukunda, dar anlamda haksız fiilin unsurları: eylemin öznel (sübjektif) olarak kusurlu olması, nesnel olarak da hukuka aykırı olması, bu hukuka aykırı eylem dolayısıyla bir başkasına zarar verilmesi, bu zarar sonucu ile eylem arasında da illiyet (nedensellik) bağı olmasıdır. Dar anlamda haksız fiil sorumluluğu, faile kusur isnad edilebilmesini gerektirir. Kusur da ya "kast" yahut "ihmal"şeklinde görülebilir. Kasdın var sayılabilmesi için, failin iradesinin hukuka aykırı sonuca yönelmiş olması gerekir. Fail sonucu tasavvur edebiliyor ve istemese bile göze alıyor ise, doğrudan doğruya kasıttan değil dolaylı kasttan söz edilir. İhmal de ise, fail sonucu istemiş ve göze almış değildir. Ancak sonucun meydana gelmemesi için gerekli önlemleri almamış veya yeterli biçimde almamıştır. Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 33-34.

(337) **AYDIN** M. Âkif, Eski Hukukumuzda Bir Haksız Fiil Türü Olarak İtlâf, MÜHF. Hukuk Araştırmaları, C. V, S. 1-3, İstanbul 1990, s. 67.

(338) **AYDIN** M. Âkif, Haksız Fiil, DİA, C. XV, İstanbul 1997, s. 210; **ANSAY**, İslâm hukuku, s. 132.

kitaplarının muâmelât (borçlar hukuku) bölümünde yer alır. Yalnız itlâfin bazı bölümleri, özellikle hayvanların vermiş oldukları zararlar, ukubat (ceza hukuku) bölümünde işlenmiştir. Aynı zamanda haddi gerektiren suçlardan olduğu için ukubat bölümünde ele alınan hırsızlıkta, hırsızın cezaî sorumluluğuyla birlikte hukukî sorumluluğu da incelenmiştir (339). Mecelle'de gasptan sonra ele alınan haksız fiillerden olan ve başkasına ait bir malı hukuka aykırı olarak tahrip etmek anlamına gelen itlâf, esasında özel bir haksız fiil türü ise de, zamanla, gasp ve hırsızlık dışında mala yönelik bütün haksız fiil türlerini içine alan bir genişliğe ulaşmıştır. Bu bağlamda, kişinin doğrudan veya dolaylı bir fiiliyle bir mala zarar vermesine itlâf denildiği gibi, hayvanların ve eşyanın zarar vermesine de itlâf denir (340).

İtlafin kapsamının genişlemesi, bütün haksız fiillerle ilgili sorumluluk esaslarının itlâf çerçevesinde belirlenmesine yol açmış ve bu çerçevede haksız fiiller, doğrudan ve dolaylı haksız fiiller olarak ikiye ayrılmış, ilkinde kusursuz ikincisinde ise kusurlu sorumluluk ilkesi benimsenmiştir. Bu, zararı meydana getiren fiilin bunu doğrudan veya dolaylı olarak doğurmasına göre yapılan bir ayırımdır. Eğer zararı doğuran fiil, bunu araya başka bir fiil girmeden meydana getiriyorsa bu durumda doğrudan (mübaşereten) haksız fiil; fiil doğrudan bir zarara yol açmıyor, fakat zararın meydana gelmesine zemin hazırlıyor ve zarar araya başka bir fiilin de girmesiyle meydana geliyorsa bu durumda da dolaylı (tesebbüben) haksız fiil söz konusudur. Örneğin, bir kandilin ipini kesme doğrudan haksız fiil; onun yere düşerek kırılmasına sebep olma da dolaylı haksız fiildir. Başka bir ifadeyle, ip doğrudan haksız fiille, kandil ise dolaylı haksız fiille zarara uğratılmıştır (341).

Haksız fiilin bu şekilde ikiye ayrılmasının en önemli sonucu, sorumluluğun teşekkülünde kendisini gösterir. Doğrudan itlâfta sorumluluk için kusur şart olmadığı (Mecelle m. 92), başka bir ifadeyle, bu tip itlâflarda sebep sorumluluğu (objektif sorumluluk) esas olduğu halde, dolaylı itlâflarda sorumluluk için kusur şarttır (Mecelle m. 93). Dolayısıyla bu tip haksız fiillerde kusur sorumluluğu esastır (342).

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

(339) Bkz. **KÂSÂNÎ**, C. VII, s. 65-90, 142-169; **ANSAY**, İslâm hukuku, s. 132.

(340) **BİLMEN**, C. VII, s. 389; **AYDIN**, Haksız Fiil, s. 211.

(341) **MECELLE** m. 887. 888; **ÂTIF BEY**, Kavâidi Külliye, s. 98; **SENHÛRÎ**, C. I, s. 54.

(342) **BELGESAY** Mustafa Reşit, Mecellenin Küllî Kaideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri, İstanbul 1947, s. 35-37; **BİLMEN**, C. VII, s. 376-382; **AYDIN**, İtlâf , s. 69.

cc. Haksız Fiil Sorumluluğu

Bilindiği üzere, hak ehliyetine sahip olan herkes sözle, alış veriş, hibe, rehin gibi birçok hukukî fiillerde bulunabilir. Bu gibi kavlî tasarruflarda (hukuki işlemlerde) işlemi yapanın bir niyet ve maksadı vardır ve tasarrufu da o niyet ve maksattan soyutlamaya imkan yoktur. Bir kimse, alış veriş, kira, hibe ve rehin muamelelerini hukukî bir sonuç doğursun diye yaptığı için kast ve niyeti o tasarruftan ayrılmaz. Eğer o kişinin kasıt ve niyeti yoksa, işlem de geçersiz sayılır. Halbuki fiili tasarruflardan bazıları, kast ve niyet olmaksızın da meydana gelebilir. Örneğin, gayrimümeyyizin bir züccaciye dükkanına girip, ayağının kayması sonucu bardakları kırması fiilinde, kasıt ve niyet olmadığı söylenebilir. İşte böyle bir durumda gayrimümeyyiz küçüğün sorumlu tutulup tutulmayacağı hususu önem taşır. Gayrimümeyyiz küçük ve akıl hastası gibi tam ehliyetsizler de, hak ehliyetine sahip oldukları için, haksız fiillerinden dolayı verdikleri zararlardan mâlî olarak sorumludurlar. Bu açıdan, bir gayrimümeyyizin haksız fiilinden -örneğin bir camı kırmasından- dolayı bu küçüğün mallarına müracaat edilerek zarar tazmin edilir (343).

Fiil ehliyeti kapsamında yer alır gibi gözüken ancak hak ehliyeti kapsamında değerlendi-

---

(343) Günümüz hukuku, gayrimümeyyizin hukuki işlemlerini keenlemyekün saydığı gibi haksız fiillerini de keenlemyekün saymış, bundan dolayı gayrimümeyyizi sorumlu tutmamıştır. Gayrimümeyyizin meydana getirdiği haksız fiilden, örneğin bir malı itlaf etmesinden dolayı o gayrimümeyyizin, çok zengin bile olsa, sorumluluğu, kural olarak, söz konusu değildir. Gayrimümeyyizin kastı ve kusuru düşünülemeyeceği için sorumluluğu olmayacak, bunun verdiği zarar velisi veya vasisinden tazmin edilecektir. TMK. m. 16'da temyiz kudretini haiz küçük ve mahcurlar hakkındaki "...Haksız fiillerden mütevellid zarardan mes'uldürler" düzenlemesi, zımnî olarak, gayrimümeyyizlerin haksız fiillerinden sorumlu olmayacağını belirtmektedir. Şu halde kural, gayrimümeyyiz küçüklerin doğrudan bir haksız fiil sonucu mala zarar vermeleri halinde o malı tazminle yükümlü olmamalarıdır.

Batı hukuku ile eski hukukumuz (İslâm hukuku) arasındaki önemli farklardan biri de bu sorumluluk durumudur. Batı hukuku, gayrimümeyyizlerin hem hukukî işlemlerden hem de haksız fiillerden sorumlu olmadığını kabul ederken, eski hukukumuz, haksız fiillerden, malın dokunulmazlığı kuralına dayanarak gayrimümeyyizlerin sorumluluğu esasını kabul etmiştir. Zira mâlî tazminatı ödemek başkası adına yapılması mümkün bir husustur; "ismeti emval" (malların dokunulmazlığı) kuralına göre de tazminat gerekir. Başkasının malını telef edenden tazminat alınır. Halbuki, kanuni temsilci çocuğun yerine cismani cezaya maruz tutulmaz. Zira ukubat da niyabet olmaz.

Günümüz hukukunda da, "malın dokunulmazlığı" kuralına doğru bir temayül vardır. Örneğin, gayrimümeyyizin bazı olaylarda "hakkaniyet ve nisfet" kuralları gereği sorumlu tutulması, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda hakime bunu tanıma yetkisinin verilmesi (TBK. m. 54); yine, kendi kusuru ile temyiz kudretini geçici olarak kaybedenin verdiği zararlardan sorumlu tutulacağının kabul edilmesi bunu göstermektedir. Buna göre, temyiz kudreti yokluğu geçici bir sebepten ileri gelmişse ve haksız fiil faili bilinçli olarak kendisini temyiz kudretinden yoksun kılmış ise (temyiz kudretini yitirecek derecede içki içerek sarhoş olmuş ise), bu sırada işlediği haksız fiillerinden sorumlu olur (TBK. m. 54/II). Bkz. **KARAHASAN** Mustafa Reşit, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 1981, s. 310 vd.; **İMRE** Zahit, Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949, s. 103; **HÂTEMÎ**, İslâm Hukuku, s. 61; **MARDİN**, C. I-I, s. 308-309.

rilen bu tür haksız fiillerden sorumluluk ehliyetine "haksız fiil ehliyeti" denir (344). Haksız fiil sorumluluğu, "sadece belli bir alacaklıya karşı değil, herkese karşı uyulması zorunlu bir hukukî görevin ihlali yüzünden doğan zararı tazmin yükü"nü ifade eder. Bu, doğrudan veya dolaylı olarak ortaya çıkabilir.

aaa. Doğrudan (Mübaşereten) Haksız Fiillerden Sorumluluk Ehliyeti

Fiiller, kişinin bilerek veya bilmeyerek yaptığı maddi hareketlerden ibaret olan ve iradeye bakılmaksızın onun borç altına girmesine yol açan hareketlerdir. Eski hukukumuzda, hukukî sonuç doğuran fiiller, temyiz kudretinin gerekli olduğu ve olmadığı şeklinde ikili bir ayırımla incelenir.

Doğrudan (mübaşereten) haksız fiillerde temyiz kudreti, dolayısıyla da fâilin kusurlu olması, aranmaz (345) sadece hak ehliyetinin bulunması ortaya çıkan zararın tazmininde yeterli görülür (346). Bu açıdan, kişinin davranışının iradeye dayanıp dayanmamasının bir önemi yoktur. Arabasıyla, yolda yürüyen birine çarpan kişinin fiili, bu duruma bir örnektir. İsteyerek veya istemeyerek bu fiili işlemesinin sorumluluk açısından bir önemi olamaz. Eğer fiil mağdura zarar vermişse, sürücü, zararı tazminle yükümlü olup bir anlamda borç altına girer. Burada hukukî sonuç, sürücünün iradesinden değil, hukuka aykırı olan ve zarar doğuran bir davranış sonucu kendiliğinden ortaya çıkar. Bu yönüyle, zarar veren fiilden sorumluluk, kişinin iradesi ile ilintili değil, hukukun âmir (emredici) kurallarının bir sonucu olup hâkimin takdirine bırakılamaz (347). Kusursuz sorumluluğun (objektif sorumluluk, sebep sorumluluğu) esas alındığı doğrudan hak-

---

(344) Günümüz hukuk doktrininde haksız fiillerden sorumlu olma ehliyetine, "haksız fiil ehliyeti", "kusur ehliyeti" veya "sorumluluk ehliyeti" de denilmektedir. Bkz. **ZEVKLİLER**, Kişiler, s. 49.

(345) Bugünkü hukukumuzda haksız fiil ehliyeti için fâilin kusurlu olması aranır. Haksız fiilden söz edebilmek için kusur; kusurdan sözedebilmek için de onun temyiz kudretine sahip olması gerekir. Şu halde haksız fiilden sorumlu olabilmek için kural olarak "temyiz kudreti" şarttır ve yeterlidir. Nitekim TMK. m. 16/son, mümeyyiz olanların haksız fiillerinden dolayı sorumlu olacaklarını, isnad yeteneklerinin bulunduğunu belirtmektedir. Buna karşılık, temyiz kudretine sahip olmayanların "kendilerine kusur isnad edilebilmesi" yetenekleri yoktur. Buna rağmen, başkalarına zarar verilmiş olması durumunda, istisnaî olarak, temyiz kudretine sahip olmayan birisi de tazminatla (giderimle) yükümlü tutulabilir. Başka bir deyişle, tam ehliyetsizlerin haksız fiil sorumluluğu söz konusu değildir ancak hakkaniyet gereği olarak bir takım istisnalar bu kuralı zedelemez. Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 33-34.

(346) **KÂSÂNÎ**, C. VII, s. 165; **BİLMEN**, C. VII, s. 376; **ZEYDAN**, Usûl, s. 95; **BUHÂRÎ**, s. 240.

(347) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 244-245; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 29; **ZERKA**, C. II, s. 536-537.

sız fiillerde hak ehliyetine sahip olan herkes sorumludur (348).

Gayrimümeyyiz bir kimsenin haksız bir fiille başkasının malına zarar vermesi durumunda kendi malvarlığıyla sorumlu olduğu ve çocukluk, gayrimümeyyizlik, mahcur (kısıtlı) olma gibi hallerin bu mâlî sorumluluğa engel olmayacağı Mecelle'de de belirtilmiştir. Söz konusu düzenleme m.916'da, "Bir sabî, diğerinin malını itlâf etse kendi malından zamân lâzım gelir; malı yoksa hal-i yüsrüne (zenginlik vaktine) intizar olunur; velisine tazmin ettirilmez" şeklinde ve m. 960'da "... mahcûrînin ... kendi fillerinden neşet eden zarar ve ziyanı heman zâmin olurlar. Meselâ, bir çocuk gayrimümeyyiz olsa bile birinin malını itlâf ettikde zaman lazım gelir" biçiminde yer almıştır. Aynı hüküm benzeri ifadelerle Ahval-i Şahsiye'de de (m. 487) yer almıştır: "Küçükler haksız fiillerden mütevellit zarardan mes'uldürler. Cana veya mala karşı bir haksız fiil yaptıklarında takdir edilen tazminat bulûğ yaşına ulaşması için tehir edilmeksizin; küçüğün malvarlığından ödenir. Bu konuda ma'tûh da küçükler gibidir." (349).

Görüldüğü üzere, eski hukukumuzda, doğrudan haksız fiil varsa "zarar vermek ve zarara zararla karşılık vermek yoktur" (Mecelle m. 19) prensibine uygun olarak, zarar gideriminin failin üzerinde kalmasının hakkaniyete uygun olacağı düşüncesiyle "kusursuz sorumluluk" ilkesi kabul edilmiştir. Buna göre, doğrudan haksız fiilde, fiil, zarar, illiyet bağı şartlarının dışında kusur aranmamakta bunun için hukuka aykırılık yeterli görülmektedir. Kendisinin zannıyla başkasının malına zarar veren kimse kusurlu olmamasına rağmen haksız bir fiil işlediği için tazmin borcu altındadır (Mecelle m. 914). Keza kendisine kusur isnadı mümkün olmayan küçükler ve akıl hastaları kendi fiilleriyle meydana gelen doğrudan haksız fiilden sorumludurlar (350). Bu sorumluluk, kişi üzerindeki hacir statüsünün kalkmasına kadar bekletilemez (351). Bu durumlara bakarak eski hukukumuzda, Türk Hukukunda da olduğu gibi, hukuka aykırılık konusunda genel olarak objektif nazariyenin benimsenmiş olduğu söylenebilir (352).

Demek ki, doğrudan haksız fiil halleri için objektif sorumluluk esastır. Failde kusurun varlığı şart değildir. Buna bağlı olarak doğrudan haksız fiil hallerinde herhangi bir ehliyet şartı

---

(348) **ONAR**, s. 11, 23; **BUHÂRÎ**, s. 240; **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 263; **HACI ÂDİL**, s. 509.

(349) **KADRİ PAŞA**, s. 66.

(350) **BELGESAY**, s. 37; **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 255; **BİLMEN**, C. VII, s. 376.

(351) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 28.

(352) Bkz. **TEKİNAY** Selâhattin Sulhi, ve diğerleri, Tekinay Borçlar Hukuku, 6. B., İstanbul 1988, s. 643.

da yoktur. Mecelle'nin 916. ve 960. maddeleri, fiil ehliyetinden kısmen veya tamamen mahrum bulunan kimselerin yani eksik ehliyetli ve ehliyetsizlerin de haksız fiil sorumluluğu altında bulunduklarını belirtmiştir. Çocukların dışında, ehliyet bakımından aynı durumda olan akıl hastaları, akıl zayıfları (ma'tûh), sefihler ve benzeri kısıtlılar da aynı statüde mütalaa edilir (353).

Tam ehliyetsizlerin haksız fiillerinden sorumlu olacakları hususunda Hanefî, Şafiî ve Hanbelî hukukçular görüş birliği içerisindedirler. Malikîlerde de hâkim görüş bu istikamettedir (354).

Doğrudan haksız fiil hallerinde kusurun aranmamasının iki gerekçesi olduğu söylenebilir. Birincisi, bu tür itlâflarda fiil ile zarar çok yakın bir irtibat içerisinde olup zarar haksız fiilin doğrudan sonucu olarak meydana gelmiştir. Böyle kuvvetli bir irtibatın bulunduğu ortamda bir de failin mutlaka kusurlu olmasına gerek görülmemiştir (355).

İkincisi, burada çarpışan iki menfaat söz konusudur: Failin menfaati ile zarar görenin menfaati. Failde kusur şart koşulduğunda ve bu mevcut olmadığı için fiilinden dolayı sorumlu tutulmadığında bir başka kusursuz kimse (zarar gören), cezalandırılmış olmaktadır. Halbuki zarar görenin doğrudan haksız fiil halinde kusuru olmadığı gibi bir fiili de mevcut değildir. Bunun her zaman hakkaniyete uygun bir sonuç verdiğini söylemek zordur. Bu durumu göz önüne alan eski hukukumuz burada mağdurun menfaatini haksız failin menfaatine tercih etmiştir. Haksız fiil sorumluluğunda doğrudan verilmiş zararların kusursuz sorumluluk kapsamına alınması, adalete uygundur. Esasen sorumluluk hukukunun temelinde de hakkaniyet (adl ve kıst) mülahazası vardır (356).

bbb. Dolaylı (Mütesebbiben) Haksız Fiillerden Sorumluluk Ehliyeti

Dolaylı haksız fiil hallerinde kusur sorumluluğu esas alınmıştır (357). Böyle durumlarda, haksız fiilin zararlı sonucu doğurması sorumluluk için yetmemekte, failin ayrıca kusurlu olması

---

(353) **BUHÂRÎ**, s. 240; **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 263; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 129; **BİLMEN**, C. VII, s. 376.

(354) **AYDIN**, İtlâf, s. 81.

(355) **MAHMESÂNÎ**, C. I, s. 197; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. II, s. 500.

(356) **AYDIN**, İtlâf, s. 79; **HÂTEMÎ**, İslâm Hukuku, s. 61.

(357) **ONAR**, s. 23; **BİLMEN**, C. VII, s. 382.

da gerekmektedir (Mecelle m. 93). Mecelle'de her ne kadar kasıt (teammüd) tan söz edilmekte ise de bunu genel olarak kusur şeklinde anlamak gerekir (358). Kusurun en ağır türü olan "kasıt", failin hukuka aykırı bir iş yaptığını bilmesi ve bunu istemesi veya sonuçlarını tasavvur edebilmesi; kusurun ikinci türü olan "ihmal ve tedbirsizlik" ise, kişinin bir fiili işlerken hukuk düzeninin kendisine yüklediği dikkatli ve tedbirli davranma görevini yerine getirmemesi, fiili idrak ettiği halde sonuçlarını idrak edememesidir (359). Şu halde ihmal ve tedbirsizliğe dayanan tesebbüb (sebep olma) hallerinde de haksız fiil sorumluluğu oluşmaktadır (360). Fiil ile zarar arasında doğrudan bir ilişki yoksa, dolaylı bir haksız fiil söz konusu ise ancak kusurlu sayılan kimse sorumlu olur ve dolayısıyla gayrimümeyyiz küçük veya akıl hastasının sorumlu olmaması gerekir. Mecelle m. 93 hükmü bunu gerektirir: "Mütesebbib müteammid olmadıkça zamin olmaz".

Kusurun bir unsur olarak kabul edildiği durumlarda, halli zor olan problem, dolaylı haksız fiil hallerinde failde ehliyetin gerekip gerekmediğidir. Bu tür haksız fiilde kusur şart olduğuna göre, faile kusur isnad edebilmek için onun asgari olarak temyiz kudretine sahip olması gerekmektedir (361). Aksi halde temyiz kudretine dahi sahip olmayan failin hukuka aykırı işin sonuçlarını tasavvur edebilmesi, hukuk düzeninin istediği özen ve tedbiri göstermesi söz konusu olmayacaktır. Bu sebeple dolaylı itlâf hallerinde failde en azından temyiz kudretinin varlığını aramak gerekir. Aksini düşünmek hukuk mantığına aykırıdır. Ne var ki, gerek Mecelle, gerekse İslâm hukuku eserleri bu konuda sarih bir hüküm ihtiva etmemektedir. Ancak doktrinde, dolaylı haksız fiilde kusur arandığına göre, temyiz kudreti aranması gerektiğine işaret eden örnekler olduğu gibi temyiz kudretinin aranmadığı örneklere de rastlanmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, dolaylı haksız fiillerde eğer temyiz kudretine sahip olmayanlar sorumlu tutuluyorsa, Mecelle'deki genel kurala rağmen (Mecelle m. 93), kusur sorumluluğundan vazgeçilip sebep sorumluluğuna yönelinmiştir, denilebilir (362).

---

(358) **SCHACHT**, İslâm Hukuku, s. 154; **ÂTIF BEY**, Kavâidi Külliye, s. 100.

(359) **BELGESAY**, s. 36; **ALİ HAYDAR**, C. I, s. 195-196; **TEKİNAY** ve diğerleri, s. 670.

(360) **KÂSÂNÎ**, C. VII, s. 165; **BİLMEN**, C. VII, s. 383-384; **ÂTIF BEY**, Kavâidi Külliye, s. 100-101.

(361) **TEKİNAY** ve diğerleri, s. 670.

(362) **AYDIN**, İtlâf, s. 82.

d. Sebepsiz Zenginleşmeden Kaynaklanan Borçlar

Sebepsiz zenginleşme (iktisap) de, zenginleşen ile yoksullaşan arasında borç ilişkisi kurar. Ancak sebepsiz iktisapta kusur unsuruna yer yoktur. Sebepsiz zenginleşme, bir malvarlığında zenginleşme, diğerinde ise bu zenginleşmeden ileri gelen bir yoksullaşma olması ve bu yoksullaşma ve zenginleşme olgusunun hukukun onadığı bir sebebe dayanmaması durumlarında söz konusu olur. Zenginleşenin kusuru aranmadığı için de bu konu, fiil ehliyeti alanına girmez. Hak ehliyetinin borçlanabilme yönünü ilgilendirir (363).

e. Adlarına yapılan Hukukî İşlemlerden Doğan Borçlar

Gayrimümeyyiz küçüklerin kendilerini borç ve yükümlülük altına sokan işlemleri bizzat yapabilmesi mümkün değildir. Gayrimümeyyiz küçüğün, bütün hukuki muamelelerinin hükümsüz olduğu, hatta kendisi için karşılıksız kazandırma teşkil eden (ivazsız iktisap, nef-i mahz) tasarrufların bile hüküm doğurmayacağı ve hüküm doğurmayan bu muamelelerin, icazet ile de düzelmesinin mümkün olmayacağı Mecelle m. 966'da belirtilmiştir: "Sağîr-i gayrimümeyyizin velisi izin verse bile, anın tasarrufât-ı kavliyyesi asla sahih olmaz" (364). Aynı hüküm farklı ifadelerle Ahval-i Şahsiye m.483'de de belirtilmiştir: "Vaki tasarruflarının neticelerini idrak edemeyen gayrimümeyyiz çocuğun, velisi izin verse bile, bütün sözlü tasarrufları batıldır, asla sahih olmaz". UVKR'nun 3, 4 ve 5. maddelerin esbâb-ı mûcibesinde, "Gayrimümeyyiz küçük, zimmetle muttasıf ve bu sebeple ehliyet-i vücubu (hak ehliyeti) haiz olduğu halde, temyiz kudretine sahip olmadığı cihetle her cihetten sözlü tasarruflara ehil değildir. Bu sebeple, velisi, izin ve icazet verse bile bunun bütün sözlü tasarrufları kanunen muteber olmamak gerekir." (365) denilmiş ve bu gerekçeye dayanarak UVKR m. 4 "Sağîr-i gayrimümeyyizin velisi izin verse bile, onun tasarrufat-ı kavliyesi sahih olmaz." şeklinde Mecelle'deki maddenin aynısı kaleme alınmıştır.

Bizzat küçük tarafından yapılan hukukî işlemler kanuni temsilcinin izin ve icazetiyle de

---

(363) **KAYA** Ali / **ÇALIŞ** Halit, Haksız İktisap, C. XV, İstanbul 1997, s. 216; **AYDIN** M. Âkif, Borç, DİA, C. VII, İstanbul 1992, s. 286-287; **TEKİNAY** ve diğerleri, s. 997.

(364) TMK. m. 14, "Mümeyyiz olmayan ile küçükler ve mahcurlar medeni hakları kullanmak salahiyetinden mahrumdurlar." ve TMK. m. 15, "Mümeyyiz olmayan şahsın tasarrufu, hukuki bir hüküm ifade etmez. Kanunda muayyen istisnalar bakidir." hükümleri mümeyyiz olmayan küçüğün, kendisi için karşılıksız kazandırma teşkil eden tasarruflarının bile hüküm doğurmayacağını ve bunların icazet ile de düzelmeyeceğini belirtmektedir. Bkz. **AKINTÜRK** Turgut, Aile Hukuku, Ankara 1978, s. 302.

(365) Bkz. **AKGÜNDÜZ**, Külliyat, s. 119-120.

geçerli hale gelemediği için, gayrimümeyyiz küçüğün bütün işlemleri mutlak butlan ile sakattır (366). Çünkü akitlerin geçerli olması icab ve kabulün birbirine uygun olarak hukukî bir sonuç doğuracak şekilde söylenmesine bağlıdır. Gayrimümeyyiz küçükler için ise böyle bir şey düşünülemez. Onun için de gayrimümeyyiz küçüğün icab ve kabulü, bir başkasına borç ikrarı gibi işlemleri geçerli değildir. Yaptığı bütün tasarruflar, isterse hibenin kabulü gibi sırf menfaatine olan bir tasarruf olsun, yine geçerli olmaz (367).

Bu tür işlemleri bunlar adına ancak kanuni temsilcisi yapabilir ve veli veya vasisinin onun adına yapacağı tasarruflardan doğan borçlardan bizzat gayrimümeyyiz küçük malvarlığıyla sorumlu olur (368). Şu halde, kişileri ilgilendiren malî borçlarından, gayrimümeyyiz küçük de sorumludur ve bunlar, kanuni temsilcilerin kendileri adına yapabildikleri hukukî işlemlerden doğan borçlara da hak ehliyeti gereği sahip olurlar. Bunlar, süt annenin ücreti veya oturulan evin kirası örneğinde olduğu gibi, küçüğün malvarlığından verilmesi gereken, küçükler adına kanunî temsilcilerinin yaptıkları hukukî işlemlerden doğan borçlardır. Satın alınan bir malın semenini ödeme borcu veya hizmet akdinden (icare-i âdemî) doğan borçlar da bu kategoride yer alır (369). Bu borçların ifasında niyâbet (kendi adına kanunî temsilcisinin yapması) mümkündür (370).

Velisi tarafından adına yapılan tasarruflar neticesinde borçlanan küçüklerin bu borçları henüz ödenmemiş iken kendileri reşid olurlarsa, çocuklar velâyet altında oldukları ve velilerinin kendi adlarına yaptıkları tasarruflarla bağlı bulunduklarından, bu borç kendilerinden istenebilir (371).

Eski hukukumuzda kanunî temsilciler tarafından yapılabilen bir diğer hukuki işlem de, evlenme ehliyetine sahip olmayanların evlendirilmesidir. Gayrimümeyyizlerin evlenme (nikah) akdine konu olup olamayacağını, başka bir deyişle evlenip evlenemeyeceği hususunu ortaya koyabilmek için öncelikle evlenmenin niteliğini tespit etmek gerekir. Evlenme, medeni haklardan istifade olarak mı yoksa medeni hakkı kullanma olarak mı değerlendirilmelidir. Evlenme

---

(366) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 36-37; **ZEYDAN**, Usûl, s. 96.

(367) **MES'ÛD EFENDİ**, s. 346; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 36-37; **AYDIN**, Çocuk, s. 361.

(368) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 245; **HACI ÂDİL**, s. 509; **DÖNDÜREN**, Mükellef, s. 338.

(369) **SERAHSÎ**, Usûl, s. 333; **ZERKA**, C. II, s. 541-542; **MARDİN**, C. II, s. 311.

(370) **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 94; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 20; **HACI ÂDİL**, s. 509-510.

(371) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 244; **SERAHSÎ**, Usûl, s. 333; **BERKİ**, Hukuk Mantığı, s. 191.

niteliği itibariyle medeni haklardan yararlanmadır fakat kendilerinde medeni hakları kullanma anlamı daha baskındır. İşte bu anlam daha baskın olduğu için bunu gayrimümeyyiz bizzat kendisi kullanamaz. Ancak bu, aynı zamanda haktan yararlanma olarak kabul edilip, bizzat kendisi evlenemeyen kişinin velisi tarafından evlendirilebilmesi mümkün görülmüştür (372).

Daha önce de belirtildiği gibi, yükümlülük için temyiz kudretinin aranmadığı vergilerin ödenmesi ile, fiil ehliyeti bulunmadığı sürece hak ve borç doğurucu hukukî işlemlerin yapılması, onlar adına kanuni temsilcileri (veli veya vasisi) tarafından gerçekleştirilir (373). Yetim küçüğün mallarının vasi tarafından idare edilmesi de bunun gibidir. Bu hususla ilgili Harput mahkemesinin 1041/1631 tarihli kararı şu şekildedir: "Harput Kasabası sâkinlerinden Recep oğlu Mahmud şer'î meclisde bundan önce vefat eden Hacı Muzaffer'in yetim oğlu Abdullah ve yetim kızı Şefika adındaki çocukların müseccel vasileri olan Ramazan oğlu Seyyid Hasan ve Gülabi oğlu Osman Çelebi huzurunda şöyle ikrar eyledi: "Bundan önce iki yetim çocuk için şer'î meclis tarafından nafaka ve giyim masrafı tayin olunmuştu. Lâkin bu hususta iki yetim çocuğa haksızlık yapılmıştır. Şu anda ben nafaka ve kisvesiz giyim masrafsız olarak kendim Allah için olmak üzere bakıyorum. Buna karşılık Aslâniye Mescidi Mahallesi'nde bulunan sınırları belli olan bağlarını kirasız ve icarsız tımar edip hasıl olan meyvesi benim olacak. İki yetim büyüyüp ergenlik çağına erdikleri, hayır ve şerri bildikleri zaman, evleri ve bağları şen ve abad olarak vereceğim. Bu husus için Seyyid Hasan bana vekil oldu" dedi. Mahmud'un işbu ikrarı Seyyid Hasan tarafından kabul ve tasdik edildi. Sicile kaydolundu" (374).

Kanuni temsilcilerin, temsil ettikleri kişinin sırf zararına olan bağış ve vakıf gibi hukukî işlemlere yetkili kılınmaması da vücûb ehliyetinin özünün hak ehliyeti olması, borçlanma yönünün ise daha sınırlı bir çerçevede, gerek üçüncü şahısların hakkını gerekse kamu düzenini koruma ihtiyacına binaen ve ihtiyaç oranınca tanınmış bulunmasının tabii sonucudur (375).

Hak ehliyeti sadece başkası adına yapılması (niyabet) mümkün olan hukukî işlemleri kapsadığından; niyabet kabul etmeyip şahsen ifası gereken ve mâlî yönü bulunmayan cezaî sorumluluk gibi ödevler için kişinin bu ehliyete sahip bulunması yeterli görülmez (376). Ancak haksız

---

(372) **MARDİN**, C. II, s. 285.

(373) **ZERKA**, C. II, s. 543; **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 245.

(374) Harput Şer'iye Sicillerinden 181 numaralı defterin 58. sayfasındaki 1 nolu bu hüküm için bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 294.

(375) **BARDAKOĞLU**, Ehliyet, s. 535.

(376) **ŞÂTIBÎ**, C. II, s. 228-229; **MARDİN**, C. II, s. 311.

fiilden doğan mâlî borçlarda failin kusurundan ziyade mağdurun hakkının korunması ölçü alındığından kişinin bu tür borçlarla mükellef tutulması için hak ehliyetine sahip bulunması yeterli görülürken failin akıl, niyet ve iradesinin önem taşıdığı konularda ise kişinin belli derecede aklî yetişkinlik kazanması şartı aranır (377).

f. Gayrimümeyyizin Hukukî Sonuç Doğuran Diğer Fiil ve İşlemleri

Gayrimümeyyizlerin yaptığı hukukî işlemler hükümsüzdür ama, daha önce de belirtildiği gibi, doğrudan haksız fiillerinden sorumlulukları söz konusudur. Bunun dışında, doğumları şuura ve iradeye ihtiyaç göstermeyen bir takım haklara gayrimümeyyizler de sahip olur. Örneğin, temyiz kudretinden yoksun bir kimse avladığı kuşlar ve balıklar üzerinde mülkiyet hakkını kazanabilir (378).

Mecelle m. 94 ve 929 gereği, kural olarak, hayvanların kendiliklerinden verdiği zarardan sahiplerinin sorumlu olmayacağı kabul edilmişse de (379) bu onların kusuru ve onlara isnadı mümkün olmayan bir fiil durumunda mümkündür. Başka bir ifadeyle, hayvan sahibinin veya zilyedin kusuru ile veya onlara isnadı mümkün bir fiille zarar meydana gelmişse, buna sebep olanlar zararı tazminle yükümlüdürler (380). Hayvanların verdikleri zararlardan sorumlu olan kişi kasıt, ihmal ve tedbirsizlik gibi kusurlar ile zarara sebebiyet veren kimsedir. Burada önemli olan, hayvanın kime ait olduğu değil, bu kusurun kime ait olduğudur (381). Çocuğun üzerinde bulunduğu hayvan başkasına bir zarar verirse, eğer çocuk hayvanın üzerinde kendi başına dura-

---

(377) **MARDİN**, C. II, s. 311; **BARDAKOĞLU**, Ehliyet, s. 535.

(378) **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 275; **TEKİNAY**, Kişiler, s. 206.

(379) **BİLMEN**, C. VII, s. 389; **ŞAFAK**, s. 115; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 223.

(380) **MECELLE** m. 929-940; **BİLMEN**, C. VII, s. 390-393; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. II, s. 524; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 275.

(381) TBK. m. 56 "Bir hayvan tarafından yapılan zararı o hayvan kimin idaresinde ise o kimse hal ve maslahatın icap ettiği bütün dikkat ve itinayı yaptığını yahut bu dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat etmedikçe tazmine mecburdur" hükmü ile hayvan idare edenlerin sorumluluğunu kusursuz sorumluluk olarak kabul etmiştir. Bunun gibi, TBK. m. 55 gereği adam çalıştıranlar ve TBK. m. 58 gereği de yapı eseri sahiplerinin sorumluluğu da kusursuz sorumluluk (sebep sorumluluğu) kabul edilmiştir. O halde temyiz kudretine sahip bulunmayan bir hayvan sahibi, bir adam çalıştıran veya bir yapı sahibi de sorumlu olur.

Hakkaniyet sorumluluğu ile, temyiz kudretini geçici olarak kaybedenlerin, bu durumda işledikleri haksız fiilden sorumlu tutulacakları kuralı da burada hatırlanmalıdır (TBK. m. 54/II). Mamafih geçici olarak temyiz kudretini kaybeden kimse, bu hale kendi kusuru olmadan düştüğünü ispat edebilirse sorumluluktan kurtulur. Bkz. **TEKİNAY**, Kişiler, s. 206-207.

biliyorsa (idrak ve temyiz gücüne sahip olduğu kabul edilerek) zararı tazmin eder; şayet hayvanın üzerinde kendini tutabilecek durumda değilse (temyiz kudretine sahip olmadığı kabul edilerek) zararı tazmin borcu yoktur (382). Görüldüğü üzere, gayrimümeyyizlere kusur isnat edilemeyeceğine göre hayvan sahibi olmalarından dolayı sorumlulukları da olamaz.

Mecelle m. 928 gereği, kural olarak, birinin duvarı yıkılıp da başkasına zarar verirse zararı tazmin etmesi gerekmez. Ancak bir binanın yapılış hatasından veya tamire muhtaç olduğu halde yapılmamış olmasından dolayı yıkılıp zarar vermesi halinde sahibi sorumludur. Başka bir ifadeyle, eğer yapılışında bir hata bulunmuyorsa, yapının kendiliğinden veya zorunlu bir sebeple yıkılması durumunda yapı sahibinin sorumluluğu söz konusu olmaz. Ancak başlangıçta sağlam olan yapı sonradan yıkılacak duruma gelmişse yapı sahibinin sorumluluğu önceden ikaz (takaddüm) şartına bağlıdır. Şayet yapı, başlangıçta hatalı yapılmışsa (mâil-i inhidâm), bundan sorumluluk için önceden ikaz şartı da aranmaz (383). Şu halde, gayrimümeyyizin sahibi olduğu yapının yıkılması halinde sorumluluğu kendisine kusur isnat edilemeyeceği için söz konusu olamaz.

B. Eksik Hak Ehliyeti

Kaynaklarda, ehliyet-i vücûb-ı nâkısa olarak belirtilen eksik hak ehliyeti, kişinin hak ehliyetinin olumlu veya olumsuz yani haklara sahip olabilme veya borçlar altına girebilmesini sağlayan yönlerinden birinin bulunmaması durumunda söz konusu olur. Eksik hak ehliyeti, ceninin ve kölenin ehliyetidir (384). Bazı eserlerde eksik hak ehliyetinin bir görünümünün de borçlu olarak ölen kimsenin ehliyeti olduğu belirtilmişse de bunun eksik hak ehliyeti olarak nitelendirilmesi zordur. Zira ölümle birlikte terekenin tasfiyesi işlemlerine geçilir ve ölenin borçlarından tereke sorumlu olur. Bu sebeple ölenin ehliyetinin bu noktada bir önemi yoktur (385).

---

(382) **SERAHSÎ**, Mebsût, C. XXVI, s. 187; **MAHMESÂNÎ**, C. I, s. 224.

(383) TBK. m. 58 gereği "Bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki, o şeyin fena yapılmasından yahut muhafazasındaki kusurundan dolayı mes'ul olur".

(384) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 235; **HACI ÂDİL**, s. 507.

(385) **HALLÂF**, s. 321.

1. Ceninin Ehliyeti

Kaynaklarda genellikle ceninin ehliyeti buna örnek olarak gösterilir (386). Ceninin ehliyetinin eksik hak ehliyeti kategorisinde değerlendirilmesinde şu bakış açısı etkili olmuştur. Cenin, anne karnında bulunduğu süre içerisinde doğum anına kadar annesinin bir parçasıdır, beslenmesine kadar her şeyi annesine bağlıdır, bağımsız bir varlık değildir, zimmeti yoktur, dolayısıyla hak ehliyeti de söz konusu olmadığı için aleyhine hakların meydana gelmesi yani borç yüklenebilmesi düşünülemez. Diğer yandan, annesinden ayrı bir hayata sahiptir, ondan ayrı bir varlık olarak düşünüldüğünde zimmeti de vardır, canlı bir varlık (insan) olduğu, her an toplumun bir bireyi olmaya aday bulunduğu ve doğuma yönelik bir hazırlık içine girdiği göz önünde bulundurularak da bir takım hakları elde edebilmesi kaçınılmaz görülerek hak ehliyetinin bulunduğuna hükmedilebilir. Bu adalet ve hakkaniyetin de bir gereğidir.

Eski hukukumuz her iki durumu da kapsayacak tarzda, bazı haklara sahip olabilmesi ancak borçlanamamasını sağlamak için, eksik hak ehliyetinin bulunduğunu kabul etmiştir. Bu, ceninin, sadece ilzam (hak sahibi olabilme) yönü bulunan eksik hak ehliyetidir. Eksik hak ehliyeti ceninin sadece hak sahibi olabilmesini (ilzam, iktisap) sağlamakta ama borçlar altına girebilmesine (iltizam) imkan tanımamaktadır. Hatta ceninin sahip olduğu bu ehliyetteki ilzam unsuru da tam değildir (387).

Görüldüğü üzere, ceninin sağ doğması şartıyla anne karnında bulunduğu dönemde de bir kişiliği ve buna bağlı olarak ehliyeti vardır ancak bu kişilik ve ehliyet eksiktir; sadece cenin bakımından gecikmesinde fevkalade sakınca bulunan mirasa ve intikale hak kazanma, vasiyet lehdarı olabilme, vakıf lehdarı yapılma ve nesebin sabit olması ve eğer annesi cariye ise, onun azat edilmesi ile azat olma gibi, kişinin kendi kabulüne ihtiyaç duyulmadan lehine doğan haklar sabit olur. Cenin için bunların dışında bir hakkın veya herhangi bir borcun sabit olması söz konusu değildir (388). Dolayısıyla, hibe gibi lehine olduğu halde, sahih ve geçerli olması kabule bağlı bulunan haklar sabit olmaz. Zira cenin, bulunduğu durum itibariyle hibeyi kabul edemeye-

---

(386) Bu konuda geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz. Yuk. § 3, III, B.

(387) **BERKİ**, Hukuk Mantığı, s. 122; **ZEYDAN**, Usûl, s. 94; **MARDİN**, C. II, s. 259; **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 93; **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 262.

(388) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 244; **BUHÂRÎ**, s. 240; **ZEYDAN**, Medhal, s. 314; **HALLÂF**, s. 321; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 318-319; **ZERKA**, C. II, s. 535.

ceği gibi, doktrindeki çoğunluğa göre, onun adına kabulde bulunabilecek bir veli veya vasi de yoktur. Yine ceninin aleyhine hiç bir hak sabit olamayacağı için, onun adına alınan bir şeyden dolayı da borç altına giremez (389).

Burada belirtilmelidir ki, Hanefî hukukçulara göre, cenin için sadece mallarının muhafazası için emin bir kişi (yed-i emin) atanabilir (390). Ceninin lehine sabit olacak mallar buna verilir. Yed-i emin, malları sadece muhafaza eder, ceninin mülkiyet hakkı sağ olarak doğması ihtimaline dayandığından yani kesin bir hak olmadığından artırmak için çalışmaz (391).

2. Kölenin Ehliyeti

Eksik hak ehliyetinin ikinci örneği ise köleliktir (392). Köle aynı zamanda fiil ehliyeti bakımından da eksik ehliyetliler grubunda yer alır. Denilebilir ki köle, hem hak hem de fiil ehliyeti bakımından eksik ehliyetlidir. Bu durum eserlerde ehliyet arızaları arasında incelenmiştir.

Köle, mülkiyet hakkı bulunmadığı ve kazandıkları efendisinin olduğu için eksik hak ehliyetine sahiptir. Ancak mükatep denilen, efendisiyle hürriyet anlaşması yapmış olan köle bundan müstesnadır; onun kazandıkları kendisinindir. Köleliğin kendisine herhangi bir yakınından miras düşmesini engelleyen bir miras engeli olması da, onun hak ehliyetinin eksik olduğunu gösteren bir başka yöndür. Köle bir kısım borçlara ehildir; borç ikrarı geçerlidir, haksız fiil sorumluluğu vardır. Ancak ikrar ettiği borç için hürriyetini kazandıktan sonra talep hakkı doğar. İşlemiş olduğu haksız fiilleri ya efendisi tazmin eder, ya da kölesinin bu tazmin uğruna satılmasına razı olmak zorunda kalır (393).

---

(389) **SERAHSÎ**, Usûl, s. 333; **ZEYDAN**, Usûl, s. 94, dn. 1; **BUHÂRÎ**, s. 240.

(390) Ancak bazı hukukçulara göre, ceninin lehine olan hakların muhafazası için, ona bir vasi tayin etmek gerekir. Bkz. **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 262.

(391) **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 196.

(392) Bu konuda geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz. Aşa. § 4, I, C.

(393) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 235, 250.

§ 4. HAK EHLİYETİ ALANINDAKİ İLKELER

Hak ehliyetinin, genellik ve eşitlik olmak üzere iki temel ilkesi vardır.

I. GENELLİK İLKESİ

A. Anlamı

Hak ehliyetinin genelliği ilkesi, onun aynı durum ve şartları taşıyan herkeste (her insanda) bulunmasının zorunlu olduğunu ifade eder. Başka bir ifadeyle, genellik ilkesi, her şahsın hukuk nazarında hak ehliyetine sahip bulunması demektir. Hukuk nazarında gerçek kişi olarak kabul edilen varlıklar sadece insanlar olduğuna göre, genellik ilkesinin kapsamına sadece insanlar girer. İnsan olmayan canlılar, hak ehliyetine sahip değildirler (394).

Cinsiyet, ırk, dil, renk, siyasi ve felsefi inanç gibi ayırımlar hak ehliyetinin daralması sonucunu doğuramaz. Bu tür ayırımlar yapılmaksızın ve yine güçlü-zayıf, küçük-büyük, hasta-hasta olmayan, deli-akıllı gibi niteliklere bakılmaksızın her insanın, hak ehliyetine sahip kabul edilmesi genellik ilkesinin bir sonucudur (395).

Hak ehliyetinin genelliği ilkesi ancak köleliğin kaldırılmasından sonra söz konusu olabilmiştir (396). Belirtilmelidir ki, eski hukukumuzda (İslâm hukukunda), ârızî olan esirlik ve kölelik bir tarafa bırakılırsa, kural, herkesin hür ve eşit olduğudur (397). Herkes hür kabul edildiği için, bulunan (lakit) birinin (398) köle veya cariye olduğunu iddia eden kimse bunu ispatla yükümlüdür. Ancak ispat edebilirse, bulunanın köle veya cariye olduğuna karar verilebilir. Sadece

---

(394) **ADLİYE VEKÂLETİ**, s. 125; **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 22.

(395) TMK. m. 8/I de, "her şahıs medenî haklardan istifade eder" denmektedir. Fransızca metinden çevrilen bu ibare, almanca metinde "herkes hak ehliyeti sahibidir" tarzındadır ve bu ibare daha doğrudur. Bu ilkenin istisnası yoktur. Her insan bir gerçek kişi olarak hak ehliyetine sahiptir. Cenin de sağ ve tam doğmak şartıyla hak ehliyetine sahiptir (TMK. m. 27/II). Bkz. **ŞENER**, Kişinin Hukuku, s. 49; **ADLİYE VEKÂLETİ**, s. 125.

(396) **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 86; **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 135.

(397) **BİLMEN**, C. IV, s. 31, C. VII, s. 234; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 70.

(398) Lakit, "bağlı bulunduğu aile veya kişiler tarafından bir yere atılmış, diri veya ölü çocuk" demektir ki, bu genellikle, ya ihtiyaç ya da zina töhmetinden kaçmak için yapılır. Lakiti atan veya terk ederek kaybolmasına sebep olan kişi, dinen günah işlemiş sayılır. Lakiti alıp korumak ise, hayırlı bir iş kabul edilir. **BİLMEN**, C. VII, s. 228, 230.

dava açmak veya iddia etmek, bulunanın köle kabul edilmesi için yeterli değildir (399). Kural olarak herkesin hür olduğu konusunda eserlerde verilen bir diğer örnek de şu şekildedir: Bir çocuk (sabi), bir Müslümanla bir zimmînin zilyedliğinde bulunsa da Müslüman o çocuğun kendi kölesi ve zimmî de kendi oğlu olduğunu iddia etse, karine, zimmî lehinedir; zira aksi ispatlanıncaya kadar herkes hür kabul edilir (400).

Bir görüşe göre, her insanın hak ehliyetine sahip olması yani kişi sayılması başka bir deyişle, hukuk sahnesine nesne olarak değil özne olarak çıkma ruhsatı verilmesi, "İnsan Hakları Öğretisi"ne dayanır (401). İnsan hakları her insanın, köleleştirme ve sömürme sürecinin başlamasından önce, eşit olarak haiz olduğu haklardır. Bu görüş, herkesin hak ehliyetine sahip olmasını yani kişi sayılmasını, insan hakları öğretisinin bir gereği olarak görür. Bu düzeyde genellik ilkesinin bir istisnası yoktur (402).

B. Hayvanların Hak Ehliyeti Konusu

İslâm hukuk literatüründe, hayvanların da bazı haklara sahip olduğu, başka bir ifadeyle kısmi (eksik) bir hak ehliyetinin bulunduğu yönünde görüş ileri sürenler olmuştur (403). Bu görüş, hayvana eziyet verilmemesini, gücü dışında yük yükletilmemesini, bakımı hususunda normal kuralların dışına çıkılmaması gerektiğini ve bunlara aykırı davranmanın sadece dinen ve

---

(399) **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 70; **BİLMEN**, C. VII, s. 234.

(400) **BİLMEN**, C. VII, s. 228-229, 259-261.

(401) **DONNELLY** Jack, Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Türkçesi, Mustafa Erdoğan/ Levent Korkut, Ankara 1995, s. 30-31, 57-60.

(402) İslâm hukukuna göre haklar aslen kazanılır. Kanunlar hakkı kazanmak için değil, korunmasını sağlamak içindir. Buna karşılık Batı hukukunda haklar, kanunlarla kazanılır. Anayasalarda temel hakların kazuistik bir liste halinde gösterilmesinin nedeni budur. Bkz. **ŞEKERCİ** Osman, İnsan Hakları Alanında Temel Belgeler ve İslâm, İstanbul 1996, s. 91; **DONNELLY**, s. 57-59; **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 24.

(403) Günümüz hukuk doktrinindeki bir görüşe göre, cenin henüz doğmadan önce ve insan dışındaki canlılar da, yaşama hakkı bakımından, ilke olarak kısmî hak ehliyetine sahip sayılmalıdırlar. Yaşama hakkı ile sınırlı olsa bile, cenin ve hayvanlar, bağımsız bir hak ehliyetine sahip olmalıdırlar. Nasıl ıztırar (zorunluk) hali ve meşru müdafaa (yasal savunma) hukuka aykırılığın ortadan kalkmış olduğunu gösteriyorsa, ceninin veya hayvanların yaşama hakkına son verilmesi de ancak bir "hukuka uygunluk" sebebi olduğu zaman söz konusu olmalıdır. Nitekim hayvanların da hiç değilse "yaşama hakkı" açısından "hak sahibi" olması gerektiğini ileri süren hukukçular vardır. Bunlara göre, cenine nasıl kayyım tayin ediliyorsa ve Anayasanın temel haklarından olan yaşama hakkının korunması cenini de kapsıyorsa, bir devlet makamı teşkil edilerek hayvanların yaşama hakkı bakımından bu makama kayyımlık (temsilcilik) yetki ve görevi verilebilir. Alman Medeni Kanunu (BGB) na 20.8.1990 tarihli bir kanun ile eklenen §90a "hayvanlar eşya değildirler. Özel kanunlarla korunurlar. Onlara, başkaca bir düzenleme yoksa, işin

ahlaken değil hukuken de sorumluluğunun olabileceğini göz önünde bulundurmuş ve bu yönüyle, hayvanlara da sınırlı da olsa hak ehliyetinin tanınması gerektiğini belirtmiştir (404). Ancak bu tür anlayış ve eğilimlerin temelde insan hak ve sorumluluğunu pekiştirmeyi amaçladığı söylenebilir. Çünkü, hayvanlara takınılması gereken tavırlara karşı yargı yolunun açık olması, bu tür davranışların kamu vicdanını rahatsız etmesinden kaynaklanır (405).

Görünüşte, hayvanlar yararına yapılan vakıf muamelesinin geçerli olmaması için hiç bir sebep yoktur. Zira, insanlara olduğu gibi hayvanlara da şefkat ve yakınlık tavsiye edilmiş ve aksi davranışlar yasaklanmıştır. Kaldı ki bu sebeple, hayvanların nafakasını temin hususunda da kolaylık sağlanır ve bu davranış dinen de sevabı gerektirir. Ancak, munkatı olmayacak surette münhasıran hayvanlara yapılan vakıf, aslî maksatlarına uygun olmadığı için uygun görülmemiştir (406). Buna göre, hayvanlara yapılan vakıfların geçersiz olduğu; böyle bir vakfin ancak insanlara da vakıf yapılması durumunda ona bağlı olarak zımnen geçerli olabileceği kabul edilir. Bu görüş, hiç olmazsa bu şekilde hayvanlara yapılan vakıfları geçersizlikten kurtarmaya çalışmaktadır (407).

Şu halde, fena muamelelere karşı hayvanları koruyan hükümlerden hayvanlara da medeni hakların tanındığı anlamı çıkarılamaz. Zira bunları koruyan hükümler, bunlara hak ehliyeti tanınması sonucunu değil, bunlara acımasızca davrananları cezalandırarak vicdanlardaki etkisini hafifletmek amacını güder (408).

C. Genellik İlkesinin İstisnası: Kölelik

Uygarlaşma ile başlayan ve ortaya çıkışına toplum hayatı neden olan kölelik, eski hukuk sistemlerinde en önemli hukukî müesseselerden biridir (409). Eski devirlerde, hemen hemen her yerde ve her dinde, haklardan istifade eden, hak sahibi olabilen varlıklar, sadece bazı nitelikleri

---

niteliğine uygun olduğu ölçüde nesnelere (eşyaya) ilişkin kurallar uygulanır" kuralını getirmiştir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **SUNGURBEY**, Hayvan Hakları, s. 72-82, 124; **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 23.

(404) **BARDAKOĞLU**, Ehliyet, s. 535.

(405) Bu konuda geniş bilgi için bkz. **BİLMEN**, C. II, s. 511-517.

(406) **BERKİ**, Vakıflar, s. 44-45.

(407) **BERKİ**, Hukuk Tarihi, s. 57; **SUNGURBEY**, Hayvan Hakları, s. 161.

(408) **BİLMEN**, C. II, s. 512-514.

(409) **AKGÜNDÜZ** Ahmed, Umumî Hukuk Tarihi Ders Notları, Konya 1991, s. 34.

haiz kimseler olmuş; bu meyanda hür insanlarla köleler arasında kesin bir ayırım yapılmış ve sadece hür insanların kişi olacağı kabul edilmiştir (410). İbraniler, Eski Yunan, Roma, Babil, Mısır, İsrail gibi eski milletlerde, Hindde ve Hıristiyanlıkta kısacası tüm eski uygarlıklarda hep kölelik kurumuna rastlanmıştır. İnsanlar bu toplumlarda hürler ve köleler olarak iki sınıfa ayrılmış ve bu ayırım hukuken meşru sayılmıştır (411).

İlkel toplumların özellikle yerleşik kültüre dayananlarında daha çok ve çeşitli olarak görülen kölelik, İslâmiyet'ten önce Arabistan'da da geniş ölçüde ve şartları çok kötü olarak uygulanmıştır (412). Roma tarihi boyunca varlıklarını sürdüren ve o zamanın ekonomik hayatının vazgeçilmez bir öğesi olan köleler (413), hakkın süjesi değil, hakkın konusu olarak görülmüştür. Yunan, İran ve Cahiliye Araplarının kölelere bakışı da bundan farklı değildir. Şehir hayatının gelişmesi sonucu iki tip köle ortaya çıkmıştır. Köylerde ve çiftliklerde maliklerin gözlerinden uzak, bir kahyanın idaresinde, kötü şartlar içinde yaşayan köleler; bir de, evlerde maliklerin yanında yaşayan, yetenekli, bilgili, kendilerine son derece güvenilebilen sadık köleler. Birinci tür kölelerin durumu, şehirlerde yaşayanlara kıyasla çok daha kötüdür. Genellikle kölelerin durumundan bahsedilirken göz önünde tutulanlar ikinci tür kölelerdir (414).

Bu dönemde, köle anadan doğan her çocuk köle olarak doğar ve hürriyetini (özgürlüğünü) kaybeden herkes köle olurdu. Savaş esirliği, ağır bir ceza sebebiyle özgürlüğün kaybolması, borç ödememek, askerlikten kaçmak, kendisini köle gibi sattırmak ve aile babası (pater familias) tarafından köle ilan edilmek suretiyle de köle olunabilirdi. Kölenin özgürlük kazanması işlemine de "azat etme" (manumissio) denirdi. Azat etme, değnekle azat etme, sayım yoluyla azat etme, vasiyetname ile azat etme, kilisede azat etme, dostlar önünde azat etme, mektupla azat etme ve sofrada azat etme gibi yollarla mümkün olabilirdi. Azat etme dışında, terkedilmiş

---

(410) **SAYMEN**, C. II, s. 7; **UMUR**, Roma Hukuku, s. 156-157.

(411) **ARMAĞAN** Servet, İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve İlaveler Yapılmış 2. B., Ankara 1992, s. 40-41; **BOZKURT** Gülnihal, Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik, AÜHFD, C. 38, 1981, S. 1-4, s. s. 65; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 78; **SAYMEN**, C. II, s. 7-9.

(412) **ZEBÎDÎ** Zeynüddin Ahmed b. Ahmed b. Abdil-Lâtîfiz-, Sahîh-i Buhârî Muhtasarı Tecrîd-i Sarîh Tercemesi ve Şerhi, Mütercimi ve Şârihi Kâmil Miras, C. VII, 7. B., Ankara 1984, s. 465-466; **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 85; ; **PAKALIN**, C. II, s. 301; **ARMAĞAN**, s. 37.

(413) **CİN** Halil / **AKYILMAZ** S. Gül, Tarihte Toplum ve Yönetim Tarzı Olarak Feodalite ve Osmanlı Düzeni, Konya 1995, s. 9; **TAHİROĞLU** Bülent, Osmanlı İmparatorluğunda Kölelik, İÜHFM, C. 45-47, S. 1-4, İstanbul 1982, s. 649-650.

(414) **PAKALIN**, C. II, s. 300; **UMUR**, Roma Hukuku, s. 157.

köle ile üstün bir fedakarlık örneği veren köle de özgürlüğüne kavuşabilirdi (415).

İslâm dini çok ileri bir hamle yaparak, başta insanların eşitliğini ilan etmiştir. Fakat Araplar ve bilhassa köleci milletler arasında köleliğin yayılması ile İslâm dininde de kölelik fiilen kabul olunmuş; ancak kölelerin durumu iyileştirilmiştir. Bu iyileştirmede önce kötü muâmele yasaklanarak insanîleştirilme aşaması gerçekleştirilmiştir. Eski milletlerde hayvan mesâbesinde görülen kölelere hür insanlar gibi davranılması emredilmiş, Allah'ın kulu olmaları açısından hür ile köle arasında bir fark görülmediği belirtilmiştir. Bunun yanısıra efendinin kölesine kendi evlâdı gibi davranması yükümü getirilmiş ve azat yolları çoğaltılarak hürriyete kavuşması kolaylaştırılmıştır. Bu bu aşamalar, kölelik müessesenin zamanla ortadan kaldırılmasını amaçlanmış (416); kadın kölenin hür bir erkekle birleşmesi ve çocuk yetiştirmesi mümkün görülmüştür. Kölelerin yüksek idari ve sosyal mevkilere eriştiklerini İslâm tarihi kaydetmektedir (417).

Görüldüğü üzere, eski hukukumuz köleliği kökten kaldırma yoluna gitmemiş; ancak tedrici olarak kalkmasını sağlayacak bir dizi tedbirler öngörmüştür. O dönemin ekonomik varlığı kölelerin işgücüne dayandığından, o zamanın ekonomik hayatına darbe vurmamak, ekonomik bunalım ve sosyal huzursuzluğa neden olmamak ve İslâm düşmanlarının ele geçirdikleri Müslümanları köle yapmaları karşısında, mukabele-i bilmisil ilkesini uygulamak gayesiyle köleliği kaldırma yerine, statüsünü iyileştirici ve azat yollarını çoğaltıcı esaslar getirmiştir (418).

Genel itibariyle dünya konjonktüründe durumu bu şekilde olan köleliği, İslâmdan önceki ve sonraki Türk hukukları açısından da ayrı ayrı ele almak gerekir.

1. İslâmdan Önceki Türk Hukukunda Kölelik

Eski Türk devletlerinde sosyal sınıf, beyler, hürler ve esirler (köleler) olmak üzere üç kategoriden oluşmuştur (419). Eski Türkler, erkek esir için kul, kadın esir için ise küng veya kara-

---

(415) **UMUR**, Roma Hukuku, s. 158-159, 161-164.

(416) **LEHBÂBÎ** M. Aziz, İslâm Şahsiyetçiliği, Terc. İ. Hakkı Akın, İstanbul 1972, s. 100 vd **BERKİ/HÂMİDÎ**, s. 14-15; **BOZKURT**, Kölelik, s. 66; **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 85.

(417) **SAYMEN**, C. I, s. 220, not 4; **SAYMEN**, C. II, s. 9.

(418) **BİLMEN**, C. IV, s. 31-32; **ÜÇOK/MUMCU**, s. 78; **ZEBÎDÎ**, C. VII, s. 466; **ARMAĞAN**, s. 38, 42.

(419) **ARSAL**, s. 328.

baş sözcüklerini kullanmışlardır (420).

Köleliğin pek uygulama alanı bulmadığı tahmin edilen Uygur toplumunda ise, mevcut esirlere muamelede zamanla yumuşama ve insanileşme kabul edilmiş, Roma hukukundaki kadar sert hükümler konulmamıştır. Eski Türkler, sahibinin köle üzerindeki hakkının mutlak olduğunu belirtmişler; ancak köleye yumuşak ve insani davranılması gerektiğini uygulamada göstermişler; sahibinin rızasıyla köleye evlenme hakkı bile vermişlerdir. Bunun yanında köleye mahkemeye müracaat hakkı da tanınmış; köle kadından doğan çocuğun, babasından, meşru çocuk gibi miras alacağı kabul edilmiştir. Tabii olarak, kölenin azat edilmesi ve bu yolla hürler sınıfına geçmesi esas kabul edilmiştir (421). Görüldüğü üzere, sosyal sınıf içerisinde kölelerin bulunması, doğal olarak bunların diğer sınıflardan bir takım farklarının olması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu ayırımın sonucu olarak denilebilir ki, eski Türk devletlerinde uygulanan hukuk açısından da kölelik kurumu, hak ehliyetinin genelliği ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır.

2. İslâmdan Sonraki Türk Hukukunda Kölelik

a. Kavram

İslâmdan sonraki Türk hukukunda genel olarak esir (kul, köle) için, memlûk, abd (422), abid ve rık (423) gibi ifadeler kullanılmıştır (424). Eğer esir (köle) erkekse abd veya memlûk, kadın ise ama (eme) veya câriye gibi özel statü isimleri tercih edilmiştir (425). Kendisine hiç

---

(420) **SÂMİ**, C. I, s. 342; **TUĞLACI**, C. III, s. 741; **KARACAN**, C. III, s. 760; **ARSAL**, s. 87 dn. 3, 330.

(421) **ARSAL**, s. 330-331.

(422) «Abd» sözcüğünün kökünü teşkil eden ibadet ve ubudiyet mefhumunda 'kulluk' ve 'itaat' anlamı vardır. Kulluk ve itaat Allah'a yapılıyorsa abd 'hür insan', kula itaat ediliyorsa 'köle' anlamına gelir. Kur'an'da, abd kelimesi hukuk açısından köle anlamında kullanılmıştır. Bkz. **HAMÎDULLAH** Muhammed, "Abd", DİA, C. I, İstanbul 1988, s. 57.

(423) "Rık", köleyi, hukukî ve medeni tasarruflardan âciz bırakır hukukî bir zayıflıktır ki, köleden kaza (yargılama), şahitlik ve evlenme ehliyeti ile saltanat ehliyeti gibi bir takım özel ve kamu haklarını kaldırır. Rık ile muttasıf olan kimseye "rakik" denir. "Itk" ise, kölenin üzerinden başkasının mülkiyet hakkının kalkıp, hukukî tasarruflara sahip olması durumudur. Itk, rık karşılığıdır. Bkz. **ZEBÎDÎ**, C. VII, s. 441; **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 478-479.

(424) **JUYNBOLL** Th. W., "Abid", İA., C. I, İstanbul 1993, s. 110; **SCHACHT**, İslâm Hukuku, s. 135; **Ü-ÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 85; **BİLMEN**, C. III, s. 332, 346, 349.

(425) **KURNAZ** Şefika, Cumhuriyet Öncesinde Türk Kadını (1839-1923), İstanbul 1992, s. 52; **HAMÎDULLAH**, Abd, s. 57; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 78.

azat taalluk etmeyen esirin adı ise kın'dır (426). Kaçak esir âbik; esirin sahibi ise, seyyit veya mevla olarak isimlendirilmiştir (427).

İslâm dini ortaya çıktığında köleliği gerek Arap toplumunda gerekse komşu diğer toplumlarda yerleşmiş bir kurum olarak bulmuş ve buna karşılık iki noktada özetlenebilecek bir tavır sergilemiştir. Buna göre, bir taraftan bu kurumu tedrici olarak ortadan kaldırmayı hedeflemiş, diğer taraftan da azat oluncaya kadar kölelere insan gibi muamele edilmesi yolunda etkin tedbirler almıştır (428).

Burada, içki, kumar, zina, kan davası gibi bir çok kötülüğü bir çırpıda yasaklayan ve bunları İslâm toplumundan kaldıran İslâm dininin, neden aynı yolu kölelik için de izlemediği, köleliği kökten kaldırma yolunu seçmediği sorusu hatıra gelebilir. Burada bir kaç sebebin varlığından söz edilebilir.

Her şeyden önce, köleliğin en devamlı kaynağının her zaman savaş esirliği olduğu bilinen bir gerçektir. Bir savaşın akabinde esirler şu yollardan birisi ile tasfiye edilir: İlk yol, bunların karşılıksız olarak veya kurtuluş akçası (fidye-i necat) mukabilinde serbest bırakılmasıdır. Serbest bırakılma bazen esir değişimi şekliyle de olur. İkinci yol, bunların hür kimselerden farklı bir statüye geçirilerek galip toplum içinde muhafaza edilmesidir ki sözünü ettiğimiz kölelik budur. Üçüncü yol da harp esirlerinin öldürülmesidir (429).

Bu üç yoldan en insani olanı harp esirlerinin bir şekilde serbest bırakılmaları, en acımasız olanı da şüphesiz öldürülmeleridir. Kölelik bu iki yol arasında orta bir yol olarak görülmektedir. Savaş esirlerinin, hatta bizzat savaşçı olmayanların bile öldürülmeleri günümüzde de sıkça rastlanan bir olgudur. Bu durumda köleliğin ortadan kaldırılması halinde savaş esirlerinin tasfiyesi için iki yol kalmış olmaktadır: öldürme ve serbest bırakma. Kölelik kaldırıldığında savaş esirlerini karşılıklı veya karşılıksız serbest bırakmanın işlemediği, galiplere cazip gelmediği durumlarda ise bu esirleri bekleyen bir tek akıbet kalmaktadır: Öldürülme. Bunun kölelikten daha insani

---

(426) **HALİS EŞREF**, Külliyat-ı Şerh-i Kanun-ı Arazi, İstanbul 1315, s. 630; **BİLMEN**, C. III, s. 343.

(427) **BİLMEN**, C. III, s. 346; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 78.

(428) en-**NEBHAN** Muhammed Faruk, İslâm Hukukunda Eşitlik, Çev. Servet Armağan, İHFM, C. 44, S. 1-4, İstanbul 1980, s. 338-339; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 260; **TAHİROĞLU**, s. 656.

(429) **SCHACHT**, İslâm Hukuku, s. 139.

olduğu söylenemez. O halde gayrı insanî bir uygulama da olsa kölelik, öldürülmenin bir alternatifi olarak ortaya çıkmaktadır. İslâm dini savaş sonrası öfke ve intikam dönemlerinde daha çok kan akmasını önlemek için köleliği bir alternatif olarak ortada bırakmış, bu kimselerin daha sonra hür olarak topluma dönmeleri için hürriyeti sağlayıcı bir dizi tedbir getirmiştir.

İkinci olarak, savaş sonrası esirlere yönelik intikam duygularının toplu katliamlara yönelmemesi için kölelik uygulamasının etkin ve belirli bir rolü vardır. Ele geçirdiği savaş esirlerinden ganimet olarak yararlanacağını bilmek, galip askerleri şiddete yönelmekten büyük ölçüde alı koyar. Bugünkü savaşlarda bile savaşın sona ermesinden sonra toplu katliamların meydana gelmesi, galip askerlerin mağluplara yönelik intikam duygularının ne kadar güçlü olduğunu göstermektedir.

Yine, köleliğin, bu kurumun çok yerleşmiş bulunduğu ve milletlerarası ilişkilerin savaş esasına dayandığı bir ortamda tek taraflı olarak ortadan kaldırılması kaçınılmaz olarak kaldıran taraf aleyhine bir sonuç doğuracaktır. Köleliği muhafaza eden taraf aldığı savaş esirlerini serbest bırakmayıp köle statüsüne geçirerek elinde tutacak, köleliği kaldıran taraf ise köle yapmadığı esirleri bir süre sonra mecburen serbest bırakıp memleketine iade edecektir. Bu sebeple köleliğin etkin bir biçimde ortadan kaldırılması devletlerarası ilişkilerde esas itibariyle barışın hâkim olduğu bir ortamda ve milletlerarası bir anlaşma ile ancak mümkün olabilirdi. İslâm'ın geldiği dönemlerde bu iki şart da gerçekleşmediği, gerçekleşme imkanı da bulunmadığı için köleliğin tek taraflı bir uygulama olarak ortadan kaldırılması mümkün olmamıştır.

İslâm bu üç sebeple köleliği tek taraflı bir kararla tamamen yasaklamamış, ancak köleliğin İslâm toplumlarında olmaması için hem köleliğin kaynağının azaltılmasına hem de ortadan kaldırılmasına yönelik bir dizi tedbir almıştır. Bunun İslâm tarihinde etkin bir biçimde uygulandığını ve devamlı bir kölelik uygulamasının İslâm toplumlarında hemen hemen hiç bulunmadığını söylemek mümkündür (430).

b. Köleliğin Kaynağı

Ekonomik hayatın ve savaşların vazgeçilmez unsuru ve sonucu olarak ortaya çıkan kölelik, İslâm'ın tebliğ edildiği asırda bütün dünya milletleri tarafından çok çirkin bir tarzda tatbik

---

(430) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 260-261.

ediliyordu. İslâm bu müesseseyi, hiç yok iken ortaya çıkarmadı. Belki sosyal ve iktisadî sebeplerden dolayı aniden kaldırılması mümkün olmayan ve İslâm'ın teorik olarak hoş görmediği köleliği, çok vahşi bir vaziyetten, kölelik kaynaklarını sınırlandırma, kölenin durumlarını düzeltme ve azat yollarını çoğaltma gibi yöntemlerle kurtarıp mümkün olduğu kadar medenî bir hale getirmeye ve sonuçta kaldırmaya çalıştı (431).

İslâm hukukunda köleliğin esas itibariyle bir tek kaynağı vardır: Savaş esirliği. Buna bir de birinciyle bağlantılı olarak bir kölenin çocuğu olarak doğmak da eklenirse köleliğin kaynağı ikiye çıkarılabilir (432). Hemen hemen tüm eski uygarlıklarda görülen, borçluluk, ihtiyaç, kuvvetlilik ve benzeri gibi sebeplerle kölelik uygulaması, İslâm'da yoktur (433). Şu halde, Roma'da ve diğer ilkel toplumlarda olduğu gibi, insanın yoksulluktan ötürü kendi kendini satması, babası veya velisi tarafından satılması, askerlik yapmamaktan dolayı köle yapılması, alacaklının borcunu ödememekten dolayı satılması veya 19. yy. Amerika'sında olduğu gibi, insanların ticaret amacıyla ve zorla satılması suretiyle meydana gelen kölelik şekilleri İslâm hukukunca tanınmamış, üstelik şiddetle karşı çıkılmıştır (434).

aa. Savaş Esirliği

İnsanlık tarihi ile birlikte savaşların sürüp gittiği bilinen bir gerçektir. Bu savaş sonucu esir alınanların hangi statüde bulundurulacağı hususunda Kur'ân, bunların savaş sona erince ya karşılıksız ya da fidye karşılığında salıverilmesinden bahseder (435).

İslâm hukuku savaş sırasında esir alınan kimseler hakkında devlet başkanına döneminin kamu yararıyla bağlantılı olarak alternatif kararlar alma yetkisi vermiştir. Buna göre, savaş esirlerinden savaşanlar ya öldürülür ya köle statüsüne geçirilir veya zimmî statüsü tanınır veya-

---

(431) **BOZKURT**, Kölelik, s. 66; **BİLMEN**, C. IV, s. 31-32; **ZEBÎDÎ**, C. VII, s. 466; **LEHBÂBÎ**, s. 100 vd.

(432) **GIBB/ BOWEN**, One Part I, s. 21; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 261-262; **BOZKURT**, Kölelik, s. 66; **ARMAĞAN**, s. 38, 40; **SCHACHT**, İslâm Hukuku, s. 136; **TAHİROĞLU**, s. 656.

(433) **SCHWARZ** Andreas B., Roma Hukuku Dersleri, byy. 1945, s. 248 vd.; **BOZKURT**, Kölelik, s. 66-67; **TAHİROĞLU**, s. 657.

(434) **SCHACHT**, İslâm Hukuku, s. 136; **AKGÜNDÜZ**, Umumî, s. 34-35; **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 86; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 79.

(435) Kur'an, Muhammed, 47/4: "(Savaşta) inkâr edenlerle karşılaştığınız zaman boyunlarını vurun. Nihayet onlara iyice vurup sindirince bağı sıkıca bağlayın (esir alın). Savaş sona erince de artık ya karşılıksız veya fidye karşılığı salıverin...". Bkz. **ÖZEK** ve diğerleri, s. 506; **ÇANTAY**, C. III, s. 930.

hut Müslüman esirlerle mübadele yapılır. Başka bir ifadeyle, savaş esirinin öldürülmesi, köle yapılması veya Müslüman esirlerle mübadelesi hususlarından biri, devlet başkanının takdirine bırakılmıştır (436).

Köle statüsüne geçirilen esirlerin gayrimüslim olması şarttır (437). Savaş esirleri arasında bulunan Müslümanlar köle yapılamaz. Esir olduktan veya köle yapıldıktan sonra Müslüman olmak köleliğe engel değildir (438). Öte yandan İslâm devletlerinin birbirleriyle yaptıkları savaşlarda esir düşenlerle, devlete yönelik isyan hareketlerinde ele geçirilenler köle yapılamaz (439).

Savaş sırasında esir alınan kadınlar ile çocukların durumu farklılık gösterir. Doktrindeki görüş birliğine göre, esir alınan kadınlar (seby) ile çoluk çocukları (zerari) öldürmek caiz değildir; bunlar ancak köle yapılabilir (440). Eğer savaş esirleri, devlet başkanı tarafından köle yapılmışsa, bunların beşte biri beytülmale (devlet hazinesine) ayrılır. Geri kalan ise, savaşanlar arasında bölüştürülür (441).

Ebû Hanife, İmam Malik, Ahmed b. Hanbel'e göre, savaş esirlerinin bir lütuf olarak salıverilmesi mümkün değildir (442). Aksi davranış bir anlamda düşmanın gücünün artmasına katkı, savaşan Müslümanların hakkına tecavüz ve nassa (kaynakların kesin hükmüne) de aykırı bir durumdur. İmam Şafiî ise, devlet başkanının maslahat gereği esirleri bir bedel mukabilinde olmaksızın serbest bırakabileceği görüşündedir (443).

Esirlerin bir mal veya İslâm esirleri karşılığında serbest bırakılması hususu da tartışılmıştır. Ebû Hanife'ye göre, esirler, mala ya da paraya ihtiyaç duyulsa bile bunlar karşılığında ser-

---

(436) **MÂVERDÎ** Ebû'l-Hasan Habib, el-Ahkâmü's-Sultâniye, İslâm'da Devlet ve Hilâfet Hukuku, Çev. Ali Şafak, İstanbul 1994, s. 249-250; **HAMÎDULLAH** Muhammed, İslâm'da Devlet İdaresi, Terc. Kemal Kuşcu, Ankara 1979, s. 334; **KÂSÂNÎ**, C. VII, s. 119; **DAMAD**, C.I, s. 648 vd.; **TAHİROĞLU**, s. 657.

(437) **SCHACHT**, İslâm Hukuku, s. 136.

(438) **MÂVERDÎ**, s. 249; **BİLMEN**, C. III, s. 401; **JUYNBOLL**, Abid, s. 111; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 340; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. IV, s. 189.

(439) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 262.

(440) **SERAHSÎ**, Mebsût, C. X, s. 5; **DAMAD**, C. I, s. 648.

(441) **MÂVERDÎ**, s. 260; **BİLMEN**, C. III, s. 401.

(442) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. IV, s. 189.

(443) **BİLMEN**, C. III, s. 403; **MÂVERDÎ**, s. 249-250.

best bırakılamaz. İmam Muhammed ise, mala ihtiyaç duyulması halinde bunu mümkün görür. İmam Şafiî de, büyük bir mal karşılığında esirlerin serbest bırakılabileceği görüşündedir. Ebû Hanife, esirlerin İslâm esirleri karşılığında serbest bırakılmasını da mümkün görmez (444). Ancak doktrindeki çoğunluğa göre (İmameyn ve diğer üç mezhep imamı), bu konuda aksi görüştedir. Yani bunlara göre, esirler Müslüman esirlerle mübadele edilebilir (445).

bb. Köleden Doğmuş Olma

İslâm hukukunda kölelik için annenin hukukî durumu esas alınır. Yani köle bir anneden doğan da köledir (446). Anne hür, baba köle olursa bu durumda doğan çocuk hürdür. Köle bir kadından doğan çocuğun köle sayılması kuralının tek istisnası bir insanın kendi cariyesinden doğan çocuğudur. Bir kimsenin kendi babasının kölesi olması söz konusu olamayacağı için böyle bir cariyeden doğan çocuk da hürdür. Başka bir ifadeyle, cariye adı verilen kadın kölenin doğurduğu çocuğun babası, efendisinden başka birisi ise, doğan çocuk köle kabul edilir (447). Bu, cariyenin, zina veya evlenme sonucu bir çocuk doğurması halinde söz konusu olur.

Görüldüğü üzere, eski hukukumuz, köleliğin bu nedenini iyice daraltmış ve pratikte çok az rastlanan bir şekle sokmuştur. Dolayısıyla, köleliğin nedenini sadece savaş esirliği ile sınırlamıştır, denilebilir.

c. Köleliğin Sona Ermesi

İslâm hukukunda köleliğin sona ermesi sonucunu doğuran birçok işlem vardır. İslâm dini köleliği sona erdirme sebeplerini çoğaltmakla savaş zaruretinin ortaya çıkardığı uygulamanın belli bir süreç içinde kaybolmasını amaçlamıştır. Köle, azat edilme suretiyle hürriyetini kazanır (448). Hürriyetini kazanma onun tam bir kişilik kazanmasının da şartıdır. Kölenin azat işlemin-

---

(444) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. IV, s. 189.

(445) **MÂVERDÎ**, s. 250-261; **BİLMEN**, C. III, s. 403; **DÖNDÜREN**, Şahıs, s. 117.

(446) **SCHACHT**, İslâm Hukuku, s. 136; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 262; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 340.

(447) **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 86. Roma hukukunda ise, ister efendisinden, ister başkasından olsun, cariyeden (dişi köleden) doğan bütün çocuklar mutlaka köle kabul edilmiştir. **UMUR**, Roma Hukuku, s. 158.

(448) **BERKİ/HÂMİDÎ**, s. 20; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 81.

den sonra, önceki efendisine karşı hukuken ifa ile yükümlü olduğu vazifeler de yoktur (449).

aa. Gönüllü Azat

Kur'an'da yer almayan, sünnetle konulmuş bir yol olan ve üzerinde icma bulunan bu metot (gönüllü azat), köleliğin en yaygın sona erme şekillerinden biridir (450). İslâm dininde köle azadı, Allah'a yaklaştırıcı bir hareket olarak kabul edilmiş ve Müslümanların gönüllü olarak köle azat etmeleri teşvik edilmiştir (451). Başka bir deyişle, kölenin azat edilmesi, dini bakımdan çok hayırlı ve manevi kazanç sağlayan bir hareket kabul edildiği için, İslâm toplumunun sık sık başvurduğu bir işlem olmuştur (452).

Hz. Peygamber'in sağlığında birçok kölesi olmuş fakat o bunların hepsini azat etmiştir. Vefat ettiğinde ümmü'l-veled statüsünde bulunan ve azat edilmeyi istemeyen Mariye isimli cariyesi dışında hiç kölesi bulunmuyordu. Ayrıca Hz. Peygamber çok sayıda köleye sahip kimseler nezdinde bunların azat edilmeleri için müdahalelerde bulunmuştur (453).

Efendi, kendi rızasıyla ve hiç bir maddi karşılık beklemeksizin kölesini azat edebileceği gibi, herhangi bir kimse de efendiyi belirli bir miktar mal karşılığında ikna ederek istediği bir köleyi azat ettirebilir. Her iki durumda da, efendinin bir irade beyanıyla bu işlem gerçekleşir

---

(449) Romada ise, durum aksinedir. Roma hukukunca azatlama, köleye tam hürriyet ve ehliyet kazandırmaz. Zira azatlı köle, anadan doğma hür olanlara oranla eksik ehliyetlidir ve önceki efendisine karşı "obsequium, bonum ve opera" gibi yerine getirmesi gereken bir takım borçları vardır. Bu konuda bilgi için bkz. **BERKİ** Şakir, Roma Hukuku, Ankara 1949, s. 115-116; **UMUR**, Roma Hukuku, s. 161.

(450) **İBN KUDÂME**, C. IX, s. 386.

(451) Kur'ân, Beled, 90/13: "Köle azat etmek." Bkz. **ÇANTAY**, C. III, s. 1182; Kur'ân, Bakara, 2/177: "...Asıl iyilik ... köle ve esirleri kurtarma uğrunda malını harcayanın yaptığı iyiliktir." Bkz. **ÇANTAY**, C. I, s. 48-49.

Hz. Peygamber de köle azat etmenin büyük faziletli (sevap) olduğunu belirtmiş, sözleri ve uygulamaları ile Müslümanları buna teşvik etmiştir. Köle azat etmenin fazileti konusunda pek çok hadis vardır. "Her kim bir mü'min köleyi azat ederse, Yüce Allah onun her uzvuna karşılık azat edenin bir uzvunu cehennem ateşinden azat eder"; "Her kim kölesini tokatlar, yahut döverse, artık o tokatlama ve dövmekten dolayı onun vereceği keffaret, bu köleyi azat etmesidir." anlamındaki hadisler bunlara örnektir. Bu konudaki hadisler için bkz. **ZEBÎDÎ**, C. VII, s. 442-465; **CANAN**, C. XI, s. 549 vd.; **YAZIR**, C. IX, s. 228; **ÇANTAY**, C. III, s. 1182, dn.17.

(452) **ARMAĞAN**, s. 38; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 340; **BİLMEN**, C. III, s. 399.

(453) İbn Düreyd ve Abdülkadir Bağdadi'nin belirttiklerine göre Hz. Peygamber Cerir b. Abdullah aracılığıyla Yemen hükümdarı Zü'l-Kela' Esmeyfa b. en-Numan'a kölelerini azat etmesi için bir mektup göndermiş, o da bunun üzerine eli altındaki dört bin köleyi azat etmiştir. Bkz. **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 267, dn. 17.

(454).

Bunun yanında gönüllü azat, hemen sonuç doğuracak bir hukukî işlemle yapılabildiği gibi ölüme bağlı bir tasarrufla da yapılabilir (455). İslâm hukukunda bu işleme "tedbir", azat edilmesi ölüme bağlı bir tasarrufla ilişkilendirilen köleye de "müdebber" denir. Başka bir deyişle, bir kimse vefatından sonra da kölesinin azat olmasını vasiyet edebilir. Böyle bir durumda efendinin vasiyeti geçerlidir ve ölümü anında köle hukuk gereği kendiliğinden hürriyete kavuşur (456). Müdebber köle, efendisi tarafından, ölmeden önce de azat edilebilir (457).

Efendi, kölesine, "ben ölünce hürsün" derse, köle müdebber olur. Bu, efendinin, köle azadını kendi ölümüne bağladığı ve bu yolla yaptığı sözleşmedir. Bu tür köle satılamaz veya bağışlanamaz (458). Bir kimse müdebbere kölesini evlendirebilir fakat sırf nikah işlemi ile azat olmuş olmaz (459).

Bu yolla köle azadı vasiyet için getirilen genel sınırlamalara tabidir. Bu sebeple kölenin değeri terekenin üçte birini aşmıyorsa azat işleminde herhangi bir hukukî engel yoktur. Değeri terekenin üçte birini aşıyor ve mirasçılar da bu aşan kısmın işlerlik kazanması için rızalarını beyan etmiyorlarsa vasiyet yine geçerli ve köle hürriyetini kazanmış olur. Ancak üçte birini aşan değeri karşılığında mirasçılara karşı borçlanır ve çalışarak bu borcu öder (460).

Hanefî ve Malikî mezheplerine göre, köle azadı ister sağlar arası hüküm doğuran bir işlemle, isterse ölüme bağlı bir tasarrufla olsun rücuu kabil olmayan (lazım) bir işlemdir. Bu se-

---

(454) **SAVA PAŞA**, C. II, s. 340; **ÜÇOK/MUMCU**, s. 78.

(455) **BİLMEN**, C. IV, s. 40.

(456) **DAMAD**, C. I, s. 539 vd.; **BİLMEN**, C. III, s. 399; **HALİS EŞREF**, Külliyat, s. 631.

(457) Ebussuûd Efendi'nin bu konudaki bir fetvası da şu şekildedir: "Zeyd, müdebber ettiği cariyeyi azat eylese, azat olur mu? El cevap: olur". Bkz. **DÜZDAĞ** Mehmet Ertuğrul, Şeyhülislâm Ebussuûd Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı, İstanbul 1972, s. 124, fetva no: 572.

(458) Ebussuûd Efendi bir fetvasında, efendisini öldürmeye teşebbüs eden müdebber kölenin bile satılamayacağını belirtmiştir: "Zeyd'in müdebber kulu Amr, azat olmak için Zeyd'i katle kastedecek, Zeyd bey'a kadir olur mu? El cevap: Olmaz, kitabete kesmeğe kadirdir.". Bkz. **DÜZDAĞ**, s. 125, fetva no: 573; **HALİS EŞREF**, Külliyat, s. 631; **BİLMEN**, C. IV, s. 40-41.

(459) "Zeyd, müdebberesi Hind'i müdebberi Amr'a nikah edip vermek şer'an caiz olur mu? El cevap: Nikah caizdir, azat olmazlar, onlardan hasıl olan dahi müdebberlerdir, hayatta oldukça istihdam ederler". Bkz. **DÜZDAĞ**, s. 124, fetva no: 570.

(460) **JUYNBOLL**, Abid, s. 112; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 267.

beple kölesini azat eden kimse istese de bundan geri dönemez yani tedbirden rücû edilemez. Şafiîlere göre, köle sahibi, herhangi bir vasiyet şartını değiştirebileceği gibi, vasiyet yoluyla yapılan tedbir işlemini de feshedebilir, yani burada rücu ve tebdil mümkündür. Ayrıca köle azadı tek taraflı bir hukukî işlemdir; tamam olması için ayrıca kölenin kabulüne ihtiyaç yoktur (461).

Bilindiği gibi, İmameyn'e göre, gerek köle olmada (rık) gerekse köle azadında (ıtk) tecezzi (bölünme) kabul edilmez. Bu açıdan bir kimsenin bazı kısımları köle bazı kısımları da hür olmaz. Hatta kölenin bir kısmını azat tamamının azadını gerektirir. Ebû Hanife ise, köle azadında tecezziyi mümkün görür (462). Bu tecezzi tartışması tedbir durumunda da aynı şekilde geçerlidir. Yani, Ebû Hanife, bu akitte de tecezziyi mümkün görürken, Ebû Yusuf ve Muhammed, azat kavramının bölünme kabul etmeyen bir bütün olduğu görüşündedirler (463).

Osmanlı devletinde gönüllü köle azadı çokça rastlanan bir olgudur. Gönüllü azada örnek olabilecek bir kararda, İstanbul Beşiktaş mahkemesi'nin 11 Safer 1169/1755 tarihindeki kararı, şu ifadelere yer verilmiştir:

"Anadolu Vilâyeti'nde bulunan Amasya asıllı ve hâlâ Sultan Bayezid Mahallesi sâkinlerinden olan eski sadrazam rahmetli Ahmed Paşa'nın Enderûnî mehterlerinden Hacı Mehmed oğlu Mehter Mustafa Ağa, şerefli ve nurlu şer'î yargı meclisinde ve parlak din mahfelinde, kendisi köle olduğunu itiraf eden orta boylu, kara kaşlı, şehlâ gözlü ve bu yazılı belgenin sahibi Abdullah oğlu İbrahim'in huzurunda şöyle ikrarda bulundu: "*Adı geçen ve vasıfları tayin edilen kölemi, sadece Yüce Allah'ın rızası rahmet sahibi Rabbim'in hoşnutluğu ve Allah'a selim kalp ile gelenler dışında mal, mülk ve evladın kimseye fayda vermeyeceği kıyamet gününün azabı korkusu için azat ettim. Bu azat işlemimde Hz. Peygamber'in "kim bir mümin köleyi azat ederse, Yüce Allah da onun her uzvu karşılığında sahibinin bir uzvunu cehennem ateşinden azat eder" (söyleyen seçkin insan çok doğru söylemiş) hadisine uymayı amaçladım ve bu kölemi hürlere kattım. Bu günden sonra adı geçen, diğer hürler gibi olup velâ hakkımdan (mirasçılık hakkı) başka kendisinde hiçbir hakkım kalmamıştır. Bu ikrar beyanı üzerine beyanı mahkemece tasdik edildi ve talep üzerine durum sicile kaydedildi.*" (464).

Şer'iye sicil defterlerinde bununla ilgili birçok belgeye rastlanmaktadır (465). Öyle anlaşı-

---

(461) **KÂSÂNÎ**, C. IV, s. 112; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 81, dn. 3; **JUYNBOLL**, Abid, s. 112.

(462) **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 479, dn. 2.

(463) **KÂSÂNÎ**, C. IV, s. 116; **BİLMEN**, C. IV, s. 40.

(464) İstanbul Şer'iye Sicillerinden 23 genel numaralı Beşiktaş Mahkemesine ait 127 numaralı defterin 47 nci sayfasında yer alan bu karar için bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 225-226.

(465) Örnek olarak bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 225-226.

lıyor ki sonradan ispat problemi ortaya çıkmasın diye köle azatlarında bu durum, düzenli bir biçimde mahkeme defterlerine kaydedilip şahitlerle tespit edilmekte ve azat edilmiş köleye durumunu belgeleyen bir "ıtk name" verilmektedir (466).

bb. Keffaret Borcu Olarak Azat

Belirli dini kuralların ihlalinin keffareti olarak köle azat etmek, İslâm'a has bir uygulamadır (467). Kefaret olarak köle azadının öngörüldüğü durumlarda kölesi olan mutlaka kölesini azat etmelidir. Bu zorunlu işleme, günahtan temizlenmek anlamına gelen kefaret adı verilir. Diğer köle azat yöntemleri isteğe bağlı iken bu metot zaruridir (468).

Bu kuralların ihlali ayrıca bir suç teşkil ediyorsa, suçlu, kefaretin dışında belirlenmiş cezayı da çekmek zorundadır (469). Hata ile adam öldüren, yeminini bozan, karısına karşı zıhâr yapan (karısını mahremlerinden birine benzetme sözünü söyleyen) kimseler belirli şartlarla kefaret olarak köle azat etmek zorundadırlar (470).

cc. Sözleşme (Mükatebe) Yoluyla Azat

Köle efendisiyle hürriyet sözleşmesi yaparak da kölelikten kurtulabilir. Kur'an'ın da tavsiye ettiği bir yol olan bu şekilde köleliğin sona ermesi, diğer sözleşmeler (akitler) gibi hukukî bir sözleşmeyle gerçekleştirilir. Yapılan sözleşmeye mükatebe (kitabet), bu durumdaki köleye

---

(466) **KURNAZ**, s. 53; **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 225-236; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 267.

(467) **BİLMEN**, C. IV, s. 32-33; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 81.

(468) **SCHACHT**, İslâm Hukuku, s. 138; **PAKALIN**, C. II, s. 302; **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 225 vd.

(469) **ARMAĞAN**, s. 38.

(470) Kur'ân, Nisa, 4/92: "... Yanlışlıkla bir mümini öldüren kimsenin, mümin bir köle azat etmesi ve ölenin ailesine teslim edilecek bir diyet vermesi gereklidir. Meğer ki ölünün ailesi o diyeti bağışlamış ola. (Bu takdirde diyet vermez). Eğer öldürülen mümin olduğu halde, size düşman olan bir toplumdan ise mümin bir köle azat etmek lâzımdır. Eğer kendileriyle aranızda antlaşma bulunan bir toplumdan ise ailesine teslim edilecek bir diyet ve bir mümin köleyi azat etmek gerekir..." Bkz. **ÖZEK** ve diğerleri, s. 92.

Maide, 5/89: "Allah, kasıtsız olarak ağzınızdan çıkıveren yeminlerinizden dolayı sizi sorumlu tutmaz, fakat bilerek yaptığınız yeminlerden dolayı sizi sorumlu tutar. Bunun da keffâreti, ailenize yedirdiğiniz yemeğin orta hallisinden on fakire yedirmek, yahut onları giydirmek, yahut da bir köle azat etmektir. Bunları bulamıyan üç gün oruç tutmalıdır. Yemin ettiğiniz takdirde yeminlerinizin keffâreti işte budur..." Bkz. **ÖZEK** ve diğerleri, s. 121.

Mücadele, 58/3-4: "Kadınlardan zıhâr ile ayrılmak isteyip de sonra söylediklerinden dönenlerin karılarıyla temas etmeden önce bir köleyi hürriyete kavuşturmaları gerekir. Size öğütlenen budur. Allah, yaptıklarınızdan haberi olandır. (Buna imkân) bulamayan kimse, hanımıyla temas etmeden önce ardarda iki ay oruç tutar. Buna da gücü yetmeyen, altmış fakiri doyurur..." Bkz. **ÖZEK** ve diğerleri, s. 541.

de mükateb denir (471).

Sözleşme ile köle efendisine aralarındaki mutabakata göre ya belli bir miktar para ödemeyi veya belli bir malı üretmeyi veyahut da belli bir süre çalışmayı taahhüt eder (472). Osmanlı devleti zamanında Üsküdar mahkemesinden verilen bir kararda, kadı huzurunda yapılan mükatebe aktinde (kitabet) sözleşme bedeli belirli bir hizmet olarak tespit edilmiş ve mükatip söz alarak, "bu yazılı belgenin yazım tarihinden itibaren dört ay bitinceye kadar dürüst bir şekilde çalışmak şartıyla adı geçen köle ile azatlık antlaşması (mükatebe) yaptım. Zikredilen aya kadar dürüst bir şekilde çalıştıktan sonra, diğer hürler gibi hür olsun" demiş, bu beyan, köle tarafından kabul edilince, mahkemece tescil edilmiştir (473). Buna benzer olarak, Ankara İki Numaralı Şer'iye Sicilindeki, "İlgazi köyünden H. Bali ile 13 yıla hizmete kesiştiği halde hâlen müddetini ikmal ettiğini söyleyen köle Arap Kanberin serbest bırakılmadığı hususundaki davasına fakat, bu tarihten itibaren 2,5 yıl daha hizmet etmek üzere sulh olduklarına..." (474) ilişkin belge de kölenin belirli bir süre çalışma üzerine efendisiyle sözleşme yaptığını göstermektedir.

Yine, mesela, XV. yüzyılda Bursa'da yapılan sözleşmelerde kölenin hürriyetini kazanması mukabilinde belirli bir paranın ödenmesi veya efendisi hesabına üç ila yedi yıl arasında değişen bir süre çalışması yahut da belli bir miktar kumaşın dokunması gibi edimlerin yer aldığı da görülür (475). Denilebilir ki, Osmanlı uygulamasında hürriyet sözleşmesinin yapıldığı yere göre kölenin üstlendiği yükümlülük farklı olmuştur.

Kölenin efendisiyle hürriyet sözleşmesi yapmayı istemesi halinde efendinin bunu kabule mecbur olup olmadığı noktasında iki farklı görüş bulunmaktadır. Mecburdur diyenler Kur'ân'daki ilgili âyeti (476) bir gereklilik olarak yorumlayarak Hz. Ömer'in bu yoruma uygun

---

(471) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, s. 161-163; **ZEBÎDÎ**, C. VII, s. 469; **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 87; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 82; **HALİS EŞREF**, Külliyat, s. 631.

(472) **HALİS EŞREF**, Külliyat, s. 631; **BİLMEN**, C. IV, s. 47-48, 54-55.

(473) Üsküdar Kadılığı, 6 genel nolu seri içinde, 147 nolu defterin 7 nci sayfasında yer alan 10-20 Cemâziyelevvel 1032/1623 tarihli bu karar için bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 227.

(474) **ONGAN** Halit, Ankara'nın İki Numaralı Şer'iye Sicili, (20 Kasım 1588-11 Temmuz 1590), Ankara 1974, s. 9, Belge No: 100.

(475) **SAHİLLİOĞLU** Halil, "Onbeşinci Yüzyılın Sonu ile Onaltıncı Yüzyılın Başında Bursa'da Köleliğin Sosyal ve Ekonomik Hayattaki Yeri", ODTÜ Gelişme Dergisi, Ankara 1979, s. 76-80.

(476) Kur'ân, Nur, 24/33: "...Ellerinizin altında bulunanlardan (köleler ve câriyelerden) mükâtebe yapmak isteyenlerle, eğer kendilerinde bir hayır (kabiliyet ve güvenilirlik) görüyorsanız, hemen mükâtebe yapın. Allah'ın size vermiş olduğu malından siz de onlara verin. Dünya hayatının geçici menfaatlerini elde e-

uygulamasına dayanmışlardır (477). Değildir diyenler ise ilgili âyeti bir tavsiye olarak yorumlamakta ve kişinin kendi mülkünde rızası hilafına bir işlemi yapmaya zorlanamayacağı ilkesini ön plana çıkarmaktadırlar. Mecburdur görüşünü savunanların başında Zahiriler gelmektedir (478). Hukukçuların çoğu bu tür sözleşme yapmanın efendi için bir zorunluluk olmadığını kabul etmektedirler (479).

Hanefî ve Şafiîlere göre, mükatebe de gönüllü azat gibi geri dönülmesi mümkün olmayan bir hukukî işlemdir. Efendi kölesiyle böyle bir sözleşme yaptıktan sonra tek taraflı irade beyanıyla bundan geri dönemez ve satım, bağışlama gibi bu sonucu doğuracak başka bir işlemde bulunamaz (480). Fakat köle açısından bu sözleşme lazım olmadığı yani geri dönülmesi mümkün olduğu için köle isterse mukaveleyi feshedebilir (481). Ancak İmam Malik ile Ahmet b. Hanbel'e göre sözleşme, hem köle hem de efendisi açısından geri dönülmesi mümkün olmayan bir sözleşmedir (482).

Mükatebe akdi yapmış olan esir, mezun esir gibi medeni hakları kullanma ehliyetini iktisap eder ve artık sahibi onu cebir ile evlendirme hakkını haiz olmaz. Mükatep kölenin mülkiyet hakkı vardır ve kazandıkları kendisinindir (483).

Ebû Hanife kitabette tecezziyi mümkün görürken, Ebû Yusuf ve İmam Muhammed, kölenin kısmen kitabetine izin vermenin tamamına izin vermek olduğunu belirtir (484).

dd. Mecburî veya Kanuni azat

Bu tür azat, efendinin tek taraflı irade beyanından veya tarafların karşılıklı anlaşmalarından değil, doğrudan İslâm hukukunun getirmiş olduğu bir kuraldan, bir anlamda kanundan,

---

deceksiniz diye, namuslu kalmak isteyen câriyelerinizi fuhşa zorlamayın...". Bkz. **ÖZEK** ve diğerleri, s. 353.

(477) **HAMİDULLAH**, Devlet İdaresi, s. 176.

(478) **BİLMEN**, C. IV, s. 52-53; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 268.

(479) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, s. 165; **JUYNBOLL**, Abid, s. 113; **BİLMEN**, C. IV, s. 52-53.

(480) **SERAHSÎ**, Mebsût, C. VIII, s. 72; **BİLMEN**, C. IV, s. 49; **DÜZDAĞ**, s. 125, fetva no. 579.

(481) **BİLMEN**, C. IV, s. 49; **JUYNBOLL**, Abid, s. 113.

(482) **BİLMEN**, C. IV, s. 50.

(483) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, s. 176-177; **BUHÂRÎ**, s. 295; **BİLMEN**, C. IV, s. 49, 53-54.

(484) **DAMAD**, C. II, s. 417; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, s. 230; **BİLMEN**, C. IV, s. 51.

doğmaktadır. Bu sebeple, İslâm hukukunca sayılan belirli durumlardan birinin gerçekleşmesi halinde başkaca bir işleme gerek kalmaksızın köle hürriyetini kazanmış olur. Bu şekilde azat edilmeye şu uygulamalar örnek gösterilebilir:

Bir kimse aralarında evlenme yasağı olacak kadar yakın akrabası olan bir kölenin mülkiyetini bir sebeple kazanırsa bu kimsenin köleliği derhal sona erer (485). Hanefîlerin kabul etmiş olduğu bu akrabalık sınırını Şafiîler daha dar tutmuşlar ve ancak usul-füru hısımlarından köle olan birisi diğerinin mülkiyetine geçerse köleliğin derhal sona ereceği sonucuna varmışlardır. Malikîler bunlara kız ve erkek kardeşleri, Hanefîler ise, kendilerine nikah düşmeyen bütün akrabayı dahil ederler (486).

Keza Müslümanlarla savaş halinde bulunan bir ülkeden Müslüman bir köle, İslâm ülkesine sığınırsa derhal hürriyetini kazanır (487). Yine, birden fazla sahibi bulunan kölenin sahiplerinden birisi tarafından azat edilmesi halinde de köle hürriyetini kazanır. Burada köle bütün efendileri tarafından azat edilmediği halde hürriyetini kazanır ve değerinden diğerlerinin hissesine düşen miktarı çalışarak onlara öder. Aksi takdirde köle kısmen hür olur ki böyle esirlere "muba'az" (hisseli) denir (488). Ebû Hanife'ye göre bu durumdaki köle mükatep köle statüsündedir. Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise hür kimse konumundadır (489).

ee. Ümmü'l-Veled Olma

Efendisinden sağ veya ölü bir çocuk doğuran cariye, artık başkasına devredilemez ve efendisinin ölümüyle kendiliğinden hürriyetini kazanmış olur. Böyle köleye çocuk annesi anlamında ümmü'l-veled denir ve bu kölelerin (cariyelerin) satılması doktrindeki görüş birliğine göre yasaktır (490).

Bunlar, efendilerinin ölümü ile, başka bir işleme gerek olmadan hukuk gereği (ipso jure)

---

(485) **SCHACHT**, İslâm Hukuku, s. 138; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 81; **JUYNBOLL**, Abid, s. 112.

(486) **JUYNBOLL**, Abid, s. 112.

(487) **BİLMEN**, C. III, s. 401.

(488) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, s. 202-204; **JUYNBOLL**, Abid, s. 112.

(489) **BUHÂRÎ**, s. 282-283; **BİLMEN**, C. IV, s. 51; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, s. 206-207.

(490) **SCHACHT**, İslâm Hukuku, s. 138; **JUYNBOLL**, Abid, s. 112; **HALİS EŞREF**, Külliyat, s. 631.

hürriyete kavuşurlar (491). Çocuk da doğuştan hür sayılarak, babasına mirasçı olur (492). Efendisinin ölümü ile azat olan ümmü'l-veled ile müdebber köle arasındaki fark şudur: Müdebber köle terekenin üçte birinden azat olduğundan tereke borçlu ise kendi kıymetinin tamamını; değilse yalnız mirasçıların hakkını yani kıymetinin üçte ikisini öder. Ümmü'l-veled ise doğrudan doğruya azat olur. Fakat nikahlı bir zevce gibi terekeden miras alamaz (493).

Eğer bir adamın cariyesinden çocuğu olursa, çocuk, babasının medeni haline tabi sayıldığı için, hür olur. Bu prensibi ilk olarak, İslâm hukuku kabul etmiştir (494). Başka bir deyişle, cariyelerden doğan çocuklar, nesep hususunda babalarına, mülk, rık, tedbir, istilad, kitabet, ıtk hususlarında annelerine tabi olurlar. Bir cariyenin hür olan mevlasından meydana gelen çocuk da hürdür, bu annesinin de hürriyet hakkına nail olmasını gerektirir (495).

Şu halde, kölelerden doğmakla köle olunur ama bunun istisnası, efendinin cariyeden olan çocuğunu tanıması halidir. Kural olarak çocuk annenin hürriyet statüsüne tabidir ama bu durumda istisnaî olarak babanın statüsüne tabi olur.

ff. Devlet Tarafından Azat

İslâm devletinin gelirlerinden bir kısmını köle azadına ayırma yükümü vardır (496). Bu gönüllü azat değil; Kur'ân'ın devlete yüklediği bir yükümlülüktür. Bu işe tahsis edilen kaynak ise zekat gelirleridir. Zekatın Kur'ân'da açıkça belirtilen sarf yerlerinden birisi de köle azadıdır (497). Zekatın verildiği sekiz gruptan biri de, efendisine borçlu durumda olup azat olma beklen-

---

(491) **DAMAD**, C. I, s. 534; **SCHACHT**, İslâm Hukuku, s. 138.

(492) **KÂSÂNÎ**, C. IV, s. 123; **DAMAD**, C. I, s. 534; **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 87.

(493) **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 81, dn. 1.

(494) Eski araplar, «partus sequitur ventrem» (çocuk batna çeker, yani çocuk annenin medeni vaziyetine tabidir) kuralını uygularlardı. Bkz. **JUYNBOLL**, Abid, s. 112.

(495) **BİLMEN**, C. IV, s. 43.

(496) **HAMİDULLAH**, Devlet İdaresi, s. 328.

(497) Kur'ân, Tevbe, 9/60: "Sadakalar (zekâtlar) Allah'tan bir farz olarak ancak, yoksullara, düşkünlere, (zekât toplayan) memurlara, gönülleri (İslâm'a) ısındırılacak olanlara, (hürriyetlerini satın almaya çalışan) kölelere, borçlulara, Allah yolunda çalışıp cihad edenlere, yolcuya mahsustur..." Bkz. **ÖZEK** ve diğerleri, s. 195.

tisi içinde bulunan kölelerdir (498).

Hanefîler zekat gelirlerinin sekiz sarf yerinden uygun olanına verilmesi konusunda devlete takdir yetkisi tanırken, Şafiîler böyle bir yetki tanımayıp devletin zekat gelirlerini sekize bölerek her bir sarf yerine 1/8 i harcamak zorunda olduğunu söylerler. Bu duruma göre devlet zekat gelirlerinin 1/8 ini köle azadına sarf etmek zorundadır. Devlet bu kaynak ile efendileriyle sözleşme yapmış kölelere edimlerini daha kolay ifa edebilsinler diye yardım yapabileceği gibi doğrudan köle satın alıp onları azat da edebilir (499).

Görüldüğü gibi, eski hukukumuzda köleliğin sona erme sebepleri çoğaltılarak bu kurumun belli bir süreç içinde toplumdan kaldırılması hedeflenmiştir.

d. Kölenin Hukukî Statüsü

Savaş sırasında esir düşen gayrimüslimin, İslâmiyet'i kabul etmemesi dolayısıyla ortaya çıkan özel bir sosyal statü olan köleliğin gerekçesini hukukçular, küfre (İslâm düşmanlığına) verilen ceza olduğu şeklinde açıklamışlardır (500).

Hür insanlara oranla farklı bir statüde bulunan fakat sonuçta bir insan olan kölelere iyi muamele yapılması üzerinde Kur'an'da ve Hz. Peygamber'in sünnetinde titizlikle durulmaktadır. Hz. Peygamber'in hadislerinde özellikle kölelerle ilgili bir çok tavsiyeler bulunmaktadır: "Onlara kölem demeyiniz, «oğlum» «kızım» diye hitap ediniz" (501); "Onlar sizin kardeşleriniz ve yakın adamlarınızdır. Allah onları ellerinizin altına (emaneten) koymuştur. Kimin kardeşi eli altında ise, yediğinden yedirsin, giydiğinden giydirsin, yapamayacağı iş buyurmayınız, eğer buyurursanız onlara yardım edin." (502).

İslâmiyet bu genel anlayış çerçevesinde kölelere iyilikle muamele etmeyi tavsiye çerçevesinde bırakmamış, bunu belirli esaslara bağlamıştır. Herşeyden önce, kölenin nafakası efendisine aittir (503). Kayseri mahkemesinde 6 Zilhicce 956/1549 tarihinde verilen karar köleye nafaka

---

(498) **İZMİRÎ** Muhammed, Haşiyetü Mir'at'il Usul, C. II, İstanbul 1313, s. 442; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 341; **ÜÇOK/MUMCU**, s. 140-141.

(499) **ZEBÎDÎ**, C. VIII, s. 405; **JUYNBOLL**, Abid, s. 113; **İZMİRÎ**, s. 442.

(500) **BİLMEN**, C. I, s. 233; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 339-340.

(501) **CANAN**, C. XII, s. 9.

(502) **CANAN**, C. XI, s. 553.

(503) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. III, s. 400-401; 430; **HÂTEMÎ**, İslâm Hukuku, s. 55.

takdiri konusundadır: "Şehir idarecisi Pîrî, yüksek yargı meclisinde hazır bulunarak Hamza adındaki uzun boylu ve kaşları çatık bir köleye, aslın şahadetiyle günlük bir akçe nafaka kararlaştırmıştır." (504)

Hadis'ler de efendinin kölesini bu konuda aile fertlerinden ayırmamasını öğütler (505). Başka bir ifadeyle, köle, efendisinin himayesinde sayılır, aile fertlerinden biri olarak kabul edilir. Bunun uygulamasını bizzat Hz. Peygamber yapmıştır. Bu açıdan Hz. Peygamber'in devletinde köle yoktur. O, Medine'de kölelik zincirlerini kırmış ve onun yerine bugünkü "koruyucu aile" kurumuna benzer bir uygulama başlatmıştır. Savaş esirleri, adil ve iyi ahlaklı aile reisleriyle "koruyucu aile sözleşmeleri" imzalayarak onların gözetimine bırakılmıştır. Bu aileler, özellikle aile reisi, korunan kimseye bir aile bireyi gibi davranmış, aile içinde benzer yaşta ve benzer cinsten olan kimseye nasıl hitap edilecek ise o şekilde hitap etmiş, "kızım, oğlum" deyip "kölem" dememiş, dövmemiş, evde yenilen ve giyilenden o kimseye de aynısını sağlamış ve buna karşılık da ondan ancak aile içinde diğer bireylerden beklenecek ölçüde aile faaliyetlerine yardımcı olmasını beklemiştir (506).

İnsan olmak sıfatıyla köle, insanlık dışı hiç bir işleme maruz bırakılamaz. Ancak efendi bu konuda sorumluluklarını yerine getirmez ve uyarılara kulak asmazsa hukukçuların önemli bir kısmı kölenin bu efendiden zorla alınarak başkasına satılacağını kabul eder (507). Buna mukabil efendi kölesini uygun işlerde çalıştırabilir. Keza efendinin köle üzerinde makul bir terbiye yetkisi de vardır. Ancak bu konuda aşırıya kaçılmasına izin verilmemiştir. 1267 tarihli Ceza Kanunu'nun 3. faslının 19. maddesi, efendinin kölesi hakkında terbiye hakkı bulunduğunu ama bu terbiye hakkının fazla olmadığını belirtir (508). Muhtesip denilen kamu görevlisinin vazifelerinden birisi de kölelerin hukukunu korumaktır.

Ehliyetsiz bir insan olarak değil, kölelik süresince özellikle mâlik olma konusunda ehliyeti askıya alınmış bir kimse olarak değerlendirilen (509), siyasî haklardan mahrum olan, şahitliği de

---

(504) Kayseri Şer'iye Sicillerinden 1 numaralı defterdeki 132 numaralı hüküm için bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 235.

(505) Bu konudaki hadisler için bkz. **CANAN**, C. XI, s. 553 vd.

(506) **ZEBÎDÎ**, C. VII, s. 464-467; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 341; **PAKALIN**, C. II, s. 302.

(507) **SCHACHT**, İslâm Hukuku, s. 136.

(508) **ÜÇOK/MUMCU**, s. 78; **AKGÜNDÜZ**, Külliyat, s. 830-831.

(509) **SEYDİŞEHRÎ**, Usûl, s. 479; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 341.

kabul edilmeyen kölenin şahsî hakları ve bir kısım kamu hak ve hürriyetlere sahip bulunması yanında bir takım manevi hakları da vardır. Örneğin, onuruna karşı vuku bulan bir saldırıyı defetmek için mahkemeye davacı olarak başvurabilir. Aynı şekilde, bir ceza hukuku davasında da hakkını mahkeme nezdinde savunabilir. Hukuk davalarında, davacı ve davalı olarak bulunabilirse de bu hususdaki kazanç ve kayıp efendiye aittir. Köle, Roma hukukunun aksine, azat edildiğini bizzat kendisi dava edebilir (510). Diğer yandan, kanının bedelini de alabilir. Yani, kanı helal olmayıp her türlü saldırıdan korunmaktadır. Sahibi kölesini kasten öldürdüğünü ikrar ederse, kısas cezasıyla cezalandırılır; şayet kasıt söz konusu değilse, kan bedeli olarak diyeti maktülün hür akrabalarına verilir. Hür akraba yoksa, diyet, köle olan akrabalarının sahiplerine verilir (511). Demek ki, kölenin beden bütünlüğü, diğer insanlar gibi saygı görmekte ve her türlü saldırıdan korunmuş bulunmaktadır (512).

Hürriyete kavuşan kölelerin eski efendileri ile olan ilişkilerine "mevlalık" ilişkisi denir. Eski efendi, azatladığı kölenin mevlası olur. İki taraf da mirasçı bırakmaksızın ölürse birbirlerinin mirasçısı olurlar. Efendi, azatladığı kölesinin diyetini de ödemek zorundadır (513).

İslâm dini köleler hakkındaki bu yumuşak muameleyi büyük ölçüde hayata geçirmiş ve kölelere İslâm toplumlarında yaşanacak bir hayat sunmuştur denebilir. Bu durum özellikle yabancıların dikkatini çekmiş ve İslâm aleminde uzun veya kısa bir süre bulunmuş birçok Batılı gözlemci, Müslümanların kölelere yaptıkları muamelelere kitaplarında özel bölümler ayırma gereği hissetmişlerdir (514).

Kölelerin hukuki durumunu kişiler hukuku, aile hukuku, eşya hukuku, miras hukuku, borçlar hukuku ve ceza hukuku açısından ayrı ayrı ele almakta yarar vardır.

---

(510) "Zeyd, Amr i müteveffanın mu'takki idiğini, vârisi Bekir müvacehesinde isbat edecek Zeyd, Amr'ın malından azat olur mu? El cevap: hal i marazı mevtinde ise Amr'ın Zeyd'i i'takı sülüsten muteber olur; amma hâl i sıhhatinde ise cemi maldan olur". Bkz. **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 70, dn. 3.

(511) Ancak belirtmek gerekir ki, kölenin sahibi, kölesini kasten öldürdüğünü ikrar etmedikçe ölüm cezasına mahkum edilemez. Zira kanun, köleyi kasten öldürmekte sahibinin zararı olduğunu dikkate alınış ve bir kimsenin kendi zararına hareket edeceğini mümkün görmemiştir. Bkz. **SAVA PAŞA**, C. II, s. 342.

(512) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. VI, s. 484, 516; **JUYNBOLL**, Abid, s. 111; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 80.

(513) **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 87.

(514) **JUYNBOLL**, Abid, s. 113.

aa. Kişiler Hukuku Açısından

Kölelik, önceki hukukumuzda, ehliyetsizlik değil, ehliyet arızası olarak kabul edilir. Kölenin ehliyeti tartışmalıdır. Bir görüşe göre eksik hak ve eksik fiil ehliyeti vardır (515). Diğer bir görüş ise, hak ve fiil ehliyetinin tam olduğunu ancak bu ehliyetin gereğini yapmaktan hükmi bir acizliğin söz konusu olduğunu ileri sürer (516).

İnsan olarak kabul edilen (517) ve ehliyetlerin gereğini yapabilmekte hükmî bir âcizlik durumunda bulunan kölenin mülkiyet hakkına sahip olamadığı için eksik hak ehliyetinin bulunduğu ve izin verildiği takdirde de tam fiil ehliyetinin olacağı kabul edilebilir.

Eski hukukumuza göre köle aslında kısıtlı değildir. Kendisi mülkiyet hakkına sahip olmadığı, zilyedi olduğu mallar efendisine ait olduğu için, efendisinin rızası olmadan bu mallarda tasarruf edemez. Başka bir deyişle, doktrindeki görüş birliğine göre, köle efendisinin malvarlığında tasarruf etmemesi için kısıtlanmalıdır. Kölenin üzerindeki bu kısıtlılık, azat oluncaya veya efendisi tarafından ticarete izin verilinceye kadar devam eder (518). Mezun köle mükatep köle sayılır ama mükatebe sözleşmesinden dönmek mümkün değilken köleye verilen izinden her zaman dönülebilir. Bir köle, efendisinin malıyla ticarette bulunup kazancı efendisine ait olmak üzere mezun olsa bu vekalet sayılır. Bu halde köle, mezun olduğu hususun dışında yine kısıtlıdır. Köleye izin, mezunsun demek gibi sarih olarak, mükatebe akdi yapmak suretiyle zımnen veya dükkanına koyması gibi fiilen verilebilir (519).

Köle kısıtlandığı takdirde, mutlak yararına olan işlemleri (ivazsız işlemleri) efendinin iznine bağlı olmaksızın geçerli; mutlak zararına olan tasarrufları, efendisi izin verse bile geçersiz; alım satım ve kira gibi ivazlı tasarrufları ise, efendisinin iznine bağlıdır (520).

---

(515) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 235.

(516) **AKGÜNDÜZ** Ahmed, İslâm Hukukunda Kölelik-Câriyelik Müessesesi ve Osmanlı'da Harem, 2. B., İstanbul 1995, s. 145; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 28.

(517) Hanefî hukukçulara göre, aile reisinin evindeki köle için fıtır sadakası verme yükümü altında bulunduğunu kabul etmesi de onun insan olduğunun bir göstergesidir. Şafiîlere göre ise, sadece Müslüman olan kölenin fıtır sadakası verilmelidir. Bkz. **ATAR**, Usûl, s. 177.

(518) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, s. 359-360; **AKGÜNDÜZ**, Kölelik, s. 145-146.

(519) **BİLMEN**, C. VII, s. 275; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, s. 359-364.

(520) **SCHACHT**, İslâm Hukuku, s. 137; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 37; **AKGÜNDÜZ**, Kölelik, s. 146.

bb. Aile Hukuku Açısından

Aile hukuku açısından kölelerin hukuki durumunu, öncelikle yuva sahibi olmasını belirten evlenme, sonra ise yuvanın dağılmasını ifade eden boşanma başlıkları altında incelemek gerekir.

aaa. Evlenme

Evlenip yuva sahibi olmak köleler için bir hak olarak kabul edilmiştir. Kur'ân'da efendiler köle ve cariyelerini evlendirmeye özendirilmişlerdir (521). Hatta hür kimselerin Müslüman kölelerle evlenmeleri dahi öğütlenmiştir (522).

Köle ve cariyeler, kural olarak, efendilerinin izniyle evlenebilirler. Eğer efendiden izinsiz olarak evlenmişlerse, efendinin icazeti aranır. Özellikle erkek kölenin evlenmesi, efendi için bir takım malî mükellefiyetler getireceği için evlenmeden önce efendinin rızası aranır. Örneğin, eşine mehir verme sorumluluğu ve nafaka yükümlülüğü olan erkek köle, bu mehri ödemediği veya nafakayı temin edemediği takdirde, ya efendisi bu ödemeyi yapacak veya kölesinin bu uğurda satılmasına razı olacaktır (523). Görüldüğü üzere erkek veya kadın köle ancak efendisinin izniyle evlenebileceği için, aile hukuku bakımından (evlenme hususunda) eksik ehliyetli kabul edilmiştir.

Diğer taraftan, efendiler köleleri üzerindeki zorlayıcı velâyet (velâyet-i icbar) yetkisine dayanarak köle ve cariyelerini evlendirebilirler (524). Efendisi tarafından rızası hilafına bu şekil-

---

(521) Nur, 24/32: "Aranızdaki bekârları, kölelerinizden ve cariyelerinizden elverişli olanları evlendirin..." Bkz. **ÖZEK** ve diğerleri, s. 353.

(522) Bakara, 2/221: "İman etmedikçe putperest kadınlarla evlenmeyin. Beğenseniz bile, putperest bir kadından, imanlı bir câriye kesinlikle daha iyidir. İman etmedikçe putperest erkekleri de (kızlarınızla) evlendirmeyin. Beğenseniz bile, putperest bir kişiden inanmış bir köle kesinlikle daha iyidir...". Bkz. **ÖZEK** ve diğerleri, s. 34.

Nisa, 4/25: "İçinizden, imanlı hür kadınlarla evlenmeye gücü yetmeyen kimse, ellerinizin altında bulunan imanlı genç kızlarınız (sayılan) cariyelerinizden alsın. Allah sizin imanınızı daha iyi bilmektedir. Hep aynı köktensiniz (insanlık bakımından aranızda fark yoktur). Öyle ise iffetli yaşamaları, zina etmemeleri ve gizli dost da tutmamaları şartı ve sahiplerinin izni ile onları (cariyeleri) nikâhlayıp alın, mehirlerini de normal miktarda verin. Evlendikten sonra bir fuhuş yaparlarsa onlara, hür kadınların cezasının yarısı (uygulanır). Bu (cariye ile evlenme izni), içinizden günaha düşmekten korkanlar içindir...". Bkz. **ÖZEK** ve diğerleri, s. 81.

(523) **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 479; **BİLMEN**, C. II, s. 65; **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 86; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. II, s. 447; **BUHÂRÎ**, s. 288.

(524) Osmanlı Devleti'nde, reayadan tamamen ayrı bir hukukî statüye sahip olan, ayrı defterlere kaydedilmiş bulunan ve XIV ve XV. yüzyıllarda Trakya, İstanbul Has'lar kazası gibi yerlerde rastlanan ortakçı kul-

de evlendirilen cariye, hürriyetini kazanınca bu evliliği feshetmek hakkına (azat edilme muhayyerliği, hıyârü'l-ıtk) sahiptir (525). (Erkek) köle için ise bu muhayyerlik hakkına gerek yoktur. Zira (erkek) köle münhasıran boşama yetkisine sahip bulunmakta ve karısını, efendisinin iznine gerek duymaksızın istediği zaman boşayabilmektedir (526).

Köle ve cariyenin evlenmesi için efendileri kasıtlı olarak izin vermiyorlarsa, Ebussuud Efendi'ye göre, mahkeme kararıyla izin vermeye zorlanabilir (527).

Bu arada belirtmek gerekir ki, efendi şayet kölesi evli değilse ve Yahudilik, Hıristiyanlık gibi kitaplı bir dine mensupsa onunla nikah kıymadan karı koca hayatı yaşayabilir. Başka bir deyişle, efendi, azat etmeden de cariyesini odalık olarak (teserri, istifraş) alabilir (528). Şafiîler, Hıristiyan ve Yahudilerin ellerindeki mukaddes kitaplar tahrif edilmiş olduğundan, Hıristiyan ve Yahudi kadınları müşriklere denk tutarak, bunlarla karı koca hayatı yaşanmasını mümkün görmezler (529). Efendi ile köle arasındaki mülkiyet ilişkisi, nikah ilişkisine engeldir. Ancak gerek evlilik engelleri gerekse nesep bakımından mülkiyet ilişkisi nikah gibi kabul edilmiştir (530). Ayrıca bu ilişkiden bir çocuk doğarsa çocuğun annesi (ümmü'l-veled) artık kölelikten kurtulmaya bir adım atmış olur. O herhangi bir hukukî işlemle başkasına devredilemez ve efendisinin ölümüyle kendiliğinden hürriyetini kazanır (531). Eğer cariye azat edilirse, cariyenin efendiye istifraşı yasak olur, ilişki kurarsa had cezası verilir. Bu sebeple, cariyenin azat edilmesi durumunda efendi onunla evlenebilir (532).

Kölelerin evlenmesi konusunda üç farklı durum söz konusu olabilir.

---

lar, kölelikle hür köylüler arasında bir yerdedir ve bunlardan kadınlar eğer aynı beğliğe mensup bir ortakçı kul ile evlenmek istemezlerse, kullar arasından seçilecek bir kimse ile zorla evlendirilebilirlerdi. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **CİN/AKYILMAZ**, s. 293-296.

(525) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. II, s. 458.

(526) **CANAN**, C. XI, s. 448; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 80; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 263.

(527) **DÜZDAĞ**, s. 122-123, Fetva No: 556-557.

(528) **SCHACHT**, İslâm Hukuku, s. 136.

(529) **HAMÎDULLAH** Muhammed, İslâm Peygamberi, C. II, Hayatı ve Eseri, Terc. M. Sait Mutlu/Salih Tuğ, İstanbul 1969, s. 30; **ÜÇOK/MUMCU**, s. 79.

(530) **CİN** Halil, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Konya 1988, s. 130; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. II, s. 293, 300; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 266; **JUYNBOLL**, Abid, s. 112.

(531) **SCHACHT**, İslâm Hukuku, s. 136; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 266.

(532) **SERAHSÎ**, Mebsût, C. VII, s. 92-93; **TAHİROĞLU**, s. 659.

İlk olarak erkek hür, kadın köle olabilir. Hür kimse kendi cariyesi olmamak şartıyla köle bir kadınla evlenebilir (533). Bu durumda cariyenin efendisinden izin almak gerekir. Bu işin sakıncası, bu evlilikten doğan çocukların analarının sahibinin malı olmalarında kendisini gösterir (534). Bundan dolayı çoğu hukukçu, hür bir erkeğin bir cariye ile evlenmesini, erkeğin hiç evlenmemiş olması, hür bir kadına verecek mehri bulunmaması, evlenmediği takdirde fiska düşeceğinden korkması ve evlenmek istediği cariyenin Müslüman olması şartlarının bulunmasına bağlamışlardır (535). Ancak Hanefiler, Hıristiyan ve Yahudi bir cariye ile de evlenilebileceği ve mehir verememe ile fiska düşme şartlarının da aranmayacağı görüşündedirler (536). Bu arada belirtmek gerekir ki, cariyenin evlenme dolayısıyla kendisine verilmesi gereken mehiri, onun mülkiyet hakkına sahip olmamasından dolayı, efendisine ödenir (537).

İkinci olarak, kadın hür, erkek köle olabilir. Hür bir kadın, kendi rızası ile köle statüsünde olan bir erkekle evlenebilir (538). Ebussuud Efendi, kölenin hür bir kadınla ancak efendisi izniyle evlenebileceği görüşündedir (539). Ancak bu evliliğin bağlayıcı (lazım) olabilmesi için kadının velisinin bu evliliğe denklik (kefaet) noktasından itiraz etmemiş olması gerekir. Aksi halde veli bu evliliği lüzum şartlarındaki eksiklikten dolayı feshettirebilir. Böyle hür bir kadınla evli bulunan köle, cariye ile evlenemez (540).

Nihayet erkek de kadın da köle olabilir. Erkek ve kadının farklı efendilerin veya aynı efendinin kölesi olması durumu değiştirmez. Ancak her halükarda bu evlilik için efendilerin izni gerekir (541). Böyle bir evlilikten doğan çocuk annenin efendisinin kölesi olur. Zaten doğumla

---

(533) Efendinin kendi kölesi ile evlenebilmesi için ise öncelikle efendinin kölesini azat etmesi gerekir. Hür kadınla evli olan hür erkek, cariye ile evlenemez ama ilk eşi cariye olan bir erkek, hür bir kadınla evlenebilir. Bkz. **CİN**, Evlenme, s. 130; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. II, s. 293; **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 86.

(534) **JUYNBOLL**, Abid, s. 112.

(535) **CİN**, Evlenme, s. 130; **JUYNBOLL**, Abid, s. 112.

(536) **JUYNBOLL**, Abid, s. 112.

(537) **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 86.

(538) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. II, s. 447; **SCHACHT**, İslâm Hukuku, s. 136.

(539) "Mesele: Halen kul olup, azat olmayan Zeyd, hürretül asl Hind'i tezevvüce kadir olur mu? El cevap: Mevlası izniyle olur". Bkz. **DÜZDAĞ**, s. 123.

(540) **SEYDİŞEHRÎ**, Usûl, s. 479; **CİN**, Evlenme, s. 130.

(541) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. II, s. 447; **AKGÜNDÜZ**, Kölelik, s. 147.

kazanılan kölelik statüsü budur (542).

Erkek köleler, Malikîlere göre dört, Hanefî ve Şafiîlere göre ise iki kadınla evlenebilirler. Şiiler ise erkek kölelerin, eğer hür ise iki kadınla, değilse dört kadınla da evlenebileceğini kabul ederler (543).

bbb. Boşanma

Köle statüsünde bulunan koca, boşanma konusunda tam ehliyetlidir; bunun için efendisinin rızasını alması gerekmez (544). Yalnız Malikî, Şafiî ve Hanbelî hukukçulara göre bu durumdaki kocanın hür kimselerden farkı, karısını sadece iki talakla boşama hakkına sahip olmasıdır. Hanefîler, hür erkeklerin sahip oldukları üçlü boşama hakkının, ancak kadının köle olması halinde ikiye ineceğini kabul ederler (545).

Esir veya hür kadınların iddetleri hakkında, esir kadının kocasını ölüm sebebiyle kaybetmesi durumunda iki ay beş gün, ölüm dışındaki bir sebeple kaybetmesi durumunda iki kur' (kadınların aybaşısı) beklemesi dışında, aynı kurallar geçerlidir (546).

cc. Eşya Hukuku Açısından

Kölenin memlük olup olmadığı, eğer memlük ise, bunun mülk sahibi olmasına engel olup olmayacağı tartışılmıştır. İslâm hukukunda köleyi mal olarak niteleyenler vardır ancak bunlar bile onun yaşama hakkına, kan ve nikah haklarına sahip olduğunu, mahkemede ikrarının geçerli olduğunu belirtirler (547).

Bilindiği gibi, İslâm hukukunda mülkiyet kavramı, rakabe (ayn) mülkiyeti ve menfaat mülkiyeti ayırımına tabidir ve bu bağlamda kiralanan malın kullanımının dahi müstakil mülkiyet

---

(542) **AKGÜNDÜZ**, Kölelik, s. 147.

(543) **SERAHSÎ**, Usûl, s. 278; **SCHACHT**, İslâm Hukuku, s. 136; **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 86.

(544) **CANAN**, C. XI, s. 444; **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 479; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 341.

(545) **BUHÂRÎ**, s. 289; **JUYNBOLL**, Abid, s. 112; **CANAN**, C. XI, s. 442.

(546) **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 86; **CANAN**, C. XI, s. 442; **CİN**, Boşanma, s. 114.

(547) **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 479; **ATAR**, Usûl, s. 151-152.

konusu olabileceği kabul edilmiştir (548). Kölenin hizmeti de bu anlamda efendisinin mülkiyetine dahil kabul edilmiş ve bu sebeple de "memlûk" denilmiştir. Bu, mal anlamında değil, menfaat mülkiyeti anlamında sınırlı bir mülkiyet anlayışıdır (549). Köleler üzerinde mülkiyet iddiası ile ilgili Şer'iye Sicillerindeki kayıtlar bu hususu ortaya koymaktadır: "Beypazarı-Kösti köyünden Pîr Mehmed'in, Çukurcak Subaşısı Mehmed Bey'in kardeşi Muharrem Çavuş elindeki Rus asıllı köle üzerinde mülkiyet iddiası..." (550).

Kölenin mülkiyet hakkına sahip olup olmayacağı konusunda iki görüş ileri sürülmüştür. İmam Malik, Ata, bir görüşüne göre İmam Şafiî ve İmam Ahmed b. Hanbel ile Zahiriler, kölelerin mülk sahibi olmalarına hukukî bir engel olamayacağı görüşündedirler (551). Kölenin geliri ve lehine yapılan bağışlar, Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre, Ebû Hanife'nin aksi görüşüne rağmen, kendisine aittir (552). Yine köle hakkında sabit olan her hak, fürüu hakkında da geçerlidir (553). 1274/1858 tarihli Arazi Kanunnamesi'nin 112. maddesine göre, "mevlası izniyle ve memuru marifetiyle arazi teferruğ veya tefevvüz etmiş olan köle veya cariye azat olmazdan mukaddem veya sonra mevlası ol araziyi kendi yedinden alamaz ve bir vecihle müdahale edemez ve azat olmazdan akdem mevlası vefat eyledikte varisleri dahi ol araziye kezalik dahl ve taarruz eyleyemez ve eğer işbu köle ya cariyeden birisi azat olmazdan evvel fevt olursa ol arazi kimseye intikal etme(z)..." (554). Görüldüğü üzere, efendinin rızası ile köleye miri arazi tefviz etmek hakkı tanınmıştır (555). Bundan sonra efendi

---

(548) Bu konuda geniş bilgi için bkz. **DEBS** A Richard/ **ZIADEH** Farhat J./ **DILGER** Konrad, İslâm Hukukunda Mülkiyet Kavramı, Giriş ve Notlarla Çev. Halit Ünal, Kayseri 1994, s. 98-99; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 271.

(549) **SCHACHT**, İslâm Hukuku, s. 143; **AKGÜNDÜZ**, Kölelik, s. 148.

(550) **ONGAN**, s. 16, Belge no: 189. Bunun gibi köleler üzerinde mülkiyet iddiasına ilişkin olarak bkz. **ONGAN**, s. 31, Belge No: 397; s. 36, Belge No: 462; s. 10, Belge No: 121.

(551) **AKGÜNDÜZ**, Kölelik, s. 148.

(552) **AKGÜNDÜZ** Ahmet, Karahanlıların Büyük Hukukçusu Ebû Zeyd Debbûsî ve Mezheblerarası Mukayeseli Hukuka Te'sirleri, SÜHFD. C. II, S. 2. Konya 1989. s. 100.

(553) **AKGÜNDÜZ**, Debbûsî, s. 106.

(554) **HALİS EŞREF**, Külliyat, s. 628, 630; **HALİS EŞREF**, Şerh-i Kanun-ı Arazi, İstanbul 1306, s. 219.

(555) Kanun metninde teferruğ (miri arazi mutasarrıfının bu arazi üzerindeki tasarruf hakkını, devletin izni ile izazlı veya ivazsız olarak bir başkasından devralınması) veya tefevvüz (miri arazinin rakabesinin devlette kalmak üzere, tasarruf hakkının belirli bir bedel karşılığında ve süresiz olarak devralınması) denilmiş ise de buradaki maksat, intikal ve tapu hakkının dışındaki bir suretle tefevvüzdür. Çünkü kölelik intikal ve tapu hakkına engeldir. Bu sebeple, köle ve cariyeler, hiç kimsenin intikal ve tapu hakkına nail olamazlar. Dolayısıyla da intikal yoluyla veya tapu misli ile miri arazi ve gayrisahih vakıf araziyi tefevvüz edemez ama teferruğ edebilir. Ancak efendinin izninin bulunması şarttır. Bilindiği gibi köle ve cariyenin efendisinden izinsiz olarak yaptığı hukukî işlemleri geçersizdir.

bu araziyi kölenin elinden alamadığı gibi kölenin ölümü halinde efendiye intikal de etmez (556).

Ebû Hanife ve doktrindeki çoğunluğa göre ise, köle geçici olarak yani kölelikten kurtuluncaya kadar mülkiyet hakkına sahip olamaz; kendisi de efendinin mülküdür (557). Ebussuud Efendi'nin, kölenin elindeki malın, efendisinin malı olduğuna dair fetvaları vardır (558). Bu görüşe göre mükatep köle dışında kölenin mülkiyet hakkı yoktur. Denilebilir ki, köleler, hukukî muamelelere konu olması bakımından eşya (mütekavvim mal) olarak kabul edilmişse de, hukukun diğer dalları bakımından eşya değil şahıstır. Bir başka deyişle, nevi şahsına münhasır (sui generis) hukukî bir varlıktır.

Görüldüğü üzere eski hukukumuzda köle, menfaat mülkiyetine sahip olunması açısından mal olarak değerlendirilir ve bu açıdan miras yoluyla intikali de mümkündür. Ancak efendi, kölenin maliki olmaktan ziyade koruyucusu kabul edilir; zira insanlar Allah önünde eşittir. Bu açıdan köle, rakabe mülkiyetine sahip olunamaması yönüyle mal değil insandır (559).

dd. Miras Hukuku Açısından

Kölelik aynı zamanda bir miras engelidir (560). Mülk edinme hakkı bulunmadığı için kendisine bir mirasbırakandan intikal edecek miras payı doğrudan doğruya efendisine gidecektir ki

---

Şu halde, köle ve cariye, efendisinin izniyle, gerek bedelsiz (meccanen) gerekse bedel karşılığında miri ve vakıf araziyi teferruğ edebildiği gibi, müzayedeyle mahlul araziyi tefevvüz (tasarruf hakkını satın alma) de edebilir. Bu şekilde teferruğ ve tefevvüz ettiği arazi kendisinin tasarrufuna girmiş olur. Ama efendisi izin vermiş olsa bile, tasarruf edemez. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **CİN** Halil, Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu düzenin Bozulması, 3. B., Konya 1992, s. 97, 100, 166; **HALİS EŞREF**, Külliyat, s. 631-632.

(556) Ölen kölenin tasarrufunda bulunan miri ve vakıf arazide intikal geçerli değildir. Dolayısıyla söz konusu arazi, gerek hür veya köle ve cariye olan akrabasına gerek efendisine gerekse de efendisi ölmüş ise onun mirasçılarına intikal etmez. Ölen kölenin miri arazisinde tapu hakkı ise geçerlidir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **HALİS EŞREF**, Külliyat, s. 632-637; **CİN**, Toprak Düzeni, s. 100.

(557) **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 479; **AKGÜNDÜZ**, Kölelik, s. 148; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 341.

(558) Bkz. **DÜZDAĞ**, s. 120, fetva no. 540.

(559) Ebû Yusuf'un, bir gayrimenkul vakfedilirken ona bağlı olarak bazı menkullerin de vakfedileceği yönündeki fetvasının köleleri de kapsaması hususu, ana kaynaklara uymamaktadır. Çiftliğin vakfında, kölelerin de birlikte vakfedilebileceğini belirterek köleleri de bir menkul mal sayan Ebû Yusuf'un bu konudaki fetvası, köleliği geçici ve ârizî bir durum olarak kabul eden ve devlete köleleri azat etmek için bütçeden fasıl ayırma ödevini yükleyen (Kur'ân 9/60) ana kaynaklara uygun olmadığı açıktır. Nitekim A.H.Berki de köle vakfını uygun bulmaz. Bkz. **BERKİ** Ali Himmet, İslâmda Vakıf, Zaganus Paşa ve Zevcesi Nefise Hatun Vakfiyesi, Vakıflar Dergisi, C. IV, İstanbul 1958, s. 31.

(560) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. XIV, s. 494; **BERKİ**, Ferâiz ve İntikal, s. 31; **BERKİ/HÂMİDÎ**, s. 91.

bu da miras hukukunun temel esprisine aykırıdır. Herhangi bir mameleki bulunmadığı için mirasbırakan sıfatıyla başkasına miras bırakması da söz konusu değildir. Ancak uygulamada, örneğin II. Bayezid döneminde hazırlanan bir kanunnamede, köle statüsündeki ortakçı kullarının elbiselerinin oğlu varsa oğluna kalacağı zikredilerek (561), kölelerin elbise gibi kişisel eşyalarının kendi çocuklarına bırakıldığı görülmüştür.

ee. Borçlar Hukuku Açısından

Köle, bir mal gibi alınıp satılabilir (562), miras bırakılabilir ve efendisi onun üzerinde çeşitli tasarruflarda bulunabilir (563). Bu bağlamda örneğin borç yerine rehin olarak verilebilir. Gaziantep mahkemesinin şu kararı, câriyenin borç yerine rehin verilmesiyle ilgilidir: "Hacı Ali oğlu Derviş ve Yakup oğlu Ömer şer'î mahkemeye beraberce geldiler. Yakub oğlu Ömer şöyle ikrar ve itiraf eyledi: "*Hacı Derviş'e tam otuz beş adet sikke altın, câriyeyi satın alma bedelinden borcum vardır. Zikrolunan câriyeyi, anılan meblağ altın karşılığında rehin verdim*" dedi. Hacı Derviş dahi zikrolunan câriyeyi aldı ve Mahmud oğlu Hasan yanında emanet koydu. Taleb üzerine sicile yazıldı." (564)

Kölelerin alınıp satılmasıyla ilgili olarak Şer'iye Sicil defterindeki şu hüccet ilgi çekicidir: "Hisarlı Hasan oğlu Mehmet Bey'in Mahmud oğlu ölü Pîrî Bey'in kardeşi Mustafa karşısında merhum hesabına vaktiyle ibrahim adlı bir kölesini yedi bin akçe bedelle Bekârî Ça. oğlu Mustafa Çavuş'a satıp hayatta iken bu parayı kendisine teslim ettiğini şahitleriyle isbat eylediğine..." (565). Yine İstanbul Beşiktaş mahkemesi'nin "On üç Şevval 986/1578 tarihinde Abdullah oğlu Mehmed tarafından orta boylu, açık kaşlı, geniş yüzlü, elâ gözlü, üzerinde lacivert elbise ve kaftan bulunan Rus asıllı Yasemin adlı câriye, köle olarak çalıştırılmak üzere, belgenin düzenlendiği tarihten itibaren günlük iki akçe fiyatla, Beşiktaş Subaşısı Mehmed'e teslim edildi." (566) şeklindeki bu kararı da kölelerin hizmet için kiralandığına ilişkindir.

---

(561) **AKGÜNDÜZ** Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri, C. II, İstanbul 1990, s. 312-313, m. 28 a, b, c, d.

(562) Bir hadise göre, "insanların en kötüsü kölelerin alışverişini yapan kimselerdir". Bkz. **KÂSÂNÎ**, C. IV, s. 124; **SERAHSÎ**, Mebsût, C. VII, s. 149.

(563) **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 86; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 341.

(564) Gaziantep Şer'iye Sicillerinden bir numaralı defterin 177 nci sayfasındaki 618 numaralı 945/1538 tarihli hüküm için bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 233.

(565) Ankara'nın iki numaralı şer'iye sicil defterindeki hüccet için bkz. **ONGAN**, s. 10, belge no: 115.
Köle ve câriyelerin alınıp satıldığına dair diğer mahkeme kararları için bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 233-234

(566) İstanbul Şer'iye Sicillerinden Beşiktaş Mahkemesine ait 23 genel nolu serinin 12. defterinin 32. sayfasındaki bu karar için bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 235.

Köle, efendisinden izinsiz hiç bir hukukî işlem yapamaz. Efendinin izniyle, bazı hak ve borçlara ehil olabilir. Mezun olan köle, ehliyeti hasebiyle kendine tasarruf eder (567). Kendisine ticaret yapma izni verilen köle (abd-i mezun) belli hukukî işlemler yapabilir; ancak kâr getirmeyen ya da bağışta bulunmak, köle satın alarak kullanmak gibi amacı aşan işler yapamaz (568). Bu hususta Ankara İki Numaralı Şer'iye Sicilindeki, "Veli oğlu Mustafa'nın, H.Mehmed tarafından serbest bırakılan ve hâlen ticaretle uğraşan köle(ye) 4000 akçe karz verdiğini, Hüsrev'in ise mevlâsı H. Mehmed öldüğünde oğlu H. Ali'nin babasına ait mallarla birlikte bu parayı aldığını iddia ettiklerine dair dava zaptı" (569) kölenin ticarete izinli olması (abd-i mezun) ve yapabileceği tasarruflardan bir örnek vermesi açısından ilginçtir.

Dört sünni mezhep, mezun köle ile mezun olmayan kölenin durumunu ayırırken, Zahiri mezhebi, kölenin muamele ehliyetini çok geniş bir ölçüde tanır. Efendisi tarafından vakıf yapmasına izin verilen kölenin vakfetme ehliyeti vardır. Başka bir ifadeyle, kölenin vakıf yapabilmesine efendisi izin vermişse vakıf muteber; vermemişse, vakıf hükümsüzdür (570).

Görüldüğü üzere, köle ancak izin verildiği takdirde hukukî işlem (örneğin sözleşme) yapabilir, vekil ve kefil olabilir. Ticaret yapmasına izin verilmemiş olan kölenin vekil olması da mümkün değildir (571). Efendisi, köleye ticaret ve bir mal vakfetmek için izin verebilir. Fakat mezun olan kölenin giriştiği işler, sahibinin kendisine işletmek için verdiği malvarlığını ve kendi şahsını (rakabesini) sorumlu kılar (572). Köle borçlanırsa borç için satılır, yahut sahibi isterse onun borcunu ödeyerek satılmaktan kurtarabilir. Borçtan ödenmeyen bir miktar kalırsa bu, itfa edilmiş sayılmaz, borç olarak kalır ve azat edildiğinde kendinden istenir (573).

Kölenin borç ikrarı ise geçersizdir. Ticaret yapması yasaklanmış kölenin mal hakkındaki ikrarı azat olduktan sonraya bırakılır (574). Borç için tutuklanıp hapsedilemez. Ebû Hanife'ye

---

(567) **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 479; **AKGÜNDÜZ**, Kölelik, s. 149.

(568) **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 86; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 341.

(569) **ONGAN**, s. 48, Belge No: 640.

(570) **HÂTEMÎ**, Vakıf, s. 89, dn. 15.

(571) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. VII, s. 159.

(572) **SCHACHT**, İslâm Hukuku, s. 137; **AKGÜNDÜZ**, Kölelik, s. 148.

(573) **SCHACHT**, İslâm Hukuku, s. 137; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 80.

(574) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. VIII, s. 183-184.

göre, kölenin kazancı kendisine değil efendisine aittir. Ebû Yusuf ve Muhammed ise aynı görüşte değildir (575).

Görüldüğü üzere köle, izin verilmedikçe, hukukî işlemler yapmak, medeni hakları kullanmak ehliyetini haiz değildir. Fakat bir vekaleti icra edebilir ve Ebû Hanife'ye göre eğer bütün mirasçılar küçük iseler sahibinin vasiyetini icraya memur da edilebilir (576).

Köle haksız fiillerinden ise sorumludur. Mala yönelik veya kısasın uygulanmadığı şahsa yönelik zararlarda zayi ettiği malı tazmin etmek veya üzerine terettüp eden diyeti ödemek zorundadır. Kölenin bir malvarlığı bulunmadığı için ya bu ödemeyi efendisi yapacak veya kölenin değeriyle zararın ödenebilmesi için onun mülkiyetinin elinden çıkmasına razı olmak durumunda kalacaktır (577).

ff. Ceza Hukuku Açısından

Kölenin ceza hukuku bakımından durumu had, kısas ve tazir suçları bakımından ayrı ayrı ele alınmalıdır.

Haddi gerektiren suçlarda şayet cezayı yarıya indirmek mümkünse, köleye hür kimselere verilen cezanın yarısı verilir (578). Mesela, zina suçunda köle muhsan kabul edilmediği için hür kimselere verilen 100 sopa cezasının yarısı olan 50 sopa cezası, içki içme ve kazf suçlarında da yine hür kimselere verilen cezanın yarısı (yani 40 sopa cezası) verilir (579). Hırsızlık gibi yarıya indirilmesi mümkün olmayan had suçlarında ise hür kimselere verilen ceza uygulanır (580). Sahibi esirine karşı ancak devlet başkanının (halifenin) izni ile had tatbik edebilir. Bununla birlikte sahibine karşı ceza hukuku bakımından tam bir korumaya mazhar değildir (581).

Kısası gerektiren suçlara gelince; kasten adam öldürmelerde köleyle hür kimseler arasın-

---

(575) **AKGÜNDÜZ**, Debbûsî, s. 100.

(576) **SAVA PAŞA**, C. II, s. 339-341; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 80.

(577) **SCHACHT**, İslâm Hukuku, s. 137; **BUHÂRÎ**, s. 289, 305; **MAHMESÂNÎ**, C. I, s. 229.

(578) **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 480; **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 86-87.

(579) **İZMİRÎ**, s. 441; **SCHACHT**, İslâm Hukuku, s. 136-137; **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 480.

(580) **KÂSÂNÎ**, C. VII, s. 38, 57; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 264.

(581) **İZMİRÎ**, s. 441; **SCHACHT**, İslâm Hukuku, s. 136-137; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 80.

da bir ayırım yoktur. Yani bir köle, ister hür ister köle olsun bir kimseyi kasten öldürür ve kısas için diğer şartlar da tahakkuk ederse hür kimseler gibi kısas edilir. Bir kölenin öldürülmesi durumunda da Hanefîler hür kimseye yine şartların gerçekleşmesi şartıyla kısas cezasının verileceği görüşündedirler (582). Diğer üç mezhep ise bu durumda aralarında mümaselet (denklik) olmadığı gerekçesiyle kısas değil, diyeti öngörür (583). Yaralamalarda ise, Hanefîler de diğer mezheplere katılmakta ve mümaselet olmadığı gerekçesiyle kısas değil, diyeti gerekli görmektedir (584). Kölenin diyet ödemesi gereken durumlarda efendi ya diyeti bizzat öder veya diyetin ödenebilmesi için kölesinin satılmasına razı olur (585). Esirin diyeti, kıymetidir. Köle malik olmada hür derecesinde olmadığı için diyeti hür kişinin diyetinden aşağıdır (586).

Taziri gerektiren suçlarda cezanın düzenlenmesi devlet başkanına bırakıldığı için devlet başkanı kölenin cezaî sorumluluğunu her suç için had ve kısas suçlarındaki örnek düzenlemeler ışığında belirler. Genelde ceza hukuku alanında Allah (kamu) haklarına yönelik veya bu özelliği ağır basan suçlarda kölelik, beklenenin aksine köle lehinde sonuçlar doğurmakta, şahıs haklarına yönelik suçlarda ise hür kimselerden farklı bir durum yaratmamaktadır (587).

3. Kölelik Uygulamasının Son Bulması

İslâm tarihinin her döneminde kölelerin İslâm toplum ve devlet hayatında var olduğu görülmüştür. Köleliği sona erdiren bir çok sebep olmasına rağmen köleliğin devam etmesinin nedeni, belirli aralıklarla devam eden savaşların bu kaynağı beslemesi, bunun yeterli olmadığı dönemlerde de köle tacirlerinin bir nevi işçi ithali gibi yabancı ülkelerden İslâm ülkelerine köle ithal etmeleridir. Akdeniz bölgesinde özellikle Venediklilerin, Cenevizlilerin ve Yahudilerin köle ticaretinde etkin bir rol oynadıkları söylenebilir (588). Ancak bu şekilde ithal edilen kölelerin kaynağının şüpheli olması, bunların gerçek anlamda köle sayılıp sayılamayacağı sorusunu gündeme getirmiştir.

---

(582) **KÂSÂNÎ**, C. VII, s. 235, 238.

(583) **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 480; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 341.

(584) **SCHACHT**, İslâm Hukuku, s. 136; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 80.

(585) **BUHÂRÎ**, s. 300.

(586) **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 80; **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 479-480.

(587) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 265.

(588) Ayrıca bkz. **PAKALIN**, C. II, s. 300-302.

Kölelerin İslâm ve Türk dünyasındaki hizmet alanları kadın ve erkek oluşlarına göre değişmiştir. Ticaret için kullanılan kölelere "memalik-i ticaret", hizmete mahsus olan memluklere ise "memalik-i hizmet" denilmiş; genelde köleler hizmet için istihdam edilmiştir. Kadınlar daha çok ev işlerinde, erkekler de efendilerinin işlerinde çalışmışlardır (589). Kölelerin bedeni gücüne dayanan çiftlik işletmeciliği, sınırlı örnekler dışında pek uygulama alanı bulmamıştır. Toprağa bağlı kölelik veya yarı kölelik de (servage) İslâm dünyasında tatbik edilmemiştir (590). Osmanlı Devleti'nde arazi tahrirleri ile defterlere kaydedilen reayanın bir sipahi üzerine yazılması, bu yolla toprağa bağlanması ve toprağı terk etme yasağı, esas itibariyle devletin mevcut düzenini ve kendisini koruma kaygısından ileri gelmiştir. Yoksa reayanın toprağa bağlılığı feodal düzende olduğu gibi serfin feodal lordun malı olması sebebiyle ortaya çıkan bir bağlılık değildir (591).

İslâm dünyasında erkek kölelerin hizmet alanlarının başında askerlik gelir. İlk olarak Abbasiler döneminde kurulan ve köle ve azatlı kölelerden oluşan askeri birlikler, sonradan İslâm dünyasında geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Tulunoğulları, İhşidiler, Samanoğulları, Eyyübiler, Memlükler, Gazneliler, Selçuklular zamanında köle askerlerden oluşan birlikler önemli hizmetler ifa etmişlerdir. Hatta Delhi Sultanlığı'nda ve Memlüklerde görüldüğü gibi, köle ve azatlı kölelerden kurulan ve idare edilen müstakil devletlere de yine İslâm dünyasının bir orijinalitesi olarak rastlanmıştır. Başka bir deyişle, azatlı köleler İslâm devletlerinin idare kademesinde de önemli hizmetler üstlenmişlerdir. Osmanlılarda sadrazamlık makamına kadar gelmiş bulunan azatlı köleler de bulunmaktadır. Bu durum azatlı kölelerin İslâm toplumlarında aslen hür olan kimselerden farklı bir muamele görmediğini ortaya koyması bakımından dikkat çekicidir (592). Yine, Osmanlılarda yeniçerilerin nüvesini de savaşta ele geçen esirlerden devlet için beşte bir oranında ayrılan pay teşkil etmiştir ki bunlara (Farsça) beşte biri ifade etmek üzere

---

(589) **KURNAZ**, s. 53; **PAKALIN**, C. I, s. 260; C. II, s. 301-302; **AKGÜNDÜZ**, Kölelik, s. 171.

(590) Serf yani toprağa bağlı, toprakla beraber elden ele satılan, devredilen, azat edilmez köle demektir. Barthold, "serflik, İslâm memleketlerinin hiç birinde olmamış olsa gerektir" diyor. Bkz. **BARTHOLD** W., İslâm Medeniyeti Tarihi, M. Fuad Köprülü Tarafından Başlangıçla İzah ve Düzeltmeler Kısmı İlave Edilmiştir, 3. B., Ankara 1973, s. 36. Fuat Köprülü ise aynı eserin 167. sayfasında buna "Barthold'un tahminine rağmen bir nevi servage (yani toprağa bağlılık), bazı İslâm memleketlerinde hususi bir şekilde mevcut olmuştur." sözlerini ilave ediyor. Ayrıca bkz. **HALİS EŞREF**, Külliyat, s. 630; **BİLMEN**, C. III, s. 343.

(591) **CİN/AKYILMAZ**, s. 298-300.

(592) **PAKALIN**, C. II, s. 302.

pencik oğlanı ismi verilmiştir (593).

Sonuç olarak, İslâm, köleliği kaçınılması mümkün olmayan sosyal, siyasi ve hukukî bir problem olarak görmüş, tedrici bir süreç içinde ortadan kaldırmaya çalışmış, köle statüsünde bulunan insanlara olabildiğince insani muamele yapılması için gayret göstermiştir (594).

İslâm'da kuramsal olarak hoş görülmemesine rağmen köle ticareti yoğun olarak yapılmış, büyük köle pazarları (Bağdat, Şam, Kahire, Belgrad, İstanbul'da) kurulmuştur. Köle pazarlarının yönetimi ve buralarda yapılan alışverişte devlet payının alınması için ayrı bir örgüt oluşturulmuştur (595).

1815 Viyana kongresi ile köle ticaretinin yasaklanması pek çok Avrupa ülkesini bu insanlık dışı ticarete son vermeye itmiştir. Reformcu Osmanlı Padişahı II. Mahmut, "bu pazarların kaldırılması ve köle, cariye satışının Şeriatın uygun göreceği şekilde yapılmasını" emretmişse de, köle ticareti sürdürülmüştür (596).

Osmanlı Devleti'nde 1847 tarihinde yasaklanan köle ticaretinin yapıldığı esir pazarlarında "esirciler şeyhi" ve bunun yardımcısı olan "esirciler kethüdası" olmak üzere iki görevli bulunurdu (597). Diğer esnaf örgütleri gibi, köle satıcıları da Esirciler Şeyhi'nin başkanlık ettiği bir Loncada toplanmışlardı (598). 1847 yılında Sultan Abdülmecid'in İrade-i Seniyye'si (599) ile kaldırılan İstanbul esir pazarında bu ticareti "Esirciler Emini" unvanlı bir görevli yürütür (600) ve kanunnamelerle belirlenen, alıcı ve satıcıdan alınacak bedelleri (Kanunî devrinde alıcı ve satıcıdan dörder akça, Yavuz devrindeki Şam Kanunnamesi'ne göre sadece satandan otuz akçe

---

(593) **SERTOĞLU** Midhat, Osmanlı Tarih Lûgatı, İstanbul 1986, s. 279; **HALAÇOĞLU**, s. 338.

(594) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 271.

(595) **AKGÜNDÜZ**, Kölelik, s. 171; **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 87.

(596) **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 87; **BERKİ/HÂMİDÎ**, s. 20.

(597) **SERTOĞLU**, s. 101-102; **AKGÜNDÜZ**, Kölelik, s. 171, 175; **AKGÜNDÜZ**, Kanunnameler, C. II, Bursa Esir Bâzârı Yasaknâmesi, m. 1-8, s. 235-236.

(598) **PAKALIN**, C. I, s. 553; **SERTOĞLU**, s. 101; **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 87.

(599) **DÜSTUR**, Birinci Tertip, C. IV, s. 368.

(600) "Esirciler Emini", ganimet ve esirlerin çok olduğu zamanlarda, esir alıp satanlardan hükümet hesabına kuruşta bir para nispetinde bir varidat almak suretiyle bu işlerin kanun dairesinde yapılmasına bakan memura verilen ünvandır. Yalnız İstanbul'da senede yüz kese kadar gelir elde edilirdi. Bkz. **SERTOĞLU**, s. 101; **PAKALIN**, C. I, s. 553.

(601) gibi) toplardı. Bu ferman, köleliğin daha önceden yasaklandığını ve bunun teyit edildiğini belirtmektedir.

1857'de Abdülmecit çıkardığı bir fermanla zenci köle ticaretini yasaklamış, ancak bu tarihten sonra da zenci köle ticareti gizlice yapılmıştır. Mithat Paşa'nın köleliğin yasaklanması ve mevcut kölelerin azatlanmalarına dair 1876 Anayasası'nın taslağına koydurduğu madde de tasarıdan çıkartılmıştır (602). 1876 Kanun-ı Esasisi'nin 9. maddesi "bütün Osmanlılar hürriyet-i şahsiyelerine maliktir" demek suretiyle köleliği kabul etmediğini açıkça ortaya koymuştur.

Osmanlı devleti 1880 yılında İngiltere ile köle ticaretini sona erdiren bir anlaşma yapmış, 1889'da ise zenci ticaretini ülkenin her tarafında geçerli olmak üzere yasaklayan bir kanun çıkartılmıştır. Ancak tüm bu düzenlemeler mevcut kölelerin özgür olmalarına dair bir hüküm taşımamakta, ülkeye yeni köle getirilmesini engellemeye çalışmaktadır. Osmanlı devleti 18 Kasım 1889'da imzalanan, Afrika'dan yapılan köle ticaretini engelleyen Brüksel anlaşmasına da imza koymuştur (603). 1891 tarihli "Üseray-ı Zenciye Ticaretinin Men'ine Dair Kanunname"ye göre, zenci kölelerin Osmanlı ülkesine sokulması ve bu fiilin yapılması yeniden yasaklanmış, azatlı olanlara mahkemece "ıtk name (hürriyet belgesi)" verilmesi belirtilmiş, memurların bu konuda resen hareket edeceği, köle ticareti yapanlara bir yıl hapis ve müsadere cezası uygulanacağı hatırlatılmıştır (604). Ankara İki Numaralı Şer'iye Sicilinde, kölenin serbest bırakıldığına (hür olduğuna) dair mahkemeden ıtk name talebinde bulunduğuna ilişkin belgeler vardır. Örneğin, bunlardan biri, "Rus adlı bir kölenin, evvelce Gömleksiz oğlu Musa tarafından oğlunu sünnet ettirdiği zaman serbest bırakılmış iken hâlen mâlikâne tasarruf edildiğini iddia ederek mahkemece "Itakname" tanzim olunması isteğinde olduğuna" (605) şeklindedir.

1909'da V. Mehmet, Çerkez ve diğer kölelerin de zenciler gibi alınıp satılmalarını yasaklayan bir ferman (606) çıkarmıştır (607). Buna göre, Osmanlı ülkesinde hür olmak asıldır.

---

(601) **AKGÜNDÜZ**, Kanunnameler, C. VII, Şam Eyaleti Kanunnamesi, m. 32, s. 27.

(602) **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 87.

(603) **PAKALIN**, C. II, s. 302; **AKGÜNDÜZ**, Kölelik, s. 175-176; **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 88.

(604) **DÜSTUR**, Birinci Tertip, Mütemmim, s. 132.

(605) **ONGAN**, s. 36, Belge No: 462.

(606) Söz konusu İrade-i Seniyye 15 Şevval 1327/14 Teşrinevvel 1325 tarihli olup İrade-i Seniyye'nin metni şudur: "Çerkez vesair köle ve cariyelerin de üserayı zenciye gibi men'i bey' ve şerası hakkında irade"

1917 Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin tasarısını hazırlayan komisyonun mazbatasında, köleliğin İslâmiyet'te kabul edilmeme nedenleri açıklandıktan sonra, "köle ticaretini yasaklayan anlaşmalar ve Osmanlıların şahsî hürriyetlerinden bahseden Kanun-ı Esâsî karşısında" Osmanlı devletinde bir kölenin mevcudiyetinin söz konusu olmadığı belirtilerek, bu kanun layihasında kölelik ahkamından bahsedilmediği yazılmıştır (608).

Kurtuluş Savaşı'nın kazanılmasından sonra 1923'de Medeni Kanunumuzu hazırlamak üzere kurulan komisyonlardan biri olan Vacibat Komisyonu, 8 Temmuz 1924'de ehliyet arızaları konusunda, "İslâm hukukçularının köleliği de bir ehliyet arızası saymalarına rağmen, kölelik zamanımızda yasaklandığından günün şartlarına uygun olarak müzakere edilecek meseleler arasına sokulmasının uygun olmadığı" görüşüne varmıştır.

Kölelik Türkiye Cumhuriyeti'nde hiç bir şekilde, hukukta ve uygulamada yer almadığı gibi, ülkemiz köleliğin, köle ticaretinin ve köleliğe benzer uygulamaların yasaklanması ve kaldırılması için yapılan bütün uluslararası anlaşmaları da aynen kabul ederek iç hukukumuzun bir parçası haline getirmiştir (609).

Köleliğin ve köle ticaretinin evrensel olarak yasaklanması ve kaldırılması, ancak 1926 yılında Milletler Cemiyeti Misakı ile kabul edilmiş ve bütün dünyaya duyurulmuştur (610).

Çağımızda kölelik artık tarihe karışmıştır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 4.

(17 Teşrin-i evvel (Ekim-1325/1909) Neşri: 12 Mayıs 1327- ; Takvim-i Vekayi, No: 832. (**DÜSTUR**, İkinci Tertip, C. I, s. 831).

Meclisi Mahsusu Vükela Mazbatası

"...ve Memaliki Osmaniye'de esaret kanunen memnû' ve memnûiyeti vakıa Kanun-ı Esâsî ile de müeyyed ...Çerkez ve sair köle ve cariyelerin de üserayı zenciye gibi men'i bey' ve şerası ve rikkai inkıyadları mevlaları tarafından iddia olunanlar olur ise haklarında bir nehci şer'î hemen mürafaa icra ve hükümleri sür'ati mümküne ile i'tâ olunarak şer'an ve kanunen hür olan bir takım ebnâi vatanın kaydi esaret altında kalmalarına meydan verilmemesi zımnında Meşihatı müşarünileyha ile Dahiliye ve Adliye Nezaretlerine tebligat ifası tezekkür olunmakla katibei ahvalde emrü ferman hazreti veliyyülemir efendimizindir".

(607) Akipek'e göre, memleketimizde esir ticareti 1889 tarihli «Üserayı Zencüye Ticaretinin Men'ine Dair Kanunname» ile kaldırılmış (Bkz. **AKİPEK**, s. 9, dn. 4); Turnagil'e göre ise, Osmanlı Devleti köleliği 1885'de ilga etmiştir. (Bkz. **TURNAGİL** Ahmet Reşid, İslâmiyet ve Milletler Hukuku, İstanbul 1972, s. 200).

(608) **AKGÜNDÜZ**, Külliyat, 315-316; **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 88.

(609) **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 88.

(610) **ARMAĞAN**, s. 39, dn. 96.

maddesinde, "hiç kimse kölelik veya kulluk altında bulundurulamaz; kölelik ve köle ticareti her türlü şekliyle yasaktır" hükmü mevcuttur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (=İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin) 4. maddesinin birinci bendinde de buna benzer bir hükme yer verilmiştir (611).

II. EŞİTLİK İLKESİ

Yeryüzünde milyarlarca insan arasında birbirinin tamamı tamamına aynı olan iki fert bulunmadığına göre, kainatın tabii kanunu insanlar arasında maddi ve manevi vasıflar bakımından eşitsizlik esasına dayanmaktadır. Bu eşitsizlik "doğuştan" olduğu gibi, bugünkü toplumlarda, "müktesep" hususlarda da kendini göstermektedir: Bazı insanlar kuvvetli, bazıları zayıf, bir kısmı zengin, bir kısmı ise fakirdir. İşte doğuştan olan veya sonradan kazanılan bu farklar, eski devirlerden beri birçok hukukî eşitsizlikler doğurmuş, insanlar hukuk karşısında imtiyazlı ve imtiyazsız olmak üzere âdeta iki sınıfa ayrılmıştır. Rasyonalizm akımı ve bunun etkisiyle ortaya çıkan Fransız devrimi, her şeyden önce bu hukuk eşitsizliğini ortadan kaldırmış ve 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi birinci maddesinde, "İnsanlar hür ve hukuken eşit doğar ve yaşarlar; sosyal farklar ancak umumi menfaate dayanmış olabilir" diyerek insanların kanun karşısında eşit olduğu prensibini yani hukuk eşitliği esasını koymuştur. 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu'nun bundan mülhem olan 7 ve 8 inci maddeleri de medeni hakları kullanma ve bunlardan istifade hususunda tam eşitlik prensibini kabul etmiş; bu prensip ondan sonra da bütün Medeni Kanunlara geçtiği gibi, İsviçre Kanunu'na ve oradan da bizim şimdiki Medeni Kanunumuza geçmiştir. Buradaki eşitlik sadece medeni hukuk alanındadır yoksa kamu hukukuna giren haklara ehliyet hususunda eşitlik yoktur. Genel meclislere seçme ve seçilme, kamu hizmetlerine tayin edilebilme gibi kamu hakları ancak her devletin kendi vatandaşına özgü ve münhasırdır. Bununla beraber yabancı vatandaş olmanın medeni haklardan istifade ehliyeti hususunda bazı sınırlamalar doğurduğu da görülmektedir (612).

7 Zilhicce 1293 (1877) tarihli Osmanlı Kanunu Esasîsinin 17. maddesi, «Osmanlıların kâffesi huzuru kanunda ve ahvali diniye ve mezhebiyeden maada memleketin hukuk ve vezaifinde müsavidir.»

---

(611) İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin Türkçe resmi metni için bkz. RG. 1949, S. 7217 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkçe resmi metni için bkz. RG. 1954, S. 8662.

(612) **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 62, 72-73.

demek suretiyle bütün Osmanlı uyguklarının vatandaşlık haklarında eşit olduklarını belirtmiştir (613). Başka bir deyişle, yurttaşlar arasında hukukî eşitlik prensibini koymuştur.

30 yıldan fazla bir zaman uygulama alanından kaldırılan bu kanun, ikinci meşrutiyetten sonra yeniden yürürlüğe girmiş ve milli mücadele zamanında 1921 Teşkilatı Esasiye Kanunu ile tamamlanmış ve 1924 Anayasasının 69. maddesinde de, «Türkler kanun nazarında müsavi ve bilâistisna kanuna riayetle mükelleftirler. Her türlü zümre, sınıf, aile ve fert imtiyazları mülga ve memnudur» şeklini almıştır. Söz konusu madde ile yasa önünde eşitlik kabul edilmiştir.

A. Anlamı

Eski hukukumuz, hak ehliyetinin kişilere tanınması hususunda temelde eşitlik ilkesini öngörmüştür (614). Dil, din, cins, ırk bakımından eşitsizlik söz konusu olmadığı gibi, kölelik kurumu da mahkum ve iptal edilmiştir (615). Bu ilke gereğince, hak sahibi olabilme bakımından aynı konumdaki kişiler arasında hiç bir fark gözetilmez (616). Eşitlik ilkesi, hak ehliyetini taşıyan kişiler arasında farklılık durumunun giderilmesini öngördüğünden, genellik ilkesinin en esaslı özelliğini teşkil etmekte, başka bir ifadeyle, hak ehliyetine sahip kişiler arasında, farklılık ilkesinin giderilmesini amaçlamaktadır.

Eşitlik ilkesinin İslâm hukukunda önemli bir yeri vardır. Kur'an insanların menşe bakımından eşit olduklarını ilan etmiş, farklılık ve erdemliği (fazileti) takvaya (Allah saygısıyla iyi davranışa) dayandırmıştır (617). Buna göre, renk, vücut yapısı ve ferdin iradesine bağlı olmayan hususlar eşitliği bozucu unsurlar olamazlar. Şu halde hak ehliyetinde eşitlik ilkesi ile, her insanın, ilke olarak aynı kapsamda hak ehliyeti imkanlarını haiz olması anlatılmak istenir (618).

Ancak dar anlamda insan hakları değil de kamu hukuku alanında ödev yüklenilmesi ve

---

(613) **AKIN** İlhan F., Kamu Hukuku, 6. B., İstanbul 1990, s. 314.

(614) **SERAHSÎ**, Usûl, s. 334.

(615) **HÂTEMÎ**, İslâm Hukuku, s. 55.

(616) Günümüz hukukunda da, T.C. Anayasası'nın 82. maddesindeki yasal eşitlik ilkesinin de belirttiği gibi, insanlar arasında dil, din, cins, ırk gibi gerekçelerle ayrımcılık yapılmamalıdır.

(617) Kur'ân, Hucurat, 49/13: "Ey insanlar, gerçekten biz sizi bir erkek ile dişiden yarattık ve tanışasınız diye sizi kabile ve kavimlere (milletlere) ayırdık. Allah nezdinde en değerliniz en müttaki (kâmil ahlak sahibi) olanınızdır...".

(618) **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 23; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 112.

görev üstlenilmesi söz konusu olduğunda, bu görevin yerine getirilmesinde kişinin gerekli niteliklere sahip olup olmadığına bakılması, eşitlik adaletinin ihlali değil, emanetler ehline tevdi edilmek gerektiği için bilakis oran (istihkak, liyakat) adaletinin gereği olur. Ancak oran adaleti sağlanırken eşitlik adaleti ihlal edilmemelidir (619).

Genellik ve eşitlik, hak ehliyetinin temel niteliklerini oluşturmakla birlikte, bunlar mutlak bir nitelik taşımazlar. Çünkü önceki hukukumuzda bir takım eylem, yapı, sağlık ve çevre farklılıkları nedeniyle insanlar arasında hak ehliyeti yönünden farklı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Bu düzenlemeler hak ehliyetini ortadan kaldırmamış, yalnızca o kişilerin belirli bir süre için, ya da belirli şartların gerçekleşmesine bağlı olarak hak ehliyetinden doğan bazı haklara sahip olamayacakları belirtilmiştir.

Diğer taraftan, hukuki eşitlik denildiğinde de mutlak eşitlik anlaşılmamalıdır. Hukuki eşitlik nispî (göreceli) bir kavram olup, benzer durumdakiler arasında geçerli olan eşitliği ifade eder. Dolayısıyla, küçüklerin, kadınların, kölelerin ve zimmîlerin bir kısım hakları elde edememeleri bu temel ilkeye gölge düşürmez (620).

Başka bir deyişle, erkek ile kadın, devlet başkanı ile vasıfsız bir işçi ve Arap ile Arap olmayan arasında hukukî açıdan bir eşitlik söz konusudur ancak bu eşitlik, haklara ve borçlara sahip olmak bakımından bunlar arasında, çevreden veya işin niteliği gereği birtakım farkların bulunmaması anlamına gelemez. Ortaya çıkabilecek farklar, istisnai nitelikteki durumlardan ibarettir. Zaman, çevre, mukabele-i bilmisil, savunma zorunluluğu, cins ve iş niteliği gereği olan bu farklar bir tarafa bırakılırsa, erkek ile kadın, devlet başkanıyla vasıfsız işçi ve Arap ile Acem arasında hukuken eşitlik vardır (621).

B. İstisnaları

Hak ehliyetinde genellik ilkesinin olduğu gibi eşitlik ilkesinin de bazı istisnaları vardır

---

(619) Adalet devleti anlamına da gelen hukuk devleti, her şeyden önce insan haklarını sağlamalıdır. Adaletin, eşitlik adaleti ve oran adaleti olmak üzere iki anlamı vardır. Eşitlik adaletinin, yani dar anlamda eşitlik ilkesinin istisnası yoktur. Buna göre, insan haklarında herkes eşittir. İnsan haklarına ehil olmayan insan yoktur. Ancak adaletin ikinci boyutu olan "oran adaleti"ne göre, dar anlamda hak olmayan bazı görevler, ehil olana verilmelidir, liyakat derecesi göz önünde tutulmalıdır. Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 24-25.

(620) **AKİPEK**, s. 40-41; **KÖPRÜLÜ**, s. 191-192.

(621) **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 70-71.

(622). Genellik ve eşitlik, hak ehliyetinin temel niteliklerini oluşturmakla birlikte, bunlar özellikle eşitlik ilkesi mutlak bir nitelik taşımaz.

Her ne kadar kişiler hak ehliyeti yönünden birbirlerine eşitlerse de, birtakım fiili, yapısal, sağlıksal ve çevresel farklılıklar nedeniyle, insanlar arasında da hak ehliyeti yönünden farklı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Ancak bu düzenlemelerle aslında, değişik yapı ve durum içinde bulunanların hak ehliyetleri ortadan kaldırılmış ya da sınırlanmış değildir. Yalnızca o kişilerin belirli bir süre için ya da belirli koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak hak ehliyetinden doğan bazı haklara sahip olamayacakları belirtilmek istenmiştir (623). Bu da eşitliği ortadan kaldırıcı nitelikte değildir. Çünkü hukuksal eşitlik söz konusu olduğunda, hiç bir zaman mutlak eşitlikten söz edilemez.

Hukuksal eşitlik göreli (nispî) bir eşitliktir ve bu anlamda eşitlikten söz edildiğinde, ancak birbirleriyle karşılaştırılabilen, benzer durumdakiler arasında geçerli olan bir eşitlik anlaşılır. Önemli olan benzer durumda olanlar arasında eşitliğin sağlanabilmesidir. Böyle olunca, değişik yapı ve durumlar içinde bulunanlar yönünden farklı düzenlemeler yapıldığında, bunun eşitliği tümüyle ortadan kaldırdığı söylenemez. Bu nedenle eşit olmayan yapı ve durumdakilere eşit işlem yapılmasının, adalet düşüncesine de uymadığı söylenebilir (624).

Başka bir ifadeyle, hak ehliyetinde eşitlik ilkesinin istisnaları yani sınırlamaları gibi görünen durumlarda, Tabii Hukuk'un, Tabiat kanunlarının ve ahlakın cevazı ile eşitlik adaleti yerine liyakat ve istihkak adaleti yürürlüğe giriyorsa, bunun sakıncası yoktur. Üstelik bu gibi durumlarda liyakat adaleti yerine eşitlik adaletinin uygulanması mantıksız ve sakıncalı olur (625).

Demek ki, kişiler arasında, hak ehliyetine sahip olmak bakımından mutlak bir eşitliğin

---

(622) Medeni Kanunun, "Her şahıs medeni haklardan istifade eder. Binaenaleyh kanun dairesinde haklara ve borçlara ehil olmakta herkes müsavidir" şeklindeki 8 inci maddesinin birinci cümlesi genellik ilkesini, ikinci cümlesi ise eşitlik ilkesini belirtmiş ve açıklamıştır. Eşitlik ilkesinin istisnaları olarak medeni hukuk alanında görülen düzenlemeler, dar anlamda eşitlik ilkesini ihlal etmeyen, hatta eşitlik adaletini "oran adaleti" ile tamamlayan eksiksiz adalet idealinin bir sonucudur. Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 25; **ÖZSUNAY**, Kişiler, s. 25-26.

(623) **ZEVKLİLER**, Kişiler, s. 37.

(624) **ÖZSUNAY**, Kişiler, s. 26; **ZEVKLİLER**, Kişiler, s. 38.

(625) **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 28.

gerçekleşmeyeceği öngörülmüş, bu hususta bazı sınırlar konulmuştur (626). Nitekim, özel hukuk açısından, kişiler arasında yaştan, cinsiyetten, sağlıktan, vatandaş olup olmamadan kaynaklanan çeşitli farklılıklar mevcuttur. O halde, bazı haklardan hukuk düzeninin sınırları içinde herkesin istifade edememesi eşitlik ilkesini zedelemez. Burada, haklardan yararlanmada eşitsizlik meydana getiren bu etkenlere değinmek gerekir.

1. Yaş

"Yaş" başlığı altında, öncelikle bir yaşı olmayan cenine yer vermek gerekir. Ceninin medeni hakların bir kısmından istifade edememesi tabiidir. Bu sebeple de ceninin durumu, herkesin kanun dairesinde hakları iktisap, vecibeleri de iltizamda eşit muamele görmesi ilkesinin bir istisnasıdır (627).

Medeni haklardan yararlanma (yani hak) ehliyetinden herkesin eşit olarak yararlanacağı ilkesinin bir istisnası, yaş ile ilgili olan durumlardır. Kural olarak yaş, medeni haklardan istifade ehliyetine etkili olmaz. Genellikle yeni doğan bir çocuk bile hak sahibi olabilir. Fakat öyle bazı haklar vardır ki, bunların kazanılması belli bir yaşa gelmeyi zorunlu kılar (628). Demek ki, bazı haklardan yararlanma ve bunları kullanma için belirli bir yaşın doldurulması gerekir. Örneğin, evlenme için, vasiyetname yapabilme için belirli yaş sınırları öngörülmüştür.

Aslında yaş farkı gözetilmeksizin herkesin eşit biçimde haklara ve borçlara sahip oldukları kabul edilirse de, belirli bir yaşa gelmemiş olanlar bazı işlemleri yapamazlar, dolayısıyla bu işlemlerden doğacak hak ve borçlara da sahip olamazlar.

Yaş şartı genellikle belirli hakların kullanılmasında etkisini gösterirse de, sonuçta, o haktan yararlanmanın engellenmesine neden olur. Yaşın hak ehliyetindeki eşitlik ilkesinin istisnaları olacak görünümlerine şunlar örnek olarak verilebilir.

a. Evlenme Açısından

Hukukun öngördüğü yaşa gelmeyenler evlenemeyeceği gibi, evlenme yaşı bakımından

---

(626) **AYAN**, s. 198.

(627) **MARDİN**, C. II, s. 259.

(628) **SAYMEN**, C. II, s. 67; **TEKİNAY**, Kişiler, s. 180; **OĞUZOĞLU**, s. 243-244.

gerçekleşmeyeceği öngörülmüş, bu hususta bazı sınırlar konulmuştur (626). Nitekim, özel hukuk açısından, kişiler arasında yaştan, cinsiyetten, sağlıktan, vatandaş olup olmamadan kaynaklanan çeşitli farklılıklar mevcuttur. O halde, bazı haklardan hukuk düzeninin sınırları içinde herkesin istifade edememesi eşitlik ilkesini zedelemez. Burada, haklardan yararlanmada eşitsizlik meydana getiren bu etkenlere değinmek gerekir.

1. Yaş

"Yaş" başlığı altında, öncelikle bir yaşı olmayan cenine yer vermek gerekir. Ceninin medeni hakların bir kısmından istifade edememesi tabiidir. Bu sebeple de ceninin durumu, herkesin kanun dairesinde hakları iktisap, vecibeleri de iltizamda eşit muamele görmesi ilkesinin bir istisnasıdır (627).

Medeni haklardan yararlanma (yani hak) ehliyetinden herkesin eşit olarak yararlanacağı ilkesinin bir istisnası, yaş ile ilgili olan durumlardır. Kural olarak yaş, medeni haklardan istifade ehliyetine etkili olmaz. Genellikle yeni doğan bir çocuk bile hak sahibi olabilir. Fakat öyle bazı haklar vardır ki, bunların kazanılması belli bir yaşa gelmeyi zorunlu kılar (628). Demek ki, bazı haklardan yararlanma ve bunları kullanma için belirli bir yaşın doldurulması gerekir. Örneğin, evlenme için, vasiyetname yapabilme için belirli yaş sınırları öngörülmüştür.

Aslında yaş farkı gözetilmeksizin herkesin eşit biçimde haklara ve borçlara sahip oldukları kabul edilirse de, belirli bir yaşa gelmemiş olanlar bazı işlemleri yapamazlar, dolayısıyla bu işlemlerden doğacak hak ve borçlara da sahip olamazlar.

Yaş şartı genellikle belirli hakların kullanılmasında etkisini gösterirse de, sonuçta, o haktan yararlanmanın engellenmesine neden olur. Yaşın hak ehliyetindeki eşitlik ilkesinin istisnaları olacak görünümlerine şunlar örnek olarak verilebilir.

a. Evlenme Açısından

Hukukun öngördüğü yaşa gelmeyenler evlenemeyeceği gibi, evlenme yaşı bakımından

---

(626) **AYAN**, s. 198.

(627) **MARDİN**, C. II, s. 259.

(628) **SAYMEN**, C. II, s. 67; **TEKİNAY**, Kişiler, s. 180; **OĞUZOĞLU**, s. 243-244.

kadınlarla erkekler arasında bir farklılık da söz konusudur. Erkeklerle kadınlar arasında farklı yaşların belirlenmesi cinsiyet başlığı altında ele alınacaktır. Bu sebeple burada sadece evlenme hakkından yararlanma açısından öngörülen yaş konusuna değinilecektir.

Eski Türklerde evlenme için belirli bir yaş şartı yoktur. Babalar veya veliler, çocuklarını veya vesayet altındaki çocukları evlendirebilirler. Karının kocası ile beraber yaşaması için, doğal olarak, gençlerin bulûğa erişmesi çağı beklenir (629).

Evlenebilmek için esasen eski hukukumuzda (İslâm hukukunda) bir yaş engeli ile karşılaşılmaz. Zira kişi velisi tarafından hangi yaşta bulunursa bulunsun evlendirilebilir. Ancak kişinin bizzat evlenme aktedebilmesi için mümeyyiz olması ve bulûğa ermiş bulunması aranır (630). 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi bu konudaki serbestliği kaldırmış ve evlilik için belirli yaş şartı öngörmüştür. Daha farklı bir ifadeyle, İslâm hukuku evlenme konusunda bir ehliyet teorisi kuramamış, küçüklerin ve akıl hastalarının evlendirilmesine cevaz vermiştir (631). Ancak belirtmek gerekir ki, Osman el-Betti, İbn Şübrüme ve Ebû Bekir el-Esam gibi hukukçulara göre küçüklerin evlendirilmeleri geçerli değildir (632).

HAK.'nin 7 inci maddesine göre, "on iki yaşını itmam etmemiş olan sağîr ile dokuz yaşını itmam etmemiş olan sağîre hiç bir kimse tarafından tezvic edilemez". Görüldüğü üzere, eski hukukumuzun evlilik konusundaki serbestiyeti söz konusu hüküm ile sınırlandırılmıştır. Şu halde kız ise dokuz, erkek ise on iki yaşın tamamlanması, kişilerin velileri tarafından evlendirilebilmeleri için aranan önemli bir şarttır. Sözü edilen yaş sınırlarından küçük olan kız ve erkek ise hiç bir şekilde evlenemezler.

Bunun yanı sıra kişinin bizzat kendisinin evlilik aktedebilmesi için de yaş sınırları söz konusudur. HAK.m. 4'e göre, erkek on sekiz, kız on yedi yaşını tamamlamadıkça evlenemez: "Ehliyeti nikâhı haiz olmak için hâtıbın on sekiz ve mahtubenin on yedi yaşını itmam etmiş olmaları şarttır."

---

(629) **ARSAL**, s. 334.

(630) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. II, s. 255-256.

(631) **CİN**, Evlenme, s. 294; **AYDIN**, Aile Hukuku, s. 23.

(632) **AYDIN**, Aile Hukuku, s. 23-24.

(633). HAK.'nin 5 ve 6 ncı maddeleri, "On sekiz yaşını itmam etmemiş olan mürahık bâliğ olduğunu beyan ile müracaat ettikte hali mütehammil ise hâkim izdivacına müsaade edebilir." "On yedi yaşını itmam etmemiş olan mürahıka baliğa olduğunu beyan ile müracaat ettikte hali mütehammil ve velisinin izni munzam ise hâkim izdivacına müsaade edebilir" hükümlerini getirerek, evlenmeye bu yaşlara ermeyen kişilerin de bulûğa erdiklerini belirtmeleri suretiyle izin verilebileceğini belirtmiştir.

Görüldüğü üzere, eski hukukumuz, Hukuk-ı Aile Kararnamesi öncesinde evlenme açısından herhangi bir yaş şartı getirmemiştir. Evlenme hakkı için yaş şartının bulunmaması, bu haktan yararlanmada eşitlik ilkesinin geçerli olduğu, kişiler arasında yaşa dayalı bir ayırım yapılmadığı anlamına gelir. Söz konusu kararname sonrasında ise, evlenme için bir takım yaş sınırları belirtildiğine göre, bu medeni haktan yararlanmada yaş, eşitlik ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır.

b. İzin (Kazai Rüşt) İsteyebilme Açısından

Bilindiği gibi eski hukukumuzda, henüz reşit olmamış kimselerin (yani mümeyyiz küçüklerin) salt zararına olacak nitelikte bulunmayan yani yarar ve zarar ihtimali olan hukukî işlemleri yapabilmesi için kanuni temsilcisinden izin alması gerekir. Bu hususta ileride geniş açıklama yapılacaktır. Ancak burada belirtilmesi gereken husus, kanuni temsilciden hukukî işlem yapabilmek için izin istenmesinin de belirli şartların gerçekleşmesine bağlı olduğudur ki, bu da hak ehliyetindeki eşitlik ilkesinin bir istisnasını oluşturur. Zira herkes değil, ancak belirli nitelikleri haiz kişiler izin suretiyle belirli hukukî işlemleri yapabilirler.

c. Vasiyetname Yapabilme Açısından

Eski hukukumuzda vasiyetname yapabilmek için bâliğ olmak şartı aranır ki bu da genellikle on beş yaşın tamamlanması ile gerçekleşir (634).

Vasiyetname yapabilme için buluğ gibi belirli bir şartın aranması bu konuda da hak ehliyetinin eşitliği ilkesinin istisnasının söz konusu olduğunu ortaya koymaktadır.

---

(633) Bugünkü hukukumuzda da evlenme için erkeğin 17 kızın da 15 yaşını tamamlaması şartı aranır. Ancak olağanüstü durumlarda 14 yaşını tamamlayan kadın ile 15 yaşını tamamlayan erkek de evlenebilir (TMK. m. 88).

(634) Günümüz hukukunda da vasiyet yapmak için TMK. m. 449 gereği onbeş yaşını bitirmiş olmak gerekir: "On beş yaşını bitiren ...vasiyet tarikiyle mallarında tasarruf edebilir".

d. Dinini Özgürce Seçebilme Açısından

Eski hukukumuz din seçme hususunda bulûğu ölçü almıştır. Kişinin bu tarihten itibaren yaptıklarından sorumlu kabul edilişi bunun temeli olmuştur (635). Ancak Ebû Hanife ile Muhammed'e göre, mümeyyiz çocuğun Müslüman olması da dinden çıkması da (irtidad) geçerlidir. Ebû Yusuf'a göre lehte bir davranış olan İslâmiyet'i benimsemesi muteberdir, ancak irtidadı, aleyhte olduğu için, geçerli sayılmaz. Şafii ve diğer mezheplerde hâkim olan görüşe göre ise dini emirlerle mükellef olmayan mümeyyiz çocuğun Müslüman olmasına da dinden çıkmasına da itibar edilmez (636). Gayrimümeyyiz küçüğün ise din seçimine muhatap olamayacağı hakkında doktrinde görüş birliği vardır. Zira kanun koyucunun mükelleflere yönelik hitabı, bunlara yönelmez. Bunların temyiz gücünün olmaması, din, iman ve benzer kavramları anlamasına engeldir. Bu sebeple, Müslüman olduğuna veya başka bir dine mensup bulunduğuna dair beyanları geçersizdir. Ancak, dünyadaki durumu göz önünde tutularak babasının Müslüman olması halinde kendisinin de İslâmlığı kabul edilir. Malikî ekolü dışındaki hukukçular, Müslümanlık konusunda küçüğün anaya da tabi olması gerektiğini savunurlar (637).

Görüldüğü üzere, din seçme konusunda da herkesin aynı statüde olmaması, bu haktan yararlanmada herkesin eşit olmadığını ortaya çıkarır ki bu da eşitlik ilkesinin bir istisnasıdır.

2. Temyiz Kudreti

Kişilerin temyiz kudretine sahip bulunmaması genellikle onların hak sahibi olmalarını veya borç altına girebilmelerini engellemez. Temyiz kudretine sahip olmayan kişiler bile, örneğin miras yoluyla mirasbırakanın haklarını iktisap ederler ve onun borçlarından sorumlu tutulurlar. Aynı şekilde, temyiz kudretine sahip olmayanlar, kanuni temsilcilerinin yapacakları hukukî işlemlerden doğan hakları kazanırlar ve borçlarla yükümlü olurlar. Kısaca, temyiz kudretinin bu-

---

(635) Günümüz hukuku ise din seçme hususunda, reşit olmayı esas almıştır. Başka bir deyişle, bir şahsın dinini intihap (seçebilme) serbestisini elde edebilmesi reşit olmasıyla başlar: "Reşit dinini intihapta hürdür" (TMK.m. 266/III). TMK. m. 266 gereği, rüşte kadar ana baba çocuğa dilediği dini terbiyeyi verebilirler. Bkz. **SAYMEN**, C. II. s. 68; **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 64-65.

(636) **AYDIN**, Çocuk. s. 362.

(637) **MERGİNÂNÎ** Ali b. Ebi Bekir, el-Hidâye. C. III, Mısır 1901, s. 418, 423; **HACI ÂDİL**, s. 511; **KADRİ PAŞA**, m. 488.

lunmaması hak ehliyetini kaldıran bir sebep değildir (638). Bununla beraber, öyle bir takım haklar vardır ki bunların kazanılması kanuni temsilci tarafından gerçekleştirilemez. Örneğin, boşanmada kocanın tam ehliyetli olması aranır. Eksik ehliyetli veya ehliyetsizleri velileri bazı şartlarda evlendirebilirse de boşayamaz. Şu halde temyiz gücüne sahip ve ergen olmayan kişinin boşama ehliyeti de yoktur. Denilebilir ki, temyiz kudretinin yokluğu sadece istisnai bazı hallerde hak ehliyetsizliğine yol açabilir (639). Demek ki burada olduğu gibi, belirli haklardan yararlanabilmek için temyiz kudretine sahip olmak gerekir ki, bu da, eşitlik ilkesinin bir istisnasını oluşturur.

3. Cinsiyet

Hak ehliyetinde eşitlik ilkesinin istisnalarından biri de cinsiyet yönüyle ortaya çıkar. Kadın ve erkek arasındaki bir takım fizyolojik farklar, haklardan yararlanma açısından söz konusu eşitliğin bozulmasında etkendir. Kadının, yaratılış itibariyle, erkeğe nazaran daha zayıf olması ve bu hususlaki fiili eşitsizlik, insanlığın en eski devirlerinden itibaren hukukî eşitsizliği doğurmuş ve bu bakımdan kadınla erkek arasında daimi bir fark yüzyıllar boyunca sürüp gelmiştir (640). Eski hukuk sistemlerinin hemen hepsinde kadınla erkek arasında bir çok farkın bulunduğu kabul edilmiştir. Kadın hukukî durumu itibariyle genellikle erkekten daha aşağı derecede değerlendirilmiştir (641).

Görüldüğü üzere hak ehliyetinde eşitlik ilkesinin cinsiyet yönüyle ortaya çıkan istisnası, kadın erkek arasındaki fizyolojik farkların hukukî görünümünden ibarettir. Kadınlarla erkekler arasında gerçek eşitliği sağlamak için bazı hususlarda görünüşte bir eşitsizlik söz konusu olmuş ancak bu gerçek eşitliğin (eşitlik adaletinin) sağlanmasında etken olmuştur. Bu açıdan, kadınların bir kısım haklar ve vazifelerde erkeklerden farklı durumda bulunmaları, kadınlara erkeğe oranla daha aşağı bir yer vermek maksadından değil, fiilen özel durumlarından kaynaklanır

---

(638) **TEKİNAY**, Kişiler, s. 181.

(639) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 322; **TEKİNAY**, Kişiler, s. 181.

(640) **TOPALOĞLU** Bekir, İslâmda Kadın, İstanbul 1990, s. 67-70; **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 66.

(641) **CİN** Halil, Tarih Boyunca Kadının Hukukî Statüsü Açısından Türk Kadınının Durumuna Kısa Bir Bakış, Prof.Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, SÜHF, Konya 1991, s. 3-7; **SAYMEN**, C. II, s. 69; **OĞUZOĞLU**, s. 242; **İMRE**, Şahıslar Hukuku, s. 360-361.

(642). Fiili ve özel durumların gereği olan bu eşitsizliği gidermek, başka bir deyişle. kadın ve erkek arasında gerçek eşitliği sağlamak için bu gibi farklılıklar gereklidir (643).

a. İslâmdan Önceki Türk Hukukunda

Eski Türklerde yani Türklerin İslâmiyet'i kabul etmelerinden önceki dönemde, kadınlar haklardan mahrum, mazlum bir zümre değil, babanın veya kocanın velâyeti altında olmasına rağmen, askerlik ve devlet memurluğu yapamamaları dışında erkeklerden pek farkı bulunmayan hatta sosyal ve dini hayatta önemli rolleri bulunan kişilerdir. Ev içinde hâkim durumda bulunan kadın, toplum içinde de aktif rolde yer almakta ve haklardan yararlanma bakımından da erkekten önemli bir farklılığı bulunmamaktadır. Örneğin, kadın dini merasimlere katılmakta, hatta dini törenlerde başkanlık etmektedir (644). Yine Hunlar'da, hakanın yanında kadının da yer aldığı, devleti birlikte temsil ettikleri kaydedilir. Göktürk, Uygur ve Selçuklularda da kadına devlet hayatında yer verilmiştir (645).

b. İslâmdan Sonraki Türk Hukukunda

Cahiliye döneminde kişi kabul edilmeyen, şey olarak değerlendirilen, bir esir gibi satılabilen ve Arap âdetlerine göre diri diri gömülebilen kadının durumu İslâm'da esas itibariyle önemli gelişmeler göstermiş ve İslâm'ın Arabistan'da yaptığı bu büyük medeni değişim kadının konumunu yükseltmiştir (646).

İslâmiyet'ten sonraki Türk hukukunda, cinsiyet farklılığı bir başka deyişle kadın olma, kişilik hukukunda yani hak ve fiil ehliyetine sahip olma açısından büyük rol oynamaz (647). İs-

---

(642) **MARDİN**, C. II, s. 400; **TOPALOĞLU**, s. 67-70.

(643) **TOPALOĞLU**, s. 68-70; **MARDİN**, C. II, s. 401.

(644) **ARSAL**, s. 338; **CİN**, Kadın, s. 6-7.

(645) **FENDOĞLU** Hasan Tahsin, Hukuk Tarihimizde Temel Haklar, Konya 1994, s. 47; **CİN**, Kadın, s. 6-7.

(646) **GÜNALTAY** Şemsettin, İslâmdan Önce Araplar Arasında Kadının Durumu, Aile ve Türlü Nikah Şekilleri, Belleten, Ekim 1951, S. 60, s. 691 vd.; **GÜRKAN** Ahmet, İslâm Kültürünün Garbı Medenileştirmesi, Ankara ts., s. 109-108; **TOPALOĞLU**, s. 16-25.

(647) **AYDIN** M. Akif, Aile, DİA, C. II, İstanbul 1989, s. 199; **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 84; **CİN**, Evlenme, s. 192-193; **CİN**, Kadın, s. 11.

lâm'a göre insan olmak bakımından kadınla erkek tamamen birbirine eşittir (648). İslâmiyet'in özünde kadını toplum hayatında kısıtlayıcı, geri plana itici hükümler bulunmamasına rağmen belli bir dönemde aksi uygulamalara rastlandığı görülmüştür (649). Eski hukukumuzda, cinsiyet ayrımının özel ve kamu hukukunda bir takım farklı sonuçlar ortaya çıkarıp çıkarmadığını herbir hukuk dalı için ayrı ayrı başlıklar kullanarak belirtmek gerekir

aa. Kişiler, Eşya ve Borçlar Hukuku Alanında

Kadın ve erkek arasında fizyolojik ve ruhî yapıları itibariyle birtakım farklılıkların bulunduğu bilinen bir gerçektir. Bu farklılıklar, hukuk alanında haklardan yararlanmayı genelde engellememekte sadece geciktirmektedir. Temelde erkeğe tanınan haklar kadına da tanınmıştır. Örneğin, özel hukuk alanındaki bütün haklar, kadınlar için de söz konusudur. Bu hakları kullanmada yani fiil ehliyeti açısından da kadının hatta evli kadının erkekten hiç bir farkı yoktur yani fiil ehliyeti tamdır. Şahsi bakımdan kocasına tabi olan kadın, malvarlığı üzerinde serbestçe tasarruf edebilir, her türlü hukukî muameleyi yapabilir; bunlar için kocasının rızasını almasına gerek yoktur (650). Bu açıdan eski hukukumuz, kadınları ne vesayete ne de kocalarının mutlak hakimiyetine tabi kılmıştır (651). Evli kadınların kocalarına itaati hukukî zorlama ile değil, aile reisine saygı yani İslâmî terbiye gereğindendir. Bazı erkeklerin karılarına ailede diktatörlük yapması İslâm hukukunun muhtevi bulunduğu hükümler gereği olmadığı bilinmektedir (652).

Kadın, mümeyyiz ve reşit olduktan sonra kimsenin rızasına ve yardımına ihtiyaç duymaksızın tasarruflarda bulunabileceği gibi, evlendikten sonra da bu hakkı sınırlandırılamaz (653).

---

(648) Hz. Peygamber'in ifadesiyle, "Kadın-erkek bütün insanlar, tarak dişleri gibi birbirine eşittirler". "Kadın ve erkek bir bütünün iki parçasıdır. Birbirini tamamlarlar.". Bkz. **BİLMEN**, C. II, s. 73; **CİN**, Kadın, s. 9; **TOPALOĞLU**, s. 19.

(649) **CİN**, Kadın, s. 9.

(650) **ŞEKERCİ** Osman, İslâm Şirketler Hukuku, Emek-Sermaye Şirketi, İstanbul 1981, s. 262; **CİN**, Evlenme, s. 175.

(651) Roma hukukunda kadınlar vesayet altında idiler. Bkz. **BERKİ** Şakir, İslâm Hukukunun Ehemmiyeti, İslâm İlimleri Enstitüsü Dergisi, AÜİF., İstanbul 1959, s. 13.

(652) **BERKİ**, Ehemmiyet, s. 13; Ayrıca bkz. **MUSTAFA SABRİ** Şeyhulislâm, İslâm'da Münakaşaya Hedef Olan Mes'eleler 2, Sad. Osman Nuri Gürsoy, 2. B., İstanbul 1976, s. 94-95; **CİN**, Evlenme, s. 187-188.

(653) Ataay'ın (s. 19, 38), «İslâm hukukunda haklara ehliyet hususunda kadınlarla erkekler arasında açık farklar mevcuttur. Bu hukuk sisteminde kadınlar hak sahibi olmaktan ziyade, hakkın konusunu teşkil ederler. İslâm hukukunun evlilik ve boşanma anlayışı bunun açık örneğini teşkil eder.» şeklindeki görüşünün gerçeği yansıtmadığı ortadadır.

Kadın, eğer fiil ehliyetinin unsurlarını taşıyorsa tam ehliyetli kabul edilir ve evlilik bunun ehliyeti üzerinde herhangi bir olumsuz etki yapmaz (654). Evli olsun, bekar olsun mümeyyiz, bâliğ ve reşit bir kadın muamelat alanında bütün haklara ehildir. Kendi malları üzerinde tam bir serbestlikle tasarruf eder (655). Bu hususla ilgili olarak İstanbul Şer'iyye Sicillerinde şu ifadelerin yer aldığı görülmektedir: "İstanbul şehri Nesl-i Şah Sultan mahallesinde bu belgenin sahibi Abdullah oğlu Hacı Receb adlı kişi, şer'i meclise gelerek davacı oldu ve dedi ki; "*adı geçen mahalle sakinlerinden Fatma Hatun adlı kimsenin bir tarafı benim mülküme bitişik, bir tarafı Hacı Ahmet mülküne, bir tarafı ise umumî yolla çevrili evini Abdullah oğlu Hacı Kalender Beşe adlı kişiye yirmi bin akçeye sattığını duyunca, süratle şüf'a hakkımın bulunduğunu ve taleb-i müvâsebede bulundum. Şüf'anın şartlarına şer'i usule uygun bir şekilde riayet ettiğim için şüf'a hakkım sabit olmuştur*". Söz konusu durum istek üzerine yazıldı" (656). Görüldüğü üzere, kadın kendine ait mülkünde (657) dilediği gibi tasarrufta bulunabilmektedir. Demek ki bu alanda, babası, kocası veya başka biri ona yaptığı akitte müdahalede bulunamamaktadır (658). Kadının kocasının izni aranmadan ev satın alışı ile ilgili Harput mahkemesinin 1631 tarihli şu kararı oldukça ilginçtir: "Harput Kasabası sakinlerinden Mehmed kızı Hacı Beşe ve kızı Ayşe adındaki hatunlar şer'î mecliste Fatma adındaki kadının müseccel vekili olan Veli Bey ve Fatma'nın kocası Murad Bey huzurlarında söz alarak şöyle ikrar eylediler: "*Sârâ Hatun mahallesinde olan ve sınırları belli bulunan bütün evleri yüz otuz riyal kuruşa kabul eyledik. Adı geçen Fatma'nın zikrolunan yüz otuz kuruştan kendine ait olan hissesini verdik*" dediler. Veli Bey ve Murad Bey dahi Ayşe ile Hacı Beşe hatunların bu ikrarlarını kabul ve tasdik eylediler . Talep üzerine sicile kaydolundu." (659).

---

(654) Bugünkü hukukumuzda, evli kadının, bir meslek veya san'at ile uğraşabilmesi için kocasının iznine muhtaç olması kuralı (TMK. m. 159) Anayasa Mahkemesi tarafından 29.11.1990 tarih ve 30/31 sayılı kararıyla iptal edilmiştir (Bkz. RG.2.7.1992, S. 21272).

Bu arada belirtmek gerekir ki, kadının, "konsomatris ve hayat kadını" gibi perdeleme adlarla anılan bir meslek veya san'atla uğraşmaya kalkması durumlarında kocaya evlilik birliğini haklı sebeple sona erdirme hakkı tanınmalıdır. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 26; **BERKİ/HÂMİDÎ**, s. 43-44, 47.

(655) **SEYDÎŞEHRÎ** Mahmûd Es'ad b. Emîn, Tarih-i İlm-i Hukuk, İstanbul 1331, 67; **CİN**, Kadın, s. 11; **TOPALOĞLU**, s. 73.

(656) İstanbul Şer'iyye Sicillerinden İstanbul Kadılığına ait bir nolu defterde 9. sayfada bulunan 57 nolu bu hüküm için bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. II, s. 73.

(657) Bu konuda ayrıca bkz. Harput Şer'iye Sicilleri, 181 nolu defterin 23 üncü sayfasında bulunan iki nolu hükümde de kadınların mülkiyet hakkının mutlak olduğu vurgulanmaktadır. Bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. II, s. 26.

(658) Kadının kendine ait malını kocasına sattığına dair örnek olarak, İstanbul Şer'iye Sicillerinden İstanbul Kadılığına ait 1 nolu defterin 77. sayfasındaki 552 nolu hüküm verilebilir. bu karar için bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 276-277.

(659) Harput Şer'iye Sicilleri Defter No: 181, s. 31, Hüküm No: 1'de kayıtlı bu karar için bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. II, s. 6.

Doktrindeki çoğunluğun aksine olarak Malikî mezhebi, kadının mameleki üzerindeki bu tasarruf serbestisine bir sınır getirmiştir. Bu sınır, kadının bağışlama gibi sırf zararına olan işlemlere yani mallarından bir başkasına temliklerde bulunması veya üçüncü bir kişinin menfaatine olarak teminat göstermesi gibi hallere ilişkindir (660). Buna göre evli kadın, değeri malvarlığının üçte birini aşan vakfetme muamelelerinde kocasının muvafakatine muhtaçtır. Başka bir ifade ile, evli kadın karşılıksız kazandırma teşkil eden muameleleri, malvarlığının üçte birini aştığı ölçüde, ancak kocasının muvafakati ile yapabilir (661). Görüldüğü üzere, küçük değerdeki şeylerin kadın tarafından kocasının rızası olmaksızın bağışlanabileceğini fakat bunun kadının mallarının üçte birinden fazla olamayacağını Malikî mezhebi de kabul etmektedir (662).

bb. Aile Hukuku Alanında

Haklardan yararlanma açısından kadının erkekten bazı hususlarda farklı durumda bulunması öncelikle evlilik hususunda kendini gösterir.

Evlenme yaşının belirlenmesinde cinsiyet ayrımının etken olduğu görülmektedir. Evlenme yaşının kadın ve erkekler için ayrı ayrı belirlenmesi bunların fizyolojik yapılarının aynı sürede farklı gelişme göstermelerinden kaynaklanır. Kural, mümeyyiz ve bâliğ olan kişinin evlenme ehliyetine sahip olmasıdır (663). Ancak bulûğ için Hanefî mezhebi, kızlar için 9, erkekler için 12 yaşını başlangıç olarak kabul etmiştir. Ebû Hanife'ye göre kızlarda 17, erkeklerde 18 yaşında bulûğa ermeyenler bâliğ sayılmıştır. Ebû Yusuf ve Muhammed'e göre bu yaş her ikisi için de 15'tir. HAK. m. 4 ve 5 gereği, bulûğun üst sınırını yani evlenme yaşını kız için 17, erkek için 18 olarak tespit etmiştir. Demek ki evlilik hususunda ilk önce cinsiyet yönünden bir yaş farkı ortaya çıkmaktadır. Kadınların erkeğe göre daha küçük yaşta evlenmelerine imkan tanıyan bu düzenleme kadınların bu haktan erkeğe göre daha önce yararlanmasını sağladığı için lehine olan bir düzenlemedir (664).

Hanefî mezhebi dışındakilere göre, mümeyyiz ve bâliğ olan erkek dilediği gibi nikah ak-

---

(660) **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 76-77; **CİN**, Evlenme, s. 193; **ŞEKERCİ**, Şirketler, s. 262.

(661) **BİLMEN**, C. VII, s. 276; **HÂTEMÎ**, Vakıf, s. 96, dn. 38.

(662) **CİN**, Evlenme, s. 193-194.

(663) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. II, s. 256; **CEZÎRÎ**, C. V, s. 2059-2071.

(664) **ZEVKLİLER**, Kişiler, s. 41.

detmeye muktedirse de, bulûğa ermiş de olsa kızlar ancak velileri vasıtasıyla evlendirilebilirler (665) ki bu da cinsiyet yönüyle evlenmede ortaya çıkan diğer bir farktır. Hanefi mezhebi ise, evlenme ehliyetine sahip bir kızın herhangi bir izne gerek olmadan nikah aktedebileceği görüşündedir.

Çok evlilik açısından da kadınla erkek arasında bir takım farklılıklar söz konusudur. Örneğin, erkeklerin dört kadın ile evlenebilmesine karşın; kadınlar ancak bir erkek ile evlenebilirler (666). Bir erkeğin dört kadını aynı zamanda alabilmesinin mümkün olmasının bir hukukî eşitsizlik ve haksızlık teşkil edeceği ileri sürülmüştür (667). Ancak İslâm hukuku, çok ağır şartlar altında birden çok kadınla evlenmeye imkan tanımış, fakat hiç bir erkeği birden fazla kadın almaya zorlayıcı bir hüküm sevk etmemiş hatta yalnız bir kadınla evlenmenin isabetli olacağı yönünde hüküm getirmiştir (668). Başka bir ifadeyle, bir taraftan erkeğin en fazla dört kadınla evlenmesine cevaz verilmiş diğer taraftan da onu gerçekleşmesi zor olan "adalet gözetme" şartına bağlayarak adeta yasak etmiştir (669).

Din ayrılığından kaynaklanan evlenme yasakları da kadın ve erkek arasında bir takım farklar ortaya çıkarmıştır. Müslüman bir erkek, ehli kitap olan (Hıristiyan ve Musevi) bir kadınla evlenebilir (670) fakat, Müslüman bir kadın gayrimüslim bir erkekle evlenemez (671). HAK. m. 58 de, Müslüman kadının gayrimüslim erkekle evlenmesini batıl saymıştır: "Gayrimüslimin bir müslimeyi tezevvücü batıldır".

Evlilik birliğinin devamı sırasında eşlerin hak ve görevleri hususunda da bir takım ayırım-

---

(665) **CEZÎRÎ**, C. V, s. 2058; **AYDIN**, Aile Hukuku, s. 22; **CİN**, Evlenme, s. 65-69; **TOPALOĞLU**, s. 39.

(666) **ALİ** Kevser Kâmil / **ÖĞÜT** Salim, Çok Evlilik, DİA, C. VIII, İstanbul 1993, s. 366-368; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. II, s. 286; **BERKİ/HÂMİDÎ**, s. 30, 37; **MUSTAFA SABRİ**, s. 51-53.

(667) Eski Mısır, Babil, Çin hukuklarında, Brehmen'lerde ve eski İran'da çok kadınla evlilik mümkündü. Musevilikte de teaddüdü zevcat mevcuttur. Bkz. **SEYDİŞEHRÎ**, Hukuk, s. 44, 74, 97, 139, 193; **VELİ-DEDEOĞLU**, C. I, s. 66.

(668) Bkz. Kur'an, IV/3, IV/129. Kur'an'dan evvel, 15-20 kadınla evlenmeler gerek Avrupa'da gerek Arabistan ve Asya'da görülmekte idi. İşte Kur'an dört kadınla evlenme imkanını bahşetmekle bu azgın ve köklü örfü âdet haline gelmiş olan poligamik ceryanların önüne tedricen geçmek istemiştir. Bkz. **BERKİ**, Ehemmiyet, s. 12, dn. 1; 53-61.

(669) **CEZÎRÎ**, C. V, s. 2347-2349; **ALİ/ ÖĞÜT**, s. 366-368; **AYDIN**, Aile, s. 199-200; **CİN**, Evlenme, s. 125.

(670) **ÇANTAY**, C. I, s. 59-60; **CİN**, Evlenme, s. 112-113.

(671) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. II, s. 300; **BİLMEN**, C. II, s. 26; **ÇANTAY**, C. III, s. 1035.

ların yapıldığı görülmektedir. Eşlerin oturacağı konutu seçme hakkının kocaya ait olması, evli kadının kocasının ikametgahına tabi bulunması (672) da cinsiyet yönünden ortaya çıkan bir farklılıktır. Bu zorunlu bir tebaiyettir, böyle bir telakkinin kadının lehine olduğunu belirtmeye gerek bile yoktur. Yine, aile birliğine başkanlık (riyaset) vazifesi kocaya aittir; erkek birliğin reisidir. Aile birliğini temsil yetkisi de kocanındır. Kadında bu birliği bir erkek derecesinde tam ve kamil temsil yetkisi yoktur (673). Erkeğin evlilik birliğinin reisi sayılması gibi esaslar, erkeğe bir imtiyaz değil -kamu görevleri alanında olduğu gibi- ödev yüklediğinden, bu gibi kurallarda dar anlamda insan hakları ve dolayısıyla eşitlik adaletinin ihlali sayılmazlar (674).

Üç talakla boşanan kadının, başka biriyle evlenmeden boşandığı kocasıyla tekrar evlenememesi de (675), cinsiyetten kaynaklanan ve hak ehliyetindeki eşitliğin istisnası olan hususlardan biridir. Böyle bir boşamada erkek boşadığı karısıyla evlenemeyeceği gibi, kadın da boşandığı erkekle evlenemez.

Evliliğin herhangi bir şekilde sona ermesi durumunda, yeniden evlenebilmek için tarafların belirli bir süre beklemesini ifade eden iddet hususunda da kadınla erkek arasında farklılıklar vardır (676). Kural olarak kadının iddet beklemesi, erkeğin ise ancak belirli şartlarda buna tabi olması, aralarındaki farktan ileri gelmektedir (677). Dul kalan veya boşanan eşin tekrar evlenebilmek için iddetini (bekleme süresi) doldurmak zorunda olması, nesebin karışmasını önlemek

---

(672) Kocanın ikametgahı tespit hakkı modern kanunlarda da kabul edilmiştir. Örneğin, İMK.m. 160. Bkz. **CİN**, Evlenme, s. 182, 188; **TOPALOĞLU**, s. 75-76.

(673) **ÇANTAY**, C. I, s. 125, dn.36; **TOPALOĞLU**, s. 75; **BERKİ/HÂMİDÎ**, s. 44-45.

(674) TMK. m. 152'ye göre, "Koca, birliğin reisidir. Evin intihabı, karı ve çocukların münasip veçhile iaşesi, ona aittir."

(675) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. II, s. 302; **BERKİ/HÂMİDÎ**, s. 35-36, 53-55; **CİN**, Boşanma, s. 55.

(676) İddet, evliliğin ölüm, boşanma veya fesih sebeplerinden biriyle sona ermesi halinde, nesep karışmasını önlemek için, kadının yeniden evlenebilmek için beklemeye mecbur olduğu süredir. Kadın yeniden evlenebilmek için, eğer evlilik ölümle sona ermişse 4 ay 10 gün (Kur'an, II/234); talakla sona ermişse 3 ay (Kur'an, II/228) beklemek zorundadır.

TMK. m. 95'e göre, evliliğin herhangi bir şekilde sona ermesi halinde kadının yeniden evlenebilmesi için üçyüz günün geçmesi gerekir. Eğer daha evvel doğurursa bu süre sona erer. Görüldüğü üzere, İslâm hukukundaki bekleme süresi Türk Medeni Kanunundaki bekleme süresinden daha kısadır. Zira Türk Medeni Kanunundaki bekleme süresi kural olarak on ay, İslâm hukukundaki ise evliliğin sona ermesine göre, ya 4 ay 10 gün ya da 3 aydır. Bu konuda ayrıntılı ve geniş bilgi için bkz. **CİN**, Boşanma, s. 111-114; **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 26-27.

(677) Günümüz hukukunda, kadın ve erkek için söz konusu olan ve boşanmada kusurlu olan taraf için bir tür ceza olarak düşünülen "cezai bekleme süresi" 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır (Eski TMK. m. 96).

veya kanuni bir takım engelleri ortadan kaldırmak için getirilen bir düzenlemedir (678). Eski hukukumuzda iddeti esas itibariyle kadın beklemekteyse de dört karısı olup da bunlardan birisini boşayan veya boşadığı kadının kız kardeşi, teyzesi gibi yakınıyla evlenmek isteyen erkek de boşadığı karısının iddetinin bitmesini bekler. Bu, birinci durumda aynı anda beş kadınla birden evli olmamak, ikinci durumda da iki yakın akrabayı nikahta birleştirmemek (sıhrî civar hısımlığından doğan evlenme engeli) düşüncesiyle aranmıştır (679).

Boşama (talak) hakkı hususunda da kadın ile erkek arasında farklı hükümler öngörülmüştür. Evlenme akti kocaya karısını sebepsiz boşama hakkı verirken, karı bunu ancak evlenme akti sırasında veya daha sonra ileri sürülen şart veya kocanın bu yetkiyi vermesi (tefviz-i talak) (680) ile elde eder (681).

Evliliğin sona ermesi halinde, bu evlilikten doğan çocukların bakım ve terbiyesi (hidane)ni üstlenecek taraf açısından da farklı hükümler söz konusudur. Kız ise 9-11, erkek ise 7-9 yaşlarına kadar annesine (veya kadın yakınlarına) ait olması ve onların yanında kalması (682), kadının bu noktada erkeğe tercih edildiğini ortaya koymaktadır (683).

Cinsiyetin hak ehliyetindeki eşitliği bozduğu bir husus da, kadının veli olamamasında kendini gösterir (684). Yani eski hukukumuza göre ana, çocuğun babası ölse bile çocuğun velisi

---

(678) 20-30 Şaban 897/1491 tarihinde verilmiş ve Kayseri Şer'iye Sicillerinden 1 nolu defterde 260 no ile kayıtlı hüküm iddetin tespitine ilişkindir: "Hasan kızı Gökbay'ı, Yâr Ahmed oğlu Kâsım'la evlendirmek istediler. Şer'î meclisde Gökbay boşanalı dört ay olduğuna ve üç hayız gördüğüne Ali oğlu Seydî ve Hızır oğlu Halil şahitlik edip de şahadetleri kabul edilince durum deftere kaydolundu." Bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 274-275.

(679) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 332; **CİN**, Evlenme, s. 122.

(680) Kadına verilen boşama yetkisi (tefvîz-i talâk) konusunda bkz. **CİN**, Boşanma, s. 168-169.

(681) Bugünkü hukukumuzda boşama hakkı hakimindir. Hâkim, tarafların arzularıyla kayıtlı değildir, bunların ayrılma arzularına rağmen evlenme nisbetini devam ettirebilir. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 405; Karş. **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 66.

(682) Bu konuda bkz. **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 117-118; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. III, s. 374-380; **CEZÎRÎ**, C. VI, s. 2837-2849; **CİN**, Evlenme, s. 175.

(683) Nitekim Almanya'da da boşanma hususunda iki taraf da kabahatli ise çocuk altı yaşına kadar annesinin yanında bırakılır. Günümüz hukukunda çocuğun ayrılan karı kocadan hangisinin yanında kalması gerekeceğini belirleme hakkı da hakime aittir. **MARDİN**, C. II, s. 405-406.

(684) Bugünkü hukukumuzda TMK. m. 151 gereği, ana baba velâyet sıfatını müştereken haizdirler. Baba ile ana arasında velâyete ait hususlarda ihtilaf olursa babanın reyi ananın reyine tercih olunur.

olamaz (685). Kadınlara velâyet yüklemeyen düzenleme kadının lehine olan bir durumdur (686). Ama kadın vasi olarak atanabilir (687). Bu hususta Konya şer'iye mahkemesi tarafından verilmiş bulunan şu karar oldukça ilginçtir (688): "Konya Vilâyeti'nin Bigadır Mahallesi sâkinlerinden Seyyid Şabân oğlu Seyyid Hüseyin adlı şahıs, şerefli ve saygın şer'î yargı meclisinde şöyle ikrarda bulundu: "*Bundan önce vefat eden Habib kızı Âmine adlı kadının öz küçük oğlu Mehmed'in vefat eden annesinin terekesinden intikal eden mallarını korumak ve işlerini yürütmek üzere şeriat tarafından tayin edilen vasisi bulunmaktayım. Ancak vasilik görevini ifadan âcizim ve başka bir yere gitmem sebebiyle vesâyet görevinden kendimi azleyledim.*" Bu ikrar üzerine adı geçen küçük Mehmed'in mallarını korumak ve işlerini yürütmek üzere bir vasi tayini gerekince, dindarlığı, dürüstlüğü ve vasiliğe ehliyeti bildirilen küçüğün babaannesi yani ninesi ve bu belgenin sahibi Ali kızı Fatma adlı kadının, bu yazılı belgenin üst tarafını imzalayan hâkim tarafından vasi tayini uygun görülmüştür. Adı geçen Fatma da vesâyet görevini kabul eyledi ve görevi hakkıyla ifa edeceğini taahhüt etti. Durum taleb üzerine sicile kaydedildi." (689).

Kadının boşama yetkisinin sınırlı olması, boşanan kadının nesep karışıklığını önlemek endişesiyle evlenme yasağına tabi tutulması (iddet beklemesi), kocanın evlilik birliğinin reisi sayılması, ortak konutu ve oturulacak yeri kocanın seçeceğinin kabul edilmesi, kadının aleyhine olarak değerlendirilebilecek düzenlemelerdendir (690).

cc. Miras Hukuku Alanında

Eski hukukumuzda, kadınla erkek arasında miras paylaşımı hususunda da bir takım farklar görülür. Kadının mirastaki farklı durumu, eski toplum hayatı ve telakkileri ile izah edilebilir

---

(685) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. II, s. 305; **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 66.

(686) **ZEVKLİLER**, Kişiler, s. 41.

(687) **KADRİ PAŞA**, m. 441, s. 61; **CİN**, Kadın, s. 11.

(688) Konya şer'iye sicillerinin 53 genel ve D17 özel nolu sicil defterinin 59 uncu sayfasındaki 15 Zilhicce 1148/1737 tarihli kararı (bkz. şer'iye sicilleri, C. I, s. 221). Annenin vasi olarak tayini konusunda verilmiş bulunan, İstanbul Şer'iye sicillerinden Üsküdar Mahkemesine ait 6 genel nolu serinin 131. defterinin 3. sayfasındaki karar için bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 298. Yine, kadının vasi olarak tayini hususunda Harput Şer'iye Sicillerindeki 181 nolu defterin 28. sayfasındaki 4 nolu özel hüküm için de bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 301.

(689) Bu konuda (yani kadının vasi olarak atanması hususunda) İstanbul Şer'iye Sicillerinden Rumeli Sadâreti Mahkemesine ait 20 genel nolu serinin içinde yer alan 6 nolu defterin 16. varağının b sayfasında yer alan hüküm için bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 222; Gaziantep Şer'iye Sicillerinden 1 nolu defterin 101 inci sayfasında yer alan 317 nolu hüküm için bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 223.

(690) **ZEVKLİLER**, Kişiler, s. 41.

(691).

Kadın, şer'i intikal (feraiz) konusu olan mallarda (692) bazı durumlarda erkeğe oranla yarım hisse alır (693). "Allah size çocuklarınızın alacağı miras hakkında, erkeğe kadının payının iki katını tavsiye eder" (694) anlamındaki âyet, doktrinde tartışmalara yol açmış, âyetin öncesi ve sonrası birlikte değerlendirilmediğinde, eksik bir yorumla, farklı sonuçlara ulaşılmış ve Kur'an'ın erkeğe bu konuda da üstünlük tanıdığı imajı verilmiştir. Oysa bu âyet, sadece aynı ana babanın çocukları olan kız-erkek kardeşin birlikte mirasçı olması halini düzenlediği için mutlak ve genel bir kural da değildir (695).

Kural, şer'i intikalde paylaşımın, erkek ve kız kardeşin birlikte mirasçı olması durumunda, erkeğin iki pay, kadının bir pay alması şeklindedir (696). Ancak mirasın bu şekilde ikili birli olmasında kadın ve erkek olmanın önemi yoktur zira ana bir kardeşlerin erkeği de kadını da eşit hisse alır (697). Adi intikalde ise (698) kuralları ülü'l-emr tespit ettiği ve erkekle kadının alacağı paylar zamana ve maslahata göre değiştirildiği için (699), Osmanlı Devletinde 1567 yılına kadar sadece erkek evlat intikal hakkı sahibi iken, bu tarihten itibaren erkek ve kız evlat birlikte ve eşit olarak miras almışlardır (700). Bu da kadın ve erkek arasında adi intikal alanında son dönemlerde bir ayırımın yapılmadığını gösterir.

---

(691) **SEYDÎŞEHRÎ**, Hukuk, s. 45-178.
Örneğin, 1912 tarihli İsviçre Medeni Kanunundan önce mer'i olan bazı Kanton Medeni Kanunlarında erkek evlada kızdan daha büyük hisse verilirdi. Zirai işletmelerin, çiftliklerin mirasında da erkek evlat lehine hala tercihler yapılmaktadır. Bkz. **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 77, dn. 1.

(692) Şer'i intikal (feraiz) konusu olan mallar, terekeye dahil olan, menkul ve gayrimenkul bütün mallardır. Adi intikalin konusuna giren miri arazi zaten terekeye de dahil değildir. Bkz. **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 131; **BERKİ**, Ferâiz ve İntikal, s. 28-29.

(693) **İMRE**, Şahıslar Hukuku, s. 361; **TOPALOĞLU**, s. 168, 170-171.

(694) Kur'ân, Nisâ, 4/11. Bkz. **ÖZEK** ve diğerleri, s. 77.

(695) **CİN**, Kadın, s. 12-13.

(696) Kadının erkekten az miras alması hususundaki gerekçe, her türlü iaşe ve infak mükellefiyetinin erkeğe yüklenmesi ve nikahlarda erkeğin kadına, mehr-i muaccel ve mehr-i müeccel ödemek mecburiyetinin konmasıdır. Bkz. **YAZIR**, s. C. II, s. 520-524.

(697) **MARDİN**, C. II, s. 405; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 141; **TOPALOĞLU**, s. 171.

(698) Adi intikalin konusuna üç grup arazi girmektedir: a- Miri arazi, b- aslı miri arazi olan gayrisahih vakıf arazi, c- icareteynli vakıflar. Bkz. **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 131.

(699) Bu konuda geniş bilgi için bkz. **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 159-168.

(700) **KURNAZ**, s. 51-52; **CİN**,, Miras, s. 54 vd..

dd. Usul Hukuku Alanında

Kadın, bizzat davasını takibe veya başka birini tevkile de salahiyetlidir (701). Kadının bir başkasını vekil olarak atayabileceğine ilişkin şer'iye sicillerinde oldukça çok örnek vardır (702). Örneğin, Harput Şer'iye Sicillerindenki 1631 tarihli şu kayıt, kadının vekalet ve dava açma yetkisi vermesine ilişkin ilginç bir örnektir: "Harput Kasabası sakinlerinden olup bundan önce vefat adan Çağlıcı Mustafa Bey oğlu Ali Emred kendisi asaleten ve hemşiresi Ayşe tarafından vekaleten Kığılı Hasan Beşe'yi kendilerine vekil eylediği ve Dikilitaş nahiyesinde bulunan hududu malûm olan bağlarını dava etmeye yetki verdiği talebi üzerine sicile kaydolundu." (703).

Kadınla erkek arasında şahitlik hususunda da bir takım farklar görülür. Başka bir deyişle şahitlikte de cinsiyet farkı etkendir (704). İki şahidin arandığı durumlarda, bir erkeğe katılan tek kadın ile kural olarak şahitlik nisabı tamamlanmaz, ayrıca bir kadının daha katılması aranır (705). Mecelle'nin 1685 inci maddesinde de belirtildiği üzere, mahkeme huzurunda şahitlik için ancak iki kadın bir erkeğe eşit tutulur (706).

ee. Kamu ve İdare Hukuku Alanında

Eski hukukumuzda özel hukuk dışında, kamu hukuku ve ödevleri açısından da kadın eh-

---

(701) **BERKİ/HÂMİDÎ**, s. 43-44, 47; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 76-77; **TOPALOĞLU**, s. 27.

(702) Bu konuda, örnek olarak İstanbul Şer'iye sicillerinden Üsküdar Mahkemesine ait 6 genel nolu serinin 147. defterinin 1. sayfasındaki karar için bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. II, s. 22.

(703) Harput Şer'iye Sicillerinden 181 nolu defterin 18. sayfasındaki 2 nolu bu hüküm için bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. II, s. 208.

(704) Kadının şahadet ehliyeti bakımından erkeğe karşı eşitsiz durumu, daha geçen yüzyıla kadar bazı Avrupa kanunlarında da görülür. Bkz. **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 77.

(705) Bakara, 2/282; **YAZIR**, C. II, s. 260-262; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. VI, s. 515; **TOPALOĞLU**, s. 241; **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 67; **İMRE**, Şahıslar Hukuku, s. 361; **BERKİ/HÂMİDÎ**, s. 141-142, 162-163.

Ancak bu konuyu düzenleyen Bakara, 2/282 (...erkeklerinizden iki kişiyi de şahit tutun. Eğer iki erkek yoksa, razı olduğunuz şahitlerden bir erkek, iki kadın şahitlik etsin...). Ta ki kadınlardan biri unuttuğunda diğeri ona hatırlatsın) anlamındaki âyetin, kadınların ticari hayatı bilemedikleri bir ortamda indiği, o zamanda kadınların sözleşmeler konusunda bilgi sahibi olamadığı, okur yazarlık oranının çok düşük olduğu, oysa Arap erkeğinin çok erken yaşlarda ticarete atıldığı; bu âyetin tanıklık konusunu düzenleyen genel bir âyet değil sadece adaleti ayakta tutmayı amaçladığı da ileri sürülmüştür. Bu konuda bkz. **KUTUB** Muhammed, İslâmın Etrafındaki Şüpheler, İstanbul ts., s. 171.

(706) "İki kadının bir erkek (adam) makamında sayılmasının sebebi, kadınların erkeklere nazaran daha çok unutkan olmaları sebebiyle olayları ve işlemleri hafızada tutamamaları ve bu eksikliğin de diğer kadının katılmasıyla giderilerek, şahitliğin oranının tamamlanmasıdır". Bkz. **ALİ HAYDAR**, C. IV, s. 396.

liyetsiz değildir. Devlet hizmet ve vazifelerinde bulunabilir (707) ancak en yüksek yönetici (ülü'l-emr) olma bakımından erkeğe öncelik tanınmıştır (708). Kadına devlet başkanı olma hakkının tanınmadığını belirtenler, bu makamın aynı zamanda bedeni takat bakımından da insandan çok şey bekleyen bir ödev makamı olmasından kaynaklandığını ve kadınların akıl bilmeleke ve akıl bilfiilleri noksan olduğu için onların vali ve devlet başkanı olamayacağını ifade etmektedirler (709).

Yine, askerlik görevi gibi alanlarda da, bazı sınırlamalar görülmektedir. Kamu ödevleri bakımından erkeğe öncelik tanınması, burada bir insan hakkı değil ödev söz konusu olduğundan, hak ehliyetinin kapsamında cinsiyet ayrımcılığı yapılması anlamında yorumlanmaması gerektiği belirtilmektedir (710).

ff. Ceza Hukuku Alanında

Ceza hukuku alanında da kadın ile erkek arasında bir fark yapılmıştır. Hanefî fıkhında, irtidattan dolayı erkeğin katli cihetine gidildiği halde bu ceza, kadın için kabul edilmemiştir (711). Hanefi dışındaki mezheplere göre, suçlunun kadın ve erkek olması arasında söz konusu cezanın uygulanması açısından bir fark yoktur. İrtidat eden kadın, İslâm'a dönmesi için hapis ile cezalandırılır (712).

Bunun yanı sıra kadının diyetinin erkeğe oranla yarısı olması ve kadının âkile olamaması cinsiyet ayrımı yönüyle ortaya çıkan farklı sonuçlardır ve hak ehliyetinin eşitliği ilkesinin istisna-

---

(707) **TOPALOĞLU**, s. 259-264; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 77.

(708) Doktrindeki bir görüşe göre, devlet başkanı (ulul-emr) olabilmek için erkek olmak gerekir. Ancak devlet başkanlığı için erkek olma şartını aramayanlar da vardır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. en-**NEBHAN** Muhammed Faruk, İslâm Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları, Terc. Servet Armağan, İstanbul 1980, s. 391-407; **ÜÇOK** Bahriye, İslâm Devletlerinde Türk Naibeler ve Kadın Hükümdarlar, Ankara 1981, s. 21; **MAVERDİ**, s. 31-32; **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 66-67; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 137; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 206; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 77.

Hz. Ali'nin, "Eğer bir kadın halife olsaydı, Aişe halife olurdu" dediği belirtilir ki, bununla da kadının halife olamayacağı anlatılır. Bkz. el-**KETTÂNÎ** Muhammed Abdülhay, et-Terâtîbu'l-İdâriyye, Hz. Peygamber'in Yönetiminde Sosyal Hayat ve Kurumlar, C. III, Çev. Ahmet Özel, İstanbul 1993, s. 229.

Bu konudaki farklı görüşler için bkz. **TOPALOĞLU**, s. 273-281.

(709) **ALİ HAYDAR**, C. IV, s. 396; **HÂTEMÎ**, İslâm Hukuku, s. 59.

(710) **HÂTEMÎ**, İslâm Hukuku, s. 59. Bu konuda ayrıca bkz. **TOPALOĞLU**, s. 265-268.

(711) **TOPALOĞLU**, s. 25.

(712) **MOLLA HÜSREV**, Dürer, C. I, s. 302-303; **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 81.

sını oluştururlar (713).

Görüldüğü üzere, hak ehliyetine cinsiyet farkı gözetilmeksizin herkesin sahip olduğu kabul edilirse de, kadının durumuna göre, bazı hususlarda erkeklerden farklı düzenlemelere bağlı tutulduğu tespit edilmektedir. Bu düzenlemelerin çoğunda kadının durumu erkeğe göre kötüleştirilmiş olmakla birlikte, bazılarında kadın erkeğe göre daha avantajlı duruma getirilmiştir.

4. Sağlık

Sağlık durumu kural olarak medeni haklardan istifade ehliyetine etki etmez. Ancak kanunun belirlediği bazı hallerde sağlık da bu ehliyete etki etmektedir (714). Başka bir deyişle, hak ehliyetinin kapsamında eşitsizlik doğuruyor gibi görünen düzenlemelerin bir diğeri de hastalık durumudur.

Eski hukukumuz akıl hastalarının bizzat kendilerinin evlenme akdedemeyeceğini ama bunların velileri tarafından evlendirilebileceğini kabul etmiştir. Ancak bunların velileri tarafından bile evlendirilemeyeceğini ileri süren hukukçular da vardır. Örneğin Hanefî hukukçulardan Züfer'e göre akıl hastalığı bulûğdan sonra olmuşsa hastayı kimse evlendiremez (715).

HAK. de 9 uncu maddesinde, zaruret bulunmadıkça akıl hastalarının evlenemeyeceğini hükme bağlamıştır: "Mecnûn ile mecnunenin bir zarurete mebni olmadıkça nikahları caiz değildir. Zaruret bulunduğu takdirde hakimin izniyle nikahları velileri tarafından akdolunur." (716).

Görüldüğü üzere, sağlık (sıhhat) durumu da haklardan yararlanmada eşitlik ilkesinin istisnasını oluşturan bir durumdur.

---

(713) **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 77.

(714) **SAYMEN**, C. II, s. 73; **OĞUZOĞLU**, s. 246-247.

(715) **DÖNMEZ** İbrahim Kâfi, Cünûn, DİA, C. VIII, İstanbul 1993, s. 129; **BİLMEN**, C. II, s. 7, 27-28; **AYDIN**, Aile Hukuku, s. 23.

(716) Günümüz hukukunda, akıl hastalarına hukuk düzeni evlenme hakkı tanımamıştır (TMK. m. 89/2). Ancak dikkatle bakılır ve düşünülürse, burada da aslında eşitlik adaletinin ihlal edilmediği görülür. Gelecek nesillerin sağlığı için, burada da liyakat adaletinin göz önünde bulundurulması zorunluğu doğmuştur. Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 27-28.

5. Yabancılık (Tabiiyet)

Hak ehliyetinde eşitlik ilkesinin bozulduğu bir durum da yabancılık durumudur. Eski hukukumuz, İslâm dinini manevi bir bağ kabul ederek dünyayı İslâm ülkesi (dârülislâm) ve harp ülkesi (dârülharp) olarak ikiye ayırmış; İslâm hukukunun hükümlerinin açıkça yürütüldüğü veya içinde oturanların çoğunun Müslüman olduğu ülkeleri İslâm ülkesi, bunun dışındakileri ise harp ülkesi olarak değerlendirmiştir (717). İslâm ülkeleri arasında hukukî açıdan hüküm farklılığı olmaz. Örneğin, Osmanlı Devleti vatandaşı bir Müslüman, yine Müslüman bir devlet olan Afganistan'daki bir kimseye mirasçı olabilmiştir. Başka bir ifadeyle, İslâm hukukunun uygulanması açısından bütün İslâm ülkeleri tek ülke sayılır, bunun dışındaki ülke vatandaşları da kendilerine uygulanacak hukuk açısından yine tek ülke vatandaşı gibi kabul edilir (718).

Şu halde, eski hukukumuzda bugünkü anlamda vatandaşlık kavramından ziyade, din farklılığına dayalı bir sistem geçerli olmuştur. İslâm ülkesinde yaşayan insanlar, Müslümanlar, zimmîler ve müste'menler olarak üç gruba ayrılmış; Müslüman olmayanlar ise, zimmiler, müste'menler ve harbiler ayırımı ile ele alınmıştır (719).

Bunlardan ilki olan Müslümanlar, İslâm ülkesinde ikamet etmeleri şartıyla, tebaası bulunduğu İslâm devleti farklı olsa bile hukukî açıdan aynı uygulamaya tabidir (720). Ancak Osmanlı Devletinin son dönemlerinde çıkarılan 1869 tarihli Tâbiiyyet-i Osmaniye Kanunnâmesi, bazı siyasi ve iktisadi haklar açısından Osmanlı Devleti tebaası ve ecnebiler arasında bir takım farklar gözetmiştir (721).

---

(717) Bu konuda geniş bilgi için bkz. **ÖZEL** Ahmed, İslâm Hukukunda Ülke Kavramı Dârulislâm Dârulharb, 4. B., İstanbul 1991, s. 121-131; **TUĞ** Salih, İslâm Ülkelerinde Anayasa Hareketleri, s. 48 (XIX. ve XX. Asırlar), İstanbul 1969, s. 48; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. I, s. 187-188; **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 69-70.

(718) **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. I, s. 187-188.

(719) **ÇELİKEL** Aysel, Yabancılar Hukuku, 5. B., İstanbul 1990, s. 40-41; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. I, s. 187-188.

(720) **ATAR** Fahrettin, İslâm Adliye Teşkilâtı, Ankara 1991, s. 226; **ÖZEL**, s. 323.

(721) Kural olarak Türkiye'de bulunan yabancılar Türkler gibi medeni haklardan istifade ederler. Nitekim 7 Sefer 1284 (16 Haziran 1869) Tarihli Tebaayı Ecnebiyenin Emlake Mutasarrıf olmaları hakkında kanun, yabancılara Türkiye'de taşınmaz mülkiyeti iktisap etmek hakkı tanımıştır. Kaldı ki, 1330 tarihli Memaliki Osmaniyede bulunan Ecnebilerin Hukuk ve vazifesine dair muvakkat kanunun birinci maddesi «...Kavanin ve nizamatı devleti aliyye ile tebaayı Osmaniyeye hasredilmeyen hususi hukukiyeden müstefit olacaklardır» denilmektedir. Şu halde yabancılar Türkiye'de gayrimenkul mallara temellük ve tevarüs edebilirler. Fakat bazı menfaatleri korumak için kanun hak ehliyeti hususunda mevcut genel e-

İslâm ülkesinde yaşayan diğer grup olan zimmîler ise, darülharpte yaşarken kendilerine cihat açılacak ehli kitap toplulukların haraç ve cizye ödeyerek İslâm egemenliğini kabul etmesi ile oluşan ve dini başka olduğu halde İslâm ülkesinde ikamet etmeye hak kazanan kişilerdir (722).

İslâm gayrimüslimleri imha etmemiş, hukuktan mahrum kılmamış, onlar için aşağılık bir hukuk koymamış ve hiç bir zaman onları mutlak surette Müslüman olmaya da zorlamamıştır (723). İslâm hakimiyetini kabul ile dinleri üzerine terk edilen gayrimüslimler, İslâm'ın koruması altında olup, canı, ırzı, malı koruma altına alınmış, buna karşılık da vergilerini vermeyi kabul etmişlerdir (724). Müslüman olmama, ehliyet üzerinde etkili olmayan bir durum olup (725) zimmîler ile Müslümanlar arasında kişi olmak bakımından büyük bir ayırım da yoktur (726).

Zimmîler esas itibariyle İslâm hukukuna tabidir (727). Kur'an'ın hükmü (728) ve Hz. Peygamberin bu yöndeki uygulamaları gereği, gayrimüslimlere, evlenme, boşanma, miras, vasiyet ve her türlü hukukî muamelelerinde kendi hukuklarına tabi olmaları imkanı tanınmıştır (729). Başka bir ifadeyle, zimmîler Müslüman olmadıkları için onlara özel hukuk açısından şer'i hükümler uygulanmaz (730). Başlangıçta ceza davalarında da kendi hukukları uygulanıyorken devletin hakimiyet hakkı ve kamu düzeni düşüncesiyle ceza hukuku sahasında adlî ve hukukî

şitlik kuralını bozabilir. Nitekim, 442 numaralı Köy Kanununun 87 nci maddesi mucibince yabancılar köylerde gayrimenkul edinemezler. Bundan başka küçük meslek ve sanatları yerlilere tahsis eden 2007 sayılı kanun da bazı sınırlamalar getirmiştir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **CHIHA** Nèdjib H., Osmanlı Devletinde Gayrimenkul Mülkiyeti Bakımından Yabancıların Hukuki Durumu, Çev. Halil Cin, AÜHFD, C. XIV, S. 1-4, Ankara 1967, s. 247-248; **ÇELİKEL**, s. 124-178; **OĞUZOĞLU**, s. 250; **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. I, s. 188.

(722) **BOZKURT** Gülnihâl, Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasî Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukukî Durumu (1839-1914), Ankara 1989, s. 7-8; **BOZKURT**, Zimmîler, s. 115-116; **ÖZEL**, s. 311-319, 325.

(723) **ÇELİKEL**, s. 41; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 83.

(724) **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 84-85.

(725) **HÂTEMÎ**, Vakıf, s. 96.

(726) **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 84.

(727) **ÖZEL**, s. 315-316, 355-356; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 169, 172.

(728) Bakara 2/256: "Dinde zorlama yoktur...": Yûnus 10/99: "(Resûlüm!) Eğer Rabbin dileseydi, yeryüzündekilerin hepsi elbette iman ederlerdi. O halde sen, inanmaları için insanları zorlayacak mısın?".

(729) **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 82; **ATAR**, Adliye, s. 226-233; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 172.

(730) **BOZKURT**, Gayrimüslim, s. 8; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 85.

muhtariyet fikrinden uzaklaşılmıştır (731). Zimmîlerin gerek mecburî ve gerekse ihtiyarî yargı mercii olarak Osmanlı mahkemelerine başvurmaları halinde kendilerine uygulanacak İslâm hukukunun onlar bakımından zaman zaman Müslümanlardan farklı bazı hükümler taşıdığı görülmektedir. Örneğin, içki içen zimmîye Hanefî mezhebinde, kendi dinleri içki içmelerine izin veriyor gerekçesiyle kamu düzenini ihlal etmedikleri sürece had cezası verilmez. Şafiî ve diğer mezhep hukukçuları ise, içki içmenin İslâm kamu düzenini yakından ilgilendirdiğini ve din ve vicdan hürriyetiyle ilgisi bulunmadığını gerekçe göstererek zimmîlerin de İslâm hukukuna tabi olduklarını belirtmektedirler (732). Bunun gibi, Ebû Hanife'ye göre, zina yapan zimmîye evli bile olsa Müslüman olmadığı için muhsan sayılmayıp recm cezası uygulanmaz, celde (sopa) cezası tatbik edilir. Ebû Yusuf ise, onlar arasında da ihsan olduğu ve zina etmeleri halinde recm edilecekleri görüşündedir (733). Zimmî, ceza hukuku bakımından esas itibariyle hadlere ve tazirlere tabidir. Haklarında kısas ve diyet hükümleri tatbik edilir. Zimmîyi öldüren bir Müslüman, Hanefîlere göre, -şartları mevcut oldukça- Müslüman öldürmüş gibi kısas edilir. Şafiî ve Hanbelî mezhepleri ise aksi içtihattadır (734).

Bunun dışında, zimmîler açısından şarap ve domuz mütekavvim mal sayılır ve hukukî işlemlere konu olur; bunlar haksız fiiller karşısında da korunur (735). Buna benzer olarak, istisnaları olmakla birlikte Müslümanlar hakkındaki şahitlikleri kabul edilmez (736); Müslümanlar için veli ve vasi olamadıkları gibi Müslüman esirin mevlası da olamaz (737). Bunlar, âkileye de dahil olamazlar. Yine, dinlerinin ayrı olması onların Müslümanlara mirasçı olmasına da engeldir

---

(731) **ATAR**, Adliye, s. 229.

(732) **SERAHSÎ**, Mebsût, C. IX, s. 56-57, 195; **KÂSÂNÎ**, C. VII, s. 34-35; **BOZKURT**, Gayrimüslim, s. 8.

(733) **KÂSÂNÎ**, C. VII, s. 38; **ÖZEL**, s. 366-367.

(734) **DAĞCI** Şamil, İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller, Ankara 1996, s. 103.

(735) **ÖZEL**, s. 359; **BOZKURT**, Gayrimüslim, s. 17-18, 25-26.

(736) Gayrimüslimlerin Müslümanlar aleyhine şehadetleri bilhassa tanzimattan sonra içerden ve dışardan bir çok itirazlara sebep olmuş ve nizamiye mahkemelerinde bunların şehadetini kabul cihetine gidilmiş ise de son zamana kadar şer'iye mahkemelerinde bu şehadete itibar edilmek istenmemiştir. Hristiyanların şer'i mahkemelerde şehadetlerinin kabulü hakkında 1876 Kanun-ı Esasisi layihasına konulan hüküm, sadrazamın ihtarı ve ısrarı üzerine tay edilmiştir. Berlin anlaşmasının 62 nci maddesinde "din ve mezhebe bakılmayarak mahkemeler huzurunda cümlesinin şehadeti kabul edileceği" yazılıdır. İslâm'a göre ecnebilerin (yani müste'minlerin) İslâm tebaasından olan gayrimüslimlere de şehadeti makbul değildir. Bkz. **MARDİN** Ebululâ, Ahmet Cevdet Paşa, İstanbul 1946, s. 61; Ayrıca bkz. **BOZKURT**, Gayrimüslim, s. 23-25.

(737) **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 85; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 179.

(738).

Görüldüğü üzere zimmiler, kamu düzenini bozmamak ve vergi vermek şartı ile çoğu işlerinde Müslümanlar gibidir; insan hakkı ve hak ehliyeti bakımından onların durumu ile Müslümanların durumu arasında çok önemli farklar yoktur. Yukarıda belirtilenlerin dışındaki farklar, özellikle siyasi haklar şeklinde adlandırılan ve gerçekte hak değil de ödev niteliğinde bulunan geniş anlamda haklarda söz konusu olmaktadır (739).

Bu gibi farklılıklar, zimmî ve Müslümanlar arasında hak ehliyeti açısından bir takım eşitsizlikler doğurmakta ancak bunlar da hak ehliyetinin eşitliği ilkesinin istisnaları olarak değerlendirilmektedir.

İslâm ülkesinde yaşayan diğer bir grup olan müste'menler ise, İslâm ülkesi vatandaşı olmayan ancak izinle (pasaportla) İslâm ülkesine girebilen yabancılardır (740). Bunlar zimmîlerle eşit statüde sayılır (741). Müste'menlerin kişi olmak bakımından zimmîlerden pek ayrılıkları yoktur (742). Ancak, bunlara Allah haklarına yönelik suçlarda İslâm hukuku hükümleri uygulanmazken, şahıs haklarına yönelik suçlarda İslâm hukuku hükümleri uygulanır. Diğer üç mezhep hukukçuları ile Ebû Yusuf'a göre, bunlara her türlü suçta İslâm hukuku uygulanır (743).

Görüldüğü üzere, din farklılığından kaynaklanan yabancılık, İslâm ülkesi vatandaşı olanlarla olmayanlar arasında haklara ehliyet açısından bir takım farklılıklar doğurmaktadır. ancak bu, onların hak ehliyetine sahip olamayacakları anlamına gelmemektedir (744). Kaldı ki genel kural, gayrimüslimlerin bazı konularda kendi kanunlarını uygulama hakkı dışında, İslâm ülkesinde sadece İslâm hukukunun uygulama alanı bulmasıdır (745).

---

(738) **BOZKURT**, Gayrimüslim, s. 15; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 85.

(739) Bkz. **MEVDUDİ**, s. 735-762; **HÂTEMÎ**, İslâm Hukuku, s. 58-59.

(740) **BOZKURT** Gülnihâl, İslâm Hukukunda Müste'menler, AÜSBF Fadıl H. Sur'un Anısına Armağan, Ankara 1983, s. 361; **ÇELİKEL**, s. 40.

(741) **BOZKURT**, Müste'menler, s. 368.

(742) **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 85.

(743) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 179-180; **BOZKURT**, Müste'menler, s. 375; **ATAR**, Adliye, s. 232-233.

(744) **HÂTEMÎ**, İslâm Hukuku, s. 58.

(745) **CİN/AKGÜNDÜZ**, C. I, s. 185.

İKİNCİ BÖLÜM

FİİL EHLİYETİ (EDÂ EHLİYETİ)

§ 5. FİİL EHLİYETİ KAVRAMI, TANIMI, KAPSAMI, DAYANAĞI, ÖNEMİ VE HAK EHLİYETİNDEN FARKLARI

I. FİİL EHLİYETİ KAVRAMI

Kişi başlangıçta sadece vücûb ehliyetine ve bunun sağladığı birtakım hak ve borçlara sahipken şâri' veya hukuk düzeni, aklî ve bedeni gelişimine paralel olarak kişiye, zamanla hakları bizzat kullanma yahut bizzat kendi işlemiyle borç altına girme yönünde ilave haklar tanır ve ehliyetin kapsamını genişletir. Kişinin hayatının hangi devresinde ve hangi durumda ne tür hak ve ehliyete sahip olacağını konu alan bu düzenlemeler, esasen hem ilgili kişilerin haklarını korumaya hem de hukukî hayatta güven ve istikrarı sağlamaya yöneliktir. Vücûb (hak) ehliyetine ilave olarak kişiye tanınmaya başlanan bu ehliyet literatürde "edâ ehliyeti" başlığı altında incelenir. Bu sebeple vücûb ve edâ ehliyetlerini ehliyetin iki ayrı kısmı değil iki safhası şeklinde telakki etmek doğru olur. Edâ ehliyeti vücûb ehliyetinin daha kapsamlı hale gelmiş ikinci safhası sayılabilir. Bugünkü hukukumuzdaki fiil ehliyetine (1) tekabül eden eski hukukumuzdaki edâ ehliyeti için bu çalışmada "fiil ehliyeti" şeklindeki kullanım tercih edilecektir.

Kişinin haklara sahip olabilmesi ve borçlar altına girmesi için bazen hak ehliyetine sahip bulunması yeterlidir. Örneğin, kişi, mirasçı veya vasiyet alacaklısı ise, mirasbırakan veya vasiyetçinin ölümünden sonra, kendi eylemleri sonucu olmaksızın bir hak kazanabilir (2). Burada

---

(1) Fiil ehliyeti terimi de, hak ehliyeti gibi, Türk Medeni Kanununun metninde yer almaz. Çünkü Türk Medeni Kanunu metni Fransızca metinden çevrilmiştir. Söz konusu metin de "exercice des droits civils" (medeni hakların kullanılması) ibaresi vardır ve bu Türk Medeni Kanununa bu şekilde geçmiş ve bir süre Türk Hukukunda "kullanma ehliyeti" terimi yaygınlık kazanmıştır. Bugün Türk öğretisinde "fiil ehliyeti" terimi yaygınlık kazanmış ve 2467 sayılı Kanun hükümlerine göre Adalet Bakanlığınca kurulan komisyon tarafından hazırlanan "Türk Medenî Kanunu Öntasarısı" metninde "fiil ehliyeti" terimi üstün tutulmuştur. Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 30-31.

(2) **ZERKA**, C. I, s. 194-195.

kişinin, mirasbırakan veya vasiyetçinin ölümü anında kendi haberinin olmasına bile gerek yoktur. Bunun gibi, kişi hak ehliyetine sahip olmasının sonucu olarak doğrudan haksız fiillerinden doğan zararlardan sorumluluğu dolayısıyla borcu söz konusu olur ve bu borç onun malvarlığından tazmin edilir.

Ancak kişinin sahibi olduğu haklar üzerinde hukukî işlemler yapabilmesi için fiil ehliyetini haiz olması gerekir. Fiil ehliyetinin bulunmadığı durumlarda, onlar adına bu işlemleri -eğer temsil geçerli ise- mümessilleri yapar. Başka bir ifadeyle, fiil ehliyeti için gerekli şartlar yoksa, o kişinin -miras veya ölüme bağlı tasarruf dışında- hak kazanması temsil yoluyla mümkün olabilir (3).

Temsil, mümessilin yaptığı işlemin, temsil ettiği kişinin ad ve hesabına sonuç doğurmasını sağlar (4). Eğer mümessilin temsil yetkisi, temsil edilenin mümessili yetkilendirmesinden doğmuşsa, burada temsil yetkisi verme işlemi vardır. Bunun için temsil edilenin bu hukuki işlemi yapacak fiil ehliyetini haiz olması gerekir. Şayet temsil edilen fiil ehliyetine sahip değilse, temsil edilenin mümessili yetkilendirmesi mümkün olamayacağına göre, bu durumda Kanun'un veya bir devlet makamının işe karışması ve bu kimseyi kanuni temsilci olarak kabul etmesi veya ataması gerekir. İşte ilk durumda vekalet sözleşmesinden kaynaklanan ihtiyarî temsil; ikinci du-

---

(3) Bu konuda geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz. **KARAMAN** Hayreddin, Akid, DİA, C. II, İstanbul 1989, s. 254; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. II, s. 335-365; **ZERKA**, C. II, s. 577-586.

(4) Hukukî işlemler alanında "temsil" yetkisi verilmesi işlemi ile "vekalet" sözleşmesi eşanlamlı değildir. İslâm hukukunda "niyabet" ve "vekalet" kurumları incelendiğinde, "doğrudan temsil" yetkisinin bulunduğu görülür. Vekalet bir sözleşmedir. Hukukî işlem konulu vekalet, vekilin bir hukukî işlem yapmasını konu alan sözleşme; vekile "doğrudan temsil yetkisi" verilmesi şeklinde de yapılabilir. Haksız fiiller alanında ise, -bunlar bir hukukî işlem olmadığı için- temsil geçerli olmaz: Ukubatta niyabet olmaz.

Temsil söz konusu olmaksızın, kavlî tasarrufu başkası adına yapmaksızın, sadece bu kişinin beyanını nakleden kişi, "resul" olarak isimlendirilir (Mecelle m. 1450). Temsil ile haberci arasındaki fark, temsilcinin, hukukî işlemi temsil olunana izafe etmeden kendi adına hareket etmesi; habercinin ise haberi mutlaka gönderene bağlı olarak söylemesidir.

Bir işleme izin veya sonradan icazet verilmesi; iç ilişkide tevkil; dış ilişkide niyabet yetkisinin verilmesi anlamındadır (Mecelle m. 1452). İcazet-i lâhika, vekâlet-i sâbıka hükmünde olur (Mecelle m. 1453). Vekaletsiz ve niyabet yetkisi olmaksızın yapılan "fuzuli" işlemlere; sonradan icazet verilmekle, baştan itibaren hüküm doğurur, mevkuf veya gayrinâfiz olmaktan çıkar.

Hukukî işlemlerde "vekalete emr" etmek, temsil konusunda yetkilendirmek demektir. Kişilik işlemi haklarında (münhasıran şahsa bağlı hak), bugünkü Türk Hukuku'nda "temsil düşmanlığı" vardır. İslâm hukukunda ise "temsil düşmanlığı" söz konusu olan işlemlerin kapsamı daha dardır. Ancak evlenme gibi işlemlerde cevaz verilenin, "temsil" (niyabet) değil, sadece "risalet" olması da düşünülebilir. Bkz. **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 62-64; **MES'ÛD EFENDİ**, s. 535; **HÂTEMÎ**, İslâm Hukuku, s. 71-72; **KARAMAN,** Anahatlarıyla, C. III, s. 127-128.

rumda ise, kanundan doğan cebrî temsil söz konusudur (5).

Görüldüğü üzere, hukuki sonuç doğuran ve hukuki sonuçlar dolayısıyla eylemi yapana hak kazandıran veya onu borçlu kılan eylemleri yapabilmek için, bir kimsede fiil ehliyetinin bulunması gerekir. Ancak, bir kimsenin sırf fiil ehliyeti bulunduğu gerekçesiyle her şeyi yapmaya yetkili ve izinli olduğu da düşünülmemelidir. Zira fiil ehliyeti bulunan kimse, kendisi için işlem yapabilir fakat bir başkası adına işlem yapabilmesi, başka bir deyişle onu temsil edebilmesi için temsil yetkisini de haiz olması gerekir. Bilindiği gibi, temsil yetkisi, ya kanundan (ana-babanın velayeti dolayısıyla kanunî temsil yetkileri gibi), ya hakim tarafından vasî veya kayyım olarak atanmış olmasından ya da temsil olunan kimsenin iradesinden doğar (6). Bu açıdan, bir kimsenin fiil ehliyetine sahip olması, yaptığı işlemlerin ehliyetsizlik dolayısıyla geçersiz olmamasını güvenceye bağlar, yoksa o kişiye başkaları adına ve başkalarının malvarlığında işlem yapma yetkisini vermez. Eğer temsil yetkisi olmaksızın başkası adına işlem yapılmış ise yani yetkisiz temsilci (fuzuli) tarafından yapılmış bir işlem söz konusu ise, bu işlem ancak icazet ile geçerli olabilir. Demek ki, fiil ehliyeti sadece ehliyetsizlik yaptırımını bertaraf eder, temsil veya tasarruf yetkisi eksikliği olgusu yine kalır. Bu eksiklik ehliyet yokluğundan değil yetki yokluğundan ileri gelmektedir (7).

Şu halde, medenî haklardan istifade yani hak sahibi olabilme ehliyeti, kişinin herhangi bir muamele yapmasına veya bir hakkı kullanmasına ait aktif bir kudreti değil, sadece hak sahibi olabilmesine ait pasif bir ehliyeti belirtir ve bu, kişiler için yeterli bir ehliyet değildir ancak bunun tamam olması için hakların kullanılması yani fiil ehliyetinin de bulunması gerekir (8).

II. FİİL EHLİYETİNİN TANIMI

Fiil ehliyeti sözlükte, kişinin, kendi fiili ile borç altına girebilme ve hak kazanma yeteneği ile hukukî fiillerinden sorumlu tutulma ehliyeti olarak açıklanır (9). Bu, bir ölçüde, kişinin hak ehliyeti sebebiyle elde ettiği haklarını kullanabilmesi, tasarrufta bulunabilmesi, haklarını işlete-

---

(5) **ZERKA**, C. II, s. 577-578; **KARAMAN**, Akid, s. 254; **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 32-33.

(6) **KARAMAN**, Mukayeseli, C. II, s. 341.

(7) **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 61; **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 203-205.

(8) **ZEVKLİLER**, Kişiler, s. 34; **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 60, 74.

(9) **MEYDAN LAROUSSE**, C. IV, s. 111.

bilmesi anlamına gelir.

Eski hukukumuzda fiil ehliyeti değişik şekillerde tanımlanmıştır. Bir görüşe göre fiil ehliyeti, insanın kendisinden şer'an muteber olabilecek şekilde fiillerin suduruna selahiyetli bulunmasıdır. Bunu, şer'an muteber surette fiil ve muamelelerde bulunmak salahiyeti olarak ifade etmek de mümkündür (10). Söz konusu tanımla, kişinin hukuken geçerli sayılan fiilleri yapabilmesi ve bunlardan sorumlu olabilmesi yetkisi belirtilir (11). Bazı hukukçular ise bu anlamdaki fiil ehliyetini, "kişinin sözlü hukukî işlem yapmaya ve ayrıca failin niyet ve iradesinin hukuken önem taşıdığı fiil ve tasarruflarda bulunmaya ehil oluşu" şeklinde tanımlayarak kişinin niyet ve iradesine bağlı olmaksızın işlenebilen veya hukukî sonuç doğuran fiilleri kapsam dışında tutmaya çalışırlar (12). Fiil ehliyetinin bu şekildeki tanımıyla, kişiden bir şeyin yerine getirilmesinin (eda edilmesinin) istenmesi, kişinin söz ve fiillerinin geçerli sayılıp hukukî sonuç doğurmasına elverişli bulunması anlatılmak istenir. Öyle ki, kişi, bir tasarrufta bulunursa bu tasarrufu hukuken geçerli olur; ibadet yaparsa yükümlülüğünü üzerinden kaldırır; suç işlerse sorumlu tutulur, bedeni ve mâlî olarak cezalandırılır (13).

Diğer bir görüşe göre ise fiil ehliyeti, şer'i geçerliği aklın varlığına bağlı olan tasarrufları bizzat yapma yetkisidir (14). Bu tanımda kişinin akıl ve idrak özelliği esas alındığından, fiil ehliyeti kişinin, hukukî geçerliliği akla ve rüşde bağlı olan işlemleri bizzat yapabilme yetkisi olarak da belirtilir (15).

Bir diğer görüş ise, fiil ehliyetini kişinin kendisi için hak ve borçlar doğuran hukukî iş-

---

(10) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 243; **HACI ÂDİL**, s. 511; **SEYDİŞEHRÎ**, Usûl, s. 471; **BİLMEN**, C. I, s. 228; **KARAMAN**, Fıkıh Usûlü, s. 177; **AKGÜNDÜZ**, Vakıf, s. 115; **ATAR**, Usûl, s. 144; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 71; **ŞA'BAN**, s. 250.

(11) Günümüz hukukunda genellikle benimsenen tanıma göre, kanuni bir temsilcinin araya girmesine gerek kalmadan kişilerin kendi fiilleriyle haklar ve borçlar meydana getirebilme ehliyetine "fiil ehliyeti" denir. Temyiz kudretinden yoksun bir çocuğun denizde avladığı balıkların maliki olacağı düşünüldüğünde bu tanımın da eksik kaldığı anlaşılır. Yani sözü edilen çocuk bile fiil ehliyetine sahip olmadığı halde kendi fiiliyle hak kazanabilmektedir. O halde böyle durumları da göz önünde bulundurarak fiil ehliyetini, "bir kimsenin -doğumu şuura ve iradeye ihtiyaç gösteren- hakları ve borçları, kendi fiilleriyle meydana getirebilme hususundaki ehliyeti" olarak tanımlanabilir. Bkz. **OĞUZOĞLU**, s. 251; **TEKİNAY**, Kişiler, s. 197.

(12) **BARDAKOĞLU**, Ehliyet, s. 536.

(13) **ZEYDAN**, Usûl, s. 93; **HALLÂF**, s. 321.

(14) **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 263-264; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 180; **ZERKA**, C. II, s. 535.

(15) **GÖKMENOĞLU**, s. 58.

lemleri yapabilme yetkisi (16) olarak kabul eder. Bu anlamda fiil ehliyeti, kişinin hak ehliyeti sebebiyle faydalanmaya ehil olduğu hakları bizzat kullanmasını, hak ve borçlar doğurabilecek şekilde hukukî işlem yapabilmesini ifade ettiğinden "muamele, mübâşeret, tasarruf ehliyeti" diye de anılır (17). Fiil ehliyetini, kişinin, dinen ve hukuken muteber olacak tarzda davranmaya ve hukukî işlem yapmaya elverişliliği (18) olarak gören hukukçular ise, bunun kapsamına, hukuki işlemlerin yanında ibadeti de alırlar.

Fiil ehliyetinin "kişinin hukuken geçerli tarzda sözlü tasarrufta bulunma ehliyeti" şeklinde dar kapsamlı olarak tanımlanması ise fiil ehliyetinin ölçüsünü ve temel özelliğini belirleme amacını taşır. Bütün bu tanımlar sadece hukukî işlemler (muâmelât) alanında ve edanın sıhhati açısından yeterli görülebilir. Ancak itikad ve ibadetler alanında edanın sıhhatinin yanısıra vacip oluşu da (vücûb) söz konusu olduğundan her iki açı dikkate alınarak fiil ehliyeti, "kişinin edanın sıhhatine ve vücubuna ehil oluşu" şeklinde de tanımlanmaktadır. Edanın vücubuna ehliyet, tabiatıyla sıhhatine ehliyeti de içerdiğinden bu tanımı, "kişinin şer'i hitabın yöneltilmesine ve edanın vücubiyetine ehil olmasıdır" şeklinde ifade edenler de mevcuttur (19).

Yukarıdaki tanımlar birlikte değerlendirilirse, fiil ehliyeti, "kişinin kendi fiilleri ile lehine haklar ve aleyhine borçlar yaratabilme gücü" olarak tanımlanabilir (20). Bunun kapsamına dini yükümlülükleri yerine getirebilme gücü de dahil edilebilir. Ancak konumuzun sadece hukukî boyutla ilgili olması, özel hukuk açısından yukarıdaki tanımın yeterli görülmesini sağlar. Burada eski hukukumuz açısından belirtilmesi gereken bir husus vardır ki, o da, haksız fiillerden sorumlu olma ehliyetinin fiil ehliyeti kapsamına değil, hak ehliyeti alanına girdiğidir (21).

---

(16) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 236; **ZEYDAN**, Medhal, s. 262.

(17) **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 263; **BARDAKOĞLU**, Ehliyet, s. 536.

(18) **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 264.

(19) **BARDAKOĞLU**, Ehliyet, s. 536.

(20) Bugünkü hukukumuzda fiil ehliyeti, bir görüşe göre, "bir kimsenin bizzat kendi fiili ile haklar kurabilmesi ve yükümlülükler altına girebilmesi" (bkz. **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 75; **ÖZSUNAY**, Kişiler, s. 30), başka bir görüşe göre de, "bir kişinin kendi iradesi ile hak kurabilme, borç altına girebilme ve haksız fiillerden sorumlu tutulabilme" (bkz. **İMRE**, Şahıslar Hukuku, s. 365-366; **KÖPRÜLÜ**, s. 199-200) ehliyetidir.

(21) Günümüz hukukunda ise, haksız fiilden sorumlu olma ehliyeti, fiil ehliyetiyle yakından ilgilidir. Kaldı ki, fiil ehliyeti, hukukî işlem (muamele) ehliyeti ve haksız fiilden sorumlu olma ehliyeti şeklinde bir tasnife tabi tutulmuştur. Başka bir deyişle, fiil ehliyeti, hukukî işlem (muamele) ehliyeti ve sorumluluk ehliyeti olarak iki kısımda ele alınmakta, ilki ile, sözleşme (akit) yapabilme, örneğin alım satım, kira gibi

III. FİİL EHLİYETİNİN KAPSAMI

A. Genel Olarak

Medeni hakları kullanmaya ehliyetli olan kimse iktisaba da iltizama da ehildir. İktisap, bir kişinin bizzat yapmış olduğu bir muamele ile bir hak elde etmesi, iltizam ise böyle bir muamele sonucunda bir taahhüt (borç) altına girmesidir (22).

Eski hukukumuzda fiil ehliyetinin kapsamını esas itibariyle "hukukî işlem ehliyeti" oluşturur. Bir de buna, "akdî sorumluluk ehliyeti" eklenirse, fiil ehliyetinin hukukî işlem ehliyeti ve akdi sorumluluk ehliyeti olmak üzere iki alt görünümünün olduğu ortaya çıkar.

Fiil ehliyeti kapsamına, hukuki işlem ehliyeti, akdî sorumluluk ehliyeti yanısıra, dinin zorunlu olarak yapılmasını öngördüğü fiiller de girer. İlahi emirlere muhatap olma ehliyeti olarak da isimlendirilen bu ehliyetin "teveccüh-i hitap" veya "mükellefiyet" olarak adlandırılması da bu sebepledir. İnsana, ibadet, hukuk ve ceza yönünden «teklif»in söz konusu olabilmesi için eda ehliyeti esastır (23). Edâ ehliyetinin eksikliği dini ödev ve ifalar açısından edanın sahih oluşu, tamlığı ise vacip oluşu sonucunu doğurduğundan tam edâ ehliyetine bu açıdan "teklif ehliyeti" de denir (24). Bu çerçevede kişinin hukuki işlemleri yapma ehliyetinin yanında bir takım dini yükümlülükleri de yerine getirebilmesi ehliyeti söz konusudur. Burada, fiil ehliyetinin sadece hukuki boyutu ele alınacağı için, dini vecibe ve ibadet konusuna yer verilmeyecektir.

Bunun yanısıra, hukuki sonuçlar doğuran fiil ehliyetinin kapsamına velayet hakkının girdiği de düşünülebilir. Çünkü, velayette, kişiye, hukuki sonuç meydana getiren bir takım işlemleri yapabilme yetkisi verilmektedir. Ancak, bu tanım benzerliği, iki terimin aynı anlama geldiğini göstermez. Zira, fiil ehliyeti, kişiye kendi adına ve lehine hak kullanma yetkisi verdiği halde, velayet, başkası adına bir takım hakları kullanma yetkisi vermektedir. Başka bir ifadeyle, vela-

---

sözleşmeleri kanunen geçerli bir şekilde akdedebilme, ehliyeti kastedilmekte; ikincisi ile ise, mes'uliyet (sorumluluk) ehliyeti anlatılmaktadır. Sorumluluk ehliyeti, hukuka aykırı bir fiilden kaynaklanan haksız fiil veya akdî sorumluluk ehliyeti şeklinde ortaya çıkabilir. Hukuka aykırı fiillerden sorumluluk ehliyeti, bir kimsenin işlediği suçtan ve haksız fiillerden sorumlu tutulabilmesi, -tabir caizse- suç işlemeye ehil olabilmesi demektir. Bkz. **ATAAY**, s. 86-87; **ÖZSUNAY**, Kişiler, s. 31-33; **SCHWARZ**, Medeni Hukuk, s. 128.

(22) **ARSEBÜK**, s. 260; **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 77.

(23) **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 267; **GÖKMENOĞLU**, s. 60.

(24) **BARDAKOĞLU**, Ehliyet, s. 537.

yet, fiil ehliyetine sahip olmayan kişilerin hukuki sonuç doğuran iradelerinin başkaları tarafından kullanılmasıdır. Babanın, küçük çocuğunun mallarında yaptığı tasarrufta olduğu gibi, velayet sahibinin yaptığı işlem sonuç itibariyle velayet altındaki kişiye aittir (25).

Fiil ehliyetinin kapsamında yer alan hukukî işlemlerden sorumluluk ile akdî sorumluluk ehliyetleri ayrı başlıklar altında ele alınacaktır ancak akdî sorumluluk, hukuka aykırı fiillerden sorumluluğun bir görünümünden ibaret olduğuna göre, burada öncelikle, hukuka aykırı fiil ve hukuka uygun fiil ayırımına yer vermek gerekir. Bilindiği gibi, hukuka aykırı fiillerden sorumluluk, ya haksız fiil sorumluluğu ya da akdî sorumluluk şeklinde gerçekleşir.

Ancak bu arada belirmek gerekir ki, eski hukukumuzda tasarruf, bir kimseden sadır olan ve hukukî bir sonuç doğurmaya yönelik irade beyanı veya davranışları olarak tanımlanmıştır. Bunu, kişinin isteyerek meydana getirdiği hukukî sonuç doğuran fiiller veya hukukun üzerine hüküm bina ettiği davranışlar olarak belirtmek de mümkündür (26).

Tasarruf, fiili ve kavlî olmak üzere iki türdür. Fiilî tasarruf, günümüz hukukundaki ayırımla hukukî fiile karşılık gelir ve bunların sözlü bir irade beyanı ile değil, maddi bir fiil ile (fiili irade beyanıyla) tamamlanması söz konusudur. Buna örnek olarak itlâf gibi hukuka aykırı fiiller gösterilir (27). "Fiili tasarruf" ifadesi Mecelle m. 1007'de de kullanılmaktadır. Kavlî tasarruf ise insandan sudur eden ve kendisine hukukî bir sonuç bağlanan sözlü irade beyanıdır. Tek taraflı irade beyanıyla veya akit gibi iki taraflı irade beyanı ile hukukî bir sonuç doğuran tasarruflar da bunlara örnek teşkil eder (28). Yapılan fiili tasarruf-kavli tasarruf ayrımını, hukukî fiil ve hukuka aykırı fiil ayrımı içerisinde ayrıca ele almak gerekir.

Hukukî fiil, hukuk düzeni tarafından kendisine sonuç bağlanmış insan davranışlarıdır. Hukukî fiillere örnek olarak sözleşme yapılması, vasiyetname hazırlanması, bir insanın şahsına veya malına zarar verilmesi gösterilebilir. Hukuk, bütün bu davranışlar için çeşitli sonuçlar öngörmüştür. Hukuk düzeni, insan davranışlarına ya hukuka aykırı bulduğu için ya da hukuka

---

(25) **ZERKA**, C. II, s. 578.

(26) **KARAMAN** Hayreddin, Alış-Verişte Vade Farkı, İslâmî İlimler Araştırma Vakfı Yıllığı, C. I. İstanbul 1978, s. 36; **ZERKA**, C. I, s. 223; **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 182.

(27) **KÂSÂNÎ**, C. VII, s. 170-171; **ZEBÎDÎ**, C. VII, s. 266; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 123.

(28) **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 182-183; **AKGÜNDÜZ**, Vakıf, s. 47-48.

uygun bulduğu için sonuç bağlar. Birinci halde hukuka aykırı fiiller, ikinci halde ise hukuka uygun fiiller söz konusu olur.

Hukuka aykırı fiiller, hukuk düzeni tarafından onaylanmadığı için kendilerine sonuç bağlanan insan davranışlarıdır. Bunlar, kendi aralarında biri "borca aykırılık teşkil eden fiiller" ve diğeri "haksız fiiller" olmak üzere ikiye ayrılırlar. Başka bir deyişle, hukuka aykırı nitelik taşıyan fiil, mevcut bir "sözleşmenin ihlali" şeklinde şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, doğrudan doğruya "haksız fiil" şeklinde de ortaya çıkabilir (29).

Borca aykırılık teşkil eden fiiller, mevcut bir borç ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüğün yerine getirilmemesidir. Bu daha ziyade sözleşmelerde kendini gösterir. Bir sözleşmeye taraf olan kimse, üstlenmiş olduğu yükümlülüklerini hiç veya gereği gibi yerine getirmezse, karşı tarafin bu yüzden uğramış olduğu zararları tazmin etmek zorunda kalır. Sözleşme temeline dayanan bu tip sorumluluk için "akdî sorumluluk" ifadesi kullanılır (30). Fiil ehliyetinin ilgi ve ilişki alanına giren bir husus da budur. Yani, kişinin hukuki muameleler yapabilme gücünden başka, hukuka aykırı fiiller alanında sözleşmelerin ihlalinden sorumlu olması yani akdî sorumluluğudur. Sözleşmenin ihlalinden sorumluluk durumu, fiil ehliyeti kapsamında ele alınmasına karşılık, haksız fiillerden sorumluluk hak ehliyeti kapsamında incelenen bir konudur.

Haksız fiiller ise, herkes için uyulması zorunlu genel bir davranış kuralına aykırı olan ve aynı zamanda başkalarını zarara uğratan insan davranışlarıdır. Hukuk düzeni, haksız fiillere, meydana gelen zararın zarar veren tarafından tazmini sonucunu bağlamıştır. Haksız fiilin borca aykırılıktan farkı, fail ile zarar gören arasında, haksız fiilin işlenmesinden önce borç doğuracak nitelikte herhangi bir hukukî ilişkinin bulunmamasıdır. Tazmin yükümlülüğü, doğrudan doğruya haksız fiilin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk için, akdî sorumluluğun karşıtı olarak "akit dışı sorumluluk" ifadesi kullanılır.

Hukuka uygun fiiller ise, hukuk düzeninin onaylayarak sonuç bağladığı insan davranışlarıdır. Bunlar kendi aralarında, "duygu açıklamaları", "bilgi açıklamaları" ve "irade açıklamaları" şeklinde üçe ayrılırlar.

---

(29) **OĞUZMAN** M. Kemal, Medenî Hukuk Dersleri, 6. B., İstanbul 1990, s. 117-118; **REİSOĞLU** Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. B., İstanbul 1988, s. 46-47.

(30) **KARAMAN**, Akid, s. 255.

Hukuk, kural olarak kişilerin sevgi veya nefret şeklinde kendini gösterebilen duygusal tercihleri ile ilgilenmez. Bu durumun tek istisnası "af" şeklinde ortaya çıkan ve açık (sarih) veya örtülü (zımni) olarak yapılabilecek olan duygu açıklamasıdır. Cezayı düşüren sebeplerden biri de "af"tır. Had cezalarında geçerli olmayan af, kısas ve diyet cezalarında sadece mağdurun kendisi ve velisi tarafından yapılırsa geçerlidir. Tazir cezalarında hem mağdur hem de devlet geniş af yetkisine sahiptir (31). Aynı şekilde kısas ve keffaret cezasını gerektiren kasten veya hataen murisini öldüren kimse, mirasçı olamayacağı halde (32), af ile bu engel ortadan kalkabilir.

Bilgi (tasavvur) açıklamalarında, iradenin açıklanmasından ziyade bir bilginin veya tasavvurun dile getirilmesi söz konusudur. Başka bir ifadeyle, bu ihtimalde irade açıklaması söz konusu olmamakta, sadece hukuken önem taşıyan bir husus diğer tarafa bildirilmektedir. Bilgi açıklamalarının en güzel örneği "ihbar"dır.

İrade açıklamaları (beyanları) ise, doğrudan doğruya insan iradesini ortaya koyan fiillerdir. Bunlar da kendi içlerinde "hukukî işlemler", "hukukî işlem benzerleri" ve "maddi fiiller" şeklinde üçe ayrılırlar (33).

Hukukî işlem (hukukî muamele), hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde hukukî sonuç doğurmaya yönelmiş irade beyanı veya beyanlarıdır (34). Görüldüğü üzere bunlar, hukuki sonuç doğurması kişinin irade açıklamasına bağlı olan fiillerdir. Hukukî işlem yerine "tasarruf" veya "kavlî tasarruf" terimleri de kullanılır. Ehl-i sünnet fikhında "tek taraflı hukukî muamele" (35)

---

(31) **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. I, s. 316.

(32) **DÖNDÜREN**, Şahıs, s. 420-421; **CİN**, Miras, s. 8, 41-42; **CİN/ AKGÜNDÜZ**, s. 134-135.

(33) Bu konu hakkında ayrıca bkz. **TEKİNAY** ve diğerleri, s. 47-48.

(34) **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 182; **KARAMAN**, Mukayeseli, s. 46; **HÂTEMÎ**, İslâm Hukuku, s. 63; **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 67; **REİSOĞLU**, s. 46; **ZEVKLİLER**, Medeni, s. 108; **ZEVKLİLER**, Kişiler, s. 46; **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 77.

(35) İslâm hukukunda tek taraflı hukukî muameleler vardır ancak bunlar için ayrı bir terim kullanılmasında Medeni Hukuk çerçevesi içinde alışılan titizlik gösterilmemiştir. Klasik İslâm hukuku kitaplarında münhasıran tek taraflı hukukî işlemleri ifade etmek üzere kullanılmış bir terime rastlanmaz. "Akid" terimi, hem çift taraflı (iki taraflı) hukukî işlemleri, hem de tek taraflı hukukî işlemleri ifade etmek üzere kullanılmıştır. Şu halde akdin, biri dar diğeri geniş iki anlamı vardır ve geniş anlamıyla akid hukukî işlem manasındadır. Bu anlamda akid terimi, çok defa hukukî muamele teriminin karşılığı olmuştur. Tek taraflı hukukî işlemler içerisine vakıf, vasiyet, ariyet ve hibe, ibra ve kefalet girer. Geniş bilgi için bkz. **AYDIN** M. Akif, "İslâm Hukukunda Tek Taraflı Hukukî İşlem", MÜHF Hukuk Araştırmaları, C. VIII, S. 1-3, İstanbul 1994, s. 61-67; **HÂTEMÎ**, Vakıf, s. 40; **KARAMAN**, Akid, s. 251-252.

için ayrı bir terime rastlanmadığından, "akit" (akid) teriminin hukukî muamele kapsamında kullanıldığı da görülür (36). Hukukî işlemler, ya tek bir kişinin irade beyanı ile yahut iki tarafın karşılıklı irade beyanlariyle meydana gelir. Bu fiillerde kişinin hak sahibi olması veya borç altına girmesi tamamıyle onun iradesinin bir sonucudur. Örneğin, bir alım-satım sözleşmesinde, satılanın alıcıya intikali ve satıcının bedele hak kazanması ile ortaya çıkan hukuki durum, her iki tarafın iradelerinin bir sonucudur (37). İrade beyanının yönelmiş olduğu hukukî sonuç, bir hakkın veya hukukî ilişkinin kurulması, değiştirilmesi, devredilmesi veya ortadan kaldırılması şeklinde tezahür edebilir. Hukukî işlemlerdeki irade beyanını hukukî işlem benzeri ve maddi fiil şeklindeki irade beyanlarından ayıran özellik, ilkinin doğrudan doğruya hukukî sonucu hedef almasıdır. Hukuk düzeninin söz konusu sonucu bağlamasının sebebi de budur. Halbuki hukukî işlem benzerlerinde iradenin hukukî sonuca yönelmesi şart değildir. Hukuk düzeni, iradenin yönelmesini aramadan yapılan beyana belirli sonuçları bağlamıştır. Maddî fiillerde ise, önemli olan hukuk düzeninin öngördüğü fiilî sonucun gerçekleştirilmesidir (38).

Hukukî işlem benzeri irade açıklamalarında iradenin hukukî sonuca yönelmesi şart değildir. Hukuk düzeni, iradenin gerçekten yönelmiş olup olmadığına bakmadan yapılan açıklamaya belirli bir sonuç bağlamaktadır. Bağlanan sonucun irade açıklamasında bulunan tarafından bilinmesine ve istenmesine gerek yoktur. Bunun en güzel örneği, alacaklının borçluya borcunu ifa etmesi için ihtarda bulunmasıdır.

Maddi fiillerde ise, kişinin iradesi öncelikle fiilî bir sonucu gerçekleştirmeye yönelmiştir. O, doğabilecek hukukî sonuçlarla ilgilenmemektedir. Hukuk düzeni de salt bu fiilî değişikliğe sonuç bağlamıştır. Mesela, başkasına ait bir mal işlenerek yeni bir eserin meydana getirildiği "hukukî tağyir"de (39) durum böyledir. Lukata ve define bulunması da birer maddi fiildir (40). Hukukî işlem benzerlerinden farklı olarak bunlara hukukî işlemlere ilişkin esasların uygulanması mümkün değildir.

---

(36) **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 182-183; **KARAMAN**, Akid, s. 251-252; **AKGÜNDÜZ**, Vakıf, s. 47-48.

(37) **ANSAY**, İslâm hukuku, s. 119-120; **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 77.

(38) **OĞUZMAN**, s. 118.

(39) Bkz. **ALİ HAYDAR**, C. II, s. 817-818; **REŞİD PAŞA**, C. V, s. 106; **CİN AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 276; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. III, s. 59-61; **ANSAY**, İslâm hukuku, s. 94.

(40) Bkz. **ANSAY**, İslâm hukuku, s. 93; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. III, s. 55-59; **CİN AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 275-276.

B. Hukuki İşlem Ehliyeti

1. Anlamı

Bilindiği gibi, hukukî işlem, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde hukukî sonuç doğurmaya yönelmiş irade beyanı veya beyanlarıdır. Hukukî işlem kavramı yerine, "hukukî muamele", "tasarruf" ve "kavlî tasarruf" ifadeleri de kullanılır.

İrade açıklamalarında hakların kazanılması ve kaybı bakımından en fazla önem taşıyanlar "hukukî işlemler"dir. Fiil ehliyetine sahip olan kişiler, hukukî işlemleri bizzat yapabilirler. Söz konusu işlemler "şahısvarlığı"na ilişkin olabilecekleri gibi, "malvarlığı"na ilişkin de olabilirler. Fiil ehliyeti yönünden, kişinin malvarlığına ilişkin olarak yapacağı hukukî işlemler, sadece yarar sağlayan (örneğin, kişinin lehine yapılan bağışlama ve vasiyet gibi), sadece zarar veren (örneğin mal bağışlama ve vasiyet etme gibi) ve yarar ile zararın muhtemel olduğu işlemler şeklinde bir ayırıma da tabi tutulmaktadır. Son gruptaki işlemlerde kişi, bir şeyi vermek karşılığında bir hak elde etmektedir. Örneğin, alım-satım sözleşmesinde semene karşılık mal, kira sözleşmesinde kira ücretine karşılık bir menfaat elde etmektedir. Hukukî işlemlerin önemli bir bölümünü bu son grup oluşturur.

Malvarlığına ilişkin işlemler, malvarlığı üzerinde yarattıkları etkiden hareketle "borçlandırıcı (taahhüt, iltizamî) işlemler" ve "tasarruf (kazandırıcı) işlemleri" şeklinde ikiye ayrılırlar. Hukukî işlem ehliyeti her ikisini de kapsar. Borçlandırıcı işlem, kişiyi borç altına sokan işlemdir. Başta sözleşmeler olmak üzere, borç yükleyen bütün hukukî işlemler borçlandırıcı işlemdir (41). Buna karşılık, mülkiyetin naklinde, sınırlı bir aynî hakkın (örneğin rehin hakkının) tesisinde, alacağın temlikinde olduğu gibi, bir hakka doğrudan doğruya etki eden, bir hakkı nakleden veya kayıtlayan ya da ortadan kaldıran hukukî işlemler ise tasarruf işlemleridir. Başka bir ifadeyle, malvarlığının aktifinde bulunan haklarda başkası lehine bir azalma, değişme veya kayıtlama gerektiren hukukî işlemler tasarruf işlemleridir (42). Tasarruf işlemi ile, borçlandırıcı bir işlemle yüklenilen borç yerine getirilip, bir şey verilerek malvarlığının aktifinin azalması sonucu sağ-

---

(41) **REİSOĞLU**, s. 49; **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 77.

(42) **TEKİNAY** ve diğerleri, s. 58; **REİSOĞLU**, s. 49.

lanmaktadır (43). Bu arada belirtilmesi gereken bir husus da, eski hukukumuzun, kural olarak, akti yalnızca mülkiyeti nakil borcu doğuran bir kaynak olarak görmediği aksine mülkiyeti nakleden sebep olarak kabul ettiğidir. Örneğin, satım aktinde, akit yapılınca mülkiyet intikal eder. Aktin mülkiyeti nakil borcu doğurması kuralının istisnasını ise, hibe akti oluşturur. Hibe aktinde, kendisine bir şey bağışlanan kişi, ancak bağışlanan şeyi teslim almakla ona malik olur (44).

Görüldüğü üzere, hukukî işlem ehliyeti, hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi yapabilme ehliyetini kapsar. Ancak bu konuda "tasarruf ehliyeti" ile "tasarruf yetkisi" kavramlarının karıştırılmaması gerekir.

2. Tasarruf Yetkisi

a. Tasarruf Ehliyeti-Tasarruf Yetkisi Ayırımı

Hukukî işlem ehliyetinde, yapılması söz konusu olan işlem bir sözleşme olduğu takdirde, hukukî işlem ehliyetinin özel bir çeşidi olan «sözleşme ehliyeti»nden, söz konusu muamelenin bir tasarruf muamelesi olması halinde ise «tasarruf ehliyeti»nden söz edilir (45).

«Tasarruf ehliyeti»ni, «tasarruf yetkisi» ile karıştırmamak gerekir. Bunlar birbirlerinden tamamen farklı kavramlardır. Fiil ehliyeti içinde yer alan ve tasarruf muamelelerini yapabilme ehliyeti anlamına gelen tasarruf ehliyeti, kişinin ehliyeti ile ilgili bir hususdur (46). Halbuki tasarruf yetkisi, bir kimsenin bir hak ile arasındaki belli bir ilgiden ibarettir ve bu, bir hakkı veya bir hukukî münasebeti doğrudan doğruya etkileyebilme, yani onu sınırlandırma, devretme veya ortadan kaldırma gücü olarak tanımlanır. Başka bir ifadeyle, bir kimsenin, gerek kendisine, gerek başkasına ait eşya ve haklar üzerinde tasarruf edebilmesi için buna yetkisinin bulunması

---

(43) **AYİTER** Kudret, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara 1953, s. 117 vd.; **TEKİNAY** ve diğerleri, s. 58.

(44) Satım sözleşmesinde, satıcının mülkiyeti geçirme niyetine sahip olması, mülkiyetin geçişi için yeterlidir yani İslâm hukuku irade beyanına çok büyük değer vermiştir. Başka bir ifadeyle satım akdi, mülkiyeti nakil borcu değil mülkiyetin nakli sonucunu doğurur. Mecelle m. 369 gereği, satımda akit ile; Mecelle m. 861 gereği, bağışlamada teslim (kabz) mülkiyet geçer. Bkz. **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 131; **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 240; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 73; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 153-154; **KARAMAN**, Anahatlarıyla, C. III, s. 260-261, 278.

(45) **DURAL**, s. 52; **ÖZSUNAY**, Kişiler, s. 31; **SAYMEN**, C. II, s. 79.

(46) **ATAAY**, s. 49; **DURAL**, s. 52; **ÖZSUNAY**, Kişiler, s. 32.

lazımdır. Buna tasarruf yetkisi (salahiyeti) denir. Tasarruf yetkisi hak sahibi olmaktan kaynaklanır. Bir kimse tasarruf muameleleri yapabilme ehliyetine (yani tasarruf ehliyetine) sahip bulunduğu halde, tasarruf yetkisine sahip bulunmayabilir (47).

Hukuken geçerli bir tasarruf işlemi yapabilmek için -kural olarak- tasarruf yetkisine sahip olmak gerekir. Genellikle bir hakkın sahibi kim ise, bu hak üzerinde tasarruf edebilmek yetkisi de ona aittir. Bununla beraber tasarruf yetkisine sahip olmayan kimselerin -buna rağmen- yaptıkları bazı tasarruf işlemleri geçerli olabilmektedir. Herkesin yalnız kendisine ait haklarda tasarruf yetkisine sahip olduğu yolundaki kural mutlak değildir. Öyle haller vardır ki, hak sahibi olmayan bir kimse dahi -vasıtalı veya vasıtasız temsil yoluyla, temsilcinin temsil ettiği kişiye ait mal üzerindeki mülkiyeti üçüncü bir kimseye geçirmesinde olduğu gibi- tasarruf yetkisine sahip olur. Keza yine öyle haller vardır ki, iflas masasına giren malların maliki olan müflisin bunlar üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmamasında olduğu gibi, bizzat hak sahibi tasarruf yetkisinden yoksun bulunabilir (48).

Kişinin tasarruf yetkisi bir hukukî muamele veya kanun hükmü ile sınırlandırılmış olabilir (49). Borçlarını ödeyememesi sebebiyle mallarının haczine veya borçlunun iflasına karar verilen hallerde, bu kişinin malları üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlanır veya kalkar (50).

Belirli hallerde kişinin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması, aslında üçüncü kişilerin (örneğin alacaklıların) haklarının korunması düşüncesine dayandığı halde, fiil ehliyetinin sınırlandırılması bizzat ehliyeti sınırlandırılan kişinin korunması düşüncesine dayanır. Bu itibarla da, tasarruf yetkisinin sınırlandırılması ile korunmak istenilen üçüncü kişi bu sınırlandırmaya rağmen

---

(47) **ARSEBÜK**, s. 285-287; **ATAAY**, s. 49-50; **DURAL**, s. 52-53.

(48) **ATAR** Fahrettin, İslâm İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 1990, s. 323-324; **TEKİNAY** ve diğerleri, s. 59-60.

(49) Bugünkü hukukumuzda, İİK m. 86/I e göre, "Borçlu, alacaklının muvafakati ve icra memurunun müsaadesi alınmaksızın mahcuz menkul mallarda tasarruf edemez". Yani borçlu, tasarruf ehliyetine sahip bulunsa da, haczedilmiş olan taşınır mallarında -alacaklının muvafakati ve icra memurunun müsaadesi bulunmaksızın- tasarruf yetkisine sahip değildir. Keza yine İİK.m.191'de de, tasarruf ehliyetine dokunulmaksızın tasarruf yetkisi sınırlandırılmaktadır. Nitekim sınırlı ehliyetsizler, kendi malvarlığında azalma meydana getirebilecek olan tasarruf muamelelerini yapabilme ehliyetine (=tasarruf ehliyetine) sahip bulunmadığı halde, başkasının temsilcisi olarak hareket ettiği takdirde, kendisine tanınan temsil yetkisi gereğince, temsil ettiği kişinin hakları üzerinde tasarruf yetkisine sahip bulunabilir. Bkz. **İMRE**, Şahıslar Hukuku, s. 232; **ÖZSUNAY**, Kişiler, s. 32-33; **ATAAY**, s. 49.

(50) Bu konu hakkında geniş bilgi için bkz. **BİLMEN**, C. VII, s. 294-310; **ATAR**, İcra, s. 154-203, 273-392.

yapılmış olan muameleye rıza gösterdiği takdirde, artık sınırlandırma ortadan kalkar ve bu rızadan caymak da mümkün değildir. Halbuki kanuni temsilcinin, eksik ehliyetlinin muameleleri hususundaki rızası eksik ehliyetlinin menfaatlerinin korunması için gerekli olduğundan, bundan caymak daima mümkündür (51).

Tasarruf ehliyeti muamelenin yapıldığı sırada, tasarruf yetkisi ise yapılan muamelenin hükümlerini meydana getireceği anda mevcut bulunmalıdır. Tasarruf yetkisi bulunmaksızın yapılan tasarruf muamelesi, bu yetkinin sonradan kazanılmasıyla sağlam bir duruma girdiği halde, tasarruf ehliyetine sahip bulunmayan bir kişinin yaptığı tasarruf muamelesi sonradan, o kimsenin ehliyetini kazanmasıyla kendiliğinden sağlam bir duruma girmez (52).

Bir kimse başkasına ait olup da, tasarruf yetkisine sahip bulunmadığı haklar üzerinde geçerli borçlanma işlemleri yapabilir ki, bu kimseye eski hukukumuzda "fuzuli" adı verilir. Başka bir deyişle, temsil ve vekalet gibi hukukî bir yetki sahibi olmadan, başkası adına tasarrufta bulunan kişi, fuzuli (yetkisiz temsilci) olarak anılır (53). Fuzulinin yaptığı akitler, sahih olarak kurulur, ancak "mevkuf" (54) oldukları için hukukî sonuçlarını hemen doğurmazlar. Fuzulinin tasarrufta bulunduğu malın sahibi, mümessili veya vekili, muhayyerlik hakkına sahiptir; dilerse icazet vererek akdi baştan itibaren geçerli hale getirir, dilerse icazet vermez ve akit bâtıl olur (55). Örneğin, başkasına ait bir atı satan kişinin yaptığı satış, atın sahibinin icazet vermesi halinde geçerli olur. İcazet verilinceye kadar akit askıda kaldığı için "mevkuf" olarak nitelenir (56).

---

(51) **ATAR**, İcra, s. 375-376; **DURAL**, s. 53.

(52) **ATAAY**, s. 50; **DURAL**, s. 54.

(53) **ÂTIF BEY**, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Şerhu Kitabü'l-Büyû', İstanbul 1318, s. 9; **MECELLE** m. 112; **REŞİD PAŞA**, C. II, s. 17-18; **ALİ HAYDAR**, C. I, s. 219-220; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. II, s. 278.

(54) Mevkuf akit, akti yapan tarafların ya ehliyetlerinin bulunmaması ya da tasarruf yetkisinin olmaması halinde ortaya çıkar. Örneğin, bazı hukukî tasarruflarda temyiz, bazıların da ise rüşt, ehliyetin gerçekleşme şartı olarak aranır. Bu şartları haiz olmayanların yaptığı akitler, kanunî temsilcilerinin izinlerine bağlı (mevkuf) olarak gerçekleşmiş olur. Yine, bir kimsenin akit konusu üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için, bir yandan akit konusunun sahibi ya da sahibinin hukukî temsilcisi olması, diğer taraftan akit konusu üzerinde kiracı, rehin alan, alacaklı gibi üçüncü kişinin hakkının hakkının bulunmaması gerekir. Aksi halde akit mevkuf olarak doğar ve ancak hak sahibinin izni ile geçerlik kazanır. Bkz. **KARAMAN**, Anahatlarıyla, C. III, s. 103-104, 109-112.

(55) **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 204-205.

(56) Günümüz hukukunda ise, örneğin, başkasına ait bir atı satan kişinin yaptığı satış geçerlidir. Ancak teslim borcu yerine getirilmezse tazminat ödemekle yükümlü olunur. Bkz. **TEKİNAY** ve diğerleri, s. 60.

yapılmış olan muameleye rıza gösterdiği takdirde, artık sınırlandırma ortadan kalkar ve bu rızadan caymak da mümkün değildir. Halbuki kanuni temsilcinin, eksik ehliyetlinin muameleleri hususundaki rızası eksik ehliyetlinin menfaatlerinin korunması için gerekli olduğundan, bundan caymak daima mümkündür (51).

Tasarruf ehliyeti muamelenin yapıldığı sırada, tasarruf yetkisi ise yapılan muamelenin hükümlerini meydana getireceği anda mevcut bulunmalıdır. Tasarruf yetkisi bulunmaksızın yapılan tasarruf muamelesi, bu yetkinin sonradan kazanılmasıyla sağlam bir duruma girdiği halde, tasarruf ehliyetine sahip bulunmayan bir kişinin yaptığı tasarruf muamelesi sonradan, o kimsenin ehliyetini kazanmasıyla kendiliğinden sağlam bir duruma girmez (52).

Bir kimse başkasına ait olup da, tasarruf yetkisine sahip bulunmadığı haklar üzerinde geçerli borçlanma işlemleri yapabilir ki, bu kimseye eski hukukumuzda "fuzuli" adı verilir. Başka bir deyişle, temsil ve vekalet gibi hukukî bir yetki sahibi olmadan, başkası adına tasarrufta bulunan kişi, fuzuli (yetkisiz temsilci) olarak anılır (53). Fuzulinin yaptığı akitler, sahih olarak kurulur, ancak "mevkuf" (54) oldukları için hukukî sonuçlarını hemen doğurmazlar. Fuzulinin tasarrufta bulunduğu malın sahibi, mümessili veya vekili, muhayyerlik hakkına sahiptir; dilerse icazet vererek akdi baştan itibaren geçerli hale getirir, dilerse icazet vermez ve akit bâtıl olur (55). Örneğin, başkasına ait bir atı satan kişinin yaptığı satış, atın sahibinin icazet vermesi halinde geçerli olur. İcazet verilinceye kadar akit askıda kaldığı için "mevkuf" olarak nitelenir (56).

---

(51) **ATAR**, İcra, s. 375-376; **DURAL**, s. 53.

(52) **ATAAY**, s. 50; **DURAL**, s. 54.

(53) **ÂTIF BEY**, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Şerhu Kitabü'l-Büyû', İstanbul 1318, s. 9; **MECELLE** m. 112; **REŞİD PAŞA**, C. II, s. 17-18; **ALİ HAYDAR**, C. I, s. 219-220; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. II, s. 278.

(54) Mevkuf akit, akti yapan tarafların ya ehliyetlerinin bulunmaması ya da tasarruf yetkisinin olmaması halinde ortaya çıkar. Örneğin, bazı hukukî tasarruflarda temyiz, bazıların da ise rüşt, ehliyetin gerçekleşme şartı olarak aranır. Bu şartları haiz olmayanların yaptığı akitler, kanunî temsilcilerinin izinlerine bağlı (mevkuf) olarak gerçekleşmiş olur. Yine, bir kimsenin akit konusu üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için, bir yandan akit konusunun sahibi ya da sahibinin hukukî temsilcisi olması, diğer taraftan akit konusu üzerinde kiracı, rehin alan, alacaklı gibi üçüncü kişinin hakkının hakkının bulunmaması gerekir. Aksi halde akit mevkuf olarak doğar ve ancak hak sahibinin izni ile geçerlik kazanır. Bkz. **KARAMAN**, Anahatlarıyla, C. III, s. 103-104, 109-112.

(55) **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 204-205.

(56) Günümüz hukukunda ise, örneğin, başkasına ait bir atı satan kişinin yaptığı satış geçerlidir. Ancak teslim borcu yerine getirilmezse tazminat ödemekle yükümlü olunur. Bkz. **TEKİNAY** ve diğerleri, s. 60.

Görüldüğü üzere, bir kimsenin herhangi bir mal veya hak üzerinde tasarruf yetkisine sahip bulunmaması, o kimsenin yaptığı borçlanma işlemini doğrudan doğruya geçersizliğe mahkum etmez (57).

Fuzulinin tasarruflarında olduğu gibi, tasarruf yetkisi bulunmaması başlığı altında incelenebilecek diğer bir konu da maraz-ı mevt (ölümle sonuçlanan hastalık) durumunda bulunan kimsenin tasarruflarıdır.

b. Tipik Bir Tasarruf Yetkisizliği Hali: Ölümle Sonuçlanan Hastalık (Marazu'l-Mevt)

aa. Kavram

Hastalık, insan bedeni için normal seyrinin dışındaki bir durum olup, kişi için acz ve güçsüzlük doğurur (58). Bedendeki sağlıksal değişimin hastalık olarak nitelenmesi için onun ölümle sonuçlanmasının veya sonuçlanmamasının pek önemi yoktur. Bu anlamda hastalık iki türdür: Ölümle sonuçlanan hastalık, ölümle sonuçlanmayan hastalık. Ölümle sonuçlanmayan hastalık, geçicidir ve hasta belirli bir dönem sonra sağlığına kavuşur (59).

Kaynaklarda «maraz-ı mevt» veya «marazu'l-mevt» olarak geçen ölümle sonuçlanan hastalık ise, sonucunda ölümün vuku bulduğu hastalık türüdür ve hukukî açıdan buna bir takım hükümler bağlanmıştır. Ehliyet ârızaları içerisinde incelenen maraz-ı mevti, tasarruf ehliyetinin bulunmadığı yani ehliyetsizlik hallerinden biri olarak değil, tasarruf yetkisinin kısıtlanması, yani yetkisizlik başlığı altında incelemek daha doğru olur (60).

Tasarruf yetkisinin kısıtlandığı bir durum olan ölümle sonuçlanan hastalık, akıl hastalığı

---

(57) Günümüz hukukunda, bir kimsenin tasarruf yetkisine sahip olmadan yapacağı tasarruf işlemi ise, iyi niyetin bazı hallerde korunmasına ilişkin istisnalar bir tarafa bırakılırsa, geçersizdir. Bkz. **TEKİNAY** ve diğerleri, s. 60.

(58) **HACI ÂDİL**, s. 521; **ALİ HAYDAR**, C. II, s. 739.

(59) **SAVA PAŞA**, C. II, s. 325; **ZERKA**, C. II, s. 569-570; **REŞİD PAŞA**, C. VII, s. 149-150.

(60) Bkz. **ALİ HAYDAR**, C. IV, s. 153; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 194; **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 25-26; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 245-247; **ATAR**, Usûl, s. 151; **DÖNDÜREN**, Şahıs, s. 134-135; **REŞİD PAŞA**, C. I, 60, C. VII, s. 149; **HÂTEMÎ**, Vakıf, s. 94, dn. 31.

(delilik) ve baygınlık (iğma) gibi hastalıklara benzemez (61). Bunlardan nitelik itibariyle farklıdır. Zira bu tür hastalıklar, şöyle ya da böyle, kişinin fiil ehliyetinde bir takım değişikliklere neden olurlarken, ölüm hastalığı ne hak ne de fiil ehliyetini ortadan kaldırır; sadece hastanın bazı tasarrufları infaz olunmaz (62). Ölüm hastalığı, kişinin hak ehliyetine sahip olmasını engelleyemez. Zira, hayat devam ettiğine göre, hak ehliyetinin dayanağı olan zimmet yani kişilik mevcuttur ve dolayısıyla hak ehliyeti vardır. Söz konusu hastalığın fiil ehliyeti üzerinde de etkisi yoktur. Zira, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi temyiz kudretini ortadan kaldıran ve sefihlik gibi reşit olmayı engelleyen bir durum söz konusu değildir (63).

Ölüm hastalığına tutulmuş bir insanın, normal bir insan gibi davranamayacağı ve özellikle mirasçılar ve alacaklıların menfaatine zarar vereceği düşüncesiyle, hastanın sağlığında yaptığı tasarrufların ölümünden sonra geriye yürür şekilde iptal edilmesi imkanı tanınmıştır. Bilinen bir gerçektir ki, hastalığının ucunda ölümü fark eden kimsenin dünyaya bakış açısı değişir ve bazı yakınlarına, sevdiklerine daha cömert davranmak ister. Hastanın bu tür son duygularının alacaklı ve mirasçılarının haklarını zedeleyeceği endişesiyle tasarruf yetkisine bir sınırlama getirilmiştir. Sözü edilen sınırlama, kendini ancak ölümden sonra gösterebilir. Başka bir deyişle, mirasçı ve alacaklının hakkı terekeye bağlandığından, haklarının zedelendiğini ileri sürme yetkisi ölümden sonra doğar ve fakat etkisi hastalığın başlangıç anına kadar geriye yürür. Zira burada kısıtlanmanın illeti, kişinin ölümle sonuçlanan hastalığa maruz kalması olduğundan, kısıtlama, hastalığın başlangıcından itibaren söz konusu olur (64).

Bu durum, ölüm hastasının malvarlığındaki tasarruf yetkisinin kısıtlanmasından başka bir şey değildir (65). Ölüm hastasının tasarruf yetkisine getirilen sınırlamalar, esasen ölüm halet-i ruhiyesi içine giren kimsenin bu ruh hali ile normal olarak yapmayacağı davranışlarda bulunması ve bundan da mirasçılarının veya kendisiyle hukukî işlemde bulunan sair üçüncü kişilerin zarar

---

(61) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 270.

(62) **ZEYDAN**, Usûl, s. 106-107; **HACI ÂDİL**, s. 521; **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 270; **DÖNDÜREN**, Şahıs, s. 134.

(63) **ATAR**, Usûl, s. 151; **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 243; **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 104.

(64) **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 104; **HACI ÂDİL**, s. 522; **ZERKA**, C. II, s. 571; **BİLMEN**, C. VII, s. 310; **ATAR**, İcra, s. 409; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 325-327; **ALİ HAYDAR**, C. IV, s. 154; **REŞİD PAŞA**, C. VII, s. 149; **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 271.

(65) **ATAR**, İcra, s. 407.

görmesi ihtimali ve bu kimselerin haklarını koruma düşüncesidir (66). Hasta olan ve öleceğini zanneden bir kimsenin bu ruh hali içinde yapmış olduğu tasarruflar iki grup kimseye zarar verebilir: Eğer borçlu ise alacaklılarına, değilse mirasçılarına. İşte eski hukukumuzda, ölüm hastasının sonradan iptal edilmesi söz konusu olan tasarrufları da esas itibariyle bu iki gruba zarar vermesi söz konusu olan tasarruflardır (67).

bb. Tanım

Mecelle'nin 1595 inci maddesi maraz-ı mevti tanımlamıştır. Buna göre, "Maraz-ı mevt ol hastalıktır ki ekseriya onda ölüm korkusu olduğu halde hasta zükûrdan ise hanesi haricinde ve inasdan ise hanesi dahilinde olan mesalihini görmekten âciz olup bu hal üzre bir sene mürur etmeden vefat eyleye; gerek sahib-i firaş olsun ve gerek olmasın. Ve eğer marîzin marazı mümted olup da daima bir hal üzere bir sene geçerse ol marîzin marazı müşted ve mütegayyir olmadıkça sahih hükmünde olup tasarrufatı, sahihin tasarrufatı gibidir. Amma marazı müşted ve hali mütegayyir olup da bir sene geçmeden vefat ederse vakt-i tegayyurdan itibaren vefatına dek olan hali maraz-ı mevt addolunur".

Mecelle'nin tanımına göre, bir hastalığın ölüm hastalığı olması için her şeyden önce, onun, kişiye ölüm korkusu vermesi gerekir (68). Bu sebeple, savaş meydanında bulunan asker, sadece orada (yani savaş meydanında) bulunması sebebiyle maraz-ı mevte maruz kalmış kabul edilmez. Fakat kadın için doğum sancılarının başlaması, maraz-ı mevt hükümlerinin uygulanmasını gerektirir. Şu halde, bir hastalık veya halin ölüm hastalığı olabilmesi için, onun kişiyi ölüm korkusuna düşürmesi yani o hastalığın çoğunlukla ölümle sonuçlanması gerekir (69).

Zamanımızda oldukça yaygın olan örneğin kanser ve aids gibi bazı öldürücü hastalıklar da maraz-ı mevt olarak kabul edilmelidir. Her ne kadar, hasta son ana kadar kendi işini görebilir, hastalığın artması veya azalması söz konusu olmayabilir ve bir seneden fazla da devam edebilirse de bu tür hastalıklar, maraz-ı mevtin illetine uygun olduğu için maraz-ı mevt hükümlerine tabi olmalıdır. Zira ölüm hastalığının bir konu olarak kaynaklarda yer almasının sebebi, hastanın nasıl olsa öleceğim düşüncesiyle başkasının hakkını istismar etmemesi ve hastanın tasarruf

---

(66) **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 104; **REŞİD PAŞA**, C. VII, s. 149; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 245.

(67) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 271; **SAVA PAŞA**, C. II, 326; **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 25-26; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 246; **REŞİD PAŞA**, C. VII, s. 149.

(68) **MES'ÛD EFENDİ**, s. 600; **BİLMEN**, C. VII, s. 310.

(69) **REŞİD PAŞA**, C. VII, s. 150; **ALİ HAYDAR**, C. IV, s. 155.

yetkisine engeller konması olduğuna göre, insanın ölüm korkusuyla istismarda bulunabileceği bütün halleri maraz-ı mevt cümlesinden saymak tabii karşılanmalıdır.

Demek ki, ölüm hastalığı sadece hastalıklarda değil, hastalıklarla beraber aynı etkiyi gösterecek diğer durumlarda da söz konusudur. Hukukçular, ölüm hastalığına şu durumları örnek olarak vermişlerdir (70): Bir düşman ile mübareze için saftan ayrılıp çıkan kimsenin hali, savaş veya kıyasıya dövüşme hali, esirleri öldürmeyi âdet edinmiş kimselere esir olma hali, denizde vasıtanın alabora olması hali, yaygın şekilde insan ölümüne sebep veren bir vebanın çıktığı yerde karantina halinde bulunma, idamına karar verilmiş olma hali, yırtıcı hayvan pençesine düşme hali ve hamilelik halidir. Doktrindeki çoğunluk, hamilenin doğum sancısının başladığı andan itibaren ölüm hastası olduğunu kabul ederken, İmam Malik, hamileliği altıncı ayından itibaren ölüm hastası sayar.

Ancak, had ve kısas için ölüm cezasına mahkum olmak ile felç, kötürümlük, sel ve harp alanına gitmek gibi hususlar, bunlardan kurtulma ihtimali daha baskın olduğu için maraz-ı mevt olarak değerlendirilmez (71).

Hastalığın maraz-ı mevt olarak kabul edilmesi için gerekli olan ikinci şart, hastalığın, kişinin aslî görevleri yapmaya engel olmasıdır ki bu, hastanın kadın veya erkek olmasına göre değişiklik gösterir. Eğer hasta erkek ise, evin dışında yapacağı işleri, kadın ise evin içinde yapacağı işleri tabii bir surette yapabilmeye güç yetirememelidir (72). Örneğin, erkek hasta, öğretmen ise, okuluna gidemeyecek derecede, tüccar ise dükkanını açamayacak düzeyde hasta ise maraz-ı mevte mübtela kabul edilir. Şayet hasta, kadın ise, yemek pişirme, elbise yıkama veya ütüleme gibi ev işlerini yapamayacak kadar hasta olması maraz-ı mevt olarak kabul edilmesi için yeterlidir (73). Bu hastalığın tanımında çeşitli formüller ileri sürülmüş ise de bunlarda en önemli husus, hastalığın ekseriyetle ölüme götüren türden olması ile ölümün bu hastalığa bağlı olarak -araya

---

(70) Geniş bilgi için bkz. **MAHMESÂNÎ**, C. II, s. 390; **BİLMEN**, C. VII, s. 311-313; **ALİ HAYDAR**, C. IV, s. 155; **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 104; **MES'ÛD EFENDİ**, s. 600-601; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. II, s.117-118 .

(71) **REŞİD PAŞA**, C. VII, s. 150; **BİLMEN**, C. VII, s. 311.

(72) **MES'ÛD EFENDİ**, s. 600; **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 104; **BİLMEN**, C. VII, s. 310.

(73) **ALİ HAYDAR**, C. IV, s. 155; **MES'ÛD EFENDİ**, s. 600.

sıhhat girmeden- vukubulmasıdır (74).

Hastalığın maraz-ı mevt sayılmasının üçüncü şartı ise, hastanın acizlik halinde iken bir sene içerisinde ölmesi gerekir (75). Bu açıdan, eğer hastalık süresi, hastalık artmadan ve şiddetlenmeden uzarsa maraz-ı mevt olarak nitelenmez. Başka bir deyişle, hastalığın aynı şiddette devam etmesi şartıyla bir seneden fazla sürmesi halinde artık o kimse ölümle sona eren hastalığa yakalanmış bir kimse olarak kabul edilemez. Zira insan hastalıktan hâlî olmayacağından bu kadar hastalık, maraz-ı mevt sayılmaz (76). Şu halde, uzun süre devam eden hastalıkta bir kötüleşme görülürse, bir senelik süre bu kötüleşmeden itibaren hesap edilir (77). Bu arada belirtilmesi gereken bir nokta ise, ölüm hastalığına tutulmuş kişinin yatalak olması veya olmamasının önemli olmadığıdır.

Şayet hastalığın şiddeti bazen azalıp bazen çoğalmış ve hasta bir sene geçmeden ölmüşse maraz-ı mevt olarak kabul edilir ama bir sene geçtikten sonra ölürse maraz-ı mevt sayılmaz (78). Bir kimsenin hastalığı şiddetlendikten ve durumu değiştikten sonra bu hal üzere bir sene geçmeden vefat ederse, hastalığın şiddetlendiği veya durumun değiştiği andan itibaren ölümüne kadar süren dönem maraz-ı mevt sayılır. Yavaş yavaş artan bir hastalık söz konusu ise hastalık uzun seneler de devam etse ölümle sonuçlanan hastalık (ölüm hastalığı) kabul edilir (79).

Görüldüğü üzere, maraz-ı mevt, erkeği evin dışında kadını da evin içinde iş görmekten alıkoyan ve başladığı tarihten itibaren en az bir yıl içinde ölümle sonuçlanan hastalıktır. Bunu, insanı mutad işlerini yapmaktan alıkoyan ve bir seneyi geçmeden ölümle sonuçlanan hastalık olarak tanımlamak da mümkündür (80). Denilebilir ki, maraz-ı mevt, kişinin ölüm korkusu içerisinde bulunduğu ve neticede de öldüğü her haldir. Böyle bir hal bulunan kişiye de marîzu'l-mevt (ölümcül hasta, ölüm hastası) denir.

---

(74) **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 194; **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 104.

(75) **BİLMEN**, C. VII, s. 310.

(76) **ALİ HAYDAR**, C. IV, s. 156.

(77) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 245.

(78) **BİLMEN**, C. VII, s. 310; **ALİ HAYDAR**, C. IV, s. 156.

(79) **REŞİD PAŞA**, C. VII, s. 150-151.

(80) **ZERKA**, C. II, s. 569; **PAKALIN**, C. II, s. 407; **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 104.

cc. Ölüm Hastasının Tasarrufları

Bir hastalığın maraz-ı mevt (ölümle sonuçlanan hastalık) olup olmadığı, hasta olan kimsenin yukarıda belirtilen şartlar içinde ölmesi ile anlaşılır. Bu duruma göre, ölüm hastasının tasarruflarına sağlığında iken bir kısıtlama getirilmesi söz konusu değildir. Burada yapılacak olan ölüm hastasının sağlığında iken yapmış olduğu bazı tasarrufların ölümünden sonra iptal edilmesidir (81). Başka bir deyişle, ölüm hastalığı, kişinin belli tasarruflarına kısıtlama getirdiği ve hastalığın ölüm hastalığı olduğu sadece ölümle sonuçlandığında belli olduğu için, bu kısıtlama geriye dönük olarak iptal şeklinde düşünülmelidir.

Bilindiği gibi, ölen bir kimsenin mirasçısı, ölünün bıraktığı malda, İslâm hukukuna göre, ölümle birlikte cebren hak sahibi olur. Ölen kimse borçlu ise, alacaklısı da normal hak sahibidir (82). Hastalık ölümün sebebi olunca ve hükümler ilk sebebe bağlandığına göre, mirasçının ve alacaklının hakkı, o kimsenin hastalandığı andaki malına taalluk ediyor demektir (83). Ölüm hastasının, mirasçıların ve alacaklıların haklarını ilgilendirmeyen hususlardaki tasarrufları açısından kısıtlı olması sözkonusu değildir (84). Başka bir deyişle, ölüm hastasının kısıtlanması, mirasçılar ile alacaklıların haklarının korunması miktarınca muteberdir. Mirasçıların hakkı murisin bıraktığı malın üçte ikisi, alacaklıların hakkı ise, alacak terekenin tamamını kapsıyorsa terekenin tamamı, kapsamıyorsa alacak miktarı kadardır (85). Ancak her ne kadar hastalığın başlangıcında var görünüyorsa da, bu hak ölümle ortaya çıktığı için, kişi hayatta olduğu sürece tasarruftan men edilemez. Çünkü onun ehliyeti tamdır (86). Görüldüğü üzere, ölümle sonuçlanan hastalık, kişinin hukukî tasarrufta bulunma alanını daraltır ve bazı tasarruflarda bulunmasını önler (87).

---

(81) **ALİ HAYDAR**, C. IV, s. 154; **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 25; **ATAR**, İcra, s. 406-408.

(82) **HACI ÂDİL**, s. 521; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. II, s. 319-323.

(83) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 271; **SENHÛRÎ**, C. IV, s. 197.

(84) **SAVA PAŞA**, C. II, s. 326; **HACI ÂDİL**, s. 522; **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 481; **ZERKA**, C. II, s. 571; **BİLMEN**, C. VII, s. 310.

(85) **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 481; **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 271-272; **HACI ÂDİL**, s. 522-523; **ZEYDAN**, Usûl, s. 107.

(86) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 271.

(87) Bilindiği gibi İslâm hukuku, sağlıkta yapılan tasarruflar için günümüz hukukundaki "mahfuz hisse" hükümlerini tam olarak karşılayan hükümler getirmiş değildir. Bir kimse israfı dolayısı ile hacredilmedikçe, ölümünden ne kadar önce yapmış olursa olsun veya mirasçılarının ileride haiz olacakları hakları bertaraf etme kasdı bulunsun bulunmasın, sağlıkta yaptığı tasarruflarına herhangi bir itiraz yöneltilemez ve bunların tenkisine gidilemez. Fakat ölüme bağlı olarak yaptığı ve terekesinden yeri-

Maraz-ı mevtte yapılan kazandırmalar, sağlıkta hüküm doğurmak üzere yapılmış olsalar bile, mirasçıların menfaatine olarak bir miktar ile sınırlandırılır, kazandırmayı yapanın tasarruf nisabı ile bağlı kalınır (88).

Doktrindeki çoğunluk, ölüm hastasının yaptığı tasarruflardan bir kısmının geçerliliği (nefazı) (89) için alacaklıların ve mirasçıların icazetini ararken, bazı işlemlerinde bunu aramaz. Zahiriye mezhebi ise, ölüm hastasına mahsus hüküm ve kısıtlamaları kabul etmez, tüm tasarruflarını geçerli sayar (90).

Ölümle sonuçlanan hastalığa tutulan kişinin tasarruflarını, icazet gerektirmeyen ve gerektiren tasarruflar olarak iki ayrı başlık altında incelemekte yarar vardır.

aaa. İcazet Gerektirmeyen Tasarrufları

Ölüm hastasının alacaklıların veya mirasçıların icazetine gerek duymadan geçerli olan tasarruflarından ilki, kendi beşeri ihtiyaçlarını gidermeye yönelik olan ve terekeye de zarar vermek gayesi bulunmayan tasarruflarıdır. Ölüm hastasının kendisinin ve ailesinin normal ihtiyaçları için yapmış olduğu harcamalarla, kendi tedavisi için yaptığı tasarruflar herhangi bir sınırlamaya tabi değildir (91).

Ölüm hastasının, evlenme ve boşanma gibi aile hukukuyla ilgili yaptığı hukukî işlemler,

---

ne getirilmesi gereken kazandırmalarla maraz-ı mevtinde yaptığı kazandırmalarda durum aynı değildir. Ölüme bağlı tasarruflarda, mirasçılar, bugünkü mahfuz hisse kurumunun sağladığı bir korumaya benzer hükümlerle korunmuşlardır. Maraz-ı mevtte yapılan kazandırmalar da, aynı sınırlayıcı hükme tabidir. **ÖMER HİLMİ EFENDİ**, s. 79, m. 101; **ALİ HAYDAR,** Tertîbü's-Sunûf fi Ahkâmi'l-Vukûf, İstanbul 1338, s., s. 269, m. 531.

(88) Bu bir bakıma TMK.m. 507/3 deki hükmü karşılar. TMK.m. 507/3 de, zaman bakımından bir sınırlama getirilmiş, ölümünden geriye doğru bir yıl içinde yapılmış bulunan bağışlamalar tenkise tabi tutulmuştur. (Mecelle m. 1595'e göre de, bir yıldan fazla aynı şekilde süregelen hastalık halinde yapılan tasarruflar sağlık halinde yapılmış gibi sayılır. Fakat bir yıldan fazla süren hastalık sırasında, hastanın durumu değişir ve hastalık şiddetlenirse, bundan sonra yapılan tasarruflar maraz-ı mevtte yapılmış kabul edilir).

(89) Nefaz, hukuki bir tasarrufun sonuçlarını derhal doğurmasına denir. Nefaz şartları iki tanedir. Biri, akdin konusu üzerinde tasarrufta bulunan tarafın, söz konusu şeyin malikinin hukuki temsilcisi olması; diğeri ise, akdin konusu üzerinde başkasının hakkının olmasıdır. Bkz. **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 198.

(90) **EBÛ ZEHRA** Muhammed, el-Mülkiyyetü ve Nazariyyetü'l-Akd, Mısır 1939, s. 362; **ZEYDAN**, Medhal, s. 321; **BİLMEN**, C. VII, s. 313; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. II, s. 118-119.

(91) **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 105; **HACI ÂDİL**, s. 523; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 327; **ATAR**, Usûl, s. 151.

hâkim görüşe göre (92), geçerlidir (93). Evlenme konusundaki tereddüt, malvarlığını ilgilendirmesi sebebiyle, kadına verilen mehir konusunda kendisini gösterir. Geride alacaklısı veya mirasçısı bulunan ölüm hastasının, evlenirken karısına verdiği veya vermeyi taahhüt ettiği mehirin, mehri misilden fazla olmaması gerekir. Mehri misilden fazla olan mehir bir bağışlama kabul edilir ve onun için vasiyet hükümleri uygulanır (94). Bu hususu HAK.'nin 88 inci maddesi de belirtmektedir: "Bir kimse maraz-ı mevtinde tezevvüç eylediği surette mehr-i müsemmâ zevcenin mehr-i misline müsavi ise zevce onu terekesinden ahzeder. Ziyade ise fazlası hakkında vasiyet hükümleri cereyan eder".

Ölüm hastası eşini, ric'i talakla veya bâin talak olsa bile karısının rızasıyla boşayabilir. Karısının rızası olmadan bâin talakla yapılan boşama ise, hastalığının etkisiyle karısını mirastan mahrum etme düşüncesiyle tepkisel bir boşama olarak görülür ve hukukçular bunu bir hakkın kötüye kullanılması olarak kabul ederek boşanan kadının hakkını koruyucu bir takım tedbirler alırlar. Gerçi bu durumda da boşama geçerlidir ancak kadın iddet beklerken koca ölürse kadın sanki hiç boşanmamış gibi kocasına, doktrindeki çoğunluğa göre, mirasçı olur (95). Ancak iddet içinde koca değil de iddet beklemekte olan kadın ölürse, koca kendi irade beyanıyla karısını boşamış bulunduğundan bâin talakın normal sonucu işler ve koca karısına mirasçı olamaz. Ölüm hastasının muhalaa yoluyla boşanması da talak gibi geçerlidir. Fakat, kadın iddet içinde ölürse, kocası kadının vereceği hul' bedelini alamaz (96).

Ölüm hastasının alım satım, kira (icare) gibi iki tarafa borç yükleyen, karşılıksız kazandırma teşkil etmeyen ve kendisinde gabin bulunmayan işlemleri, bu işlemlerin malvarlığında

---

(92) İmam Malik, İslâm hukukundaki hâkim görüşün aksine, ölüm hastasının evlenmesinin geçerli olmadığı, karı ile kocanın aralarının ayrılması gerektiği ve karı ile kocanın birbirine mirasçı olamayacağı görüşündedir. Bkz. **MAHMESÂNÎ**, C. II, s. 145-146; **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 244.

(93) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 270-271; **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 105; **ALİ HAYDAR**, C. IV, s. 153; **BİLMEN**, C. VII, s. 315-316; **MAHMESÂNÎ**, C. II, s. 127 vd.; **SAVA PAŞA**, C. II, s.328.

(94) **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 105; **HACI ÂDİL**, s. 523.

(95) Buradaki mirasçılık, hakkın kötüye kullanılmasını önleme düşüncesiyle istisnaen kabul edilmiştir. Bu görüş Hanefilere aittir. Hanbeliler ise, bu konuda Hanefilerden de ileri giderek sadece koca kadının iddet süresi içinde değil, iddet bittikten sonra da ölse kadının boşayan kocasına mirasçı olduğunu söylerler. Yeter ki kadın iddeti bittikten sonra bir başka erkekle evlenmiş olmasın. Bu konuda en uç görüş ise Malikilere aittir. Onlara göre bu durumdaki kadın başka bir erkekle evlenmiş bile olsa eski kocasına mirasçı olur. Şafiiler ise, bain talak mirasçılığa engel olduğu için, bu boşama ölümle sona eren hastalık sırasında da olsa, kadının kocasına mirasçı olmasını kabul etmezler. Bkz. **MAHMESÂNÎ**, C. II, s. 146; **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 105.

(96) **ZEYDAN**, Medhal, s. 321; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 247.

kural olarak bir eksiltme yapmamasından dolayı, izin veya icazete gerek duymaksızın geçerlidir (97). Bu hususu Mecelle 394 üncü maddesinde hükme bağlamıştır: "Maraz-ı mevtinde iken marîz hin-i vefatında kendisine vâris olmayan birine semen-i misliyle bir şey satsa sahih ve muteber olur. Ve eğer muhâbât yani semen-i mislinden noksan ile bey' ve teslim ettikten sonra fevt olsa sülüs-i mâlı muhâbâta müsait olduğu takdirde bey' yine sahih ve muteber olur. Ve sülüs-i mâlı muhâbâta müsaid olmadığı suretde mikdar-ı noksanı müşteri ikmale mecbur olur. Ve ikmal etmezse verese bey'i fesh edebilir. Meselâ bin beş yüz kuruş kıymetli bir haneden başka nesneye malik olmayan marîz, marazı mevtinde ol hanesini varisi olmayan bir kimseye bin kuruşa bey'i ve teslim ettikten sonra fevt olsa muhâbat etmiş olduğu beş yüz kuruş sülüs-i mâle müsaid olmağla bey'i sahih ve muteber olup verese bu bey'i feshedemez. Ve eğer mariz ol haneyi beş yüz kuruşa beyi' ve teslim etmiş olsa muhâbât etmiş olduğu bin kuruş sülüs-i mâlin iki katı olmağla verese müşteriye semeni mebii sülüsani kıymetine iblâğ et deyu teklif ettiklerinde müşteri nâkıs olan beş yüz kuruşu verirse verese bey'i feshedemez ve eğer vermez ise bey'i fesh ile haneyi istirdad edebilirler". Görüldüğü üzere, ölüm hastasının yaptığı tasarruf ivazlı tasarruflardan ise, bunlar mirasçıların hakkına tecavüzü ihtiva etmediğinden, geçerli kabul edilir. Ancak geçerlilik için kötü niyetle ve mirasçı ile alacaklıların zararına hareket edilmemiş olması şarttır.

Ölüm hastasının yaptığı şirket ve mudarebe akitleri de -bunlarda aldanma olsa bile- geçerlidir (98). Aynı şekilde ölüm hastası, hibe ve âriyet (iâre) gibi bir malın menfaatinin karşılıksız devri sonucu doğuran hukukî işlemleri de yapabilir. Hatta karşılıksız olarak malını kullandırabilir. Zira bu tür sözleşmeler de ölümle birlikte sona erer ve bu sebeple alacaklılar bu sözleşmeler sebebiyle zarar görmüş olmazlar (99).

Ölüm hastasının, mirasçısı olmayan birine yaptığı ikrar (100), tüm malvarlığı değerinde olsa bile geçerlidir ve yerine getirilmesi gerekir. Bu hususu 1601 inci maddesinde Mecelle şöyle ifade etmektedir: "Marîzin maraz-ı mevtinde ecnebîye yani kendisine vâris olmayan kimseye gerek ayn ve gerek deyn ikrarı cemi' emvalini muhît olsa bile sahih olur". Yine mirasçıya yapılan emanet ikrarının geçerli olduğu da m. 1598'de belirtilmektedir: "...ve bir de vârise emânet ikrarı her halde sahihtir..."

---

(97) **KARAMAN**, Mukayeseli, C. II, s. 118-119; **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 105; **BİLMEN**, C. VII, s. 314; **MAHMESÂNÎ**, C. II, s. 127-128; **ALİ HAYDAR**, C. IV, s. 154; **ATAR**, İcra, s. 408.

(98) **ŞEKERCİ**, Şirketler, s. 261-262.

(99) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 246; **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 105; **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 26; **ALİ HAYDAR**, C. IV, s. 154.

(100) Mecelle m. 1572'ye göre «ikrar», bir kimsenin diğerinin kendisinde bir hakkı olduğunu haber vermesidir. Ayrıca bkz. **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. VIII, s. 183; **TÜRK HUKUK LÛGATI**, s. 156.

(101). Şu halde, kural olarak, ölüm hastasının istismar konusu olmayan olağan tasarrufları geçerlidir.

bbb. İcazet Gerektiren Tasarrufları

Ölüm hastasının icazete gerek duyan hukuki işlemlerinden ilki vakıf kurma muamelesidir. Ölüm hastasının yaptığı vakıf, terekenin üçte biririni aşarsa, mirasçıların icazet vermeleri gerekir (102). Bu icazet ölümden itibaren verilmelidir. Mirasçılar üçte birden fazla olan miktara icazet vermez iseler, vakıf ancak üçte bir miktarı için geçerli olur. Üçte biri aşan miktar için mirasçılardan yalnız bir kısmı icazet verdiği taktirde, onların hissesi de üçte bire eklenerek vakfedilmiş sayılır (103). Şu halde, vasiyet yoluyle yapılan vakıf icazet verilmedikçe terekenin üçtebirinde geçerli olur ve birden fazla mirasçı varsa bunlardan yalnız birisine yapılan vakıf da aynı şekilde diğer mirasçıların icazetine bağlı tutulur (104).

Ölüm hastalığı sırasında yalnız bazı mirasçıların yararlanabileceği bir vakıf yapılmış ise, bu vakıf için -üçte bir müsait olsa bile- diğer mirasçıların icazeti lazımdır (105). Maraz-ı mevtte yapılan vakıf, vasiyet yolu ile yapılmış diğer kazandırmalara (muayyen mal vasiyetlerine) üstün tutulmaz. Toplam olarak hepsi üçte bir miktarını aşıyorsa, üçte biri aşan miktar, değerleri ile orantılı olarak vakıftan ve diğer kazandırmalardan indirilir. Ancak belirtilmelidir ki, sıhhat halinde yapılmış vakfin maraz-ı mevtte tescil edilmesi, onu maraz-ı mevt hükümlerine tabi kılmaz ve sözkonusu vakıf, vasiyet hükmünde sayılmayıp, terekenin tamamında geçerlidir (106).

Ölüm hastasının, mirasçılardan biri için yaptığı ikrar, diğer mirasçılarının icazetine bağlıdır

---

(101) **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 108; **REŞİD PAŞA**, C. VII, s. 157-159.

(102) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. V, s. 38-39; **BİLMEN**, C. VII, s. 313; **ALİ HAYDAR**, Ahkâmü'l-Vukûf, s. 271, m. 537; s. 277, m. 548.

(103) **ALİ HAYDAR**, Ahkâmü'l-Vukûf, s. 272, m. 538; (Hayatta kalan karı icazet vermediği takdirde altıdabir pay alıp, terekenin geri kalanı vakfa ait olur: m. 545. Kocanın aynı durumda alacağı pay, üçtebirdir: m. 546).

(104) **KADRİ PAŞA**, m. 537, s. 71; **BERKİ/ HÂMİDÎ**, s. 94-95; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. V, s. 38-39.

(105) Böyle bir vakıfta, yararlanacak mirasçının vefatından sonrası için başka bir hayır ciheti gösterilmiş ise, diğer mirasçıların icazet vermeleri halinde bu vakıf bâtıl olmaz, diğer mirasçılar da vakfedilen malın menfaatinden yararlanırlar ve onların vefatında, onların payından da, tayin edilen mirasçılar yararlanır. Meşrutünleh olan mirasçı ölünce de, onun payı, ikinci derecede meşrutünleh olan hayır cihetine ait olur. İkinci derecede böyle bir hayır ciheti gösterilmiş değilse, diğer mirasçıların icazet vermemeleri halinde vakıf tamamen bâtıl olur. Bkz. **ALİ HAYDAR**, Ahkâmü'l-Vukûf, s. 285, m. 554.

(106) **ALİ HAYDAR**, Ahkâmü'l-Vukûf, s. 286, m. 556-557.

(107). Bu husus Mecelle'de (m. 1598) şu şekilde ifade edilmiştir: "Bir kimse maraz-ı mevtinde vârislerinden birine bir ayn yahut deyn ikrar ettikten sonra fevt olsa diğer vârislerin icâzetine mevkuftur. Anlar mucîz olursa anın ikrarı dahi muteber olur. Ve eğer anlar mucîz olmazsa anın ikrarı dahi muteber olmaz. Şu kadar var ki mukirrin hayatında diğer vârisler anı tasdik etmişlerse vefatından sonra anlar bu tasdiklerinden rücu edemeyip ol ikrarı muteber olur...".

Ölüm hastasının mirasçıları ile yapmış olduğu ivazlı akitleri ise, Ebu Hanife'ye göre, diğer mirasçıların icazetine bağlıdır. Mecelle'nin esas aldığı bu görüşe göre (m. 393), "Bir marîz maraz-ı mevtinde iken veresesinden birisine bir şey satsa diğer varislerin icâzetine mevkuf olup marîzin vefatından sonra icâzet verirlerse nâfiz olur, vermezlerse nâfiz olmaz". Ancak diğer mezhep hukukçularına ve Hanefilerden Ebû Yusuf ve Muhammed'e göre, mirasçılardan biriyle yapılan hukukî işlemler rayiç bedelle olmak şartıyla diğer mirasçıların rızalarını almaksızın yapılabilir (108). Ölüm hastasının alım satım gibi ivazlı akitlerinde ise, eğer terekesi borca batık ise yani borcu malvarlığına denk veya daha fazla ise, emsal kıymetinden daha aşağı bir bedelle satış yaptığı takdirde, alacaklılar, malı düşük fiyatta satın alan kişiye emsal kıymetini tamamlattırırlar. Şayet müşteri tamamlamazsa, sözleşmeyi fesh edebilirler. Bu hususu da Mecelle m. 395 açıklığa kavuşturmuştur: "Terekesi müstağrak-ı düyûn olan kimse maraz-ı mevtinde malını semen-i mislinden noksan ile satıp da fevt olduğu suretde dâyinleri mebi'in semen-i mislini müşteriye ikmal ettirirler ve ikmal etmezse bey'i fesh edebilirler".

Ölüm hastasının, hibe (bağışlama), vasiyet, vakıf ve köle azadı gibi teberru kabilinden ivazsız (karşılıksız) tasarrufları, eğer mirasçılardan biri lehine yapılmışsa diğer mirasçıların icazetine bağlıdır (109). Şayet mirasçılardan başkasına yapılmışsa, malvarlığının üçtebiri oranında geçerlidir. Başka bir deyişle, yapılan bağış veya kurulan vakfa tahsis edilen mal, malvarlığının üçte birini aşıyorsa, aşan kısım mirasçıların rızasıyla geçerlilik kazanır (110). Mirasçılar razı değillerse aşan kısım hükümleri geriye dönük olarak iptal edilir. Şayet malvarlığı borçlarını karşılamıyacak derecede borca batık ise, ölüm hastasının mirasçılara veya başkasına yaptığı hibe, alacaklıların icazetine kadar askıda (mevkuf) kalır; icâzet verilirse, tasarruf nâfiz (geçerli),

---

(107) **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 108; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. VIII, s. 240 vd.

(108) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 271-272; **ALİ HAYDAR**, C. I, s. 660-661; **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 107; **MAHMESÂNÎ**, C. II, s. 138; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. II, s. 118.

(109) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. IX, s. 326, C. XIII, s. 273; **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 106.

(110) **MECELLE** m. 879; **MES'ÛD EFENDİ**, s. 307; **ALİ HAYDAR**, C. II, s. 742-743; **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 271-272; **SEYDİŞEHRÎ**, Usûl, s. 482; **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 106.

verilmezse geçersiz olur (111). Demek ki, ölüm hastası borçlu olmadığı takdirde, teberru kabilinden olan tasarrufları sadece mirasçıların icazetine bağlıdır. Söz konusu tasarruf, mirasçılardan biri lehine yapılmışsa, terekenin üçtebirini aşıp aşmadığına bakılmaksızın diğer mirasçıların icazetine bağlı olur.

Eşinden başka mirasçısı bulunmayan kişi tüm malını eşine hibe edebileceği gibi, hiç mirasçısı olmayan kimse de, tüm malını herhangi birisine hibe edebilir (112). Bu hüküm hazineyi mirasçı saymayanların esaslarına göredir ki Hanefiler bu sınıftandır. Ama Şafiiler gibi hazineyi mirasçı sayanlara göre söz konusu hibeler geçersizdir (113).

Görüldüğü üzere, ölüm hastasının malvarlığı borca batık değilse, bu durumda hibe gibi karşılıksız kazandırmaları vasiyet hükmündedir. Mirasçıya yapılmışsa tamamı, yabancılara yapılmışsa üçte biri aşan kısmı, mirasçılarının, rızasıyla geçerli hale gelir (114).

Ölüm hastası, mirasçılar arasında bulunmayan bir borçluyu ibra (115) etse bu ibra, Mecelle m. 1570 hükmü gereği, aynen vasiyet gibi, malının üçte birinden geçerli olur. Bunu aşan kısımda mirasçıların icazeti aranır. Bunun gibi mirasçılardan birinin borcundan ibra edilmesi de diğer mirasçıların icazetine bağlıdır (116). Bunun gibi, terekesi borca batık olan ölüm hastasının alacaklarını ibra etmesi durumunda, bu ibra alacaklıların icazetine bağlıdır. Bu noktada ibra meblağının üçtebirden az veya çok olması önemli değildir. Çünkü üçtebirlik vasiyet imkanı, borçların ödenmesinden sonra ortaya çıkar (117).

Denilebilir ki, ölüm hastasının ikrarı, ibrası ve vakfi vasiyet gibi değerlendirilir ve vasiye-

---

(111) **MECELLE** m. 880; **ALİ HAYDAR**, C. II, s. 747-748; **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 106; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 194.

(112) **MECELLE** m. 877-878.

(113) **ALİ HAYDAR**, C. II, s. 740.

(114) **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 26.

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

(115) Tek taraflı bir irade beyanıyla yapılan ve borcu sona erdiren sebeplerden biri olan «İbra» genel olabileceği gibi, belirli bir konuda da olabilir ve, biri «ibra-yı iskat», diğeri «ibra-yı istifa» olmak üzere iki kısma ayrılır. İbra-yı iskat, bir kimsenin diğer birinde olan hakkından tamamen veya kısmen vazgeçmesidir. İsra-yı istifa ise, bir kimsenin diğer birinde olan hakkını almış olduğunu itiraf ve ikrar etmesidir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **MECELLE** m. 1536-1558; **ALİ HAYDAR**, C. IV, s. 12 vd.; **REŞİD PAŞA**, C. VII, s. 88 vd.; **ZEBÎDÎ**, C. VIII, s. 110.

(116) **REŞİD PAŞA**, C. VII, s. 119; **ALİ HAYDAR**, C. IV, s. 87.

(117) **MECELLE** m. 1571; **ALİ HAYDAR**, C. IV, s. 89.

tin hükümlerine tabi olur ve ölüm hastasının, mirasçıların veya alacaklıların zararına sonuç verebilecek tasarrufları, onların icazetine bağlıdır. Bu tasarruflar da yine üçtebirlik vasiyet hakkı ile beraber düşünüldüğünde söz konusu tasarrufların terekenin üçtebirinden fazla olan kısmında hak sahiplerinin, tasarrufu iptal etme, kısıtlama veya kabul etme ihtimalleri ortaya çıkar.

C. Akdî Sorumluluk Ehliyeti

Eski hukukumuzda akdî sorumluluk ehliyetini incelemeden önce akdî sorumluluk teorisi hakkında bilgi vermek gerekir. Bilindiği üzere, aktin, sınırları belirlenir ve konusu yerine getirilir, haklar alınır, borçlar ödenirse taraflar arasında akdin doğurduğu hukukî bağ sona erer; akdin hüküm ve sonuçları fiilen gerçekleşmiş olur. Ancak ifa her zaman bu şekilde gerçekleşmez; bazen verme şeklinde gerçekleşecek bir borcun ifası ya hiç yapılmamış yahut da geç yapılmış olur. Yapmakla gerçekleşecek bir ifa ya hiç yapılmamış ya da zamanında yapılmamış olabilir. Bu durumlarda alacaklı tarafın zarara uğraması, borçlu tarafın da bundan sorumluluğu söz konusudur. Genellikle tazminat şeklinde kendini gösteren bu sorumluluk "akdî sorumluluk"tur. Akdî sorumluluktan söz edebilmek için, akdî kusurun bulunması, zararın ortaya çıkması ve kusur ile zarar arasında illiyet bağının gerçekleşmesi gerekir (118).

Akdin taraflarından biri olan borçlu, akdi ifa etmediği zaman, akdî kusur işlemiş sayılır. İfa edilmeme sebebi, borçlunun kastına, ihmaline veya kasıt ve ihmal söz konusu olmaksızın fiiline dayanabilir; yani akdin yüklediği borç ifa edilmemiş ise ortada kusur var demektir. Borcun ifa edilip edilmediğini belirleyebilmek için, akit ile nelerin borçlanılmış bulunduğunun ve borcun kapsamının belirlenmesi gerekir. Eğer bir sonuçlandırma borcu söz konusu ise (119), bunun yerine getirilmesi şarttır. Örneğin, satıcının, mebiin mülkiyetini, müşteriye nakil borcu, ancak fiilen mülkiyetin müşteriye intikali ile tamam olur. Mülkün intikalini önleyen sebep ne olursa olsun bu sonuç hasıl olmadıkça satıcı akdi kusur içindedir (120). Gayret sarfetme borcu

---

(118) **KARAMAN**, Akid, s. 255.

(119) Sonuçlandırma borcu içine şu hususlar girer: Satıcının, malın mülkiyetini nakil ve malı teslim borcu, satıcının istihkak ve kusurlu çıkmadan kaynaklanan tazminat borcu, kiraya verenin kiracıya menfaati nakil borcu, kiraya verenin istihkak ve kusurlu çıkmadan mütevellit tazminat borcu, teslim borcu, belli bir işi yapma borcu. Bu hususlarda geniş bilgi için bkz. **SERAHSÎ**, Mebsût, C. XIII, s. 9; **MECELLE** m. 293, 294, 297, 298, 514, 516, 610, 611. **ALİ HAYDAR**, C. I, s. 459-466, 468-473, 846-851, 975-983; **REŞİD PAŞA**, C. II, s. 154-158, 170-171; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. II, s. 420-423.

(120) **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 131.

söz konusu ise (121), normal bir insanın –işin niteliğine göre- yapabileceğini yapması yeterli olduğuna göre, borçlu bunu yapmadığı taktirde taksir (teaddi) içindedir. Başka bir deyişle, bir akitle borçlanmış bulunan kimse, teammüd veya teaddi ile (122) meydana gelen kusurundan sorumludur, bu takdirde akdî sorumluluğu vardır (123).

Akdî sorumluluğun ikinci şartı olan zarar, eski hukukumuzda ekonomik değer kaybı olarak değerlendirilir. Zarara uğrayan nesnenin tazmin konusu olabilmesi için dinî-hukukî bakımdan ekonomik değer taşıması ve bazı mezheplere göre kendi başına var olabilmesi gerekir (124). Başka bir ifadeyle, tazmin edilecek şeyin, bizzat değer taşıyan, -para ve mal karşılığı şeklinde- kıymeti olan bir mal olması gerekir. Ayrıca bu mal ile, tazminat olarak verilen bedel arasında denklik bulunmalıdır. Bir maldan (evden, dükkandan, hayvandan, arabadan) elde edilen menfaatin, kendi başına var olamadığı için tazmin konusu olup olamayacağı tartışılmıştır. Hanefiler, bazı istisnalar dışında menfaatin tazmin konusu olmayacağını ileri sürmüşler; Şafiiler ise, mesela gasbedilen maldan elde edilen menfaatin mal sahibine ödenmesi gerektiğini ileri sürerek bu konuda ileri bir adım atmışlardır. Bunun yanısıra, zarara uğrayanın, kaybettiği malından başka uğradığı zarar ile kaybettiği kâr da tazmin edilmez. Örneğin, bir kimsenin, bir evi tazmin borcu söz konusu olsa, yalnızca evin kıymetini ödemesi gerekir. Bunun dışında ev sahibinin bir süre evden yararlanamadığı için uğradığı zarar ile, bu evi değeri pahasına satıp bununla kârlı bir iş yapması ihtimaline binaen kaçırdığı kazancı ödemez (125).

Borçlunun borcunu ya tamamen ya kısmen yahut zamanında ifa etmemesi olan kusurun akdî sorumluluğu gerektirebilmesi için karşı tarafa zarar vermesi ve bu zarar ile kusur arasında illiyet bağının bulunması; yani zararın bu kusurdan ileri gelmiş olması gerekir. Mücbir sebep,

---

(121) Gayret sarfetme borcu çerçevesine şu hususlar girer: Kiracının kiraladığı şeyi koruma borcu, kendisine koruması için bir şey bırakılan (vedia, ida) kimsenin borcu, âriyet yoluyla alınan şeyin muhafazası borcu, alacağına karşı rehin alanın (mürtehin), aldığı rehnin alacağına tekabül eden kısmından geri kalan borcu ve vekilin müvekkili namına yapacağı işlerdeki borcu. Bkz. **KARAMAN**, Mukayeseli, C. II, s. 426-427.

(122) Teammüd bilerek ve isteyerek zarara sebebiyet vermek; teaddi ise, normal bir insanın yapacağını yapmamaktır. Bkz. **KARAMAN**, Mukayeseli, C. II, s. 424-425.

(123) **SCHACHT**, İslâm Hukuku, s. 154-155.

(124) **KARAMAN**, Akid, s. 255.

(125) **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 131; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. II, s. 428.

zarara uğrayanın kendi kusuru ve başkasının hatası gibi durumlar illiyet bağını keser (126).

Eski hukukumuzda akdî sorumluluk kapsamında, sağlam olarak kurulmuş bir akdin hukukî sonuçlarının yanında, bâtıl (127) ve fâsit (128) akitlerin hukuki sonuçları üzerinde de durulmuştur. Bâtıl akde iki açıdan bakılmıştır. Maddi bir vakıa olarak bakıldığında bâtıl akit, örneğin bir evlilikte –evli olduklarını zannederek birleştikleri için- tarafların zina yapmış sayılmamaları, doğan çocuğun nesebinin sahih olması, bir nevi mehir ve iddetin gerekli olması gibi sonuçlar doğurmaktadır (129). Bu tasarrufa bir akit olarak bakıldığında, Hanefiler'e göre bâtıl satım akdinde satılan mal, alıcı tarafından bir üçüncü kişiye satılsa dahi butlan ortadan kalkmaz, mal ve bedel ikinci alandan ve satandan geri istenir. Malikiler'e göre bu durumda ve benzerlerinde üçüncü kişiler korunur, akit konusu mal onlardan geri alınmaz; ancak ikinci satıcıdan malın kıymeti veya misli talep edilebilir (130). Hanefiler dışında kalan hukukçulara göre fâsit ile bâtıl arasında fark yoktur. Hanefiler'e göre, ibadetlerde ve evlenme aktinde fâsit ile bâtıl aynı hükümdedir. Diğer hukuki tasarruflarda fâsit bâtıldan farklıdır (131). Akdin fesadını gerektiren vasıf ortadan kalkarsa akit sıhhat kazanır. Fâsit akit mülkiyeti nakletmez, ancak buna konunun ifası da eklenince (örneğin satım aktinde mal ve bedel alınıp verilince) mülkiyet de intikal eder; yalnız akit yine de feshedilmeye mahkumdur. İfadan sonra akid konusunun yeni bir akitle el değiştirmesi yahut önemli ölçüde değişikliğe uğraması halinde birinci akdin (fâsit aktin) feshedilme kabiliyeti de ortadan kalkmış olur (132).

Görüldüğü üzere, akdî sorumluluğun söz konusu olabilmesi için kişinin her şeyden önce bir akit ile borç altına girmesi gerekir. Borç altına girecek tarzda akit yapabilmek için de fiil

---

(126) **KARAMAN**, Mukayeseli, C. II, s. 434-435.

(127) Bâtıl akit, in'ikad ve sıhhat şartları bulunmayan akittir. İn'ikad, hukuki sonuç doğuracak şekilde meşru usule uygun olarak irade beyanının açıklanması yani akdin kurulması demektir. Bunlar irade beyanıyla ilgili şartlar, tarafları ilgilendiren şartlar, akit meclisine ilişkin şartlar ve akdin konusu ile ilgili şartlardan oluşmaktadır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 187-196.

(128) Fâsit akit, in'ikad şartları tam ancak sıhhat şartları eksik olan akittir. Sıhhat şartları, akitlerin kurulmasına değil, sağlam doğmasına vesile olan ve bulunmadığı zaman akdi sakatlayan şartlardır. Bunlar daha çok akdin aslını ve mahiyetini değil, vasıflarını ilgilendirir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 196-198, 202-203.

(129) **CİN**, Evlenme, s. 148-155; **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 91-92, 201.

(130) **KARAMAN**, Akid, s. 256.

(131) **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 202.

(132) Bkz. **MECELLE** m. 372; **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 202-203.

ehliyetine sahip olunması şarttır. O halde akdî sorumluluk ehliyeti, fiil ehliyetinin bir alt görünümünü oluşturur.

IV. FİİL EHLİYETİNİN DAYANAĞI

Bilindiği gibi, fiil ehliyeti, kişinin doğrudan kendi fiilleriyle (eylemleriyle) kendi lehine haklar ve aleyhine borçlar oluşturabilmesi yeteneğidir (133). Bu yönüyle fiil ehliyeti, hak ehliyetinden farklı olarak, sırf insan olmanın neticesi değil, akıl sahibi olma unsurunun da arandığı bir ehliyettir. Dolayısıyla, sadece, "mümeyyiz" olanlar, yani bir hukukî işlemde lehine ve aleyhine olan hususları fark edebilecek kabiliyette olan insanlar bu ehliyete sahip olabilir. Demek ki, bu ehliyet için sağ olmak yeterli değil, temyiz kudretine sahip bulunmak da gereklidir (134). Şu halde fiil ehliyetinin temeli "akıl"dır (135).

Fiil ehliyetinden söz edebilmek için, kişinin, aklın göstergesi veya görüntüsü durumunda olan idrak ve temyiz kabiliyetine sahip olması gerekir. Doktrinde bu ehliyeti, bazıları aklın varlığına, bazıları idrakin mevcudiyetine, bazıları da iradeye dayandırırlar. Akıl, idrak ve irade birbirine çok yakın ve bağlı kavramlar olduğu için, birbirinin yerine kullanılmaları da alışılagelmiş bir durumdur. Ancak, akıl melekesi temel kabul edilir ve diğer kavramlar da onun görünümü ve özelliği şeklinde değerlendirilirse daha doğru bir yaklaşımda bulunulmuş olur (136).

Sözlükte "menetmek, engellemek, alıkoymak, bağlamak" gibi anlamlara gelen akıl (137) değişik şekillerde tanımlanmıştır. Bir görüşe göre akıl, bir cevheri mücerrettir (138). Tercih edilen görüşe göre ise akıl, insan nefsinin yani ruhun bir kuvvetidir ki, insan o sayede nazari

---

(133) **SCHWARZ**, Medeni Hukuk, s. 127; **ZEVKLİLER**, Kişiler, s. 43.

(134) **KARAMAN**, Fıkıh Usûlü, s. 177; **ZEYDAN**, Usûl, s. 93.

(135) Günümüz hukukunda da fiil ehliyetinin dayanağı, akıl ve temyiz gücüdür. Temyiz gücü olmayan kişinin sözleri, hukuki bir sonuç doğurmayacağı gibi, davranış ve işlemlerin sonucunu kavrayamayan kişilerin işlemleri de geçerli olmaz. Haksız fiil sorumluluğuna karar verebilmek için de, doktor raporuyla, kişinin temyiz gücünün tesbiti aranmaktadır.

(136) **BUHÂRÎ**, s. 248; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 180.

(137) **BOLAY** Süleyman Hayri, Akıl, DİA, C. II, İstanbul 1989, s. 238.

(138) Bu konuda geniş bilgi için bkz. **YAVUZ** Yusuf Şevki, Akıl, DİA, C. II, İstanbul 1989, s. 242; **HACI ÂDİL**, s. 498.

ilimleri öğrenmeye muktedir olur (139). Başka bir deyişle, Allah tarafından, insana emanet olarak verilmiş olan bu kuvvet vasıtasıyla insan, ilimleri iktisap yani tahsil eder(140).

Hukukçular, fiil ehliyetinin temeli olarak gördükleri aklı, fonksiyonu itibariyle dört dereceye ayırmışlar ve fiil ehliyetinin hangi derece ile bağlı olduğunu ortaya koymaya çalışmışlardır. Aklın dört aşaması vardır: Akl-ı heyûlânî, akl-ı bi'l-meleke, akl-ı bi'l-fiil ve akl-ı müstefad (141).

Bunlardan ilki akl-ı heyûlânî (bi'l- kuvve akıl) aşamasıdır. Bilindiği gibi, şekli kabul eden asıl maddelere heyûlâ denir. Akl-ı heyûlânî, aklın, insanın ilk yaratılışında bilgisiz olduğu fakat bu bilgileri ileride elde etmeye yetenekli bulunduğu aşamasıdır. Bilginin elde edilmesinde ruhun sahip olduğu güç olarak tanımlanan akıl, başlangıçta hiç bir şeyi algılayamaz. Dış dünya ile ilgili nesneler bu aşamada akılda sadece şekillenirler. Yeni doğan çocuğun yazı yazma yeteneğinin bulunmaması da buna örnek olarak verilir (142).

İkinci aşama ise, akl-ı bi'l-meleke (meleke akıl) aşamasıdır. İnsan, belirli bir dönem sonra zorunlu ve öğrenilmesi kolay olan şeyleri idrak edebilir, ilimleri de öğrenmeye elverişlidir. Örneğin, okur yazar olmayan bir kimsenin yazmayı öğrenmesi yeteneği akl-ı bi'l-meleke sayesindedir. İnsanın, zarar ve ziyanı idrak etmesi ve bunları uygulamaya koyabilmesi bu aşamada gerçekleşir. Bu aşamada insan, teoriyi pratiğe çevirme yeteneğine sahip olur (143). Başka bir deyişle, akl-ı bi'l-meleke, bilginin unsurlarında veya prensiplerinde geçerli olan akıldır (144).

Üçüncü sırada ise akl-ı bi'l-fiil (fiili akıl) aşaması vardır. İnsan, bu aşamada akl-ı bi'l-meleke ile öğrendiklerini istediği zaman (yeniden öğrenmeye gerek kalmadan) onları hatırlama özelliğini kazanır. Teoriyi istediği zaman pratiğe çevirebilen bu akıla, ancak bir takım şeyleri önceden öğrenmiş olanlar sahip olabilir. Örneğin, yazmayı bilip de yazmayan kimsenin yeteneği

---

(139) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 239-240; **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 468-469, dn. 1; **BİLMEN**, C. I, s. 227; **HACI ÂDİL**, s. 500.

(140) İnsan (nefs-i nâtıka, ruh) için iki kuvvet vardır. Biri, mebde-i idrak (kuvve-i nazariyye, akl-ı nazarî); diğeri, mebde-i ef'al (kuvve-i ameliyye, akl-ı amelî)dir. Bkz. **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 239-240; **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 468-469, dn. 1.

(141) **DE BOER** T.J., Akıl, İA, C. I, İstanbul 1993, s. 238; **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 468-469, dn. 1; **BİLMEN**, C. I, s. 227; **REŞİD PAŞA**, C. I, s. 56. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **BOLAY**, s. 239-242.

(142) **REŞİD PAŞA**, C. I, s. 56; **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 239; **HACI ÂDİL**, s. 501; **DE BOER**, s. 238.

(143) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 239-240; **BİLMEN**, C. I, s. 227; **REŞİD PAŞA**, C. I, s. 56.

(144) **DE BOER**, s. 238.

bu aşamadaki aklın sonucudur ki istediği zaman yazabilir (145).

Son sırada ise, akl-ı müstefad (akl-i fa'al, yararlanılan akıl) aşaması bulunur. Bu aşamadaki akıl ile kişi, bir şeyi müşahede ettiğinde derhal öğrenir. Teorinin fiilen pratiğe dönüştüğü dönem "yararlanılan akıl" dönemidir. Akl-ı bi'l-fiil ile akl-ı fa'al karıştırılmamalıdır. Akl-ı bi'l-fiil, faaliyeti anında beşerî akıldır; diğeri ise, beşerî akıldan üstün ve daima faaldir. Katibin yazı yazarken bulunduğu durumda akl-ı müstefad söz konusudur (146).

Teklif, akl-ı bi'l-meleke ile mümkün olabilir (147). Başka bir deyişle, mükellefin akl-ı bi'l-melekeyi haiz olması yükümlülük ve sorumluluk için şarttır (148). İnsanlar arasında, akl-ı bi'l-melekenin gerek ortaya çıkması gerek devamı ve gerekse bulunduğu miktar açısından farklar vardır. Herhangi bir kimsenin aklının, teklifin dayanağı derecesine ulaşıp ulaşmadığını bilmek zor olduğu için, "bulûğ", "akl-ı bi'l-meleke"nin bulunduğunda ölçü olarak alınmıştır. Buluğ döneminde aklın olgunlaştığı kabul edilir (149).

Fiil ehliyeti, aklın aşamalarından ikinci sırada yer alan "meleke akıl"la kazanılmaya başlar. Çünkü bu aşamada kişi artık insan dışındaki diğer canlılardan farklı bir duruma geçer ve beşeri bir nitelik kazanır (150). Aklın varlığına bağlı olarak bulunan fiil ehliyeti, bedeni olgunluk ve dolayısıyla yaşa paralel olarak yavaş yavaş gelişir. Önce eksik olarak kendini gösterir, sonra gerekli şartların tamamlanmasıyla eksiksiz olarak ortaya çıkar (151).

V. FİİL EHLİYETİNİN ÖNEMİ

Kanun koyucu, fiil ehliyetine, hem buna sahip olmayan kişinin hem de toplumun zarar görmemesi için gerekli yaptırımları öngörmüştür. Fiil ehliyetin türüne göre yaptırımın niteliği de

---

(145) **HACI ÂDİL**, s. 501; **REŞİD PAŞA**, C. I, s. 56; **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 468-469, dn. 1.

(146) **DE BOER**, s. 238; **BİLMEN**, C. I, s. 227; **HACI ÂDİL**, s. 501-502.

(147) Kanun koyucu tarafından ilzam külfetine verilen isim olan teklif ehliyetin bulunmasına, ehliyetin bulunması da akl-ı bilmelekenin varlığına bağlıdır. Demek ki akıl olmazsa mükellef teklife ehil olmaz. Şu halde teklifin dayanağı akıldır. Bkz. **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 239; **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 468-469, dn. 1; **HACI ÂDİL**, s. 497-498; **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 260; **REŞİD PAŞA**, C. I, s. 55-56.

(148) Bkz. **REŞİD PAŞA**, C. I, s. 56-57; **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 468-469, dn. 1; **HACI ÂDİL**, s. 502.

(149) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 240-241; **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 260; **BİLMEN**, C. I, s. 227.

(150) **BUHÂRÎ**, s. 238; **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 239-240.

(151) **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 264; **DÖNDÜREN**, Şahıs, s. 124.

değişmektedir. Fiil ehliyeti yoksa, işlem geçersiz; fiil ehliyeti eksikse, yararına olan işlemleri yapabilir, ivazlı işlemler ise icazete bağlıdır; tam ehliyetli ise işlemleri izin ve icazete bağlı olmadan geçerlidir (152). Tam ehliyetsizlik, eksik ehliyetlilik ve tam ehliyetlilik durumları, kişinin geçirdiği aşamalara bağlı olarak öngörülmüş statülerdir. Örneğin kanunkoyucu, aklı eksik olduğu için eksik kudreti bulunan kişinin ehliyetini "eksik ehliyet (ehliyeti kasıra) olarak nitelendirmiştir (153). Şayet, akıl tam olgunlaşmışsa kudret de olgunlaşmış kabul edilerek tam ehliyetli görülmüştür. Hem aklî hem de bedeni güce sahip bu tür kimselerin ehliyeti tam fiil ehliyeti olarak değerlendirilmiştir (154).

Bir işlemin, yarar ve zarar yönüyle sonuçlarını anlayabilmek için gerekli olan akıl ve temyiz gücü, beden gücü gibi zamanla olgunlaşınca, bunu, hayatın ilk devrelerinden başlayarak derecelere ayırmak ve her devredeki derecesiyle uygun bir fiil ehliyeti tespit etmek uygun bir şekildir. Bu açıdan, fiil ehliyeti nasıl cenin için düşünülemezse, yeni doğan çocuk için de böyle bir ehliyeti kabul etmeye imkan yoktur. Fiil ehliyeti için önce temyiz kudreti (akıl), sonra da anladığını yapabilme için fiziki kudret aranır. Bir gayrimümeyyizde hem kanunun hükmünü anlama, hem de anlatılanı yapma kudreti yoktur. İlk kudrete sahip olunmadığında ikincisi çok anlam ifade etmez. Zira, kanunun hükmünü anlamayanın, anlamadığını yapması da beklenemez. Ancak insan, yaşamının ilk zamanlarında her iki kudretten yoksun ise de her ikisinin, kendisinde zamanla bulunmasına da yeteneği vardır. Bu yetenek yavaş yavaş gelişerek olgunluk derecesine kadar ulaşır. Şu durumda, temyiz gücünden yoksun bulunan kişi için gayrimümeyyiz devresine ait bir ehliyet, mümeyyiz devresi için bir ehliyet ve nihayet reşit olduğu zaman için de rüşt ile uygunluk gösterecek bir ehliyet tanımak gerekir (155).

Fiil ehliyetinin yokluğu dolayısıyla, ehliyetsiz olanın korunması gerektiği gibi, toplumun da ehliyetsiz kimsenin işlem ve eylemlerine karşı korunması gerekir ki, bunu da devlet hukuk düzenine koyacağı hükümlerle sağlar. Bu konuda aile vesayeti ile devletin vasî ataması ilkeleri

---

(152) **MECELLE** m. 967; **SERAHSÎ**, Usûl, s. 340; **HUDÂRÎ BEY**, s. 99; **KARAMAN**, Fıkıh Usûlü, s. 177.

(153) Fiil ehliyetinin, iki kudretle yakından ilgisi vardır: Bunlardan biri, kanunun hükmünü anlama kudreti – ki akıl ile hasıl olan bu kudrete "fehm-i hitap kudreti" denir-; diğeri ise, beden kuvveti ile hasıl olan, anladığını yapmak kudreti –"hitap ile amel kudreti"- dir. Bkz. **BUHÂRÎ**, s. 248; **SERAHSÎ**, Usûl, s.340; **HACI ÂDİL**, s. 512; **SEYDİŞEHRÎ**, Usûl, s. 472.

(154) **SERAHSÎ**, Usûl, s.340; **HACI ÂDİL**, s. 512.

(155) **SEYDİŞEHRÎ**, Usûl, s. 472; **MARDİN**, C. II, s. 276-277; **HACI ÂDİL**, s. 512.

arasında somut olay adaletine uygun bir dengeli düzenleme yapılmalıdır. Kur'an'a göre de bu husus, doğrudan doğruya toplumun, dolayısıyla da toplumun siyasi örgütlenmesi olan devletin ödevidir (156).

VI. FİİL EHLİYETİNİN HAK EHLİYETİNDEN FARKLARI

Hak ehliyetine sahip olabilmek için sağ olarak doğmak yeterlidir. Hak ehliyeti sayesinde kişi, herhangi bir davranışta bulunmaksızın bir hakka sahip olur veya başkasına karşı bir yükümlülük altına girer. Bu özelliği gereği hak ehliyeti pasif bir ehliyet türüdür. Hak ve borçları meydana getirme ise, bu ehliyetin sınırını aşar. Sözü edilen hak ve borçları meydana getirme yetkisi, aktif bir ehliyet türü olan fiil ehliyeti sayesinde gerçekleşir. Kişiliğin esası olan, haklara ve borçlara sahip olabilme anlamına gelen hak ehliyeti, kişiliğin kazanılmasıyla birlikte tabii olarak kazanılır. Fiil ehliyeti ise, ancak bir takım şartların gerçekleşmesi halinde kazanıldığı için zamanla elde edilen müktesep bir vasıftır (157).

Hak ehliyetine sahip olan herkesin -kanunî bir temsilcinin araya girmesine gerek olmadan- kendi fiilleriyle haklar ve borçlar meydana getirmesi mümkün değildir; bunun için özel bir ehliyet türüne ihtiyaç vardır ki o da fiil ehliyetidir. Düşünüldüğünde, üç dört yaşlarındaki küçük bir çocuğun -kendi başına- bir tarla, bir bahçe, bir televizyon satın alamayacağı, malını rehin edemeyeceği, bir hizmet sözleşmesi yapıp başkasının hizmetinde çalışmak borcu altına giremeyeceği bilinir. İşte fiil ehliyeti, kişinin bir eylemde bulunarak hak ve borçlar edinmesini sağlar. Bu sebeple de bu ehliyetin temelini, kişinin geçerli bir irade beyanına sahip olması teşkil eder. Geçerli bir irade beyanına dayandığı için de bu ehliyet, doğumla birlikte hemen ortaya çıkmaz, akıl, temyiz gücü, bulûğ ve rüşt gibi şartlara bağlı olarak sonradan kazanılır. Fiil ehliyetinin meydana gelmesi için, kişinin belirli bir aklî ve psikolojik olgunluğa erişmesinin (mümeyyizlik, sezginlik) yanında, belirli bir bedenî olgunluğa ulaşması (ergenlik) şartı da aranır (158). Kişilerin sözü edilen olgunluk ölçülerine ulaşması dereceleri farklı bulunduğu için, fiil ehliyeti yönünden kişiler arasında, hak ehliyetinden farklı olarak, eşitlikten söz edilemez (159). Bu durum, fiil ehli-

---

(156) **HÂTEMÎ**, İslâm Hukuku, s. 62.

(157) **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 75.

(158) **AKİPEK**, s. 48; **ZEVKLİLER**, Kişiler, s. 45; **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 75.

(159) **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 264; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 236; **ATAAY**, s. 51; **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 75; **MARDİN**, C. II, s. 276; **SCHWARZ**, Medeni Hukuk, s. 127.

yeti açısından insanların, eşitlik adaletine göre değil, oran adaletine göre sınıflandırıldığını gösterir (160).

§ 6. FİİL EHLİYETİNİN ŞARTLARI

Tam fiil ehliyetini haiz olmak için, eski hukukumuzda iki olumlu bir de olumsuz şart aranır. Olumlu şartlar temyiz kudretine sahip olma, reşit olma, olumsuz şart ise mahcur olmamadır (161).

Reşit olarak bülûğa eren mümeyyiz kişi, eğer mahcur da olmamışsa, tam fiil ehliyetine sahiptir. Bu ehliyete sahip olan şahıs, her çeşit hukukî muamele ve tasarrufları yapmaya yetkilidir. Şu halde, tam fiil ehliyetinin, temyiz kudreti, rüşt ve mahcur olmama olmak üzere üç şartı vardır. Bunlardan, temyiz kudreti dışındaki şartlar ya tamamen ya da kısmen bulunmazsa, eksik fiil ehliyetinden (sınırlı fiil ehliyetinden) söz edilir. Mümeyyiz küçüğün, aklı zayıf olan matuhun ve rüşdüne ermeyen sefihin ehliyeti, bu çeşit bir ehliyettir. Şayet, kişi, temyiz kudretinden tamamen yoksun ise, bu durumda ortaya tam ehliyetsizlik durumu çıkar. Mecnun gibi temyiz kudretinden yani akıldan mahrumiyet halinde kişi, tam ehliyetsiz kabul edilir yani fiil ehliyeti hiç yoktur.

Şu halde eski hukukumuzda, tam fiil ehliyetinin söz konusu olabilmesi için, temyiz kudretine sahip olma (âkıl), reşit olarak bulûğa erme, bazı sebeplerden dolayı hacir altına alınmamış olma şartlarının (162) gerçekleşmesi gerekir (163). Bu açıdan, fiil ehliyetinin şartlarının da, temyiz kudretine sahip olma, reşit olma ve mahcur olmama başlıkları altında ele alınması uygun olur.

---

(160) **HÂTEMÎ**, İslâm Hukuku, s. 59.

(161) Bkz. **HÂTEMÎ**, İslâm Hukuku, s. 60.

(162) Bazı hukukçular fiil ehliyetinin söz konusu olabilmesi için hür olma şartını da bu unsurlara eklerler. Bkz. **AKGÜNDÜZ**, Vakıf, s. 115.

(163) Günümüz hukukunda da fiil ehliyetinin söz konusu olabilmesi için iki olumlu ve bir olumsuz şart aranır. Bunlar, temyiz kudretine sahip olma, reşit olma ve mahcur olmamadır.

I. TEMYİZ KUDRETİNE SAHİP OLMAK (ÂKIL OLMAK)

A. Kavram

Fiil ehliyetinin söz konusu olabilmesinin ilk şartı, kişinin akıllı olmasıdır. Kişinin yaptıklarının sonuçlarını idrak edebilmesi, karlı olanı zararlı olandan ayırdedebilmesi yeteneği olan akıl, bu ehliyet türü için ilk şart olarak aranmaktadır (164).

"Akıl sahibi kimse" ve "bütün aklî melekelerine tamamen sahip olan kişi" demek olan âkıl (165), "temyiz kudretine sahip kimse" anlamına gelir (166). Fıkıh kitaplarında âkıl ve bâliğ (reşit, olgun) olmak şeklinde kullanılır (167). Temyizin de, sözlükte, ayırmak, ayırt etmek, seçmek, soyutlamak ve iyiyi kötüden ayırmak gibi anlamları vardır (168).

Hukukî bir terim olarak âkıl, iyi ile kötüyü, kâr ile zararı ayırt etmeye yarayan zihnî melekeler açısından yeterli kimse demektir. Temyizin de, hukukî anlamı, "iyi ile kötüyü, yararlı ile zararlıyı ve güzel ile çirkini birbirinden ayırt edebilecek zihni bir güce sahip olmak"tır (169). Kişi bu idraki temin eden bir aklî basirete sahip olunca mümeyyiz olur (170).

Temyiz kudreti mutlak bir mefhum değildir, bir halden diğer hale göre değişen bir kavramdır. Genellikle bu kudrete sahip olan kişi belirli bir anda veya belirli şartlar içinde bu kudretten mahrum kalabilir, buna mukabil temyiz kudretine sahip olmayan bir kişi da belirli durumlar içinde bu kudrete sahip olabilir. Temyiz kudretinden maksat, bir kimsenin yaptığı fiil ve muamelelerin anlam ve mahiyetini kavraması, idrak etmesi ve aynı zamanda bu kavrayışla u-

---

(164) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 236.

(165) **JUYNBOLL** Th. W., Âkil, İA, C. I, İstanbul 1993, s. 248.

(166) Günümüz hukukunda, bazı eserlerde "sezginlik" diye nitelenen ve Türkçeleştirilen bu yetenek; yine bazı eserlerde ve Öntasarı'da "ayırım gücü" (yine bazı eserlerde, ayırtım gücü) tarzında Türkçeleştirilmiştir. Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 36.

TMK.m.13 de kenar başlığı "temyiz kudreti" tarzındadır. Madde metninde de şu kural yer alır: "Yaşının küçüklüğü sebebiyle, yahut akıl hastalığı veya akıl zayıflığı veya sarhoşluk ve bunlara benzer sebeplerden biriyle makul surette hareket etmek iktidarından mahrum olmayan her şahıs, Kanunu Medenîce mümeyyizdir". Maddeden de anlaşıldığı gibi temyiz kudreti, "makul surette hareket etme iktidarıdır".

(167) **JUYNBOLL**, Âkil, s. 248; **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 16; **ÇEKER**, Çocuk, s. 39.

(168) **YILMAZ**, s. 720; **MUSTAFA** ve diğerleri, C. II, s. 893; **KARACAN,** C. 6, s. 1866; **YEĞİN** ve diğerleri, s. 982.

(169) **DÖNDÜREN** Hamdi, Âkıl, DİA, C. II, İstanbul 1989, s. 247; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 241.

(170) **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 185.

yumlu bir şekilde iradesini kullanabilmesi demektir. Bu açıdan temyiz kudreti, fiil ehliyetinin en önemli şartıdır. Şayet temyiz kudreti yoksa, kural olarak kişinin fiil ehliyeti de hiç yoktur (171).

Temyiz kudreti, zihni unsur ve iradi unsurdan oluşur. Zihnî unsur, belli olayların anlamını ve etkisini doğru bir şekilde kavrayabilme; iradî unsur ise, hareketlerini doğru bir idrake veya kavrayışa uydurabilme yeteneğidir (172). Bu açıdan temyiz kudreti, olayların anlam ve etkilerinin doğru bir şekilde kavranmasını ve davranışların böyle doğru bir kavrayışa uydurulabilmesini sağlayan zihnî ve iradî yeteneklerin varlığını ifade eder. Söz konusu zihnî ve iradî yetenekleri kaldıran veya azaltan çeşitli etkenler bulunabilir. Acaba bir kimsede temyiz kudretinin bulunmadığı sonucuna varabilmek için sözü edilen yetenekler ne gibi etkenlerle ve hangi ölçüde yitirilmiş ya da kazanılmamış olmalıdır?

Tavır ve hareketlerinin saiklerini ve sonuçlarını doğru olarak kavramaya ve böyle doğru bir davranışa uygun surette hareket etmeye ehil olan kimse temyiz kudretine sahip sayılabilir. Başka bir ifadeyle, makul surette hareket etme iktidarından mahrum olmayan kimse mümeyyiz kabul edilebilir. Bazen belli olaylar karşısında makul bir davranış göstermek ya da makul surette hareket edebilmek özel bilgilere sahip olmayı gerektirebilir. Bu yetenek herhangi bir alanda uzman olmayan insanların günlük olaylar karşısındaki tepkilerine veya davranışlarına göre tayin edilmelidir. Bir kimsenin temyiz kudretinden yoksun bulunduğunu kabul edebilmek için, zihni ve iradi yeteneklerden yoksun bulunmasının yanında, kanunun geçerli gördüğü sebeplerden birinin mevcut olduğunun da kabul edilmesi lazımdır. Örneğin, şiddetli bir aşkın etkisi altında kalan bir kimse, sırf bu yüzden makul surette hareket etme iktidarından yoksun kalmışsa, bu kimseye "gayrimümeyyizdir" gözüyle bakılamaz (173).

Kişinin ibadetlerle mükellef olması ve hukukî-cezaî ehliyete sahip bulunması için akıl (temyiz kudreti) unsuruna sahip olması gerekir. Başka bir ifadeyle, âkil bir kişi eğer bâliğ de olmuşsa, bir kast ve azim ile hareket edebildiğinden mükellef (yani, kanunun emirlerini yerine

---

(171) Günümüz hukukunda da, temyiz kudreti, fiil ehliyetinin temel şartıdır. Temyiz kudretinden yoksun olan kişi, isterse geçici sebeple yoksun olsun, temyiz kudretinden yoksun olduğu sürece tam ehliyetsizdir. Bkz. **OĞUZOĞLU**, s. 255; **ZEVKLİLER**, Kişiler, s. 51.

(172) **TEKİNAY**, Kişiler, s. 200.

(173) **ŞENER**, Kişinin Hukuku, s. 55; **TEKİNAY**, Kişiler, s. 200-202.

getirmeye bilhassa dinin emir ve yasaklarını icra etmeye mecbur) sayılır (174). Akıl unsuruna sahip olmayan küçükler, malî sorumluluk dışında, herhangi bir hukukî ve dini emirle yükümlü değildirler (175).

B. Tespiti

Temyiz çağının belli bir yaşı veya belirtisi yoktur. Bunun varlığı tamamıyle beyinsel gelişmeye, psikolojik ve biyolojik yapıya bağlı olup; erken veya geç gerçekleşebilir. Kur'an ve sünnet'te temyizin başlama zamanını açıkça ifade eden hükümlere rastlanılmaması da bunun bir sonucudur. İnsandan insana başlangıcı değiştiği gibi fiillere göre de temyiz kabiliyeti farklılık gösterir. Temyiz kudretinin, örneğin ihtilam gibi, birden zuhur etmemesi ve tedricen gelişme göstermesi bunun tespitinde bir takım sorunların ortaya çıkmasına neden olmuştur (176). Bununla birlikte, her olayda, olayın özelliklerini ve çocuğun içinde bulunduğu durumu göz önünde tutarak temyizin var olup olmadığının tesbiti oldukça zordur. Bu durum, aynı zamanda pratik olmadığı için de hakimi yorar.

Hukuk sistemleri fiil ehliyeti için temel şart olarak kabul ettikleri temyiz kudreti şartının tespiti yani ne zaman başlayacağı hususunda değişik esaslar kabul etmişlerdir. Bunlardan ilki temyiz kudretinin, rüştte olduğu gibi, belirli bir yaşa bağlanması, yaşla tespit edilmesidir (177). Eğer yaş esası kabul edilirse o yaşı ikmal eden kişi için diğer bir devre başlamış olur. Temyiz kudretinin tespitindeki ikinci yöntem, bir takım belirti ve niteliklerin gerçekleşmesinin aranmasıdır (178). Kişi, bu belirti ve niteliklerin bulunduğu andan itibaren "mümeyyiz", bu niteliklerin bulunmadığı dönemde ise "gayrimümeyyiz" kabul edilir. Bu konudaki üçüncü yöntem ise, tem-

---

(174) **JUYNBOLL**, Âkil, s. 248; **REŞİD PAŞA**, C. I, 55- 59.

(175) Hz. Peygamber'in "Üç kimseden kalem kaldırıldı (dinî yükümlülüklerden muâf tutuldu): Bulûğa erinceye kadar çocuktan, uyanıncaya kadar uyuyandan ve şifa buluncaya kadar akıl hastasından" anlamındaki hadis bu hükmün gerekçesini oluşturmaktadır. Bu açıdan, deli, uykuda olan, sabî (gayrimümeyyiz küçük) ve baygın kimselerden sadır olan fiiller itibara alınmaz. Bkz. **DÖNDÜREN**, Âkıl, s. 247; **ZEYDAN**, Usûl, s. 87. **ŞÂTIBÎ**, C. I, s. 138.

(176) **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 185.

(177) Roma hukukunun ve özellikle Pandekt hukukunun etkisi ile Alman Medeni Kanunu m. 104, 828/I, gayrimümeyyizliğe sınır olarak yaş ölçütünü kabul etmiş ve yedi yaşını tamamlayan herkesi mümeyyiz olarak değerlendirmiştir. Başka bir deyişle, Alman hukukunda yedi yaşından küçük olanlar, fiil ehliyetinden yoksun sayılırlar (BGB § 104, 1). Bkz. **ATAAY**, s. 52-53; **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 37.

(178) **SAYMEN**, C. II, s. 83.

yiz niteliğinin tespitinin hakimin takdirine bırakılmasıdır (179). Temyiz kudretinin tespitini hakimin takdirine bırakan bu yöntemin esas alındığı sistemlerde, genelde hakimin takdir hakkı mümkün mertebe geniş tutulmuştur. Hâkim, temyizin bulunduğuna kanaat getirebilmek için, ya faili ya hadiseyi ya da her ikisini birden göz önünde bulundurur (180).

Eski hukukumuzda ise, temyiz kudretinin bulunup bulunmadığı hususunda birkaç kriterin esas alındığı söylenebilir. Öncelikle bu konuda, Mecelle'nin kabulüne kadar fıkıh kitaplarındaki genel esaslar geçerli olmuştur. Kur'an ve Sünnet'te temyiz çağı için belirli bir yaş belirlenmemiştir ancak uygulamada kolaylık sağlamak amacıyla, Hz. Peygamber'in, «Yedi yaşına girdikleri zaman çocuklarınıza namazı emredin» (181) sözü ve hayat tecrübeleri hukukçuların yedi yaşını temyiz kudretine sahip olmanın başlangıcı kabul etmesine sebep olmuştur (182). Her ne kadar bazı hukukçular sekiz yaşı veya Malikilerde olduğu gibi süt dişlerin dökülmesini temyizin başlangıcı saymışlarsa da (183) normal ve tabii hallerde yedi yaş temyizin bir başlangıcı olarak kabul edilmiştir. Bu yaşa gelen kimse, kural olarak, temyiz kudretine sahip yani mümeyyiz kabul edilir. Ancak sadece yaş kriteri yeterli görülmemiş, temyiz halini tesbitte dikkate alınacak yardımcı kriter olarak da, çocuğun sağ ve sol yönlerini ayırdedebilmesinin aranması istenmiştir. Zira, Hz. Peygamber'in, "sağını solundan farkettiği zaman çocuğa namazı emredin" (184) şeklindeki sözü de, temyiz için yaş ile birlikte birtakım belirtilerin de aranması gerektiğini göstermektedir. Ancak ilk dönem hukukçuları (mütekaddimûn), temyiz için bir yaş belirlememişlerken, sonraki dönem hukukçuları (müteahhirûn), yedi yaşını, temyiz yaşı olarak tespit etmişlerdir. Yaşı tespit edenler, belirti ve niteliklerin belirli bir yaştan itibaren kazanıldığından hareket etmişler ve bunu da

---

(179) Bu yöntemi, Türk Medeni Kanunu ile İsviçre Medeni Kanunları kabul etmiştir. Bu kanunlar, temyiz için yaş ölçüsü ile bazı vasıf ve belirtileri esas almamış, temyiz kudretinin tespitini hakimin takdirine bırakmıştır. Hakimin, temyizin bulunup bulunmadığı yönündeki ihtilafında bilirkişiye başvurması sırf karineyi ispat içindir. Bu sebeple, aktin kurulduğu anda akdi yapanın gayrimümeyyiz olduğunu iddia eden, bunu ispat etmelidir. Bkz. **ŞENER**, Kişinin Hukuku, s. 55; **MARDİN**, C. II, s. 279, 333.

(180) Bugünkü hukukumuz, hakimin, hem faili hem de olayı dikkate alması gerektiği yönündeki anlayışı esas almıştır. Bu anlayış içinde de, kişi aynı zamanda olayına göre hem mümeyyiz hem de gayrimümeyyiz kabul edilebilir. Örneğin, bir gazete almak için kendisine yetki verilen küçük, mümeyyiz sayılırken; bir gayrimenkul alması konusunda mümeyyiz kabul edilemez. Bu hal de, şeklen bir garabet arzederse de hukuk kurallarının gereklerine karşı bir aykırılık söz konusu değildir. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 280-281.

(181) **İBN HANBEL**, el-Müsned, C. X, Beyrut ts., s. 165.

(182) **SERAHSÎ**, Mebsût, C. X, s. 121; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 241; **DÖNDÜREN**, Mükellef, s. 338.

(183) Bu konuda bkz. **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 216.

(184) **ÇEKER**, Çocuk, s. 39.

çocuğun yedi yaşını tamamlaması olarak kabul etmişler ve temyiz yaşını, bazı hükümlerin tespiti için gerekli görmüşlerdir. Başka bir ifadeyle, hadisten, yedi yaşın bitimi, kural olarak, temyizin de başlangıcı olduğu sonucu çıkarılmıştır. Ancak bu kesin olmayıp, kişiden kişiye değişebileceği için aksi ispat edilebilir (185).

Mecelle'nin kabulünden sonra ise, Mecelle'deki hükümler esas alınmıştır. Gerçi Mecelle de temyizin tespitinde bir yaş kriteri belirtmemiştir (186) ama temyize delalet eden bazı vasıfların ve kabiliyetlerin ortaya çıkmasına itibar etmiştir. Örneğin, şu vasıfları haiz olan çocuk mümeyyiz, olmayan ise gayrimümeyyizdir, demiştir. Bu açıdan Mecelle m. 943'de yer alan özellikler, Mecelle'nin mümeyyizi tespitinde esas aldığı kriteri de ortaya koyar. Mecelle'ye göre, alış verişi anlayamayan, yani almanın mülkiyete sahip olma, vermenin de mülkiyeti devretme olduğunu bilmeyen ve onda beş gibi aşırı aldanmayı, aşırı olmayan aldanmadan ayırdademeyen çocuğa gayrimümeyyiz, ayırdedene mümeyyiz denilir. Tanım, temyizin değil, gayrimümeyyiz ve mümeyyizin tanımıdır, çok açık seçik değildir ve tanımda yer alan aldanmanın hangi tür mallar için geçerli olacağı da belirtilmemiştir.

Söz konusu maddede, temyiz niteliğinin tespitinde dikkate alınacak olan "alış verişte aldanmama" yeteneği çok kapalı bir ifade ile kaleme alınmıştır. Herhangi bir mal üzerinde yapılan alım satımdaki onda beş aldanmama mı, yoksa kıymeti belirli bir mal üzerinde yapılan alım satımdaki onda beş aldanmama mı aranmaktadır. Bazıları herhangi bir malda yapılan alım satımda onda beş aldanmama gerektiğini ileri sürüyorlarsa da, doktrindeki çoğunluk, kıymeti maruf ve meşhur olan alım satımdaki aldanışa itibar etmektedir (187). Örneğin ekmeğin belirli bir fiyatı varken yarı oranında bir aldanma varsa, Mecelle'ye göre bu, temyiz kudretinin tespitinde dikkate alınacak bir belirtidir ve bu şekilde aldanan kişi gayrimümeyyizdir. Başka bir ifadeyle, Mecelle'deki söz konusu hüküm, uygulamada, fiyatı belirli olan şeylerdeki aldanmanın ölçü alınacağı şeklinde anlaşılmıştır. Aksi düşünüldüğünde, herkesin birçok alışveriş türünde, örneğin mücevher alışverişinde, benzer bir aldanmaya maruz kalabileceği ortadadır. Zira bu tür bir alış veriş, bir uzmanlık ve bilgi isteyen konudur. Binaenaleyh Mecelle'de temyiz kudreti, muamele-

---

(185) Bkz. **ZEYDAN**, Usûl, s. 95, dn. 1; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 185.

(186) Mecelle m. 943'de mümeyyiz olmayan küçük tanımlanmış ancak, temyiz yaşı için, bugünkü hukukumuza benzer tarzda belirli bir temyiz yaşı verilmemiştir.

(187) **MARDİN**, C. II, s. 279.

de bulunan kimsenin aldanıp aldanmadığına ve bu aldanmanın nisbetine göre takdir ve tayin olunmuştur. Denilebilir ki, eski hukukumuzda, temyiz kudretinin tespiti açısından belirti ve niteliklere daha fazla önem verilmiştir (188).

Ancak Ukud ve Vâcibât Komisyonu'nun 1340 tarihli raporunun 3., 4., ve 5. maddelerin esbâb-ı mûcibesinde, gerekçeleri açıklanarak, temyiz kudretinin tespitinde yaş kriterine yer verilmesinin daha uygun olacağı belirtilmektedir: "Ehliyet-i eda yani tasarrufa ehliyet, alım ve satım gibi vaki tasarrufların neticelerini ve tasarruflardan meydana gelecek menfaat ile zarar arasını takdir ve idrak edebilecek akıl ve temyiz ile hasıl olacağından evvelemirde temyizin derecelerini tayin ederek tedvin edilecek kanuni hükümleri o derecelere göre tertip eylemek gerekiyor. Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, gayrimümeyyiz küçük ile mümeyyiz küçük arasında kat'î hadd-i fasıl olacak bir yaş tayin etmeyip, 943. maddede sağîr-i gayrimümeyyiz(i)... tarifle yetiniyor. Aslında işbu temyiz kudretinin keyfiyeti, her çocuğa nazaran muayyen ve değişmez bir zamanda sabit olmayıp, istidat derecesine göre zaman itibariyle birbirinden farklı olabileceklerinden Mecelle'nin tercihi vechile bu babda bir yaş tayin etmemek daha muvafık gibi mülahaza olunursa da, hem çocukların ve onlarla muamelede bulunacak şahısların, hem de mahkemelerin muamelelerinde selamet ve devamlılığı temin maksadıyle sarih ve kat'î bir temyiz yaşı tayini Komisyonumuzca münasip görülmüştür ve buna göre temyiz yaşının mebdei olmak üzere yedi yaş tesbit edilmiştir..." (189). Bu gerekçelere dayanarak UVKR m. 3 "yedi yaşını tekmil eden sağîr, mümeyyiz addolunur." hükmünü koymuştur.

Kadri Paşa'nın Ahvâl-i Şahsiyesi'nin "temyiz yaşı ve bulûğ" başlığını taşıyan ikinci faslında, 494. madde, "çocuklarda temyiz yaşı yedi veya daha yukarısıdır..." hükmünü getirmekte ve temyiz için yedi yaşın tamamlanması esasını kabul etmektedir. Buna göre, yedi yaşını tamamlamayan küçükler, gayrimümeyyiz küçük statüsünde kabul edilecektir.

C. Nispîliği

Temyiz, iyiyi kötüden ayırabilme kabiliyet ve iktidarı olduğuna göre, tamamen aklı ilgilendiren bir durumdur ve bu açıdan, kural olarak, yaşla bir ilgisi yoktur. Bazılarında erken, bazılarında geç görülebildiği için temyiz, nispî bir kavramdır. Kural, temyizin yaşa bağlı olmamasıdır ancak hukuki muamele ve münasebetlerde temyizin önemli bir rolü olduğu için belirli bir yaşa bağlanmasının yararı da ortadadır. Bu açıdan çocukların genellikle temyiz halini elde ettikleri yaşın prensip olarak temyiz yaşı olarak belirlenmesinde de bir sakınca olmasa gerektir,

---

(188) **SAYMEN**, C. II, s. 83.

(189) Bkz. **AKGÜNDÜZ**, Külliyat, s. 119-120.

aksi her zaman ispatlanabilir.

Kural olarak, temyiz kudretinin tespiti için belirli bir yaş sınırı konmadığından (190), temyiz kudretinin nisbiliği, ancak yaş küçüklüğü veya ileri derecede olmayan bir akıl zayıflığı durumunda söz konusu olabilir ve bu da, bir işlem için temyiz kudretinin varlığı kabul edilirken diğeri için kabul edilmemesini ifade eder (191). Başka bir ifadeyle, temyiz vasfının her olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi, bunun nisbî olduğunu ortaya koyar. Tasarruf, makul bir tasarruf ise fail o meselede mümeyyiz kabul edilir. Bir gazete satın alınmasıyla tapuda gayrimenkul satın alınmasındaki temyiz durumu birbirinden farklıdır. Fakat ilgili kişi, failin hareketinin tesadüfi olduğunu, dolayısıyla mümeyyiz olmadığını ispat etmek isterse, ilgiliye ispat imkanı verilir (192).

Temyiz kudretinin yokluğu, geçici veya daimi bir sebeple ortaya çıkmış ise, temyiz kudretinin nisbîliğinden söz edilemez. O sırada şuurunu (bilincini) kaybetmiş, aklı başında olmayan kimse, başka işlem ve eylemler için de temyiz kudretinden yoksun olur. Sürekli olarak temyiz kudretinden yoksun olan bir akıl hastası veya akıl zayıfının; bir işlem için ehliyetsiz iken bir başka işlem için ehliyetli olduğu söylenemez (193).

---

(190) Türk Medeni Hukuku, temyiz kudretini bir yaş sınırına bağlamamış, sadece yaş küçüklüğü sebebiyle temyiz kudretinden yoksun olunabileceğini belirtmiştir. Her somut olayda, eylemin niteliğine göre, eylemi veya dar anlamda hukuki muameleyi gerçekleştiren kimsenin "makul biçimde hareket edebilme yeteneği"ne sahip olup olmadığının araştırılması gerekir. Uygulamadaki zorluklar karşısında bazı ülkelerin medeni hukuklarında bu yönde bir düzenlemeye gidilerek yaş sınırı belirlediği görülmektedir. Örneğin, Almanya ve Avusturya Medeni Kanunları yedi yaş sınırını benimserken, Yunanistan 10, Çekoslavakya altı ve Macaristan da oniki yaş sınırını getirmişlerdir. Bkz. **ÖZSUNAY**, Kişiler, s. 36; **ZEVKLİLER**, Kişiler, s. 56.

(191) Türk hukukunda, makul surette hareket edebilme iktidarının yokluğu, şuur kaybından değil de söz konusu işlem için yeterli şuur seviyesine sahip olmamadan ileri geliyorsa, ancak bu takdirde nisbilikten söz edilir. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 38-39.

(192) **MARDİN**, C. II, s. 282, 284.

(193) Temyiz kudretinin yokluğu herhangi bir sebepten ileri gelebilir mi? veya ehliyet arızaları arasında sayılan, temyiz kudretinin bulunmadığı durumlara benzer bir sebebin olmaması durumunda temyiz kudretinin yokluğu iddiası kabul edilemez mi? Mutlak olarak temyiz kudretinin yokluğu, şuur kaybı, iddia eden tarafından ispat edilmek şartıyla, uyur gezerlik, hipnotize edilmiş olma gibi bir sebepten de ileri gelebilir. Buna karşılık, şuur kaybına yol açmayacak, sadece iradeyi zayıflatacak psikolojik etkenlere gelince, hiç değilse rüştten sonra, akıl zayıflığı gibi bir sebep de söz konusu değilse, makul tarzda hareket edememe, işlemin bâtıl olması ve işlemi yapanın tam ehliyetsiz sayılması sonucunu doğurmaz. Bu gibi makul surette hareket edememe durumları da temyiz kudreti yokluğunun kabulüne yol açabilse idi, kanunda irade bozukluğu veya gabin olguları karşısında iptal kabiliyeti (iptal edilebilirlik) yaptırımının düzenlenmesine gerek kalmazdı. Şu halde denilebilir ki, temyiz kudretinin mutlak kaybına yol açan sebepler, kanunda (TMK.m.13) anılan akıl hastalığı veya sarhoşluk sebeplerine benzer bir diğer sebep o-

D. İspatı

Eski hukukumuzda temyiz kudretinin tespiti için bir yaş sınırı mevzuatta yer almadığına göre, temyiz kudreti, Mecelle'deki ölçüye göre, yani alış verişin anlamını kavrayamaması ve yarı yarıya aldanma ihtimali bulunmasına göre, temyiz kudretininin bulunup bulunmadığına kanaat getirilecektir. Bunun için temyiz kudreti her somut olayda tespit edilmelidir. Ancak burada kolaylık sağlaması açısından şöyle bir ayırıma gidilebilir: Akıl hastalığı, akıl zayıflığı veya çok küçük yaşta bulunma hallerinde gayrimümeyyizlik; diğer durumlarda ise mümeyyizlik asıl olarak (yani, karine olarak) kabul edilir ve bunun aksini ileri süren ispatla yükümlüdür (194).

Bir kimsenin temyiz kudretine sahip olup olmadığı bazen kolaylıkla tespit edilir: İki veya üç yaşlarında bir çocuğun mümeyyiz sayılamayacağı açıktır. Fakat bazı hallerde temyiz kudretinin varlığı veya yokluğu tereddüt uyandırır. İşte böyle bir tereddüt söz konusu olduğu zaman, ilgili kişi kural olarak temyiz kudretine sahip sayılmalı ve bunun aksini hangi taraf iddia ediyorsa ispat külfeti ona ait olmalıdır. Her ne kadar temyiz kudretinden yoksunluk iddialarının ispatı özel bir şekle bağlı değilse de hakimin bu hususta yetkili doktor veya klinik (bilirkişi) raporlarına ihtiyaç duyması tabiidir (195).

E. Temyiz Kudretinin Yokluğuna Bağlanan Sonuçlar

Mümeyyiz olmayan bir kimsenin yaptığı hukukî işlemler hükümsüzdür; onun irade beyanlarına hukukî sonuçlar bağlanmaz. Kısaca mümeyyiz olmayanlar fiil ehliyetinden tam olarak yoksun sayılırlar. Bu sebeple mümeyyiz olmayanların hukukî durumunu ifade etmek için "tam ehliyetsizlik" deyimi kullanılır.

Temyiz kudretine sahip olmayan kimse fiil ehliyetinden yoksun olduğu için ona ait hukukî işlemleri kanuni temsilcisi yapar. Kanuni temsilcinin bu sıfatla yaptığı hukukî işlemlerden doğan haklar ve borçlar doğrudan doğruya gayrimümeyyiz kişiye ait olur. Bizzat gayrimümeyyiz tara-

---

labilir. Buna karşılık temyiz kudretinin nisbî olarak yokluğundan söz edilebilecek durumlar, ancak yaş küçüklüğü veya sürekli ve tam bir şuur kaybına yol açmayan bir akıl zayıflığı (yaş küçüklüğünün aksine oldukça ileri bir yaşta olma gibi) olabilir. Bunun dışında tecrübesizlik veya TBK. m. 21 anlamında "hiffet", hukuki işlemlerde düşüncesiz davranma özelliği, ancak diğer şartlar da varsa "gabin" ileri sürülmesine yol açabilir. Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 38-39.

(194) **ATAAY**, s. 53.

(195) **TEKİNAY**, Kişiler, s. 203-204.

findan yapılan hukukî işlem bâtıl olduğundan, kanuni temsilcinin sadece izni veya muvafakati böyle bir işleme sıhhat kazandıramaz; kanuni temsilci, istiyorsa, bu işlemi (gayrimümeyyiz adına) bizzat ve yeniden yapmalıdır (196).

F. Temyiz Kudretini Ortadan Kaldıran Haller

Eski hukukumuz açısından kaynaklarda belirtilen ehliyet ârızalarından bir kısmı (yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sarhoşluk, uyku ve bayılma gibi) temyiz kudretini ortadan kaldırdığı halde, bir kısmı (akıl zayıflığı, unutma, ay hali gibi) temyiz kudretinin ortadan kalkmasına neden olmaz.

Usul-i fıkıh eserlerinde ehliyet engelleri için, "avârız-ı ehliyet" ifadesi kullanılır ve bu, semâvî ve müktesep arızalar olarak ikiye ayrılır. Semâvî arızalar, meydana gelişlerinde kişilerin etkisinin ve rolünün olmadığı, akıl hastalığı (cünûn), akıl zayıflığı (ateh), yaş küçüklüğü (sığar), nisyân (unutkanlık), uyku (nevm), bayılma (iğma), ölüm ve ölüm hastalığı (maraz-ı mevt) gibi ârızalardır. Müktesep arızalar ise, meydana gelişlerinde kişilerin iradesi ve rolünün söz konusu olduğu, sefeh, cehl (bilmemezlik), sarhoşluk (sekr), şaka (hezl), hata, ikrâh, borçluluk ve iflas gibi hallerdir (197). Bunlardan, hata, ikrâh, ölüm hastalığı, hezl (latife beyanı, muvazaa) gibi bir kısım hallerin, ehliyet faslından ziyade irade beyanı (sıyga) ve irade bozuklukları (fesatları) konusu altında incelenmesi gerekir (198).

Görüldüğü üzere ehliyet arızaları, genel olarak, fiil ehliyetini sınırlayan veya ortadan kaldıran halleri ifade eder. Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, uyku ve bayılma, ölümle sonuçlanan hastalık, sarhoşluk, sefahet, borçluluk ve iflas halleri gibi durumlar doğrudan fiil ehliyetine etki ederken, kölelik hem hak hem de fiil ehliyeti üzerinde etkisi olan bir durumdur (199).

Bilindiği gibi fiil ehliyeti akla (temyiz kudretine) dayanır. Temyiz kudretindeki bozukluk ölçüsüne göre bu ehliyet farklılık gösterir. Temyiz kudretini ortadan kaldıran ârızalar, fiil ehli-

---

(196) Bkz. **SERAHSÎ**, Usûl, s. 333; **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 244; **BERKİ**, Hukuk Mantığı, s. 122, 191; **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 20; **HACI ÂDİL**, s. 509-510; **AYDIN**, Çocuk, s. 361.

(197) **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 268; **HACI ÂDİL**, s. 515.

(198) Bkz. **HACI ÂDİL**, s. 544-546; **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 490; **REŞİD PAŞA**, C. I, s. 59-60.

(199) **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 474-475.

yetinin de bulunmamasına neden olur ve kişi gayrimümeyyiz durumuna düşerek tam ehliyetsiz kabul edilir. Temyiz kudretini ortadan kaldırmayıp da sadece azaltan ve ehliyetin diğer şartlarının niteliğini değiştiren ârızalarda ise eksik fiil ehliyeti söz konusudur ve kişi ehliyet açısından mümeyyiz küçük statüsünde kabul edilir.

Ehliyet arızalarından bazıları (örneğin, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, ölüm hastalığı) vardır ki, kişide bunlardan biri bulunduğu taktirde kişi mahkeme kararına gerek kalmadan doğrudan mahcûr olur. Bir kısım ehliyet ârızaları daha vardır ki (sefih ve borçlu gibi), bunların bulunması halinde kişinin mahcur olması için mahkemeden hacir kararının alınması gerekir (200). Belirtilmelidir ki, hacir (kısıtlılık), ister kendiliğinden ister mahkeme kararıyla olsun sadece hukukî işlemlere yöneliktir yani onlara etki eder. Haksız fiiller gibi fiili tasarruflara (hukukî fiillere) kısıtlılığın bir etkisi yoktur (201).

Ukûd ve Vâcibât Komisyonu Raporlarında da ehliyet ârızalarına yer verilmekte ve "ehliyet arızaları" başlığını taşıyan kısmın esbâb-ı mûcibesinde şöyle denilmektedir:

"Bundan önce Adliye Vekaletine takdim edilen 25 Haziran 1340 tarihli ve 5 nolu birinci raporda münderic zimmet ve ehliyet meseleleri (m. 1-9) komisyonumuzca müzakere edilerek tesbit ve bu konuda tanzimi gerekli kanun maddeleri tedvin olunduktan sonra, «Avârız-ı Ehliyet=Ehliyet arızaları» na ait meselelerin tetkik ve tesbitine başlandı. Bu tabirden maksat ehliyete arız olup da, onun her iki çeşidini yani hem ehliyet-i vücubu (hak ehliyetini) ve hem de ehliyet-i edayı (fiil ehliyetini) veya bu iki çeşit ehliyetten yalnız birini tamamen iskat ve izale eden veyahut bunların hükümlerinde bazı değişiklikleri mûcip olan sebepler ve hallerdir.

Usul-i fıkıh ilminde avârız-ı ehliyet, evvelemirde semavî ârızalar (avârız-ı semaviye) ve müktesep arızalar (avârız-ı müktesebe) isimleriyle iki kısma ayrılır. Avârız-ı semaviye, cünûn (akıl hastalığı), ateh (bunaklık, akıl zayıflığı), nisyan (unutkanlık), uyku, bayılma ve maraz-ı mevtten; avârız-ı müktesebe de sefeh (israf, ayyaşlık, suiidare, suihal), cehl (bilmemezlik), hezl (şaka), hata ve ikrah (tehdit)ten ibarettir. İslâm hukukçuları sığar (küçüklük) ile «rıkkı» yani esareti avârız-ı semaviye, seferi (seyahat halini) de avârız-ı müktesebe arasına sokuyorlar ise de, «sığar» (küçüklük) esasen ehliyet arızalarından sayılmamakla beraber bundan önce tesbit ve tedvin olunan ehliyet meseleleri arasında onun hükümlerinden bahsedildiği cihetle tekrarı lüzumsuz görülmüş ve «rıkk-kölelik« ise zamanımızda yasaklandığından buna dair meseleler Komisyonumuzca mevzubahis ve müzakere olacak meseleler arasına sokulması münasip görülmemiştir. «Sefere» gelince, sefer aslında meşakkati mûcip olması hasebiyle şer'an bazı ibadetlerde hafifletici sebeplerden sayılıp ehliyete münafi olmadığı

---

(200) **MECELLE** m. 957, 958, 959; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 244.

(201) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 244.

cihetle muamelelerde hiç bir tesiri haiz olmadığından sefer hakkındaki meselelerin Komisyonumuza cihet-i taalluku görülmemiştir.

Komisyonumuz yukarıda zikredilen ehliyet arızalarını birer birer tetkik ve teemmül ederek bunlardan unutma (nisyan), uyku, bayılma, maraz-ı mevt, cehl, hezl (şaka), hata ve ikraha dair bahislerin ehliyet faslından ziyade aşağıda gelecek olan «akit, izhar-ı rıza, vecaib» fasıllarında zikrini daha münasip görmüş ve bu makamda yani ehliyet arızaları bahsinde sadece cünûn, ateh (akıl zayıflığı), sefeh, sekr (sarhoşluk) ve ölüme ait meselelerden bahsedilmesini kararlaştırmıştır.

Cünûn (delilik, akıl hastalığı) aslında dimağdaki bir eksiklik veya sonradan ârız olan bir akıl hastalığı sebebiyle temyiz kudretinin tamamen kaybedilmesi veya şuur ve idrakin bil-külliye bozulması demek olduğundan, cinnet halindeki bir şahsın gayrimümeyyiz küçükler gibi tamamen tasarruf ehliyetinden (fiil ehliyeti) mahrum ve binaenaleyh umum sözlü tasarrufları bâtıl olacağı derkârdır. Azâdan bazıları tarafından esas itibariyle bu mülahaza doğru görülmekle beraber vaktiyle bir aktin icrasında bulunan bir şahsın akit esnasında mecnun olduğunu iddia ve isbata kalkışmak büyük müşkülatı ve pek çok ihtilaf ve tezviratı mucip olduğu görüldüğünden bahisle buna mahal bırakmamak için Fransızların yaptığı gibi «Mecnunun evvelemirde hâkim tarafından hacredilmesi ve hacrden önce vaki olan tasarruflarının muteber olması, hacrden sonra gayrimümeyyiz küçük hükmünde bulunması» hakkında kanun maddesinin tanzimi teklif edilmiş ise de vaki teklif zikredilen esasa tamamen münafi olmakla beraber, Alman ve İsviçre kanunları gibi en yeni Avrupa kanunlarında öyle bir madde kabul edilmemiş olduğundan, komisyonumuzca da kabul edilmeyip ekseriyetle reddedilmiş. Ve müzakere neticesinde «mecnun, sağîr-i gayrimümeyyiz gibi ehliyet-i tasarruftan külliyen mahrumdur.» tarzında bir kanun maddesinin tanzimi kararlaştırılmıştır." (202).

Bu çalışmada, ehliyet arızaları arasında sayılan hususlardan temyiz kudretine etki eden ve etmeyenler temyiz kudreti başlığı altında, reşit olmayı engelleyenler ise rüşt ve mahcur olmama başlıkları içinde, kölelik gibi hak ehliyetine etki eden durumlar ise hak ehliyeti kısmında incelenmiştir. Ölüm ise, sadece ehliyeti değil kişiliği de sona erdirdiği için o başlık altında ele alınmıştır.

Ehliyet arızalarından bazıları doğrudan temyiz kudretini ortadan kaldırır. Temyiz kudretinin ölçüsü olan makul tarzda hareket edebilme kabiliyetini ortadan kaldıran sebepler tetkik edilirse görülür ki, temyizin yokluğu, ya aklın (beynin) olgunlaşmamış olmasına (adem-i tekamülü) ya da aklî bir hastalığa dayanır (203).

---

(202) **AKGÜNDÜZ**, Külliyat, s. 118-120

(203) **MARDİN**, C. II, s. 286.

Eski hukukumuzda, temyiz kudretine sahip bulunmayanlara "kâsır" denilmekte ve bunlar, gayrimümeyyiz küçükler, akıl hastaları (mecnun), uyku halinde bulunanlar ve baygınlık geçirmiş olanlar olarak sıralanmaktadır. Şu halde, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, baygınlık ve uyku gibi durumlar, temyiz kudretinin bulunmadığı bir başka deyişle, makul surette hareket etme iktidarının kaybına ya da kazanılamamasına sebep olan hallerdendir. Bunları ayrı ayrı incelemekte yarar vardır.

1. Yaş Küçüklüğü

Fıkıh usûlü kitapları, kişinin ehliyetini, insan hayatını devrelere ayırarak incelemişlerdir. Bu devreler, sırasıyla, ceninlik, çocukluk, temyiz, bulûğ ve rüşt olmak üzere beş aşamadır. Doğumdan itibaren temyiz çağına kadar olan dönem, gayrimümeyyiz çocukluk (sabâvet, tufûlet) çağı olarak isimlendirilmekte ve bu dönemdeki çocuğa da gayrimümeyyiz küçük (sabî, tıfl) denilmektedir (204). Başka bir deyişle, yaş küçüklüğü dönemini kendi içinde ikiye ayırarak incelemek gerekir. "Çocukluk dönemi" (205) olarak adlandırılan birinci dönem, doğumla başlayan ve temyiz kudretinin kazanılmasına kadar süren devredir. Bu dönemdeki küçüğe, "sağîr-i gayrimümeyyiz" (mümeyyiz olmayan küçük) denir. İkinci dönem ise, temyizin kazanıldığı andan bulûğ (ergenlik) çağına kadar süren devredir. Temyiz dönemi olarak adlandırılan bu dönemdeki küçük ise, "sağîr-i mümeyyiz" (mümeyyiz küçük) olarak isimlendirilir.

Bilindiği gibi insan, bağımsız bir varlık kazandığı yani annesinden ayrıldığı anda doğal olarak temyiz kudretine sahip değildir ve bundan dolayı da medeni hakları kullanma ehliyetinden yoksundur. Çünkü fiil ehliyeti, kanunu anlama (fehmi hitap) kudreti ile kanunun hükmü ile amel (hitap ile amel) kudretine dayanır. Bunlardan ilkini akıl, ikincisini ise beden kudreti ile yetenekleri (istidadı) sağlar. İnsan ise ilk günlerinde bu kudretlerin her ikisinden de yoksundur. Yeni doğan çocuk ve hatta cenin için medeni haklardan istifade yani hak ehliyeti, örneğin bir dava ikame etmek hakkı düşünülebilirse de, medeni hakları kullanma yani fiil ehliyeti, örneğin mah-

---

(204) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 240.

(205) Fıkıh kitaplarında, "sabî", "sağîr" ve "tıfl" olarak zikredilen "çocuk" sözcüğü, hünüz sütten kesilmemiş bebeğe verilen isim olduğu gibi; doğum ile bulûğ arasındaki dönemde bulunan kişiler için de kullanılır. Daha genel bir ifade ile, ergenlik çağından önceki kız ya da erkeğe çocuk adı verilir. Çocuk kavramını, fiil ehliyetini de kapsayacak tarzda, "yaş küçüklüğünden dolayı baliğ ve reşit olmayan kimse" olarak ifade etmek mümkündür. **BÜYÜK LAROUSSE**, Gelişim Yayınları, C. V, byy 1986, "çocuk" maddesi, s. 2762; **ASIM EFENDİ**, C. IV, s. 1030; **İBN MANZÛR**, C. XIX, s. 182; **ÇEKER**, Çocuk, s. 29; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 9; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 71.

keme huzurunda haklarını savunma kudreti kendisinde bulunmaz. Çünkü bu çocukta ne kanunu anlama kudreti ne de onu kullayabilecek bedeni yeteneği vardır (206).

Mecelle'de gayrimümeyyiz küçük 943 üncü maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, "sağîr-i gayrimümeyyiz, bey' ve şirâyı fehmetmeyen yani mülkiyyeti bey'in sâlib ve şirânın câlib olduğunu bilmeyen ve onda beş aldanmak gibi gabn-i fâhiş olduğu zahir olan bir gabni, gabn-i yesirden temyiz ve tefrik eylemeyen çocuk..." tur.

Görüldüğü üzere söz konusu madde, gayrimümeyyiz olmanın niteliklerini açıklamış bulunmaktadır. Her şeyden önce bir kimsenin gayrimümeyyiz olarak kabul edilebilmesi için, onun alış verişi anlamaması yani satıcının mülkünden mebiin çıkıp semenin girmesi gerektiğini ve müşterinin mülküne mebiiin girip semenin çıkması lazım geldiğini anlamaması şarttır (207). Maddedeki "bey' ve şirâyı fehmetmeyen" ifadesi, soyut anlamda yani bey' ve şirâ lafızlarını bilmeme anlamında değildir. Zira, bey' ve şirâ lafızları, gayrimümeyyiz olan küçüğe de telkin suretiyle öğretilebilir. Binaenaleyh soyut olarak bey' ve şirâ ibaresini bilmek, küçüğün mümeyyiz olmasına yetmez. Burada bey' ve şirâ ile kastedilen, bunları somut anlamı bilmek yani hukuki muameleyi anlayabilmektir (208).

Kişinin gayrimümeyyiz kabul edilebilmesi için gerekli olan diğer şart, gabn-i fahişi (aşırı aldanmayı) gabn-i yesirden (aşırı olmayan aldanmadan) ayıramamasıdır. Her ne kadar gabn-i fahiş ile gabn-i yesir arasındaki farkı tespit, işinin ehli tüccarın yapabileceği bir iş ise de burada bunun zikredilmesinin değişik sebepleri vardır.

Bunlardan biri, küçüğe, "on kuruşluk malda beş kuruş yahut bir kuruş aldansan bu nasıl gabindir" sorusu sorulduğunda, beş kuruş aldanmak ile bir kuruş aldanmadan hangisinin daha az aldatılma olduğunu farkedememesi durumudur. Şayet bunları ayırdedemiyorsa, bu küçük gayrimümeyyiz küçüktür. Yine, gabn-i fahiş ile gabn-i yesirin ayırt edilmemesinin gayrimümeyyizlik niteliği olarak gösterilmesi, küçüğün âkil olmasından kinayedir. Nihayet, bu şart ile kastedilen, kıymeti maruf ve meşhur olan şeyde gabn-i fahişi (aşırı aldanmayı) fark etmeyen kimsedir. Dolayısıyla, kıymeti belirli bir şeyi örneğin 10 bin liralık ekmeği 20 veya 30 bin

---

(206) **MARDİN**, C. II, s. 286-287.

(207) **MES'ÛD EFENDİ**, s. 340; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 9.

(208) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 9; **REŞİD PAŞA**, C. V, s. 163.

liraya almak gibi değerinin yarısından daha fazla paraya alan kimsenin gayrimümeyyiz olduğu kabul edilir. Yine herhangi birinden parayı vererek bir şey örneğin helva alan küçük, helvayı aldıktan sonra parayı geri istemezse mümeyyiz, isterse gayrimümeyyiz olarak telakki edilir (209).

Görüldüğü üzere, küçüğün gayrimümeyyiz olarak değerlendirilebilmesi için, öncelikle, alım satımın gereğini yerine getiremeyecek ve aşırı şekilde aldanacak nitelikte bulunması gerekir.

2. Akıl Hastalığı (Cünûn)

a. Kavram

Fiil ehliyetinin bulunması kişide temyiz gücünün varlığına bağlıdır. Eğer akıl hastalarında olduğu gibi kişide temyiz kudreti yoksa, o kişinin fiil ehliyeti de yoktur. İslâm hukuku, kişinin yaptığından sorumlu tutulmasını, akıllı olmasına bağlanmıştır. Çünkü emir ve yasakların muhatabı akıl sahibi kişilerdir. Kur'ân'a göre insanı insan yapan ve onu ilahi buyruk ve yasakların muhatabı kılan akıldır. Kur'an'da akıldan söz eden pek çok âyet vardır (210).

Akıl hastalığı ile ilgili hükümlere fıkıh kitaplarının değişik bölümlerinde temas edilmesinin yanı sıra fıkıh usulü eserlerinde "semâvî (insanların iradesi dışında oluşan) ehliyet ârızaları" başlığı altında cünûn hali özel olarak incelenmiştir. Söz konusu yerlerde "akıl hastalığı" ifadesi değil, "cünûn" terimi kullanılmıştır. Cünûn sözlükte "örtünmek, gizlemek; aklını kaybetmek" anlamına gelir. Bu durumdaki kişiye mecnûn (deli) denir (211).

Ehliyet arızaları arasında "cünûn" olarak zikredilen akıl hastalığının tanımını yapmak ve tesbit etmek tıp ilminin görev alanına girer (212). Fakat, bunun ehliyete etkisi düşünülerek hukukî alanda da tanımının yapılması gerekmiştir. Hukukçular tarafından akıl hastalığı, "söz ve eylemlerin normal bir çizgide yürümesine engel olan aklî melekedeki bozukluk" (213); "güzel ile

---

(209) **REŞİD PAŞA**, C. V, s. 163; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 9-10.

(210) **BOLAY**, s. 238; Ayrıca bkz. Bakara, 2/179; Bakara, 2/44; Âl-i İmran, 3/65.

(211) **DÖNMEZ**, s. 125-126.

(212) **MARDİN**, C. II, s. 287; **ZEVKLİLER**, Kişiler, s. 58.

(213) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 10.

çirkini ayırt etme ve olayların sonucunu idrak edebilme gücünün fesada uğraması" (214); ve "insanda iyi işlerle kötü işlerin arasını fark ve temyiz ve işlerin sonucunu idrak ettiren kuvvetin eserleri açık (meydanda) olmayacak ve fiilleri kullanamayacak vecihle zarara uğramış (düçarı ihtilal) olması" (215); "nadir istisnalar dışında, akla yatkın olacak tarzda söz söyleme ve fiilde bulunmaya engel olacak şekilde aklın bozuk olmasıdır" (216) şekillerinde tanımlanmıştır.

Her ne şekilde tanımlanırsa tanımlansın, önemli olan, bu bozukluğun insanın düşünme yeteneğini sağlayan beyne ulaşmasıdır. Beyin dışındaki organların bu sakatlıktan pay alıp almamasının önemi yoktur. Yine, beyindeki bu bozukluğun, yaratılıştan kaynaklanmasıyla, dış bir etken sonucu oluşması veya aşırı korku veya sevinçten kaynaklanması ya da cin, şeytan ve kötü ruhların kişiyi korkutması sonucu ortaya çıkmış olması arasında bir fark yoktur (217).

Yapılan tanımlardan hareketle denilebilir ki, akıl hastalığı, dimağdaki bir eksiklik, yahut sonradan meydana gelen bir hastalık sebebiyle temyiz kudretinin tamamen kaybedilmesi, şuur ve idrakin tamamen bozulmasıdır. Başka bir deyişle, akıl hastalığı, düşünme, anlama, idrak etme, karar verme ve tedbir alma yeteneklerindeki eksikliktir (218).

Herhangi bir meselede, akıl hastalığı dolayısıyla temyiz kudretinden yoksunluk iddia edildiği zaman, dikkat olunacak nokta, sadece kişinin akıl hastası olup olmadığının belirlenmesi değil, akıl hastası olan kişinin hukuki muameleyi yaparken veya bir fiil işlerken temyiz kudretini haiz olup olmadığı yani tasarruf sırasında, iyi ile kötüyü ayırdetme kabiliyetinin bulunup bulunmadığı noktasıdır. Çünkü bazı akıl hastalıkları temyiz kudretini devamlı surette kaldırırken, bazı hastalıkların temyiz gücünü kaldırması sürekli değildir. Hasta, aklı başında iken yaptığı iş ve tasarruflardan sorumludur. Mesela, saralıların iki sara nöbeti arasındaki zamanda aklı başındadır. Yahut uykuda gezenler, diğer zamanlarda temyiz kudretine sahiptirler (219).

---

(214) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 252; **KARAMAN**, Fıkıh Usûlü, s. 178.

(215) **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 475; **REŞİD PAŞA**, C. V, s. 164.

(216) **ZEYDAN**, Usûl, s. 102; **ZEYDAN**, Medhal, s. 265.

(217) **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 269; **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 252; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 321.

(218) **DÖNDÜREN**, Akıl Hastalığı, s. 85.

(219) **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 81; **DÖNDÜREN**, Akıl Hastalığı, s. 85.

b. Tespiti

Akıl hastalıkları ile tıp ilminin psikiyatri kolu meşgul olur. Akıl hastalığı, sinir sistemindeki organik rahatsızlıklara bağlı olan menenjit ve kuduz gibi psikozlardan doğabildiği gibi, genel organik nedenlere bağlı tifo ve sıtma gibi psikozlardan da kaynaklanabilir. Bunlar ise, tıbbî teşhislere ve doktor muayenesine gerek duyan hususlardır.

Tıbbın akıl hastası kabul ettiği kimseler, hukuki açıdan akıl hastası sayılmayabilirler. Zira her akıl hastalığının makul surette hareket etmek iktidarını mutlaka kaldırdığı söylenemez (220). Örneğin "karasevda" bir akıl hastalığıdır; fakat bir karasevdalı (melankolik), bu hastalığın etkisinden uzak bulunduğu zaman son derece makul işler yapabilir. Keza şizofreniye yakalanan bazı kimseler, özellikle bu hastalık ileri safhalara varmadan önce, temyiz kudretlerini kaybetmemiş olabilirler. O halde her somut olayda, akıl hastalığının zihni ve iradi yetenekleri felce uğratıp uğratmadığı yani makul surette hareket edebilmek iktidarının yitirilmesine sebep olup olmadığının incelenmesi gerekir (221).

Hukukî işlemi, kişinin akıl hastası olduğu veya olmadığı bir dönemde yaptığı her zaman ileri sürülebilir. Böyle durumlarda kişinin temyiz kudretine sahip olduğu kural olarak kabul edilir (yani akıl beyyinesi cünûn beyyinesine tercih olunur). Başka bir deyişle, hukuki işlemin temyiz kudretini ortadan kaldıran hastalığın bulunduğu dönemde mi yoksa bulunmadığı dönemde mi yapıldığı hususu araştırılır. Taraflar iddia durumunda iseler, sorun, «beyyinelerin tercihi kuralları» ile çözümlenir. Buna göre öncelikle, delili diğer tarafın delilinden daha fazla şeyi ispatlayacak etkide olan yani daha fazla hak doğuracak nitelikte bulunan kimseden delili istenir, onun delili diğerine tercih edilir. Zira akıl (temyiz) beyyinesi, kişiyi ehliyetli saydığından, hukukî işlemi kurtarır. Cünûn beyyinesi ise, aktin yokluğunu ortaya koyar. Bu açıdan, daha fazla hak doğuracak olan akıl beyyinesi diğerine üstün tutulur. Eğer akıl beyyinesi ileri sürülmezse, hemen temyizin bulunmadığı kabul edilmez, diğer tarafın, hukuki işlemin akıl hastalığı durumunda yapıldığını ispat etmesi istenir. Demek ki eski hukukumuzda, hukuki işlemin, temyiz kudretine sahip olunduğu veya olunmadığı dönemde yapılması ihtilaflarında, her olayda ayrı ayrı delillerin

---

(220) **REŞİD PAŞA**, C. V, s. 164; **MARDİN**, C. II, s. 287; **TEKİNAY**, Kişiler, s. 202; **ÖZSUNAY**, Kişiler, s. 36.

(221) Günümüz hukukunda temyiz kudretinin bulunup bulunmadığı her olayda ayrı ayrı araştırılmaktadır. Bkz. **ZEVKLİLER**, Kişiler, s. 58; **ÖZSUNAY**, Kişiler, s. 36-37; **TEKİNAY**, Kişiler, s. 203.

tercihi kuralı etrafında durumun tespiti yöntemi kabul edilmiştir (222).

Burada şu husus hatıra gelebilir. Kendiliğinden (bizatihi) mahcur sayılması gereken bir akıl hastasına, arızi bir hacir izafe edilerek, her durumda akıl ile cününu ispat ettirmek külfetinden kurtulmak mümkün müdür?

Bilindiği gibi hacir, yeni doğan çocukta ve mecnunda görülen «aslî hacir» ile hakimin verdiği kararla ortaya çıkan ve sefih ve matuhta görülen «arızî hacir» olarak ikiye ayrılır. Aslî hacir ile mahcur olanları bir de arızî hacir ile hacretmek gerekir mi? Bunun sağlayacağı yarar, hukuki işlem, temyiz kudretinin bulunduğu dönemde mi yoksa bulunmadığı dönemde mi yapılmıştır tartışmasından kişiyi kurtarmasıdır. Zira hâkim, hacri kaldırıncaya kadar, akıl hastası temyiz kudretinden ve dolayısıyla fiil ehliyetinden tamamen yoksun kabul edilecek ve hukuki işlemleri geçersiz sayılacaktır. Böyle bir kişi ile hiç münasebete girişilmeyeceği için, bundan üçüncü kişiler yararlanacaktır. Bu açıdan kendiliğinden mahcur olan kimseyi hacir altına almakta üçüncü kişiler için yarar ve güvence vardır (223).

c. Çeşitleri

Akıl hastalığı, bulûğ çağı öncesinde mevcut olup olmaması açısından ikiye ayrılmıştır. Akıl hastası olarak ergenlik çağına ulaşma haline "cünûn-ı aslî", ergenlik çağına zihnen sağlıklı şekilde ulaştıktan sonra akıl hastalığına tutulma haline ise "cünûn-ı ârızî" (cünûn-ı târi') denilmiştir (224).

Mecelle'nin esas aldığı ayrıma göre (m. 944) ise akıl hastalığı, uzun süre devam edip etmemesi bakımından ikiye ayrılır. Uzun süreli akıl hastalığına "cünûn-ı mutbik", bu durumdaki

---

(222) Bugünkü hukukumuzda ise, hadiseye bakılır: Eğer hadise makul ise, bu, temyizin bulunduğuna bir karine teşkil eder. Eğer hadise makul değilse, bu, temyiz kudretinden yoksunluk için bir karine sayılmaz, bunun sebebi araştırılır. Örneğin, sebep olarak akıl hastalığı tespit edilirse, bu iki olumsuz durumun hadisede birleşmesi temyizin bulunmadığına bir karine kabul edilir. Yani bu iki şeyden temyizin olmadığına dair bir karine çıkartılır. Bununla birlikte, ilgili isterse olayda temyizin bulunduğunu ispat edebilir. Temyiz olayında günümüz hukukuyla eski hukukumuz arasındaki fark karinede ortaya çıkmaktadır. Günümüz hukuku, esas aldığı karine yöntemiyle aslı tespit ederek asıl durumun aksini ispat ettirir. Eski hukukumuz ise, bu şekilde bir karinenin bulunmasına rıza göstermez; asıl durum ile bunun aksini başka anlayışlarla çözümler. Demek ki, karine esası istisna edilirse, iki hukuk arasında bu noktada esaslı bir fark görülmemektedir. **MARDİN**, C. II, s. 292-293.

(223) **MARDİN**, C. II, s. 291.

(224) **BUHÂRÎ**, s. 263, 266; **ZEYDAN**, Usûl, s. 102; **DÖNMEZ**, s. 126.

hastaya "mecnûn-ı mutbak aleyh" (veya "mecnûn-ı mutbak"), kısa süreli akıl hastalığına "cünûn-ı gayr-i mutbik" ve bu durumdaki hastaya "mecnûn-ı gayr-i mutbak" adı verilir. Şu halde, ehliyete ve temyiz kudretine etkisi yönünden akıl hastalığı, devamlı olan (=cünûn-ı mutbik) ve devamlı olmayan (=cünûn-i gayr-i mutbik) olmak üzere iki kısma ayrılır. Ancak doktrinde, akıl hastalığının iki kısım değil de üç kısım olduğunu ileri sürenler de vardır (225).

Sürekli (devamlı) akıl hastası, Mecelle m. 944'de "...cünûnu cemi evkatı müstev'ib olan kimse..." olarak tanımlanmıştır. Her ne kadar Mecelle devamlı aklı hastasını, akıl hastalığı bütün vakitleri kapsayan kimse olarak tanımlamışsa da, bu ifade, hastalığın ömür boyu değil, uzun süre devam etmesi anlamına gelir (226). Akıl hastalığının devamlı sayılması için dikkate alınması gereken süre hususunda özellikle Hanefi hukukçulardan tam bir yıl (227), bir yılı aşan süre, bir ay (228), bir gün bir gece (229) şeklinde görüşler ileri sürülmüşse de bir ayı esas kabul eden görüş tercih edilmiştir (230).

Devamlı akıl hastalığı ile hastanın tüm vakitlerini kapsaması kastedilemez. Zira akıl hastasının hastalığının devamlı olup olmadığı ancak akıl hastasının ölümü ile anlaşılacağından, ölümden önce akıl hastalığının devamlı olduğu bilinemez (231). Halbuki, hayatta iken hastalığın sürekli mi geçici mi olduğunun tesbiti lazımdır (232).

---

(225) Bu konuda bkz. **MOLLA HÜSREV**, Dürer, C. I, s. 156.

(226) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 10-11.

(227) Bu görüşe göre, devamlı akıl hastalığı, bir yıl devam eden akıl hastalığıdır. Zira, hastalık üzerinden bir yıl geçtiği halde iyileşme belirtisi göstermemiş ise hastalık, kesinlik ve süreklilik kazanmıştır. Nitekim akıl hastasının hukukî işlem yapabilmesi ve zekat gibi ibadetlerle yükümlü kılınması bakımından bu bir yıllık süre esastır. Fakat, sene bitmeden hasta iyileşirse bunun geçici akıl hastalığı olduğu anlaşılır. Bir sene geçtikten sonra iyileşirse, bu iyileşme akıl hastalığının sürekli olması niteliğini değiştirmez. Bazen hastalık bazen de iyileşme, sürekli akıl hastalığında da söz konusu olabilir. Yalnız sürekli akıl hastalığında hastalık bir sene devam etmelidir. İyileştiği zaman, ilgili, tasarrufun iyileştiği zamanda yapıldığını ispat hakkını kazanır. Hastalıktan iyileşmesinin sağladığı yarar budur. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 289.

(228) Bu görüşe göre ise devamlı akıl hastalığı, bir aylık müddeti hastalıkla geçiren kişinin durumudur. Ramazan orucunun farziyetine ilişkin öngörülen sürenin bir ay olarak kabul edilmesi bu görüş taraftarlarının hareket noktasını oluşturur. Bkz. **SEYDİŞEHRÎ**, Usûl, s. 475.

(229) Bu görüşe göre ise, bir günün yani 24 saatin akıl hastalığı ile geçmesi, kişinin devamlı akıl hastası sayılması için yeterlidir. Bu görüşü ileri sürenlerin dayanağı da, namaz kılma mükellefiyeti için öngörülen sürenin bir gün olmasıdır. Bkz. **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 269.

(230) Bu konuda geniş bilgi için bkz. **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 254; **BUHÂRÎ**, s. 263.

(231) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 10.

(232) **MARDİN**, C. II, s. 289.

Sürekli akıl hastasının, gayrimümeyyiz çocuk statüsünde kabul edildiği için, hukukî işlemleri kesinlikle geçerli değildir. Bu işlemleri, ister bağış yapmak gibi mameleke zarar verici tasarruflar olsun, ister bağış kabul etmek gibi salt menfaatler yani ivazsız iktisaplar olsun, isterse alım satım gibi yarar ve zararı söz konusu olabilecek ivazlı işlemler olsun durum değişmez. Buna göre, akıl hastasının alım satım sözleşmesi yapması temyiz kudreti ve dolayısıyla fiil ehliyeti bulunmaması sebebiyle, mutlak butlan ile sakattır. Kanuni temsilcinin, yapılan bu işleme baştan izin veya sonradan icazet vermesi de durumu değiştirmez (233).

Geçici (devamlı olmayan) akıl hastalığı ise, "...kâh mecnûn kâh ifâkat bulan kimsedir" (Mecelle m. 944). Maddede geçen "kâh" lafzı, birinci görüş esas alınırsa yılın bazı vaktinde, ikinci görüş esas alınırsa ayın bazı kısmında anlamına gelir. Buna göre de geçici akıl hastalığı, birinci görüşe göre bir yıldan, ikinci görüşe göre ise bir aydan az bir zaman dilimini hastalık ile geçiren kimsedir (234).

Bazı devrelerde şuurun kaybolmasına rağmen, aklın başta bulunduğu devreleri de olan bu tür akıl hastalığı, gelip geçici bir rahatsızlık şeklidir (235). Bunların, aklı başında ve şuuru yerinde iken yaptıkları tasarruflar, aklı başında olanların yaptığı tasarruflar gibi geçerli bir sonuç doğurur. Geçici akıl hastasının temyiz kudretinin bulunduğu dönemde yaptığı ikrar, rehin ve icare gibi, her türlü hukukî işlemi geçerlidir. Bu açıdan vakfetme muamelesinin de muteber sayılması gerekir (236). Ayırtım gücüne sahip olmadıkları dönem olan hastalık hallerinde ise tam ehliyetsizdirler (237).

Bazı hukukçular, geçici akıl hastasının, şuuru yerinde iken yaptığı muamelelerin mutlak olarak muteber sayılmaması, bu muamelelerin "mevkuf" (askıda hükümsüz) olması veya bu muamelelerin mümeyyiz küçüğün muamelelerine benzetilerek ona göre hüküm verilmesi görüşünü savunmuşlar ise de, bu görüş hâkim olamamıştır. Şayet bu görüş benimsense idi, vakfetme muamelesi "zarar-ı mahz" olan bir muamele sayılacağından ve akıl hastası da, şuuru yerinde

---

(233) **MECELLE** m. 979; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 321; **DÖNMEZ**, s. 128; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 69.

(234) **REŞİD PAŞA**, C. V, s. 166; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 12.

(235) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 11-12.

(236) **HÂTEMÎ**, Vakıf, s. 87; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 69.

(237) Bkz. **MECELLE**, m. 944, 979-980; **ZEYDAN**, Usûl, s. 102-103; **SAVA PAŞA**, C. II, s.321-322; **SEYDİŞEHRÎ**, Usûl, s. 476; **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 269-270; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 244.

olduğu zaman mümeyyiz küçüğe benzetileceğinden yaptığı vakfetme muamelesi "bâtıl" sayılacak ve icazet de verilmeyecekti (238).

Akıl hastalığını, devamlı ve geçici akıl hastalığı şeklinde bir ayırıma tabi tutmak, bunlara bağlanan sonuçlar açısından önem taşır. Akıl hastasının iyileştiği zamanda yaptığı hukuki işlemler kural olarak geçerlidir. Ancak bazı hususlarda farklar söz konusu olabilir. Örneğin, müvekkil devamlı akıl hastalığına tutulsa, önceki vekaletin hükmü kalmaz. Zira "müvekkilin yahut vekilin tecennün etmesiyle vekalet bâtıl olur" (Mecelle m. 1530). Geçici akıl hastalığında ise, vekilin vekaleti müvekkilin akıl hastası olmasıyla bâtıl olmaz (239). Yine, devamlı akıl hastalığında, ortaklardan birinin akıl hastalığı ile şirket akdi münfesih olur (Mecelle m. 1352). Geçici akıl hastalığında ise, şirket akdi münfesih olmaz, hastalığın sürekliliğini belirleyecek zamanın girmesine kadar şirket devam eder. Mecelle m. 1429 gereği, mudarebe şirketinde de hüküm böyledir (240). Nihayet, mezun küçük (sağîr-i mezûnun), sürekli akıl hastalığına tutulursa mahcur olur ve iyileşmesi halinde mezuniyeti geri dönmez. Geçici akıl hastalığında ise, mahcur olmadığı gibi, kural olarak mezuniyeti de bâtıl olmaz. Örneğin, hâkim, bir mümeyyiz küçüğe ticari muamelelerde bulunmak üzere izin verdikten sonra bu küçük akıl hastalığına tutulursa, bu hastalık sürekli akıl hastalığı ise mezuniyetin ortadan kalktığı kabul edilir. Bir senenin tamamlanmasıyla sürekli hastalık kesinleştikten sonra akıl hastasının iyileşmesi ortadan kalkan mezuniyeti geri getirmez (241).

Bunun dışında, devamlı ve geçici akıl hastalığı ayırımının önemi, dinin emrettiği bedensel ve malvarlıksal yükümlülüklerin kişi tarafından mutlaka yapılıp yapılmamasında kendini gösterir. Sürekli akıl hastalığına yakalanmış kimseye, hiç bir bedensel dini yükümlülük borcu yoktur. Bu hususta hastalığın aslî veya ârızî olması da önemli değildir. Ancak geçici akıl hastalığında, bunun aslî değil de ârızî olması durumunda, yükümlülüğün mutlaka yapılması gerektiği konusunda doktrinde görüş birliği vardır. Eğer hastalık aslî ise, bu durumda mükellefiyetin kalkıp kalkmayacağı hususu tartışmalıdır. Ebû Yusuf, farziyet kalktığı görüşünde iken; İmam

---

(238) Bkz. **HÂTEMÎ**, Vakıf, s. 87, dn.8.

(239) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. VII, s. 159; **DÖNMEZ**, s. 128; **MARDİN**, C. II, s. 289.

(240) **ŞEKERCİ**, Şirketler, s. 326; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 12-13.

(241) Uygulamada hastalıkla iyileşme durumlarını tesbit etme zorluk çıkardığından Fransa Medeni Kanunu, akıl hastasının hâkim tarafından hacri (kısıtlanması) yöntemini kabul etmiştir. Mecelle'ye göre ise, mecnûn bizatihi mahcurdur, bunun için hakimin kararına lüzum yoktur. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 290.

Muhammed mükellefiyetin devam ettiğini ileri sürer (242). Zekat açısından ise farklılık vardır. Hanefiler dışındaki hukukçulara göre zekat, malî bir vergi sayıldığı için, sorumluluk açısından fiil ehliyeti aranmaz. Bu sebeple de akıl hastası da zekat ile yükümlüdür ve velisi onun adına malvarlığından verir (243).

Akıl hastaları, tam anlamıyla iyileşirlerse sorun yoktur. Zira, temyiz kudretini ortadan kaldıran durum sona erdiği için ayırtım gücüne sahip olabilirler, diğer şartları da haiz iseler, tam ehliyetli sayılır ve bütün muameleleri de yapabilirler. Eğer bunlar, tam anlamıyla iyileşmeyip de "matuh ve nâkıs-ul-akl" bir duruma gelmiş ise, mümeyyiz küçüğe benzetilerek hüküm verilir (244).

3. Uyku hali

Uyku, kişinin düşünme ve temyiz melekesini ortadan kaldıran bir haldir (245). Bunu "gayri ihtiyarî olan bir fütur tabiidir ki, aklı ve duyuları amelden men eder" (246) şeklinde ifade edenler de vardır. Bu durum temyiz kudretini ortadan kaldırdığına göre buna benzeyen uyurgezerleri ve bitkisel hayat sürenleri de bu gruba dahil etmek gerekir (247).

Akıl ve duyuların fonksiyon görmesini geçici olarak önleyen ve irade dışı olan tabii bir zihni durgunluğu ifade eden uyku hali, baygınlık kavramıyla benzerlik gösterir (248). Bu nedenle pek çok hukukçu, bu iki durumu aynı başlık altında incelemeyi tercih etmişlerdir. Ancak bayılmanın uyku gibi tabii bir hal olmayıp, hastalık veya sinir sistemindeki bir bozukluktan kaynaklandığı unutulmamalıdır. Bununla birlikte, uyku ile bayılmanın hukukî sonuçları aynıdır (249). Yani her ikisi de temyiz kudretini geçici olarak ortadan kaldırırlar.

Uyku, iradeyi iptal ettiğinden bu durumda bulunan kişinin temyiz gücü de, dolayısıyla fiil

---

(242) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 253-254; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 11.

(243) **KÂSÂNÎ**, C. V, s. 155; **DÖNMEZ**, s. 128; **DÖNDÜREN**, Akıl Hastalığı, s. 86.

(244) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 69.

(245) **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 192; **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 236.

(246) **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 100; **BİLMEN**, C. I, s. 231.

(247) **ZEYDAN**, Usûl, s. 106; **SEYDİŞEHRÎ**, Usûl, s. 478; **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 271.

(248) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 258.

(249) **BUHÂRÎ**, s. 278; **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 258-259.

ehliyeti de olmaz (250). Uykuda iken yaptığı hukukî işlemler de bu sebeple geçersiz (hükümsüz) sayılır. Buna göre uyuyan kişinin, alım satım, kira, rehin, boşama, köle azat etme, vakıf gibi hukukî işlemlere ilişkin irade açıklaması (beyanı) geçersizdir (251).

Uyuyan kimsenin işlediği cezaî fiillerden (cinayetten) dolayı, bu fiilinde irade ve ihtiyarı bulunmadığı için cezâî ehliyeti de yoktur ve kendisine bedeni ceza gerekmez. Ancak böyle bir kimsenin hak ehliyetine sahip olmasından kaynaklanan haksız fiil sorumluluğunun (mâlî zararlardan sorumluluk) bulunduğunu belirtmeye gerek bile yoktur (252).

4. Baygınlık (İğmâ)

İğmâ sözlükte, örtmek, perdelemek anlamlarına gelir. Baygınlığın da bir bakıma aklı örten bir durum olması sebebiyle bu sözcük ile ifade edilmiştir (253). Klasik eserlerde ehliyet arızaları arasında yer alan baygınlık, iğmâ olarak isimlendirilmekte ve bu da, kişinin idrak gücünü ve hareket serbestisini gidererek aklını çalıştırmasını önleyen geçici bir uyuşukluk olarak kabul edilmektedir (254). Bu haliyle baygınlık, uyku gibi hatta uykunun da üstünde, kişinin düşünme ve temyiz kudretini ortadan kaldıran durumlardan biridir (255).

Şiddetli bir hastalıktan veya sinir sistemindeki bir bozukluktan ortaya çıkabilen bayılma halinde akıl bütünüyle kaybolmamış, ancak vaki olan bir arızadan dolayı çalıştırılması zorlaşmıştır. Bu durum sona erince kişi tabii haline hemen döner. Akıl gücünü geçici olarak perdeleyip zihni faaliyeti engelleyen bu fizyolojik hal, koma şeklinde uzunca bir zaman da sürebilir (256).

Baygınlık durumunda temyiz kudreti ortadan kalktığı için fiil ehliyeti de zorunlu olarak belli bir süre için tatile uğramıştır. Bu durum sona erer ermez normal hale dönülür. Şu halde

---

(250) **BİLMEN**, C. I, s. 231.

(251) **SAVA PAŞA**, C. II, s. 324; **ZEYDAN**, Usûl, s. 106; **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 478; **BİLMEN**, C. I, s. 231; **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 271; **HÂTEMÎ**, Vakıf, s. 89; **MEYDAN LAROUSSE**, C. IV, s. 112.

(252) **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 478; **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 237.

(253) **ÜNAL** Halit, Baygınlık, DİA, C. V, İstanbul 1992, s. 244-245.

(254) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 259-260; **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 100; **BİLMEN**, C. I, s. 230.

(255) **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 100; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 192; **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 236.

(256) **SAVA PAŞA**, C. II, s. 324-325.

baygınlık, hukukî işlem yapma ehliyetini ortadan kaldıran bir durum olup baygınlık hali devam ettiği sürece, alım satım, hibe, vasiyet, vakıf, ikrar, boşama gibi hukukî işlemler geçerli değildir, hükümsüzdür (257).

Bayılma, ceza ehliyetini de ortadan kaldırır. Nadiren de olsa baygın iken işlenen suça, had ve tazir cezaları uygulanamaz. Çünkü işlenen suça cezanın verilmesi Allah hakkıdır. Ancak suçun hırsızlıkta olduğu gibi mali cezası varsa bu hırsıza ödettirilir. Baygın bir kimsenin başkasını öldürmesi gibi şahsa karşı işlenen suçlarda ise, kul hakkına giren diyetin (kanlık) ödenmesi gerekir. Bu tür fiili durumlar kişinin fiil ehliyetine değil, hak ehliyetine dayanmaktadır. Baygın olan kişide ise, kişi olmasından ötürü hak ehliyeti tamdır. Başka bir deyişle, baygın kişinin haksız fiil dışında sorumluluğu söz konusu değildir (258).

G. Temyiz Kudretini Ortadan Kaldırmayan Haller

Temyiz kudretine etki etmeyen haller de, klasik kaynaklarda, ehliyet arızaları (259) (ehliyeti sınırlayan veya ortadan kaldıran haller) başlığı altında incelenir. Ehliyet ârızaları arasında, temyiz kudretine ve ehliyetin diğer şartlarına etki etmeyen hususların da sayılması, 'yasaklamanın olmadığı yerde serbestlik vardır' kuralına uyulmamasının sonucudur. Başka bir deyişle, ehliyeti kaldırıp kaldırmadığından şüphe edilen hususların birer birer sayılarak ehliyete etki etmedikleri belirtilmek istenmiştir.

1. Akıl Zayıflığı-Bunama (Ateh)

a. Kavram

Fıkıh ve fıkıh usulü kitaplarında ehliyet ârızaları arasında sayılan "ateh" (bunaklık), sözlükte, "aklı zayıflamak, eksilmek, bunamak, bir şeye düşkün olmak" anlamlarına gelir. Bugünkü hukukumuzdaki "akıl zayıflığı"na tekabül eden ateh, eski hukukumuzda kişinin hukukî tasarruflarına belirli sınırlamalar getiren bir ehliyet arızası kabul edilmiştir. Bu durumda olan kimseye

---

(257) **SEYDİŞEHRÎ**, Usûl, s. 478; **ÜNAL**, s. 245; **MEYDAN LAROUSSE**, C. IV, s. 112.

(258) **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 271; **HALLÂF**, s. 323; **ZEYDAN**, Medhal, s. 319-320; **ÜNAL**, s. 245.

(259) Bugünkü hukukumuzda, ehliyet arızaları kavramına yer verilmez. Kişiler fiil ehliyeti açısından, tam ehliyetli-tam ehliyetsiz, sınırlı ehliyetli-sınırlı ehliyetsiz ayrımına tabi tutulur ve bu sınıfların kapsamına giren insan gruplarının ehliyet durumları açıklanır. Bkz. **KÖPRÜLÜ**, s. 211; **SAYMEN**, C. II, s. 326.

de "matuh" denir ki, akıl zayıflığına tutulmuş (mübtela) olan kimse anlamındadır (260). Bu çalışmada ateh terimi ile akıl zayıflığı, matuh terimi ile de akıl zayıflığına mübtela kimse kastedilecektir.

Akıl zayıflığı, tıp ilmi açısından akıl hastalığı kavramı içinde ele alınabilirse de, hukuk açısından bu iki kavram arasında fark vardır. Her ikisinde de aklî dengesizlik söz konusudur ama matuh olanlarda çoğunlukla temyiz gücünün bulunmasına karşılık, akıl hastalarında temyizden kesinlikle söz edilemez. Bunun içindir ki, bunaklar, temyiz gücüne sahip olan ve olmayan olmak üzere iki gruba ayrılırlar. Temyiz yeteneği olmayan bunakları akıl hastaları kategorisine sokan eski hukukumuz, sadece mümeyyiz olan akıl zayıflarını bunak (matuh) kabul etmiştir (261). Matuh denince kastedilen de daha çok ikinci gruba girenlerdir (262).

Görüldüğü üzere, matuh kavramı, temyiz yeteneği olan akıl zayıflarını ifade ettiğine göre, buna benzeyen aptallık, budalalık ve ahmaklık (bön, ebleh) gibi kavramların da bu kapsama sokulması söz konusu olabilir (263).

Ateh doktrinde değişik şekillerde tanımlanmıştır: "Akılda bozukluğu gerektiren bir âfettir (musibettir) ki, sahibi, sözünde ve diğer işlerinde bazen akıllı, bazen de mecnûn gibi olur" (264); "aklın ihtilalidir" (zarar görmesidir) (265); "kişiyi kıt anlayışlı, kötü tedbirli, karışık sözlü ve tutarsız davranışlı yapacak derecede akılda meydana gelen bozukluk veya eksikliktir" (266).

Sözü edilen durumlar, yaşlılık sebebiyle bunaklık şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, buna

---

(260) **GÖZÜBENLİ** Beşir, Ateh, DİA, C. IV, İstanbul 1991, s. 51; **BİLMEN**, C. I, s. 230; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 13.

(261) **ZEYDAN**, Usûl, s. 104; **ŞA'BÂN**, Usûl, 253; **KARAMAN**, Fıkıh Usûlü, s. 181; **GÖZÜBENLİ**, Ateh, s. 51.

(262) Günümüz hukuku, akıl zayıflığını, medeni hakları kullanmada, hacir sebebi saymada akıl hastalığına denk tutmuş, fakat evlenmede, boşanmada böyle kabul etmemiştir. Evlenme ve boşanmada akıl hastalığı ile akıl zayıflığının ortaya çıkardığı sonuçlar ayrı ayrıdır. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 297.

(263) **İMRE** Zahit, Hacir Sebebi Olması Açısından Akıl Bozuklukları Hakkında Türk Hukukuna ve Mukayeseli Hukuka İlişkin Bazı Düşünceler, "Kubalı'ya Armağan", İstanbul 1974, s. 355-356; **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 82.

(264) **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 100; **MARDİN**, C. II, s. 299.

(265) **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 477; **HACI ÂDİL**, s. 518; **ZEYDAN**, Medhal, s. 266.

(266) **ZEYDAN**, Usûl, s. 104.

bağlı olmaksızın da görülebilir (267). Ama belirtmek gerekir ki, ateh yaşa bağlı bir durum değildir. Fakat çoğunlukla yaşlılarda ortaya çıktığı için ateh onlara isnad olunur. Ancak, çocuklarda da atehe rastlanabilir (268). Bunun içindir ki, Mecelle, bâliğ olmayanlarda da atehin söz konusu olabileceğini dikkate alarak, "matuhu bâliğ, sabii âkıl hükmündedir" (m. 978) hükmünü getirmiştir. Bunun yanı sıra, bozukluk veya eksiklik, zeka ve aklî durumun doğuştan beri yeteri kadar gelişmemiş olmasından kaynaklanabileceği gibi, sonradan ortaya çıkmış da olabilir (269).

Akıl zayıflığı, aklî ve ruhî melekelerin gereği gibi gelişmemiş olmasını ifade eder. Çabuk kandırılmaya elverişli, zekası çok kıt veya açıkça budala olanlar akıl hastası sayılamazlar. Fakat aklen zayıf olan bu gibi kimseler eğer makul surette hareket edebilmek iktidarından yoksun iseler "gayrimümeyyiz" sayılırlar. Şu halde, sağır, dilsiz ve körler akıl zayıfı grubuna girmezler. Çünkü sözü edilen organik bozukluklar, kişinin akıl zayıfı sayılmasını gerektirecek derecede ağır durumlar değildir. Kaldı ki, bunların günlük hayatında beceri yönünden bir eksiklik göze çarpsa da aklî melekeleri ve dolayısıyla ehliyet durumları tamdır. Doktrinde ileri sürülen, sağırlık, dilsizlik ve körlüğün ehliyet arızaları arasında sayıldığı yönündeki görüşe katılmak bu açıdan mümkün değildir (270). Çünkü, bu gibi kişileri korumak için öngörülen tedbirler ehliyet engelleri boyutuna varmaz (271).

Mecelle (m. 945), atehi değil ama matuhu tanımlamıştır. Buna göre, "Matuh: ol muhtel-uş-şuur olan kimsedir ki fehmi kalil ve sözü müşevveş ve tedbiri fâsid olur". Görüldüğü üzere, mâtuh, şuuru bozuk bir kişidir ki, anlayışı noksan, konuşmaları düzensiz ve davranışları tutarsızdır. Mecnundan farklı olarak, sakindir, "darb ve şetm etmez". Bazı sözleri akıllıca, bazı sözleri delicedir (272). Matuhun tanımında tartışma söz konusu ise de tercih edilen tanım budur (273). Esasen matuh denildiğinde, temyiz gücüne sahip akıl zayıfı (bunak) akla gelmelidir. Matuhun şuurun-

---

(267) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 244-245; **TEKİNAY**, Kişiler, s. 203.

(268) **HACI ÂDİL**, s. 518.

(269) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 257; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 191.

(270) Bkz. **SAVA PAŞA**, C. II, s. 322.

(271) Günümüz hukukunda, "psikiyatri açısından, çeşitli zeka geriliği durumları bu kavramın kapsamına girdiği gibi; sağır-dilsizler ve körler de akıl zayıflığı durumunda bulunabilirler" görüşü ileri sürülmüştür. Bkz. **İMRE**, Hacir Sebebi, s. 356.

(272) **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 100; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 13.

(273) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 13.

daki bozukluk tam bir bozukluk değildir, eğer tam bir bozukluk olsaydı, matuh olan kimsenin mecnûn sayılması gerekirdi (274).

Matuhlar, gel-git akıllı kimselerdir. Söz ve hareketleri yönünden bazen akıllı, bazen de akıl hastası olan kimselere benzerler (275). Bu özelliği sebebiyle akıl zayıflığı, akıl hastalığının bir çeşidi veya derecesi olmaktan ziyade, farklı bir bozukluk olarak nitelenebilir (276). Zira ateh halinde aklın temeli mevcuttur; ancak normal seyrine girmesini engelleyen psikolojik engeller bulunmaktadır. Bu haliyle ateh, kişide doğuştan veya sonradan ortaya çıkan aklî fonksiyonlardaki bir yetersizlik, az gelişmişlik, duraklama ya da gerileme durumunu ifade eder. Bu, aklın hastalığını bildirmekten ziyade bulanıklığını, karışıklığını ve tembelliğini gösterir. İdrakteki (anlayıştaki, akıl erdirmedeki, kavrayışdaki) zaaf değil, iradedeki (insanın yapma veya yapmama iktidarındaki, gücündeki) zaaf akıl zayıflığının göstergesidir (277).

Akıl zayıflarında çoğunlukla temyiz gücü bulunduğu için bunlar, temyiz gücüne sahip olan akıl zayıfları ve temyiz gücüne sahip olmayan akıl zayıfları olmak üzere iki gruba ayrılırlar. Temyiz yeteneği olmayan bunaklar, akıl hastaları kategorisine girer, ehliyetsiz sayılır. Temyiz yeteneği olan akıl zayıfları ise mümeyyiz küçük gibi kabul edilip eksik ehliyetli olur. Matuh denince kastedilen de daha çok bu ikinci gruba girenlerdir (278).

b. Tespiti

Mecelle, eblehi (ahmağı, aptalı, budalayı) matuh gibi telakki etmiş, belaheti (ahmaklığı, aptallığı, düşüncesizliği) de ateh içerisinde ele almıştır. Başka bir deyişle, iradedeki bozukluğa

---

(274) **MARDİN**, C. II, s. 299.

(275) **BİLMEN**, C. I, s. 230; **DÖNDÜREN**, Şahıs, s. 133.

(276) Günümüz hukukunda akıl zayıflığı ile akıl hastalığını aynı kategoride fakat ilki diğerinin orta ve hafif bir çeşiti olarak görünler de vardır. Başka bir deyişle, akıl zayıflığı orta derecedeki bir akıl hastalığını ifade eder. Bu sebeple, günümüz hukukunda, akıl hastalığı akıl zayıflığına denk tutulduğu için makul davranışın yokluğu ile akıl zayıflığı bir araya gelince temyizin yokluğu için bir karine ortaya çıkacağı sonucuna ulaşılmıştır. Nasıl, akıl hastalığı durumunda temyizin yokluğu karinesi devreye giriyorsa, akıl zayıflığı (ateh) durumunda da aynı karine oluşmuş olur. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 296-299; Aksi görüş için bkz. **İMRE**, Hacir Sebebi, s. 355.

(277) **MARDİN**, C. II, s. 297-299.

(278) **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 269-270; **ZEYDAN**, Usûl, s. 104; **ŞA'BÂN**, Usûl, s. 253; **ZEVKLİLER**, Kişiler, s. 62; **KARAMAN**, Fıkıh Usûlü, s. 181; **GÖZÜBENLİ**, Ateh, s. 51; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 245.

değinirken, aptallık ve ahmaklığı da o kategoride değerlendirmiştir (279). Gerçi Mecelle, aptallığı atehte değil, sefehte incelemiş, yani aptallığı sefahet gibi değerlendirerek sefeh hükmünü ona da şamil kılmıştır. Mecelle'ye göre, ebleh olan kimse, sefih gibidir. Sefih ise, «malını beyhude yere sarf ile masarifinde tebzir ve israf ile izaa ve itlaf eden kimsedir». Ebleh ve sadedil olmak hasebiyle kâr ve temettu yolunu bilemeyip de ahz ve itasında aldanagelen kimseler de sefih addolunur (Mecelle m. 946). Görüldüğü üzere, ebleh ve sadedil olanların hukukî durumu matuha değil de sefihe benzetilmiştir. Mecelle 978 inci maddesinde "matuh olan kimse sağîr-i mümeyyiz hükmündedir" demişken, 990 ıncı maddesinde "sefih-i mahcur muamelatta sağîr-i mümeyyiz gibidir" diye ayrıca açıklamada bulunmakla bu inceliğe (nüansa) işaret etmiştir.

Akıl zayıflığı iddiası iki şekilde ortaya çıkabilir. İlk olarak, kişinin akıl zayıfı olduğu ileri sürülebilir. Bu durumda akıl zayıfı kimsenin uzman doktor raporuyla bilimsel olarak tespit edilmesinden ve hâkim tarafından atehine karar verilmesinden sonra kişi vesayet altına alınır. İkinci olarak ise, hukuki işlemden hareket edilebilir. Bu durumda hukuki işlemin ateh halinde yapıldığı ileri sürüldüğünden delillerin tercihi (önceliği) kuralına göre âkidin o akti yapmaya ehliyetli olup olmadığına karar verilir (280).

2. Ay Hali ve Loğusalık

Kadınlara özgü olan ay hali ve loğusalık (hayız ve nifas), ne temyiz kudretine ne de ehliyete etki eder; sadece bazı şer'î hükümler açısından ruhsat sebebi sayılır (281). Bunların, klasik hukukçular tarafından, ehliyet arızaları arasında niçin sayılmış olduğunu anlamak son derece güçtür. Kaldı ki, söz konusu hukukçular da dahil olmak üzere, bu iki durumun ehliyete gölge düşürdüğü yönünde görüş ileri sürülmemiştir. Herhalde bunların arızalar arasında sayılmasına sebep, bu iki durumun kadını bedeni ibadetleri yapmaktan bağışık (muaf) tutması veya sonraya

---

(279) Bugünkü hukukumuzda ise, alelade aptallık, kara cahillik, akıl zayıflığına girmez. Zira ahmaklıktaki zaaf idraktedir. Halbuki atehteki zaaf iradededir. Günümüz hukukunda ise, akıl zayıflığından, belahet (aptallık) ve hamakat anlaşılmaz. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 298-299.

(280) Günümüz hukukunda, eğer tasarruf makul değilse ve tasarrufu yapanın akıl zayıfı olduğu tespit edilirse, kişinin temyiz gücünden yoksun olduğunu iddia eden ispat etmek durumundadır. Oysa, tasarruf makul değil ve tasarrufu yapanın akıl hastası olduğu belirlenirse, burada kişinin temyiz gücünün bulunmadığını iddia eden ispat etmeyecek, akıl hastası olan kimse, temyiz gücüne sahip olduğunu kanıtlayacaktır. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 298.

(281) Geniş bilgi için bkz. **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 270; **BİLMEN**, C. I, s. 231; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 350; **ZERKA**, C. II, s. 575.

bırakmak için ruhsat olmasıdır. Şu halde, bu durumdaki bir kadının temyiz kudreti ve ehliyeti salt bu sebeple sınırlandırılamaz.

3. Unutma

Unutma (nisyan), hafızada bulunan ve hatırlanması mümkün olan bir şeyi hatıra getirememe durumu; hafızada meydana gelen geçici bir durgunluk halidir (282). Bu, kişinin akıl, beden veya hukukî durumuna peyda olan bir hastalık veya patalojik bir bozukluk değildir. Bu açıdan ne temyiz kudretine ne de ehliyete etki eder (283).

Unutma, sadece bir takım dini gereklerin yerine getirilmemesinden veya ihmal edilmesinden doğan sorumluluğu kaldırıcı nitelikte bir hukukî mazerettir. Şu halde unutma, Allah hakkı olarak nitelenen durumlarda eğer hatırlanılması gerekli bir şey değilse mazeret sayılacağı için kişiyi, o fiil için manevi sorumluluktan kurtarır. Kul hakkını ilgilendiren konularda ise etkili olmaz. Örneğin, bir kimse bir malın başkasına ait olduğunu unutarak onu kendi işlerinde harcasa bedelini borçlanır. Buna göre, unutarak herhangi bir kimsenin malına zarar verilmesi durumunda zarar veren sorumluluktan kurtulamaz (284).

4. Bilgisizlik

Bilgisizlik (cehl), bilme yeteneğini haiz olan bir kimsenin bir şeyi bilmemesidir. Eğer o konu hakkında hiç bir şey bilmiyorsa "cehli basit"; yanlış biliyorsa "cehli mürekkep" söz konusudur (285).

Bilgisizlik, temyiz kudretini etkilemediği için ehliyete hiç bir şekilde etki etmez (286). Bazı durumlarda dini sorumluluğu kaldırıcı veya hafifletici bir mazeret olarak kabul edilir. "Kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı" prensibi, eski hukukumuz tarafından da kural olarak kabul edilmiştir (287). Burada istisnai bir durumu belirtmek gerekir. O da, vekilin, kendisinin

---

(282) **BİLMEN**, C. I, s. 231; **ZERKA**, C. II, s. 574, dn. 8; **BUHÂRÎ**, s. 276.

(283) **ZERKA**, C. II, s. 574; **BİLMEN**, C. I, s. 231; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 323; **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 477.

(284) **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 477; **ZERKA**, C. II, s. 574.

(285) **BİLMEN**, C. I, s. 233; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 332-333.

(286) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 280; **ZEYDAN**, Usûl, s. 112-114; **BUHÂRÎ**, s. 330.

(287) Bu konudaki istisnai hükümler için bkz. **BİLMEN**, C. I, s. 234.

bulunmadığı bir ortamda (gıyabında) azledilmesi durumudur. Bu halde vekilin bu bilgisizliği özür sayılır ve müvekkili adına yaptığı tasarruflar da geçerli olur (288).

5. Yolculuk

Müktesep ârızalar arasında sayılan yolculuk (sefer, seyahat) hali de temyiz kudreti ve ehliyete etki eden bir sebep değildir (289). Ancak, seyahatin yapısından kaynaklanabilecek bir takım zorluklar göz önünde bulundurularak, bedensel yükümlülüklerin yerine getirilmesinde yolculuk bazı kolaylıklar sağlar. Usul hukukçuları da, belki de dini fiil ehliyeti kapsamına giren ibadetler için öngörülen bu kolaylıklar münasebetiyle yolculuk durumunu ârızalar arasında saymışlardır. Görüldüğü üzere ehliyete herhangi bir olumsuz etki yapmayan yolculuk, sadece bazı vecibelerin yerine getirilişinde kolaylık ve mazeret oluşturur (290).

6. Hezl

Ehliyetle uzaktan yakından bir ilgisi görülmeyen "hezl"in de (latife beyanı veya muvazaa) klasik usul eserlerinde ârızalar arasında yer alması yadırganacak bir durumdur.

Hezl, iki kimsenin bir muameleyi aralarında herhangi bir maksattan dolayı gayri ciddi olarak yapmalarıdır. Bu durum da ne temyiz gücünü ne de ehliyeti etkiler (291).

7. Hata

Hata, kasda bağlı olmayan söz veya işten ibarettir. Başka bir deyişle, kasden yapılmayan davranış hata olarak isimlendirilir. Burada hata sadece iradeyi sakatlamakta ama temyiz gücüne veya ehliyete herhangi bir etkide bulunmamaktadır. Bunun ehliyet ârızaları arasında sayılması, ehliyete olumsuz etkisinden değil, hata konusunun açıklanabilmesi için uygun bir zemin arayışından kaynaklanmıştır. Bilindiği gibi, irade fesadı halleri diye bilinen hata, hile ve ikrah, fürû-i fıkıh (uygulamalı fıkıh) kitaplarında serpiştirilmiş durumda yer almıştır. Usûl-i fıkıh eserlerinde ise, bunlardan hata ve ikrah yakınlıkları düşüncesiyle ehliyet ârızaları bölümünde incelenmiştir.

---

(288) **ZERKA**, C. II, s. 575; **BİLMEN**, C. I, s. 234.

(289) Bkz. **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 300; **ZERKA**, C. II, s. 575.

(290) **SAVA PAŞA**, C. II, s. 338-339; **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 300-301.

(291) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 289.

Temyiz kudretini yok edici ve eksiltici rolü bulunmayan hatanın bir takım konularda sorumluluğu kaldırdığı veya özür niteliğini taşıdığı kabul edilmektedir (292).

8. İkrah

İnsana yapmak istemediği bir şeyi vaat veya tehditte bulunarak zorla yaptırmak olan ikrah, irade fesadı hallerinden biridir ve üçüncü bir kişinin eyleminden kaynaklanır. Ne temyiz kudretini ortadan kaldırıcı bir etkisi ne de ehliyete tesiri söz konusudur. İkrah, akla olumsuz bir etkide bulunmadığı için gerçekte bir ehliyet ârızası sayılmaz ve fiil ehliyetini kaldırıcı bir nitelik taşımaz. Ancak, rızayı bozucu vasfi ile hukukî işlemlerde bir mazeret ve sorumluluğu kaldıran bir faktör olmakla ehliyet ârızalarına benzerlik gösterdiği için, bu kategoride ele alınmıştır (293).

H. Temyiz Kudretini ve Ehliyeti Kaldırıp Kaldırmadığı Tartışmalı Olan Hal: Sarhoşluk (Sekr)

Sarhoşluk kural olarak temyiz kudretini ve ehliyeti ortadan kaldırır. Ancak, doktrinde, temyiz kudretini ve ehliyeti kaldırdığını kabul edenler olduğu gibi, bunun ehliyete herhangi bir etkisinin olmadığını ileri sürenler de olmuştur. Bu açıdan sarhoşluğun ayrı bir başlık altında ele alınması uygun görülmüştür.

1. Kavram

Eski hukukumuzda, ehliyet konusu incelenirken, ehliyet ârızaları içerisinde müktesep ârızalardan biri olarak sarhoşluğa da yer verildiği görülür. Kural olarak temyiz kudretini ortadan kaldıran durumlardan biri olan ve sözlükte "sekr" (sükr) olarak ifade edilen sarhoşluk, bazı maddelerin kullanılması sonucu aklın ve algılama gücünün geçici olarak yitirilmesi (294); veya insan bedenine dıştan giren alkollü maddelerin yarattığı zehirlenme nedeniyle, kişinin irade ve temyiz yeteneğinin geçici bir süre için kaybolmasıdır (295).

Eski hukukumuzda sarhoşun hak ve fiil ehliyeti hakkında sevkolunmuş özel hükümlere

---

(292) Bkz. **BİLMEN**, C. I, s. 237-238.

(293) **BİLMEN**, C. I, s. 238.

(294) **TOPALOĞLU/KARAMAN**, s. 188; **SEYDİŞEHRÎ**, Usûl, s. 490.

(295) **MUSTAFA** ve diğerleri, C. I, s. 438; **BUHÂRÎ**, s. 351.

rastlanmadığı gibi, sarhoşluk bir hacir sebebi olarak açık bir şekilde de söz konusu edilmiş değildir. Sarhoşluk, arızî hacir sebepleri arasında da belirtilmemiş (296); ancak sefeh kapsamında değerlendirilmiştir. Başka bir deyişle, sefehteki ölçü, sarhoşu da içine alacak bir nitelikte görülmüştür. Ama bu, sadece işaret etmekten (delaletten) ibaret kalmış olup açık (sarih) bir hüküm değildir.

Mecelle, temyiz kudretini ortadan kaldırıcı nitelikte bulunan sarhoşluğa ilişkin sarih bir hüküm getirmemiştir. Yalnız, Mecelle'nin sefih hakkındaki anlayışı bellidir. Şayet sarhoş, kendinden geçmiş olması dolayısıyla sefih kavramına uygun bir durum gösterirse sefeh hakkındaki hüküm kendisine uygulanır. Sarhoş, medeni hakları kullanamaz denildiği zaman, bu, hem 'bizatihi kullanamaz' anlamına hem de 'hakim bu sebep dolayısıyla hacir kararı verdikten sonra kullanamaz' anlamına gelir. Bunlardan ikincisi daha makuldur. Buna göre, sarhoş bizatihi mahcur olmadığından, hâkim tarafından hacrine karar verilmeli ve medeni hakları bu yolla kullanamamalıdır (297).

2. Tanım

Temyiz kudretini ve dolayısıyla ehliyeti etkileyen sarhoşluk, doktrinde değişik şekillerde tanımlanmıştır: "İçkinin etkisiyle aklın ve dolayısıyla temyizin ortadan kalkması ve aklın âtıl kalması" (298); "Kişinin almış olduğu içki veya uyuşturucu madde sebebiyle ne yaptığını veya ne dediğini bilemez hale gelmesi" (299); "Dimağın, sıkıntı veren dumanla dolması sebebiyle ortaya çıkan gafilâne bir sevinç ve neşveden dolayı gaflet ve dikkatsizliktir" (300).

Tanım her ne şekilde yapılırsa yapılsın gerçek olan şudur ki, sarhoşluk, alkollü içkilerin ve esrar, eroin gibi uyuşturucu maddelerin etkisiyle, geçici olarak meydana gelen bir zihin ve irade

---

(296) Bugünkü hukukumuzda ise, kendinden geçmiş derecedeki sarhoşluk (bedmestlik, ayyaşlık) hacir sebebidir. Buna göre hâkim, sarhoşu hacir altına alabilir. Mesela, gece ve gündüz sarhoş olmasının yanında, kendisini, ailesini fakru zarurete düşürecek derecedeki sarhoşluk, kişinin hacir altına alınmasını gerektirir. Bkz. **TEKİNAY** Selâhattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 6. B., İstanbul 1986, s. 648.

(297) **MARDİN**, C. II, s. 301-302.

(298) **ZEYDAN**, Medhal, s. 272.

(299) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 248.

(300) **BİLMEN**, C. I, s. 234; **HACI ÂDİL**, s. 534.

uyuşukluğudur (301). Bu zihin ve irade uyuşukluğu, kişinin temyiz gücüne olumsuz yönde yansır ve kişinin, makul surette hareket edebilme iktidarını kaldırabilir. Sarhoşun, makul surette hareket edip etmediği olaydan olaya değişir (302). Görüldüğü üzere, sarhoş olan kişide akıl melekesini tahrip edici geçici bir bozukluk meydana gelmekte ve kişi, tasarruflarda bulunabilmek için sahip olduğu kudreti kaybetmiş bulunmaktadır (303).

Sarhoşluk sonucunun ortaya çıkması, alınan alkol miktarına veya sertlik derecesine göre tesbit edilemez. Zira, kişilerin bünyeleri alkole dayanıklılık yönünden farklılık gösterir. Bu açıdan, her olayın özelliği dikkate alınarak kişinin temyiz kabiliyetini yitirip yitirmediğine bakmak gerekir (304).

Hukukçular, sarhoşun temyiz kudretinin tespitine yönelik olarak bir takım kriterler ortaya koymuşlardır. Ebû Hanife, yer ile göğü, erkek ile kadını, karısı ile cariyesini birbirinden ayırdedemeyecek derecede şuurun kaybolmasını sarhoşluk ölçüsü olarak kabul etmiştir. Doktrindeki çoğunluk ise, iradesini kontrol edemeyip ileri geri konuşmayı ve hezeyanlar (saçma sapan, kötü sözler) savurmayı kriter olarak almıştır. Yine, sarhoşluk esnasında olup bitenleri iyileştikten sonra hatırlayamamayı da sarhoş sayılma için yeterli görenler vardır (305). Bu durumun tespitinin, kandaki alkol miktarının ölçülmesi ve konunun uzmanları gibi çeşitli yollarla yapılması da mümkündür.

3. Türleri

Bilindiği gibi sarhoşluk, alınan içki ve benzeri maddelerle temyiz kudretinin kaybı ve kişinin ne dediğini ve ne yaptığını bilemez hale gelmesidir. Bu iki şekilde gerçekleşebilir: Ya dokto-

---

(301) İnsanın aklî dengesini bozan afyon, esrar, eroin gibi uyuşturucu maddeler, İslâm hukukunda içki gibi haram sayılmış, hukukî ve cezaî ehliyete de etkisi içkinin ehliyete etkisi gibi kabul edilmiştir. Bkz. **BAKTIR** Mustafa, Afyon, DİA, C. I, İstanbul 1988, s. 442-443; **ŞENER**, Kişinin Hukuku, s. 55.

(302) **TEKİNAY**, Kişiler, s. 203.

(303) Bugünkü hukukumuzda sarhoşluk, temyiz kudretinin bulunmadığına bir karine teşkil eder. Bir kimse temyiz kudretini ortadan kaldıran bir şekilde sarhoş olduğu sırada makul olmayan bir tasarruf yapmışsa bu durum temyizin yokluğuna karine kabul edilir ve temyiz kudretine sahip bulunduğunu iddia eden kimsenin bunun aksini ispat etmesi gerekir. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 300, 302.

(304) Günümüz hukukunda, temyiz kudretini ortadan kaldırdığı kabul edilen sarhoşluk, hafif tertip sarhoşluk yani başı dönmüş anlamındaki sermestlik değil, kendinden geçmiş derecede sarhoşluk anlamına gelen bedmestliktir. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 300; **ÖZSUNAY**, Kişiler, s. 38.

(305) **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 273; **ZEYDAN**, Usûl, s. 128; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 335.

run zarurî tavsiyesi, şiddetli susuzluk gibi yasal (helâl) yolla ya da kişinin irade ve arzusuna bağlı olarak yasak (haram) yolla (306).

a. Yasal Yoldan Sarhoşluk

Tedavi amacıyla, tehdit içerisinde veya bilmeyerek kullanılan alkol gibi maddelerden ortaya çıkan sarhoşluk, yasal (helal, mubah, meşru) sarhoşluk olarak isimlendirilir. Bu, doktorun zorunlu tavsiyesi sonucu alınan ilaçlarla, şurup ve bal içmekle veya zorda kalma (örneğin şiddetli susuzlukta alkollü içki almak) gibi hallerde söz konusu olan yani tamamen hukuk düzeninin çizdiği sınırlar dahilinde kalınarak meydana gelen sarhoşluk halidir. Bunun meşru olarak nitelenmesinin bir nedeni de, böyle durumlarda kişiye dini bir sorumluluğun da yüklenmemesi yani günaha düşülmediğinin kabul edilmesidir (307).

Fıkıh kitaplarında, yasal yolla sarhoşluğun yaptırımı olan hükümsüzlüğün iğmaya (bayılmaya) benzetilerek verildiği görülür (308). Klasik eserlerde, bayılma ile sarhoşluk halinin ayrıldığı bir nokta olarak, bayılmanın semavi, sarhoşluğun ise müktesep arızalar arasında yer alması belirtilir. Bunun dışında hüküm itibariyle aynı kategoride değerlendirilirler. Buna göre, bayılmaya ilişkin hükümler yasal yoldan sarhoş olan kişilere de uygulanır. Zira bu tür sarhoşluk adeta hastalık gibidir (309).

Doktrindeki görüş birliğine göre, kişi, yasal yoldan sarhoş olmuş (temyiz gücünü kaybetmişse), tam ehliyetsiz kabul edilir. Fiil ehliyeti bulunmadığı için de hukukî muameleleri geçersiz olur. Buna göre de, evlenme, boşama, köle azat etme, ikrarda bulunma, alım satım akti yapma ve bağışlamada bulunma gibi işlemleri tamamen hükümsüzdür (310). Bu tür sarhoşluk sebebiyle ceza ehliyeti de kalktığı için, sarhoş kişiye had, kısas ve tazir cezaları da uy-

---

(306) Günümüz hukukunda, böyle bir ayırıma gidilmeksizin, akıl ve temyiz gücünü kaybettiren sarhoşluğun fiil ehliyetini geçici olarak giderdiği görüşü benimsenmiştir. Zaten günümüz hukuk anlayışında yasak sarhoşluk kavramı yoktur. Buna göre, temyiz gücü olmayan kişinin girişemeyeceği eylemlere sarhoş da girişemez. TMK. m. 13, bu hususu düzenlemiştir.

(307) **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 490; **KARAMAN**, Fıkıh Usûlü, s. 186; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 334-335.

(308) Bkz. **BİLMEN**, C. I, s. 235; **ZEYDAN**, Usûl, s. 128.

(309) **HACI ÂDİL**, s. 534; **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 490.

(310) **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 101; **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 25; **HÂTEMÎ**, Vakıf, s. 89.

gulanmaz (311). Burada tekrar belirtmek gerekir ki, haksız fiillerde eski hukukumuzun esas aldığı sebep sorumluluğu prensibi bu alanda da uygulanarak, temyiz gücünün yitirilip yitirilmediğine bakılmaksızın kişi, haksız fiillerinden sorumlu tutulur (312).

Eski hukukumuzun uygulamasında, hukuki işlem yapan sarhoşa fesih hakkı, sarhoşluk ancak yasal (mubah) yol ile gerçekleşmiş ise tanınmıştır. Yasal yolla sarhoşlukta yapılan hukuki işlem, ikrahın etkisi altında yapılan hukuki işleme benzetilmiştir. Nasıl ki, ikrah altında yapılan hukuki işlem, ikrah halinin ortadan kalkmasından sonra ikrah altında o işlemi yapan kişi tarafından feshedilebiliyorsa, sarhoşa da kendisini zarardan korumak için bir fesih hakkı tanınmıştır (313).

b. Yasak Yoldan Sarhoşluk

Yasak yolla sarhoşluk, eski hukukumuzun çizdiği sınırların dışına çıkılarak sarhoş olmaktır. Başka bir deyişle, kanuna aykırı olarak yani yasak (haram) yol ile kişinin kendi irade ve arzusuyla meydana gelen sarhoşluk hali yasak yolla sarhoşluk olarak değerlendirilir. Burada kişi, sarhoş edici maddeleri zorlayıcı sebep olmaksızın bilerek ve isteyerek alır (314).

Eğer yasak (haram) yoldan sarhoş olunmuşsa, bu sarhoşluğun ehliyete etkisi konusunda iki ayrı görüş ileri sürülmüştür. Doktrinde (Hanefiler dışındaki) çoğunluğa göre, bu tür sarhoşluk, temyiz kudretini ortadan kaldırdığı için bir ehliyet arızasıdır ve yasal yolla sarhoşluktan farkı yoktur. Sarhoşluk süresince temyiz gücü kaybolduğuna göre, kişi ehliyetsiz kabul edilir (315). Başka bir deyişle, mademki sarhoşta temyiz kudreti yoktur, o halde temyiz kudretinin bulunmadığı dönemlerde sarhoşun yaptığı tasarruflara itibar edilmemeli, tasarruflar mutlak butlan ile sakat olmalı yani geçersiz sayılmalıdır. Dolayısıyla hiçbir hukukî tasarruf, başta evlenme ve boşama olmak üzere, geçerli sayılmamalıdır. Bu görüşte olanlar, temyiz gücünün

---

(311) **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 273.

(312) **ZEYDAN**, Usûl, s. 128.

(313) **MARDİN**, C. II, s. 303-304.

(314) **ZEYDAN**, Usûl, s. 129; **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 490.

(315) Maliki mezhebinde, sarhoşun yaptığı muameleler muteber, fakat "gayrilazım" olur. Ayılınca ya icazet verilecek yahut bağlı bulunulmadığı bildirilecektir. Şafii ve Hanbeli fıkhında durum açık olmamakla beraber, sarhoşluktan ayılan kimsenin, sarhoşken yaptığı muameleleri feshedebileceği kabul edilir. Bkz. **HÂTEMÎ**, Vakıf, s. 89.

kaybolmasına neden olan olayın yasal veya yasak yoldan olmasını bu noktada önemsemezler. Onlara göre önemli olan temyiz gücünün bulunup bulunmadığıdır (316). Yasak yolla sarhoş olan kimse suç teşkil eden fiillerinden dolayı, bedeni olarak cezalandırılır. Fakat Zahiriler'e göre, bedeni ceza verilmez sadece içki içme cezası uygulanabilir. Eğer, böyle bir durumda sarhoşun işlediği suç cezalandırılmazsa, "suç suçu meşru kılmaz" kuralına aykırı hareket edilmiş olur (317).

Yasak yolla sarhoşlukta da sarhoşun ehliyetinin bulunmadığını ileri süren bu görüşe göre, sarhoşun tasarruflarına itibar edilmez. Bu sebeple de, tasarruf için ya infisah ya da sarhoşa fesih hakkı tanınmalıdır. İnfisah halinde, tasarrufun hiç bir hukukî varlığı yoktur. Oysa ki burada tasarrufun hukukî varlığı söz konusudur ancak failin ayyaş, kendinden geçmiş bir sarhoş olması sebebiyle temyiz kudretinden yoksun bulunması bir şüphe ortaya çıkarmıştır. Bu şüphenin ortadan kaldırılması için sarhoşluğun sona ermesinden sonra kendisine bir fesih hakkı tanımak düşünülür. Yani sarhoşa, ayıldıktan sonra kısa bir süre tanınıp, tasarrufu inceleyip ister tenfiz ister feshetmesi hakkı tanınır (318).

Hanefiler tarafından ileri sürülen diğer görüş ise, yasak yolla sarhoşluğu ehliyet arızası olarak kabul etmez. Hanefi hukukçular, insanları sarhoşluktan men etmek ve dinen yasak olan sarhoşluğu bu yönden de cezalandırmak gayesiyle, yasak (haram) yolla olan sarhoşluğu ehliyet arızası olarak kabul etmemişler ve sarhoşun -diğer unsurlar da varsa- tam ehliyetli olduğunu söylemişlerdir. Başka bir deyişle, sarhoş, akıl ve temyizini gideren fiili isteyerek yaptığına göre, zararına da olsa bütün tasarruflarına kıymet verilmeli, geçerli sayılmalıdır (319). Buna göre,

---

(316) Bunlar görüşlerine mukayese olması açısından şunu gerekçe olarak gösterirler: Ayağını kasten kıran kişi ile ayağı kaza sonucu kırılan kişinin, oturarak namaz kılma kolaylığından yararlanmaları ne ise, buradaki durum da aynıdır. Yani ayağını isteyerek kıranın bu haktan yararlanmasına itiraz edilemiyorsa, yasak sarhoşluk halinde de böyle bir itirazın yapılmaması gerekir. Bu görüşte olanlar, "...sarhoş iken namaza yaklaşmayın. Ta ki ne söylediğinizi anlayıncaya kadar" (Nisâ, 4/43) anlamındaki âyetin de kendi görüşlerini desteklediğini ileri sürmektedirler. Bkz. **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 273-274; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 192; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 335; **MARDİN**, C. II, s. 302, 303.

(317) **BUHÂRÎ**, s. 344; **ZEYDAN**, Usûl, s. 130.

(318) **MARDİN**, C. II, s. 303.

(319) Nitekim günümüz hukukunda da, bir kimse temyiz kudretini, sırf başkasına zarar vermek düşüncesiyle ortadan kaldırırsa, haksız fillerinin sonucundan sorumlu olur. Şu halde, haksız fiillerinden sorumlu olmaması gereken gayri mümeyyiz bu gibi durumlarda, istisnai olarak, sorumlu olmaktadır. İşte günümüz hukukundaki bu gibi durumlara benzer olmak üzere, eski hukukumuzdaki sarhoşların fiillerinden sorumlu olmasını öngören görüşe göre, sarhoşların bütün tasarruflarından, sarhoş temyiz kudretini ortadan isteyerek kaldırdığı gerekçesiyle, sorumlu tutulması öngörülmektedir. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 301.

başta evlenme ve boşama olmak üzere, sarhoşun bütün hukukî tasarrufları geçerlidir (320). Haram yoldan ve isteyerek sarhoş olan bir kimsenin tasarrufları -irtidad hariç- hüküm doğuracağından, sarhoş iken vakfetme muamelesinin de, diğer mezheplerin aksine, hüküm doğurması beklenir (321).

4. Ehliyete Etkisi

Sarhoşluğun ehliyete etkisi konusunda genel olarak hukukçular için şu iki görüşü ileri sürmüşlerdir. Birinci görüş sahipleri, sarhoşluğun nasıl meydana geldiğine değil, onun kişinin düşünme ve temyiz gücü üzerindeki etkisine önem vermişler ve ister sarhoşluk verici madde yanlışlıkla, zorla veya ilaç olarak, yani İslâm dininin mazur göreceği bir şekilde alınmış olsun, isterse keyif verici bir madde olarak yani dinin haram kıldığı bir şekilde alınmış bulunsun, bu durumun kişinin fiil ehliyetini ortadan kaldıracağını belirtmişlerdir (322). Bunlara göre sarhoşun hukukî işlem ehliyeti mevcut değildir; nikahı, boşaması, alış verişi geçerli olmaz. Keza bunlar had ve kısası gerektiren bir suç işlediklerinde bu tür bir cezaya da çarptırılmazlar (323).

İkinci grup görüş sahipleri ise, sarhoşluğun oluş şekline önem veren ve eğer kişi dinen mazur görülebilecek bir şekilde sarhoş olmuşsa onun hukukî ve cezaî ehliyeti (had ve kısas suçları bakımından) bulunmadığını belirten, ancak kişi dinin yasaklamış olduğu bir şekilde sarhoş olmuşsa hukukî ehliyeti de cezaî ehliyeti de tamdır fikrinde olan hukukçulardır. Bu görüş sahipleri de esas itibariyle Hanefiler ve bir kısım Şafiilerle Malikilerdir (324).

Eski hukukumuzda, yasak yolla sarhoş olunması durumunda kişinin hukukî muamelelerinin geçerli olduğu sonucuna götüren ikinci görüş, yani sarhoşluğun bir ehliyet ârızası olmadığı görüşü Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne kadar tercih edilegelmiştir. Ancak Hukuk-ı Aile Kararnâmesi 104 üncü maddesi, "Sarhoşun talâkı muteber değildir." demek suretiyle, sarhoşun temyiz

---

(320) **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 490; **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 25; **HACI ÂDİL**, s. 534; **MAHMESÂNÎ**, C. II, s. 157-158; **SAVA PAŞA**, C. II, s.334-335; **MEYDAN LAROUSSE**, C. IV, s. 112.

(321) **HÂTEMÎ**, Vakıf, s. 89.

(322) Bu görüş sahipleri, Ömer b. Abdülaziz, Ebû Sevr, Davud Zahiri, Hanefilerden Ebû Yusuf, Züfer, Tahavi ve Kerhi, Şafiilerden Müzeni, bir görüşlerine göre İmam Şafii ve Ahmed b. Hanbeldir. Bkz. **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 192; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 248.

(323) **ZEYDAN**, Medhal, s. 332, 333.

(324) **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 273; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 248; **MARDİN**, C. II, s. 301.

gücünün bulunmadığını dolayısıyla sarhoşluğun ehliyet ârızası olduğunu kabul eden çoğunluğun görüşünü esas almıştır.

UVKR'nda da çoğunluğun görüşünün esas alınarak, sarhoşun temyiz gücünün bulunmadığı ve dolayısıyla tasarruflarının geçersiz olacağı hükme bağlanmıştır. UVKR m. 19'un esbâb-ı mûcibesinde, "Sefihe dâir tanzimi gerekli kanun maddeleri tedvin olunduktan sonra, ehliyet arızalarından «sekr-sarhoşluk» meselesinin müzakeresine geçildi. Devamlı sarhoşluk halinin hacir sebebi kabul edilmesi karara bağlandı. Bazı üyeler tarafından bir çeşit zecrî muamele olmak ve binaenaleyh halkı sarhoşluktan men' etmek maksadıyla «sarhoşun muameleleri muteberdir.» tarzında bir ibarenin kanun metnine derci teklif edilmiş ise de, bu teklif Hanefî hukukçularının içtihadına muvafık olmakla beraber, kabulü halinde bundan aklî muvazenesini tamamıyle kaybederek asla şuur ve iradeye mâlik olamayacak derecede sarhoş olanların muameleleri muteber olmak gibi bir netice hasıl olur ki temel kaideye tamamen münafidir. Hülasa çok münakaşalar neticesi 19. madde şu şekilde tanzim ve tertip kılınmıştır." (325) denilmiş ve "Hâl-i sekr-i dâimîde bulunan kimse hâkim tarafından hacrolunabilir ve ba'del-hacir hakkında sefîh-i mahcur ahkamı tatbik olunur." şeklinde 19'uncu madde kaleme alınmıştır.

II. REŞİT OLMAK

A. Rüşt Kavramı

Fiil ehliyetinin ikinci olumlu şartı reşit olmaktır. Bilindiği üzere kişi, beden ve akıl olmak üzere iki ayrı sahada gelişim gösterir. Bedeni gelişimi bulûğla, aklî gelişimi de rüşt ile tamamlar. Bulûğ ve rüşt, değişik alanlarda çocukluk dönemini sona erdiren iki haldir (326). Bulûğ, mükellefiyet yüklenme, bazı haklar elde etme; rüşt ise, artık kanuni temsilcinin dahli olmaksızın bağımsız olarak tasarrufta bulunabilme konularında çocukluk dönemine son verir (327).

---

(325) **AKGÜNDÜZ**, Külliyat, 125, 326-327.

(326) Bugünkü hukukumuzda, temyiz dönemi ile rüşt (erginlik) dönemi arasında bulûğ (ergenlik) aşamasına yer verilmez. Bulûğun rüştten önce veya en kötü ihtimalle aynı anda gerçekleştiği kabul edilir. Yaş erginliği ve erken erginlik diye iki çeşit rüştten söz edilir. Her ülkenin coğrafi konumu, bölgesel özelliği ve toplumsal gelenekleri göz önünde tutularak belirlenen yaş erginliği, belli bir yaşın doldurulmasıyla kazanıldığı halde; erken erginlik, belirlenmiş yaş sınırına erişmeden kişinin reşit sayılmasına imkan sağlayan bir erginlik şeklidir. Türk Medeni Kanunu rüşt yaşını 18, mehaz İsviçre Medeni Kanunu ise 20 yaşın tamamlanması olarak belirlemiştir. Erken rüşt ise, ya evlenme ya da hakim kararıyla ortaya çıkar. Bkz. **ÖZSUNAY**, Kişiler, s. 42-43; **AKİPEK**, s. 62; **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 65; **SAYMEN**, C. II, s. 92.

(327) Günümüz hukukunda da rüşt, küçüklük dolayısıyle söz konusu olan velayete veya -velisi yok yahut velayeti kaldırılmış ise- vesayete son verir. Reşit hacredilmiş ise, vasîsi vardır ve yine mahdut ehliyetsiz du-

Rüşt (erginlik) sözlükte, doğru yolu bulma, ölçülü davranma, akıllıca hareket etme, akıl ve ruh bakımından olgunlaşma, sapıklığa düşmeme anlamına gelmekte ve malını korumak için gerekli tedbirleri alan ve saçıp savurmaktan korunan kimsenin vasfına denmektedir (328). Terim olarak ise, malını koruma hususunda özen gösterip, israftan ve boş harcamalardan kaçınan kimse olup bu niteliği taşıyan kimseye de "reşit" denir. Rüşt, malını boş yere harcamaktan çekinmeyen kimse anlamına gelen sefihin de karşıtıdır. Daha farklı bir ifadeyle rüşt, kişinin elde ettiği bir mâlî feraset sayesinde mallarını rasyonel bir biçimde (makul tarzda) değerlendirebilmesi yeteneğidir. Bu itibarla rüşt malda aranır. Dolayısıyla, kişinin mal üzerindeki tasarrufları onun reşit olup olmadığını gösterir yoksa dini düşünceler burada etken değildir (329).

Doktrindeki -Şafii ve Caferiler dışında (330)- çoğunluğa göre, kişinin dini yönünün eksik olması, rüşdü kazanmasına engel teşkil etmez. Bu sebeple rüşt için sadece mâlî konularda normal hareket ve davranış yeterli olup, dinine sahip olma ve bağlanma (ıslâh-ı din) özelliği aranmaz (331). Denilebilir ki, aklî ve fikrî bir olgunluk durumu olan rüşt, kişinin mallarını korumak ve yönetmekte yeterli olmasıdır. Her reşit insanın aklı başında olması ama her aklı başında insanın reşit olmaması prensibi karşısında bunu, "aklın salahı (yeterliliği) ve malı koruma iktidarı-

---

rumundadır. Hacredilmemiş ise ehliyetli olmasına rağmen, hak ehliyeti şartları ayrı olarak ele alınır. Evlenme konusunda da böyledir. Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 44.

(328) **DÖNDÜREN** Hamdi, Rüşd, C. V, ŞİA, İstanbul 1992, s. 284; **TOPALOĞLU/KARAMAN**, s. 138; **YEĞİN** ve diğerleri, s. 839; **TUĞLACI**, C. VIII, s. 2441; **TAYLAN**, s. 151.

Rüşt, insanda öyle bir nefsani sıfattır ki, insanın malvarlığını arttırma, iyileştirme ve korumasını, kayıptan ve yersiz harcamalardan da kaçınmasını gerektirir. Reşit o kimseye derler ki, muâmelâtı âkilâne ve tasarrufâtı hali ve şânına uygun olur, malvarlığını korur ve doğru amaçlarla harcar. Lakin malvarlığının ıslahı ve zâyi edilmemesi, tesadüfi olursa rüşde delalet etmez, rüşde delalet etmesi için meleke-i nefsaniyyeden doğması gerekir. Bir kişide rüşt özelliği varsa, o kişi fasık (dinen günahkar) olsa bile, kısıtlanabilmesi ihtimali ortadan kalkar. Başka bir deyişle, rüşt için adalet (büyük günahları işlememe ve küçük günahları alışkanlık haline getirip tekrarlamama) aranmaz. Bu görüş İmamiye fıkhında baskın görüştür. Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 41.

(329) Rüşt genel dilde olgunluk anlamında, hukuk dilinde ise malvarlığı alanındaki işlemlerde makul davranabilme özelliği anlamında kullanılır. Bkz. **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 14; **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 41.

(330) İmam Şafii'ye göre rüşt, dinî ve mâlî konularda salah, normal davranış ve hareket anlamına gelir ve rüşt için adalet aranır. O'na göre rüşt, dinin ve malın ıslâhından ibaret olduğu için fasık reşit değildir. Caferiler ise reşiti, "aklı başında bâliğ, malını iyi kullanan ve dininde âdil (dürüst, emîn) kişi" olarak kabul ederler. Onlara göre rüşt, sadece malı muhafaza iktidarıyla gerçekleşmemekte, bunun yanında dinde adalet sahibi bulunmak da gerekmektedir. Fakat bazı son dönem hukukçular "reşidin, malını iyi kullanan kişi" olduğunu söylemekte, dinde âdil oluş şartını aramamaktadırlar. Bkz. Bkz. **MAHMESÂNÎ**, C. II, s. 366; **ZEYDAN**, Usûl, s. 119-120

(331) Bkz. **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 14.

dır" şeklinde ifade etmek de mümkündür (332).

Mecelle (m. 947) reşidi bu anlamda tanımlamıştır: "Reşit, malını muhafaza hususunda tekayyüd ederek sefeh ve tebzirden tevakki eden kimsedir". Maddeye göre, mallarını koruma konusunda dikkatli davranarak sefeh ve israftan kaçınan kimse reşit sayılır. Bunun zıddı, mallarını gerektiği gibi idare edemeyen, gereksiz yerlere veya gerektiğinden fazla sarfeden (israf eden, mübzir), malvarlığını korumayıp doğru olmayan amaçlarla harcayan ve muamelelerinde aldanan (333) anlamına gelen sefihtir(334). Belirtilmelidir ki sefih, aklı başında ve temyiz gücü tam olmasına rağmen, malı üzerinde akıl ve mantık dışı tasarruflarda bulunur. Bu nedenle de hacir sebeplerinden birisi olarak kabul edilmiştir (335).

Her şeyden önce rüşt, temyizden farklıdır. İnsan hayrı şerden, iyiyi kötüden ayırabilir ancak malını ve servetini iyi bir şekilde idare etme ve zarardan korumayı beceremez. Çünkü malın idaresi ve işletilmesi ayrı bir kabiliyet ve tecrübe ister. Bu sebeple de şer'i ve cezaî yükümlülüklere ehil olan kimse, âkıl ve bâliğ olsa da, malî tasarrufları bakımından reşit olmayabilir (336).

Rüşt, bulûğ demek de değildir. Terbiye, kişisel yetenek gibi etkenlerle rüşt, bulûğdan önce ve sonra olabileceği gibi bulûğ ile beraber de olabilir. Ancak bulûğdan önceki rüşt iddiası dikkate alınmaz (337). Mecelle'nin 968. maddesi hükmü gereği, mümeyyiz küçüğü tecrübe için malının bir miktarını velisi kendisine teslim ederek alış veriş yapmasına izin verebilir. Bu durumda mümeyyiz küçüğün rüşdü tahakkuk ederse geri kalan mallarını da kendisine teslim eder. Şu halde, mümeyyiz küçüğe malının teslimi bulûğuyla değil rüşdü ile şart kılındığından reşit olduğu anlaşıldığında, mümeyyiz kimseye küçük olsa bile, malının kendisine verilmesi gerekir. Buna karşılık, gayrireşit ve sefih olduğu takdirde bâliğ olsa bile malının kendisine bırakılması,

---

(332) Rüşt nefsani bir keyfiyettir ki, bu özelliğe sahip olan, Medeni hukuk alanında nefi' ve zararı, Ceza hukuku alanında da hüsn-ü kubhu (bir eylemin hukuka uygun olup olmadığını) ayırabilir. (Bu temyiz kudretine yaklaşan bir anlayıştır). Bu özelliği olan kişiye reşit denir. Bu vasfı haiz olmayan kişi akıl hastası (cünûn) haddine erişmemiş ve sağîr (gayrireşid-küçük) değil ise, sefih olarak adlandırılır ve bu niteliğe de sefeh denir. Bkz. **ZEYDAN**, Usûl, s. 119; **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 41.

(333) Sefeh burada, günümüz hukukundaki israf ve "hiffet"e (TBK. m. 21) yaklaşmaktadır. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 42.

(334) **MES'ÛD EFENDİ**, s. 341; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 187.

(335) **İBN ÂBİDÎN**, C. V, s. 95; **MES'ÛD EFENDİ**, s. 341.

(336) **DÖNDÜREN**, Rüşd, s. 284.

(337) **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 187.

teslim edilmesi mümkün değildir (338).

Görüldüğü üzere rüşt, belli bir olgunluğa ulaşılmış, belirli bir yaşa gelinmiş ve medeni hakların tamamını kullanabilme ehliyetinin kazanılmış bulunduğunu ifade eder. Fiil ehliyetinin belli bir yaş (çağ) aşılmış bulunulmadıkça sınırlı kalması, ancak belli bir yaşın aşılmasıyla gerekli hayat tecrübesinin ve fikrî olgunluğun kazanılabileceği düşüncesine dayanır. Bu açıdan, insanın medeni hakları tamamen kullanmaya salahiyetli olduğu hayat ve yaş mertebesine rüşt denir ve kişi reşit olmadan malî yönü olan hukukî işlemler bakımından tam ehliyetli kabul edilmez (339).

Rüşt, temyiz gibi tamamen akıl ve tecrübeden kaynaklanan bir nitelik olup bedenî gelişimle doğrudan bir bağlantısı yoktur. Hatta denilebilir ki, bedenî olgunluğa nasıl bulûğ (ergenlik) deniyorsa, aklî olgunluğa da rüşt (erginlik) denir (340). Ancak salt bulûğa ermekle reşit olunmaz. Şu halde kişi, sadece mümeyyiz (âkıl) olarak bulûğa ermekle tam ehliyetli olamaz, ayrıca reşit olması da gerekir (341). Mümeyyiz ve bâliğ olmasına rağmen rüşde ermeyen bir kişi eksik fiil ehliyetlidir (342).

Reşit insan, kanunen tespit edilen rüşt (erginlik) yaşına erişen, yahut, bazı olaylar sonu-

---

(338) Bâliğ olan bir kimseye, aynı zamanda reşit ise, Mecelle m. 981 gereği, malları teslim olunur. Reşit olmadan bâliğ olmuş ise, reşit olmadıkça malı kendisine verilmez ve eskisi gibi, tasarruftan men olunur: "Bir çocuk gayrireşid olarak bâliğ olursa, rüşdü tahakkuk etmedikçe malı kendisine verilmeyip kemâfissâbık tasarruftan men olunur" (Mecelle m. 982). Şu halde, tam fiil ehliyetini haiz olmak için sadece bulûğ yeterli olmayıp ayrıca «rüşt» aranmaktadır. Bkz. **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 44.

(339) **ZERKA**, C. II, s. 536-537; **MAHMESÂNÎ**, C. II, s. 112; **SCHWARZ**, Medeni Hukuk, s. 129; **ATAAY**, s. 54-55.

(340) Bugünkü hukukumuzda, belirli bir yaşa gelme dolayısıyle varsayılan olgunluğu ifade eden "rüşt", hukuki işlem ehliyetinin şartı olan kişisel niteliği ifade eder. Bu niteliğe sahip olan kişiye "reşit" denir. Öntasarıda ise "erginlik" terimi kullanılmıştır. Bir kimsenin cinsel açıdan fizyolojik olgunluğa erişmesi (bulûğ), günümüz medeni hukuku açısından "reşit" olması demek değildir. TMK. m. 11'de rüşt, m.10'da da reşit terimlerine yer vermiştir. Türk-İsviçre hukuklarında "temyiz yaşı" kavramı yoktur ama rüşt yaşı vardır. Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 40.

(341) Bugünkü hukukumuzda rüşt yaşa bağlanmıştır. Önceki hukukumuzda ise rüşt ile belirli bir aklî olgunluğa ulaşma kastedilmiştir. Bu durumda olduğu gibi, bir ülkede birbiri ardınca gelen iki hukuk sistemi, aynı terimleri kullansa dahi, farklı şeyleri kastetmiş olabilirler ve Çağlararası hukuk ve Karşılaştırmalı hukuk sorunları doğabilir. Sorunun çözümü için, önce terimlerin anlamları her hukukun kendi çerçevesi içinde ele alınmalı ve belirlenmeli, daha sonra, terime göre değil kavrama göre, birbirini karşılayan kavramlar bulunmalıdır. Eğer böyle yapılırsa, önceki hukukumuzdaki "rüşt" kavramının değil "bulûğ" kavramının, bugünkü rüşt anlayışına daha yakın olduğu görülür. Ancak, bulûğ çağından daha ilerideki bir yaş sınırı rüşt yaşı olarak belirlendiği takdirde bu rüşt anlayışı, bugünkü rüşt teriminin kullanışına uygun olur. Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 41-42.

(342) **MECELLE** m. 981-982; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 70-74; **ZERKA**, C. II, s. 558; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 237; **ARSEBÜK**, s. 261, dn. 31.

cunda, sanki bu yaşa erişmiş gibi muameleye tabi tutulan insandır. Bu şartın konulmasının sebep ve hikmeti, kendi fiiliyle haklar ve borçlar tesis edebilecek kişinin, muayyen bir fikrî olgunluğa erişmesinin aranmasıdır (343). Bazı eski hukuklarda olduğu gibi (344), önceki hukukumuz da fikrî olgunluğun ön şartını cinsî olgunluk olarak görmüş, ancak cinsî olgunluktan sonra fikrî olgunluğun gerçekleşebileceğini kabul etmiştir (345). Bu suretle kişinin reşit olması, her şeyden önce onun bâliğ olmasına bağlıdır. Belirtilmelidir ki, bazı fıkıh kitaplarında, kişinin bülûğa ermesiyle velayetten kurtulduğu ve tam ehliyetli olduğu şeklindeki ifadeler, bülûğ ile rüşdün aynı anda gerçekleşmesi ihtimaline dayanır (346).

B. Rüşdün Tespiti

Rüşdün ne zaman başlayacağı hususunda örf, teamül, ırk farkları ve siyasi düşünceler etken olmuş ve her memleket açısından rüşt yaşı ayrı ayrı tanzim edilmiştir (347).

---

(343) Rüştü cinsî olgunluğa bağlayan memleketlerde, rüştün cinsî olgunluğa bağlanmasının sebeplerinden biri, o zamanlarda resmî ve düzenli nüfus sicillerinin bulunmaması, dolayısıyla fertlerin gerçek yaşlarının tespitindeki zorluktur. Fakat bu usulün en büyük sakıncası, rüşt yaşının her ferde göre değişmesi, binaenaleyh bu hususiaki hukukî kesinsizliktir. Bu sebeple, her insan için söz konusu olan erginliği böyle kesinsizlikten kurtarıp herkes için aynı olan belli bir yaş sınırına bağlamak esası, bugün bütün medeni memleketlerde kabul edilmiştir. Binaenaleyh artık rüşt, biyolojik ve tabii bir hadise olan bulûğa değil, müsbet hukuk tarafından belirlenen yaş sınırına bağlanmıştır. Bkz. **SAYMEN**, C. II, s. 90; **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 84-85, dn. 10; **SCHWARZ**, Medeni Hukuk, s. 129.

(344) Eski hukuk sistemlerinde rüştün oldukça erken bir çağda kazanılması kabul edilmiştir. Roma hukukunda rüştün kazanılması cinsî olgunluğa (bulûğa) bağlanmış; 14 yaşını bitirmiş erkek ile 12 yaşını bitirmiş kadınlar reşit sayılmıştır. Bu durumun yetişen gençlerin haklarının korunmasını güçleştirdiği fark edildikten sonra Praetor tarafından erkek ve kadın için rüşt yaşı 25'e çıkarılmıştır. Başka bir deyişle, Roma hukukunun sonraki devrelerinde, rüştün cinsî olgunluğa (bulûğa) veya belli bir yaşın tamamlanmasına bağlı bulunup bulunmadığı hususu Mektepler (Sabinianus'lar Mektebi ile Proculianus'lar Mektebi) arasında, görüş ayrılıklarının doğumuna yol açmıştır. Iustinianus hukukunda bu hususiaki kural, kesin olarak belirlenmiş ve belli bir yaşı tamamlayan kimse bâliğ (pubes), yani cinsî olgunluğa erişmiş sayılmıştır. Eski Cermenlerde de çok kez, gençlerin mızrağı savurmaya ve düşmanı öldürmeye muktedir olup olmaması rüşdü kazanabilmenin ölçüsü kabul edilmiştir. Bkz. **ÖZSUNAY**, Kişiler, s. 41; **UMUR**, Roma Hukuku, s. 198; **İMRE**, Şahıslar Hukuku, s. 370, dn. 2; **ATAAY**, s. 55.

(345) Karş. **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 84; **DURAL**, s. 55.

(346) Velidedeoğlu'nun söylediği «bizde Medeni Kanundan önce rüşt, bülûğ ile hülûl ederdi. Bulûğ yaşının başlangıcı erkekte tam 12, kızda 9 ve sonu ise hem erkekte hem kızda 15 idi. Yani 15 yaşına giren kimse bâliğ olmasa dahi reşit addedilirdi.» şeklindeki sözleri de bu anlamda yorumlamak gerekir. Aksi takdirde, bu ifadeler gerçeği yansıtmakta eksik kalacaktır. Zira, Mecelle'ye göre, bulûğun üst yaş sınırı 15'tir. Buna göre kişi, 15 yaşına girdiğinde hükmen bâliğ addedilir. Dolayısıyla "bâliğ olmasa" ifadesi ancak «fiilen baliğ olmasa da» anlamında anlaşılmalıdır. Yine her bulûğa eren reşit sayılmaz ancak reşit sayılabilmek için mutlaka bâliğ olmak gerekir. Karş. **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 84, dn. 10.

(347) 19. yüzyılda Batı Avrupa hukuklarının çoğu tarafından 21 yaşın tamamlanmasıyla rüşdün gerçekleşeceği kabul edilmiştir. Bu sınır, Fransa Medeni Kanunu'nun koyduğu bir sınırdır ki, bu kanunu iktibas eden memleketler tarafından da kabul olunmuştur. Alman Medeni Kanunu'nda ve İngiliz hukukunda da

Rüşdün tespiti, yaş küçüklüğünden kaynaklanan tabiî kısıtlılığın sona ermesi ve fiil ehliyetinin tam olacağı bir sınırın belirlenmesini ifade eder. Rüşt, aklî gelişmişliği ifade ettiği için belli bir yaşa bağlı olmamalıdır. Zira aklî gelişim ve kabiliyet kişiden kişiye farklılık gösterir. Rüşdün yaş ile kural olarak bir ilgisi olmamakla beraber, hukukî münasebet ve muamelelerin karmaşıklığının giderilmesi açısından rüştün de temyiz gibi bir disipline bağlanması zorunludur.

Fiil ehliyetinin şartlarından olan rüşt ve buna etki eden âmillerden biri olan yaş, her insanın hayatında önemli bir yer tutar. Küçük çocuklar ve çok genç kimseler ile olgun şahıslar arasındaki bedenî ve fikrî farkları her hukuk düzeni dikkate almaya mecburdur. Bu olgunluğun gerçekleşme zamanı her fert için değişiktir; kişinin yaratılış özelliğine, yetiştiği çevreye, zamana, sosyal ve ekonomik durumuna, gördüğü eğitime ve yaşadığı gelenek ve kültüre, kısaca zamanın gereklerine ve değişen şartlara göre değişik yaşlarda gerçekleşebilir (348). Bu sebeple önceki hukukumuz, kural olarak, bir rüşt yaşına yer vermemiş (349), rüşt yaşının tespiti hususunu, zamanın ihtiyacına göre ayarlamaları için idarecilere (ulu'l-emre) bırakmıştır (350).

Bu yetkiden hareket edilerek Osmanlı kanun koyucusu, 5 Zilhicce 1288 (2 Şubat 1287) tarihli bir padişah fermanı ile, o günün şartlarını dikkate alarak, 20 yaşını doldurmamış kimselerin rüşdüne karar verilmesi için açılan davaların dinlenilmeyeceğini öngörmüş, rüşt yaşının asgari sınırının 20 yaşı olduğunu belirtmiştir (351).

---

21 yaş esası geçerlidir. Fakat bazı memleketlerde rüşt daha geç başlar: Örneğin İspanya ve Hollanda'da 23, Macaristan'da 24, Danimarka ve Şili'de 25 yaşında kişi reşit olur. Rüşdün 25 yaş ile gerçekleşmesi - ki bu had eski Roma hukukundan gelmektedir- Avusturyada da kabul edilmiş ve dünya savaşından sonra yapılan hukuk devrimi sonucu bu sınır 21 yaşa indirilmiştir. İsviçre hukukundaki 20 yaş sınırını Türkiye 18' e indirmiş, evvelce Türkiye'de rüşt çağı olan 15 yaş sınırını bu şekilde terk etmiştir. Memleketimizde rüşt için oldukça erken bir yaşın tercih edilmesini hukukçular genellikle olumlu karşılamışlardır. Gerçekten, memleketimiz gibi, her yeni kuşağın eskisine oranla çok daha hızlı gelişmeler kaydetmek zorunda olduğu bir ortamda, gençliği, ana baba yönetimine tabi olmaktan bir an önce kurtarmak isabetli olmuştur. Bkz. **SCHWARZ**, Medeni Hukuk, s. 129; **TEKİNAY**, Kişiler, s. 211.

(348) **SCHWARZ**, Medeni Hukuk, s. 128.

(349) Bugünkü hukukumuzdaki rüşt ile önceki hukukumuzdaki rüştü birbirine karıştırmamak gerekir. İlkindeki rüşt, ikincisindeki bulûğun karşılığıdır. TMK.m.11/I gereği rüşt, 18 yaşın tamamlanması iledir. TMK.m.11/2 gereği, evlenme kişiyi reşit kılar yoksa kişiyi hacirden kurtarmaz. Bunun yanısıra rüşt, TMK.m.12 gereği, küçüğün 15 yaşını doldurması ve bizzat kendisinin reşit olmayı istemesi durumunda, velisinin de muvafakati ve hakim kararı ile gerçekleşebilir (kazaî rüşt). 1984 Oğuzman Öntasarısından önce yayınlanan 1971'deki Velidedeoğlu Öntasarısı'nda, kazaî rüşt yerine "yargısal erginlik" ifadesi kullanılmıştır. Oğuzman Öntasarısında ise "ergin kılınma" denmektedir. Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 48.

(350) **ZERKA**, C. II, s. 560-561; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 238; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 188.

(351) **DÜSTÛR**, Birinci Tertip, C. I, İstanbul 1289, s. 280; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 72, dn. 1.

1293 tarihinde yürürlüğe giren Mecelle ise, bu irade-i seniyye hükmünü kaldırarak, rüşt yaşının bulûğ ile birlikte de ortaya çıkabileceğini hükme bağlamış; bulûğ çağında gerçekleşmeyen rüştün hangi yaşta gerçekleşeceğini ise belirtmemiştir. Mecelle'ye göre rüşt, bülûğa eren her şahıs için ayrı ayrıdır ve bu anlamda, rüşdün var olup olmadığının ayrıca ve münferit olarak tespit edilmesi gerekir. Ancak bülûğdan önce kesinlikle rüşt iddiasında bulunulamaz (352). Bu hususu Mecelle m. 982'de, "Bir çocuk gayrireşid olarak bâliğ olursa rüşdü tahakkuk etmedikçe malı kendisine verilmeyip kemafissabık tasarruftan men olunur" sözcükleriyle ifade etmiştir.

Mecelle'deki bülûğdan itibaren rüşdün de sözkonusu olabileceği esası, genel olarak Osmanlı hukukunda hâkim olan prensip özelliğini korumuştur (353). Bu açıdan genellikle, 15 yaşını tamamlayanlar reşit sayılmış (354); 15 yaşını doldurmadığı için henüz reşit (ergin) olmayanlara ise "küçük" denilmiştir (355).

Burada bir noktayı daha açıklığa kavuşturmak gerekir. Ebû Yusuf'a göre, bulûğ ile fiil ehliyeti kazanılır yani kişinin reşit olduğu kabul edilir. Eğer bir kimse reşit olmadan bâliğ olursa hacredilmesi gerekir (356). İmam Muhammed'e göre ise, reşit olmadan bâliğ olan kimse esasen mahcurdur, ayrıca hacredilmesine gerek yoktur, kısıtlılığı devam eder. Ancak kısıtlılık burada nitelik değiştirir; daha önce küçüklük nedeniyle uygulanan kısıtlılık, bu kez sefihlik nedeniyle devam eder (357).

Mecelle bu görüşlerden Ebû Yusuf'a ait olanı esas aldığı için, bulûğa eren kişi eğer kısıtlanmamışsa reşit de olmuş sayılacağından tam ehliyetli kabul edilir (358). Ancak hakimin hükmü

---

(352) "Yetimleri nikah (evlenme, bulûğ) çağına ermelerine kadar gözetip deneyin. Rüşde erdiklerini yakînen anladığınız takdirde, hemen mallarını kendilerine teslim ediniz" (Nisa, 6) anlamındaki Kur'an normunun işaretinden, rüştün genellikle bulûğdan sonra görüldüğü anlaşılmaktadır. Zaten bulûğdan sonraki rüşt haline itibar edilmiş, bulûğdan önce normal tasarrufta bulunma ancak izinle söz konusu olabilmiştir. Söz konusu âyet gereği kişi, eğer bulûğ ile birlikte rüşt niteliğini elde etmemişse, fiil ehliyeti tam olmadığından velayet durumu devam eder ve malların yönetimi kesinlikle kendi eline verilemez.

(353) **ARSEBÜK**, s. 266, dn. 64; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 238; **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 18.

(354) «Eski hukukumuza göre 15 yaşına girmiş olanlar reşit kabul edilirdi» sözü, «15 yaşını ikmal edenler reşit kabul edilirdi» şeklinde olmalıdır. Karş. **MARDİN**, C. I, s. 97; **SAYMEN**, C. II, s. 90.

(355) **JUYNBOLL** Th. W., Bülûğ, İA, C. II, İstanbul 1986, s. 836. Bugünkü hukukumuzda ise 18 yaşını doldurmadığı için henüz reşit (ergin) olmayanlara "küçük" denir. Bkz. **TEKİNAY**, Kişiler, s. 211.

(356) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 72.

(357) **İBN RÜŞD**, s. 420; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 72-73.

(358) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, s. 331.

ile o kimse hacredilebilir. Bunu 982 inci madde "tasarruftan men olunur" şeklinde ifade etmiştir. Bu ifade, hacirden sonraki tasarruflarının geçersiz olacağını ortaya koyar. Bu açıdan hacirden önceki tasarrufları geçerli kabul edilir (359).

Ebû Hanife'ye göre ise, bulûğa eren bir kimse reşit olmamışsa sefih demektir ve rüştünü ispatlamadıkça yirmibeş yaşına girinceye kadar malları kendisine teslim olunmaz. Mallarının kendisine teslim olunmaması hacir anlamında değildir (360). Sefih olarak bulûğa eren kişinin, 25 yaşından önce yaptığı tasarruflar da 25 yaşından sonra yapacağı tasarruflar gibi, bir istisna dışında, geçerlidir (361). O istisna da, geçerliliği teslime bağlanmış olan (kabz gerekli olan) bağışlama ve sadaka gibi tasarruflardır. Söz konusu tasarruflar, teslimi yapamayacağı gerekçesiyle, hükümsüz kabul edilmiştir. Ancak alım satım gibi hüküm doğurması için teslim gerekmeyen işlemleri ise geçerlidir (362). Kişi yirmibeş yaşına girdikten sonra ise, "artık dede olacak yaşa geldiği için", malının kendisine verilmemesi doğru olmaz. Malı kendisine teslim edilir ve bu yaştan sonra, hakimin hükmü ile hacredilmesi de mümkün değildir. Çünkü Ebû Hanife, sefihlik dolayısıyle hacri kabul etmez (363). Akıl hastalığı ve akıl zayıflığı (bunama) dışındaki nedenlerle uygulanacak hacri insan onurunu zedeleyen bir durum olarak kabul eden Ebu Hanife, kişinin bulûğ çağına erişmesiyle velayet ve kısıtlılığın kalkacağı fakat 25 yaşını doldurıncaya kadar mallarının kendisine teslim edilmeyeceği görüşündedir. 25 yaşından sonra ise, gerçek rüşt kazanılmasa bile malları teslim edilir, kişi hükmen (doğrudan) reşit sayılır (364). Demek ki, Ebû Hanife'ye göre reşit olmanın yaş sınırı, kişi isterse sefih olsun, onun bulûğa erdiği zamandır ancak malı, fiilen reşit oluncaya veya 25 yaşına gelinceye kadar bekletilir (365).

Şu halde, Mecelle'nin uygulandığı dönem açısından, Mecelle Ebû Yusuf'un görüşünü be-

---

(359) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 72-74.

(360) **BUHÂRÎ**, s. 370; **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 271.

(361) **MEVSILÎ**, C. II, s. 97; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, s. 331.

(362) Mecelle m. 369 gereği, satımda akit ile; Mecelle m. 861 gereği, bağışlamada teslim (kabz) mülkiyet geçer. Bkz. **ÜÇOK/ MUMCU/ BOZKURT**, s. 131; **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 240.

(363) **EBÛ ZEHRA** Muhammed, Ebû Hanîfe, Terc. Osman Keskioğlu, 2. B., İstanbul 1966, s. 375; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 73; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, s. 329-331.

(364) **KÂSÂNÎ**, C. VII, s. 171; **MEVSILÎ**, C. II, s. 96-97; **ZERKA**, C. II, s. 560-561.

(365) Ahval-i Şahsiye (m. 478), Ebû Hanife'nin görüşünü esas aldığı için 25 yaş sınırını zımnen rüşt yaşı olarak kabul etmiştir: "Çocuk reşit olmadığı halde baliğ olursa rüşdü daha önce tahakkuk etmedikçe, tam 25 yaşını doldurıncaya kadar malı kendisine teslim edilmez.". Bkz. **KADRİ PAŞA**, s. 65.

nimsediğine göre, hâkim kararıyla bir kimse tasarrufundan men edilmedikçe, bulûğu ile reşit olmuş sayılacak ve her türlü hukukî muameleyi de yapabilecektir (366).

Ancak, Osmanlı uygulamasında zaman zaman ihtiyat gereği olarak bulûğdan daha ileri bir yaşın rüşdün başlangıç yaşı olarak belirlendiğine de rastlanır. Nitekim Tanzimat'tan sonra hazırlanan «Memâlik-i Mahrûse-i Şâhânede Küşâd Olunacak Eytam Sandıklarının Sûret-i İdâre ve Muhafazası Hakkındaki Nizamname»nin 13. maddesinde "...eytâmın sinn-i rüşde vusûlü yirmi yaşına buluğundan itibar olunarak..." (367) denilmek suretiyle, yetimlerin ancak 20 yaşından itibaren rüşt iddiasında bulunabileceği hükmü getirilmiş yani rüşt yaşının başlangıcı 20 olarak tesbit edilmiştir. Burada yetimler için ihtiyat tedbiri olarak bulûğun üst sınırından beş yaş yukarısının rüşt yaşının alt sınırı olarak belirlendiği görülmektedir. Böylece yetimlerin malvarlıkları ancak bu yaştan itibaren kendilerine teslim edilebilecektir. Aynı hüküm 4 Rebiülevvel 1324 (15 Nisan 1322) tarihli «Umum Emvâl-i Eytamın Sureti İdâresi Hakkında Tadilen Kaleme Alınan Nizamname»nin 59. maddesinde de tekrar edilmiştir: "Yetim olmaları cihetiyle hissei irsiyelerine vaz'ıyed edilmiş olanların emvali mevruseleri yirmi yaşını ikmal ettikten ve olbapta mensup olduğu mahkemei şer'iyece alelusul hüccet tanzim olunduktan sonra eytam müdürlerine ibraz ile muamelei muktaziyesi...badelifa huzuru hakimde dahi hissei irsiyesini ahzü istifa ettiğini ikrar edecektir". Demek ki, bir tereke tahrir edildiğinde küçüğün terekedeki hissesine eytam idaresi vaz'ı yed eder. Bu mallar, 20 yaşını tamamlayıp rüştünü ispat etmedikçe küçüğe iade edilmez. Kısaca, 20 yaşını doldurmuş yetimlere gerekli işlemlerden sonra mallarının teslim edileceğine karar verilebilecektir. İki tarih arasında çıkarılan Mecelle'de genel kural muhafaza edilmiş, yetimlerin dışındakiler için bulûğdan itibaren rüşt iddiası mahkemelerce dinlenmiştir (368).

Bu tür kısa süreli ve değişiklik gösteren uygulamalar bir tarafa bırakılırsa, Osmanlı hukukunda kesin bir rüşt yaşının tespit edilmediğini ve bu alanda uygulamanın da Mecelle hükmü olduğunu belirtmek gerekir.

1340 tarihli Ukûd ve Vâcibât Komisyonu lâyihası ise, Mecelle'nin bülûğu esas alan ve ay-

---

(366) Kişilerin (bâliğ oldukları anlamında) reşid olduklarını iddia edebildiklerine dair Ankara'nın iki numaralı şer'iye sicilindeki karar için bkz. **ONGAN**, s. 29, 369 nolu karar. 1646 nolu kararda ise, "Reşid olduğunu iddia eden Bahşayış oğlu Mahmud'un..." denilmektedir. Bkz. **ONGAN**, s. 125.

(367) **DÜSTÛR**, Birinci Tertip, C. I, İstanbul 1289, s. 280.

(368) Bkz. **DÜSTÛR**, Birinci Tertip, C. VIII, Ankara 1943, s. 534-535; **MARDİN**, C. I, s. 97; **ARSEBÜK**, s. 266, dn. 64; **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 18; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 238.

rıca rüşdü arayan prensibini ortadan kaldırmış ve Avrupa kanunları gibi, bülûğdan bahsetmeyerek, sadece rüşt yaşını 20 yaş olarak tesbit etmiştir. Ayrıca 18 yaşını dolduran her şahsın kazâ-i rüşt talep edebileceğini hükme bağlamıştır.

UVKR, bulûğ ile rüşt yaşını birleştirmeyi şu gerekçelerle düşünmüştür: "Mecelle bulûğu aklı kâmil makamına ikame ederek bâliğ olan bir küçüğü ehliyet-i kâmileyi hâiz addediyor. Ve artık onun hakkında mutlak zarar olan tasarruflarını velisinin icazeti olmasa bile muteber tutuyor. Bulûğun başlangıcını ise, erkekte 12, kızda 9 ve sonu ise ikisinde dahi 15 yaş olmak üzere tesbit ediyor. Avrupa kanunlarında ise, bulûğdan bahsedilmeyip, bu konuda sadece rüşt yaşı tayin edilmiştir. Rüşt yaşı olmak üzere de, bazılarında 22, bazılarında ise 21, bazılarında ise 20 yaş kabul edilmiştir.

Zamanımızda bir taraftan eski ahlakî kâidelere bağlılıktan eser kalmayıp, temiz ahlaka bedel bozuk ahlak yaygınlaştığından insanların ekserisi muamelelerinde yalan ve hile yoluna başvurmakla kendi menfaatini başkasının zararında aramakta olduğu gibi, diğer taraftan da onbeş yaşına bâliğ olan çocukların kazandıkları malumat ve tecrübeleri, gayrimenkullerin ve sınaî mamüllerin alım ve satımlarında ve hususiyle pek ziyade nezaket kesbeden ticari muamelelerde kendilerini aldatmaktan (herhalde aldanmaktan olacak) vikaye edecek kadar yeterli derecede olmadığı görülmektedir. Bu cihetle zamanımızda henüz onbeş yaşını ikmal etmiş olan çocukları her çeşit tasarruflarda ehliyet-i kâmileyi (tam ehliyeti) hâiz addederek, velilerinin velayet ve mürakabesinden vâreste kılmak, onları bir çeşit zarara sevk etmek demek olacağından, Komisyonumuzca bulûğ ve bulûğ yaşı üzerine rüşt yaşı ikamesi insanların ahvaline ve zamanımız icabatına daha muvafık olacağı düşünülmüş ve aynı zamanda Anadolu gençlerinin de halleri ve muameleleri nazar-ı itibara alınarak 18 yaş rüşt yaşının mebdei, tam 20 yaş da müntehası olmak üzere kabul edilmiştir.

Bununla beraber 15 yaş ile 18 yaş arasında bulunan gençleri henüz 15 yaşına bâliğ olmayan küçükler ile hükümde müsavi tutmak da münasip olmayacağı cihetle, bunlar arasında hükmen bir fark gözetilmek zaruri olduğundan onsekiz yaşına kadar onbeş yaşını ikmal etmiş olan çocukları kanunen mümeyyiz-i me'zûn addetmek münasip görülmüş ve aşağıdaki maddeler bu esas üzerine bina ve tanzim kılınmıştır." (369).

UVKR'nun 6. maddesi, onbeş yaşını tamamlayan kimsenin mezun sayılacağını belirtmektedir: "Onbeş yaşını tekmil eden kimse, mümeyyiz-i me'zûn addolunur. Binaenaleyh hakkında zarar-ı mahz olmayan tasarrufu, velisinin izin ve icazeti olmasa bile, muteber olur.". 7. madde ise rüşt yaşının 20 olacağını, 18 yaşını tamamlayanın da rüşt talebinde bulunabileceğini düzenlemektedir: "Sinn-i rüşt, tam yirmi yaştır. Fakat onsekiz yaşını tekmil eden kimsenin rüştünü talebi üzerine velisi istima' olunduktan sonra, hâkim ilan edebilir. Bu takdirde emvali kendisine verilir ve zarar-ı mahz olan tasarrufatı dahi muteber olur.". Ama herhalukarda 18 yaşından küçüklerin rüşt iddiasında bulunamayacağı UVKR m.

---

(369) **AKGÜNDÜZ**, Külliyat, s. 120-121.

8'de karara bağlanmıştır: "Onsekiz yaşına varmayan kimse, reşidim deyü dava eylese istima' olunmaz". UVKR m. 9'a göre ise, "Henüz onbeş yaşını tekmil etmemiş olan sağîr-i mümeyyiz, velisi tarafından alız ve i'taya mezûn kılındıkta, altıncı maddede beyan olunan mümeyyiz-i me'zûn hükmünde olur. Fakat velisinin işbu izni, kâtib-i adl ve kâtib-i adl bulunmayan yerlerde belediye reisleri veya köy muhtarları tarafından tescil ve ilan edilmedikçe muteber olmaz."

C. Rüşdün Şartları

Eski hukukumuz kişinin reşit sayılabilmesi için iki şartın birlikte gerçekleşmiş olmasını aramaktadır: Bulûğa erme ve sefih olmama (370). Bir kimsenin reşit olduğunun kabul edilebilmesi için, kural olarak, öncelikle onun, bulûğa ermiş olması gerekir. Bulûğdan önce reşit olma iddiası asla dinlenmeyeceğine göre öncelikle bulûğa erme konusunu ele almak gerekir.

1. Bulûğa Erme

a. Kavram

Bulûğ (ergenlik), kişi için fiil ehliyeti yönünden cenin, küçüklük ve temyiz devrelerini takip eden dördüncü aşamadır. Bununla insan çocukluk devresini bitirir, şer'î yükümlülük ile onun getirdiği sorumluluk altına girecek çağa erişir ve büyüklerin yüklendiği mükellefiyetleri yüklenmeye ehliyet kazanmış olur (371).

Kişinin dini vecibeleri yüklenecek bir bedenî güce ve iyi ile kötüyü ayırdedebilecek bir zihnî olgunluğa kavuştuğu bu dönemde gözlemlenir. Ancak herkesin yapısı değişik olduğu için bu olgunluk aynı seviyede olmayabilir. Bulûğ aşamasında olan kimse, eğer aranan bedenî ve zihnî olgunluğa kavuşmuşsa, ilgili kişi aynı zamanda reşit kabul edilir. Eğer bu olgunluk eksik kalmışsa, o kişinin henüz ehliyet maratonunu bitirmediği ve rüşt çağını beklemesi gerektiği belirtilir (372).

Bulûğ, insanın bedenen olgunlaştığı ve neslini devam ettirmeye elverişli olduğu haldir. Bulûğun rüşt ile doğrudan bir ilgisi yoktur. Rüşt aklı ilgilendirdiği halde bulûğ insanın tamamen

---

(370) Bugünkü hukukumuzda rüşt üç şekilde kazanılır: Belirli yaşın tamamlanması, evlenme dolayısıyle reşit olma ve hakimin belirli şartların bulunması halinde kişiyi reşit kılması. Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 45.

(371) **BARDAKOĞLU** Ali, Bulûğ, DİA, C. VI, İstanbul 1992, 414; **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 21.

(372) **SAVA PAŞA**, C. I, s. 168; **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 264; **DÖNDÜREN**, Şahıs, s. 124, 129-130.

fiziki (bedeni) yapısını ilgilendirir. Bunun içindir ki kişi, temyiz kudretine sahip olmasa da baliğ olabilir. Aklî olgunluk anlamına gelen rüşt, genelde bulûğla birlikte gerçekleşirse de bazı durumlarda bulûğdan sonraya da kalabilir. Hukukçular, kişinin kendi şahsı üzerindeki velayeti, dinî ve cezaî ehliyeti için tek başına bulûğu yeterli görürken, mâlî tasarruflarında tam serbestliğe kavuşması için bulûğun yanısıra rüşdü de şart koşmuşlardır. Rüşt döneminin mâlî hak ve mükellefiyetler açısından bulûğu takip eden beşinci devre olarak sayılması da bu sebepledir (373).

Sözlükte "ulaşmak" anlamına gelen bulûğ, terim olarak çocuğun cinsel ve bünyesel ergenlik dönemine ulaşmasını ifade eder ve bu durumdaki kimseye de bâliğ denir (374). Ergenlik devresi de denilen bulûğ sonrası dönem, kişinin çocukluktan çıkıp yetişkin insan özelliği kazandığı önemli bir hayat aşamasıdır. Ergenlikten asıl maksat kişinin aklî ve ruhî yönden ergen olması ise de bunun tespiti çok zordur ve ölçüsü de oldukça değişiklik göstermektedir. Kişinin aklî ve ruhî (psikolojik) gelişmesiyle biyolojik gelişimi arasında kuvvetli bir paralellik de vardır. Bu sebeplerle bulûğda "çocuğun fiilen veya hükmen biyolojik-cinsel ergenlik kazanması" esas alınarak, bazı yönleriyle üçüncü şahısları da ilgilendiren bu konuda, açık ve objektif bir ölçü benimsenmiştir (375).

b. Tespiti

Fiil ehliyetinin bir unsuru olan rüştün gerçekleşmesinin ilk şartı, kişinin ergenlik (bulûğ) çağına gelmiş olmasıdır. Bu çağa gelmiş olma biyolojik bir olgunluğu ifade eder. Bu ise her şahısta farklı yaşlarda olur. Bu sebeple eski hukukumuzda bulûğ çağına gelmiş olmak için tek bir yaş belirlenmemiş, her iki cins için alt ve üst sınırlar tesbit edilerek bu sınırlar arasında her şahıs için biyolojik olgunluğun gerçekleşmesi aranmıştır (376).

Fıkıh kitaplarında baliğ olmak şeklinde geçen bulûğa ermek, biyolojik bir hadise olduğu için kişiden kişiye değişir. Bulûğ için, bir ön şart, iki de ölçü getirilmiştir. Bulûğun ön şartı, çocuğun belli bir alt yaş sınırına ulaşmasıdır. Bu da, "sinn-i bulûğun mebdei erkekde tam 12 ve kızda tam

---

(373) **BARDAKOĞLU**, Bulûğ, s. 414; **ÇEKER**, Çocuk, s. 49.

(374) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 76.

(375) **BARDAKOĞLU**, Bulûğ, s. 413.

(376) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 236; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 186.

9..." yaşın tamamlanmasıdır (Mecelle m. 986) (377). Bu sınır, bulûğun asgari yaş sınırı (alt sınırı)dır, dolayısıyla bu yaşa ulaşmamış çocuğun bulûğ iddiası dinlenmez: "mebde-i sinni bulûğa varmayan bir çocuk bâliğim deyu dava eylese kabul olunmaz." (Mecelle m. 988). Şu halde, çocuğun bulûğuna ancak bu yaştan sonra hukuken imkan tanındığı ortaya çıkmaktadır. Buluğa getirilen iki ölçü ise, fiilen bulûğ ve hükmen bulûğ durumlarıdır.

aa. Fiilî (Gerçek) Bulûğ

Bulûğun iki ölçüsünden birincisi ve aslî olanı, fiilen yani gerçekten bâliğ olmak anlamındaki fiilî bulûğdur. Bu, gerekli asgari yaş sınırına ulaşmış erkeğin ve kızın cinsî yönden fiili ergenliğe kavuşmasıdır. Bunun da bünyeye, iklim gibi dış şartlara göre değişik yaşlarda olacağı açıktır.

Erkek çocuk için, ihtilam, inzal veya ihbal (hamile bırakmak) ile; kız çocuğu için ise hayz, ihtilam ve habl (hamile kalmak) ile bulûğuna hükmedilir (378). Mecelle m.985'de, erkek için ihtilam olma ve baba olabilme, kız için ise hayız görme ve anne olabilme durumunun bunda ölçü olduğunu belirtmektedir: "Hadd-i bulûğ ihtilam ve ihbal (yani gebe eylemek) ve hayız ve habil (yani gebe olmak) ile sabit olur".

Fakat kişinin bu bünyevi gelişimini dışarıdan bilebilmek genelde pek mümkün olmadığından bulûğun tesbitinde, alt yaş sınırına ulaşmış olan ve bünyesi de uygun bulunan çocuğun ikrar ve iddiası yeterli görülür. Bu hususu Mecelle m. 989'da düzenlemiştir: "Bir mürâhik yahut mürâhika huzur-u hâkimde bâliğ olduğunu ikrar ettikde cüssesinin bulûğa tahammülü olmamak hasebi ile zahir-i hal kendisini mükezzib olursa bu ikrarı tasdik olunmaz ve eğer cüssesinin bulûğa tahammülü olup da zahir-i hal kendisini tekzip etmezse tasdik olunur. Ve bir müddet sonra ben ol vakit yani hin-i ikrarda bâliğ değildim deyu ba'del-ikrar vaki olan tasarrufat-ı kavliyesini fesh etmek istese ana iltifat ve itibar olunmaz.". Gerek Hz. Peygamber ve sahabe döneminde gerekse klasik kaynaklarda bulûğ için çeşitli harici ve bünyevi belirtilerin ölçü alınması veya birer ipucu olarak değerlendirilmesi bu amaçladır

---

(377) Ahval-i Şahsiye'nin 494 üncü maddesinde de"...Dokuz yaş bulûğun başlama yaşı, yani baliğ olunabilecek bir yaştır. Erkek çocuğun mürahaka yaşı ise onikidir." denilerek bu yaş sınırının erkeklerde 12, kızlarda ise 9 yaşın tamamlanması olduğu belirtilmiştir. **KADRİ PAŞA**, s. 67. Bu hususta ayrıca bkz. **MEVSILÎ**, C. II, s. 95-96.

(378) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, s. 345; **DAMAD**, C. II, s. 444; **MEVSILÎ**, C. II, s. 95.

(379).

Fiilî bulûğun göstergesi olarak bir takım ölçülerden söz edilmiştir. Bu ölçülerden biri, cinsel organların (kasıkların) çevresinde kıl bitmesidir. Bu husus ittifakla kabul edilen bir durum değildir. Özellikle Hanefiler, bunu bulûğ belirtisi kabul etmemişler (380); Mecelle ve Ahval-i Şahsiye de kasıkların kıllanmasından bahsetmemiştir. Ebu Yusuf ile diğer üç mezhep imamı bunu bulûğ alameti kabul etmişlerdir (381). Kasıkların kıllanmasını bulûğ belirtisi kabul etmeyenler, bunu sakal gibi vücutta çıkan alelade kıllardan kabul etmekte; bulûğ belirtisi olarak kabul edenler ise, Hz. Peygamber'in Medine'deki Yahudi kabilelerinden Beni Kureyza ile yaptığı savaşta, esirlere nasıl muamele edileceği hususunda Muaz oğlu Sad'ın yetkili kılınması sonucu bunun da eli silah tutanların öldürülmesi, çocukların da esir edilmesine karar vermesi ve çocukların tesbiti için ise eteği (kasığı) kıllanmayanların ölçü alınmasını delil gösterirler (382).

Bundan başka, ihtilam denilen spermanın teşekkülü olayı ise, fiilî bulûğ için ikinci ve gerçek ölçüttür. Erkek rüya görerek ihtilam olabileceği gibi kadın da ihtilam olabilir. Bulûğ konusunda bu ortak ölçü esas alınmıştır (383). Sözü edilen bu iki ölçü, kadınlara 9, erkeklerde ise 12 yaşından itibaren gerçekleşebilir (384). Sadece kadınları ilgilendiren fiilî bulûğ ölçütleri ise, adet görme ve hamile kalma olguları olup, bu iki hali yaşayan kadın baliğ (ergen) sayılır (385).

Demek ki, gerçekten bulûğun söz konusu olabilmesi için, bulûğ belirtilerinin ortaya çıkması, çocuğun bulûğu ikrarı yani hâkim huzurunda «bâliğ oldum» demesi, ikrarda bulunan çocuğun bulûğun başlangıç yaşına ulaşması ve zahiri halin bu ikrarı (durumu) yalanlamaması (a-

---

(379) **BARDAKOĞLU**, Bulûğ, s. 414.

(380) **ÜSTÜRÜŞİNİ** Muhammed b. Mahmud el-, Ahkamü's-Sığâr, Konya Yusufağa Kütüphanesi Kayıt No: 268/4, s. 191-192; **ÇEKER**, Çocuk, s. 52.

(381) **MAHMESÂNÎ**, C. II, s. 364.

(382) **İBN ÂBİDÎN**, C. V, s. 97; **İBN KUDÂME**, C. IV, s. 509; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 76.

(383) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, s. 345-346; **MEVSILÎ**, C. II, s. 95; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 76; **ÜSTÜRÜŞİNİ**, s. 191-192; **MEYDAN LAROUSSE**, C. II, s. 105.

(384) Ahval-i Şahsiye m. 495, "Erkek çocuğun tabii bulûğu ihtilam, inzal vaki olma ve hamile bırakma gibi alametlerle; kız çocuğununki ise, hayız, hamile kalma, inzal vaki olma ve ihtilam gibi alametlerle tesbit edilir..." demek suretiyle bu hususu açıklamıştır. Bkz. **KADRİ PAŞA**, s. 67.

(385) **CEZÎRÎ**, C. III, s. 350; **İBN ÂBİDÎN**, C. V, s. 97; **ÜSTÜRÜŞİNİ**, s. 192.

dem-i tekzibi) aranır (386).

bb. Hükmî Bulûğ

Bulûğun ikinci ölçüsü olan hükmen bulûğ, çocuğun belli bir azami yaş sınırına ulaşmasıdır. Böyle bir durumda çocuk fiilen bulûğa erip ermemiş olsa bile, azami yaş sınırına ulaşmış (yaş sınırını tamamlamış) ise, hükmen bâliğ kabul edilir: "Münteha-yi sinn-i bulûğa varmış iken kendisinde âsâr-ı bulûğ zahir olmayan kimse hükmen bâliğ addolunur." (Mecelle m. 987).

Hükmen bulûğ için benimsenen bu üst sınır, genelde Kur'ân normlarındaki (387) lafızların yorumuna, Hz. Peygamber'in ve sahabenin bazı uygulamalarına dayanıyorsa da mahiyeti itibariyle bölgesel ve örfi bir karakter taşıdığı için de ictihadidir (388).

Ebû Hanife'ye göre, erkek 18, kız 17 yaşını tamamlayınca hükmen bulûğa erer (389). Malikîler, ayırım yapılmaksızın ikisinde de 18 yaşın tamamlanmasını hükmî bulûğ için esas almışlardır (390). Bu ölçü, Zahirilere göre ise kız ve erkek için 19 yaşın doldurulmasıdır (391). Bulûğun ölçüsü olarak kabul edilen yaş ve senede esas olan, güneş yılı değil kameri yıl yani 354 gündür (392).

Mecelle ve doktrindeki çoğunluğa (Ebû Yusuf, İmam Muhammed, Şafii, Maliki, Hanbeli) göre ise, erkek-kız ayırımı olmaksızın çocuk onbeş yaşını tamamlayınca, fiilen erip ermediğine bakılmaksızın hükmen bulûğa ermiş sayılır (393). Bu ölçüt esas alınırsa bulûğ, onbir ile onbeş

---

(386) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, s. 346; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 76-77; **MARDİN**, C. II, s. 335, 338.

(387) El-En'âm 6/152, "Yetimin malına, rüşdüne erinceye kadar, o en güzel olanından başka bir suretle (yetimin malını iyi muhafaza etmek, artırmak gibi), yaklaşmayın..." Bkz. **ÇANTAY**, C. I, s. 211.; **YAZIR**'ın yorumuyla, "Yetimin malına yaklaşmayın; yalnız erginlik çağına erişinceye kadar (malına) en güzel biçimde (yaklaşabilir ve uygun şekilde harcayabilirsiniz)...". Buradaki en güzel şekilde yaklaşma, mümkün olan velayet ve vesayettir. Bkz. **YAZIR**, C. III, s. 543, 547.

El-İsrâ 17/34, "Yetimin erginlik çağına kadar, malına yaklaşmayın..." Bkz. **ÇANTAY**, C. II, s. 515.

(388) **BARDAKOĞLU**, Bulûğ, s. 414.

(389) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 77; **DAMAD**, C. II, s. 444; **MEVSILÎ**, C. II, s. 95.

(390) **JUYNBOLL**, Bülûğ, s. 836; **MEVSILÎ**, C. II, s. 95; **MAHMESÂNÎ**, C. II, s. 110-111, 365; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 77; **ÜSTÜRÜŞİNİ**, s. 192.

(391) Bkz. **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 223.

(392) **BİLMEN**, C. VII, s. 288; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 75; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 74.

(393) **DAMAD**, C. II, s. 444; **ÜSTÜRÜŞİNİ**, s. 192; **MARDİN**, C. II, s. 335; **JUYNBOLL**, Bülûğ, s. 836.

yaş arasında tabiatın cilvelerine göre değişiklik gösterir (394). Mecelle (m. 986) de bu görüşü esas almıştır: "Sinn-i bulûğun ...müntehası ikisinde dahi tam onbeş yaştır".

Şu halde, Osmanlı Devletinde, Mecelle'nin yürürlüğe girmesinden itibaren, hükmen bulûğa erme yaşı 15 yaşın tamamlanması olarak kabul edilmiştir. Bu yaşa ulaşan kişi, fiilen bülûğa ermemiş olsa dahi baliğ sayılır (395). Alt sınıra ulaşmayan bir küçüğün bulûğ iddiası ise asla kabul edilemez (396). Hukuk-ı Aile Kararnamesi (m. 4) ise evlenme ehliyeti için gerekli olan bulûğu, Ebû Hanife'nin görüşünü esas alarak, erkekler için 18, kızlar için 17 yaşın tamamlanması olarak kabul etmiştir (397). HAK m. 5 ve 6'da ise, bu yaşları tamamlamayanların bâliğ olduklarını iddia ve ispat etmeleri halinde hükmen bulûğlarına karar verilerek evlenmelerine müsaade edileceğini belirtmektedir (398).

Bulûğun alt yaş sınırı (9-12 yaş) ile üst yaş sınırı arasındaki kimseye yani ergenliğe pek yaklaşmış bulunan bir sabîye mürâhik (kadın ise mürâhika) denir (399): "Ve bir erkek oniki ve bir kız dokuz yaşını tekmil edip de bâliğ olmasa bâliğ oluncaya dek mürâhik ve mürâhika denilir." (Mecelle m. 986). Mürâhik, fiilî bulûğa ermemiş veya bulûğu sabit görülmemiş ise, üst yaş sınırına ulaşınca hükmen bâliğ olur. Bunların bülûğ iddiaları, eğer biyolojik gelişmeleri iddialarını tasdik eder durumundaysa mahkemece tasdik edilebilir ki, bu, bir çeşid kazâ-i rüşddür (400). Başka bir ifadeyle, bulûğun ilk sınırına ulaşıp da bâliğ olmayanlar (mürahık ve mürahıka), hâkim huzurunda

---

(394) Doktrinde, akıl olgunluğu olarak nitelenen rüştün tesbitinin kriterlerinden biri de, bulûğu ölçü almaktır. Eski hukukumuz bunu esas aldığı için de bâliğ olan kural olarak aynı zamanda reşit olarak kabul edilmektedir. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 334-335.

(395) Ahval-i Şahsiye'nin 495 nci maddesinde "...Bu alametler bulunmadığı takdirde her ikisi de (kız ve oğlan) 15 yaşını bitirince baliğ olduklarına hükmedilir." denilerek de bu hususa işaret edilmiştir. Bkz. **KADRİ PAŞA**, s. 67.

(396) **MECELLE** m. 988; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 77; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, s. 345-346.

(397) HAK m. 4, "Ehliyet-i nikahı haiz olmak için hatıbın 18 ve mahtubenin 17 yaşını itmam etmiş olmaları şarttır".

(398) Bugünkü hukukumuzda ise, TMK.m.88 hükmü gereği, erkek on yedi, kadın on beş yaşını ikmal etmedikçe evlenemez. Şu kadar ki, hâkim, fevkalade hallerde ve pek mühim bir sebebe mebni on beş yaşını ikmal etmiş olan bir erkeğin veya on dört yaşını bitirmiş olan bir kadının evlenmesine müsaade edebilir. Burada evlenme ehliyeti için konan yaş şartı ile rüşt konusu karıştırılmamalı, evlenme yaşı hak ehliyeti açısından ele alınmalıdır. Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 44.

(399) **JUYNBOLL**, Bülûğ, s. 836; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 77; **MEVSILÎ**, C. II, s. 96.

(400) **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 21; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 78-79; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 74.

bulûğu ikrar edecek olurlarsa cüsselerinin bulûğa elverişli olup olmadığına bakılır (401). Eğer zahiri hal (görünen durum) kendilerini yalanlar mahiyette ise ikrarları tasdik olunmaz. Zahiri hal kendilerini doğrularsa, ikrarları tasdik edilerek kendileri de bâliğ sayılır; hatta sonra ikrar eden ikrarında yalancı olduğunu söyleyerek aktini feshetmeye kalkışsa itibar edilmez. Bulûğa erip de hacredilmeyen kimse, hem bedenen hem de ruhen belli ve yeterli bir asgari olgunluğa eriştiğinden kural olarak fiil ehliyetini kazanır. Onbeş yaşını tamamlayan, hükmen bulûğ tecelli edince kendiliğinden reşit sayılır ve artık bu kimsede medeni hakları kullanma ehliyetinin söz konusu olamaması için hacir hükmüne ihtiyaç vardır (402).

c. Ehliyete Etkisi

Eski hukukumuza göre, 15 yaşın tamamlanması ile hükmî bulûğ tahakkuk ettiğine göre, eğer kişi değişik sebeplerle hacir altına alınmazsa (kısıtlanmazsa) reşit sayılır ve tam ehliyetli kabul edilir. O andan itibaren yaptığı bütün tasarrufları, kimsenin izin ve icazetine gerek duymaz. Buna göre, ivazlı ve ivazsız iktisapları ve sırf zarar olan (iltizami) tasarrufları yapabildiği gibi, şahsı ile kaim hakları da mutlak surette kullanır (403).

Bülûğa erip de henüz reşit olmamış yani hacir altında bulunan kişiler ise, aile hukuku ilişkileri, zekat ve vergi gibi yükümlülükler, ibâdetler (iman esasları) ve cezaî ehliyet açısından tam ehliyetli kabul edilir. Demek ki, temyiz kudreti ve bâliğ olma şartlarının gerçekleşmesi hukukî işlemlerin birçoğunu yapabilmek için kişiyi tam ehliyetli kılmazsa da aile hukuku sahasına giren evlenme ve boşanma gibi işlemler için tam ehliyetli yapar. Aile hukuku sahasında bulûğun yeterli görülmesi, aile hukuku ilişkilerinin ibadet boyutunun ön planda tutulmasıyla da yakından ilgilidir. Bu görüş esas itibariyle Hanefilerin içtihatlarını yansıtır (404).

Şu halde, salt bulûğun tasarruf ehliyeti üzerinde bir etkisi yoktur. Kişinin baliğ olması sebebiyle eksik olan ehliyeti tam hale gelmez. Bu bakımdan, baliğ kimse mezun ise mezun çocu-

---

(401) Cinsiyet ayrımı yapılmadan söz konusu özellikleri taşıyanların (mürahık ve mürahıka) bâliğ olduklarını iddia edebildiklerine dair Ankara'nın iki numaralı şer'iye sicilindeki kararlar için bkz. **ONGAN**, s. 4, 42 no.lu karar; s. 15, 175 no.lu karar; s. 20, 251 nolu karar; s. 139, 1760 no.lu karar; s. 82, 1043 nolu karar.

(402) **MARDİN**, C. II, s. 335, 338.

(403) **MARDİN**, C. I, s. 42.

(404) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 237; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 73-74.

ğun sahip olduğu fiil ehliyetine, değilse mümeyyiz çocuğun sahip olduğu fiil ehliyetine sahiptir. Bâliğ kimse temyiz kudretine sahip değilse, o zaman da gayrimümeyyiz çocuk hükmünde olup tam ehliyetsizdir (405).

Görüldüğü üzere, medeni fiil ehliyeti ancak temyiz kudreti, reşit olarak bulûğa erme ve mahcur olmama şartlarının bulunmasıyla elde edilir. Yoksa salt bulûğa ermenin fiil ehliyetine aile hukuku ilişkileri dışında etkisi söz konusu değildir.

2. Sefih Olmama

a. Kavram

Fıkıh kitaplarında müktesep ehliyet ârızaları arasında sayılan sefeh, sözlükte hafiflik, akıl hiffeti ve zaafi (akılsızlık), ileriyi görememe ve aşırı derecede eğlence düşkünlüğü anlamlarına gelir. Sefih ise bu durumda bulunan kimsedir (406). Aklın gereğine aykırı olarak kendi istek ve iradesiyle davrandığından sefeh müktesep (iradi) ehliyet ârızalarından sayılmıştır (407).

Eski zamanlardan beri, yaşı uygun olduğu halde bazı kimselerin, mallarını ölçüsüz ve gereksiz bir şekilde harcadığı, har vurup harman savurmak suretiyle kendilerine ve yakınlarına zarar verdiği ve zaman zaman toplumu da zarara soktuğuna şahit olunagelmiştir. Sözü edilen zararın önlenmesi için de bu tür kişilerin tasarruf ehliyetinin kısıtlanması düşüncesi gündeme gelmiş ve hukukçular konuyla ilgili çalışmalar yapmışlardır (408).

Sefeh hukukî bir terim olarak, "akıl mevcut olduğu halde şer' (din) ve aklın icabına aykırı şekilde, malda tasarrufta bulunmaktır" (409). Bu anlamda sefeh, harcamalarda aklın ve dinin gerektirdiği özeni göstermeme yani, malını yönetmekte normal bir insanın davranışını göster-

---

(405) **ÇEKER**, Çocuk, s. 100.

(406) **HÜSEYİN EFENDİ** el-Hac, İlaveli Müntehabat-ı Lügat-ı Osmaniyye, İstanbul 1286, s. 397-398; **TOPALOĞLU/KARAMAN**, s. 187; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 13.

(407) **ZEYDAN**, Usûl, s. 118; **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 496, dn. 1.

(408) Örneğin, Roma'nın XII Levha Kanunundan itibaren, israf da, fiil ehliyetini sınırlandıran sebeplerden birisi olarak kabul edilmiştir. Müsrifler zorunlu olarak hacir altına alınmıştır. Magistra kararı ile en yakın agnatik akraba kayyım kabul edilmiş yani onlar adına işlemlerde bulunmak üzere bir kayyım (curator) tayin edilmiştir. Müsrif üzerindeki kayyımlığın, müsrifin ölümü veya üzerindeki hacir kararının kaldırılması ile sona ereceği belirtilmiştir. Bkz. **UMUR**, Roma Hukuku, s. 201-202.

(409) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 13.

meyip her an servetin kaybolması tehlikesi ile karşı karşıya bulunma durumunu ifade eder (410). Sefih, şeriatın bir mal üzerinde tanıdığı hakkı, o malın gayesine muhalif olarak kullanan kimsedir (411).

İlk dönem (klasik dönem) hukukçuları sefihin tanımını «İslâmda zarar ve mukabele bizzarar yoktur» (Mecelle m. 19) prensibinin bir görünümü olan "bir hakkın sahibi o hakkı kendine zarar verecek şekilde ve kendi aleyhine kullanamaz" açılımından almışlardır. Bu sebeple hayır işlerinde dahi sefahetin söz konusu olabileceği belirtilmiştir (412). Bir hayırseverin bütün malını hayır işlerine harcamasını (örneğin, tüm servetini bir caminin yapımına tahsis etmesini), doktrindeki çoğunluk, sefihlik olarak kabul etmiş; azınlığı temsil eden Şafiiler ise, "israfta hayır olmadığı gibi, hayırda da israf yoktur" prensibi gereği, bunu sefihlik olarak görmemişlerdir (413).

Bunun gibi, mallarını tebzir eden (mesela parasını nehire, denize atan) veya mamelekini meşru olmayan yerlerde israf eyleyen (örneğin kendi normal ihtiyaçlarını tatmin eyleyeceği yerde eğlencelerle boşuboşuna tüketen) kimseler de sefih kabul edilir. Şu halde sefehi gerektiren harcama (tebzir ve israf), bazen hayır işlerinde, bazen de dinin hoş görmediği şer işlerinde olabilir (414). Bir kimsenin malını içki içme ve zina gibi dinen günah sayılan yerlerde harcaması durumu ise, sefihlik olarak değerlendirilemez (415). Zira Mecelle 963. maddesinde "Fâsık olan kimesne malını tebzir ve israf etmedikçe mücerred fıskı sebebiyle hacir olunamaz" demektedir. Demek ki, fisk yani dinen günahkar olma mücerret hacir sebebi değildir. Hatta bu fiskın bulûğdan önce veya bulûğdan sonra ortaya çıkmış olmasının da bir etkisi yoktur (416).

Mecelle'nin 946 ncı maddesinde sefih tanımlanmıştır. Buna göre, "Sefih, malını beyhûde yere sarf ile ve masarifinde tebzir ve israf ile iza'a itlaf eden kimsedir. Ebleh ve sadedil olmak hasebiyle kâr ve temettu yolunu bilemeyip de ahz ve i'tasında aldanagelen kimseler dahi sefih addolunur".

Tanımdaki «beyhude yere sarf» ifadesi, şeriatın ve aklın gereğinin aksine olarak yapılan

---

(410) **ZEYDAN**, Usûl, s. 118; **ZEYDAN**, Medhal, s. 270; **YEĞİN** ve diğerleri, s. 865.

(411) **İBN ÂBİDİN**, C. V, s. 93.

(412) **ARSEBÜK**, s. 114.

(413) **SERAHSÎ**, Mebsût, C. XXIV, s. 157 vd.

(414) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 13-14.

(415) **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 72, dn. 3; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 14.

(416) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 34.

harcamayı; «tebzir» bir şeyi layık olmayan yerde harcamayı; «israf» ise, bir şeyi layık olan yerde fakat gereğinden fazla harcamayı belirtmektedir (417). Buna göre tebzir, yapılmaması gereken alanda yapılan harcama; israf ise, harcanması gereken yerde ancak gereken miktardan fazla yapılan harcamadır (418). Bu açıklamalardan sonra denilebilir ki sefih, malını boş yere dağıtarak ve harcamalarında israf ve tebzire (aşırılığa) kaçarak servetini (malvarlığını) heder eden (tüketen) kimsedir. Bu kimsenin söz konusu haline de sefeh ve sefâhet denir (419). Sefehin, sefahet, suiihal şekillerinde kullanıldığı da görülür (420).

Mecelle (m. 946), gerçekte sefih olmadıkları halde ebleh (budala) ve sadedil (saf, safdil) olanları da sefih kabul etmiştir. Burada, ebleh ve sadedil, kâr etmeyi beceremediği için alış verişlerinde hep aldatılan gâfil kimse anlamında kullanılmıştır. Buna göre, fazla saf, sadedil ve aklı zayıf olanlar da sefih hükmüne tâbi olur. Şu halde, malını yersiz ve ölçüsüz harcayan kimseler ile saf ve ahmaklığı nedeniyle menfaatini koruyamayan ve kolayca aldatılabilen kimseler de sefih sayılır (421).

Sefeh niteliğinin karşıtı rüşt niteliğidir. Bu açıdan sefehi, "rüşde sahip olmama" şeklinde ifade etmek de mümkündür. Reşit veya sefih olmak ancak bâliğ (kebir) olanlar için söz konusudur. Sefih olan kişi, reşit olamadığı için malvarlığına ilişkin işlemlerde makul (akıllıca) davranamaz. Mecelle m. 946 anlamında sefih, malını boş yere sarf eden ve harcamalarında israf ve tebzir yoluyla aşırı davranan kimse; Mecelle m. 947 anlamında reşit ise, malını korumada dikkat ve özen (takayyüd) gösteren, saçıp savurmadan, boşa harcamadan kaçınan kimsedir.

UVKR 15, 16, 17 ve 18 inci maddelerinin esbâb-ı mûcibesinde, sefihin tanımı yapılmış ve gerekçesiyle birlikte hacir sebeplerinden biri olduğu belirtilmiştir: "Ehliyet arızalarının üçüncüsü olan sefehe gelince; israf ve tebzir ile malları zayi etmekten ibaret olan sefeh, ne cünûn gibi temyiz kudretinin kaybedilmesi, ne de ateh gibi şuurun bozulması ve zayıflaması demek olmayıp, sadece hafif mizaçlılık sebebiyle aklın hilafına heva ve hevese tabi olmaktan mütevellit bir keyfiyet olduğundan ne ehliyet-i vücuba (hak ehliyetine), ne de ehliyet-i edaya (fiil ehliyetine) aykırı değildir. Bunun içindir ki, İmam-ı A'zam Hazretlerinin görü-

---

(417) **BİLMEN**, C. VII, s. 269; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 13.

(418) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 13.

(419) **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 496.

(420) **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 24.

(421) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 298; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 248.

şüne göre, rüşt yaşı olan yirmibeş yaşını ikmal eden bir akıllı şahsın sadece sefahetinden dolayı hacrini hürriyet haklarına aykırı görerek tecviz etmiyorlar. Fakat İslâm hukukçularının çoğunluğu, sefih olan bir kimse mallarını beyhûde yere sarf ve istihlâk ile mevcut servetini mahv edeceği gibi sefaheti sebebiyle birçok borca girerek halkı ızrar edeceğinden, gerek onun mallarını gerek insanların haklarını korumak için kaç yaşında olursa olsun mutlaka sefihin hacrini tecviz etmişlerdir.

Mecelle'nin 958. maddesinde de bu ikinci fikir tercih edildiği gibi Avrupa kanunlarında dahi «sefeh» hacir sebeplerinden addedilerek sefihin hacri hakkında hususi hükümler vaz edilmiştir. Zamanımızda sefahet sebebiyle pek çok servetlerin birçok ailelerinde fakr-u zarurete ve üçüncü şahısların külli zarara düştükleri müşahede edildiğinden Komisyonumuzca da İslâm hukukçularının çoğunluğunun görüşü tercih edilerek sefihe dair, Mecellenin 958. maddesi ile ilgili hükümleri aynen kabul edilerek aşağıdaki maddeler tanzim edilmiştir." (422). Bu esas üzerine kaleme alınan 15 inci madde de, "Malını beyhûde yere sarf ile ve mesârifinde tebzîr ve israf ile izaa ve itlaf eden sefih hacrolunabilir. Ve hacrolunmazdan evvel alel-umum tasarrufat-ı muteber olur" demek suretiyle, Mecelle'ye paralel bir düzenleme getirmiştir.

Bütün bunlardan anlaşılıyor ki, sefihin aklî durumunda herhangi bir bozukluk mevcut değildir. Ancak tedbirsizlik ya da bazı alışkanlıklar onu, malını har vurup harman savurma noktasına getirmiştir. Sefihliği atehten (akıl zayıflığından, bunaklıktan) kesinlikle ayırdetmek gerekir. Bunak, söz ve davranışlarıyla akıl hastasına büyük ölçüde benzerlik gösterdiği halde; sefih, aklının gereğini yapmayıp, olayların sonucunu düşünmemekle, kendi iradesi ile süreklilik arzeden ahmaklık girdabına düşmektedir (423). Tanımlarda geçen, israf, kötü yönetim, saflık gibi kavramlar, nisbî kavramlar olduklarından kesin ölçülerle belirlenemezler. Bunlar, kişinin diğer insanlarla olan sosyal ilişkisinden anlaşılabilir. Yine, sefihliğin ölçüsü, toplumda yerleşmiş ve alışılagelmiş din, ahlak ve akla dayalı kuralların bütünüdür. Bir kumarbazın sahip olduğu serveti kumarda bitirmesi, obur birinin malını aşırı derecede yemeğe vermesi ve bir serserinin ahlaksızlığı simgeleyen video bantlarını devamlı satınalması, sözü edilen kurallara aykırılık teşkil eden ve sefihliği sonuçlandıran örneklerdendir.

Sefihin aklî yapısında herhangi bir sakatlık bulunmamakta; sadece psikolojik veya başka nedenlerle malını gereği gibi yönetememektedir. Bu itibarla, kişiyi koruma amacıyla bir kısım mâlî tasarrufları kısıtlanmaktadır. Bunun dışında, sefihin dini yönden yükümlülükleri devam etmektedir, dolayısıyla, ibadetleri yerine getirme ve yasaklardan kaçınma zorunluluğu söz ko-

---

(422) Bkz. **AKGÜNDÜZ**, Külliyat, s. 125.

(423) **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 269-270, 271

nusudur.

b. Türleri

Sefihin hukukî işlemlere girişebilme durumunu, sefihliğin başlama zamanına göre bir ayırıma tabi tutmak mümkündür. Bu açıdan sefahet, bulûğdan önce başlayan ve bulûğdan sonra başlayan sefihlik olmak üzere iki kısımda incelenebilir.

aa. Bulûğdan Önce Başlayan Sefihlik

Sefihlik, bulûğdan önce başlamış ve bulûğdan sonra da devam etmekteyse, bu kişiye mallarının teslim edilemeyeceği ve velayet altında kalmaya devam edeceği, Hanefi, Şafii, Maliki ve Hanbeli hukukçularca kabul edilmektedir (424). Ancak Zahiri hukukçular, bulûğa erenin aynı zamanda reşit de olduğu görüşünü benimseyerek mallarının hemen teslim edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir (425).

bb. Bulûğdan Sonra Başlayan Sefihlik

Bâliğ olduktan sonra meydana gelen sefihliğin, kısıtlılığa yol açıp açmayacağı hususu ise tartışılmıştır. Ebû Hanife ve Zahiriler'e göre, mümeyyiz ve bâliğ olan kişi, sefihlikten etkilenmez ve dolayısıyla kısıtlılık altına da alınamaz (426). Hanefilerden Ebû Yusuf ve İmam Muhammed ile İmam Şafii, Hanbeli, Maliki ve Caferiler tarafından ileri sürülen ve doktrinde

---

(424) Bunlar görüşlerine gerekçe olarak, Kur'an'daki, "Allah'ın sizi başına diktiği mallarınızı sefihlere vermeyin" (Nisa, 5) âyetinden başka, çocuğa malın, bulûğa ermesinden sonra reşit olduğuna kanaat getirilirse verileceğini belirten, "Yetimleri nikah çağına erdikleri zamana kadar deneyin. O vakit kendilerinde rüşt gördüğünüzde malları onlara teslim edin" (Nisa, 6) âyetini gösterirler. Bkz. **ZEYDAN**, Usûl, s. 119.

(425) Bunlara göre rüşt, aklı başında olarak bulûğa ermek; sefeh ise aklın olmamasıdır. Buna göre aklı başında olarak bulûğa eren kimsede rüşt gerçekleşmiştir ve kendisine malının verilmesi gerekir. Bkz. **SERAHSÎ**, Mebsût, C. XXIV, s. 157-158.

(426) Bu görüşü ileri sürenler, her şeyden önce, fiil ehliyetinin dayanağının akıl olduğu ve baliğ olan sefihin de akıl melekesinin tam olması nedeniyle bu ehliyetin kısıtlanmasına gidilmesinin bu kurala aykırılık teşkil ettiğini söylerler. Sonra, mümeyyiz ve baliğ bir kişinin tasarruf yetkisini kısıtlamak, onun insanlık onuru ve şahsiyetini hiçe saymak olup malların da bu yolla korunabileceği iddiası da, kişiliğin korunmasının malın korunmasından daha önemli olduğu gerçeği karşısında, inandırıcı değildir, derler. Yine, kısıtlılığın toplum için yararlı olacağı düşüncesini de, sefihin kendi malında tasarruf yapması sebebiyle, pek makul görmezler. Oysa, tasarruf hakkının verilmesiyle bu malların daha iyi değerlendirilebileceğini belirtirler. Nihayet, Hz. Peygamber'in, alış verişinde hep aldatılan Habban bin Munkız'ı, yakınlarının kısıtlanması talebine rağmen kısıtlamayıp, "bir şey sattığında aldatma yok ve bana üç günlük muhay-

çoğunluğu oluşturan görüşe göre ise, sefihlik hangi aşamada ortaya çıkarsa çıksın kısıtlılığa gidilmesi gerekir (427).

c. Ehliyete Etkisi

Sefeh, kural olarak ehliyeti ortadan kaldırmaz, dolayısıyla tasarruflara da herhangi bir etkisi yoktur (428). Ancak sefeh, sefih olarak bulûğa eren şahısta olduğu gibi, tasarrufuna malın verilmemesi, bulûğdan sonra ise kişinin sefihlik sebebiyle hacir (kısıtlılık) altına alınması sonucunu doğurur (429).

Aralarında İmam Muhammed'in de bulunduğu bazı hukukçular sefihin kendiliğinden kısıtlı olduğu görüşündedir. Bunlar, sefihin hacredilmesinde hakimi devreye sokmamış ve hacir sebebinin ortaya çıkmasından itibaren kısıtlılığın başladığını ileri sürmüşlerdir (430). Bu görüşe göre, hacir sebebinin ortaya çıkmasından sonra yapılan tasarruflar, sanki hâkim kararıyla hacir altına alınmış sefihin tasarrufları gibi değerlendirilir yani mevkuftur. Eğer sefih, sefihlik durumuna son verirse hacri kendiliğinden ortadan kalkar (431).

Ebû Hanife ise, sefihin mallarını koruma düşüncesiyle hacredilemeyeceği, zira hacrin onun şahsiyetini hiçe saymak anlamına geleceği kanaatindedir. Kaldı ki Ebû Hanife, akıl hastalığı veya küçüklük gibi kişiyi kendiliğinden ehliyetsiz kılan sebepler dışında, hâkim kararı ile hacri

---

yerlik hakkı var diye söyle" demesinin de, kısıtlılığın uygun olmadığını gösterdiğini ileri sürerler. Bkz. **ZEYDAN**, Usûl, s. 122-124; **MERGİNÂNÎ**, C. III, s. 225; **KÂSÂNÎ**, C. VII, s. 177.

(427) Bu görüş taraftarlarına göre, küçük nasıl ki israf ve kötü yönetimin yol açacağı zarardan korunmak için hacredilebiliyor, sefihte de aynı tehlike bulunduğuna göre hacredilmelidir. Yine, sefihin tasarruflarının kısıtlanmaması halinde, hem kendisi hem de toplum zarar görebilir. Zira malını har vurup harman savuran kimse, kısa sürede kendisini ve ailesini büyük sıkıntılara düşürebilir. Sahabe uygulamasında, "Hz. Ali'nin, zamanın halifesi Hz. Osman'a giderek, yeğeni Cafer'in kısıtlılığına karar verilmesini istemesi" de bu kurumun yasal (meşru) olduğunu göstermektedir. Nihayet, "şayet borçlu bir sefih veya küçük veya kendisi söyleyip yazdıramayacak ise, velisi dosdoğru söyleyip yazdırsın" (Bakara, 282), "Allah'ın idaresini size verdiği malları sefihlere vermeyin. Kendilerine bunlardan yedirin, giydirin ve onlara güzel nasihat edin" (Nisa, 5), ve "yetimleri nikah çağına ermelerine kadar gözetip deneyin. Rüşde erdiklerini yakînen anladığınız takdirde, hemen mallarını kendilerine teslim ediniz" (Nisa, 6) anlamındaki âyetleri de kısıtlılığı öngörmektedir. Bkz. **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 102; **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 299.

(428) **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 497.

(429) **ZEYDAN**, Usûl, s. 119; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 25, 72.

(430) Bunlara göre sefeh, hacir altına alınmanın illetidir ve illet ne zaman ortaya çıkarsa illetin husule getirdiği şey, yani burada hacir de ortaya çıkar, ne zaman illet ortadan kalkarsa hacir da ortadan kalkar. Bkz. **KARAMAN**, Mukayeseli, C. II, s. 116.

(431) **ZEYDAN**, Usûl, s. 125; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 73.

mümkün görmez (432).

Ancak Ebû Yusuf'a ve onun görüşünü esas alan Mecelle'ye göre (m. 958) sefih kendiliğinden değil, ancak hâkim kararıyla hacrolunabilir: "Sefih olan kimse hâkim tarafından hacir olunabilir". Burada, bulûğdan sonra sefih olmuş kimseler kastedilmektedir (433). Hakimin kısıtlılık kararı, kurucu yenilik doğuran bir hak olduğu için geçmişe şamil olmaz ve daha önce yapılan işlemlere ilişmez.

Kişi eğer sefih olarak bâliğ olursa, rüştü ispatlanmadıkça malı kendisine verilmez. Nitekim Mecelle m. 982 hükmü de bu hususu açıklamaktadır: "Bir çocuk gayrireşid olarak bâliğ olursa rüşdü tahakkuk etmedikçe malı kendisine verilmeyip kemafissâbık tasarruftan men olunur". Sefih olarak bâliğ olan çocuğa, doktrindeki görüş birliğine göre, hacredilmiş olmasa bile, malı teslim edilmez. Gerçi Ebû Yusuf'a göre, gayrireşid olarak bâliğ olan kimse, mahcuran bâliğ olmayacağından yeniden hacrolunması gerekir ve hacirden önceki tasarrufları da, Mecelle m. 991 gereği, geçerli (nâfiz) sayılır (434). Demek ki, sefihin bulûğa erdikten itibaren sefih nedeniyle hâkim tarafından hacir kararı verilinceye kadar olan bütün hukukî tasarrufları geçerlidir.

Görüldüğü üzere Mecelle'ye göre, sefih kendiliğinden (bizatihi) mahcûr değildir. Bunun için yetkili mahkemenin kararı gerekir. Karar sırasında sefihin bulunması şart değildir. Fakat, kısıtlı sayılabilmesi için bu kararın kendisine bildirilmesi gerekir. Alınan karar halka duyurulur: "sefih ... hâkim tarafından hacir olundukta sebebi nâsa beyan ile işhad ve ilan olunur" (Mecelle m. 961). Eğer sefih ıslâh-ı hal ederse hâkim hacri ref eder, yani kısıtlılığın sona ermesi yine mahkeme kararıyla olur: "Sefih-i mahcûr kesb-i salah ettikte hâkim tarafından fekk-i hacir olunur" (Mecelle m. 997). Ayrıca sefihin hacri kısmî değil umumidir. Başka bir deyişle, sefihin hacri hacir kararından önceki ve sonraki bütün malları üzerinde etkilidir (435).

Kısıtlılık kararının verilmesiyle birlikte, baliğ sefih üzerindeki velayet hakkı hakime aittir. Ancak, hâkim istediği kimseyi vasi tayin edebilir. Başka bir ifadeyle, sefihin velisi (vasisi) bizzat hakimdir. Onun üzerinde babası, dedesi veya bunların tayin ettikleri vasilerinin velayet (vesayet)

---

(432) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 299; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 249; **SAVA PAŞA**, C. II, s.338.

(433) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 25.

(434) **REŞİD PAŞA**, C. V, s. 204; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 72.

(435) **ZEYDAN**, Usûl, s. 125; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 73; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 28.

hakları yoktur (Mecelle m. 990). UVKR m. 16 da aynı düzenlemeyi getirmiştir: "Sefihin velisi ancak hâkimdir. Onun üzerinde eb ve ceddinin ve vasilerinin hakk-ı velayeti yoktur."

Burada, sefihin hak ehliyetine sahip olmasının sonucu olarak haksız fiil sorumluluğu bulunduğunu, bulûğa ermesinin sonucu olarak da ceza ehliyetine sahip olduğunu belirtmek gerekir. Şu halde, had, kısas ve tazir cezaları eksiksiz olarak uygulanabilir. Eğer bulûğa ermemiş sefihlik söz konusu ise, bu halde de küçüklük ile ilgili durumlar söz konusu olacaktır (436).

Görüldüğü üzere sefih için verilen bilgilerden anlaşıldığına göre, ihtiyaçların tatmini için bir vasıta olan servetin ve bu arada hakların en mutlakı ve kapsam itibariyle en genişi olan, sahibine mutlak surette kendi malı üzerinde tasarruf etme yetkisi veren mülkiyet hakkının bile kişinin kendi menfaatine aykırı şekilde kullanılmasına (437) cevaz verilmemiştir (438). Şu halde günümüz hukukunda olduğu gibi eski hukukumuzda da sefahet sebebiyle hacir, aile efradının menfaatlerini korumaktan ziyade sefih olan kimsenin şahsını korumak için kabul edilmiş bir esastır.

D. Rüşdün Hüküm ve Sonuçları

Temyiz kudretine sahip olma, reşit olma ve mahcur olmama şartlarını taşıyan kişiler tam ehliyetlidirler ve her türlü hukukî işlemi yapabilirler. Mümeyyiz ve reşit kimse mahcur da değilse bütün tasarruflarda bulunabilir (439).

Rüşt ile kişi kural olarak medeni hakları kullanmaya salahiyettar (ehil) olur; velayet ve vesayet altından çıkar (440). Başka bir deyişle rüşt, kişiyi tasarruflar yönüyle çocukluktan, hacir

---

(436) **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 271-272; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 338.

(437) Bu prensip bugünkü hukukumuzda da vardır. TMK.m.356 daki "suiidare" mamelekin boşu boşuna harcanmasını ifade eder. Başka bir ifadeyle, kötü idare, bir kimsenin ilgi ve bilgi eksikliğinden ya da aczinden dolayı iktisadî varlığını tehlikeye düşürecek bir idaresizlik anlamına gelir. Bkz. **TEKİNAY**, Aile, s. 649; **ARSEBÜK**, s. 114, dn. 97.

(438) **İBN ÂBİDÎN**, C. V, s. 93; **ARSEBÜK**, s. 114.

(439) **MARDİN**, C. I, s. 97.

(440) Roma hukukunda çocuklar reşit olsa bile Pater Familias'ın velayeti altında kabul edilmiştir. 60 yaşındaki bir şahıs, alieri juris, 90 yaşındaki Pater'in hakimiyeti altında bulunmuştur. İslâm hukukunda şahsiyeti takyit ve rencide edici bu kural hiç bir zaman geçerli olmamıştır. Reşit olan herkes, aynen anası ve babası gibi, müstakil bir şahıstır; her hukukî muameleyi yapar. Bağımsız bir malvarlığına sahiptir. Halbuki Roma hukukunda reşit çocukların hepsine bu imkan tanınmamıştır. Roma hukukunun, velayet altındaki çocuğa mamelek tanınmayacağı kuralı Peculium müessesesi ile hafifletilmişse de tamamen orta-

ve velayet altında bulunmaktan kurtaran bir durum olduğu için kişiye tam fiil ehliyeti sağlar. Ahval-i Şahsiye'nin 496 ncı maddesinde de bu husus açıklığa kavuşturulmuştur: "Küçükler reşit olarak bulûğa erdiklerinde veli veya vasilerinin velayet ve vesayetleri üzerlerinden kalkar. Artık kendi işlerinde kendileri tasarruf hakkına sahip olurlar... Veli veya vasinin velayet ve vesayetleri, küçüğün sadece bulûğa ermesiyle değil, rüşdünün tahakkuku, mallarında makul şekilde tasarruf etmesi ile üzerlerinden kalkar." (441).

Eski hukukumuza göre rüşt, bulûğ çağına ulaşmakla birlikte kural olarak gerçekleşir (442). Kişi reşit olmasıyla birlikte, hibe ve teberru da bulunma ve kefil olma gibi sırf zararına olan tasarrufları da yapabilir (443).

Bulûğ çağına ulaştığında reşit olmayan kimse ise, doktrindeki çoğunluğa göre, hukuken mahcurdur ve eksik ehliyetli olmaya devam eder. Onun üzerindeki mâlî velayet kalkmadığı için malı kendisine teslim edilmez ve mâlî tasarrufları geçerli olmaz. Ancak terbiye, tedavi, eğitim öğretim ve evlilik gibi şahıs üzerindeki velayet ise, kişinin âkıl olarak mücerred bulûğa ermesiyle kalkar. Başka bir ifadeyle, reşit olmadan bulûğa eren kimsenin kısıtlılığı devam eder, rüşdü beklenir. Bunlara, malını teslim etmek ve malî tasarruflarda tam hürriyet vermek -israf ile iflas ettiğinde halka ve devlet hazinesine yük olacağı için- kamu yararına aykırıdır ve caiz değildir (444).

Reşit olan kimsenin kural olarak temyiz kudretine sahip olduğu kabul edilir. Şayet, reşit olan kimsenin temyiz kudretine sahip olmadığı ileri sürülmüşse, bunu iddia eden ispat etmelidir. Burada ispat yükü, asıl olan şeyin aksini iddia edene düşer. Asıl olan da reşitin temyiz kudretinin bulunduğudur (445).

---

dan kaldırılmamıştır. İslâm hukukunda velayet altındaki çocuk bağımsız bir mameleke sahiptir ve İsviçre hukuku aksine olarak, ana baba muhtaç durumda olmadıkça çocukların mallarından yararlanma yetkilerine de sahip değildir. Bkz. **BERKİ**, Ehemmiyet, s. 14-15.

(441) **KADRİ PAŞA**, s. 67.

(442) Ansay'ın, "küçük, âkil olarak bâliğ olduğu takdirde bütün tasarrufları muteberdir, nafizdir. Rüşdüne hüküm sadir olmak lazım değildir" ifadesini, bâliğ olduğunda hacredilmemişse reşit olduğu kabul edilir şeklinde anlamak gerekir. Bkz. **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 73-74.

(443) TMK. m. 10, "Mümeyyiz olan reşit, medeni hakları kullanmaya salahiyettardır". TBK. m. 235, "...medeni hakları kullanmak salahiyetine sahip olan herkes, bağışlama yapabilir..." demek suretiyle benzer hükümler getirmiştir.

(444) **BUHÂRÎ**, s. 371-374; **İBN ÂBİDÎN**, C. V, s. 94-95.

(445) Mecelle m. 42, "İtibar galibi şayiadır, nadire değildir" hükmü gereği reşitin kural olarak mümeyyiz olduğu kabul edilir. Ayrıca bkz. **ARSEBÜK**, s. 264; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 24-25.

Görüldüğü üzere, reşit olmak fiil ehliyetinin kazanılmasına kural olarak yetmektedir. Ancak bazı tabii olmayan durumlar dolayısıyla rüştten sonra da fiil ehliyetinin kaldırıldığı haller vardır ki, o da kişinin hacir sebeplerinden birinin bulunması durumunda hacredilmesidir.

III. MAHCUR OLMAMA

Fiil ehliyetinin olumlu olan temyiz kudreti ve reşit olmaktan sonraki olumsuz şartı mahcur olmamaktır. Tam ehliyetli olabilmek için kural olarak mümeyyiz ve reşit olmak yeterli ise de bazı durumlarda mahcur olmama şartı da aranır.

Eski hukukumuzda kişinin hürriyetini meşru olarak sınırlayan durumlardan biri de hacir müessesesidir (446). Kural olarak herkes, fiil ehliyetinin bir sonucu olarak alım-satım, icare, havale, rehin ve hibe gibi hukukî işlemleri yapabilir. Ancak mahcur olanlar bu tür işlemleri yapamaz. Mahcurun işlediği suçlardan dolayı verilecek cezalara, onun hacir altında olmasının doğrudan bir tesiri yoktur. Bu husus onun cezaî ehliyeti ile ilgilidir. Her hacir sebebi cezaî ehliyeti iskat eden bir sebep değildir. Mahcurun, haksız fiillerden kaynaklanan doğrudan veya tesebbüben (dolayısıyla) başkasına verdiği zararlar, hak ehliyetine sahip olmanın sonucu olarak kendi malvarlığından tazmin ettirilir (447).

Hak ehliyeti ile hiç bir ilgisi olmayan hacir, bir bakıma insanda tasarruf ehliyetinin ya hiç ya da kısmen bulunmadığını belirtir. Gayrimümeyyiz çocuğun hak ehliyetine sahip olmasına rağmen hacir altında olması, hacrin hak ehliyetiyle bir ilgisi olmadığını gösterir. Hacrin bulûğla da bir ilgisi yoktur zira bâliğ insan aynı zamanda mahcur olabilir. Medeni hakları kullanma hususunda bütün insanların eşit muameleye tutulması kuralının istisnalarından biri de, ceninler, gayrimümeyyizler ve gayrireşitlerden sonra, mahcurreşit (reşit fakat hacredilmiş kimse)lerdir. Mahcurreşitin evvelce rüşt ile edindiği serbestiyi hacir hükmü sınırlandırır (448).

---

(446) **GÖKMENOĞLU**, s. 117.

(447) **MEVSILÎ**, C. II, s. 95.

(448) Günümüz hukukunda, mahcurreşit ile, hakimin hükmü sonucu hacredilmiş reşit kastedilir. Bu kişi, mümeyyizdir, rüştü de kazanmıştır fakat kanunen belirli sebepler sonucu olarak hâkim tarafından hacredilmiştir. Fakat bunların haksız fiillerden (fiili tasarruflardan) sorumlulukları hacir kararından sonra da geçerlidir. Bilindiği gibi gayrimümeyyizlerin haksız fiillerden sorumlulukları yoktur. Temyiz kudretine sahip olanlar haksız fiillerinden sorumlu olduklarına göre, mahcurreşitler de haksız fiillerinden mümeyyiz bulundukları sürece sorumlu olurlar.

Reşit fakat hacredilmiş kimselerin hukukî işlemlerinin geçersiz sayılıp da haksız fiillerinden (fiili tasarruflarından) sorumlu tutulmasının ve bu tür tasarruflar için hacrin etkili olmamasının sebebi, hacir kararının etkilerini fiili tasarrufları da kapsayacak tarzda düzenlemeye hukuken imkanın bulunmamasıdır. Yaşanmış bir olayın keenlemyekün kabul edilmesiyle değişen bir şey olmaz. Fiili tasarruflar hukuki işlemler (kavlî tasarruflar) gibi değildir, bunlarda hukukî kasıt yoktur. Halbuki hukuki işlemlerde hukukî bir kasıt vardır (449). Örneğin alım-satım aktinde tarafların bir amacı vardır. Bu da satılan şeyin mülkiyetininin satandan alana (bayiden müşteriye) geçmesidir. Fiili tasarrufta ise böyle hukukî bir kasıt söz konusu olamaz. Yine, kişinin hukuki bir işlem yapması yasaklanabilir; çünkü kanunkoyucu bazı sözcüklerin kullanılmasına bazı hükümler bağlamıştır. Kanunkoyucu bu sözcüklerin kullanılmasına bazen değer vermeyebilir halbuki fiili bir tasarrufa kıymet vermemesinden bir sonuç çıkmaz (450). Kısaca, hacirle hukukî işlemi keenlemyekün kabul etmek nihayet itibarî ve hukukî işlerden olan bir şeyi ortadan kaldırmaktır. Fiilî tasarruflar ise, itibari işlerden değildir ki keenlemyekün sayılmakla ortadan kalkabilsin. Örneğin, kanun koyucunun defter yırtılmamış demesi ile defterdeki yırtıklık ortadan kalkmaz (451). Şu halde fiili tasarruflarda ayrıca kastı aramak gereksizdir. Bir malı itlaf eden kimse tazmin kastında bulunmasa bile tazmin ile yükümlüdür. Haksız fiillerde tazmin hukukî bir sonuçtur, hatta bazen kasıt olmasa bile tazmin hükmü vardır (452). Mecelle m. 960 da, mahcur olanların kavlî tasarruflarının (hukukî işlemlerinin) geçerli olmayacağını fakat haksız fiillerinden kaynaklanan zararı tazmin etmeleri gerektiğini belirterek, hacrin ancak hukukî işlemler için olabileceğini ortaya koymaktadır (453). Görüldüğü üzere hacir kural olarak, fiili tasarruflarla ilgili

---

Mahcurreşitlerin hukukî işlemleri ise, üçlü bir ayırımla ele alınmaktadır. a- İvazsız iktisapları geçerlidir. b- Şahısvarlığı haklarını veli ve vasilerinden izin almaksızın kullanabilirler. (Şahısvarlığı haklarına örnek olarak, nişanı bozma, evlenmede butlan ve fesih davası açabilme, boşanma davası açma ve nesebin reddi davası verilebilir.) Ancak şahısvarlığı haklarından kanuni temsilcinin izninin arandığı durumlar da vardır. Bunlar, evlenme, evlatlığa alınma veya evlat edinme, çıraklık sözleşmesi, vatandaşlık hakkını kazanma veya ondan feragattan ibarettir. c- Mahcurreşidin borçlanma (iltizam) sonucunu doğuran tasarruflarında ise kanuni temsilcinin izni (veya icazeti) alınır. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 391-394.

(449) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 4.

(450) **BİLMEN**, C. VII, s. 267.

(451) **ZEBÎDÎ**, C. VII, s. 266; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 4-5, 29.

(452) **ZEBÎDÎ**, C. VII, s. 266; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 4; **MARDİN**, C. II, s. 392.

(453) Bkz. **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 28-31.

değil (454), kavlî ve mâlî tasarruflarla (hukuki işlemlerle) ilgilidir (455).

A. Hacir (Hacr) Kavramı

Günümüz hukukunda da kullanılan "hacir" terimi (456) eski hukukumuzdan gelen bir terimdir. Sözlükte "engellemek (mani olmak), yasaklamak (men-i mutlak), kısıtlamak" anlamlarına gelir (457). Hukukî bir terim olarak ise değişik şekillerde tanımlanmış olmasına rağmen bunları ikiye indirgemek mümkündür: "Kişiyi mâlî tasarruflardan menetmek" (458) ve "kişiyi kavlî tasarrufun nefazından (geçerlilik) menetmek" (459).

Bu iki tanımdan hacrin insanın şahsıyla ve dolayısıyla malıyla ilgili bazı hukukî değişiklikler meydana getirdiği anlaşılmaktadır. Tanımlarda "mâlî tasarruf" kaydıyla "mâlî olmayan tasarruf", "kavlî tasarruf" kaydı ile de itlâf gibi "fiili tasarruf"lar dışarıda bırakılmak istenmiştir (460).

Mecelle m. 941'e göre hacr, "bir şahs-ı mahsusu tasarruf-u kavlîsinden men'dir ki, ba'de'l-hacr ol şahsa mahcûr denilir". Bu, bir kimsenin belli sebeplerden dolayı hukuki işlem yapmasını yasaklamak, hukuki işlemlerinden men etmek anlamındadır (461).

Mecelle'deki tanımda geçen 'şahs-ı mahsus' ifadesi ile kastedilen, (m. 957, 958 ve 959. maddelerdeki) mümeyyiz ve gayrimümeyyiz küçük (sağîr), akıl hastası (mecnûn), akıl zayıfı

---

(454) Ancak hacirle, hukuki işlemin maddî varlığı değil onun itibarî ve hukukî varlığı (yani hukukî sonuç doğurması) engellendiğinden hacrin sadece sözlü tasarruflara hasredilmeyip, fâilin kasıt ve iradesine bağlı olarak hukukî sonuç doğuran fiilî tasarruflara da teşmil edilmesi gerekir. Başka bir deyişle, sonuç doğurması fâilin kasıt ve iradesine bağlı olan fiilî tasarruflarda da hacirden söz edilebilir. Bkz. **APAYDIN** H. Yunus, Hacir, DİA, C. XIV, İstanbul 1996, s. 513.

(455) **ZEBÎDÎ**, C. VII, s. 266; **BİLMEN**, C. VII, s. 267.

(456) Günümüz hukuk doktrininde, hacir karşılığı olarak "kısıt", hacretmek karşılığı olarak "kısıtlamak" kelimelerinin kullanıldığı da görülmektedir. Nitekim Velidedeoğlu Öntasarısında "hacir" karşılığı "kısıtlanma"; "mahcur" karşılığında da "kısıtlı" terimi kullanılmıştır. Bkz. **SUNGURBEY** İsmet, Medeni Hukuk Terimleri Sözlüğü, Ankara 1966; **TUĞLACI**, C. III, s. 973; **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 50.

(457) **MUSTAFA** ve diğerleri, C. I, s. 157; **TOPALOĞLU/ KARAMAN**, s. 56; **APAYDIN**, s. 513; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 2; **DAMAD**, C. II, s. 437; **MEVSILÎ**, C. II, s. 94.

(458) **İBN KUDÂME**, C. IV, s. 508.

(459) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, 325; **ZEBÎDÎ**, C. VII, s. 265.

(460) **ATAR**, İcra, s. 369; **APAYDIN**, s. 513.

(461) **ŞENER** Abdülkadir, İslâm Hukukunda Hacir, AÜİFD, C. XXI, Ankara 1976, s. 346; **ÜSTÜRÜŞİNİ**, s. 218-219; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, 325.

(matuh), sefih ve borçludan (medyûn) herhangi birisidir (462). 'Kavlî tasarruftan (hukukî işlemden) menetmek' tabiri ise, sözü edilen kişilerden birinin bu tür tasarrufları yapmasını engellemek değil, tasarrufun hükümsüz sayılmasıdır. Zira tasarrufun yapılmasını engellemek mümkün olmaz, ancak tasarrufun hükümsüz veya gayri nâfiz olması sağlanabilir (463).

Hacir, tasarrufta bulunmaktan men etmek olduğuna göre, mahcurun haklarını koruyacak, namına muamelede bulunacak bir başka kişi akla gelmelidir ki, o da, kanuni temsilci olup, tasarruf sahasına göre "veli" veya "vasi" dir (464). Hacir altına alınma (kısıtlama), reşit bir kimsenin fiil ehliyetinin ya büsbütün kalkması ya da sınırlandırılması halinde söz konusu olur. Her iki halde de kısıtlanan kişiye kanuni bir temsilci tayin edilir (465).

Her kişinin mahcur olma ölçüsü aynı değildir. Hacir ile kişinin fiil ehliyeti ters orantılıdır. Biri tam olunca diğeri hiç yoktur. Biri artmaya başlayınca diğeri eksilmeye başlar. Örneğin, gayrimümeyyiz çocuğun fiil ehliyeti hiç yoktur. Bunun için de üzerindeki hacir tamdır. Mümeyyiz çocuğun fiil ehliyeti nisbeti 1/3 ise, üzerindeki hacir 2/3 oranındadır. Mezun mümeyyiz çocukta fiil ehliyeti oranı 2/3 ise, üzerindeki hacir 1/3 oranındadır. Mahcur olmayan ise tam tasarruf ehliyetine sahiptir (466).

Ancak Mecelle'ye göre hacir daima aynı anlamı ifade etmez. Bir kere sağîr, mecnûn, matuh zaten mahcurdurlar. Binaenaleyh bunların alım satım gibi hukukî işlemleri geçerli değildir ama haksız fiillerinden meydana gelen zarardan sorumludurlar, kendi malından tazmin edilir (Mecelle m. 957, 960).

---

(462) **ZEBÎDÎ**, C. VII, s. 265-266; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 2.

(463) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 3; **ZEBÎDÎ**, C. VII, s. 266.

(464) Günümüz hukukunda hacir (kısıtlama) işlemi ile vasî tayini işlemleri birbirinden ayrıdır. Vesayet altında olan herkesin mahcur olması gerekmez. Küçüğün velisi olmadığı zamanlar ona bir veli tayin edilir (TMK.m.354). Şu halde reşit olan bir kimseye vasî tayin edilmesi için önce onun hacredilmesi gerekir. Buna karşılık, küçüğün velisi yok ise, kendisine bir vasî tayin edilebilmesi için önce hacredilmesi gerekmez, esasen ehliyetsizler kategorisinde bulunmaktadır.

(465) Bugünkü hukukumuzda reşit olan bir kişi temyiz kudretinden yoksun ise onun fiil ehliyeti zaten (kısıtlama kararından önce de) yoktur; onun, içinde bulunduğu hukukî durum tam ehliyetsizliktir. O halde gayrimümeyyizlerin kısıtlanması, onlara sadece bir kanuni temsilci tayin edilmesini ifade eder. Eski hukukumuzda ise, kişi reşit olarak kabul edildiyse bunun temyiz kudretinden yoksun olması düşünülemez. Zira reşit olma, temyiz kudretine sahip olma, bulûğa erme ve sefih olmama durumlarında söz konusu olabilir. Gayrimümeyyizler için hükmî hacrin geçerli olması onların tam ehliyetsizliğini belirtir. Bkz. **TEKİNAY**, Kişiler, s. 213; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 24-25.

(466) **ÇEKER**, Çocuk, s. 106.

İkinci olarak, hâkim tarafından hacir altına alınmış kimseler -ki bunlar sefih ile borçludan ibarettir- mahcuriyetlerine hüküm verildikten sonra hukukî işlemde bulunamazlar. Fakat burada hâkim tarafından hacrin sebebi ilân edilmelidir. Zira sefihin hacriyle borçlunun hacri arasında hüküm farkı vardır. Borçtan dolayı hacir yalnız mevcut mallar hakkındaki tasarruflarda etkili olur; hacirden sonra kazandığı mallar üzerinde bu kararın tesiri yoktur (Mecelle m. 1001). Halbuki sefahet nedeniyle verilen hacir kararı, mahcurun bütün mallarına şâmildir (467).

Nihayet, kamuya zarar vermeleri sebebiyle hacrolunan kimselerdir ki, burada hacirden maksat onların zararlı sahadaki faaliyetlerine son vermektir. Yoksa hukukî işlemlerden yasaklama (tasarrufatı kavliyeden men) değildir (Mecelle m. 964). Buna göre, bilgisizce fetva veren ve insanlara kaçamak yollarını öğreten (mâcin) müftü, cahil tabip ve kendisine ait devesi ve bunu satın alacak malı olmadığı halde deve kiraya veren sermayesiz nakliyeciye (mükari-i müflise) de hacir uygulanır. Ancak belirtmek gerekir ki, mâcin müftü, müflis mükârî ve cahil tabibin hacri hukukî anlamda hacir değil, bunlara çalışma yasağı konulması yani bir anlamda meslekten mendir (468).

B. Hacrin Kısımları

Hacir, gerek kendi mallarını muhafaza etmekten aciz olanları korumak, gerekse başkalarına zarar verme ihtimali bulunanların haksız ve zararlı davranışlarını önlemek maksadıyla lüzumlu görülmüş ve bu yolla kişinin bir takım hürriyetleri meşru ve mantıkı bir şekilde kısıtlanmıştır. Görüldüğü üzere hacir sebeplerinin bir kısmı mahcurun menfaatini, bir kısmı da mahcur dışındaki kişilerin menfaatlerini korumak amacıyla belirlenmiştir (469).

İyiyi kötüden, faydalıyı zararlıdan ayırt edemeyen çocuklara ve deliye hakları kullanma ehliyetinin tanınmayışı ve onların ancak kanuni temsilcileri aracılığıyla bu hakları kullanabilmeleri, öncelikli olarak bu kişilerin haklarını korumayı amaçlar. Aynı şekilde mümeyyiz küçüğün, malını ölçüsüzce harcayan sefihin ve iflas etmiş borçlu gibi kişilerin hukukî tasarrufta bulunma ehliyetlerinin belirli ölçüde kısıtlanması, bazen bu kişilerin bazen da başkalarının haklarını korumak için gerekli olabilir. Ancak bu ikinci grupta yer alan kısıtlama genel kurala getirilmiş bir

---

(467) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 33.

(468) Bkz. **DAMAD**, C. II, s. 441; **APAYDIN**, s. 514; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, s. 326.

(469) **GÖKMENOĞLU**, s. 118, 120.

istisna mahiyetinde olduğundan ârızî bir tedbir görünümündedir.

Bu sebeple hacrin üç derecesinden söz edilir. Birincisi, hukukî işlemin (tasarrufun) aslının engellenmesi olup (kuvvetli hacir) bu durumda o tasarruf hukukî varlık kazanmamış (bâtıl) sayılır; Mecelle m. 966 ve 979 hükmü gereği, gayrimümeyyiz küçüğün ve mecnûn-ı mutbakın bütün tasarrufları ile m. 967 gereği mümeyyiz küçüğün sırf zarar olan tasarrufları böyledir (470).

İkincisi, hukukî işlemin lüzum ve nefazının engellenmesi olup (orta hacir) bu durumda tasarruf hukukî varlık kazanmış (mün'akid) olur; fakat bağlayıcı ve nâfiz olabilmesi için ek bir işleme (izin veya icâzet) gerek vardır. Mümeyyiz küçük ve bu hükümde olanların (sefih, matuh) kâr ve zarar ihtimali bulunan tasarrufları bu gruba girer. Mahcur olan bu kişilerin söz konusu tasarruflarına kanuni temsilcileri dilerse icazet verir dilerse reddeder (471).

Üçüncü çeşit hacir ise (zayıf hacir), tasarrufun vasfının vasfına, yani nefazın derhal gerçekleşmesine engel olmaktır. Mecelle m. 1002 gereği, borç sebebiyle hacredilen kişinin başkasına borç ikrar etmesi durumunda derhal nâfiz olmasının engellenmesi yani hacir esnasında mevcut olan malları hakkında muteber olmaması böyledir (472).

Bir başka açıdan hacir, hükmî ve kazâî olmak üzere iki kısma ayrılır. Hükmî hacir, mahkeme kararına gerek olmaksızın kendiliğinden (zâten), yani şer'in muktezasınca mahcûr olanları (gayrimümeyyiz küçük, mümeyyiz küçük, mecnûn, matuh ve köleleri), kazâî hacir ise mahkeme kararıyla hacir altına alınanları (sefih, borçlu, müflis, cahil tabib gibilerini) ifade eder (473).

Mecelle'nin 957 nci maddesinde hükmî hacir anlamında kullanılan "zaten mahcur" ifadesinin, "ehliyetsiz" anlamında kullanıldığı da kabul edilebilir: "Sağîr ve mecnûn ve matuh zaten mahcurlardır". Bunlar için hacir kararı vermek gerekmez. Ancak Mecelle m. 958 gereği, "Sefih olan kimse, hâkim tarafından hacrolunabilir". Borçlu da alacaklıların talebi ile hâkim kararı ile hacrolunabilir (Mecelle m. 959).

---

(470) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, s. 325; **ZEBÎDÎ**, C. VII, s. 266-267; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 3.

(471) **ZEBÎDÎ**, C. VII, s. 267; **BİLMEN**, C. VII, s. 267; **APAYDIN**, s. 513.

(472) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 3; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, s. 325.

(473) **BİLMEN**, C. VII, s. 271; **APAYDIN**, s. 513.

Hükmî ve kazâî hacir ayırımına paralel olarak, aslî ve ârızî hacir ayırımı da yapılmıştır (474). Aslî hacir bizatihi mahcurlarda görülür; etkisi mutlak ve devamlı olmayıp hadiseye göre değişir. Borçluluk (deyn) ve sefeh olmak üzere iki sebebi bulunan ârızî hacir ise, hakimin kararıyla ortaya çıktığından etkisini mutlak ve sürekli olarak gösterir ve kaldırılmadıkça tasarrufun sıhhatı iddia olunamaz. Öte yandan bir kimsenin malvarlığıyla ilgili bütün tasarruflarının men edilmesi halinde küllî hacirden, belli mallarında hacredilmesi halinde ise cüzi hacirden söz edilebilir. Küllî hacrin iflasla, cüzi hacrin hacizle yakın bağlantısı vardır (475).

Eski hukukumuzda isteğe bağlı (ihtiyarî) hacir türü kabul edilmemiş; hacir sebepleri, talep hep başkalarından geldiği için hacredilen kişiye göre mecburî nitelikte görülmüştür (476).

C. Hacir Sebepleri

1. Genel Olarak

Reşit olan bir kimsenin temyiz kudretini kısmen veya tamamen kaybetmesi mümkündür. Böyle bir duruma düşen kimseleri tasarruflarında serbest bırakmak iki bakımdan doğru olmaz. Evvela kendi haklarını kullanamazlar, menfaatlerini koruyamazlar. İkinci olarak, toplumun intizamını bozarlar. Bu sebepten kanunlar, her devirde ve her yerde temyiz kudretini kaybeden kimseleri medeni hakları kullanma ehliyetinden mahrum ederler. Medeni hakları kullanma ehliyetinin hangi hallerde ortadan kalkacağını veya sınırlandırılacağını kanun belirlemiştir. Buna

---

(474) Günümüz hukukunda hacir, aslî ve ârızî hacir olmak üzere ikiye ayrılabilir. Gayrimümeyyizlerin mahcuriyeti hem hukuki işlemlerinin (kavlî tasarruflarının) hem de haksız fiillerinin (fiilî tasarruflarının) geçersiz olduğunu belirtir. Bunlardaki mahcuriyet hali aslîdir yani, gayrimümeyyizler bizatihi mahcurdurlar (hacir için mahkeme kararına gerek yoktur fakat ayrıca mahkeme kararı da alınabilir). Bunun gibi mümeyyiz küçükler (gayrireşitler) de bir çeşit mahcurdurlar; borçlandırıcı (iltizami) tasarruflarında bizatihi mahcuriyet söz konusudur. Bunlar da hakimin hükmüyle ayrıca hacredilebilir. Hakimin hükmüyle hacir, düzenliliği sağlayan ve bu noktadan üçüncü kişilere emniyet, güven veren hukukî bir tedbirdir. Demek ki, aslî hacirde mahcuriyet hükmü için hakim kararına gerek yoktur. Ârızî hacir de ise hakimin kararı aranır. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 390-391.

(475) **APAYDIN**, s. 513-514.

(476) Şimdiki hukukumuzda hacir, cebrî ve ihtiyarî olarak ikiye ayrılır. Kanunun belirlemiş olduğu sebeplerden birine (akıl hastalığı, akıl zayıflığı, israf, ayyaşlık, suihal, suiidare, bir sene veya daha fazla bir müddetle hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile mahkumiyet) dayanarak gerçekleşen hacir cebrî; kişinin bir vasî atanmasını hakimden istemesi ile gerçekleşen hacir ise ihtiyarî olmaktadır. İhtiyarî hacir, cebrî hacirde olduğu gibi belirli sebeplerin ortaya çıkmasıyla değil, hacir altına alınacak kimsenin talep ve rızasıyla olmaktadır. Hacrin cebrî veya ihtiyarî oluşu, mahcurun tasarruflarında uygulanacak kuralların değişmesini gerektirmez. Bkz. **TEKİNAY**, Aile, s. 647-651; **MARDİN**, C. II, s. 392-395.

hukukta hacir sebepleri denir (477).

Hacir sebepleri klasik literatürde, kişinin kendi yararını koruma sebebiyle hacir ve başkalarının yararını koruma sebebiyle hacir olmak üzere iki sebebe indirgenmiş; birinci grupta küçüklük, delilik ve sefihlik durumları ele alınmış, ikinci grupta da alacaklıların hakkı sebebiyle müflisin hacri, malının üçte birinden fazla teberruda bulunması durumlarında mirasçılarının hakkı sebebiyle hastanın hacri, efendisinin hakkı sebebiyle kölenin hacri ve rehin alanın hakkı sebebiyle rehin verenin hacrine yer verilmiştir.

Ebû Hanife ve İmam Züfer'e göre, hacrin üç sebebi vardır: "yaş küçüklüğü (çocukluk), akıl hastalığı (delilik) ve kölelik" (478). Ebû Yusuf, Muhammed ve Şafii'nin de aralarında bulunduğu hukukçuların çoğunluğu, bunlara ilaveten, sefeh, gaflet (eblehlik, aptallık) ve borçluluğu da hacir sebebi olarak belirtmişlerdir. Mecelle'de hacir bahsinde kölelikten söz edilmez.

Eski hukukumuz açısından, kişinin hacredilebilmesi için yedi sebebin kabul edildiği söylenebilir (479). Bunlar, kölelik, yaş küçüklüğü (sığar), akıl hastalığı ve akıl zayıflığı (cünûn ve ateh), gaflet, âmme zararı, borç ve sefehten ibarettir (480). Bunlardan yaş küçüklüğü, akıl has-

---

(477) **ARSEBÜK**, s. 275.

(478) **MEVSILÎ**, C. II, s. 94; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, s. 326.

(479) Bkz. **ŞENER**, Hacir, C. XXI, s. 345-356; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 24.

(480) Bugünkü hukukumuzda ise hacir sebepleri hem çoğaltılmış hem de çeşitlenmiştir. Bilindiği gibi, Medeni Kanuna göre hacir, vesayeti gerektiren hallerdendir. Vesayeti gerektiren diğer haller, küçüğün velisinin olmayışı, velilerin ölümü veya velayet hakkını kullanamama, yahut kötüye kullanmaları dolayısı ile velayet hakkının alınmış olması durumudur (TMK.m.354). Hacir sebepleri ise şunlardır: a. akıl hastalığı veya akıl zayıflığı (TMK.m.355), b. israf, c. ayyaşlık, d. su-i hal (kötü durum, kötü ahlak), e. su-i idare (kötü yönetim, malı düzgün idare edememe) (TMK.m.356), f. bir yılı aşan hapis cezası (TMK.m.357). Bu kısıtlama sebepleri, kısıtlanacak olanın isteğine bağlı değildir. Sadece, akıl hastalığı ve akıl zayıflığı veya mahkumiyet dışındaki sebeplerle hacredilecek kimsenin de hakim tarafından dinlenmesi gerekir (TMK.m.359). Akıl hastalığı ve akıl zayıflığı durumunda, ancak bilirkişi raporunda "dinlenmenin yararlı olacağı" belirtilmiş ise kısıtlanacak kişi dinlenir (TMK.m.359/son). Savurgan, ayyaş, râbıtasız veya pinti kişinin hacredilebilmesi için, "kendisini veya ailesini zarurete maruz bırakması, veya akıl hastalığı ve akıl zayıflığında olduğu gibi, sürekli bakım ve gözetime muhtaç olması veya başkasının güvenliğini tehlikeye sokması" gerekir (TMK.m.356). TMK.m.357'de, bir yıl veya daha fazla süreli hürriyeti bağlayıcı ceza kısıtlama sebebi kılınmıştır. TCK.m.33 gereğince ise, beş yıldan fazla ağır hapis cezasına mahkum olanlar için, hacir kararı alınmasına da gerek yoktur. Sulh Mahkemesi bunlar için hacir kararı vermez ve doğrudan doğruya vasî tayin eder.

Bu zorunlu hacir sebeplerinden başka bir de "ilgilinin talebi" ile isteğe bağlı hacir sebebi kabul edilmiştir. TMK. m. 358, yaşlılık, sakatlık ve tecrübesizlik gerekçesiyle isteğe bağlı (ihtiyari) kısıtlamaya yer vermiştir. Başka bir deyişle, yaşlılığı malüllüğü veya tecrübesizliği sebebiyle işlerini gereği gibi görmekten âciz olduğunu ispat eden her reşit, vesayet altına alınmasını talep edebilir. Geniş bilgi için bkz. **AKINTÜRK**, Aile Hukuku, s. 383 vd.; **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 51-55; **TEKİNAY**, Aile, s. 647-653.

talığı (delilik) ve akıl zayıflığı (bunaklık) durumunda, hâkim kararına gerek kalmadan hacir gerçekleşmiş olur. Sefih ve borçlular ise ancak hakimin hükmünden sonra mahcur olurlar (481).

Bu sebeplerden ittifakla kabul edilenler, kölelik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı ve kamuya zarar verme; ihtilaf edilenler ise, sefihlik, eblehlik (aptallık, gaflet) ve borçluluktur (482). Demek ki, genel olarak hacredilmiş kişi, ya reşit olmayan bir yetim çocuktur veya akıl hastasıdır ya da sefihtir (483). Bu sebeplerden birinin varlığı halinde kişilerin yaptığı hukukî işlemlerin bir kısmı hükümsüz; bir kısmı ise, kanuni temsilcilerinin izin veya icazetleri ile geçerli olabilir (484).

2. Borçluluk ve İflâs

a. Anlamı

Borç, doktrindeki çoğunluğa (Ebû Hanife ve Zahiri hukukçuların dışındakilere) göre hacir sebebi olarak kabul edilir. Ebû Hanife ise, sefihte olduğu gibi burada da borçlu ve müflisin sırf bu sebeple kısıtlılık altına alınamayacağı kanaatindedir (485). Ebû Hanife, kısıtlılığı kişinin haysiyetini zedeleyici bir davranış olarak görür ve bu sebeple ona karşı çıkar. Hatta, "alış veriş ancak karşılıklı rıza ile olur" ilkesinden hareket ederek borçluya ait malların hâkim tarafından el konulup alacaklılara dağıtılmasına da bu açıdan karşıdır. Ona göre bu durumdaki borçlu, kendi rızası ile mallarını tasfiye edip alacaklıların hakkını ödeyinceye kadar hâkim tarafından hapse atılabilir. Zahiri ekolü de aynı görüştedir (486). Demek ki borçluluk ve iflas hali, üzerinde ihtilaf

---

(481) **ŞENER** Abdülkadir, İslâm Hukukunda Hacir, AÜİFD, C. XXII, Ankara 1978, s. 333.

(482) Bkz. **ŞENER**, Hacir, C. XXII, s. 333, 346; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 24; **DAMAD**, C. II, s. 438; **KÂSÂNÎ**, C. VII, s. 169; **ÜSTÜRÜŞİNİ**, s. 218-219.

(483) Sefih, hacir sebepleri arasına ancak hicretin birinci asrından ikincisine geçildiği sırada eklenmiştir. Gerçekte daha sonraki teknik anlamda olmamakla beraber Kur'ân'da sefihten söz edilir; ve Mücahid ve Katade gibi eski Kur'an şârihleri bu tabirden, sadece kadınları ve çocukları veya bu ikisinden birini anlamışlardır. Taberi ise, uzun açıklamalarla bu tefsire karşı çıkıp, bu kavramı "mülkünü kaybetme, israf etme ve mülküne kendisi tarafından verilecek zararları ve kötü idaresi sebebiyle tahdide (hacir) ihtiyacı olanlar" şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. **HEFFENING**, Vilayet, İA, C. XIII, İstanbul 1993, s. 317.

(484) **ŞENER**, C. XXII, s. 332 vd.

(485) **EBÛ ZEHRA**, Ebû Hanîfe, s. 381; **MEVSILÎ**, C. II, s. 98; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 73; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 27.

(486) **SERAHSÎ**, Mebsût, C. XXIV, s. 163.

edilen hacir sebeplerinden biridir (487).

Eski hukukumuzda borç, miktarı ne olursa olsun kişinin belirli mallarına değil zimmetine ilişmiş sayıldığı için, borçlu kendine ait mallarda, kural olarak, istediği gibi tasarruf edebilir. Servetini aşan bir borç batağına düşmüş olan kişinin bile, başarılı bir ekonomik faaliyet sayesinde iflas noktasından kurtularak büyük servet toplayabileceği düşünülebilir. Fakat, zamanla borçlu olan kişiler bu boşluktan yararlanarak alacaklılardan mallarını kaçırma yolunu tutmuşlardır. Bunlar, mallarını hayır kurumlarına vakfetmek, yakınlarına ya da sevdiklerine bağışlamak veya alış verişte aşırı fedakarlık yapmak suretiyle alacaklıların hakkını tahsil etme imkanını ortadan kaldırmışlardır. İşte bu nedenle, eski hukukumuzda ihtilaflı da olsa, borçlunun (müflisin) kısıtlanmasının istenebileceği kabul edilmiştir (488). Hatta, kısıtlama istenilmese bile yapılan tasarrufların geçersiz olduğunu ileri süren hukukçular da vardır (489).

Mecelle'nin de esas aldığı ve Hanefilerden Ebû Yusuf ve İmam Muhammed ile Şafii, Maliki ve Hanbeli hukukçular tarafından ileri sürülen görüşe göre, iflas eden borçlunun hacredilmesi hakimden istenebilir ve ona ait mallar hâkim tarafından satılarak borçlar ödenir (490).

Borç sebebiyle hacir, alacaklıların korunması düşüncesine dayandığından hakimin borçluyu hacir altına alması için alacaklıların talebi şarttır. Mecelle bu hususu 959 uncu maddesinde belirtmiştir: "Medyûn dahi guremanın talebi ile hâkim tarafından hacrolunabilir". Borçlunun hacredilmesinin sebebi, borçlunun malvarlığına ilişkin olarak yaptığı alım satım ve hibe gibi tasarruflar sonucu alacaklılara zarar vermesinin önlenmesidir (491).

---

(487) Türk hukukunda, tüccar olan ve tüccar olmayan borçlular arasında ayırım yapılarak iflas durumu ile ilgili özel kanunlar çıkarılmıştır. Ürdün ve Irak gibi birçok İslâm ülkesi de bu şekilde ayırım yapan hukuk sistemini tercih etmişlerdir. İngiliz hukuku ise, İslâm hukukunda olduğu gibi tüccar olan ve olmayan müflis borçlular arasında ayırım yönüne gitmemiştir. Bkz. **KARAMAN**, Mukayeseli, C. II, s. 121.

(488) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, s. 347; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 249.

(489) Bkz. **İBN ÂBİDÎN**, C. V, s. 95-96; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 193.

(490) Bu görüşün gerekçesi olarak, Hz. Peygamber ve sahabilerin uygulamaları gösterilmiştir. Örneğin, iflas durumuna düşen sahabi Hz. Muaz'ın bütün mallarını, Hz. Peygamber satmış ve alacaklılar arasında dağıtmıştır. Hatta, satılan bu malların, borçların ancak 5/7 sini karşılayabildiği belirtilmiştir. Yine, Hz. Ömer, aynı uygulamayı Üseyfi adlı kişi hakkında yapmak istediğinde hiç bir sahabinin itiraz etmediği belirtilmiştir. Böyle bir durumda kısıtlılık, sadece ödeme zamanı gelmiş borçlar için konulabilmektedir. Bkz. **BUHÂRÎ**, s. 374-375; **İBN RÜŞD**, s. 426.

(491) **SERAHSÎ**, Mebsût, C. XXIV, s. 164; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 27.

Borçlunun (medyûnun) hacredilebilmesi için öncelikle iflasına karar verilmelidir. Hâkim, önce borçlunun iflasına hükmetmeli, sonra bu iflas kararına dayanarak kişiyi hacretmelidir. Eğer borçlunun iflasına hükmedilmeden önce kişi hacredilirse bu hacir, doktrindeki görüş birliğine göre, geçerli değildir (492).

Eski hukukumuzda borçlunun hacredilmesi uygulaması Tanzimat'tan sonra teorik plânda olmasa bile, uygulamada ortadan kalkmıştır (493).

b. Türleri

Borcun hacir sebebi olmasında mumatala (borcun vadesinde ödenmeyip geciktirilmesi) veya iflas durumlarından birinin gerçekleşmesi gerekir. Ödeme imkanı varken ödenmeyip de borcun geciktirilmesi halinde alacaklılar hâkime müracaatla borcunu geciktiren kişiyi (mumatılı) hacrettirebilecekleri gibi, borçları malvarlığına eşit veya daha fazla olan olan müflisi (iflas eden kişiyi) de hacrettirebilirler (494). Başka bir ifadeyle borçlu, gerek borcu malvarlığından fazla veya eşit olacak şekilde müflis olsun gerekse müflis olmasın her iki şekilde de hâkim tarafından alacaklıların talebiyle hacredilebilir. Her iki halde de borç sebebiyle hacir görüşü, Ebû Hanife tarafından değil, Ebû Yusuf ve Muhammed tarafından kabul edilmiştir (495).

Görüldüğü üzere borç sebebiyle hacir, ya borçlunun borcunu imkanı varken ödememesi (temerrüdü) şeklinde ya da borçlarının malvarlığına eşit veya daha fazla olması anlamında iflası şeklinde olur.

aa. Borçlunun Temerrüdü

Borç sebebiyle hacrin ilk şekli, "matlu'l-ganî" olarak da adlandırılan ödeme gücü bulunduğu halde borcun geciktirilmek suretiyle ödenmemesi durumudur. Borçlunun temerrüdü olarak da isimlendirilen bu hal, borçlunun borcunu imkanı varken ödememesi, ödemekten kaçınması ve ödemeyi sürekli geciktirmesini ifade etmektedir. Bu durumda borçlu, müflis değildir,

---

(492) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 27.

(493) **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 26-27.

(494) **MARDİN**, C. II, s. 396.

(495) **SERAHSÎ**, Mebsût, C. XXIV, s. 163 vd.; **KÂSÂNÎ**, C. VII, s. 169; **MEVSILÎ**, C. II, s. 98.

yani borcunu ödeyebilecek durumda olduğu halde borcunu ödememektedir (496).

Borçlunun temerrüdü halinde hakim tarafından hacredilebilmesi için, temerrüdün kesinleşmesi (hâkim tarafından bilinmesi) ve alacaklıların borçlunun mallarının satılarak borçlarının ödenmesini talep etmeleri şarttır. Fakat Ebû Hanife'ye göre böyle bir durumda bile hacir caiz değildir; hâkim medyunu ancak cebir ve hapis ile tazyik eder (497).

Mecelle m. 998'e göre, "Medyûnun kudreti varken deyninin edasında mumâtale eylediği nezd-i hâkimde zâhir olup da dâinleri dahi malı satılarak deyninin tediyesini hakimden talep ettiklerinde hâkim anı hacreder. Ve kendisi malını satıp da deynini ifadan imtina ettiği takdirde hâkim anın malını satıp deynini tediye eyler. Şöyle ki medyûn hakkında bey'i ehven olandan bed'i ile sonra da bu tertib üzere ehveni takdim ederek ibtida nukudundan başlayıp vefa etmezse uruzunu ve uruzu dahi vefa etmezse akarını satar". Bu madde gereğince borçlunun hacri için, öncelikle alacaklıların talepleri, sonra da borcun kesinleşmiş borç olması gerekir. Yoksa daha kesinleşmemiş ve dava konusu olan bir borç için bu anlamda hacir kararı alınması mümkün değildir (498).

Hacir kararından sonra ise şu sıra izlenir. Eğer borçlu, malını kendisi satıp da borcunu ödemekten kaçınırsa, hâkim, rehnedilmiş veya kiraya verilmiş olsa bile her tür malını az bedelle de olsa satmaya hapisle zorlar. Bu zorlama sonucunda yine borçlu borcunu ödemekten kaçınırsa hâkim onun malını satıp borcunu öder (499).

bb. Borçlunun İflası

Borç sebebiyle hacrin ikinci şekli ise, "iflas" halidir. İflas, bir kimsenin malı tükenip muhtaç olması, mallarının fülüse (yani pula, mangıra, paraya) çevrilerek elinde malının kalmaması (sıfrul-yed kalması) demektir. Böyle kişiye müflis; bu kişinin iflasına hâkim tarafından karar

---

(496) **ATAR**, İcra, s. 59-60.

(497) Ebû Hanife'ye göre ise, borçlu hacredilmez. Alacaklılar borçlunun temürrüdünden (mumatalasından) dolayı hapsedilmesini isterlerse hâkim, borçluyu hapseder. Borçlunun nakit parası varsa ve borç da nakit para cinsinden ise hâkim borçlunun izni olmasa da bu para ile ödemede bulunur. Borçlunun dirhem parası olup, borç dinar para olarak verilecekse veya durum bunun tersi ise hâkim borç için değişik parasını satar. Bunun için eşyasını ve akarını satılığa çıkarmaz. İmam Muhammed ve Ebû Yusuf'a göre, bunlar da satılığa çıkarılır ki, fetva buna göredir. Bkz. **SERAHSÎ**, Mebsût, C. XXIV, s. 163 ; **MEVSILÎ**, C. II, s. 98; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 73; **ATAR**, İcra, s. 60-63.

(498) **REŞİD PAŞA**, C. V, s. 210; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 89-90.

(499) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 90-91; **REŞİD PAŞA**, C. V, s. 209-210; **ATAR**, İcra, s. 61-62.

verilmesine de teflis denir" (500). İflas durumunda borç, borçlunun malvarlığına eşit veya malvarlığından fazladır.(501). Bu açıdan, malı olmakla birlikte ağır borç yükü altında bulunma durumu da iflas olarak değerlendirilir (502).

Mecelle'nin 999. maddesine göre, "Medyûn-ı müflis yani düyunu malına müsavi yahut ezyed olup da gureması ticaretle malının zayi olmasından veyahut malını kaçırmasından veya aharın üzerine geçirmesinden havf ile hakime müracaat ederek malında tasarruftan yahut ahara borç ikrarından hacr olunmasını talep ettiklerinde hâkim ol kimseyi hacreder. Ve emvalini satıp esmânını beynel-gurema taksim eyler. Fakat kendisine bir ya iki kat elbise terk olunur. Şu kadar ki ol medyunun kıymetli elbisesi olup da mâdûnu ile iktifa kabil olursa ol elbise dahi satılıp semeninden kendisine bir kat ucuz elbise alınarak bâkîsi guremaya verilir. Kezalik bir konağı olup da mâdûnu ana kifayet ederse ol konak satılıp semeninden haline münasib bir mesken alınır ve bâkîsi guremaya i'ta olunur".

Görüldüğü üzere, alacaklılar, borcu malvarlığına eşit veya daha fazla olan borçlunun mevcut malvarlığını ya ticaret yoluyla kaybetmesinden ya da malını kaçırmasından veya başkasının üzerine geçirmesinden endişe ederlerse bu kişinin hacredilmesini isteyebilirler. Bu takdirde borçlunun, malında tasarruf etmesinin veya borç ikrarında bulunmasının ya da "telcie" (muvazaalı akit yapmak) yoluyla malını bazı mirasçılara aktarmasının önüne geçilmiş olur. İflas nedeniyle hacirde, hapis şartı aranmaz; borçlunun hapsinden önce de sonra da hacri mümkündür (503).

c. Ehliyete Etkisi

Borçlu mahcur olmakla medeni haklardan yararlanma ve onları kullanma ehliyetini kaybetmiş olmaz. Sadece elinde mevcut haczi caiz mallarında özellikle alacaklılara zararlı olacak tasarruf ehliyeti, tasarruf yetkisi elinden alınmış ve kısıtlanmış olur (504).

---

(500) **BİLMEN**, C. VII, s. 269; **ATAR**, İcra, s. 63.

(501) Mecelle'ye (bu arada Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre) borçlunun serveti ile borçları eşit olduğu takdirde, kısıtlılığı istenebildiği halde; diğer ekoller, bunu mümkün görmezler; borçların mutlaka serveti aşması gerektiği görüşündedirler. Bkz. **İBN KUDÂME**, C. IV, s. 485; **İBN RÜŞD**, s. 280, 324; **KÂSÂNÎ**, C. VII, s. 169; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. II, s. 121-123; **ATAR**, İcra, s. 60, 63-64.

(502) Müflisin hiç malvarlığı yoksa, müflis hapsedilmez, serbest bırakılır ve alacaklılar müflisi devamlı takip ederler. Ancak alacaklılar, müflisi tasarruflarından ve yolculuktan alıkoyamazlar. Sadece fazla kazancını alıp aralarında hisselerine göre taksim ederler. Bkz. **MEVSILÎ**, C. II, s. 99; **ATAR**, İcra, s. 227-249.

(503) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 92-93.

(504) Bkz. **SERAHSÎ**, Mebsût, C. XXIV, s. 163; **İBN ÂBİDÎN**, C. V, s. 95-96; **ATAR**, İcra, s. 369.

Mecelle m. 1001'e göre, "Deyn için hacr ancak medyûnun vakt-i hacirde mevcud olan malına tesir eder; amma ba'del-hacr eline geçen mala tesiri olmaz". Maddeden de anlaşılacağı üzere, hacredilen kimse yeni mallar kazanmış ise, Hanefi ve Maliki fikhına göre, hacir kararının hükmü bu karardan sonra kazanılan mallara etkili olmaz (505). Buna karşılık, Şafii ve Hanbeli fikhına göre, sonradan herhangi bir şekilde kazanılan mallarda da hacir hükmü cereyan eder ve alacaklılara zarar veren muameleler yapılamaz (506). Hacir kararından önce yapılan muameleler için kural olarak bir "iptal davası" söz konusu değildir (507).

Hacredilen borçlunun tasarrufları, geçerli olup olmama yönüyle, geçersiz (gayri nâfiz) hukuki işlemleri, geçerli (nâfiz) hukuki işlemleri olarak iki kısma ayrılabilir.

aa. Geçersiz Hukuki İşlemleri

Mahcur borçlunun geçersiz olan hukuki işlemleri, hacri anında elinde mevcut olan mallarında başkasına lehine yapacağı hibe, vakıf gibi teberru niteliğindeki tasarruflarla (508), emsal bedelinden eksiğine yaptığı satım akitleridir (509).

Mecelle'nin 1002. maddesi de, hacredilen borçlunun geçersiz olan hukuki işlemlerini belirtmiştir: "Hibe ve sadaka ve semen-i mislinden noksanına mal satmak gibi her ne ki guremânın hakkını iptale müeddi ola, hacr onda müessir olur. Binaenaleyh medyûn-ı müflisin hukuk-ı guremaya muzır olan ukudu vesâir tasarrufat ve teberruâtı vakt-i hacirde mevcud olan emvali hakkında muteber olmaz.... Ve başkasına borç ikrar ettikde vakt-i hacirde mevcud olan emvâli hakkında muteber olmaz...". Şu halde borç nedeniyle hacredilen kimse, bağışlama, vakıf kurma, hileli satış, rayiç bedelden düşük bir bedelle satış gibi alacaklılarının zararına olan hukukî işlemleri yapamaz. Ancak alacaklıların işleme muvafakat

---

(505) **İBN ÂBİDÎN**, C. V, s. 95-96; **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 103.

(506) **HÂTEMÎ**, Vakıf, s. 93.

(507) Malikilere göre, alacaklılara zarar veren ve kötü niyetle yapılan muameleler, hacir kararından önce yapılmış olsalar bile, iptal edilebilir. Mecelle m. 1001, 1002 de, hacir kararının sonradan kazanılan mallara etkisini, Hanefi mezhebine uygun olarak bir çözüme bağlamıştır. Buna göre, borç için hacr ancak borçlunun hacir anındaki malvarlığında, sefeh için hacir ise sefihin bütün mallarında etkilidir. **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 73.

(508) İmam Malik, Hanbeli hukukçulardan İbn Teymiye ve İbn Kayyım'a göre de, borçlunun başkaları lehine karşılıksız kazandırma teşkil eden hukukî işlemleri, baştan itibaren geçersizdir. Bkz. **MAHMESÂNÎ**, C. II, s. 148-149.

(509) Malikilere göre, borçlunun hacirden sonra yaptığı alım satım gibi tasarrufları, hâkimin iznine bağlıdır. Hanefilere göre ise, mahcur borçlunun alım satımla ilgili tasarrufları alacaklıların zararına ise geçersizdir. Bkz. **ATAR**, İcra, s. 391.

vermeleri işlemin geçerli olmasını sağlar. Alacaklının zararına olmayan, değerinden fazlaya satış gibi muameleler ise, geçerlidir.

Malikilerle Hanbelilerin son dönem hukukçuları, hacir olmazsa bile iflaslı borçlunun tasarruf yetkisinin sınırlı olduğu ve alacaklıların kabul etmesine bağlı bulunduğunu ileri sürmüşlerdir. Hatta, Kanuni ve İkinci Selim zamanlarında şeyhülislam bulunan Osmanlı hukukçusu Ebussuud Efendi bile bu görüşe uyarak bu yönde bir padişah fermanı çıkartmıştır (510). Gerçi, bu yöndeki hüküm, o zaman çok yaygın olan vakıf için söz konusu olmuştur, fakat sonraki hukukçular, bu hükmü vakıf dışında, alacağa zarar verici nitelikte olan bütün işlemlere, gerekçeler aynı olduğu için, teşmil ettirmişlerdir. Doktrindeki çoğunluğa göre, hacredilmemiş olan borçlunun vakfının sahih olması gerekirken, Ebussuûd Efendi, bazı şartlar altında, borçlu olan bir kimsenin yaptığı vakfin feshine de imkan tanımış ve bu yolda ferman çıkarttırmıştır. Sultana arz ettiği «marûzât»ında (511), hacredilmeyen bir borçlunun vakfi, eğer vakıf alacaklılardan mal kaçırmak düşüncesiyle gerçekleştirilmiş ise, sahih olmaz. Hakimler de, bu vakfi tescil etmekten yasaklanmıştır: "Zeyd-i medyun hâl-i sıhhatinde dâyinlerinden kaçırub cümle emlâkini evlâdına vakfeylese vakf-ı mezbûr sahih olur mu? el-Cevab: Sahih ve lâzım olmaz. Deyne meşgul olan miktarı mâl-ı medyûndan vakfiyyetine hüküm ve tescilden kuzât memnûlardır (512)". Şu halde, sağlığında bir gayrimenkulünü vakfeden fakat teslim ve tescil yaptırmayan kimse, borçları terekesinden (aktif) fazla olduğu halde ölürse, alacaklılar vakfi feshedebilirler (513).

bb. Geçerli Hukuki İşlemleri

Hacredilen borçlunun geçerli hukuki işlemlerinden ilki, hibe kabul etmesi gibi salt yararına olan tasarruflardır. Diğeri, emsal değerinden eksik olmayan satım akti gibi ivazlı tasarrufları (514), bir başkası ise, hacredilen borçlunun hacirden sonra elde ettiği mallarda yaptığı tasarruf-

---

(510) Bkz. **AKGÜNDÜZ** Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri, C. IV, İstanbul 1992, s. 47; **AKGÜNDÜZ**, Vakıf, s. 120-121; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 193-194.

(511) Marûzât hakkında geniş bilgi ve marûzâtın tam metni için bkz. **AKGÜNDÜZ**, Osmanlı Kanunnameleri, C. IV, İstanbul 1992, s. 31-75.

(512) **AKGÜNDÜZ**, Osmanlı Kanunnameleri, C. IV, s. 47; **AKGÜNDÜZ**, Vakıf, s. 120-121.

(513) **HÂTEMÎ**, Vakıf, s. 92, dn. 26.

(514) Hanefilere göre, mahcur borçlunun malını, değerinden daha ucuz bir fiyata satması halinde satım akdi geçersiz; değerinde veya daha yukarı bir fiyatla satması halinde ise geçerlidir. Bir alacaklına, menkul veya gayrimenkullerinden birini borcu karşılığında satması da mümkündür. İki veya daha fazla alacaklı-

larla borç ikrarlarıdır (515). Son olarak da, feshedilemeyen veya hezl (latife beyanı veya muvazaa) ile bâtıl olmayan evlenme ve boşama gibi tasarruflarıdır. Örneğin borç sebebiyle hacredilmiş kişi, mehr-i misil karşılığında bir evlenme akdedebilir. Eğer mehir mehr-i müsemma olarak belirlenmiş ve bu da mehr-i mislinden fazla ise, mehr-i misil verilmesi gerekir. Aradaki fark, hacir kalktıktan sonra kazanılan maldan ödenir (516).

Mecelle'nin 1002. maddesi, "...medyûn-ı müflisin hukuk-ı guremaya muzır olan ukudu vesâir tasarrufat ve teberruâtı ...ba'del-hacr iktisab eylediği emvali hakkında muteber olur. Ve başkasına borç ikrar ettikde ba'de zevâlil-hacr muteber olur ve ol vakit edâ eylemek üzere medyun kalır ve bir de ba'del-hacr mal kazanırsa andan verilmek üzre nâfiz olur" demek suretiyle, hacredilen borçlunun, alacaklıların hakkına zarar vermeyen tasarruf ve teberrularını, hacirden sonra iktisap ettiği malvarlığı üzerinde yapılmışsa, geçerli saymış; borç ikrarlarının da hacrin kaldırılmasından sonraki malvarlığında geçerli olacağını belirtmiştir. Başka bir deyişle, mahcur borçlunun hacir anındaki malından başkasına yapacağı borç ikrarı, hacre karar verildikten veya hacir kalktıktan sonra kazanacağı mallarında geçerlidir (517).

D. Hacirde Usul

Mecelle'nin 962 nci maddesine göre, hacredilecek kimsenin mahkemede bulunması (huzuru) şart değil, sadece hacredildiğinin kendisine bildirilmesi yeterlidir: "Hâkim tarafından hacri murad olunan kimsenin huzuru şart olmayıp gıyaben dahi hacri sahih olur. Fakat haber-i hacrin ol kimseye vusûlü şarttır. Hacr olunduğu haberi kendisine vasıl olmadıkça münhacir olmayıp ol vakte kadar vaki olan ukûd ve ikrârı muteber olur". Karar esnasında, hacredilecek kimsenin bulunması şartının aranmamasındaki sebep, hacrin, bir yönüyle kaza (hüküm), bir yönüyle de fetva olmasıdır. Hüküm olması, salt borç sebebiyle mahcur olmayıp hakimin kararının da gerekli olmasındandır. Fetva olması ise, söz konusu hacirde ikrar ve inkarın bulunmamasındandır. Bu niteliğiyle, bugünkü ifadeyle, "ihtilafsız kaza"ya benzemektedir. Gerçekten hacir hükmü, duruma göre her zaman

---

sı bulunan bir borçlu ise, alacaklılardan sadece birine kıymeti üzerinden malını satabilir. Bkz. **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 98.

(515) **DAMAD**, C. II, s. 427; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 99.

(516) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 27-28; **DAMAD**, C. II, s. 427; **MARDİN**, C. II, s. 422.

(517) **İBN KUDÂME**, C. IV, s. 490; **DAMAD**, C. II, s. 427.

kaldırılabilir (518).

Kişi, hâkim kararıyla hacredildikten sonra, hacir sebebinin ilan edilmesi, halka duyurulması gerekir: "Sefih ve medyun hâkim tarafından hacrolundukta sebebi nâsa beyan ile işhad ve ilan olunur." (Mecelle m. 961). Burada halka öncelikle, hacrin sefehten dolayı mı borçtan dolayı mı yapıldığı bildirilecektir. Zira hacr borç sebebiyle hacir ise, mahcurun mevcut malvarlığı üzerinde etkili olacağı için, hacirden sonra elde edilen malvarlığı üzerinde hacir söz konusu olmaz ve bunun için de tasarrufları geçerli olur (519). Halka duyurulacak ikinci husus ise, eğer borçtan dolayı hacredilmişse hangi alacaklının talebi sonucu hacredildiğidir. Çünkü, hacir talebinde bulunan alacaklının, hakkını alması veya mahcuru ibra etmesiyle kişinin mahcuriyeti sona erer (520).

§ 7. FİİL EHLİYETİNE GÖRE KİŞİLER

Köleliğin kaldırılmasından sonra herkes hak ehliyetine sahip bulunduğu için, ehliyet sözcüğü fiil ehliyetini ifade etmek üzere kullanılmıştır. Klasik tasnifte "tam fiil ehliyeti" ve "eksik fiil ehliyeti" olarak ikiye ayrılan fiil ehliyeti (521), tam ehliyetlilik, eksik ehliyetlilik ve tam ehliyetsizlik ayrımına tabi tutulabilir.

Tam ehliyetsizliğin ehliyet tasnifi içerisinde yer almamasının sebebi, kişiler açısından ehliyetin hukukî işlem yapabilme durumu gibi olumlu bir statüyü belirtmesi, bunun dışında kalanların ehliyetsiz olarak nitelendirildiğinin kabul edilmesidir. Demek ki fiil ehliyeti, kişide ehliyetin bulunduğunu gösteren bir durumdur ve bunun bulunmaması halinde fiil ehliyetsizliği söz konusu olur.

Şafii hukukçular, fiil ehliyetini bir bütün olarak kabul ederler ve tam-eksik ehliyet ayırımına yer vermezler. Bu açıdan kişi ya ehliyetli ya da ehliyetsizdir. Tam ehliyetlilik temyiz kudreti, reşit olarak bulûğa erme ve mahcur olmama şartlarının bir arada bulunmasıyla elde edilir. Bunun sonucu olarak da eksik ehliyetli kabul edilen mümeyyiz küçüğün, resen veya velisinin

---

(518) Bkz. **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 33; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 73.

(519) **REŞİD PAŞA**, C. V, s. 181; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 32-33.

(520) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 33.

(521) **BUHÂRÎ**, s. 248; **HACI ÂDİL**, s. 511; **SEYDİŞEHRÎ**, Usûl, s. 471.

izniyle yaptığı bütün işlemleri geçersizdir (522). Çünkü onlar, kişi tam ehliyetli değilse tam ehliyetsizdir görüşündedirler ve eksik ehliyetliliği kabul etmezler. Bu anlamda Şafii hukukçular açısından kişiler, "ehliyetliler ve ehliyetsizler" şeklinde ikili bir sınıflandırmaya tâbi tutulmuşlardır (523). Ancak eski hukukumuzda ehliyet açısından kişi kategorilerini, "tam ehliyetliler, eksik ehliyetliler ve tam ehliyetsizler" şeklinde (524) üçlü bir sınıflandırmaya tâbi tutmak mümkündür (525).

I. TAM EHLİYETLİLER

A. Tam Ehliyetlilik Kavramı

Fıkıh kitaplarında "ehliyet-i edâ-i kâmile" olarak belirtilen tam ehliyetlilik durumu, kişinin bütün medeni hakları kullanabileceğini ifade eder. Tam ehliyetliler, "mümeyyiz", "reşit" ve "mahcur (kısıtlı) olmayan" kişilerdir (526). Bunlarda, iki olumlu şart ve bir olumsuz şart bulunmaktadır.

Tam ehliyetliliğin mümeyyiz olmaktan sonraki şartı olan reşit olma, aklî olgunluğun yeteri derecede geliştiğini tespit açısından önem taşır. Aklî olgunluğun en ileri seviyesi olarak kabul edilen rüşt için belirli bir kritere de kesin ihtiyaç vardır. Bu kriteri ortaya koyma açısından hukuk sistemleri üç tür ölçüt kabul etmişlerdir.

Bunlardan ilki, "bulûğ" doğal olayını kriter olarak kabul etmektir. Romalılar bu kriteri

---

(522) Bu ayırımın tek istisnası, İmam Şafii'nin, mümeyyiz çocuğun vasiyetini geçerli görmesidir. Bkz. **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 186; **SENHÛRÎ**, C. IV, s. 181; **ÇEKER**, Çocuk, s. 74, 78-79; **GAZÂLİ**, s. 121.

(523) Bugünkü hukukumuzda bir kimseye ehliyetli diyebilmek için önce bu kimsede şu üç şartın bulunması gerekir: Temyiz kudreti, rüşt ve mahcur olmama. Bu üç şarttan biri bulunmayan kişiye ehliyetli denilemez. Mutlaka ehliyetsiz diye nitelemek gerekir. Mahdut ehliyetli, mümeyyiz, reşit ve kısıtsız olmasına rağmen kendisine kanuni müşavir (yasal danışman) atanan kimse; buna karşılık mahdut ehliyetsiz ise mümeyyiz olmasına rağmen ya küçük olan, yahut hacir edilmiş bulunan kimsedir. Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 35-40.

(524) Alman hukukunda da, tam ehliyetlilik, tam ehliyetsizlik ve sınırlı ehliyet ayırımı yapılmaktadır. Bkz. **HÂTEMÎ**, İslâm Hukuku, s. 60.

(525) Günümüz hukukunda bir görüşe göre de, kişiler, hukukî muamele ehliyeti bakımından, tam muamele ehliyeti-tam olmayan muamele ehliyeti ayırımına tabi tutulmakta; tam olmayan muamele ehliyeti için de tam muamele ehliyetsizliği ve sınırlı muamele ehliyeti tasnifi yapılmaktadır. Bkz. **ÖZSUNAY**, Kişiler, s. 48, dn. 53; **SCHWARZ**, Medeni Hukuk, s. 182-185.

(526) **HÂTEMÎ**, İslâm Hukuku, s. 60.

kabul ettikleri gibi fıkıh da bunu ön şart olarak esas almıştır. Mecelle'ye göre de tam ehliyetin kazanılması yani kişinin reşit olması ancak bulûğa ermesiyle birlikte söz konusu olabilir. Mecelle, akl-ı kamil devresi olarak nitelenen rüşt dönemi için de belirli bir yaş kabul etmiş değildir. Rüşt için bulûğa itibar ederek bulûğdan evvel rüştün yokluğunu ve bulûğdan sonra da rüştün varlığını esas almıştır. Fakat Mecelle, küçüklük sınırının sonu olan bulûğun tespiti açısından, ihtilam ve ihbal (gebe bırakmak) ve hayız ve habil (gebe kalmak) gibi ölçütleri getirmiş ve bu belirtilerin ortaya çıktığını iddia edebilmek için bulûğ yaşının başlangıcını ve sonunu tespite gerek duymuştur. Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'in görüşlerinin esas alındığı bu tespit de, bulûğun başlangıç yaşının erkekte 12, kızda 9; son sınırın ise her ikisinde 15 yaş olduğudur.

Rüştün tespitindeki ikinci kriter ise, "bedeni kuvvet ve kudretin olgunlaşması"nı ölçü olarak almaktır. Başka bir deyişle, ne vakit bir insanda savaşma ve dövüşme gücü olgunlaşır ve belirirse, o reşit sayılır. Tımar ve zeamet usulünde dirlik sahipleri için yirmi yaşın özel bir öneminin olması da buna bağlanabilir (527).

Nihayet, rüştün tespitinde üçüncü kriter "fikrî kuvvetin ölçü alınması"dır. Bu durumda ne tabii bulûğ olayına ne de bedeni kuvvetin olgunlaşmasına değer verilmekte sadece fikrî açıdan olgunlaşma ölçü olarak alınmaktadır (528). Zamanımızın ihtiyacı da esasen bunu gerektirmektedir. Zira ihtiyaçların çeşitliliği, medeni hukuk kurallarının eskisi gibi sade ve basit olmaması, medeni muamelelerde ahlaki güvenin bulunmaması, aile bağı ve bu bağın ortaya çıkardığı korumadan kaynaklanan dengenin zayıflaması fikri kuvvetin esas alınmasını gerektiren hususlardandır. Böyle bir ortamda 12 yaşındaki bir çocuğun tutunabilmesi mümkün görünmemekte, bulûğu şüpheli kimselerle halkın muameleye girişmek istemeyeceği bilinmektedir. Esasen 15 yaş bile istenilen güveni kazandıramaz. Şu halde, kadın veya erkeğin bulûğ zamanlarında mallarını ciddi bir surette yönetmeyi mümkün kılacak niteliklere sahip olmadıklarını kabul zorunluluğu vardır. Binaenaleyh aklın olgunlaştığını ileri sürebilmek için bulûğdan sonra da seneler geç-

---

(527) Bu kriter, derebeylik döneminde pek yaygın idi. Derebeyleri, insanı yirmi yaşında, kılıcı mükemmel kullanabilir, savaş ve dövüş gücüne ulaşır kabul ederlerdi. Rüşt için aranan kudret, kişinin dövüşme gücündeki kuvvet olarak görülürdü. Bunun için de yirmi yaş bir başlangıç olarak kabul edilmiştir. Askerlik için de genelde yirmi yaşın aranması aynı sebebe dayanır. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 335, 338.

(528) **MARDİN**, C. II, s. 335.

mesi lazımdır (529). Bu anlayış, Hanefi fikhında da söz konusudur. Ebû Hanife'ye göre, yirmibeş yaşını tamamlayan kimsenin sefeh dolayısıyla bile hacri mümkün değildir. Zira ona göre, yirmibeş yaşını tamamlayan kimse, dede ve baba olma yeteneğini kazanmıştır (530). Demek ki, 25 yaşın rüştün kazanılması açısından hem Roma hukukunda hem de İslâm hukukunda özel bir yeri vardır.

B. Tam Ehliyetli Sayılan Kişiler

Eski hukukumuz açısından tam ehliyetliler, mümeyyiz (âkıl), reşit ve mahcur olmayan kişilerdir (531). Başka bir deyişle, reşit olarak bülûğa eren mümeyyiz kişi, mahcur da değilse, tam ehliyetli kabul edilir (532). Mahcur olmama şartının tam ehliyetlilik için ayrıca belirtilmemesi, kural olarak, mahcur olma durumunda reşit olmanın söz konusu olamayacağı varsayımından hareket edilmesi nedeniyledir. Başka bir deyişle, borçluluk ve iflas sebebiyle hacir altına alınma durumu bir tarafa bırakılırsa, kişi, mümeyyiz ve reşit ise aynı zamanda mahcur da değildir. Fakat son zamanlarda hacir sebepleri içine alınan ve Mecelle'de de yer verilen borçluluk ve iflas sebebiyle hacir altına alının kişi, mümeyyiz ve reşittir ancak mahcur olduğu için belirli tasarrufları yapması engellenmiştir. İşte salt bu sebeplen ötürü, tam ehliyetlilik ancak temyiz kudreti, rüşt ve hacir altına alınmamış olma durumunda söz konusu olabilir.

Fiil ehliyetinin şartları fıkıh kitaplarında genellikle, temyiz kudreti, bulûğ ve rüşt olarak

---

(529) Nitekim vaktiyle Romalıların bile hukukî işlemlere ehliyet için kızlarda 12, erkeklerde 14 yaş ile yetinmelerine rağmen, küçükleri aldatanların cezalandırılması hükmünde küçüklük halini 25 yaşına kadar devam ettirmiş olmalarından fikrî olgunluğun ancak 25 yaşında ortaya çıktığını kabul ettikleri anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, küçüklük halinin 25 yaşına kadar devam ettiği kabul edilmiştir. Bkz. **UMUR**, Roma Hukuku, s. 198, 202-203.

(530) Dede olma yeteneğinin kazanılması açısından şu açıklama yapılmaktadır. 12 yaş bulûğ yaşının başlangıcıdır. Bu yaşta çocuk evlenmiş olursa, hamilelik süresinin en azı altı ay olduğuna göre, 12,5 yaşında çocuk babası olabilir. Doğan çocuk erkekse bunun da bulûğ yaşının başlangıcı 12 dir. Demek bunun da 12,5 yaşında iken bir çocuğu olabilecektir. Ve sonuç olarak da birinci çocuğu artık dede saymak mümkün olabilecektir. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 339.

(531) Bugünkü hukukumuzda da fiil ehliyetinin üç şartı vardır. Temyiz kudreti, rüşt ve mahcur olmama. Ancak bunlar arasında rüşt ve mahcur olmama şartları açısından önemli farklar vardır. Konunun yanlış anlamda değerlendirilmemesi açısından, fiil ehliyetinin şartları kısmının dikkatli bir şekilde incelenmesi gerekir. Bkz. İkinci Bölüm, § 6, Fiil Ehliyetinin Şartları.

(532) **ZEYDAN**, Medhal, s. 264; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 71; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 236.

belirtilir (533). Buna göre, bir kimsenin sadece akıllı olarak bülûğa ermesi tam fiil ehliyeti için yeterli görülmez; ayrıca rüşt vasfının da kazanılması şarttır (534). Tam ehliyetlileri, matuh olmayan bâliğ kimseler yani mümeyyiz ve bâliğ olanlar olarak görenler de vardır (535). Bunlar, buluğla birlikte rüşdün de kazanıldığını kabul edilmekte ve matuh olmama ile de temyiz kudretini ortadan kaldıran bir hale maruz kalmamayı kastetmektedirler. Ancak her iki halde de kişinin reşit olması şartı aranmakta ve bu aynı zamanda, mahcur olmamayı da kapsamaktadır.

Temyiz kudreti, bulûğ ve rüşt şeklindeki bir tespitte öncelikle bulûğun, fiil ehliyeti açısından doğrudan bir unsur olarak kabul edilmesinin söz konusu olamayacağını belirtmek gerekir. Zira bulûğun ancak aile hukuku ilişkilerinde (örneğin evlenme akdi yapılabilmede) ehliyet açısından önemi vardır. Bir de buna ceza hukuku alanındaki sorumluluk ehliyeti de eklenebilir. Ancak bu iki alanda bulûğun yeterli görülmesi kişinin bedeni gelişmesinin yeterli görülmesinden kaynaklanır. Yoksa, reşit ve mahcur olmama şartlarının arandığı malvarlığına ilişkin muameleler bakımından tam ehliyetli kabul edilemez. Belirtilmelidir ki, bulûğun evlenmede ölçü olarak alınması, öncelikle, evlenmenin ibadetler kategorisinde değerlendirilmesinin bir sonucudur. Sonra, evlenme ehliyeti açısından eski hukukumuzda kesin bir teorinin kurulamadığı da bilinmektedir.

Bulûğ, kişinin belirli bir olgunluğa ulaştığını gösteren fizyolojik bir gösterge olduğu için, rüştün ancak bu olgunluktan sonra kazanılacağı kabul edilmiştir. Bu sebeple bulûğdan önce rüşt iddiası kesinlikle dinlenmez. Şu halde bulûğ, ancak kişinin reşit olduğu ihtimalini kuvvetlendiren bir olgudur ve bu anlamda ehliyetle doğrudan bir bağlantısı yoktur. Şahsa bağlı olan evlenme gibi hakların buluğla kullanılabileceği esası da, evlenmenin mâlî yönü olmayan akitler kategorisinde değerlendirilmesinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bu açıdan bakıldığında, mümeyyiz ve bulûğa ermiş olan kişi ibadetler ve münhasıran şahsa bağlı hakların kullanılmasında tam ehliyetli kabul edilir (536). Başka bir deyişle, münhasıran şahsa bağlı haklar ve evlenme

---

(533) Rüşt terimi, Alman hukuk dilinde "Mündigkeit" teriminin ifade ettiği gibi, bulûğ yaşına ermiş olmayı değil de, küçük olmayıp da aynı zamanda hukukî işlem yapabilecek duruma gelmiş olmayı ifade eder. Bkz. **HÂTEMÎ**, İslâm Hukuku, s. 60.

(534) Bkz. **MECELLE** m. 946-947, 981-982; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 13-14, 70-74; **ZERKA**, C. II, s. 558.

(535) **SERAHSÎ**, Usûl, s.340; **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 246; **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 472.

(536) Aklî ve bedenî olgunlukların tamamlandığı aşamada fiil ehliyeti de tam olur. Bu aşama kişinin ergenlik ve rüşt çağına erişmesiyle elde edilir. Olgunlukların gerçekleşmesi her insanda farklıdır ancak bulûğdan önce bu olgunluğun (rüşt) bulunduğu iddia edilemez. Başka bir ifadeyle, tam fiil ehliyeti kişide iki güce

olgunluğu bulûğdan başlatılmakta, mâlî yönü bulunmadığı için rüşt unsuru aranmamaktadır. Malvarlığı ile ilgili işlemler için ise bulûğ yaşı yeterli görülmez (537).

C. Tam Ehliyetlilerin Hukukî Durumu

Tam ehliyetlilerin hukukî durumunu hukukî işlem ehliyeti, akdî sorumluluk ehliyeti ve dava ehliyeti başlıkları altında incelemek mümkündür (538).

1. Hukukî İşlem Ehliyeti

Tam ehliyetlilerin hukukî işlem ehliyetleri tamdır. Bunlar, hukuk düzeninin emredici hükümlerine ters düşmemek kaydıyla, her türlü hukukî işlemi tek başlarına yapabilirler (539). Bu açıdan işlemler arasında herhangi bir fark yoktur. Başka bir deyişle, tam ehliyetli kişi, lehine ve aleyhine bütün hukukî işlemleri bizzat yapabilir duruma gelir. Kavlî ve fiili tasarrufları yani hukukî ve fiilî bütün işlemleri ehliyet yönünden geçerli ve bağlayıcıdır. Bunları yaparken kimseden izin ve icazet almasına gerek yoktur (540).

Şüphesiz, tam ehliyetlilerin her türlü hukukî işlemi tek başına yapabilmesi durumu onların söz konusu işlemleri bizzat yapmak zorunda oldukları anlamına gelmez. Onlar işlemleri tayin edecekleri bir temsilci aracılığıyla da yapabilirler.

2. Akdî Sorumluluk Ehliyeti

Tam ehliyetlilerin sözleşmeye aykırılık şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırı fiillerinden sorumlu olma ehliyetleri tamdır ve bunlardan bizzat sorumludurlar. Akitten kaynaklanan borç ya istenildiği gibi ya da hiç yerine getirilmemişse ortada bir akdî sorumluluk vardır. Bu durumlarda

---

dayanır. Bunlardan birisi "şer'i hitabı anlama gücü"dür ki, bu akılla olur. Diğeri de yapabilme, vacibi eda edebilme gücüdür ki bu da bedenî olgunlukla gerçekleşir. Bkz. **KÂSÂNÎ**, C. VII, s. 172; **REŞİD PAŞA**, C. I, s. 58.

(537) **HÂTEMÎ**, İslâm Hukuku, s. 62.

(538) Bugünkü hukukumuzda tam ehliyetlilerin hukukî durumu, bunların hukukî işlem ehliyetleri, hukuka aykırı fiillerden sorumlu olma ehliyeti ve dava ehliyeti başlıkları altında incelenir. Hukuka aykırı fiillerden sorumluluk ehliyeti de, sözleşmeye aykırılık veya doğrudan doğruya haksız fiil ayırımıyla ele alınır. Eski hukukumuz açısından doğrudan doğruya haksız fiil sorumluluğu fiil ehliyeti değil, hak ehliyeti kapsamında değerlendirilmektedir.

(539) Bkz. **SERAHSÎ**, Usûl, s.340; **EBÛ ZEHRA**, Usûl, s. 264; **HACI ÂDİL**, s. 511.

(540) **KÂSÂNÎ**, C. VII, s. 172; **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 246-247; **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 472.

alacaklı tarafın zarara uğraması, borçlu tarafında bundan sorumluluğu söz konusudur (541).

3. Dava Ehliyetleri

Dava, bir hakkın mahkeme yoluyla talep edilmesi, başka bir deyişle bir kimsenin başka bir kimseden hakim huzurunda hakkını istemesini ifade eder (Mecelle m. 1613). Davada taraf olabilme yeteneği olan taraf ehliyeti, hak ehliyetine sahip olan herkes için söz konusudur (542). Bu sebeple cenin, küçük deli kısıtlı kimseler davada taraf olabilirse de fiil ehliyetleri bulunmadığından bunları hakim huzurunda kanûnî temsilcileri temsil eder (543). Dava ehliyeti ise, kişinin kendisinin veya yetkili kılacağı bir temsilci (vekil) aracılığıyla bir davayı (davacı ve davalı olarak) takip etme ve usul işlemlerini yapabilme ehliyetidir. Dâva ehliyeti için, yani mahkemede iddia ve savunmada bulunabilmek ve gerekli diğer işlemleri yürütebilmek için kişinin fiil ehliyetine sahip bulunması gerekir. Dava ehliyeti, medeni hakları kullanma ehliyetinin medeni usul hukukunda büründüğü şekildir (544).

Tam ehliyetliler için dava ehliyetleri açısından herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Onlar, bizzat dava açabilecekleri gibi, doğrudan doğruya onlar aleyhine de dava açılabilir. Şüphesiz, tam ehliyetlilerin davalarını bir temsilci aracılığıyla yürütmeleri de mümkündür (545).

II. EKSİK EHLİYETLİLER

A. Eksik Ehliyetlilik Kavramı

Fıkıh kitaplarında "ehliyet-i edâ-i nâkısa" (eksik fiil ehliyeti) olarak belirtilen bu ehliyet

---

(541) **KARAMAN**, Akid, s. 255.

(542) Bugünkü hukukumuzda da her gerçek kişi, yaşadığı sürece taraf ehliyetine sahiptir. Taraf ehliyeti, çocuğun sağ olarak bütünüyle doğduğu anda başlar. Fakat cenin, sağ doğmak şartıyla ana rahmine düştüğü andan başlayarak taraf ehliyetine sahip olur. Cenine tayin edilen kayyım ceninin kanuni temsilcisi sıfatıyla cenin adına dava (örneğin babalık davası) açabilir. Çocuk ölü doğarsa dava konusuz kalır. Bkz. **KURU** Baki/ **ARSLAN** Ramazan/ **YILMAZ** Ejder, Medenî Usul Hukuku, Ankara 1989, s. 142.

(543) **YAVUZ** Cevdet, Dâva, DİA, C. IX, İstanbul 1994, s. 12.

(544) Bugünkü hukukumuzda da fiil ehliyetine sahip olan gerçek kişiler, dava ehliyetine sahiptir. Bkz. **KURU/ ARSLAN/ YILMAZ**, s. 148.

(545) **YAVUZ**, Dâva, s. 12-13.

türü, eksik ehliyetliler veya sınırlı ehliyetliler olarak da ifade edilebilir (546).

Bilindiği üzere, fiil ehliyeti kişide aklî ve bedenî olgunluğa bağlanmış ve kişi ilk zamanlar her iki olgunluktan da yoksun sayılmış ama bunların peyderpey gelişerek tamamlanması için elverişli bir yapıda olduğu kabul edilmiştir. Gelişme halinde bulunan bu olgunlukların eksik olduğu aşamalarda eksik fiil ehliyeti söz konusu olur. Eğer temyiz kudretini tam olarak ortadan kaldırmayan ancak eksilten akıl zayıflığı durumu varsa veya temyiz kudreti dışındaki unsurlardan biri bulunmazsa bu durumda eksik ehliyetlilikten söz edilir (547).

B. Eksik Ehliyetli Sayılan Kişiler

Bunlar, ya akıl zayıfi (matuh) olanlar ya da temyiz kudretine sahip olup bunun dışındaki reşit olma veya mahcur olmama şartlarından birine veya ikisine sahip olmayan kişilerdir. Kısacası, eksik ehliyetli olarak kabul edilenler mümeyyiz küçük, matuh, sefih ve kölelerdir (548). Başka bir deyişle, mümeyyiz küçükler ve mümeyyiz mahcurların durumu eksik (sınırlı) ehliyetlilik olarak nitelendirilir (549).

Hem aklî hem de bedenî eksikliğe en güzel örnek olarak mümeyyiz küçükler verilir. Sadece aklî eksikliğe örnek ise, bulûğa eren matuh (bunak)lardır. Bunların eksik (sınırlı) bir fiil ehliyeti vardır. Eksik ehliyetliler "şahsa sıkı surette bağlı haklarını" ancak bulûğa erdiklerinde

---

(546) Günümüz hukukunda sınırlı ehliyetli olarak fiil ehliyetinin üç şartını da taşıyan "evli kişiler" ile "kendilerine kanunî müşavir tayin edilmiş kişiler" kastedilir. Oysaki eski hukukumuz açısında eksik veya sınırlı ehliyetli denildiğinde bundan anlaşılması gereken, temyiz kudretine sahip olup da diğer iki şarttan birini taşımayan kimsedir. Bugünkü hukukumuzda bunu karşılayan kavram sınırlı ehliyetsiz kavramıdır. Sınırlı ehliyetsizler, üç ehliyet şartından en önemlisi olan temyiz kudreti şartını haizdirler. Ancak, diğer iki şarttan birini veya diğerini haiz değildirler. Şu halde sınırlı ehliyetsiz olanlar, mümeyyiz küçükler ve mümeyyiz mahcurlardır (TMK.m.16). Mümeyyiz olup da diğer iki şartın ikisini de haiz olmama olgusuna rastlanmaz. Çünkü, küçük esasen velayet altındadır. Velisi olmadığında hacredilmesine gerek olmayıp sadece vasî atanır. Yani küçük hacredilemez. Reşit değilse, ehliyetsizdir, ancak mahcur olduğu için değil küçük olduğu için ehliyetsizdir. Reşit ise, bu takdirde de küçük değildir. Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 55; **TEKİNAY**, Kişiler, s. 199; **ARSEBÜK**, s. 265.

(547) Eksik ehliyet ile yapılan eda sahihtir ve bu aynı zamanda edanın sıhhatinin de şartıdır. Eksik ehliyet, eksik kudret ile eksik kudret de eksik akıl (akl-ı kasır) ile sabit olur. Akl-ı kasır ise, sabi (mümeyyiz küçük) ile matuhun aklıdır. Bkz. **SERAHSÎ**, Usûl, s.340; **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 472; **HACI ÂDİL**, s. 511; **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 246.

(548) **SERAHSÎ**, Usûl, s.340; **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 246; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 71.

(549) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 239; **DÖNDÜREN**, Mükellef, s. 338; **ARSEBÜK**, s. 265.

kullanma imkanına kavuşurlar (550).

1. Mümeyyiz Küçük

Fıkıh usûlü kitaplarında, insan hayatının ehliyet bakımından geçirdiği aşamalardan üçüncü sırayı temyiz çağı alır. Kural olarak çocuğun yedi yaşına basmasıyla başlayan temyiz çağı bülûğ çağına kadar devam eder. Küçük açısından temyiz dönemi, olgunluk kazanma için bir hazırlık aşamasıdır ve akıl melekesinde hâlâ bir eksiklik söz konusudur. Bu eksiklik, ehliyete de yansımakta ve bu dönemdeki küçük ancak eksik fiil ehliyetine sahip kabul edilmektedir (551). Başka bir ifadeyle, gayrimümeyyiz küçüklük ile bulûğ arasında bir geçiş devresi olan mümeyyiz küçüklük dönemi, akıl melekesinin henüz tam olgunlaşmamasından dolayı, küçüğün eksik ehliyetli olarak kabul edilmesine neden olmuştur.

Bilindiği gibi temyiz, iyi ile kötüyü ve faydalı ile zararlıyı birbirinden ayırma yeteneğidir (552). Bundan dolayı da, iyi ile kötüyü, hayır ile şerri ve faydalı ile zararlıyı birbirinden ayırt eden küçük, mümeyyiz küçük olarak nitelendirilmiştir. Mümeyyiz küçüğe "sağîr-i mümeyyiz" de denilir. Mümeyyiz küçükler, kural olarak velâyet altında bulunurlar.

Tam ehliyet için aranan unsurlardaki bazı eksiklikler ehliyeti tamamen ortadan kaldırırsa da, bazıları bu sonucu doğurmaz. Bunun yerine ehliyeti sınırlı hale getirir. Örneğin, akıl unsurunun hiç mevcut olmaması ehliyeti tamamen ortadan kaldırdığı halde, akıl zayıflarında olduğu gibi bu unsurun eksik olarak bulunması aynı sonucu doğurmaz. Keza akıl unsuru bulunduğu halde bulûğ ve rüşt unsurunun bulunmaması veya mahcur olunmasında da durum böyledir (553). İşte bu durumlarda kişinin eksik ehliyetinden söz edilir. Bu kişiler tam ehliyetsiz değil, ancak bazı tür hukukî işlemleri kendi başlarına değil kanuni temsilcilerinin yardımıyla yapacak şekilde eksik ehliyetlidirler. Böylece eksik ehliyetliler tam ehliyetli olacakları bir dönem için

---

(550) Bugünkü hukukumuzda, sınırlı ehliyetsizlerin hukuki muamele ehliyetleri konusunda, TMK.m.16'da bazı ayırımlar yapılmaktadır: Şahsa sıkı surette bağlı hakları kural olarak, tek başlarına kullanabilirler (TMK.m.16/II). Bazı şahsa sıkı surette bağlı haklarda, kanunî temsil yasağı devam etmekle birlikte, sınırlı ehliyetsizin istek açıklamasına kanunî mümessilin muvafakati de eklenmek zorundadır. Bu gibi durumlarda kanunî temsil söz konusu değildir. Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 71.

(551) **ZERKA**, C. II, s. 545-546; **ZEYDAN**, Usûl, s. 97; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 241; **DÖNDÜREN**, Âkıl, s. 247; **DÖNDÜREN**, Mükellef, s. 338.

(552) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 241.

(553) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 246-247; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 239.

hazırlıklı hale getirilmiştir (554).

2. Matuh

Matuhun (akıl zayıfının) ehliyeti hususunda üç görüş ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre ateh (akıl zayıflığı), akıl hastalığı gibi değil, mümeyyiz küçüğün durumu gibidir ve ehliyet yönüyle de ona benzer. Mecelle m. 978 ile matuh, mümeyyiz küçüğün durumuna getirilmiştir: "Matuh olan kimse sağîr-i mümeyyiz hükmündedir.". Şu halde, eski hukukumuzda, medeni hakları kullanma açısından akıl hastalığı ile akıl zayıflığı arasında hüküm farkı kabul edilmiş; matuh (akıl zayıfi) mümeyyiz küçüğe, mecnûn (akıl hastası) ise gayrimümeyyiz küçüğe benzetilmiştir. Görüldüğü üzere, eski hukukumuz açısından akıl hastalığı ile akıl zayıflığı birbirine eşit ve denk değildir (555). Ancak, bu hükmün isabet derecesi tartışma götürür (556). Mecelle'nin, kendiliğinden mahcur saydığı matuhu tamamen bir gayrimümeyyiz gibi kabul etmemesi, meydana gelecek sonuçları hafifletmek ve kolaylaştırmak içindir. Bu sebeple, mümeyyiz küçük derecesinde sayılmak suretiyle matuh için, kendiliğinden mahcur hükmünün mahzurlarının önüne geçilmiştir (557). Mecelle, matuhu tamamen bir akıl hastası veya yeni doğmuş bir çocuk gibi temyiz kudretinden yoksun olan kişi şeklinde yani gayrimümeyyiz kabul etseydi, matuhun hukukî muameleleri sırf yararına (karşılıksız kazandırma) olsalar bile hükümsüz olacaktı.

Mümeyyiz küçük gibi kabul edildiği için, matuhun tasarrufları, mümeyyiz küçüğün tasarrufları gibi ayrıma tabi tutulur. Hukukî işlemlere girişebilme yönünden tıpkı mümeyyiz küçüklere benzemesi sebebiyle, hibe ve sadaka kabul etmek gibi lehine olan ivazsız iktisapları kanunî temsilcisinin rızasına bağlı olmaksızın geçerlidir (558). Matuh, mümeyyiz küçüğün başkasına vekil olması gibi, başkasına vekil olabilir ve buradaki haklar, sözleşmeyi yapan matuha değil, müvekkile ait olur (559). Başkasına hibe etmek ve vakıf muamelesi yapmak gibi sırf aleyhine

---

(554) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 239.

(555) Bugünkü hukukumuzda da, evlenmede ve boşanmada meydana getireceği sonuçlar itibariyle akıl hastalığı ile akıl zayıflığı tamamen birbirine eşit değildir ama aralarında medeni hakları kullanma ve hacir sebebi olma açısından hüküm farkı yoktur yani birbirine denktirler. Bkz. **TEKİNAY**, Aile, s. 648; **MARDİN**, C. II, s. 297.

(556) **MEYDAN LAROUSSE**, C. IV, s. 111-112.

(557) **ZEYDAN**, Usûl, s. 104; **MARDİN**, C. II, s. 298.

(558) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 257; **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 100.

(559) **HACI ÂDİL**, s. 518.

olan hukukî işlemleri ise kesin olarak geçersizdir. Alım satım ve kira gibi leh ve aleyhine olması muhtemel bulunan ivazlı muamelelerinde ise, işlemin geçerliliği kanunî temsilcisinin rızasına bağlıdır (560). Bunun yanısıra akıl zayıflarının, bedensel yükümlülükleri (ibadetleri) yerine getirme yükümlülüğü olmadığı gibi ceza ehliyetlerinden de söz edilemez (561).

İkinci bir görüşe göre ise, her somut olay başlıbaşına incelenmeli ve matuhun yaptığı muamele, akıl hastasının veya mümeyyiz küçüğün muamelesine benzetilmelidir (562).

Son görüşe göre ise, matuh ile mecnun arasında bir mahiyet farkı değil, bir derece farkı vardır ve dolayısıyla da akıl hastasına benzetilmesi gerekir. Bu görüş benimsenirse matuhun tam ehliyetsiz olduğu kabul edilecektir. Tam ehliyetsiz olunca, hukukî işlem ehliyeti olmayacak ve bu arada matuhun yaptığı vakıf da sahih kabul edilmeyecektir (563).

Görüldüğü üzere, matuhlar (bunaklar) pasif iradeye sahip, gel-git akıllı kimseler olduklarından, bazen akıl hastası, bazen de akıl zayıfı kabul edilirler. İlkinde tam ehliyetsiz, ikincisinde ise, mümeyyiz küçük gibi, eksik ehliyetli kabul edilirler (564). Şu halde Mecelle'nin esas aldığı görüşe göre, matuh olan kişiler mümeyyiz küçük hükmünde kabul edildiği için ehliyet açısından da eksik ehliyetlidirler (565). Ayrıca, matuh mahkeme kararına muhtaç olmaksızın yani bizatihi (kendiliğinden) mahcûr sayılırlar (566). Eski hukukumuzda matuhun, hacrolunmaksızın da tasarrufu mümeyyiz küçüğün tasarrufları gibi ayrıma tabi tutulmuştur (567).

Matuhun, bulûğ çağına ulaştığında aynı durumu devam ederse, velisinin velayet hakkının kendiliğinden devam edeceği yönünde doktrinde görüş birliği vardır. Bu sebeple de, matuhun işlemleri ile ilgili olarak, velinin izin ve icazeti kendiliğinden hüküm ifade eder. Eğer bunaklık

---

(560) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 68; **HALLÂF**, s. 322; **MARDİN**, C. II, s. 298-299.

(561) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 257; **BUHÂRÎ**, s. 275; **GÖZÜBENLİ**, Ateh, s. 52.

(562) **ALİ HAYDAR**, Ahkâmü'l-Vukûf, s. 120.

(563) **HÂTEMÎ**, Vakıf, s. 87, dn. 9.

(564) **SERAHSÎ**, Usûl, s. 340; **DÖNDÜREN**, Şahıs, s. 133; **ZUHAYLÎ**, C. V, s. 100.

(565) **MECELLE**, m. 945, 957-978, **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 13, 24-25, 68-69; **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 256-257; **SAVA PAŞA**, C. II, s.323; **ZEYDAN**, Usûl, s. 104.

(566) Günümüz hukukunda ise, matuha karşı böyle bir anlayış yoktur. Akıl zayıflığı da akıl hastalığı gibi bir hacir sebebidir. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 297.

(567) **MARDİN**, C. II, s. 297.

bulûğ çağından sonra ortaya çıkmışsa, velayet hakkının kendiliğinden devam edip etmeyeceği hususu tartışmalıdır. Ebû Yusuf'a göre, bu durumda velayet hakkı babaya ve dedeye değil, hâkime ait olacağı için izin verme yetkisi de münhasıran ona yani mahkemeye aittir. İmam Muhammed ise, bu durumda da velayet hakkının veliye ait olduğu ve kendiliğinden devam edeceği görüşündedir (568).

1924 tarihli UVKR ise, doktrindeki bu tartışmayı çözümleme yönüne gitmiş ve temyiz kudretine sahip matuhları mümeyyiz küçük, temyiz kudretine sahip olmayanları ise gayrimümeyyiz küçük statüsünde değerlendirerek bir sonuca ulaşmıştır.

UVKR m. 12 ve 13'ün esbâb-ı mûcibesinde, "Mecnûna dair olan kanun hükümleri bu suretle tesbit olunduktan sonra, ehliyet arızalarının ikincisi olan ateh (bunaklık, akıl zayıflığı) meselesinin müzakeresine geçildi. Mecellenin 957. maddesinde matuh, bir mahkeme kararına muhtaç olmaksızın bizatihi mahcur addedilmiş ve 978. maddesinde de alel-ıtlak matuh olan şahıslar sağîr-i mümeyyiz hükmünde tutulmuştur. Halbuki muteber fıkıh kitaplarında dahi açıklandığı üzere, ne yaptığını bilmeyecek derecede ateh (bunaklık) geçirmiş matuhlar da bulunduğundan Mecelle'nin hükmünü ıtlakı üzere kabul ederek böyle tamamen şuuru bozulmuş olan matuhları dahi mümeyyiz küçük hükmünde tutmak Komisyonumuzca muvafık görülmemiştir.

Ateh davalarında ötedenberi görülmekte olan tezvirata mahal bırakmamak ve kendisi ile bir iki kere muamelede bulunmakla atehi keşfedilemeyecek derecede hafif olan bir matuh ile bunlarla alış veriş ederek münasebet kuran şahısları zarara dûçar olmaktan korumak maksadıyla Mecelle'nin hükmüne tamamen zıd olarak umum matuhların hâkim tarafından hacredilmezden önce bizatihi mahcur addedilmemesi ve binaenaleyh hacrden önce vaki olan tasarruflarının muteber olması bazı azalar tarafından teklif edilmiş ise de işbu teklif dahi ıtlakı üzere kabul edilmemiştir. Çünkü bu suretle ne yaptığını bilmeyecek derecede ateh getirmiş olan matuhların hacrden önce vuku bulan tasarruflarının dahi muteber olması lazım gelir ki asla doğru değildir.

Bu cihetle Komisyonumuz, bu meseleyi uzun uzadıya tetkik ettikten ve Avrupa kanunları ile fıkıh kitaplarının bu babdaki hükümlerini geniş ve derin bir şekilde araştırdıktan sonra, matuhu tamamıyla şuuru bozulmuş olup olmamak itibariyle iki kısma ayırmayı ve birinci kısmı mecnûn hükmünde, ikinci kısmı da kamu yararı ve muamelelerin sıhhati açısından ancak hacrden sonra mümeyyiz küçük hükmünde tutmayı münasip görmüştür. Bu makamda bir de ahmak ve sadedil olmak hasebiyle kâr ve temettü yolunu bilemeyip muamelelerinde aldanagelmekte olan bir kısım şahıslar vardır ki Mecelle bunları sefihe ilhak eylemiştir. Halbuki mahiyetleri itibariyle, ahmaklık ile sefahet arasında büyük bir fark bulunduğundan Komisyonumuz, bu kabil şahısları sefihten ziyade matuhun ikinci kısmına ilhakını daha münasip görmüş ve binaenaleyh aşağıda yazılı 12. ve

---

(568) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 68-69; **GÖZÜBENLİ**, Ateh, s. 52.

13. maddeler bu düşüncelere binaen tanzim ve tedvin olunmuştur." (569) denmektedir.

Bunun üzerine kaleme alınan UVKR'nun 12. maddesi, "Bil-külliye muhtellüş-şuur olan matuh mecnûn hükmündedir." demekte; 13. madde de, "Şuuru külliyen muhtel olmayan matuh ile ebleh ve sadedil olmak gibi za'f-ı fikre müptela olan kimse hâkim tarafından hacir olunabilir. Ve bunların kablel-hacir tasarrufat-ı kavliyeleri muteber olup ancak badel-hacir sağîr-i mümeyyiz hükmünde addolunurlar." hükmünü getirmektedir. Görüldüğü üzere, Mecelle ile de çözümlenemeyen matuhun temyiz gücünün bulunup bulunmadığı hususu, UVKR ile bir sonuca ulaştırılmış ancak ne var ki rapor hükümleri kanunlaşamadan komisyonun görevine son verilmiştir.

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

3. Sefih

Sefîh-i mahcûr, Ebû Hanife dışındaki doktrindeki çoğunluğa göre, mümeyyiz küçük gibi, eksik ehliyetli kabul edilmiştir. Mecelle de bu görüşü esas alarak kanunlaştırmıştır: "Sefîh-i mahcûr muâmelâtda sağîr-i mümeyyiz gibidir." (Mecelle m. 990). Demek ki, hacredilmiş sefihler, alım satım, icare, ikrar, havale, rehin, irtihan, şirket ve tevkil gibi feshedilebilir tasarruflarda mümeyyiz küçüğün durumundadır (570).

Buna göre, lehine olan ivazsız iktisapları kanunî temsilcisinin rızasına bağlı olmaksızın geçerli, aleyhine olanlar kesin olarak geçersiz ve ivazlı iktisap gibi leh ve aleyhine olması muhtemel bulunanlar ise, kanunî temsilcisinin (hakimin) rızasına bağlıdır (571). Bu açıdan, sefîh-i mahcurun yaptığı vakfetme muamelesi de, sırf zarar olan bir muamele olduğu için geçerli olmaz. Mahcur sefih, teberru ehliyetine sahip olmamakla beraber, hayır yapma mahiyetinde vasiyette bulunabileceği istihsanen kabul edilmiştir. Keza, önce kendisi, vefatından sonra da başkası malını vakfedebilir (572).

Sefîh-i mahcurun yarar ile zararı muhtemel olan muameleleri hakimin izin ve icazetine bağlıdır (mevkuftur): "Sefîh-i mahcur bir malını satsa nâfiz olmazsa da hâkim menfaat görürse icazet ve-

---

(569) Bkz. **AKGÜNDÜZ**, Külliyat, s. 123-124.

(570) **ŞEKERCİ**, Şirketler, s. 261; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 79-80; **MEYDAN LAROUSSE**, C. IV, s. 112.

(571) Bugünkü hukukumuzda da aynı ayırım ve düzenleme geçerlidir. Küçük, salt yararına olan hukuki işlemleri re'sen yapabilir. Zararına olanları hiç bir şekilde yapamaz. Zarar ile yararı muhtemel olanları ise kanuni temsilcisinin izni ile yapabilir. Bkz. **ÖZSUNAY**, Kişiler, s. 59; **İMRE**, Şahıslar Hukuku, s. 381.

(572) **MOLLA HÜSREV**, Usûl, s. 299; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. II, s. 116; **ZEYDAN**, Usûl, s. 126; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 72.

rir". (Mecelle m. 993).

Sefih-i mahcurun mümeyyiz küçükten ayrıldığı noktalar da vardır. Örneğin, mümeyyiz küçüğün vasiyeti bâtıl olmasına rağmen, sefih-i mahcurun (hakka ve şer'a uygun ve kurbet kabilinden olan) vasiyetleri sahihtir (573). Mâliki, Hanbeli ve tereddütlü olmakla beraber Şafii fikhında da, sefihe vasiyet etme hakkı tanınmaktadır. Hanefi fikhında ise, sadece kurbet kabîlinden olan vasiyetler geçerlidir. Şu halde, sefih-i mahcurun, sağlığında hüküm doğurmak üzere değil de vasiyet yoluyle yaptığı vakfetme muamelesi muteber sayılır (574).

Ahval-i Şahsiye m. 532'ye göre de, "İsrafı sebebiyle hacredilen bir kimsenin, hayır cihetlerine yaptığı vasiyetler muteberdir" (575). Hatta Ebû Yusuf'a göre, bir malını hayatında kendi nefsine, ölümünden sonra da bir başka cihete vakfeden sefih-i mahcurun bu tasarrufu muteber sayılmak gerekir. Ancak çoğunluğun fikrine göre, burada hâkimin tasdiki şarttır (576).

Genel itibariyle muamelatta mümeyyiz küçük gibi kabul edilen sefih-i mahcurun mümeyyiz küçükten farklı olarak, geçerliliği için ciddiyetin veya şakanın önemli olmadığı evlenme, boşanma ve köle azat etme gibi feshedilemeyecek olan tasarrufları geçerli sayılmıştır (577). Bu Ahval-i Şahsiye'de de (m. 490) belirtilmiştir: "hür, bâliğ ve sefih olan bir kimse, feshedilemeyen ve şaka ile bâtıl olmayan tasarruflarından dolayı hacredilemez. Bu çeşit tasarruflarda bulunabilir ve bu çeşit tasarrufları muteber olur. Evlenme, boşanma ve nafakasını teminle mükellef olduğu kimselerin nafaka masraflarını ödeme gibi..." (578).

Görüldüğü üzere sefih, kimseden izin ve icazet almaksızın kendi irade beyanıyla evlenebilir. Ancak evlenmede karısına ödeyeceği mehirin mehr-i misili geçmemesi gerekir (579).

---

(573) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 30, 80.

(574) **HÂTEMÎ**, Vakıf, s. 88, dn.11; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 80.

(575) **KADRİ PAŞA**, s. 71.

(576) **ALİ HAYDAR**, Ahkam-ül-Vukuf, s. 124.

(577) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, s. 330; Hanbeliler de bu konuda Hanefilerdeki hâkim görüş gibi düşünmektedir. İmam Şafii ise sefihin nikahının sair hukukî işlemleri gibi geçerli olmadığı, çünkü bunun kanuni temsilcisi tarafından yapılabileceği görüşündedir. Maliki hukukçular ise sefihe aile hukuku bakımından bir istisna tanımamakta ve diğer hukukî işlemleri gibi kanuni temsilcisinin izni veya icazetiyle geçerli olacağını söylemektedirler. Bkz. **MAHMESÂNÎ**, C. II, s. 329.

(578) **KADRİ PAŞA**, s. 66.

(579) **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 72; **ZEYDAN**, Usûl, s. 126; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 248-249.

UVKR'nun 17 nci maddesi de mahcur sefihler hakkındadır: "Sefîh-i mahcurun nef-i mahz olan tasarrufâtı velisinin izin ve icazeti olmasa bile sahih, zarar-ı mahz olan tasarrufâtı bâtıl ve nef'i ile zarar beyninde dair olan tasarrufâtı derece-i salahiyeti vesayet babında muayyen ve hâkim tarafından mansûp müşavirinin icazetine mevkûfen mün'akit olur.". UVKR m. 18, "Sefih-i mahcurun âhere deyn ikrarı mutlaka sahih olmaz. Yani gerek vakt-i hacrde mevcut ve gerek badel-hacir hâdis olan emvali hakkında ikrarının tesiri olmaz." (580).

4. Köle

Köle tasarruf konusunda mümeyyiz küçük gibi kabul edildiğinden fiil ehliyeti bakımından eksik ehliyetliler grubunda yer alır (581). Özellikle aleyhte olan veya lehte ve aleyhte olma ihtimali bulunan işlemleri efendisinin izni olmadan yapamaz. Çünkü bu işlemlerin zararı sonunda efendisine dokunur. Mülkiyet hakkı bulunmadığı için lehinde olan işlemleri de yapma hakkı yoktur diyenler olduğu gibi, eksik ehliyetlilerin genel konumuna uygun olarak hibe ve vasiyet kabulü gibi tamamen lehte olan işlemleri yapabilir diyen hukukçular da vardır (582).

Ancak efendisi tarafından hukukî işlemler yapması için izin verilen (mezun) köle, Hanefilere göre hukukî işlem ehliyetini kazanmış olur. Hukukî işlemleri kendisi adına yapar. Borçlarını kendi kazancından öder (583). Ödeyemediklerini efendisi öder. Efendisi ödemek istemezse kölesinin bu borçlar için satılmasına razı olmak zorundadır. Mülkiyet hakkı olmadığı için kazandığı zarureten efendisinindir. Şafiilere göre ise mezun köle, hukukî işlem ehliyetini değil, efendisi adına hukukî işlem yapma yetkisini kazanır. Bunun sonucu olarak yapmış olduğu hukukî işlemlerin leh ve aleyhindeki bütün sonuçları efendisi için sabit olur. Efendi vermiş olduğu bu izni her zaman geri alabilir (584).

Mükatep köle ise, fiil ehliyeti bakımından farklı bir konumdadır. O, mükatebe anlaşmasıyla hak ehliyetine sahip konuma yükseldiği gibi, fiil ehliyetine de esas itibariyle sahip olur

---

(580) **AKGÜNDÜZ**, Külliyat, s. 126.

(581) **MEVSILÎ**, C. II, s. 94.

(582) **MAHMESÂNÎ**, C. I, s. 162-163; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 250.

(583) **MEVSILÎ**, C. II, s. 95.

(584) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 250.

(585).

Aile hukuku bakımından köle eksik fiil ehliyetine sahip kabul edilir. Erkek ve kadın köle ancak efendisinin rızasıyla evlenebilir (586).

C. Eksik Ehliyetlilerin Hukukî Durumu

Eksik ehliyetlilerin hem kamu hukukuna (hukukullah) hem de özel hukuka (hukuku ibad) ilişkin olarak yapabileceği bir takım hak ve tasarruflar vardır. Bunları, din seçme hakkı, malî yükümlülüklerden sorumluluğu, hukuki işlemlerden sorumluluk ehliyeti, akdî sorumluluk ehliyeti ve dava ehliyeti başlıkları altında incelemek mümkündür.

1. Din Seçme Hakkı

Mümeyyiz küçüğün din seçme hakkı olup olmadığı hususu ekoller arasında tartışmalıdır. Hanefilere göre, müslüman olduğunu açıklaması geçerlidir ve bu, eğer anne babası müslüman değilse, ana-babasının velayetinden çıkmasına sebep olur (587). Hanefiler dışındaki çoğunluk ise, akıl melekesinde hâlâ devam eden eksikliğin bu hakkı kullanmaya engel olduğu görüşündedir (588). Bunun yanısıra İmam Şafii ve Ebû Yusuf dışındaki çoğunluğa göre ise, mümeyyiz küçüklerin dinden dönmesi (irtidadı) geçerlidir ve bunun doğurduğu mirastan mahrumiyet, evliliğin sona ermesi gibi sonuçlar da ortaya çıkar (589).

2. Mâlî Yükümlülükleri

Eksik ehliyetliler, zekat ve fıtır sadakası gibi mali yükümlülükler konusunda aynen gayrimümeyyiz küçükler gibidir. Yani Hanefilere göre zekat yükümlülüğü söz konusu değildir ancak doktrindeki çoğunluğa göre, zekat kişiye değil mala bağlı bir yükümlülük olduğu için, zekatla yükümlüdürler. Ancak köleler konusunda istisnai bir hüküm de vardır ki o da, bir kim-

---

(585) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 250-251.

(586) **MEVSILÎ**, C. II, s. 95; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 251.

(587) **SERAHSÎ**, Usûl, s. 337.

(588) es-**SUYÛTÎ** Celaleddin, el-Eşbâh ve'n-Nezâir, Mısır ts., s. 221.

(589) **HACI ÂDİL**, s. 513; **MERGİNÂNÎ**, C. VI, s. 94. Mümeyyiz küçüğün, bedeni ibadetleri yerine getirme yükümlülüğünün bulunmadığı konusunda, doktrinde görüş birliği vardır. Mümeyyiz küçük yükümlülüğü olmamasına rağmen bunları yerine getirirse, bu geçerlidir. Bkz. **SERAHSÎ**, Usûl, s. 337.

senin zekat borcu altına girebilmesi için hür olması şartıdır. Şu halde zekat yükümlülüğü için hür olma arandığından, eksik ehliyetliler grubunda yer alan kölenin bu açıdan da bir yükümlülüğü söz konusu değildir (590). Bunun dışındaki yükümlülüklerde ise görüş ayrılığı vardır. İmam Muhammed'e göre, küçük sadaka-i fıtır verebilir. Ebû Hanife ve Yusuf'a göre, fıtır sadakası, öşür ve harac yükümlülükleri küçüğün velisi tarafından çocuğun malından verilir (591).

3. Hukukî İşlem Ehliyetleri

Mümeyyiz küçüğün vasiyet yapabilmesi dışında herhangi bir muamelede bulunamayacağını kabul eden Şafii hukukçuların tam ehliyetlilik için mümeyyiz ve reşit olmayı arayan görüşü bir tarafa bırakılırsa (592); genel kabul gören anlayışa göre, mümeyyiz küçüklere küçüğün haklarını korumak düşüncesiyle, eksik bir fiil ehliyeti tanınmıştır. Eksik ehliyetlilerin taraf olduğu hukukî işlemler, ya bizzat kendileri tarafından, ya da kanuni temsilcileri tarafından yapılır.

Burada fiil ehliyetinin eksikliği, kişinin her tür hukukî işlem karşısındaki genel konumunu gösteren bir değerlendirme olmayıp onun sadece belli tür fiil ve hukukî işlemleri yapmaya ehil sayılıp bazıları için ehliyetsiz, bazıları için de sınırlı (eksik) ehliyetli sayılması anlamındadır.

1340/1924 tarihli Ukûd ve Vacibât Komisyonu raporunun 3, 4 ve 5. maddelerin esbâb-ı mûcibesinde, "mümeyyiz küçüğe gelince, o akl-ı kâmil sahibi olmadığından tasarruflarında ehliyet-i kâmileyi (tam ehliyeti) haiz değilse de, kısmen temyiz kudretine malik yani akl-ı kâsır sahibi olduğundan ehliyet-i kâsırayı (eksik ehliyeti) haizdir. Bu sebebe mebnî, mümeyyiz küçüğün hakkında mutlak menfaat (nef'i mahz) olan tasarrufu muteber ve mutlak zarar (zarar-ı mahz) olan tasarrufu gayrimuteber olmakla beraber menfaat ile zarar arasında dair olan tasarrufları, velisinin icazetine mevkufen mün'akit olmak icap eder." (593) demek suretiyle, mümeyyiz küçüklerin eksik ehliyetli olduğunu ve tasarruflarının üç başlık altında ele alınması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu ayrıma göre mümeyyiz küçüğün eksik (sınırlı) fiil ehliyetine dayanarak yapacağı işlemler, kendisi için nef-i mahz (mutlak yararlı yani karşılıksız kazandırmalar), zarar-ı mahz (mutlak zararlı) ve leh ve aleyhe olması muhtemel (ivazlı iktisap) olanlar olmak üzere üç kategoride ele alınabilir.

---

(590) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. I, s. 568-569; **SERAHSÎ**, Usûl, s. 337.

(591) **SERAHSÎ**, Usûl, s. 337-338; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. I, 632.

(592) **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 186; **SENHÛRÎ**, C. IV, s. 181; **ÇEKER**, Çocuk, s. 74, 78-79.

(593) Bkz. **AKGÜNDÜZ**, Külliyat, s. 120.

Ancak burada bu tasnif türü değil, işlemi bizzat yapabilip yapamayacağını esas alan sınıflandırma tercih edilecektir. Buna göre de eksik ehliyetlilerin hukukî işlem ehliyeti, "tek başlarına yapabilecekleri hukukî işlemler", "kanunî temsilci aracılığıyla veya kanunî temsilci onaylarsa bizzat yapabilecekleri hukukî işlemler" ve "hiç yapamayacakları hukukî işlemler" şeklinde üçe ayrılarak incelenecektir.

a. Tek Başlarına Yapabilecekleri İşlemler

Eksik ehliyetliler (mümeyyiz küçükler), karşılıksız kazandırmalar ile temsilden kaynaklanan işlemleri tek başlarına yapabilirler.

aa. Karşılıksız Kazandırmalar (İvazsız İktisaplar)

Mecelle'nin 967. maddesine göre, "Sağîr-i mümeyyizin kabul-ü hibe ve hediyye gibi hakkında nef-i mahz olan tasarrufu velisinin izin ve icazeti olmasa bile mu'teberdir..." (594). Buna göre, henüz bâliğ ve dolayısıyla reşit olmamış mümeyyizler (mümeyyiz küçükler, gayrireşitler) ve aynı kategoride değerlendirilen bütün eksik ehliyetliler, nef-i mahzolan (sırf yarar olan) tasarrufları veli veya vasileri muvafakat etmese bile yapabilirler (595). Başka bir ifadeyle, eksik ehliyetliler lehine yapılan karşılıksız kazandırmaları kendisi (veli ile vasinin izin veya icazetine gerek olmadan) yapabilir (596).

Mecelle'nin 967. maddesinde mümeyyiz küçüğün hiç kimseden izin ve icazet almadan tek başına yapabileceği tasarruflardan söz edilirken "nef-i mahz olan tasarruf" ifadesi kullanılır. Bu, "mutlak yararlı tasarruf, sırf yarar olan işlem" anlamına gelir ve günümüz hukuk diliyle de «karşılıksız kazandırma» (ivazsız iktisap) olarak belirtilir.

---

(594) UVKR. m. 5, "Sağîr-i mümeyyizin kabul-ü hibe ve hediye gibi hakkında nef-i mahz olan tasarrufu velisinin izin ve icazeti olmasa bile muteberdir" ifadesiyle, Ahvâl-i Şahsiye de 485. maddedeki "mümeyyiz küçük ve matuhlardan sadır olan ve haklarında mutlak yararlı bulunan tasarrufları veli veya vasilerinin icazetleri olmasa bile muteberdir" sözcükleriyle, Mecelle'deki hükmün aynısını tekrarlamışlardır.

(595) Bugünkü hukukumuzda da aynı esas kabul edilmiştir. TMK. m. 16: "Mümeyyiz bulunan küçükler ile mahcurlar, kanuni mümessillerinin rızaları olmadıkça bizzat kendi tasarruflarıyla iltizam edemezler. İvazsız iktisapta ve münhasıran şahsa merbut hakları kullanmakta bu rızaya muhtaç değillerdir. Haksız fiillerden mütevellit zarardan mes'uldürler.". Başka bir deyişle, kanunî mümessilin iznine ihtiyaç olmayan işlemlerden bir bölümü de sınırlı ehliyetsizi borçlandırmayan veya malvarlığında bir eksilmeye yol açmayan "karşılıksız kazandırma"lardır (TMK.m.16/II).

(596) **SERAHSÎ**, Usûl, s. 346; **KÂSÂNÎ**, C. VII, s. 171; **HUDÂRÎ BEY**, s. 93; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 38; **BERKİ**, Hukuk Mantığı, s. 122; **SAVA PAŞA**, C. II, s. 168.

Eksik ehliyetlilerin hiç kimsenin rızasına gerek duymadan bizzat yapabilecekleri işlemlerin başında "karşılıksız (ivazsız) kazandırmayı amaçlayanlar" gelir. Bu anlamda karşılıksız kazandırmaya yönelik işlemden maksat, sadece eksik ehliyetliye menfaat sağlayan, buna karşılık herhangi bir yükümlülük getirmeyen işlemlerdir. Ancak bir kazanmanın karşılıksız olup olmadığı, sadece eksik ehliyetlinin malvarlığında bir eksilme meydana getirip getirmediğine veya malvarlığı üzerine bir külfet yükleyip yüklemediğine göre değil, aynı zamanda eksik ehliyetli bakımından genel olarak mükellefiyetler doğurup doğurmadığına veya mükellefiyetler doğurabilecek mahiyette olup olmadığına göre de belirlenir. Bu itibarla, ne kadar menfaatine gözükürse gözüksün, kendisine ufak da olsa bir mükellefiyet yükleyen veya yükleyebilecek olan hukukî muameleler karşılıksız kazandırma olarak kabul edilemez. Mükellefiyet (yükümlülük), verme, yapma veya yapmama şeklinde bir edim olabilir. Yani, salt bir para ödemek anlamına gelmez. Başka bir deyişle, ivazsız iktisap, sadece işin ekonomik sonucu itibariyle değil, gayrireşite yüklenen külfetler yönüyle de söz konusu olmalıdır. Eğer tasarruf niteliği itibariyle gayrireşite bir vecibe yüklüyorsa artık orada ivazsız iktisap yoktur. Zira burada kazandığı şey, bir vecibe, bir ivaz karşılığıdır. Şu halde ivazsız iktisabı, ekonomik (iktisadî) sonuçtan ziyade hukukî niteliği itibariyle belirlemek gerekir (597).

Bu tip karşılıksız işlemlere öncelikle, eksik ehliyetlinin "bağışlanan" sıfatıyla yer aldığı bağışlama (hibe) sözleşmesi örnek olarak verilebilir (Mecelle m. 853). Ancak, mümeyyiz küçüğe hibe edilen şey faydalı birşey olmalıdır (598). Eğer bağışlanan şey, iki gözü kör bir hayvan gibi bir işe yaramayan, işe yaramamakla kalmayıp onu besleme külfeti gibi menfaatinden öte masraf gerektirecek bir şey ise, küçüğün bunu kabulü geçerli olmaz. Bu durumda bağışlanan mal bağışlanana geri verilir (599). Eksik ehliyetlinin lehine yapılmak üzere, sadaka, hediye, ölü-

---

(597) İşte bundan dolayıdır ki küçük, iki tarafı borç altına sokan bir akitle iktisapta bulunamaz, mesela, âriyet alamaz, hatta faizsiz borçlanmaya da ehil sayılmaz. Gerçi bu akitlere görünüşte elverişli görünürse de sonuçta hukukî durumlarını tehlikeye sokma sakıncası olduğu gibi; bu akitler son zamanlarda iki tarafı borç altına sokan akitler grubuna sokulmuşlardır. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 355; **ATAAY**, s. 65.

(598) **ALİ HAYDAR**, C. II, s. 657, 660-661; C. III, s. 38. Ancak Hanbeliler, küçüğün bağışlamayı kabul etmesi için veli veya vasinin iznini aramışlardır. Şafiiler, hukuki işlem yapma konusunda mümeyyiz küçükleri kısıtlı kabul edip tasarruf ehliyetine sahip görmediklerinden; lehine yapılan bağışlama, kanuni temsilcinin mümeyyiz küçük adına kabulü ile geçerli olabilir.

(599) Bugünkü hukukumuzda da aynı esasın geçerli olduğu görülmektedir. TBK.m.236'da, mümeyyiz küçük veya mahcurun hibeyi kabulünün kanuni temsilcinin itirazı üzerine hükümsüz kılınabileceğini belirtilmiştir: "Medeni hakları kullanmak salahiyetinden mahrum olan kimse temyiz kudretine malik ise, bağışlamayı kabul ve bu sebeple mal iktisap edebilir. Fakat o kimsenin kanuni mümessili kendisini bağışlamayı kabulden men veya bağışlanılan şeyin iadesini emrederse bağışlama keenlemyekün veya merdut

me bağlı bir tasarrufla vaki olan teberruu kabul, vasiyet ve vakıf gibi işlemler de bağışlama gibidir (600).

Yine, eksik ehliyetliyi borçtan kurtarmayı amaçlayan ibra sözleşmesi, eksik ehliyetlinin bir alacağını güvence altına almayı amaçlayan kefalet veya garanti sözleşmesi diğer örnekler olarak sayılabilir. Aynı şekilde, eksik ehliyetli, karşı edim taahhüdünde bulunmadığı bir alacağı temellük edebilir, kendisini borç altına sokmayan tek taraflı hukukî işlemleri yapabilir. Nihayet, onun, işgal ve ihraz fiillerini de bizzat gerçekleştirmesi de mümkündür (601). Bu bağlamda, avlama, serbest bölgelerden odun ve ot toplama ve sahipsiz malı işgal etme söz konusu olabilir (602).

Bunun gibi, münhasıran eksik ehliyetli lehine inşa edilen bir tasarrufa katılma da ivazsız iktisap olarak kabul edilir. Gayrireşitin başkalarının kendi lehine vücuda getirdiği şartlardan istifade etmesi, böyle bir mukaveleye iştirakte bulunması buna örnektir. Bu tasarruf, kendisine bir borç yüklemeyince ivazsız iktisap kategorisine girer (603).

bb. Başkalarını Temsil Amacıyla Yapabileceği İşlemler

Bilindiği gibi temsilde, temsilci temsil ettiği kişi yerine hukukî muamele yapar ve bu suretle yapılan hukukî muameleden doğan haklar ve borçlar ya kendiliğinden temsil olunan şahsa ait olur ki buna doğrudan doğruya temsil denir ya da bunlar ayrıca muamele yapılmak suretiyle temsil olunan kişiye geçirilir ki bu da dolayısıyla temsildir (604).

Mümeyyiz küçük ve sefih gibi eksik ehliyetliler, kanunî temsilcisi tarafından izin verilme-

---

olur". Buna göre, sınırlı ehliyetsiz bağışlama sözleşmesini ve ifasını kabule yetkilidir. Ancak kanunî temsilci, bağışlamanın ifasını kabulden men eder veya alınan şeyin geri verilmesini emrederse, bağışlama işleminin tasfiyesi gerekir. Bağışlamanın konusu olan nesne, bizatihi ahlaka veya hukuka aykırılık doğuruyorsa, mesela eroin veya müstehcen yayın bağışlanıyorsa, esasen bağışlamanın TBK.m.20 gereğince bâtıl sayılması gerekir. Bunun yanısıra eğer hibe, kendisine bağışlama yapılan kimsenin faydasına değil, bilakis zararına ise, örneğin işe yaramaz özellikteki bir atın hibe edilmesi bu tür bir hibedir, onu masrafa sokar, kanuni temsilci bu tür hibeleri kabulden men edebilir. Kanuni temsilciye böyle bir hakkın verilmesi, ahlaki düşüncelere dayanır. Bkz. **TEKİNAY**, Kişiler, s. 217; **ÖZSUNAY**, Kişiler, s. 60.

(600) **BARDAKOĞLU**, Ehliyet, s. 536-537.

(601) **DÖNDÜREN**, Mükellef, s. 338.

(602) Bkz. **MECELLE** m. 1248-1249; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 524-526; **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 219.

(603) **MARDİN**, C. II, s. 358.

(604) Bu hususta bkz. **MECELLE** m. 1461; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 855; **ATAAY**, s. 69.

se bile, vekil olabilir (605). Vekil olmak için sadece temyiz kudretine sahip olmayı yeterli bulan ve ayrıca bulûğ şartını aramayan Mecelle, 1458. maddesinde bunu hükme bağlamaktadır: "Vekilin âkil ve mümeyyiz olması şarttır. Bâliğ olması şart değildir. Binaenaleyh sabiy-yi mümeyyiz, me'zun olmasa bile vekil olabilir. Fakat hukuk-ı akd ana aid olmayıp müvekkiline aittir".

Demek ki, eksik ehliyetli bizzat kendisi için yapamadığı hukukî işlemleri vekil olarak müvekkili adına yapabilir (606). Başka bir deyişle, vekil olan eksik ehliyetli, kendisi için ancak kanunî temsilci izin veya icazet verirse yapabileceği alım satım, nikah, talak ve dava gibi işlemleri, müvekkili için kimseden izin almasına gerek kalmadan yapabilir ve işlem müvekkili adına hüküm ve sonuç doğurur (607). Ancak alım satım akdi için kendisine vekalet verilen bir eksik ehliyetlinin akdi yaptığı kişinin muhayyerliği bulunmaz. Eğer eksik ehliyetli, mezun değilse, mebii teslim ve semeni kabz gibi akdin hukuku kendisine değil, müvekkiline; mezun ise, akdin hukuku kendisine ait olur. Fakat bir malı veresiye alması için vekil olmuşsa, yapacağı alım satım geçerlidir ancak bunun semenini müşteri ileride kendisinden değil müvekkilinden isteyebilir (608).

Görüldüğü üzere, mümeyyiz küçük kendi adına yapmış olduğu hukukî işlemlerde eksik ehliyetli kabul edilmişse de bir başkasına vekil olduğu durumlarda, vekalet ilişkisi çerçevesinde her türlü hukukî işlemi yapabilir; bu konuda bir sınırlama yoktur. Hatta başkası adına hukukî muamele yapması kendisini yetiştireceği ve şahsına yönelik bir zarar da getirmeyeceği için faydalı dahi bulunmuştur (609).

Şu halde, bir eksik ehliyetli, tasarrufu yaparken iki ihtimal söz konusudur. Ya bu tasarrufu kendi nam ve hesabına yapar ki bu durumda hukukî işlemin geçerliliği, onun yararlı, zararlı

---

(605) Malikiler, vekilin reşit olmasını ararlar. Şafiiler ise çocuğun vekil olamayacağını kabul ederler. Bkz. **BİLMEN**, C. VI, s. 320-321.

(606) Günümüz hukuk doktrininde, sınırlı ehliyetsizin kendisini borç altına soktuğu için bizzat yapamayacağı işlemleri başkalarının temsilcisi sıfatıyla yapabileceği de kabul edilmektedir (TMK.m.270, 395). Ancak, bu çözüm doğrudan (vasıtasız) temsil için amaca uygunsa da, dolaylı (vasıtalı) temsilde kabul edilmemelidir. Zira, dolaylı temsilde haklar ve borçlar önce temsilcinin şahsında doğmakta, daha sonra onun tarafından alacağın temliki ve borcun nakli hükümleri çerçevesinde temsil olunana geçirilmektedir. Bkz. **AYAN**, s. 210; **ATAAY**, s. 69; **TEKİNAY**, Kişiler, s. 219.

(607) **MAHMESÂNÎ**, C. II, s. 107-109; **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 473-474; **DÖNDÜREN**, Mükellef, s. 338.

(608) **BİLMEN**, C. VI, s. 317; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 817-818.

(609) **İBN ÂBİDÎN**, C. V, s. 95-96; **DÖNDÜREN**, Mükellef, s. 338; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 242.

veya yarar ve zarar muhtemel bir işlem olmasına göre değişir. Veya bu tasarrufu başkasının nam ve hesabına yapar ki bu durumda o kişi tarafından ya icazet verilir ya da verilmez. Eğer bu tasarruf, adına hukukî işlem yapılan kimsenin izni veya icazeti (mezuniyeti) üzerine yapılmışsa, gayrireşitin esasen yapamayacağı bir tasarruf olsa bile, müvekkili namına geçerlidir. Şayet bu tasarruf, adına hukukî işlem yapılan kişinin mezuniyeti alınmaksızın yapılmışsa, yani gayrireşit, akti, izafe ettiği kimseden izin almaksızın fuzuli olarak inşa etmişse, bu akit hak sahibi olan kimsenin icazetine mevkuf kalır. Eğer hak sahibi icazet verirse, tasarruf gayrireşitin yapamayacağı bir tasarruf olsa bile, geçerli; icazet vermezse geçersiz yani akit münfesih olur (610).

Burada mümeyyiz küçük gibi eksik ehliyetlilerin bir başkasına vekalet verip veremeyeceği (tevkil edip edemeyeceği) hususuna da değinmek gerekir (611). Bu hususta kural, "kişinin ehliyet itibariyle bizzat yapabileceği her türlü tasarruf için vekalet verebileceği"dir. Buna göre, Mecelle m. 1457 gereği, mümeyyiz küçük bağışlama gibi ivazsız iktisap sayılan işlemler için velisinin rızası olmasa bile başkasını tevkil edebilir. Alım satım ve kira gibi ivazlı iktisaplarda ise, bunları yapabilmeye mezun olduğu takdirde, başkasını bu işlemler için tevkil edebilir. Bu işlemlere mezun olmadığı halde vekil tayin etse vekalet, velisinin icazetine mevkufen mün'akid olur. Velisi bu vekalete veya küçüğün ticarette bulunmasına icazet vermedikçe nafiz olmaz. Sırf zarar olan tasarruflarda ise velisi izin verse de mümeyyiz küçüğün başkasını kendisine vekil tayin etmesi sahih olmaz (612).

---

(610) **MARDİN**, C. II, s. 382; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 39.

(611) Günümüz hukukunda ise, sınırlı ehliyetsiz bizzat yapamayacağı işlerde, başkasına temsil yetkisi de veremez. Sınırlı ehliyetsizi kanunî mümessili temsil eder. Başkasına mutlak olarak iradî temsil yetkisi verebilme ehliyeti olsa idi, bu takdirde sınırlı ehliyetsizin -koruma amacı ile- velayet ve vesayet altına konmasının hiçbir anlamı kalmazdı. Bilindiği gibi temsil yetkisi verme işlemi, tek taraflı bir işlemdir. Bu işlemin geçerliği de kanunî mümessilin muvafakatine bağlıdır. Kaldı ki önemli bazı işlemleri kanunî mümessil dahi tek başına yapamaz (TMK.m.391). Sınırlı ehliyetsiz, kanunî mümessilin izni olmaksızın vekil olamaz. Vekalet sözleşmesi dolayısı ile borç altına giremez. Yetkilendirme, vekalet sözleşmesinden bağımsız olan tek taraflı bir hukuki işlemdir. Bu yetkilendirme işlemi, sınırlı ehliyetsizi borçlandırmaz, sadece yetkilendirir. Şu halde ivazsız iktisap kavramına -kıyasen- girer ve kanuni mümessilin iznine muhtaç olunmaz. Bu konuda belirtilmesi gereken bir nokta da şudur: Bir meslek veya sanatın icrası için kendi malından çocuğa verilen nesneler varsa, bunları idare ve bunlardan yararlanma hakkı çocuğun olur (TMK.m.284). Bu nesnelerin çocuğa bırakılması, bu konuda da önceden izin verilmiş olması anlamında yorumlanır (TMK.m.284). Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 77.

(612) **BİLMEN**, C. VI, s. 316-317; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 815-816.

b. Kanuni Temsilci Aracılığıyla veya Kanunî Temsilci İzin Verirse Bizzat Yapabilecekleri İşlemler

Eksik ehliyetliler ivazlı muameleleri kanuni temsilci aracılığıyla ya da onun onayıyla yapabilirler. Başka bir ifadeyle, ivazlı işlemleri eksik ehliyetli adına kanunî temsilcisi yapabileceği gibi, kanunî temsilcinin onayıyla bizzat eksik ehliyetli de yapabilir (613).

Mecelle'nin 967 nci maddesindeki "...nef' ile zarar beyninde dâir olan ukûdu..." ifadesi ve Ahvâl-i Şahsiye'nin 486. maddesindeki "...hem yarar hem de zarara muhtemel bir akit..." sözcükleri ile ivazlı iktisap (karşılıklı kazandırma) sonucu doğuran hukukî işlemler kastedilmiştir.

İvazlı işlemler, lehde veya aleyhde olması muhtemel olan tasarruflardır. "Nefi ve zarar beyninde mütedair" akitler olarak da adlandırılan kâr ve zararla sonuçlanması eşit derecede muhtemel olan bu tür ivazlı işlemlere örnek olarak, alım-satım, kira, selem, istisna, vedia, havale, yarıcılık, rehin, nikah (614), şirket gibi akitler verilebilir (615).

Şu halde, ivazlı işlemler hem menfaate hem de zarara ihtimali bulunan tasarruflardır. Bu tür işlemlerde akdin her iki tarafının da edim yükümü altına girdiği görülür ve bunlar taraflar için yararlı veya zararlı sonuç doğurabilir. Bu tür işlemlerde velinin izni veya icazeti aranır ve muamele bu onayla geçerlilik kazanır (616).

aa. İşlemin Kanunî Temsilci Tarafından Yapılması

Alım satım ve kira gibi ivazlı iktisap sonucu doğuran işlemler eksik ehliyetlinin kanunî temsilcisi tarafından yapılmışsa, ortada herhangi bir sorun yoktur. İşlem baştan itibaren hiç kim-

---

(613) Günümüz hukukunda da aynı ayırım ve düzenleme geçerlidir. Küçük, salt yararına olan hukuki işlemleri re'sen yapabilir. Zararına olanları hiç bir şekilde yapamaz. Zarar ile yararı muhtemel olanları ise kanuni temsilcisinin izni ile yapabilir. Bkz. **ÖZSUNAY**, Kişiler, s. 59; **İMRE**, Şahıslar Hukuku, s. 381.

(614) Bugünkü hukukumuzda ise evlenme akti izin dışı sayılmıştır. Günümüz hukuku evlenmeyi insan hayatının en önemli hukukî muamelesi telakki ettiğinden ayrı bir ehliyet yaşı kabul etmiş, veli ve vasi izninin değil, hatta kazai rüştün bile bu ehliyeti sağlamada eksik kaldığını tespit etmiştir. Alman hukuku ise, iznin mezunu evlenmeye de ehliyetli hale getireceğini kabul etmişse de Alman hukukunda evlenme, kişiyi reşit kılmadığına göre bu telakki hukukî mantığa uygun değildir; bunun etkisi ebeveyn velayetini sınırlamaktan ibarettir. Fakat şimdiki hukukumuzda evlenme kişiyi reşit kılar. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 385.

(615) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 41, 43; **DÖNDÜREN**, Mükellef, s. 338; **ŞEKERCİ**, Şirketler, s. 261.

(616) **SERAHSÎ**, Usûl, s. 336; **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 474; **ARSEBÜK**, s. 263, dn. 39.

senin izin ve icazetine gerek duymadan geçerlidir (617).

İstanbul Beşiktaş şer'iye mahkemesi tarafından verilen şu karar da küçüklerin alacaklarının tahsili işlemlerinin kanunî temsilcileri tarafından yapıldığını ortaya koymaktadır: "Oldur ki Rıdvân nâm kimesnenün Ahmed nâm eytâmına kıbel-i şer'den vasî nasbolan Murad Ağa ibn Abdullah nâm kimesne meclis-i şer'de Beşiktaş sâkinlerinden Âişe Hatun ibnete Sebük Çavuş kıbelinden tasdik ve şer'an vekaleti sâbite olan zevci Mahmud Beğ ibn Abdullah nâm kimesne mahzarında ikrar ve itiraf kılub eytâm-ı mezbûrun mezbûre Âişe Hatun zimmetinde karzdan vâki on sekiz bin akçenin mezbûr Âişe nâm hatunun mü-vekkili olan Mahmud Beğ yedinden alub kabz eyledüm deyücek gıbbe't-tasdîk ve't-taleb kayd olundu" (618).

bb. İşlemin Eksik Ehliyetli Tarafından (İzin veya İcazetle) Yapılması

Eksik ehliyetlinin leh ve aleyhine olması muhtemel bulunan yani ivazlı iktisap sonucu doğuran işlemlerinin, kanuni temsilcisi tarafından değil de bizzat kendisi tarafından yapılması durumunda, bu işlemin geçerli hale gelebilmesi için kanuni temsilcinin onayına (rızasına) ihtiyaç vardır (619). Başka bir deyişle bu işlem, kanunî temsilcinin icazetine mevkufen mün'akid olur

---

(617) Bugünkü hukukumuzda da eğer işlem kanuni temsilci (yani veli veya vasi) tarafından yapılırsa mesele yoktur: İşlem geçerlidir ve bundan doğan haklar ve borçlar kendiliğinden mümeyyiz küçüğe veya kısıtlıya ait olur. Ancak kanuni temsilcinin yapamayacağı bazı işlemler de vardır: Özellikle küçüğün veya kısıtlının mallarını bağışlamak, bu mallarla bir vakıf vücuda getirmek ve küçük adına bir başkasının borcuna kefalet etmek mümkün değildir (TMK.m. 392). Bkz. **VELİDEDEOĞLU**, C. I, s. 94-95.

(618) İstanbul Şer'iye Sicillerinden Beşiktaş Mahkemesine âit 23 genel nolu serinin 12. defterinin 35. sayfasındaki ve 22 Şevval 938 (1531) tarihli bu karar için bkz. Şer'iye Sicilleri, C. I, s. 223.

(619) Günümüz hukukunda, sınırlı ehliyetsiz bizzat yapamayacağı işlemleri kanunî mümessilinin muvafakatini alarak yapmışsa işlem geçerli olur. Kanuni mümessilinin rızasını almadan kendi başına bir hukukî işlem yaparsa, genel kurala göre, bu işlemin hüküm ifade edip etmeyeceği henüz belli değildir; bu husus askıdadır. Herhalde yapılan işlemin bâtıl olduğundan bahsedilemez. Kanuni temsilci icazet verirse geçerli olacak, aksi takdirde bu hukukî işlem hüküm kazanamayacaktır. Tam ehliyetli olan karşı tarafın akitle bağlılığı, icazetin verilmesi şartına bağlıdır. Bu şart gerçekleşmezse işlem, her iki taraf için yapıldığı tarihten itibaren hükümsüz kalacaktır (TMK.m. 269 ve 394). TMK.m.394/II'de, "Diğer tarafın (ehliyetli taraf) veya hakimin belirleyeceği münasip süre içinde kanunî mümessil icazet vermezse, hukuki muamelenin hükümsüz olacağı" belirtilmektedir. Burada "askıda hükümsüzlük" yaptırımından söz edilir. Askı süresi icazet ile sona ererse, hukuki muamele baştan geçerli, icazetsiz sona ererse baştan geçersiz sayılır. Bazı işlemlerde kanun koyucu özel bir düzenleme yapmış olabilir. Mesela, kanunî mümessilin izni olmaksızın evlenme durumunda, evlenme sözleşmesi "askıda hükümsüz" değildir. "Nisbi butlan" müeyyidesi denilen yaptırım söz konusu olur. İşlem baştan geçerlidir. Evlenme ancak bozucu yenilik doğuran mahkeme hükmünün kesinleşmesi ile geçersizleşir (TMK.m.124). Bu nisbi butlan davası da ancak kanunî mümessile tanınmıştır (TMK.m.120/II). TMK.m.394-395 de sadece "vesayet altındaki mahdut ehliyetsiz" den söz edildiği halde, bu maddelerden genel olarak "mahdut ehliyetsiz" için yararlanılmasının sebebi, TMK.m.269/I'deki bu konuda bir "gönderme" (atıf)dir: "Velayet altındaki çocuk, ehliyet itibarı ile vesayet altındaki kimse gibidir. Vesayet altında bulunan kimsenin idarî muamelata iştiraki müstesna olmak üzere, vasî marifetiyle temsile müteallik hükümler velî hakkında da takbik olunur". Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 74-75; **TEKİNAY**, Kişiler, s. 216.

(620). Örneğin, bir mümeyyiz küçük izinsiz olarak bir mal satsa, değerinden fazlaya satmış olsa bile satım akdinin nefâzı (geçerliliği) velisinin icazetine mevkuftur. Mecelle'nin 967 nci maddesi bu hususu belirtmektedir: Mümeyyiz küçüğün "...nef' ile zarar beyninde dâir olan ukûdu velisinin icazetine mevkûfen mün'akid olur. Velisi dahi icazet verip vermemekte muhayyerdir. Şöyle ki sağîr hakkında faydalı görürse mücîz olur, görmezse olmaz". UVKR'nun 5. maddesinde de aynı hüküm belirtilmiştir (621). Ancak belirtmek gerekir ki, eksik ehliyetlinin yapmış olduğu sırf zarar olan tasarrufların icazetle geçerli hale getirilmesi mümkün olmadığı gibi, bunu, kanunî temsilcisi eksik ehliyetli adına da yapamaz (622). Kanunî temsilcinin izin verdiği mümeyyiz küçük "mezûn mümeyyiz" veya "sağîr-i mezun"; izin vermediği ise "mahcur" adını alır (623).

aaa. İzin ve İcazet Kavramı

Küçüğün yaptığı hukukî işleme kanuni temsilcinin göstereceği rıza, işlemin yapılmasından önce açıklanırsa «izin», işlemin yapılmasından sonra açıklanırsa «icazet» adını alır (624). Önceden verilen izne dayanılarak yapılan işlemler, sözleşme tarihinden itibaren geçerli ve bağlayıcıdır. İzinsiz yapılanlar ise, Ebû Hanife ve İmam Malik'e göre, kanuni temsilcinin icazet anına kadar bekletilir. İcazet verilirse, yine sözleşme tarihinden itibaren geçerli; verilmezse de geçersiz kabul edilir. Başka bir deyişle, icazet verilinceye kadar akit nâfiz değil, mevkuftur (askıda-

---

(620) **SERAHSÎ**, Mebsût, C. IV, s. 226; **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 474; **MAHMESÂNÎ**, C. II, s. 361; **MECELLE**, m. 967; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 38-44; **MARDİN**, C. II, s. 372; **WAINES**, s. 94.

(621) Ahvâl-i Şahsiye'nin 486. maddesinde ise aynı hüküm farklı ifadelerle kaleme alınmıştır: "Mahcur olan mümeyyiz küçük veya matuh, hem yarar hem de zarara muhtemel bir akit icra ettiklerinde, bu akdin muteberliği (nefazı) veli veya vasilerinin icazetine bağlı (mevkuf)tur. Eğer icazet verirler ve de küçük hakkında faydalı olduğundan icazete kabilse geçerli olur. İcazet vermezler veya icazet verdikleri halde küçük hakkında mutlak zarar olduğundan icazete kabil değilse asla mu'teber değildir".

(622) Bugünkü hukukumuzda ise, bazı istisnalar göz önüne alınmazsa, sırf zarar olan tasarruflar da veli veya vasinin icazetiyle geçerli hale gelebilir. Bu tasarruflardan yalnız üç akit istisna edilmiştir: hibe, vakıf, kefalet. Bunlarda izin ve icazet geçerli olmadığı gibi bunları kanunî temsilcinin küçük hesabına kendisinin bile yapması mümkün değildir. Bu üç aktin dışındaki iltizamî akitler icazetle geçerli hale gelebilirler. Ancak bu üç istisnanın da istisnaları vardır: a- Mutat hediyelerin izin ile nefazı kabul edilmiştir. Örneğin, mümeyyiz küçük arkadaşına doğum günü hediyesi verdiğinde "sen hibe aktini yapmaya ehliyetli değilsin" diyerek bu tasarrufu batıl kılmakta isabet yoktur. b- Eksik ehliyetlinin kızına verdiği cihaz da muteberdir. c- Aileye menfaat sağlayacak olayda hakimin belirlediği özel vasinin izniyle küçüğün babasına kefil olması da geçerlidir. Günümüz hukukunda zararı mahzolan tasarruf anne babanın lehine ise hakimin tasdiki şartıyla geçerlidir. d- Mümeyyiz küçüğe anne babasını, füruunu, kardeşlerini infak gibi manevi bir vazife yöneldiğinde bunları yapması da hibe sayılmamıştır. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 377-379.

(623) **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 74; **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 20-21; **DÖNDÜREN**, Mükellef, s. 338.

(624) **MEVSILÎ**, C. II, s. 94, 100.

dır) (625). Kanunî temsilcinin icazet vermemesi durumunda akdin yaptırımı infisah halidir (626). Eksik ehliyetli, icazete gerek duyan işleme kendisi reşit olduktan sonra da icazet verebilir (627).

İzin, yenilik doğuran tek taraflı bir işlemdir. İcazetle de işlem yapıldığı andan itibaren geçerlilik kazanır. Fakat nitelik olarak her ikisi de aynı şeydir (628).

İzin, izin vermeye yetkili olan kimsenin mümeyyiz küçüğe, "sen artık kendi malınla ticaret yapabilirsin, sana izin verdim" gibi sözleriyle sarih olarak verilebileceği gibi, küçüğü alışveriş yaparken görüp de ses çıkarmama (629), men etmeme şeklinde delaleten (zımnî olarak) da verilebilir (630).

Mecelle de bu hususu şu sözcüklerle ifade etmiştir: "İzin sarahaten olduğu gibi delâleten dahi olur. Meselâ, bir sağîr-i mümeyyizi velisi alışveriş ederken gördükde sükût edip de men' etmese delâleten izindir" (m. 971). Bu susma ve men etmeme, söz konusu tasarruf hakkında bir icazet değil, daha sonra yapacağı tasarruflar için bir izindir (631); kanunî temsilci suskun kaldığı bu işleme icazet vermekte veya feshetmekte muhayyerdir (632). Başka bir ifadeyle, bu izin o akte ilişkin değil, ondan sonra yapılacak benzer işlemlere izindir. Bu sebeple, işlem yine mevkuf bir işlemdir, ayrıca özel izin aranır (633). Belirtmek gerekir ki, eski hukukumuz açısından iznin sonucu rüşt

---

(625) Ahmed b. Hanbel'e göre, mümeyyiz küçük bu nevi işlemleri ancak önceden kanuni temsilcisinin iznini almak suretiyle yapabilir. Bu alınmamışsa icazetle hukukî işlem geçerlilik ve işlerlik kazanamaz. İmam Şafii ise, kanuni temsilcinin yapabileceği bu nevi hukukî işlemleri, mümeyyiz küçüğün ne izinle ne de icazetle yapabileceği görüşündedir. Bu işlemleri onun adına kanuni temsilci yapabilir. Bkz. **SENHÛRÎ**, C. IV, s. 181.

(626) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 41; **MARDİN**, C. II, s. 360.

(627) **MARDİN**, C. II, s. 372; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 39.

(628) **MEVSILÎ**, C. II, s. 94; **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 74; **MARDİN**, C. II, s. 360.

(629) Kural olarak sükut bir anlam ifade etmez ama konuşulması gereken yerde sükut, ikrar, tasvip ve tasdik anlamına gelir ki, Mecelle m. 67 "Sâkit'e bir söz isnad olunmaz. Lâkin ma'rız-ı hâcette sükût beyandır. Ya'ni, sükût eden kimseye şu sözü söylemiş oldu denilmez, lâkin söyleyecek yerde sükût etmesi ikrar ve beyan addolunur." ifadesi bunu açıklamaktadır. Ayrıca bkz. **DAMAD**, C. II, s. 446; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 47; **MEVSILÎ**, C. II, s. 100.

(630) Ancak İmam Züfer'e göre delaleten izin söz konusu olamaz. Bkz. **MEVSILÎ**, C. II, s. 100; **DAMAD**, C. II, s. 446; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, s. 361.

(631) **DAMAD**, C. II, s. 446; **KADRİ PAŞA**, m. 487-488; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 49-50.

(632) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 50.

(633) Bugünkü hukukumuzda mümeyyiz küçüğün borçlandırıcı tasarrufuna veli veya vasinin sessiz kalması zımnî izin olduğundan bu akit nafizdir (mevkuf değildir), ayrıca bunun için icazet aramaya gerek yoktur. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 361, 382.

değil sadece bazı tasarrufları nâfiz olarak yapabilme yetkisidir (634). Delaleten izin ise, ancak hakim dışındaki kanuni temsilciler için söz konusudur. Zira hâkimin sükûtu delaleten izin değildir, hakimin tasarrufu kaza ve hüküm yoluyladır, hüküm ise sükût ile vücut bulmaz (635). Buna göre, hakimin mümeyyiz küçüğü alışveriş yaparken görüp de sükut etmesi yani onu alışverişten men etmemesi, izin manasına alınmaz (636).

bbb. İznin Niteliği

Doktrindeki çoğunluğa (Hanefi, Maliki ve Hanbeliler) ve Mecelle'ye göre "İzin; hacri fekketmek ve hakk-ı men'i iskat eylemekdir..." (m. 942). Kişi üzerindeki kısıtlamanın kaldırılması ve yasaklamanın sona erdirilmesi anlamındaki bu izin ile çocuğun üzerinden hacir nisbeten kalkar ve ticari muamelelerinde, hacrin kalktığı ölçüde başkasının icazetine bağlı kalmaz, serbest hareket edip kendisi karar verebilir (637).

İmam Züfer ve Şafii tarafından ileri sürülen diğer görüşe göre ise izin, tevkil (vekalet verme) den ibarettir. Bu iki farklı görüşün sonucu şudur: Hacrin kalkması olarak kabul edilirse izin, süre, yer (zaman, mekan) ve belirli işlemlerle (bir nevi ahz ve ita ile) sınırlandırılamaz. Ama izin vekalet olarak kabul edilirse, süre, yer ve belirli işlemlerle sınırlandırılabilir (638).

Mecelle'nin "Sağîr-i mümeyyizi tecrübe için malının bir mikdarını velisi kendisine teslim ile ahz ve i'taya izin verebilir. Ve rüşdü tahakkuk ederse bâkî emvalini dahi kendisine def' ve teslim eyler." şeklindeki 968. maddesi ile "Bir sağîre velisi tarafından izin verildikde taht-ı izinde dahil olan hususatda bâliğ menzilesinde olur. Ve bey' ve icâre gibi ukûdu mu'teber olur." anlamındaki 972. maddesi hükümlerinden, mümeyyiz küçüğün denenmesinin yararlı olacağı ve bundan olumlu bir sonuç alınması halinde mezunun tam ehliyetli kabul edilebileceği ortaya çıkmaktadır. Şu halde, ticaret için kendisine

---

(634) Halbuki günümüz hukukunda gelecekte yapılacak tasarruflar hakkında etkili izinleri veli değil, mahkeme verir. Bu açıdan olayda susmak yalnız o akit hakkında icazeti ifade eder. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 361.

(635) Şimdiki hukukumuzda veli ve vasilerde genel izin (izn-i âm) verme hakkı yoktur. Bunu ancak hakimler verebilir. Veli ve vasinin izni, özel izindir (izn-i has). Yani borçlandırıcı işlemlerin her birine ayrı ayrı izin ve icazet verirler. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 383.

(636) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 50.

(637) **DAMAD**, C. II, s. 445; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 6-7; **MEVSILÎ**, C. II, s. 100; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, s. 359.

(638) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 7, 48.

izin verilen mümeyyiz küçüğün hal ve hareketlerinde makulluk görülür ve alışverişlerde reşit olan normal bir insan gibi davrandığı tespit edilirse, rüştü tahakkuk etmiş olur ve diğer malları da kendisine teslim edilir (639).

Hanefi ve Maliki mezhepleri, mümeyyiz küçüğe izin verilebileceğini ileri sürerlerken, Şafii mezhebi ile Hanefilerden İmam Züfer buna karşıdırlar (640). Hanbelilerden ise, konuya, İbn Kudame gibi olumlu yaklaşanlar olduğu gibi olumsuz bakanlar da vardır (641).

ccc. İznin Geçerlilik Şartları

İznin geçerli olabilmesi için dört şart aranır. Bunlar, mezunun mümeyyiz (âkıl) olması, tasarrufu kastedebilmesi ve mezun edildiğini bilmesi ile izin verenin izin verme yetkisinin bulunmasıdır. Bu bağlamda gayrimümeyyiz küçük ile mecnûna izin verilemeyeceği, küçüğün mezun edildiğine ilişkin bilgisi olmadıkça mezun sayılmayacağı ve yetkili kanunî temsilci dışında birinin (örneğin kardeşi veya annesinin) izin vermesi halinde bunun hükümsüz olacağı söylenebilir (642).

Kanuni temsilci tarafından icazet verilerek geçerli kılınan hukukî işlemlerin geçerliliği için hukukî işlemde fahiş bir aldanmanın (gabn-i gahiş) bulunmaması gerekir. Gabn-i fahiş bulunduğunda, işlem tamamen aleyhte olan işlemler grubunda yer alır ve baştan itibaren geçersiz sayılır. Hukukî işlem yapması için izin verilen mezun küçüğün işlemlerinde ise gabn-i fahiş bulunabilir; bu, ticaretin kaçınılması mümkün olmayan bir sonucudur. Yeter ki bu gabn-i fahiş, aldatma (tağrir) sonucu olmasın (643). Ebû Yusuf ve İmam Muhammed ise, bu tür işlemlerde de, ister karşı tarafın aldatması sonucu olsun ister olmasın, gabn-i fahişin bulunmaması gerektiği görü-

---

(639) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 44.

(640) İzin verilmesine taraftar olanlar, "yetimleri evlenme (bulûğ) çağına varıncaya kadar (doğru muamelede bulunup bulunmadıklarını anlamak için) deneyin. Eğer kendilerinde rüşt hali görürseniz onlara mallarını teslim edin..." (Nisa, 6) anlamındaki ayeti gerekçe olarak gösterirler. Bunlar, rüştten önce çocuğa alışveriş yaptırılacağını ve bunun da ancak vasinin izniyle geçerli olacağını belirtirler ki, zaten iznin de bundan ibaret olduğunu söylerler. İzni kabul etmeyenler ise, izin verilecek çocuğun mükellef olmadığını dolayısıyla gayrimümeyyize benzediğini ve gayrimümeyyize de izin verilerek reşit muamelesi yapılamayacağını belirtirler. Bkz. **MEVSILÎ**, C. II, s. 100; **İBN KUDÂME**, C. IV, s. 272; **MAHMESÂNÎ**, C. II, s. 361.

(641) Bkz. **KÂSÂNÎ**, C. VII, s. 171, 173, 191; **İBN KUDÂME**, C. IV, s. 272; **MAHMESÂNÎ**, C. II, s. 361.

(642) **MECELLE** m. 974; **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 75; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 8.

(643) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 41, 48; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 241-242.

şündedir (644). Burada belirtilmesi gereken husus, izin verilen küçüğün, malını aşırı zararla satması geçerli kabul edilirken, izin alınmadan aşırı zararla yapılan alım-satım işlemine veli tarafından icazet verilmesinin geçersiz olacağıdır (645).

Burada şöyle bir ihtimal de hatıra gelebilir. Mümeyyiz küçüğün yapacağı fakat geçerliliği (nefazı) için velinin icazetinin gerekli olduğu bir tasarruf, bu tasarrufa izin verecek veli ile yapılmışsa bunun hükmü ne olmalıdır? Eski hukukumuzda babanın ve babanın bulunmaması halinde baba-dedenin, durumlarının iyi olması halinde, aktin iki tarafını temsil (tevelli) etmeleri esası kabul edilmiştir. Dolayısıyla, velayetleri altında bulunan küçüğün malını kendileri için satın alabilirler ve kendi mallarını da küçüğe satabilirler. Bunun için ne hakimin iznine ne de açık bir menfaatin gerçekleşmesine gerek vardır (646). Hatta tasarrufta gabni yesir olması bile buna engel değildir. Demek ki baba ve baba-dede, küçüğün malını beşte bir nisbette olmayan bir noksanla (gabinle) alsalar akit yine geçerli olur. Fakat gabnin fahiş derecesine cevaz verilmemiştir. Uygulamada, küçüğün malının fahişen noksan bir bedel ile satılmasını bâtıl kabul eden görüş esas alınmıştır. Bu ayrıcalıktan söz konusu veliler dışında, vasiyi muhtar da ancak açık bir menfaatin varlığı durumunda yararlanabilir. Görüldüğü üzere, babanın (baba-dedenin) ve vasiyi muhtarın bu durumu "âkitte taaddüt" şartının bir istisnası olup söz konusu kişi hem icabı ve hem de kabulü söylemektedir (647).

Aktin mevkuf (askıda) olarak kurulması diğer âkidin ve üçüncü kişilerin durumunu zorlaştırabilir, şüphede bırakabilir. Bu zorluğu ortadan kaldırabilmek için öncelikle kanunî temsilciden, izin vererek mümeyyiz küçüğü mezun kılması beklenir. Kanuni temsilci tarafından izin verilerek eksik ehliyetlinin ehliyetinin genişletilmesi hem bu tür kimselerin bazı hukukî işlemleri

---

(644) **ZERKA**, C. II, s. 549-550; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 48.

(645) **KÂSÂNÎ**, C. VII, s. 201; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 41; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 186.

(646) Açık (zahir) menfaat için oran, menkullerde yarım misli, gayrimenkullerde ise iki misli kıymettir. Buna göre, mümeyyiz küçüğün yüz liralık menkul malını yüz elli liraya ve yüz milyonluk gayrimenkulünü de iki yüz milyona satın almak gibi. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 381.

(647) Vasiyi mansup (atanmış vasi) için ise aktin iki tarafını temsil ayrıcalığı yoktur. Belirtilen açık yararı (menfaati) gösterse bile aktin iki tarafını temsil edemez.

Bugünkü hukukumuz bu noktada adeta bir devrim yapmış, velileri aktin iki tarafını temsil ayrıcalığından kurtarmıştır. Hâkim bu tür tasarruflar için vasi tayin eder, veli de ancak bu vasi marifetiyle kendini ilgilendiren akti yapabilir. Bununla beraber günümüz hukukunda da aktin iki tarafını bir adamın temsil ettiği hadiseler mevcuttur. Örneğin, bazen vekil aktin iki tarafını temsil edebilir. Halbuki eski hukukumuzda vekilin aktin iki tarafını temsil etmesine imkan tanınmamıştır. Bu ancak, baba, büyük baba, vasiyi muhtar için bir ayrıcalık olarak görülmüştür. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 381.

yapmasına ihtiyaç duyulması açısından gerekli görülmüş, hem de eksik ehliyetlileri geleceğe hazırlama hedefine yönelik bulunmuştur (648). Eksik ehliyetliye izin verildiğinde, tüccar, mezun kimseyle hukukî işlemler yapabileceğini öğrendiği gibi, eksik ehliyetliler (mümeyyiz küçük, köle, matuh ve sefih) de, ivazlı işlemler yapmak, mal kazanmak ve kâr sağlamak yollarını elde etmiş olurlar (649).

ddd. İzni Verecek Makam

Mecelle m. 968'deki, "Sağîr-i mümeyyizi tecrübe için ... velisi kendisine ... izin verebilir." ve m. 972'deki "Bir sağîre velisi tarafından izin verildikde..." ifadelerinden de anlaşıldığı üzere, mümeyyiz küçüğe izni verecek olan kişi, onun velisidir. Eğer izin verilecek kimse köle ise, bu durumda izni verecek olan da efendidir. Bu durumda, vasi olmayan akrabada (hatta annede) izin verme yetkisi yoktur (650). Mamafih veli izin vermezse, küçük, hakimden de izin alabilir. Zira Mecelle, "hâkim bir sağîr-i mümeyyizin tasarrufunda menfaat gördüğü halde andan mukaddem olan velî izinden imtina' etse hâkim bu hususta ol sağîre izin verebilir. Ve diğer velisi artık anı hacredemez." (m. 975) hükmüyle bunu ifade etmektedir. Ancak hakimin izin vermesi ya 974. maddede sayılan kanunî temsilcilerden birinin olmaması durumunda ya da 975. madde de belirtildiği gibi kendisinden önceki kanunî temsilcilerin izin vermekten kaçınması halinde söz konusu olabilir (651). Fakat Mecelle m. 977 gereği hakimin verdiği izni, yine aynı hâkim veya halefi geri alabilir; velisi hakimin ölüm ya da azli üzerine izni geri alamaz (652).

Şu halde daha genel ifadeyle, çocuğun malında tasarrufta bulunmaya yetkili olan kimse kim ise, izni de o verebilir. Çocuğun malında tasarrufta bulunmaya yetkili kişi, kanuni temsilci olduğuna göre, izni de kanuni temsilci (veli veya vasi) verecektir (653). Ancak anne -hâkim

---

(648) **MARDİN**, C. II, s. 372; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 242.

(649) **MEVSILÎ**, C. II, s. 100.

(650) Bkz. **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, s. 478-479; **MARDİN**, C. II, s. 373; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 8.

(651) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 67.

(652) **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 72.

(653) Kanuni temsilcinin kimler olduğu da Mecelle'nin 974. maddesinde sayılmıştır: "Sağîrin bu babda velisi evvelâ babası, sâniyen, babası fevt olmuş ise vasîyy-i muhtarı yani babasının hal-i hayatında ihtiyar ve nasb etmiş olduğu vasî, sâlisen, vasiyy-i muhtar dahi vefat ederse, anın hal-i hayatında nasb eylediği vasî, râbian, cedd-i sahihi yani sağîrin babasının babası yahut babasının babasının babası, hâmisen, işbu ceddin hal-i hayatında ihtiyar ve nasb eylemiş olduğu vasi, sadisen ol vasînin nasb eylediği vasi, sâbian hâkim yahut vasiyy-ı mansûbu ya'ni hâkimin nasb eylediği vasîdir. Amma kardeş, amca vesâir akraba-

tarafından vasi nasbedilmiş olmadıkça- izin veremez, zira velayet silsilesinde annenin müstakil bir yeri yoktur, ancak hâkim tarafından vasi nasbedildiği takdirde yetkiyi haiz olur (654). Denilebilir ki, izin verecek kimse, mümeyyiz küçükte ve matuhta ilk derecede veli, vasi ve bunların sebepsiz sakınmaları halinde hakimdir. Sefih ve medyunda ise ancak hakimdir; veli ve vasilerin izin verme hakkı yoktur. Köleye de efendisi (mevlası) tarafından izin verilebilir (655).

eee. İznin Kapsamı

Hanefilere ve bu arada Mecelle'ye göre, kanunî temsilci tarafından verilen izin, hacrin kaldırılması olduğundan (vekalet verme –tevkil- olmadığından) dolayı sınırlandırmayı kabul etmez (656). Buna göre izin, süre, yer ve hukuki işlem türü bakımından herhangi sınırlandırmaya tabi olmaz yani geneldir. Bunun sonucu olarak da mezun, tekrar hacredilinceye kadar, evlenme de dahil olmak üzere, sırf zarar olmayan her tür işlemi yapabilir (657). Hatta, özel izin verilmiş olsa bile bu genel izin sayılır: "Velinin izni zamân ve mekân ve bir nevi ahz ve i'ta ile takayyüd ve tehassus etmez. Meselâ, bir gün yahut bir ay için izin verse sağır-i mümeyyiz alel-ıtlak mezun olup velisi anı hacir etmedikçe müebbeden mezun kalır. Ve keza filân çarşıda alışveriş et dese her yerde ahz ve i'taya mezûn olur. Kezalik filân cins malı al sat dese her cins emvali alıp satabilir" (m. 970). İzni köleler için kabul eden Şafiiler ile Hanefilerden İmam Züfer'e göre ise izin bir vekalet verme kabul edildiği için için süre, yer ve hukuki işlem türü yönünden sınırlanabilir (658).

Mecelle'ye göre, bir sınırlandırma yapılsa bile eksik ehliyetli (mümeyyiz küçük ve matuh)

---

nın vasî olmadıkları halde izin vermeleri câiz olmaz". Şu halde, eski hukukumuzun akitlere icazet verecek veliler için kabul ettiği silsile önceki sonrakini iskat etmek üzere sırasıyla şöyledir: 1- Baba, 2- Babanın vasiyi muhtarı, 3- Vasiyi muhtarın vasiyi muhtarı, 4- Babanın babası, 5- Babanın babasının vasisi, 6- Bu vasinin vasisi, 7- Hâkim veya vasiyi mansubu. Bkz. **MEVSILÎ**, C. II, s. 100.

(654) Bugünkü hukukumuzda ise ana da izin verebilir. Ana, baba varken müşterek, yokken müstakil velayet hakkını haizdir ve bu hak ana ve babadan başkasına da tanınmış değildir ve hacirden sonra da velayet bunlara döner. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 384.

(655) **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 74.

(656) Bkz. **MEVSILÎ**, C. II, s. 100-101; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, s. 366-367.

(657) Bugünkü hukukumuzda ise kanuni temsilci için yalnız özel izin söz konusudur; genel izin söz konusu değildir. Bu sebeple izin, sınırlandırmayı kabul eder. Sulh hakimi tarafından mümeyyiz küçüğün bir meslek veya sanatla iştigaline dair verilen izinde mezun yalnız o mesleğin zorunlu sonucu olan tasarrufları yapabilir, diğer tasarruflar için yine izin almak zorundadır. Örneğin, terziliğe mezun kılınan, kumaşı, âlât ve edevatı satın alabilir, fakat diğer bir terziye kefalet edemez. Zira kefalet, sanatının zorunluluklarından değildir. Keza davacı ve davalı da olamaz, vasinin kendisini temsil etmesi gerekir. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 382-383.

(658) **MAHMESÂNÎ**, C. II, s. 108-109; **ZERKA**, C. II, s. 551; **ÇEKER**, Çocuk, s. 45.

her tür ticareti yapabilir, mal rehnedebilir, hatta fahiş gabin ile alım satım sözleşmesinde bile bulunabilir (659). Bunun gibi izin süreli verilmiş olsa bile yeniden hacrolunmadıkça mezun olarak kalır.

Mecelle m.969'a göre, mümeyyiz küçüğün kanunî temsilcisi tarafından çarşıdan (pazardan) bir şeyi almak üzere gönderilmesi durumunda, bu izin değil belirli bir konuda istihdamdır (660). Bunun izin değil de tevkilen istihdam sayılması için iki şartın bulunması aranır. Bunlardan ilki, kanunî temsilcinin verdiği paranın az olup da bir defa satın almakla işin bitirilmesi; diğeri ise, yalnız bir akit yapmasını emretmesi ve bunun şartlar itibariyle mümkün olması (661).

Mecelle m. 969'a göre, "ribih kasd olunduğuna delalet eden akd-i mükerrerler ahz ve i'taya izindir...". Eski hukukumuza göre izin, ticaretten sayılan muameleleri hedeflediğinden kâr ve yarar kastı ölçü kabul edilir; mezunun yaptığı aktin ticari iş ve işlemlerden olup olmadığı ayrı ayrı araştırılarak hukukî niteliği tespit edilir (662). Örneğin, beyi (satım), selem, icare, tevkil, rehin, şirket -mufavaza kısmı müstesna-, ikraz, istikraz, husumet, yemin, yeminden nükûl, âriyet, daha sonra elde edilecek bir menfaat için teberru ve hibe gibi işlemler, sonuçta bir menfaat temini umulduğundan ticari iş ve işlemlerden sayılır. Mezunun -evvelki zamana ait değil- mezuniyeti zamanındaki ikrarı da ticari işlemlerdendir (663).

Bir muamelenin ticari iş ve işlemlerden olup olmadığının tespitinde göz önünde bulundurulması gereken husus, tasarrufun çeşit ve niteliğidir. Yoksa küçüğün tasarrufunun kendisine gerçekten bir yarar sağlamış olmasının veya olmamasının önemi yoktur. Örneğin, küçük kendine ait bir malı, değerinden fazla bir fiyat ile satsa, bu tasarruf, velinin iznine bağlıdır. Bu alış verişte çocuğun kâr edişinin bir etkisi yoktur. Çünkü alış veriş, niteliği itibariyle faydalılık ve

---

(659) Fahiş gabin ile alım satımın cevazı Ebû Hanife'ye göredir; çünkü küçük izinle bâliğ hükmünde olmuştur; baliğin fâhiş gabinle bey'i de sahihtir. İmameyne göre ise sahih değildir; çünkü ticaretten maksat kazançtır, yoksa itlaf ve teberru değildir. Bunun yanısıra, bizzat velinin fahiş gabin ile bey'i sahih olmaz. Bkz. **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 74; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 48.

(660) Bkz. **MECELLE** m. 969; **DAMAD**, C. II, s. 445; **ZERKA**, C. II, s. 552; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 45-46.

(661) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 46.

(662) Bugünkü hukukumuz ise, kanuni temsilcinin icazetine bağlı olan işlemleri, ticari iş ve işlemlerden sayılıp sayılmadıkları hakkında bir incelemeye tabi tutmaz. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 384-385.

(663) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 41-44, 51-58.

zararlılık arasında değişiklik gösterir tasarruflardandır (664).

Fahiş bir noksanla (gabn-i fahiş ile) yapılan aktin (örneğin alım satımın) ticari iş ve işlemlerden sayılıp sayılmayacağı hususu tartışmalıdır. Doktrindeki çoğunluk, bunu ticari işlemlerden kabul etmez. Azınlıktaki görüşe göre ise, bu tür bir satış da ticari işlemlerdendir. Mecelle, maddeyi ve tasarrufu mutlak bıraktığı için mahkemelerde uygulama da azınlığın görüşü yönünde olmuştur. Eğer çoğunluğun görüşü kabul edilseydi mezunun bu suretle vaki bey'ini bâtıl, icaresini fâsit kabul etmek gerekirdi (665).

Eski hukukumuzda izin ve icazetin bulunmadığı durumlarda alınan ve verilen şeyler hakkında uygulanacak kurallar iyiniyet ve kötüniyete göre değişmez; kurallar aynı şekilde uygulanır. Buna göre, diğer âkidin elinde mevcutsa ondan, başkasına geçmişse eline geçen kişiden alınır (666).

Mezun kişi, Mecelle m. 972'de ifade edildiğine göre, "...taht-ı izinde dahil olan hususatda bâliğ menzilesinde olur. Ve bey' ve icâre gibi ukûdu mu'teber olur". Buradaki bulûğdan maksat rüşttür (667). Mümeyyiz küçüğe göre daha fazla tasarruf yetkisine sahip olan mezun mümeyyiz küçük, sırf yararına olan tasarruflardan başka kendisine yararı ve zararı olması muhtemel tasarrufları (ivazlı muameleleri) de yapabilir (668). Mezun mümeyyiz küçüğün sadece sırf zararına olacak işlemleri yapma yetkisi yoktur. Dolayısıyla, evlenemez, kölelerini evlendiremez (669), kölesi ile

---

(664) **ZEYDAN**, Usûl, s. 98, dn. 1.

(665) **MARDİN**, C. II, s. 385; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 41 dn. 1, 51-52.

(666) Bugünkü hukukumuzda ise, izin ve icazetin bulunmadığı durumlarda, alınan ve verilen şeyler hakkında uygulanacak kurallar iyiniyet ve kötüniyete göre değişir. Örneğin, mümeyyiz küçüğün değil de, diğer âkidin elinde akde konu olan mal duruyorsa geri alınır. Mal durmuyorsa, bakılır: İyiniyetliyse o şeyin yalnızca kıymetini, kötüniyetliyse mümeyyiz küçüğün yoksun kaldığı kâr da dahil olmak üzere bütün zararlarını tazmin eder. Mümeyyiz küçük, iyiniyetle hareket eden üçüncü kişiye karşı takip hakkını kullanamaz, bu noktada gayrimümeyyizden farklıdır. Mümeyyiz küçüğün elindeki «ayn»a gelince, eğer mevcutsa, iade ettirilir; değilse, iyiniyetli olup olmamasına göre hareket edilir. Eğer iyiniyetli ise o mal kendi malında ne kadar fazlalaşma yapmışsa onu iade eder, fazlalaşma meydana gelmemişse bir şey ödemez. Kötüniyetli ise, artık yararlanıp yararlanmadığına bakılmaksızın diğer tarafa verdiği zararların tamamını tazmin eder. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 386.

(667) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 70; **ÇEKER**, Çocuk, s. 99.

(668) **REŞİD PAŞA**, C. V, s. 191-192; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 51.

(669) Ebû Yusuf'a göre kölelerini evlendirebilir. Bkz. **MEVSILÎ**, C. II, s. 102; **DAMAD**, C. II, s. 448.

mükatebe akdi yapamaz, kölesini azat edemez, borç (karz) veremez (670), bağışta (hibede) bulunamaz, sadaka veremez, başkasının borcuna kefil olamaz (671).

Mezun küçük için, alım satım, selem, icare, başkasına vekalet verme (m. 1457), rehin ve irtihan (m. 708), tecil-i deyn (alacağını bir seneden az veya çok bir müddetle tecil ve imhal edebilmesi, m. 1539) , âriyet alma ve verme (m. 809), müsâkât (m. 1443), müzaraa (m. 1433), mudarebe, vedia (m. 1408), şirket-i inan, istikraz gibi akitleri ve tohum alıp kendi tarlasına ekme, ikrar etme (m. 1573), davacı ve davalı olma, kendisinden bir şey dava edildiğinde yemin teveccüh edince yeminden nükul etme, simit ve çörek gibi kolay yiyeceklerden hibe ve hediye etme, ayıp sebebiyle semen-i mebii tenzil etme gibi hususlar geçerli olur (672).

Burada eski hukukumuzdaki genel izin (izn-i âm) ile bugünkü hukukumuzdaki kazâi rüşt müesseselerini karşılaştırmak yararlı olabilir.

Herşeyden önce bugünkü hukukumuzda rüştün kriteri, yaştır. Yaş ile gerçekleşen rüşt asıldır. Evlenme rüştü ve kazaî rüşt bu açıdan, isnistai niteliktedirler. Eski hukukumuzda ise hem kanunen belirli bir rüşt yaşı hem de yaş ile gerçekleşen bir genel izin de yoktur. Gerçi eski hukukumuzda bazı hususlar için belirli yaşlar vardır: a- Eytam sandığı mahfuzatının, bâliğ kişiye iadesi için yirmi yaşın tamamlanması aranmıştır. Bu suretle bulûğdan sonra da mahkemede mahfuz malları üzerinde baliğin tasarrufu muteber tutulmaz. Fakat etkisi yalnız bu kısım mallarla sınırlı kaldığı için bu yaşı bir rüşt yaşı olarak kabule imkan yoktur. Bugünkü hukukumuzda da, bazı tasarruflar için kabul edilen özel yaşlar rüşt yaşı olarak kabul edilmemiştir. b- Ticaret için de yirmi yaşın ikmali aranmıştır. Zira on sekiz yaşını bitirenlerin tacir sıfatını ihraz edebilmeleri bazı şart ve kayıtların gerçekleşmesine bağlıdır. Demek reşit olan bâliğ Mecelle'ye göre tam ehliyet sahibi iken tacir değildir. c- İhtida (müslüman olma) için de yirmi yaşın tamamlanması aranmış, yalnızca bulûğ bu tasarruf için yeterli görülmemiştir (673).

İkinci olarak, bugünkü hukukumuzda izin, rüştü gerektirir ama eski hukukumuzda rüştü

---

(670) Bazı hukukçulara göre mezun mümeyyizin ikrazı geçerli, bazılarına göre ise geçersizdir. Bkz. **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 54.

(671) **DAMAD**, C. II, s. 448-449; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. VI, s. 90; **ÇEKER**, Çocuk, s. 97.

(672) Bkz. **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 51-58; **DAMAD**, C. II, s. 447-448; **MEVSILÎ**, C. II, s. 101.

(673) **MARDİN**, C. II, s. 368.

gerektirmez, yalnız bir kısım tasarrufların nâfiz olmasını sağlar. Başka bir deyişle, yarar ve zarar ihtimali olan tasarrufları mevkufiyetten (askıda kalmaktan) kurtarır. Demek ki, bugünkü hukukumuzda hakimden alınan izinle ortaya çıkan durum rüştün kendisidir. Halbuki eski hukukumuzda veliden alınan genel izin ile ortaya çıkan durum, bazı tasarrufları serbestçe nâfiz olarak yapabilmekten ibarettir. Zira genel izinle mezun, sırf zarar olan tasarrufları yapma ehliyetini kazanmış olmaz (674). Eski hukukumuzda izin, Fransa hukukuna benzer şekilde, kazai tasarrufa yakın ailevi bir fiildir yani ailevi niteliktedir (675). Kazai tasarrufa yakın ailevi bir fiildir çünkü veli izni esirgediği zaman hâkim izin verebilir, hakimin bu suretle mezun kıldığını baba hacredemez. (676).

fff. İzinde Usûl

Küçüğün ticaret ve tasarrufa yetkili olabilmesi için, kendisine bu iznin duyurulmuş, bildirilmiş olması şarttır. Mümeyyiz küçüğün mezun edildiğine bilgisi olmadıkça mezun sayılmaz. Hatta kendisine izin verilmiş iken bu izne vakıf olmadan herhangi bir tasarrufta bulunsa bu tasarrufu geçerli olmaz. Küçüğün kendisine izin verildiğine dair bilgisi ve vukufiyeti, ya mektup ya bir elçi ile haber gönderilmesiyle olabileceği gibi âdil-gayriâdil bir veya iki kişinin haber vermesiyle gerçekleşebilir (677). Bunu, UVKR m. 9, noter, belediye başkanı veya muhtar tarafından ilan ve tescil şartına bağlamıştır: "Henüz onbeş yaşını tekmil etmemiş olan sağîr-i mümeyyiz, velisi tarafından ahz ve i'taya mezûn kılındıkta, altıncı maddede beyan olunan mümeyyiz-i mezûn hükmünde olur. Fakat velisinin işbu izni, kâtib-i adl ve kâtib-i adl bulunmayan yerlerde belediye reisleri veya köy muhtarları tarafından tescil ve ilan edilmedikçe muteber olmaz".

Mecelle m. 973 gereği, izin hangi prosedür izlenerek verilmişse, geri alınması da yine aynı prosedür takip edilerek yapılmalıdır. Örneğin, genel bir izin verilip bu çarşı halkına duyurul-

---

(674) Görülüyor ki, eski hukukumuzun bu noktada Fransa hukukuna benziyor. Çünkü Fransa'da izin, sınırlı miktarda malların idaresini ve ondan yararlanma yetkisini veriyor. Fransa hukukunda reşitlerle reşit olmayanlar arasında mezunlar sınıfı öngörülmüştür. Eski hukukumuza göre de bâliğ olanlarla olmayanlar arasında mezunlar sınıfı vardır. Demek ki, bugünkü hukukumuzun reşitler ve reşit olmayanlar sınıflarına karşılık eski hukukta mümeyyiz küçükler, mezunlar, baliğler sınıfları vardır. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 369, 376.

(675) Günümüz hukukuna göre ise kazai rüşt bir aile müessesesi değildir, yargısal bir tasarruftur. TMK m. 12, kazai rüştü kabul etmiş ve bu kabul yaşla rüşt esasının ikinci istisnasını oluşturmuştur. Kaldı ki, kanun metninden sayılan matlapta da kazai rüşt tabiri kullanılmıştır. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 374.

(676) Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 371-377.

(677) **KÂSÂNÎ**, C. VII, s. 193; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 8, 47; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, s. 488-489.

duktan sonra izin geri alınacak olsa, yine o çarşı halkının çoğunun bilmesi şarttır; yoksa velinin kendi evindeki iki üç kişinin yanında izni geri alması yani hacretmesi geçerli olmaz(678).

ggg. İznin Sona Ermesi

Mümeyyiz küçüğe verilen izin dört şekilde sona erebilir. Bunlardan ilki, Mecelle 973. madde de belirtilen, izin veren kanunî temsilcinin izni iptal etmesi yani verdiği izni geri almasıdır: "Bir sağîre izin vermiş olan velisi badenû anı hacr ile ol izni ibtal edebilir...". Şu halde, kanuni temsilci iznin mümeyyiz küçük için zararlı sonuç verdiğini görürse, başka bir ifadeyle iznin kaldırılmasını gerektiren durumlarda izni her an için iptal edebilir. İznin iptali halinde mümeyyiz küçük tekrar eksik ehliyetli konumuna döner (679).

İzni sona erdiren ikinci durum, izin veren kanunî temsilcinin ölümüdür. Mecelle m. 976'ya göre, bir mümeyyiz küçüğü mezun eden veli ölürse vermiş olduğu izin bâtıl olur. Fakat hakimin izni, vefatıyla yahut azli ile bâtıl olmaz (680). Kanunî temsilcinin verdiği iznin bâtıl olması için, mezun küçüğün izin veren kanunî temsilcinin öldüğünü bilmesi şartı da aranmaz. Hakimin izninin ölümle sona ermemesinin nedeni ise, onun izninin "hüküm" niteliğinde bulunmasıdır (681).

İzni veren kanunî temsilcinin sürekli akıl hastalığına tutulması (cünûn-ı mutbık ile mecnûn olması) da izni bâtıl kılar. Burada bu akıl hastalığını kimsenin bilmesi şartı da aranmaz (682). Nihayet, izin verilen mümeyyiz küçüğün sürekli akıl hastalığına maruz kalmasıyla (cünûn-ı mutbık ile mecnûn olmasıyla) da izin bâtıl olur (683).

cc- Hiç yapamayacakları işlemler

Eksik ehliyetlilerin bazı hukukî işlemleri yapmasına ise izin verilmemiştir. Bunlar kanunî

---

(678) **MEVSILÎ**, C. II, s. 102-103; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. X, s. 414-415.

(679) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 242.

(680) **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 72; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 66-67.

(681) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 66-67.

(682) **ANSAY**, İslâm Hukuku, s. 72.

(683) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 61.

temsilci tarafından da yapılamazlar (684). Onun için, söz konusu işlemlere "yasak işlemler" de denilebilir (685).

Mecelle 967. maddesinde "zarar-ı mahz olan" tasarruf ifadesiyle, sırf zarar sonucu doğuran, karşılığında herhangi bir yarar elde edilmeyen, aleyhe ivazsız tasarrufları kastetmiştir. Buradaki zarar, işlemin dünyaya ilişkin sonuçları açısından bir zararın ortaya çıkmasıdır. Yoksa mümeyyiz küçüğün tasarrufunda âhirete ilişkin bir yarar bulunması yönü, bu noktada dikkate alınmaz. Bu sebeple, sadaka ve karz gibi tasarruflarda uhrevi yarar var ise de dünyevi zarar bulunduğu için sahih olmaz (686).

Görüldüğü üzere bunlar karşılıksız olarak bir mal veya menfaatin elden çıkmasına yol açan işlemlerdir. Bağışlama yapma, vakıf yapma, ibra yapma (alacaktan aklama), borca kefalet, boşama, ödünç verme, köle azat etme ve borç ikrarları gibi salt zarar niteliğinde olan işlemleri zarar-ı mahz işlemler arasında sayılmıştır (687). Bu tasarruflar sonucunda mümeyyiz küçüğün malvarlığından bir hak çıkar fakat hiç bir şey girmez (688).

Eksik ehliyetlinin (örneğin mümeyyiz küçüğün), sırf zararına olan hukukî işlemleri yapamayacağını Mecelle'nin 967. maddesi şu sözcüklerle ifade etmiştir (689): "Sağîr-i mümeyyizin ... âhara bir şey hibe etmek gibi hakkında zarar-ı mahz olan tasarrufu velisinin izin ve icazeti olsa bile mu'teber

---

(684) **BERKİ**, Hukuk Mantığı, s. 122; **HÂTEMÎ**, Vakıf, s. 85, dn. 5; **DÖNDÜREN**, Mükellef, s. 338.

(685) Bugünkü hukukumuzda da sınırlı ehliyetsizin yasak işlemleri vardır. Bunları, sınırlı ehliyetsiz de kanunî mümessil de yapamaz. Yaparlarsa işlem TMK.m. 392 ye aykırılık dolayısıyle hükümsüz olur. Bu yasak işlemler, (önemli) bağışlama, vakfa kazandırma yapma ve kefalet işlemleridir. Yasak işlemin karşılaşacağı müeyyide kesin hükümsüzlüktür (butlan). Baştan itibaren ve kendiliğinden işlem hükümsüzdür. Hakimin vereceği hüküm "tesbit" niteliğindedir. Bkz. Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 73-74.

(686) **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 38-39.

(687) **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 217; **HÂTEMÎ**, Vakıf, s. 84-85.

(688) **MEYDAN LAROUSSE**, C. IV, s. 111.

(689) Türk hukukunda, sınırlı ehliyetsizin (mümeyyiz küçük veya mahcurun) bazı hukuki işlemleri yapmasına izin verilmemiştir. "Yasak işlemler" adı verilen bu işlemleri bunlar adına kanuni temsilci de yapamaz. Yasak işlemlerin üç belirgin örneği, TMK.m.392 nci maddede öngörülmüştür. Buna göre, "Vasi, vesayeti altındaki kimsenin malını bağışlayamayacağı veya vakfedemeyeceği gibi onun hesabına kefalet de yapamaz". Madde de sadece vasiden söz edilmişse de, hükmün velayet altındakileri de kapsadığı tartışmasızdır. Dolayısıyla, sınırlı ehliyetsiz, bağışlayan olarak bir sözleşmeyi bizzat yapamayacağı gibi, onun adına ve hesabına kanuni temsilcisi de yapamayacaktır. Ancak, burada söz konusu olan "önemli bağışlamalar"dır. TBK.m.235'de "...Tasarrufa ehil olmayanın malı ancak kanuni mümessillerinin mes'uliyetleri kaydıyla ve vesayet hakkındaki hükümlere riayetle bağışlanabilir..." demektedir. Doktrinde, sınırlı ehliyetsizin kendisini borç altına soktuğu için bizzat yapamayacağı işlemleri, başkalarının temsilcisi sıfatıyla yapabileceği ise kabul edilmektedir (TMK. m. 270, 395). Bkz. **AYAN**, s. 210-212.

olmaz" (690).

Mecelle'nin 967. maddesinde verilen hibe etme tasarrufu örnek kabilinden olup sınırlandırıcı değildir. Bu sebeple eksik ehliyetli açısından sırf zarar olan ve karşılığında herhangi bir yarar elde edilmeyen aleyhe ivazsız kazandırmalar da aynı hükme tabidir.

Eksik ehliyetli için yasak işlemler kapsamında yer alanların başında, kendisinin bağışlayan olduğu bir bağışlama sözleşmesi yapamaması gelir. Bu hususu 859. maddesinde düzenleyen Mecelle "Vâhibin âkil ve bâliğ olması şarttır. Binaenaleyh sağîr ve mecnûn ve matuhun hibesi sahih değildir. Amma bunlara hibe sahihtir" sözcükleriyle eksik ehliyetlinin bağışlama yapamayacağını belirtmektedir.

Yasak işlemlerin ikinci önemli görünümü kefalet akdinde kendini gösterir. Mecelle'nin 628. maddesinde "Kefaletin in'ikadında kefilin âkil ve bâliğ olması şarttır. Binaenaleyh mecnûn ve matuh ve sabinin kefaleti sahih olmaz. Ve sabi iken kefil olup da ba'del-bulûğ bu kefaleti mukir olsa dahi anınla muaheze olunamaz" şeklindeki ifadeden de anlaşıldığına göre, eksik ehliyetli kefalet işlemini de yapamaz. Yine, eksik ehliyetlinin belli miktardaki alacağını ibra etmesi de bu noktada geçersizdir. Mecelle'nin 1541. maddesi de bu hükmü âmirdir: "Alel-ıtlak sabî ile mecnûn ve matuhun ibrası sahih olmaz". Aynı şekilde vakıf kurma işlemi de eksik ehliyetliler açısından yasak olan işlemlerdendir (691).

Evli olan mümeyyiz küçüğün, doktrindeki çoğunluğa göre, boşaması (talakı) geçersizdir

---

(690) Mecelle'deki aynı ifadelerle UVKR m. 5 de "Sağîr-i mümeyyizin ... âhara bir şey hibe etmek gibi hakkında zarar-ı mahz olan tasarrufu, velisinin izin ve icazeti olsa bile muteber olmaz..." demekte; Ahvâl-i Şahsiye'de 484. maddesisinde farklı ifadelerle aynı sonuca ulaşmaktadır: "mümeyyiz küçüğün ve matuhun haklarında mutlak zarar olan sözlü tasarrufları veli veya vasilerinin icazetleri olsa bile asla muteber değildir".

(691) Döndüren, mümeyyiz küçüğün sırf zararlı tasarruflardan sayıldığı için âriyet veremeyeceğini belirtmektedir. Ancak Mecelle 809. maddesinde "Muîr ve müsteîrin âkil ve mümeyyiz olmaları şarttır, bâliğ olmaları şart değildir. Binaenaleyh mecnûn ile sabi-i gayrimümeyyizin iare ve istiareleri caiz olmaz; amma sabi-i mezunun iare ve istiaresi caiz olur" demek suretiyle, mümeyyiz küçüklerin izinle bu tür tasarruflarda bulunabileceğine işaret etmektedir. Hanefi hukukçuların dışındakiler bunu sırf zarar olan bir muamele kabul etmişler, dolayısıyla ancak tam ehliyetlilerin yapabileceğini belirtmişlerdir. Bkz. **GÖZÜBENLİ** Beşir, Âriyet, DİA, C. III, İstanbul 1991, s. 379; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. IX, s. 192; **ALİ HAYDAR**, C. II, s. 556-557. Aksi görüş için bkz. **DÖNDÜREN**, Mükellef, s. 338.

(692). Buna kıyasla, muhalaası, zıharı ve i'lâsı da geçersizdir (693). Bu husus fıkıh kitaplarında, "talakı geçerli olanın zıharı da... geçerlidir" veya "talakı geçersiz olanın zıharı da... geçersizdir" şeklinde kurallaştırılmıştır. Eksik ehliyetlinin köle azadı geçersiz, yemini de hükümsüzdür (694). Aynı şekilde, bir kimsenin şâhit olarak dinlenebilmesi için temyiz kudreti ve bulûğ şartı arandığına göre, mümeyyiz küçüğün şahitlikleri geçersizdir (695).

Mümeyyiz küçüklerin vasiyet yapma konusu ise, doktrinde görüş ayrılığına sebep olmuştur (696). Eski hukukumuzda vasiyet bakımından ehliyet şartlarının hafifletildiği görülmektedir (697). Şafii, Maliki ve Şii İmami mezheplerinde, mümeyyiz küçüğün hayır cihetine yaptığı vasiyetlerin muteber olması görüşü ileri sürülmüştür. Şii İmami fıkhında hâkim görüş, mümeyyiz olması şartı ile on yaşındaki küçüğün hayır cihetine olan vasiyetlerini muteber saymıştır. Hanbelilere göre de, vasiyet hayırlı dini bir gelenek olup zarar tehlikesi de hemen değil ölümden sonra gerçekleşeceği düşüncesiyle, 10 yaşını tamamlayan çocuğun vasiyeti geçerlidir. Şu halde, Maliki, Şafii ve Hanbeli ekolleri, çocuğun yaptığı vasiyeti geçerli kabul etmişlerdir (698). Hanefiler ise, mirasçılar için zarar olacağı, bunun yanısıra sevap için yapılacağı çocuğun ise sevaba ihtiyacı bulunmadığı gerekçesiyle, mümeyyiz küçüğün vasiyet yapamayacağı görüşündedirler

---

(692) Bkz. **SERAHSÎ**, Usûl, s. 348. Ahmed b. Hanbel, mümeyyiz küçük bulûğa yaklaşmışsa, Atâ da, küçük 12 yaşına gelmişse talakının geçerli olduğunu ileri sürmektedirler. Hz. Ali'nin de aynı görüşte olduğu belirtilmektedir. Bkz. **İBN RÜŞD**, s. 81; **İBN KUDÂME**, C. VII, s. 116 vd.

(693) Muhalaa, karının mehir hakkından vazgeçmesi karşılığında kocanın boşamayı kabul etmesi sözleşmesine denir. Zıhar, kocanın karısını, kendisine ebediyen haram (yasak) olan bir kadına benzetmesi durumudur. Zıhar, ilişkiden önce kocanın keffaret vermesini gerektirir. İ'lâ, kocanın karısına en az dört ay süreyle yaklaşmayacağına yemin etmesidir. Bu süre geçtiği halde yaklaşma vuku bulmamışsa talak vaki olur. Bu konuda geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz. **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. III, s. 227-328; **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 114-115.

(694) **SERAHSÎ**, Mebsût, C. VII, s. 29.

(695) Kaldı ki, Kur'an'da "...erkeklerinizden iki kişiyi de şâhit tutun" (Bakara, 282) hükmü, çocukların, henüz erkekten (yetişkin adamdan) sayılmayacağı için, şahit olmaya elverişli olmadığını belirtmektedir. Ancak, istisnai durumlarda da çocukların şahitliği kabul edilmiştir. Bkz. **İBN KUDÂME**, C. VI, s. 453.

(696) İslâm hukukuna göre bir kimse vasiyet suretiyle malının ancak üçte bir (1/3) inde tasarruf edebilir. Terekenin üçte birini aşan vasiyet, mirasçıların izin vermesi halinde geçerli olur. Üçte bir (1/3) den az olsa bile mirasçıya yapılan vasiyet ise, ancak diğer mirasçıların izin vermesi halinde geçerli olur. Bkz. **BERKİ**, Ferâiz ve İntikal, s. 128.

(697) Bu durum, günümüz hukukumuzdaki vasiyetname yapma ehliyeti bakımından TMK. m. 449 gereği "rüşt" yaşının aranmayıp 15 yaşın tamamlanmasının yeterli görülmesine benzemektedir.

(698) Bkz. **MAHMESÂNÎ**, C. II, 361; **HÂTEMÎ**, Vakıf, s. 86, dn. 5.

(699).

Eksik ehliyetlilerin bizzat yapamayacağı işlemlerden olan ödünç verme (ikraz) işlemini, hakimin çocuğun veya yetimin malı için yapabileceği kabul edilmiştir. Buna gerekçe olarak da hakimin yetimin malını zengin bir kimseye ödünç vereceğini, hakimin ilmi ve davasız ve beyyinesiz yetimin malını tahsile muktedir olması hasebiyle bedelinin güvence altında bulunacağı belirtilmiştir (700).

Eksik ehliyetlinin yapması yasak olan tasarrufları, eksik ehliyetlinin tam ehliyetli olması durumunda icazet ile düzeltmesi de mümkün değildir. Zira tasarruf bâtıldır, bâtıl olan tasarruf da icazet ile düzelmez. Ancak bu tür işlemlerin tam ehliyetli olunduktan sonra yeniden yapılması gerekir (701). Örneğin, mümeyyiz olan küçük kendine ait saati birine bağışlamış olsa, velisi de küçük arzu ediyor diye muvafakat etse, bu işlem sırf zarar olan bir tasarruf olduğu için bâtıl bir işlemdir.

4. Akdî Sorumluluk Ehliyeti

Akdin taraflarından biri olan borçlu, akitten doğan borcu gereği gibi ifa etmediği zaman, akdî sorumluluk içindedir. İfa edilmeme sebebi, borçlunun kastına, ihmaline veya fiiline dayanabilir. Borcun ifa edilip edilmediğini belirleyebilmek için, akit ile nelerin borçlanılmış bulunduğunun belirlenmesi gerekir.

Eksik ehliyetliler de yapmaya ehliyetli oldukları hukuki işlemlerden doğan borçları gereği gibi yerine getirmezlerse akdî sorumluluk altına girerler. Ahvâl-i Şahsiye m. 488'de, "Küçük veya matuh veli veya vasilerinin izni olmadan bir malı ödünç alıp sonra da telef etse yahut da yine veli veya vasilerinin izni olmaksızın kendisine vedia veya ariyet olarak verilen yahut kendisi için satın alınan bir malı telef

---

(699) **ZERKA**, C. II, s. 548; **MAHMESÂNÎ**, C. II, s. 107; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 186.
Ahval-i Şahsiye, sırf zarar olan bir tasarruf olduğu için mümeyyiz küçüğün vasiyet yapamayacağını 531. maddesinde açıkça belirtmiştir: "Vasiyetin muteber olabilmesi için, vasiyetçinin, hür, âkıl, bâliğ, iradesine sahip (yani sarhoş ve mükreh olmaması) ve tasarruf (teberru) ehliyetine sahip olması gerekir...Buna göre, mecnûn ve ister mürâhik (bulûğ yaşına erdiği halde fiilen bâliğ olmayan) ister mezun birisi olsun, mümeyyiz ve gayrimümeyyiz küçüklerin, ne hemen sonuç doğurmak üzere (tencîzen), ne de bulûğa ermelerine ta'lik ederek yapmış oldukları vasiyetler mu'teber olmaz. Sadece mümeyyiz küçüğün, techiz ve gömme masrafları konusunda yaptığı vasiyetleri geçerli olur".

(700) **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 474; **ZERKA**, C. II, s. 547.

(701) **İBN KUDÂME**, C. V, s. 666; **HUDÂRÎ BEY**, s. 94; **MECELLE** m. 967; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 39.

etmiş olsa, vedia olarak kendisine tevdi edilen şey insan olmadıkça, mezkur fiillerden mütevellit zararı tazmin etme mükellefiyeti yoktur. Kendisine vedia olarak tevdi edilen şey insan olduğu takdirde, ona verdiği zararı tazmin ile mükellef olur. Eğer vediayı veli veya vasisinin izni ile kabul etmiş, sonra da itlaf etmiş ise, meydana gelecek zararı yine kendisi tazmin ile mükelleftir." (702) denilmektedir. Buna göre, kanuni temsilcisinin izni ile hukuki işlem yapan (örneğin vedia alan) mümeyyiz küçük, işlemden kaynaklanan borcu yerine getirmediğinde sorumlu olur, örneğin bunu telef ederse zararı tazmin eder.

5. Dava Ehliyetleri

Bilindiği gibi hak ehliyeti bulunan herkes davada taraf olabilirse de fiil ehliyetleri bulunmadığından bunları hakim huzurunda kanûnî temsilcileri temsil eder (703). Dâva ehliyeti için, yani bid davayı davacı veya davalı olarak takip etme ve usul işlemlerini yapabilmek için kişinin fiil ehliyetinin olması gerekir.

Eksik ehliyetlilerin dava ehliyeti hukukî işlem ehliyetlerine paralel olarak belirlenir. Bu konuda kural, davanın kanunî temsilci tarafından veya kanunî temsilciye karşı açılmasıdır. Tam ehliyetli olmayanları kanunî temsilcileri temsil eder (704). Mecelle m. 1616 da davacı ve davalının âkil olmalarının yeterli olduğunu belirtmektedir. Bu sebeple ticarete veya mürafaaya mezun olan bir mümeyyiz küçüğün davacı veya davalı olması da mümkündür (705). Başka bir ifadeyle, eksik ehliyetliler (bu arada mümeyyiz küçükler), velileri tarafından önceden izin verilmesi şartıyla dâva ehliyetine sahip olurlar. Dâvacı ve davalının bâliğ olması şartı aranmayıp akıllı olmasıyla yetinilmesi bu sebepledir (Mecelle m. 1616) (706).

D. Eksik Ehliyetlilerin Hukuki Temsili

1. Genel Olarak Hukukî Temsil

Bilindiği gibi eski hukukumuzda tam ehliyetsiz veya eksik ehliyetli olanlara "kâsır" denir

---

(702) **KADRİ PAŞA**, s. 66.

(703) **YAVUZ**, Dâva, s. 12.

(704) **MECELLE** m. 1616; **ALİ HAYDAR**, C. IV, s. 198; **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. I, s. 403.

(705) **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. VII, s. 351; **ALİ HAYDAR**, C. IV, s. 199.

(706) Günümüz hukukunda ise, mümeyyiz küçükler veya mahcurlar kural olarak dava ehliyetine sahip değildirler. Bunları davada kanuni mümessilleri temsil eder. Sınırlı ehliyetsizler, münhasıran şahsa bağlı haklarda olduğu gibi bazı istisnai hallerde dava ehliyetine sahiptirler. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **KURU/ ARSLAN/ YILMAZ**, s. 148.

(707). Gayrimümeyyiz küçük ve akıl hastası tamamen ehliyetsiz kâsırlar olduğu gibi, sefih ve mümeyyiz küçükler ise eksik ehliyetli kâsırlardır. Bu anlamda kâsır kavramı, ehliyeti kısıtlı olanları belirtir. Kâsırların şahsî ve mâli hakları sahipsiz bırakılamayacağına göre, bunları idare edecek tam ehliyetli kimselere ihtiyaç vardır. İşte mahcûr şahısların (kâsırların) şahsî ve mâli işlerinin reşit ve şartlarını haiz şahıslar tarafından yürütülmesine hukukî temsil (niyâbet-i şer'iye), bir başka ifadeyle, velâyet ve vesâyet denmektedir.

Hukukî temsil ihtiyarî (iradî) veya icbarî (zorunlu) olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilir. İhtiyarî temsil vekâlet akdi ile icbarî temsil ise kâsırların kanunî temsilcileri tarafından temsil edilmesi suretiyle olur (708). İcbârî temsil de iki kısımdır. Biri, kâsırların velâyet adı verilen terbiye, eğitim ve evlendirilme gibi şahsî haklarla ilgili hukukî temsili; diğeri ise, kâsırların vesâyet adı verilen mâli işlerdeki hukukî temsilidir (709). Esasında her ikisi de velâyet kavramının kapsamına girer (710). Velayet sözcüğüne genel bir anlam verilerek mecazen vesayet yerine de kullanılır. Örneğin, Mecelle m. 974'deki "Sağîrin bu babta velisi ..." ifadesi "Sağîrin bu babta vasisi ..." anlamında kullanılmıştır.

Eksik ehliyetli ve tam ehliyetsiz kimselerin gerek şahıslarının bakım, terbiye, gözetimi ile şahısvarlığı alanındaki hukukî işlemlerinin yapılması ihtiyacı, gerekse mallarının korunup idare edilmesi gereği hukukî temsil denen kurumun ortaya çıkmasını gerekli kılmıştır. Görüldüğü üzere yetkili temsilde, "şahısvarlığı ile ilgili görevlerin ifası ve bununla ilgili hukukî temsil" ve "malvarlığının korunup idare edilmesi ve bununla ilgili hukukî temsil" olmak üzere iki durum

---

(707) Günümüz hukuk doktrininde, kişilerin fiil ehliyeti genel olarak, tam ehliyetli-tam ehliyetsiz, sınırlı ehliyetli-sınırlı ehliyetsiz şeklinde tasnif edilmektedir. Bunlardan sınırlı ehliyetliler kategorisine sadece "kendilerine kanunî müşavir atanan kimseler" girer. Bazı yazarlar, evliliğin ehliyete etkisi başlığı altında evlileri ve özellikle evli kadını, bazı ehliyet sınırlamaları dolayısı ile de kamu haklarından yoksun olanları bu kategoride ele alma eğilimi gösterirler. Kanunî müşavir; iki tür görev için atanabilir: Ya "kanunî temsilci" niteliğinde olmayıp sadece TMK.m.379 da belirtilen işler için muvafakati aranır. Yahut ilgili kişinin mallarının yönetimi de müşavire bırakılır, kendisine müşavir atanan bu kişinin malların gelirinde serbestçe tasarruf imkanı saklıdır (TMK.m.379/son). Türk hukukunda birinci tür için "iştirak veya oy müşaviri", ikinci tür için "idare müşaviri" ifadesi kullanılır. Bkz. **TEKİNAY**, Aile, s.662-666; **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 58-61.

(708) **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 195.

(709) Mezhepler icbari ve nedbi (ihtiyari) ayrımına giderken şu ölçüleri esas almışlardır: Hanefiler, icbari velayetin bulûğa göre değiştiğini söylerler. Küçük, bulûğa ermemişse bütün velileri mücbirdir. Bulûğa erer ermez, bütün velileri gayrimücbir (nedbi) veli vasfını alır. Küçüğün, kız, erkek veya dul olmasının etkisi yoktur. Diğer üç mezhebe göre ise, erkek için bulûğ, kız için kızlık veya dulluk esas alınmıştır. Bkz. **ÇEKER**, Çocuk, s. 113-114.

(710) **SERAHSÎ**, Mebsût, C. IV, s. 222; **ZERKA**, C. II, s. 579-580.

söz konusudur. Birincisi ile ilgili hukukî temsile daha çok velayet ikincisine ise vesayet ismi verilmiştir (711).

2. Hukukî Temsilci Ve Çeşitleri

Velâyet, genel velâyet (velâyet-i âmme) ve özel velâyet (velâyet-i hâssa) olmak üzere ikiye ayrılır. Genel velâyet, devlet başkanı veya hakimin sahip olduğu velâyettir. Özel velâyet ise, bir şahsın yakın hısımları veya bunların tayin ettiği veli veya vasilerini ifade eder (712). Velisi veya tayin edilmiş vasisi bulunmayan kimselerin velisi, otomatik olarak devlet başkanı, hâkim veya bunların tayin ettiği kişilerdir. Özel velâyet yetkisine sahip olanlar kendi aralarında, veliler ve vasiler olmak üzere iki kısma ayrılır.

a. Veliler

Bunlar, mahcûr şahsın, şahısvarlığı ile ilgili görevleri ve malvarlığının korunup idare edilmesi işlerinde kendisini temsil edebilen yakın hısımlardır. Eksik ehliyetli ve tam ehliyetsizlerin velisi doğal olarak babadır. Baba çocuğunun hem şahısvarlığı hem de malvarlığı üzerinde görevli ve yetkilidir. Bir anlamda baba çocuğun hem velisi hem vasisidir (713).

Babanın bulunmaması durumunda yetkili veli ile vasi çoğu kere birbirinden ayrılır; velayet ayrı kimsede, vesayet ayrı kimsede kalır. Şöyle ki; babadan sonra yetkili veli, baba-dededir (714). Eğer dede ve baba-dede sağ değilse velayet, mirastaki sıraya göre asabe (715) olan akrabalara geçer. Fakat erkek asabesinden kimse yoksa o zaman velayet hakkı anneye geçer ve annesi veli olur (716). Vesayette ise yetki babadan sonra onun tayin ettiği vasiye, ondan sonra

---

(711) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 251; **HEFFENING**, s. 317; **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 201.

(712) **MECELLE**, m. 59; **ALİ HAYDAR**, C. I, s. 130-132.

(713) Baba ve büyük baba, baba olmaları itibariyle vesayete re'sen sahip oldukları gibi, son arzularını bildiren bir vasiyetname ile, vasi tayin etmeye de salahiyetlidirler (bu anne de olabilir). Diğer taraftan vasi (kayım) kadı tarafından tayin edilir. Bkz. **HEFFENING**, s. 317.

(714) Maliki ve Hanbelilerde dede, mücbir veli kabul edilmemiş, bunun yerine vasi, velinin yetkilerine sahip kabul edilmiştir. Maliki mezhebinde üçüncü sırada babanın vasisinin vasisi görülürken Hanbeli mezhebinde hakim (kadı) vardır. Bkz. **ÇEKER**, Çocuk, s. 112.

(715) Asabe akrabalar, araya bir kadın girmeksizin kişiye bağlanan erkek akrabaları ifade eder; baba, babadede, oğul, erkek kardeş, amca ve amca oğlu gibi. İslâm hukukunda asabe akrabaların hem hak hem de sorumluluk bakımından özel bir konumu vardır. Bkz. **KARAMAN** Hayreddin, Asabe, DİA, C. III, İstanbul 1991, s. 452.

(716) **UZUNPOSTALCI**, Şahsiyet, s. 201.

varsa onun tayin ettiği vasiye geçer. Daha sonra sıra hakime veya onun tayin ettiği vasiye gelir (717). Eğer babanın atadığı vasi yoksa o zaman bunu seçme hakkı dedeye geçer. O da kimseyi seçmeden ölmüşse vasi hâkim tarafından atanır (718).

Görüldüğü üzere yetkili velide sıra kanun tarafından belirlenmiş, babaya veya hakime bu konuda takdir hakkı tanınmamıştır.

b. Vasiler

Bir şahsı, malvarlığına ilişkin işlerde hukukî olarak temsil yetkisine sahip olan kimselere vasi (malda veli) denir (719). Aslında vasi, velinin sadece malî işlerde temsil yetkisine sahip olan çeşidine denir (720). Vasiler Mecelle'de şu şekilde sıralanmıştır: Babası, varsa babasının tayin ettiği vasisi (vasiyy-i muhtâr), vasiyy-i muhtar da yoksa onun hayatta iken tayin ettiği vasi, o da yoksa kâsır şahsın dedesi veya dedesinin babası, beşinci sırada dedenin tayin ettiği vasi, altıncı sırada bu vasinin tayin ettiği vasi ve son olarak da hâkimin tayin edeceği vasidir ki, buna vasiyyi mansub denir. Bu sıralama Hanefilerin yapmış olduğu bir sıralamadır ve Türk hukuk tarihinde tercih ve tatbik edilen de budur (721).

Görüldüğü üzere, yetkili vasinin tayininde, babaya ve hakime belirli bir takdir hakkı tanınmıştır. Osmanlı uygulamasında yetkili vasinin babanın bulunmadığı çoğu hallerde anne olduğu görülür (722).

---

(717) Bu sıralama Hanefilerin yapmış olduğu bir sıralamadır. Maliki ve Hanbelilerde vesayet babadan sonra onun tayin etmiş olduğu vasi baba-dededen sonra gelmektedir. Bu görüş sahiplerine göre velayet ve vesayet sadece babada değil baba-dedede de aynı kişide birleşmiş olmaktadır.

(718) **MECELLE** m. 974; **KADRİ PAŞA**, m. 420-434, s. 58-60; **ALİ HAYDAR**, C. I, s. 131; **DAMAD**, C. I, s. 332 vd.; **ZERKA**, C. II, s. 579-580; **KARAMAN**, Mukayeseli, C. I, s. 196.

(719) Bugünkü hukukumuzda vasî, velisi olmayan küçüğe, rüşdünü kazanıncaya kadar, kısıtlılara da kısıtlanmaları kararından sonra atanan kanunî temsilcidir. Kayyım ise, ya temsil kayyımlığı görevi için, yahut idare kayyımlığı için atanmıştır. Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 56.

(720) **SERAHSÎ**, Mebsût, C. IV, s. 222.

(721) **MECELLE** m. 974; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 61-65.

(722) Bu hususta Konya şer'iye mahkemesi tarafından verilmiş ve Konya şer'iye sicillerinin 53 genel ve D17 özel nolu sicil defterinin 59 uncu sayfasındaki 15 Zilhicce 1148/1737 tarihli kararı (bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 221) ile İstanbul Şer'iye Sicillerinden Üsküdar Mahkemesine ait 6 genel nolu serinin 131. defterinin 3. sayfasındaki kararı (bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 298) örnek olarak verilebilir.

3. Hukukî Temsilcide Aranan Nitelikler

Yetkili velinin bu görevi yerine getirebilmesi için, hür, âkıl, bâliğ ve aynı dinden olması gerekir. Dolayısıyla, kölelerin, akıl hastalarının, bulûğa ermemiş küçüklerin, ve farklı dinden olanların (gayrimüslimlerin) yetkili veli olması mümkün değildir. Vesayet de ise bu şartlara vasinin reşit ve emin bir kimse olması da eklenir. Bu açıdan sefih ve güvenilir olmayan kimseler de vasi olamazlar (723). Başlangıçta bu niteliklere sahip bulunan veli ve vasinin sonradan bunları kaybetmesi durumunda velayet ve vesayet de aynı anda düşer. Bundan sonra kimin bu yetki ve görevi yerine getirmesi gerekiyorsa o kimse yetkili veli veya vasi olur (724).

Kanuni temsilcinin yetki ve görevi, tarafların ölümü halinde sona ereceği gibi, kötüniyetle iş idaresi sebebiyle vasinin azledilmesi veya vesayet altındaki şahsın reşit olması ile de sona erer (725).

Veli ve vasinin her zaman erkek olması şart değildir (726). Asabe velilerden sonra velayet anaya intikal ettiği gibi, Osmanlı uygulamasında çoğu kere görüldüğü üzere, babadan sonra hakimin anneyi vasi tayin etmesi de her zaman mümkündür (727). Ayrıca anne veli olmadığı durumlarda çocuğunun bakım ve terbiyesiyle veli olarak değil ama hâdine olarak görevli ve yetkilidir (728).

4. Hukukî Temsilcinin Yetkileri

Kanuni temsilci, tam ehliyetsiz veya eksik ehliyetli kişinin malvarlığında, onun yapması gerekip de ehliyetsiz olduğu için yapamadığı bir takım tasarruflarda bulunabilir. Bunlara örnek

---

(723) **DAMAD**, C. I, s. 337-338; **HEFFENING**, s. 317; **ZEYDAN**, Medhal, s. 337-338.

(724) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 252.

(725) **HEFFENING**, s. 317.

(726) **İBN KUDÂME**, C. VI, s. 137.

(727) Bu konuda (yani kadının vasi olarak atanması hususunda) örnek olarak İstanbul Şer'iye Sicillerinden Rumeli Sadâreti Mahkemesine ait 20 genel nolu serinin içinde yer alan 6 nolu defterin 16. varağının b sayfasında yer alan hüküm için bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 222; Gaziantep Şer'iye Sicillerinden 1 nolu defterin 101 inci sayfasında yer alan 317 nolu hüküm için bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 223..

(728) Bugünkü hukukumuzda velayet kurumunda birleşmiş olan çocuğun bakım, terbiye ve temsil görevleri, İslâm hukukunda velayet ve hidane adları verilen iki kurum altında düzenlenmiştir. Hidane kurumunda velayetin aksine öncelik hakkı anneye ve annenin kadın akrabalarına verilmiştir. Bkz. **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 252; **DAMAD**, C. I, s. 338.

olarak, küçüğün malen sorumlu olduğu zekat ve itlaf tazminatı gibi mali ödemeleri yapması; küçüğün yiyecek, giyecek, tedavi ve eğitim gibi harcamalarını karşılaması verilebilir.

Bunun dışında, kanunî temsilcinin (veli-vasi) yapabileceği hukukî işlemleri üçe ayırarak incelemek gerekir. Kanunî temsilciler, tam ehliyetsizler adına hibe (bağışlama) kabulü gibi tamamen lehlerine olan (mahcûr şahıs için ivazsız iktisap sayılan) hukukî işlemleri hiç bir kayıt ve şarta gerek olmaksızın yapabilir. Ehliyetsiz kişinin malını üçüncü şahıslara bağışlamak (729), kefil olmak, borçtan ibra etmek gibi mahcûr şahsın tamamen aleyhine olan işlemleri ise asla yapamaz (730). Satım akdi gibi ehliyetsiz kişinin lehine de aleyhine de olması muhtemel hukukî işlemleri ise bunlarda gabn-i fahiş (aşırı aldanma) bulunmamak şartıyla yapabilir (731). Ancak gayrimenkulün satımı hususunda bir kısım şer'î gerekçeler aranmıştır ama önemli sebeplerin bulunması durumunda kadı müsaadesi ile devir ve ferağ edilebilir (732). Usulüne uygun olarak yapılan bu çeşit tasarruflar da, hemen hukukî sonucu doğururlar (733).

Kanunî temsilcinin yapabileceği hukukî işlemler gerekli şartlara sahipse yapıldığı andan itibaren hüküm doğurmaya başlar. Bunun için kısıtlılık altında bulunan kimsenin rızasına ihtiyaç bulunmadığı gibi, kanunî temsil altında bulunan kimse bu işlemleri tam ehliyetli olduktan sonra da feshedemez (734).

III. TAM EHLİYETSİZLER

A. Tam Ehliyetsizlik Kavramı

Eski hukukumuz, ehliyet ile ya haklara ve borçlara ehil olma anlamında hak ehliyeti ya da kendi fiilleriyle lehine haklar aleyhine borçlar meydana getirebilme anlamında fiil ehliyeti gibi

---

(729) Bugünkü hukukumuzda TBK. m. 235' te, "...Tasarrufa ehil olmayanın malı, ancak kanuni mümessillerinin mes'uliyetleri kaydıyla ve vesayet hakkındaki hükümlere riayetle bağışlanabilir..." denilerek İslâm hukukundan farklı bir düzenleme getirilmiştir. Günümüz hukukunda, küçükler, kanuni temsilcilerinin muvafakatiyle fiyat ve değeri düşük basit eşyayı bağışlayabilirler. Bkz. **TANDOĞAN** Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Ankara 1985, s. 349-350

(730) **HEFFENING**, s. 317.

(731) **ZEYDAN**, Medhal, s. 281-282.

(732) **HEFFENING**, s. 317.

(733) Krş. **KADRİ PAŞA**, m. 422 vd., 450 vd.; **AKGÜNDÜZ**, Külliyat, 246 vd., 253 vd.; **DAMAD**, C. II, s. 725-726.

(734) **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 253.

olumlu bir statü kastettiği için ehliyetsizlik kavramına yer vermemiştir. Bu sebeple fıkıh kitaplarında tam ehliyetsizlik başlığı ile karşılaşılmaz. Bunlar, tam ve eksik ehliyetlilerin dışında kalan kişilerin oluşturduğu gruptur.

Fiil ehliyeti açısından insanlar, hayatın tabii seyrine göre bir ayrıma tabi tutulmuş ve "gayrimümeyyiz küçük"lük dönemi tam ehliyetsizliği karşılayan dönem olarak görülmüştür. Tam ehliyetsiz olarak kabul edilen diğer haller de, gayrimümeyyiz küçükle ilgili hükümlere atıf yapılarak çözümlenmeye çalışılmıştır.

Gayrimümeyyiz küçük, sağ doğumla birlikte tam hak ehliyetini kazanmıştır, bu sebeple bütün hak ve borçlara ehil olur. Bu tür hak ve borç doğurucu tasarruflarda velisi veya vasisi onun adına hareket eder. Zira edanın tecellisi için kanunun hükmünü bilmek lazımdır (735). Bu anlamda gayrimümeyyiz küçüğün fiil ehliyeti, temyiz kudretine sahip olmadığı için, yoktur (736).

B. Tam Ehliyetsiz Sayılan Kişiler

Tam ehliyetsizler âkil olmayan ve temyiz kudreti bulunmayan kişilerdir. Bu açıdan kişinin bulûğa ermiş olması ile olmaması arasında fark yoktur. Temyiz kudretini ortadan kaldıran sebep de kural olarak önem taşımaz. Temyiz kudretinden yoksunluk ister yaş küçüklüğünden kaynaklansın, ister akıl hastalığından kaynaklansın sonuç aynıdır.

Bu sebeple, aklî olgunluğa sahip olmayı engelleyen gayrimümeyyiz küçüklük ile akıl hastalığı (cünûn) ve temyiz kudretini geçici olarak ortadan kaldıran sarhoşluk, uyku hali ile baygınlık gibi durumlarda da kişi, kural olarak, tam ehliyetsizdir yani fiil ehliyeti hiç yoktur (737).

Aklın ve temyiz kudretinin bulunmadığı durumlar olarak belirtilen gayrimümeyyiz küçüklük ile akıl hastalığı (cünûn) Mecelle'nin 957. maddesine göre, kişileri, zâten (kendiliğinden) mahcur eden durumlardır. Bunun için hakimin kararına gerek olmadığı gibi iyileştiğinin tespiti

---

(735) **MARDİN**, C. II, s. 278.

(736) **MAHMESÂNÎ**, C. II, s. 104; **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 19-20.

(737) Tam ehliyetsizler gayrimümeyyiz olanlardır. Temyiz kudreti, şahsın şu durumlarıyla bağdaşmayan bir "nefsanî halet"tir: Cünûn, sığar (yaş küçüklüğü), sarhoşluk, uyku, baygınlık. Bu beş halden küçüklük hali, temyiz kudretinin varlığı imkanını mutlak olarak gidermez. Sarhoşluk da belirli bir yoğunluğa erişmiş olmalıdır. Bkz. **HÂTEMÎ**, İslâm Hukuku, s. 60.

için de hakimin kararına (hükmüne) gerek yoktur (738).

UVKR, "ehliyet arızaları" başlığını taşıyan kısmın esbâb-ı mûcibesinde akıl hastaları ile ilgili olarak şöyle demektedir:

"... Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, mecnûnu mecnûn-ı mutbık ve mecnûn-ı gayrimutbık olmak üzere iki kısma ayırıp 979. maddede «mecnûn-ı mutbık sağîr-i gayrimümeyyiz hükmündedir» ve 980. maddede «mecnûn-ı gayrimutbıkın hal-i ifâkatında olan tasarrufâtı âkılın tasarrufu gibidir» diyor. Bir mecnûn aklı başına geldikten sonra artık ona mecnûn denemeyip onun uyanık halindeki tasarruflarının âkılın tasarrufu gibi muteber olması zaruridir. Ancak hâkim tarafından hacir altına alınmış olan bir mecnûnun aklı başına gelmesi keyfiyeti kaideten vaki hacrin yine bir hâkim tarafından kaldırılmasıyla gerçekleşebilir. Ve bu kaideye nazaran, üzerlerinden henüz hacir kararı kaldırılmadan önce aklı başına gelen o gibi mecnunların akılları başlarındayken vaki olan tasarruflarının dahi bâtıl olması lazım gelir. Nitekim bu cihet bazı azalar tarafından dermeyan ve teklif edilmiştir. Bu teklif kaide gereği olmakla beraber, hakikatta o gibi mecnûn-ı gayrimutbıkların hacrin kaldırılmasından evvel akıllarının başlarına gelmesi de her zaman mümkün ve vaki olabileceğinden Komisyonumuz zikredilen teklifi kabul etmeyip o kaide ile bu hakikatin telifi cihetini düşünmüş ve neticede aklı başına gelen mecnûn-ı mahcuru üzerinden hacir kararının kaldırılmasına kadar aklı başında olduğu halde yaptığı muamelelerinde mümeyyiz küçük hükmünde tutulmasını kabul etmiştir." (739).

Bu gerekçelerle kaleme alınan 10 ve 11 inci maddelerde şu hükümler getirilmiştir: UVKR m. 10, "Mecnûn, sağîr-i gayrimümeyyiz gibi ehliyet-i tasarruftan külliyen mahrumdur."; UVKR m. 11, "Sinn-i temyizden sonra ârız olan cinnet üzerine mahcûriyeti hükm-i hâkim ile ilan olunup da ba'dehû sahv ve ifâkatine avdet eden kimse sinn-i rüşdü ikmal etmiş olsa bile hükm-i hacir mürtefi olmadıkça sağîr-i mümeyyiz hükmünde addolunur."

UVKR m. 14'ün esbâb-ı mûcibesi: "Bir kimsenin vefatından sonra onun vefatından önce cinnet veya atehinden bahis ile geçmiş tasarruflarının iptalini talep zımnında açılan davalara, ekseriya başvurulduğu müşahede edildiğinden, hem mahkemeleri bu gibi hileli davalarla meşgul etmemek, hem de üçüncü şahısları zarardan korumak amacıyla hile kapısının kapatılması ve binaenaleyh vefattan sonra cinnet veya ateh davalarının men'i ciheti Komisyonumuzda uzun uzadıya münakaşalara sebep oldu. Neticede bu mesele esas itibariyle kabul edilmekle beraber bu gibi davalardan bazılarının da ciddi ve gerçek olması muhtemel bulunduğundan adalet gereği vereseyi meşru haklarından mahrum bırakmamak için bu yasaktan aşağıdaki dört halin istisnası münasip görüldü: 1- Müteveffanın sağken cinnet veya atehi fennen tevsik edilmiş olmak; 2- Ölümden evvel hacrinin ilanı için mahkemeye müracaat edilmiş olup da karar alınmadan vefat etmiş olmak; 3- Hibe, vasiyet

---

(738) **ZEYDAN**, Usûl, s. 103; **MARDİN**, C. II, s. 288.

(739) Bkz. **AKGÜNDÜZ**, Külliyat, s. 122-123.

ve vakıf gibi teberru akitleri söz konusu olmak; 4- İnşa eylediği akdin mahiyet ve şartları cinnet ve atehine delalet etmek. Bu esaslara göre 14. madde yazıldı."

UVKR m. 14 ise şu hükmü getirmektedir: "Bir kimsenin vefatından sonra cinnetinden veya şuurunu bilkülliye muhil olan atehinden bahis ile tasarrufât-ı sâbıkasının iptali talep olunamaz. Fakat hâl-i hayatında cinnet ve atehi fennen tevsik edilmiş veya hacrinin ilanı için mahkemeye müracaat edilip de karar istihsal olunmadan vefatı vukubulmuş ise tasarrufât-ı vâkıasının iptali talep olunabilir. Ve bir de hibe, vasiyet ve vakıf gibi akd-i teberru mevzubahis olan veya inşa eylediği akdin mahiyet ve şeraiti cinnet ve atehine delalet eden kimsenin ba'del-vefat yalnız bu kabil tasarrufları hakkında bu hüküm tatbik olunur".

C. Tam Ehliyetsizlerin Hukukî Durumu

Tam ehliyetsiz olan gayrimümeyyizin yapacağı tasarruflar kavlî ve fiili tasarruflar olarak ikiye ayrılır. Burada bu hususlar hukukî işlem ehliyeti, akdî sorumluluk ehliyeti ve dava ehliyeti başlıkları altında ele alınacaktır.

1. Hukukî İşlem Ehliyeti

Temyiz kudretinden yoksun bir kişinin yani tam ehliyetsizin hukukî işlem ehliyeti yoktur, işlemleri bâtıldır (740). Mecelle'nin 966 ncı maddesi bu durumu, "Sağîr-i gayrimümeyyizin velisi izin verse bile, anın tasarrufât-ı kavliyyesi asla sahih olmaz" sözcükleriyle ifade etmiştir (741).

Gayrimümeyyiz küçüğün, alım satım ve kira gibi ivazlı iktisapları geçerli olmadığı gibi bağışlamayı kabul gibi kendisi için sırf yarar olan (karşılıksız kazandırma teşkil eden) tasarrufları da velisi izin verse bile geçersiz ve hükümsüzdür (742) Hüküm doğurmayan bu muameleler kanunî temsilcinin icazet vermesiyle de düzelmez (743). Buna göre, gayrimümeyyiz küçüklerin

---

(740) **MECELLE** m. 966; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 36-37; **ZEYDAN**, Usûl, s. 96; **HÂTEMÎ**, Vakıf, s. 84; **HÂTEMÎ**, İslâm Hukuku, s. 65, 69; **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 19-20; **ÇEKER**, Çocuk, s. 72.

(741) Bugünkü hukukumuzda da, ehliyetin üç şartından "temyiz kudreti" şartını haiz olmayan kimse, tam ehliyetsiz kabul edilmekte ve kural olarak "hukuki muamele ehliyeti" bulunmamaktadır. TMK.m.15/I de: "mümeyyiz olmayan şahsın tasarrufu hukuki bir hüküm ifade etmez" denmektedir. TMK.m.15/II, "Kanunda muayyen istisnalar bakidir" diyerek, bazı özel durumlarda, temel ilkeden farklı sonuçların doğabileceğini belirtmektedir. Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 62.

(742) Tam ehliyetsizlerin yaptıkları hukukî muamelelerin bâtıl sayılması Roma ve Alman hukuklarının bu konudaki esaslarına uymaktadır. Bu hukuk sistemlerinden farklı olarak, İngiliz hukukunda akıl hastalarının yaptıkları sözleşmeler bâtıl sayılmayıp, kabili fesihtir ve bu fesih imkanı sadece akıl hastalığından haberdar olan diğer tarafa karşı mevcuttur. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 326-327-328; **ATAAY**, s. 81.

(743) Şimdiki hukukumuzda da, hukuki muamele kuramı açısından tam ehliyetsizin yaptığı hukuki işlemler "kesin hükümsüz" (bâtıl) dır. Gayrimümeyyiz küçüğün kendisi için karşılıksız kazandırma teşkil eden

ve akıl hastalarının, alım satım (m. 361), icare (m. 444, 458), kefalet (m. 628), havale (m. 684), rehin (m. 708), vedia (emanet, m. 776), âriyet (m. 809), hibe (m. 859), şirket (m. 1333), mudarebe (m. 1408), müzaraa (m. 1433), müsakat (m. 1443), vekalet (m. 1457, 1458), sulh (m. 1539), ibra (m. 1541), ikrar (m. 1573), boşama ve köle azad etme gibi her tür işlemi geçersizdir (744).

Mecelle m. 979'a göre, devamlı akıl hastası, gayrimümeyyiz küçük gibidir. Bu bakımdan yaptığı muamelelerin kendi yararına veya zararına olması arasında fark yoktur. Kendilerinin tam ehliyetsiz olmalarından dolayı hukukî işlemleri hükümsüz olacağından, bu işlemlerin hiç bir zaman geçerli olması beklenemez. Sürekli akıl hastalarının yapacağı bütün muameleler, tıpkı gayrimümeyyiz küçüğün muameleleri gibi bâtıldır yani kesin hükümsüz muamelelerdir (745). Bunlar tam ehliyetsiz kabul edilip, mahkeme kararına gerek kalmadan kendiliğinden mahcûr sayılır. Dolayısıyla hâkimin vereceği hacir kararı, yenilik doğurmayan ve sadece durumu açıklayan bir karar görünümündedir (746).

Gayrimümeyyiz küçük gibi tam ehliyetsizleri ilgilendiren hukukî işlemlerin kanunî temsilcileri tarafından yapılması gerekir (747). Aksi takdirde, türü ne olursa olsun yapılan işlem bâtıl olur. Kanunî temsilci, tam ehliyetsiz adına ancak ivazsız iktisap ve ivazlı iktisap işlemlerini yapabilir. Eksik ehliyetliler açısından öngörülmüş yasak işlemler burada da söz konusudur. Dolayısıyla, kanunî temsilcinin tam ehliyetsiz adına ve hesabına bağışlamada bulunması, kefalet sözleşmesi yapması veya vakıf kurması gibi sırf zarar olan işlemleri de geçerli değildir (748). Başka bir ifadeyle, malvarlığı alanında kural olarak kanuni ve iradi temsil caiz olduğu için tam ehliyetsiz yerine kanunî mümessili işlem yapar (749).

---

yani "nef-i mahz" olan tasarrufları da hüküm doğurmaz. Hüküm doğurmayan bu muameleler, icazet ile de düzelmez. Bkz. **ÖZSUNAY**, Kişiler, s. 51; **MEYDAN LAROUSSE**, C. IV, s. 112.

(744) **MEVSILÎ**, C. II, s. 94; **ALİ HAYDAR**, C. III, s. 37-38.

(745) **SEYDÎŞEHRÎ**, Usûl, s. 476.

(746) Türk Medeni Kanunu (m. 15, 355) ve Irak Medeni Kanunları (m. 94-108) aynı prensibi benimsemelerine karşılık, Mısır Medeni Kanunu (m. 45, 113, 114), akıl hastası için verilecek kısıtlılık (hacir) kararının yenilik doğuran bir karar olduğunu kabul etmiş, hatta hacir kararından önce akıl hastasının yaptığı tüm tasarruflar geçerli sayılmıştır. Bkz. **ZEYDAN**, Usûl, s. 103.

(747) **DÖNDÜREN**, Mükellef, s. 338; **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 67.

(748) **MAHMESÂNÎ**, C. II, s. 104; **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. II, s. 20, 32; **AYDIN**, Hukuk Tarihi, s. 241.

(749) **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 68.

Şahısvarlığı alanına ilişkin hukukî işlemlerinden, nişanlanma ve evlenmede de temsil yetkisi geçerlidir. İstanbul Üsküdar mahkemesi tarafından verilen şu karar bu hususu açıkça ortaya koymaktadır: "Nâile Köyünde oturan Ayni adlı kadın tarafından aşağıda zikredilen hususta vekil tayin edilen ve vekâleti hukukî açıdan sabit görülen Bâli Halife oğlu Recep isimli şahıs, şer'i yargı meclisinde Mustafa oğlu Mehmet huzurunda şöyle ikrar ve beyanda bulundu: Adı geçen müvekkilem Ayni'yi O Yüce Allah'ın buyruğu ve Hazret-i Muhammed Mustafa'nın tertemiz şerîatı üzere ikiyüz elli akçe kıymetinde bir ince kaftan ile peşin mehir (mehr-i muaccel) ve ikiyüz akçe veresiye mehir (mehr-i müeccel) üzere evlendirmek istedim. Vekâletim sebebiyle adı geçen Ayni adına şer'î yargı meclisinde evlenme akdi icra ettim. Mehmet'i dahi kabul eder misin? sorusuna kabul ederim diye cevap verince, zikredildiği şekilde sicile durum kaydedildi" (750).

Hatta, "fuzulinin nikahı" olarak adlandırılan yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu evlenme, gayri nâfiz bir akit olarak mevkuf (askıda) kalmakta, ancak tarafların icazet vermesiyle sonuçlarını yapıldığı andan itibaren doğurarak geçerli hale gelmektedir. Bu husus, şahsa sıkı surette bağlı olan (751) evlenme gibi haklarda, temsil yetkisinin geçerli olacağını hatta yetkisiz temsilcinin akdettiği nikaha tarafların icazet vermesiyle geçerli hale geleceğini belirtmektedir. Kanunî mümessillere ve yetkisiz temsilcilere, şahısvarlığı alanında temsil yetkisi tanınması, kötüye kullanmaların olmayacağı varsayımına dayanır ve tam ehliyetsiz durumundaki gayrimümeyyizin evlendirilmesi hususunda bu hakkın kullanılması açısından bir imkan tanır. Her ne kadar, temyiz kudretinden yoksun olan kişi evlenmenin gaye ve sonucunu anlayamayacak durumda ise de bu, onun, bu haktan yararlanmasını engellememelidir. Bu açıdan bunların velileri tarafından evlendirilebilmeleri durumu ayrıcalık gösterir. Kendilerinin bizzat evlenme ehliyetlerinin olmamasına rağmen bunlar, velileri tarafından, belki de akdin konusu kabul edilerek, evlendirilebilmektedirler (752).

---

(750) İstanbul Şer'iye Sicillerinden 6 genel nolu Üsküdar Mahkemesine âit 147 nolu defterin 13. sayfasında kayıtlı bulunan ve 16 Şaban 1032 (1623) tarihli bu karar için bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 264-265. Bu konuya ilişkin Gaziantep Mahkemesi tarafından verilen diğer örnek kararlar için bkz. **ŞER'İYE SİCİLLERİ**, C. I, s. 265, 267.

(751) Bugünkü hukukumuzda, şahısvarlığı alanında nişanlanma, evlenme, boşama gibi haklar, "şahsa sıkı surette bağlı hak, münhasıran şahsa bağlı hak" olarak adlandırılır. Bu alanda ilke olarak kanunî temsil düşmanlığından söz edilir. Kural, münhasıran şahsa bağlı haklar alanında kanunî temsilin caiz olmamasıdır. Ancak kanun bazen gayrimümeyyizin yararını gözeterek onun adına şahısvarlığı alanında işlem yapma yetkisi vermiştir. Mümeyyiz olmayan küçüğün evlat edinilebileceği (TMK.m.257/II) ve kocanın temyiz kudretinden yoksun olması durumunda, mirasçıların nesebin reddi davası açabilecekleri (TMK.m.245) gibi durumlar buna örnektir. Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 68-69.

(752) Günümüz hukukunda, kanunî mümessillere şahısvarlığı alanında kural olarak temsil yetkisi tanınmak istenmemesi, muhtemel kötüye kullanmaları ve kötü kullanmaları önlemek, dolayısıyla gayrimümeyyizi korumak içindir. Münhasıran şahsa bağlı olan haklardan kabul edilen evlenme, ancak kişinin kendi eh-

Şu halde, eski hukukumuzda gayrimümeyyizlerin hukukî işlemleri için şu sonuçlara ulaşılabilir. Öncelikle, gayrimümeyyizlerin hukukî işlemleri (kavlî tasarrufları) bâtıl sayılır. Buradaki butlan, mutlak butlandır, yoksa fesat yani nisbî butlan değildir. Sonra, gayrimümeyyizin hukukî işlemleri icazetle de geçerli hale getirilemez. Başka bir deyişle, hükmü, butlan yani infisah olan bir akde icazet verilemez (753).

Burada üzerinde durulması gereken bir husus da, gayrimümeyyiz küçük veya akıl hastasının elinden çıkan bir şeyin takip hakkının üçüncü kişilere karşı da kullanılabileceğidir (754). Mecelle (m. 896, 910, 911), gasıbulgasıp (gasbedilmiş malı gasıptan gasbeden) durumunda bulunan ikinci müşteriye karşı da takip hakkını tanımıştır. Demek ki, eski hukukumuz takip hakkı anlayışında çok hoşgörülüdür. Bir kişi gasıbulgasıp durumuna düştüyse, o kimseye karşı da takip hakkı kullanılabilir, o kimsenin iyiniyetli üçüncü bir kişi olması dikkate alınmaz (755).

Eski hukukumuzda, bu anlayış ağır bir hüküm getirdiği için hafifletilmesi yönünde bazı kurallar getirilmiştir. Hükmî istihlak anlayışı da bu türdendir. Hükmî istihlak, fâsit akitlerle elde edilen bir malın sahih bir akitle üçüncü kişiye geçmesi durumudur. Örneğin fasit akitle elde edilen mal sahih bir akit ile üçüncü bir adama geçmiş ise bu geçiş hükmi istihlak kabul edilir ve bu durumda takip hakkı tanınmaz. Fâsit bir akitle bir malı satın alan kimse malı bâyiine iade zorunluluğundadır. Şayet mal telef olursa, misliyattan ise mislini, kıyemiyattan ise kabz günün-

---

liyetiyle yapabileceği bir işlemdir. Bu açıdan kanuni temsilcilerinin evlendirmesi geçerli değildir. Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 70.

(753) Bilindiği gibi, mutlak butlan, bir muamelede kanunun emir ve yasağı gerektiren bir hükmünün ihlali halinde görülen yaptırımdır. Bugünkü hukukumuzla eski hukukumuz gayrimümeyyizlerin hukukî muamelelerinin yaptırımı yani batıl kabul edilmes ikonusunda paralel hükümler getirmişlerdir. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 313, 322; **BERKİ**, Hukuk Tarihi, s. 58.

(754) Bu noktada da şimdiki hukukumuzla eski hukukumuz arasında farklılık yoktur. Bkz. **MARDİN**, C. II, s. 322.

(755) Bugünkü hukukumuzda ise takip hakkı bu kadar alabildiğine geniş ve kapsamlı değildir, sınırlandırılmıştır. Hüsnüniyetle mal iktisap edene karşı takip yapılamaz. Bunun üç istisnası vardır: hırsızlık, lükata (yolda düşürülen mallar) ve gerçek (alenî) gasp durumları. Hükmî gasp da ise takip hakkı tanınmamaktadır. Başka bir ifadeyle, hükmi gasp durumunda, iyiniyetli üçüncü kişinin elinden malın alınması mümkün değildir.

Hükmî gasp, malını vekil marifetiyle yüz liraya satılmasını isteyen kimsenin malının vekil tarafından doksan liraya satılması, müvekkilin de buna razı olmaması (akte icazet vermemesi) durumudur. Vekil emniyeti suistimal ettiğinden dolayı gasıb, müşteri de gasıbulgasıp olmaktadır. Görüldüğü üzere, mal sahibi hak konusu olan şeyi takip etmekte; yoksa elde edilecek paranın yüz liraya ulaşması için on liralık tazminat davası açmamaktadır. Eğer sübjektif hüsnüniyete değer verilirse, müşterinin iyiniyeti dikkate alınarak mal elinden alınamaz. Eski hukukumuzda takip hakkını mümkün olduğu kadar geniş tutulması

deki kıymetini tazmin eder. Eğer mal telef olmayıp da sahih bir akitle üçüncü bir kişiye satılmışsa, bu üçüncü kişiden geri alınamaz. Bu durumda birinci müşteri kendi satın aldığı kişiye o malın misliyattan ise mislini kıyemiyattan ise kıymetini öder. Fakat ikrah dolayısıyla fâsit olan akitte bu hüküm tatbik edilmez yani malını mükrehen satan kimse, mebii, müşterisi başkasına sahih bir akitle satmış olsa bile zilyedin elinden alır, bu satış niteliği itibariyle onun için hükmi bir istihlak sayılmaz (756).

Gayrimümeyyizin hukukî işleminden sonra mal el değiştirerek üçüncü kişilere intikal etse ve bu kişiler hüsnüniyet sahibi bulunsalar bile takip hakkı söz konusudur, mal istirdat edilebilir (757).

2. Akdî Sorumluluk Ehliyeti

Eski hukukumuzda, temyiz kudretinden yoksun olan kişinin yani tam ehliyetsizin, akdî sorumluluk ehliyetinin bulunmaması da tabiidir. Zira tam ehliyetsiz olan bir kimsenin hukuki işlem yapması mümkün olmadığına göre, yapamadığı hukuki işlemlerden dolayı sorumluluğu düşünülemez (758). Ancak belirtmeye bile gerek yoktur ki, hak ehliyetine sahip olmasından ötürü haksız fiillerinden sorumludur (759).

3. Dava Ehliyeti

Temyiz kudretinden yoksun olan kişilerin medeni hakları kullanma ehliyeti ve bundan dolayı da dava ehliyeti yoktur. Onlar adına ve hesabına kanunî temsilci dava açar ve kanunî

---

amaçlandığından böyle bir olayda da malın iadesi talep olunabilirdi. Bkz. **MARDİN**, C. I, s. 149-150; **ÖZSUNAY**, Medeni, s. 299-300.

(756) **MARDİN**, C. II, s. 324-325.

(757) Şimdiki hukukumuz, bunu istisnai bir durum sayar ve bilinen üç halde mümkün görür. Yalnız, günümüz hukukunda gayrimenkul mallarda takip hakkı söz konusu değildir. Zira gayrimenkulü temellükte kişi, aynı zamanda tapu sicilini tutan devlet müessesesine de güvenmiştir. Dolayısıyla, iyiniyeti bu taşınmazın elinden alınmamasını gerektirir. Bu, istisnanın istisnasıdır. Eski hukukumuzda ise, bu durumda takip hakkının varlığını belirtmeye gerek bile yoktur. Bkz. **ÖZSUNAY**, Medeni, s. 298; **MARDİN**, C. II, s. 325.

(758) **BERKİ**, Hukuk Tarihi, s. 58; **DÖNDÜREN**, Mükellef, s. 338.

(759) Bugünkü hukukumuzda tam ehliyetsiz, geçici ve bilinçli olarak temyiz kudretini yitirmiş olmasa bile, "hakkaniyet" gerektiriyorsa, mesela malî durumu oldukça iyi bir gayrimümeyyiz, bir başkasına zarar vererek ciddi bir sıkıntıya ve yoksulluk tehlikesine maruz bırakmış ise, giderimle yükümlü tutulabilir (TBK.m.54/II). Burada isnad yeteneği aranmaz. Dar anlamda haksız fiil alanının dışında kalan ve

temsilciye dava açılır (760).

D. Tam Ehliyetsizlerin Hukuki Temsili

Bilindiği gibi tam ehliyetsizler adına her türlü hukuki işlemi kanuni temsilcileri yapır. Yine, tam ehliyetsizin sorumlu olduğu bir takım malvarlıksal yükümlülük ve borçları da onun malvarlığından kanuni temsilcileri yerine getirirler.

Eksik ehliyetlilerin hukuki temsilcilerinde neler aranıyor, onların hukuki temsili nasıl yapılıyorsa, tam ehliyetsizlerin hukuki temsilcilerinde de aynı şartlar aranır, hukuki temsilleri de o şekilde gerçekleştirilir. Burada tekrara girilmeyecek sadece o konuya atıf yapmakla yetinilecektir (761).

---

dolayısıyle kusur aranmayan sorumluluk hallerinde, yine gayrimümeyyiz de giderimle yükümlü tutulur (Kusursuz sorumluluk). Bkz. **HÂTEMÎ**, Kişiler, s. 66; **MEYDAN LAROUSSE**, C. IV, s. 112.

(760) **MECELLE** m. 1616; **ALİ HAYDAR**, C. IV, s. 198; **CİN/ AKGÜNDÜZ**, C. I, s. 403; **FETÂVÂYİ HİNDİYYE**, C. VII, s. 351.

(761) Bkz. Yuk. § 7, II, D. Eksik ehliyetlilerin hukuki temsili.

SONUÇ

Kişiler hukukunun konusunu, kişi olarak adlandırılan varlıkların çeşitli hukukî ilişkileri oluşturur. Ancak, kişilerle ilgili olan ilişkilerin tümü, kişiler hukukunun konusuna girmez. Bu alana, sadece kişilerin kişilik alanına giren ilişkilerinin ya da kişi olmanın doğurduğu sorunlar (ehliyet, hısımlık, konut, ad gibi) dahil olur. Eski hukukumuzu oluşturan İslâm hukuku kişi kavramından hareket etmediği için kişiler hukuku kavramına da doğal olarak yer vermemiştir. Kişiler hukuku kapsamında ele alınması gereken hususlar fıkıh kitaplarının akitler, evlenme, boşanma, velayet ve hacir gibi bölümlerinde; fıkıh usûlü kitaplarının ise mahkumun aleyh veya mükellef kısımlarında ehliyet başlığı altında incelenegelmiştir. Modern İslâm hukukçuları ise, Fransız sistemi gibi kişiler hukukunun kapsamına aile hukukunu da almışlardır.

Eski hukukumuzda kişi terimi yerleşmemiş, onun yerine "mahkumun aleyh" (hakkında hüküm verilen kimse) terimi gelişmiştir. Yine "mükellef" (yükümlenmiş) teriminin de kişi anlamında kullanıldığı olmuştur. Gerek mahkumun aleyh gerekse mükellef terimleri tüzel kişileri değil, sadece gerçek kişileri ifade etmek için kullanılmıştır.

Kişi kavramı dar anlamda, hak ehliyetine sahip yani haklara ve borçlara sahip olan varlık anlamına gelirken; geniş anlamda ise sadece hak ehliyetine sahip olan kimse değil, aynı zamanda hukukî koruma sağlanan (şeref, haysiyet, özgürlük gibi) değerlerden oluşan bir varlık demektir. Çağdaş hukuk doktrininde kişilik kavramı kişi kavramından çok daha geniş kapsamlıdır. Kişi kavramı, hak ve borçlar edinebilen varlıkları ifade ederken, kişilik kavramı kişiyi ve onun bu nitelikle sahip olduğu bütün hakları, kişiliğe ilişkin durumları ve hukukça korunan tüm kişisel değerleri de kapsamaktadır. Kişilik kavramının eski hukukumuzdaki karşılığı "zimmet"tir. Zimmet, hukuki anlamda, kişi ve kişilik demektir. Ama daha çok kişilik kavramını karşılar. Kişi denilince, ilk akla gelen varlıklar insanlardır.

Hukukî anlamda gerçek kişi insandır. Ancak, her insanın kişi sayılması yani hak ehliyetine sahip bir varlık olarak görülmesi prensibi modern dünyanın bir hediyesidir. Herkesin hak ehliyetine sahip olması demek olan genellik ilkesi, hak ehliyetinin iki temel ilkesinden biridir. Genellik ilkesi, "her şahıs medeni haklardan istifade eder" şeklinde belirtilen bir ilkedir. Hak ehliyetinin diğer ilkesi ise, eşitliktir. Eşitlik ilkesi ile, dil, din, cins, ırk bakımından her hangi bir ayı-

rım yapılmadan aynı konumdaki kişiler arasında hak ehliyetine sahip olma açısından herhangi bir ayırım yapılmaması belirtilir.

Genellik ilkesinin sadece bir istisnası vardır: Kölelik. Esasında, kölelik, kişinin üzerine düşmüş geçici bir gölge biçiminde görülmüş ve ona eksik bir hak ehliyeti tanınmıştır. Bu sebeple kölelik hak ehliyetini tamamıyla ortadan kaldıran bir durum değil, sadece belirli hususlarda ehliyeti askıya alınan, bulunmayan kimsedir.

Eski devirlerde kölelerin ve zaman zaman kadınların kişi sayılmadığı bilinmektedir. Günümüzde İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bütün ülkelerin anayasaları eski uygulamayı tarihe gömmüştür. Kölelik, eski hukuklarda hak ehliyetinin genelliği ilkesinin istisnalarından birini oluşturur. Bu açıdan, diğer insanlara tanınan haklara ve borçlara sahip olabilme ehliyeti kölelere tanınmamıştır.

Roma tarihi boyunca varlıkları sürdürülen ve eski hukukumuzda da uygulamasına rastlanan köleler, o dönemin ekonomik hayatının vazgeçilmez bir öğesidir. Bunlar hakkın süjesi değil, hakkın konusu olarak görülürler. Yunan, İran ve Cahiliyye araplarının kölelere bakışı da bundan farklı değildir. Bu dönemde, köle anadan doğan her çocuk köledir. Özgürlüğün kaybedilmesi sonucu da köle olunur. Savaş esirliği ve ağır bir ceza sebebiyle özgürlüğün kaybolması, bunun en tipik örneklerini teşkil eder. Borç ödememek, askerlikten kaçmak, kendisini köle gibi sattırmak ve aile babası (pater familias) tarafından köle ilan edilmek şekilleriyle de köle olunabilir. Kölenin hürriyet kazanması işlemine "azat etme" denir. Azat etmenin çeşitli şekilleri vardır. Değnekle azat etme, sayım yoluyla azat etme, vasiyetname ile azat etme, kilisede azat etme, dostlar önünde azat etme, mektupla azat etme ve sofrada azat etme şekilleri bunların başlıcalarıdır. Azat etme dışında, terkedilmiş köle ile üstün bir fedakarlık örneği veren köle de özgürlüğüne kavuşabilir.

Eski hukukumuz ise köleliği kökten kaldırmamış; ancak tedrici olarak kalkmasını sağlayacak bir dizi önlem almış; o zamanın ekonomik hayatına darbe vurmamak ve mukabele-i bilmisil ilkesini uygulamak gayesiyle köleliği kaldırma yerine, statüsünü iyileştirici esaslar getirmiştir. Öncelikle, köleliğin nedenleri sadece savaş esirliği ile sınırlandırılmıştır. Bir de kadın kölenin (cariyenin) efendisi dışında başka birinden çocuk doğurması durumunda, bu çocuğun köle olacağı kabul edilmiştir. Savaş esirlerinin köle yapılıp yapılmaması devlet başkanının iste-

ğine bağlıdır. Mezheplere göre çeşitli alternatifler kabul edilmiştir.

İslâm hukukçuları, kölelik statüsünün gerekçesini, küfre (İslâm düşmanlığına) verilen ceza biçiminde izah etmişlerdir. Köle, efendisinin himayesinde sayıldığı için aile fertlerinden biri olarak kabul edilir. Bu itibarla, efendi çocuğuna karşı yükümlü olduğu davranışları köleye karşı da göstermek durumundadır. Köle, onuruna karşı vukubulan saldırıyı defetmek için mahkemeye başvurabilir.

Önceki hukukumuz köleliğin son bulmasını kolaylaştırmıştır Çocuk doğuran köle (câriye), efendisinin ölümü ile kendiliğinden azat olur. Bunun dışında köleliğin son bulması birçok şekilde gerçekleşebilir. Köleliğin en yaygın sona erme şekillerinden biri gönüllü azattır. Azat etme işlemi sevap kazandıran yarı ibadet görünümünde olduğu için bu yolla kölenin özgürlüğe kavuşması sağlanmıştır. Gönüllü azat, hemen sonuç doğuracak bir hukukî işlemle yapılabildiği gibi ölüme bağlı bir tasarrufla da yapılabilir ki, bu işleme "tedbir", azat edilmesi ölüme bağlı bir tasarrufla ilişkilendirilen köleye de "müdebber" denir. Böylelikle, bir kimse vefatından sonra kölesinin azat olmasını vasiyet etmekte ve ölümüyle de bu vasiyeti uygulamaya konulmaktadır. Yemin, adam öldürme ve zıhar gibi belirli dini ve hukukî kuralların ihlali için ceza olarak öngörülen keffaret borcu olarak da köle azat etmek mümkündür. Hürriyet (özgürlük) akdi yaparak yani sözleşme yoluyla da köle özgürlüğüne kavuşabilir. Bir kimse aralarında evlenme yasağı olacak kadar yakın akrabası olan bir kölenin mülkiyetini bir sebeple kazanırsa mecburi veya kanuni azat gereği bu kimsenin köleliği derhal sona erer. Yine, devlet tarafından da kölelerin azadı mümkündür. Buna ayrılan kaynak ise zekat gelirleridir yani zekatın harcanacağı yerlerden biri de köle azadıdır.

Hak ehliyetinin başlangıcı kişiliğin de başlangıcı demektir. Kişilik, sağ doğmak şartıyla çocuğun ana rahmine düştüğü andan itibaren kazanılır. Çocuğa anne karnında bulunduğu süre de eksik bir hak ehliyetinin tanınması, ceninin, miras, intikal, vakıf, vasiyet ve ikrar gibi lehteki bazı hakları kazanabilmesini ama aleyhine herhangi bir borcun söz konusu olmamasını sağlamıştır.

Kişiliğin kazanılması için aranan sağ doğum şartı, çocuğun bedeninin yarıdan fazla bölümünün anne vücudundan hayat belirtisi göstererek çıkmasını ifade eder. Nefes alıp verme ve ağlama gibi hayat belirtileri doğumun sağ gerçekleşmiş sayılması için yeterlidir. Ancak doğan

çocuğun insan şeklinde olması da şart olarak aranmıştır.

Gerçek kişiliğin sona ermesinin normal ve tabii yolu, ölümdür. Ölüm, ruhun bedenden ayrılmasıdır. Ölümüne kesin gözle bakılacak olaylarda kaybolup cesedi de bulunmayan kişi, Hanbeli mezhebi dışındaki üç hukuki ekole göre hâkim kararıyla ölü kabul edilir. Kişiliğin sona ermesinin ikinci yolu ise, mefkudiyet halidir. Bu takdirî veya hükmî ölüm olarak da adlandırılır. Mefkud, yaşayıp yaşamadığı bilinmeyen fakat ölmesi muhtemel olan kişinin halidir. Mefkudun mallarının mahkemece koruma altına alınarak bir temsilci seçilmesi ve bir süre sonra mallara geçici olarak el konması ve belli şartların gerçekleşmesiyle hakimin ölüm kararını müteakip ölüm sonuçlarının uygulanması gerekir. Ölüme karar verilmekle, evliliğin iptali dahil bütün sonuçlar kendiliğinden doğar.

Hak ehliyetinin dayanağı zimmettir (kişiliktir). Bunun anlamı ancak kişilerin hak ehliyetine sahip olabileceğidir. Cenine de, zimmeti (kişiliği) eksik olduğu yani henüz doğmadığı fakat sağ olduğu da bilindiği için, eksik hak ehliyeti tanınmıştır.

Doğumla başlayan kişilik, ölüm ile son bulur. Kişiliğin, ölümün hangi anında tamamen son bulduğu ise tartışılmıştır. Hanbelilere göre, ölümle hemen sona erer. Şafii ve Malikilere göre ise, ölümden belli bir süre sonra sona erer. Hanefilere göre ise, ölüm zimmeti tamamen kaldırmamakla birlikte hayattakinden daha zayıf bir duruma düşürür. Ama sonuçta ölüm ile zimmetin sona ermesi asıldır. Ancak istisnai durumlarda ölümden sonra da devam edebilir.

Hak ehliyeti kapsamında ele alınan ve kişinin bunlardan sorumlu olması için temyiz kudreti şartının aranmadığı, zekat ve diğer vergi borçları, nafaka yükümlülüğü gibi ödemelerin yanısıra, kişinin sadece zarara sebep olmasının tazmin açısından yeterli olduğu haksız fiil sorumluluğu da söz konusudur. Başka bir deyişle, tam ehliyetsiz olan akıl hastası veya gayrimümeyyiz küçük, eğer bir haksız fiil sonucu herhangi birine zarar vermişse, bunu kendi malvarlığından tazmin borcu altındadır. Bu ödemeyi tam ehliyetsizin malvarlığından onun adına kanunî temsilcisi yerine getirir. Tam ehliyetsizlerin haksız fiillerden sorumlu tutulmaları, tabii olarak eksik ehliyetli veya tam ehliyetlilerin de bu tür sorumluluklarının bulunduğunu gösterir.

Fiil ehliyeti, kişinin kendi fiilleriyle haklar ve borçlar edinebilmesi demektir. Bu ehliyet çerçevesinde kişinin yaptığı fiiller üç kategoride toplanır: Hukukî sonuç doğurması kişinin irade açıklamasına bağlı olanlar (alım-satım, rehin, kira gibi), kişinin haksız bir eylem ile bir başkasına

zarar vermesi sonucunda sorumlu tutulmasını gerektirenler (haksız fiiller gibi), bütünüyle kul ile Allah ilişkisinden ibaret bulunanlar (ibadetler ve dini vecibeler gibi). Bunlardan ilki, hukuki işlem ehliyeti, ikincisi haksız fiillerden sorumluluk ehliyeti, sonuncusu ise ibadet ehliyeti şeklinde isimlendirilir. Bu çalışmada ilk ikisi ele alınmış üçüncü kısım ise incelenmemiştir. Hukuki işlem ehliyeti ile hukuka aykırı fiillerin bir görünümü olan akdî sorumluluk ehliyeti fiil ehliyeti kapsamında; hukuka aykırı fiillerin diğer görünümü olan haksız fiillerden sorumluluk ehliyeti ise hak ehliyeti kapsamında ele alınmıştır.

Fiil ehliyeti, hak ehliyeti gibi insan olarak sağ doğmaya bağlı bulunan bir ehliyet türü değildir. Kural olarak hak ehliyetine her insan sahiptir. Ancak herkes fiil ehliyetine sahip değildir. Fiil ehliyetine sahip olmak için bir takım şartlara sahip olmak gerekir.

Fiil ehliyetinin kapsamında yer alan tasarruf ehliyetini tasarruf yetkisinden ayırmak gerekir. Tasarruf ehliyeti, tasarrufta bulunabilme, bir ölçüde hukuki işlem yapabilme ehliyetidir Tasarruf yetkisi ise, bir kimsenin bir hak ile arasındaki belli bir ilgiden ibarettir. Bir hakkı veya bir hukukî münasebeti doğrudan doğruya etkileyebilme, yani onu sınırlandırma, devretme veya ortadan kaldırma gücü tasarruf yetkisi olarak belirtilir. Tasarruf yetkisi hak sahibi olmaktan kaynaklanır. Bir kimse tasarruf muameleleri yapabilme ehliyetine (yani tasarruf ehliyetine) sahip bulunduğu halde, tasarruf yetkisine sahip bulunmayabilir.

Önceki hukukumuzda, ölümle sonuçlanan bir hastalığa tutulmuş kişinin mirasçılarına ve alacaklılarına zarar verebilecek türden olan davranışları bir takım kısıtlamalara tabi tutulmuş, kişi bu açılardan tasarruf yetkisine sahip görülmemiştir. Alacaklılara ve mirasçılara zarar veren türden muameleler, kişinin ölümünden sonra geriye yönelik olarak iptal ettirilebilirler. Zira kişinin ölüm hastası olduğu ancak onun ölümüyle belli olur.

Fiil ehliyeti, temyiz kudretine sahip olan (âkıl olan), reşit olan ve mahcur bulunmayan kişilerde tam olarak meydana çıkar. Başka bir ifadeyle fiil ehliyetinin üç şartı vardır: Temyiz kudreti, rüşt ve mahcur olmama.

Temyiz kudreti, makul surette hareket edebilme iktidarıdır. Yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı gibi durumlarda kişi temyiz kudretine sahip değildir. Bu bağlamda mümeyyiz küçük, alış verişin anlamını idrak eden ve aşırı şekilde (yarı yarıya) aldanmayan kişi olarak kabul edilir. Akıl zayıflığı (ateh) ise temyiz kudretini tamamen ortadan kaldıran bir durum olarak görülmez.

Sarhoşluğun ehliyeti ortadan kaldırıp kaldırmadığı tartışmalıdır. Sarhoşluk, yasal ve yasak olmak üzere iki türdür. Hukuki kurallar çerçevesinde kalınarak sarhoş olma yasal sarhoşluk, bunun dışındakiler ise yasak sarhoşluk olarak görülmüştür. Yasal sarhoşluk ehliyeti ortadan kaldırır. Yasak sarhoşluk ise, doktrindeki çoğunluğa göre ehliyeti kaldırır; azınlığı temsil eden Hanefilere göre, kişinin tasarruflarına itibar edilir yani ehliyeti kaldırmaz.

Eski hukukumuzda rüşt, günümüz hukukundaki gibi salt belirli bir yaşa ulaşma ile kazanılan bir durum değildir. Kişinin reşit kabul edilebilmesi için bulûğa ermesi ve sefih olmaması gerekir. Bulûğa erme fiilî veya hükmî olabilir. Bir takım fizyolojik belirtilerle gerçekleşen bulûğ fiilî; kanunun belirlediği yaş sınırıyla tespit edilen bulûğ ise hükmîdir. İmameyne ve Mecelle'ye göre 15 yaşını tamamlamış olan herkes hükmen baliğ olmuş sayılır. Bu sınır Ebû Hanife'ye göre, kızlarda 17, erkeklerde 18 yaşın tamamlanmasıdır. Sefih olmama ise, malını boş yere harcamama, harcamalarını gereksiz yere yapmama ve malını bu yollarla kaybetmeme, zarara uğratmamadır. Görüldüğü üzere, rüşt baliğ olan kimsenin malını rasyonel olarak kullanabilme yeteneğine kavuşmasıdır.

Mahcur olmama ise, gayrimümeyyizlik, akıl hastalığı sefihlik, borçluluk ve iflas gibi çeşitli nedenlerle hukuki işlem yapabilme ehliyetinin kısıtlanmasıdır. Gayrimümeyyizler, akıl hastaları ve akıl zayıfları herhangi bir mahkeme kararına gerek kalmadan kendiliğinden mahcurdurlar. Diğerlerinin hacredilmesi için ise mahkeme kararına gerek vardır.

Fiil ehliyeti yönünden kişinin yapacağı işlemler yararlı, zararlı ve ikisi arasında olanlar olmak üzere üç grupta toplanır. Bunlar, kişiye sadece yarar sağlayan işlemler (vasiyet, bağışlamayı kabul etmek gibi), kişiye sadece zarar veren işlemler (mal bağışlama, vasiyet yapma, ibra gibi) ve kişi açısından zarar ve yararın muhtemel olduğu işlemler (ivazlı işlemler)dir.

Tam fiil ehliyetine sahip olan (yani tam ehliyetli) mümeyyiz ve reşit olup da mahcur olmayan bir kişi, bu işlemlerden hepsini kimsenin izin ve icazetine gerek kalmaksızın yapabilir.

Eksik ehliyetli olarak nitelendirilen yani ya akıl zayıfı olan ya da reşit olma ve mahcur olmama unsurlarından birini taşımayan kişi ise kendisine yararı olacak ivazsız işlemleri bizzat kendisi kimseden onay almaksızın yapabilir. Ancak sırf zarar verici türdeki işlemleri yapması mümkün değildir; bu tür işlemleri bunlar adına kanuni temsilcileri dahi yapamaz. Eksik ehliyetlilerin, yarar ve zararın muhtemel olduğu ivazlı işlemleri yapabilmesi için ise kanunî temsilcileri-

nin onayına gerek vardır. Eksik ehliyetli olarak kabul edilenler, mümeyyiz küçükler, akıl zayıfı olanlar, sefihler ve kölelerdir.

Tam ehliyetsiz olanlar ise, temyiz kudretine sahip olmayan kimselerdir. Bunların hiçbir şekilde hukuki işlem yapma ehliyetleri yoktur; yaptıkları hukukî işlemler mutlak butlanla bâtıldır. Ancak fiil ehliyetiyle bağlantısı olmayan haksız fiil sorumluluğu için kişinin hak ehliyetine sahip olması yani kişi sayılması yeterlidir.

Görüldüğü üzere, önceki hukukumuz ile şimdiki hukukumuz arasında bazı noktalarda benzerlik bazı noktalarda da farklılıklar vardır. Eski hukukumuzdaki bazı kavramlar, bugünkü hukukumuzda terim olarak kullanılmakta fakat o terimlere "reşit" kavramında olduğu gibi farklı anlamlar verilmektedir. Yine, önceki hukukumuzda uygulama alanı bulan kölelik müessesesi, bugünkü hukukumuzda, kesin olarak kaldırıldığı için, uygulama alanı bulamamakta ve bu alanda da bir takım farklılıklar söz konusu olmaktadır.

FAYDALANILAN KAYNAKLAR (*)

ADLİYE VEKÂLETİ : Kanunu Medeni Şerhi ve Nazariyeleri, Türk ve İsviçre Kanunu Medenileri, İstanbul 1926.

AKDAĞ, Selami : Türk Ceza Kanunu Şerhi, Emsâl İçtihatlar ve İlgili Kanunlar, Ankara 1976.

AKGÜNDÜZ, Ahmed : İslâm Hukukunda Kölelik-Câriyelik Müessesesi ve Osmanlı'da Harem, 2. B., İstanbul 1995 (Kölelik).

AKGÜNDÜZ, Ahmed : Umumî Hukuk Tarihi Ders Notları, Konya 1991 (Umumî).

AKGÜNDÜZ, Ahmet : İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, Ankara 1988 (Vakıf).

AKGÜNDÜZ, Ahmet : Karahanlıların Büyük Hukukçusu Ebû Zeyd Debbûsî ve Mezheblerarası Mukayeseli Hukuka Te'sirleri, SÜHFD. C. II, S. 2, Konya 1989 (Debbûsî).

AKGÜNDÜZ, Ahmet : Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyatı, Diyarbakır 1986 (Külliyat).

AKGÜNDÜZ, Ahmet : Osmanlı Kanunnameleri, C. I-VII, İstanbul 1990 (Kanunnameler).

AKIN, İlhan F. : Kamu Hukuku, 6. B., İstanbul 1990.

AKINCI, Şahin : Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996.

AKINTÜRK, Turgut : Aile Hukuku, Ankara 1978

AKİPEK, Jale G. : Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri-Şahsın Hukuku, İkinci Cüz Şahsın Hukuku, C. I, Ankara ts.

AKSEKİ, A. Hamdi : İslâm Dîni, İtikad, İbâdet ve Ahlâk, 22. B., Ankara ts.

AKTAN, Hamza : Âkıle, DİA, C. II, İstanbul 1989.

ALİ HAYDAR : el-Mecmûatü'l- Cedîde fi'l-Kütübi'l-Erbaa, İstanbul ts. (Mecmûatü'l- Cedîde).

---

* Çalışmada yazar adıyla atıf yapılması yöntemi tercih edilmiş olup, aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılırken kullanılan kısaltmalarla, üçten çok yazarı bulunan eserlere atıf yapılırken kullanılan kısaltmalar, ilgili kaynağın sonunda parantez içinde gösterilmiştir.

ALİ HAYDAR : Tertîbü's-Sunûf fî Ahkâmi'l-Vukûf, İstanbul 1338 (Ahkâmü'l-Vukûf).

ALİ HAYDAR, Hoca Eminefendizâde : Dürerü'l-Hükkâm Şerh-u Mecelleti'l-Ahkâm, C. I-IV, İstanbul 1330. (C. I, II, III, IV)

ALİ, Kevser Kâmil/ **ÖĞÜT**, Salim: Çok Evlilik, DİA, C. VIII, İstanbul 1993.

ANSAY, Sabrı Şakir : Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, 2. B., Ankara 1953 (İslâm Hukuku).

ANSAY, Sabri Şakir : Medeni Kanunumuzun 25 inci Yıldönümü Münasebetiyle Eski Aile Hukukumuza Bir Nazar- Hukuk İnkılabımızı Aydınlatan Tarihi-Teşrii Vesikalar, Ankara, 1952. (Aile Hukuku).

APAYDIN, H. Yunus : Hacir, DİA, C. XIV, İstanbul 1996.

ARMAĞAN, Servet : İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve İlaveler Yapılmış 2. B., Ankara 1992.

ARSAL, Sadri Maksudi : Türk Tarihi ve Hukuk, İstanbul 1947.

ARSEBÜK, Esat : Medeni Hukuk, Ankara 1938.

ASIM EFENDİ : Kamus Tercemesi. C. IV, İstanbul 1305.

ATAAY, Aytekin : Şahıslar Hukuku, Birinci Yarım Giriş- Hakikî Şahıslar, 2. B., İstanbul 1969.

ATAR, Fahrettin : Fıkıh Usûlü, 2. B., İstanbul 1992 (Usûl).

ATAR, Fahrettin : İslâm Adliye Teşkilâtı, Ankara 1991 (Adliye).

ATAR, Fahrettin : İslâm İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 1990 (İcra).

ÂTIF BEY : Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Şerhu Kitabü'l-Büyû', İstanbul 1318 (Kitabü'l-Büyû').

ÂTIF BEY : Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'den Kavaidi Külliyye Şerhi, 2. B., İstanbul 1327 (Kavâidi Külliye).

AYAN, Mehmet : Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar ve Temel Kavramlar, Kişiler Hukuku, Konya 1997.

AYDIN, M. Âkif : "İslâm Hukukunda Tek Taraflı Hukukî İşlem", MÜHF Hukuk Araştırmaları, C. VIII, S. 1-3, İstanbul 1994 (Hukukî İşlem).

AYDIN, M. Âkif : Aile, DİA, C. II, İstanbul 1989 (Aile).

AYDIN, M. Âkif : Avârız, DİA, C. IV, İstanbul 1991 (Avârız).

AYDIN, M. Âkif : Borç, DİA, C. VII, İstanbul 1992 (Borç).

AYDIN, M. Âkif : Çocuk, DİA, C. VIII, İstanbul 1993 (Çocuk).

AYDIN, M. Âkif : el-Ahkâmü'ş-Şer'iyye Fi'l-Ahvâli'ş-Şahsiyye, DİA, C. I, İstanbul 1988 (el-Ahkâmü'ş-Şer'iyye).

AYDIN, M. Âkif : Eski Hukukumuzda Bir Haksız Fiil Türü Olarak İtlâf, MÜHF. Hukuk Araştırmaları, C. V, S. 1-3, İstanbul 1990 (İtlâf).

AYDIN, M. Âkif : Haksız Fiil, DİA, C. XV, İstanbul 1997 (Haksız Fiil).

AYDIN, M. Âkif : İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları, "Bir Hukukçu Olarak Ahmed Cevdet Paşa", İstanbul 1996 (Cevdet Paşa).

AYDIN, M. Âkif : İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları, "Osmanlı Hukukunda Kazâî Boşanma "Tefrik", İstanbul 1996 (Tefrik).

AYDIN, M. Âkif : İslâm-Osmanlı Aile Hukuku, İstanbul 1985 (Aile Hukuku).

AYDIN, M. Akif : Türk Hukuk Tarihi, Genişletilmiş 2. B., İstanbul 1996 (Hukuk Tarihi).

AYİTER, Kudret : Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara 1953.

BAKTIR, Mustafa : Afyon, DİA, C. I, İstanbul 1988.

BALKANLI, Remzi : İslâm Hukukunun (Usûl-ü Fıkhın) Umumî Esasları (Mukayeseli), I. Kitap, Ankara 1973.

BARDAKOĞLU, Ali : Bulûğ, DİA, C. VI, İstanbul 1992 (Bulûğ).

BARDAKOĞLU, Ali : Diyet, DİA, C. IX, İstanbul 1994 (Diyet).

BARDAKOĞLU, Ali : Ehliyet, DİA, C. X, İstanbul 1994 (Ehliyet)

BARKAN, Ömer Lütfi : Türk Hukuk Tarihine Giriş, Belgelerle Türk Tarihi Dergisi, S. 14, Ankara 1986.

BARTHOLD W., : İslâm Medeniyeti Tarihi, M. Fuad Köprülü Tarafından Başlangıçla İzah ve Düzeltmeler Kısmı İlave Edilmiştir, 3. B., Ankara 1973.

BAYINDIR, Abdülaziz : İslâm Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması), İstanbul 1986.

BELGESAY, Mustafa Reşit : Mecellenin Küllî Kaideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri, İstanbul 1947.

BERKİ, Ali Himmet : Hukuk Mantığı ve Tefsir, Ankara 1948 (Hukuk Mantığı).

BERKİ, Ali Himmet : Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku, Ankara 1958 (Hukuk Tarihi).

BERKİ, Ali Himmet : İslâm Hukukunda Ferâiz ve İntikal, Sad. İrfan Yücel, 3. B., Ankara 1986 (Ferâiz ve İntikal).

BERKİ, Ali Himmet : İslâmda Vakıf, Zaganus Paşa ve Zevcesi Nefise Hatun Vakfiyesi, Vakıflar Dergisi, C. IV, İstanbul 1958 (Vakıf).

BERKİ, Ali Himmet : Miras ve Tatbikat, Ankara 1968 (Miras ve Tatbikat).

BERKİ, Ali Himmet : Vakıflar, 1. Kitap, İstanbul 1941 (Vakıflar).

BERKİ, Şakir : İslâm Hukukunun Ehemmiyeti, İslâm İlimleri Enstitüsü Dergisi, AÜİF., İstanbul 1959 (Ehemmiyet).

BERKİ, Şakir : Medenî Hukuk, Umumi Esaslar Şahıs ve Aile Hukuku, Ankara 1961 (Şahıs).

BERKİ, Şakir : Roma Hukuku, Ankara 1949 (Roma Hukuku).

BERKİ, Şakir/ **HÂMİDÎ**, Hayrullah: İslâm Hususi Hukukunun Ana Prensipleri, "Kur'ân'da Hukuk", 2. B., Ankara 1962.

BİLGİN, Ahmet : İslâm Hukukunda Gerçek Kişilerin Ehliyeti, Yayınlanmamış Doktora tezi, Diyarbakır ts.

BİLMEN, Ömer Nasuhi : Hukukı İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu, C. I-VIII, İstanbul 1985.

BİRSEN, Kemaleddin : Medeni Hukuk Dersleri, 5. B., İstanbul 1959.

BOLAY, Süleyman Hayri : Akıl, DİA, C. II, İstanbul 1989.

BOZKURT, Gülnihâl : Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasî Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukukî Durumu (1839-1914), Ankara 1989 (Gayrimüslim).

BOZKURT, Gülnihâl : Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), Ankara 1996 (Resepsiyon).

BOZKURT, Gülnihâl : Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik, AÜHFD, C. 38, 1981, S. 1-4. (Kölelik).

BOZKURT, Gülnihâl : İslâm Hukukunda Müste'menler, AÜSBF Fadıl H. Sur'un Anısına Armağan, Ankara 1983 (Müste'menler).

BOZKURT, Gülnihâl : İslâm Hukukunda Zimmîlerin Hukuki Statüleri, DEÜHFD,

C. III, S. 1-4, Kudret Ayiter Armağanı, Ankara 1987 (Zimmîler).

BUHÂRÎ, Abdülaziz el- : Keşfü'l-Esrâr Alâ Usûli'l-İmâmi'l-Pezdevi, C. IV, İstanbul 1308 (TDV. İslâm Ansiklopedisi Kütüphanesi, Kayıt No: 1444-2).

BÜYÜK LAROUSSE : Gelişim Yayınları, C. V, byy 1986.

CANAN, İbrahim : Kütüb-i Sitte Muhtasarı Tercüme ve Şerhi, C. I-XVIII, Ankara 1988.

CEVDET PAŞA : Tezâkir 1-12, 3. B., Yayınlayan Cavid Baysun, Ankara 1991.

CEZÎRÎ, Abdurrahman : Dört Mezhebe Göre İslâm Fıkhı, C. I-VIII, 2. B., Çev. Mehmet Keskin, İstanbul 1991-1992.

CHIHA, Nèdjib H. : Osmanlı Devletinde Gayrimenkul Mülkiyeti Bakımından Yabancıların Hukuki Durumu, Çev. Halil Cin, AÜHFD, C. XIV, S. 1-4, Ankara 1967.

CİN, Halil / **AKGÜNDÜZ**, Ahmet : Türk-İslâm Hukuk Tarihi, C. I-II, İstanbul 1990.

CİN, Halil / **AKYILMAZ**, S. Gül : Tarihte Toplum ve Yönetim Tarzı Olarak Feodalite ve Osmanlı Düzeni, Konya 1995.

CİN, Halil : Eski Hukukumuzda Boşanma, 2. B., Konya 1988 (Boşanma).

CİN, Halil : Eski ve Yeni Türk Hukukunda Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Ankara 1979 (Miras).

CİN, Halil : İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Konya 1988 (Evlenme).

CİN, Halil : Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu düzenin Bozulması, 3. B., Konya 1992 (Toprak Düzeni).

CİN, Halil : Tanzimat Döneminde Osmanlı Hukuku ve Yargılama Usulleri, 150. Yılında Tanzimat, Ankara 1992 (Tanzimat).

CİN, Halil : Tarih Boyunca Kadının Hukukî Statüsü Açısından Türk Kadınının Durumuna Kısa Bir Bakış, Prof.Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, SÜHF, Konya 1991 (Kadın).

CİN, Halil : Türk Hukukunda Mer'a, Yaylak ve Kışlaklar, Son Yargıtay Kararları ile Genişletilmiş 2. B., Ankara 1980 (Mer'a).

CUBÛRÎ, Hüseyin Halef el- : Avârızu'l-Ehliyyeti İnde'l-Usûliyyîn, 1. B., Mekke 1988.

ÇAĞIL, Orhan Münir : Hukuk Tarihinin Kıymet ve Ehemmiyetine Dair Bazı Düşünceler, İHFM, C. XVIII, S. 3-4, (ayrı basım), İstanbul 1953.

ÇANGA, Mahmud : Kur'an Kelimelerinin Anahtarı, İstanbul 1986.

ÇANTAY, Hasan Basri : Kur'ân-ı Hakîm ve Meâl-i Kerîm, C. I-III, 16. B., İstanbul 1992.

ÇEKER, Orhan : "Çocuk Düşürme", DİA, C. VIII, İstanbul 1993 (Çocuk Düşürme).

ÇEKER, Orhan : İslâm Hukukunda Çocuk, İstanbul 1990 (Çocuk).

ÇELİKEL Aysel : Yabancılar Hukuku, 5. B., İstanbul 1990.

DAĞCI, Şamil : İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller, Ankara 1996.

DAMAD Abdurrahman Efendi : Mecmau'l-Enhür fî Şerh-i Mülteka'l-Ebhur, C. I-II, İstanbul 1309 (C. I-II).

DAVID, Rene : Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri, Çev. Argun Köteli, İstanbul 1985.

DE BOER, T.J. : Akıl, İA, C. I, İstanbul 1993.

DEBS, A Richard/ **ZIADEH**, Farhat J./ **DILGER**, Konrad: İslâm Hukukunda Mülkiyet Kavramı, Giriş ve Notlarla Çev. Halit Ünal, Kayseri 1994.

DEMİR, Fahri : İslâm Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı, Ankara 1988.

DONNELLY, Jack : Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Türkçesi, Mustafa Erdoğan/ Levent Korkut, Ankara 1995.

DÖNDÜREN, Hamdi : Akıl Hastalığı, C. I, ŞİA, İstanbul 1990. (Akıl Hastalığı).

DÖNDÜREN, Hamdi : Âkıl, DİA, C. II, İstanbul 1989. (Âkıl).

DÖNDÜREN, Hamdi : Delilleriyle İslâm Hukuku, Şahıs, Âile ve Çözümlü Miras, 2. B., İstanbul 1983 (Şahıs).

DÖNDÜREN, Hamdi : Mükellef, C. IV, ŞİA, İstanbul 1991 (Mükellef).

DÖNDÜREN, Hamdi : Rüşd, C. V, ŞİA, İstanbul 1992. (Rüşd).

DÖNDÜREN, Hamdi : Zimmet, C. VI, ŞİA, İstanbul 1994 (Zimmet).

DÖNMEZ, İbrahim Kâfi : Cünûn, C. VIII, DİA, İstanbul 1993.

DÖNMEZER, Sulhi : Ceza Hukuku Hususî Kısım, Şahıslara Karşı ve Mal Aleyhinde İşlenen Cürümler, Gözden Geçirilmiş 8. B., İstanbul 1971.

DURAL, Mustafa : Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul 1977.

DÜSTÛR : Birinci Tertib, C. I-VII, Mütemmim, İstanbul 1289, Ankara 1943; İkinci Tertib, C. I, IX.

DÜZDAĞ, Mehmet Ertuğrul : Şeyhülislâm Ebussuûd Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı, İstanbul 1972.

EBÛ ZEHRA, Muhammed : Ebû Hanîfe, Terc. Osman Keskioğlu, 2. B., İstanbul 1966 (Ebû Hanife).

EBÛ ZEHRA, Muhammed : el-Mülkiyyetü ve Nazariyyetü'l-Akd, Mısır 1939 (Nazariye).

EBÛ ZEHRA, Muhammed : Usûlü'l-Fıkh, Kahire 1958 (Usûl).

EBUSSUUD EFENDİ, Şeyhülislâm : Marûzât.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin : Hukuk Tarihimizde Temel Haklar, Konya 1994.

FETÂVÂ-YI ALİ EFENDİ : C. I, İstanbul 1322.

FETÂVÂYİ HİNDİYYE : Ansiklopedik İslâm Fıkhı, C. I-XVI, Terc. Mustafa Efe, Ankara, ts.

GAZÂLİ, İmam : el-Mustasfa, İslâm Hukukunda Deliller ve Yorum Metodolojisi, C. I, Çev. Yunus Apaydın, Kayseri 1994.

GERBER, Haim : "Osmanlı Hukukunda Şeriat, Kanun ve Örf 17. Yüzyıl Bursa'sı Mahkeme Kayıtları", Çev. Mehmet Akman, MÜHF. Hukuk Araştırmaları, C. VIII, S. 1-3 İstanbul 1994.

GIBB, Sir Hamilton/ **BOWEN**, Harold : Islamic Society and the West A Study of the Impact of Western Civilization on Moslem Culture in the Near East, Volume One Part I-II, New York 1957.

GOLDZIHER, İ. : Fıkıh, C. IV, İA., İstanbul 1993.

GÖK, Şemsi : Adlî Tıp, 5. B. , İstanbul 1983.

GÖKMENOĞLU, Hüseyin Tekin : İslâm'da Şahsiyet Hakları, Ankara 1996.

GÖZÜBENLİ, Beşir : Âriyet, DİA, C. III, İstanbul 1991 (Âriyet).

GÖZÜBENLİ, Beşir : Ateh, DİA, C. IV, İstanbul 1991 (Ateh).

GÜNALTAY, Şemsettin : İslâmdan Önce Araplar Arasında Kadının Durumu, Aile ve

Türlü Nikah Şekilleri, Belleten, Ekim 1951, S. 60.

GÜRKAN, Ahmet : İslâm Kültürünün Garbı Medenileştirmesi, Ankara ts.

HACI ÂDİL : Usûl-i Fıkıh Dersleri ve Merhum Büyük Haydar Efendi, İstanbul 1326.

HALAÇOĞLU, Yusuf : "Osmanlı Devlet Teşkilatı", Doğuştan Günümüze Büyük İslâm Tarihi, C. XII (312-455 sayfaları arası), İstanbul 1993.

HALEBÎ, İbrahim b. Muhammed b. İbrahim el- : Mülteka'l-Ebhur, İstanbul 1309 (Mültekâ).

HALEBÎ, İbrahim : İzahlı Mültekâ El Ebhur Tercümesi, Terc. Mustafa Uysal, C. I-IV, Konya 1976 (İzahlı Mültekâ).

HALİS EŞREF : Külliyat-ı Şerh-i Kanun-ı Arazi, İstanbul 1315 (Külliyat).

HALİS EŞREF : Şerh-i Kanun-ı Arazi, İstanbul 1306.

HALLÂF, Abdulvahhâp : İslâm Hukuk Felsefesi (İlmu Usûli'l-Fıkh), Giriş ve Notlar Ekleyerek Çev. Hüseyin Atay, 2. B., Ankara 1985.

HAMİDULLAH, Muhammed / **BOUSQUET**, G.H. / **NALLİNO**, C.A. : İslâm Fıkhı ve Roma Hukuku, "Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı", Çev. Kemal KUŞÇU, İstanbul 1964.

HAMÎDULLAH, Muhammed : "Abd", DİA, C. I, İstanbul 1988 (Abd).

HAMÎDULLAH, Muhammed : İslâm Hukuku Etüdleri, Fıkıh Usûlü Tarihi, İslâm Hukuk Metodolojisi yahut «İslamic Jurisprudence», İstanbul 1984 (Fıkıh Usûlü).

HAMÎDULLAH, Muhammed : İslâm Peygamberi, C. II, Hayatı ve Eseri, Terc. M. Sait Mutlu/Salih Tuğ, İstanbul 1969 (İslâm Peygamberi).

HAMÎDULLAH, Muhammed : İslâm'da Devlet İdaresi, Terc. Kemal Kuşcu, Ankara 1979 (Devlet İdaresi).

HÂTEMÎ, Hüseyin : İslâm Hukuku Dersleri, 2. B., İstanbul 1994 (İslâm Hukuku).

HÂTEMÎ, Hüseyin : Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul 1992 (Kişiler).

HÂTEMÎ, Hüseyin : Önceki ve Bugünkü Türk Hukuku'nda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul 1969 (Vakıf).

HAYLAMAZ, Reşit : İslâm Hukukuna Göre Organ ve Doku Nakli, İzmir 1993.

HEFFENING : Vilayet, İA, C. XIII, İstanbul 1993.

HUDARÎ BEY, Muhammed : Usûlü'l- Fıkıh, 5. B., Mısır 1965.

HÜSEYİN EFENDİ, el-Hac : İlaveli Müntehabat-ı Lügat-ı Osmaniyye, İstanbul 1286.

ITZKOWITZ, Norman : Ottoman Empire and Islamic Tradition, Chicago 1980.

İBN ÂBİDÎN, Muhammed Emîn : Reddü'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtar, Hâşiyetü İbn Âbidîn,C. I-VI, 3. B., Beyrut 1987.

İBN HANBEL : el-Müsned, C. X, Beyrut ts.

İBN KUDÂME, Abdullah b. Ahmed: el-Muğni, C. I-X, Kahire 1970.

İBN MANZÛR, Ebû'l-Fazl Cemalüddin Muhammed b. Mükerrem : Lisanü'l-Arab, C. VII-XIX, Bulak 1301.

İBN RÜŞD el-Kurtubî, Ebi'l-Velîd Muhammed b. Ahmed: Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid, C. II, Kahire 1986.

İMRE, Zahit / **ERMAN**, Hasan: Miras Hukuku, İstanbul 1989.

İMRE, Zahit : Hacir Sebebi Olması Açısından Akıl Bozuklukları Hakkında Türk Hukukuna ve Mukayeseli Hukuka İlişkin Bazı Düşünceler, "Kubalı'ya Armağan", İstanbul 1974 (Hacir Sebebi).

İMRE, Zahit : Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949 (Kusursuz Mesuliyet).

İMRE, Zahit : Medenî Hukuka Giriş (Temel Kavramlar, Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku), 3. B., İstanbul 1980 (Şahıslar).

İZMİRÎ, Muhammed : Haşiyetü Mir'at'il Usul, C. II, İstanbul 1313.

JUYNBOLL, Th. W. : "Abid", İA., C. I, İstanbul 1993 (Abid).

JUYNBOLL, Th. W. : "Âkil", İA, C. I, İstanbul 1993 (Âkil).

JUYNBOLL, Th. W. : "Bülûğ", İA, C. II, İstanbul 1986 (Bülûğ)

KADRİ PAŞA, Muhammed : el-Ahkâm'üş-Şer'iyye fi'l-Ahvâliş-Şahsiyye ala Mezhebi'l-İmam Ebî Hanîfeti'n-Numan, Kahire 1318.

KAFESOĞLU, İbrahim : Türk Millî Kültürü, İstanbul 1983.

KARACAN : Büyük Sözlük ve Genel Kültür Ansiklopedisi, C. 4-6, İstanbul ts.

KARADENİZ, Özcan : Roma Hukuku, Ankara 1974.

KARÂFÎ, Şehâbeddin el- : el-Furûk, C. III, Kahire 1347.

KARAHASAN, Mustafa Reşit : Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 1981.

KARAMAN, Hayreddin : Akid, DİA, C. II, İstanbul 1989 (Akid).

KARAMAN, Hayreddin : Alış-Verişte Vade Farkı, İslâmî İlimler Araştırma Vakfı Yıllığı, C. I, İstanbul 1978 (Vade Farkı).

KARAMAN, Hayreddin : Anahatlarıyla İslâm Hukuku, C. I-III, İstanbul 1985 (Anahatlarıyla).

KARAMAN, Hayreddin : Asabe, DİA, C. III, İstanbul 1991 (Asabe).

KARAMAN, Hayreddin : Başlangıçtan Zamanımıza Kadar İslâm Hukuk Tarihi, İstanbul 1989 (Hukuk Tarihi).

KARAMAN, Hayreddin : Fıkıh Usûlü, 2. B., İstanbul 1967 (Fıkıh Usûlü).

KARAMAN, Hayreddin : Fıkıh, DİA C. XIII, , İstanbul 1996 (Fıkıh).

KARAMAN, Hayreddin : Mukayeseli İslâm Hukuku, C. I-III, İstanbul 1991 (Mukayeseli).

KÂSÂNÎ, Alâeddin Ebû Bekr b. Mes'ud, el- : Kitâbü Bedâiu's-Sanâi fî Tertîbi'ş-Şerâi, C. I-VII, Beyrut ts.

KAYA, Ali / **ÇALIŞ**, Halit : Haksız İktisap, C. XV, İstanbul 1997.

KAZICI, Ziya / **ŞEKER**, Mehmet : İslâm-Türk Medeniyeti Tarihi, 2. B., İstanbul 1982.

KAZICI, Ziya : İslâm Müesseseleri Tarihi, İstanbul 1991.

KESKİOĞLU, Osman : Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku, Ankara 1988.

KETTÂNÎ, Muhammed Abdülhay el- : et-Terâtîbu'l-İdâriyye, Hz. Peygamber'in Yönetiminde Sosyal Hayat ve Kurumlar, C. III, Çev. Ahmet Özel, İstanbul 1993.

KOÇAK, Muhsin : "Gurre", DİA, C. XIV, İstanbul 1996.

KOSCHAKER, Paul : Modern Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Anahatları, Terc. Kudret Ayiter, Ankara 1983.

KÖPRÜLÜ, Bülent : Medeni Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin Hukuku, (1-2. Kitaplar), Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. B., İstanbul 1984.

KURNAZ, Şefika : Cumhuriyet Öncesinde Türk Kadını (1839-1923), İstanbul 1992.

KURU, Baki/ **ARSLAN**, Ramazan/ **YILMAZ**, Ejder : Medenî Usul Hukuku, Ankara 1989.

KUTUB, Muhammed : İslâmın Etrafındaki Şüpheler, İstanbul ts.

LEHBÂBÎ, M. Aziz : İslâm Şahsiyetçiliği, Terc. İ. Hakkı Akın, İstanbul 1972.

LEWIS, Bernard : Modern Türkiye'nin Doğuşu, Ankara 1993.

MAHMESÂNÎ, Subhî : en-Nazariyyetü'l-Âmme li'l-Mûcebât ve'l-Ukûd, C. I-II, Beyrut 1948.

MALİK b. ENES : el-Muvatta, 3. B., Beyrut (Lübnan) 1994.

MARDİN, Ebululâ : Ahmet Cevdet Paşa, İstanbul 1946.

MARDİN, Ebül Ulâ : Hukuku Medeniye Dersleri, Şahsın Hukuku, C. II, İstanbul 1932 (C. II).

MARDİNî Zade Ebül'ula : Hukuku Medeniye Dersleri, 1. B., C. I, İstanbul 1928 (C. I).

MÂVERDÎ, Ebû'l-Hasan Habib el- : el-Ahkâmü's-Sultâniye, İslâm'da Devlet ve Hilâfet Hukuku, Çev. Ali Şafak, İstanbul 1994.

MECELLE-i Ahkâm-ı Adliyye : İstanbul 1305.

MERGİNÂNÎ, Ali b. Ebî Bekir el-: el-Hidâye, C. II-VI, Mısır 1901.

MES'ÛD EFENDİ, Kayseri Müftüsü : Mir'ât-ı Mecelle, İstanbul 1302.

MEVDUDİ, Ebu'l A'la El- : İslâm'da Hükümet, Çev. Ali Genceli, 3. B., Ankara ts.

MEVSILÎ-l Hanefî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud el- : el-İhtiyar li-ta'lîli'l-Muhtar, C. III, İstanbul 1991.

MEYDAN LAROUSSE : Büyük Lûgat ve Ansiklopedi, C. IV, İstanbul 1987.

MOLLA HÜSREV, Muhammed b. Ferâmuz : Dürerü'l-Hükkâm fî Şerh-i Gureri'l-Ahkâm, C. I-II, İstanbul 1317 (Dürer).

MOLLA HÜSREV, Muhammed b. Ferâmûz : Mir'âtü'l-Usûl Fî Şerh-i Mirkâti'l-Vusûl, C. II, İstanbul 1403 (Usûl).

MUMCU, Ahmet : Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl, Ankara 1963.

MUSTAFA SABRİ, Şeyhulislâm: İslâm'da Münakaşaya Hedef Olan Mes'eleler 2, Sad. Osman Nuri Gürsoy, 2. B., İstanbul 1976.

MUSTAFA, İbrahim/ **ZEYYAD,** Ahmed Hasan Ez-/ **ABDÜLKADİR,** Hamid/ **NECCAR,** Muhammed Ali En- : el-Mu'cem-ül Vasît, C. I-II, Kahire 1972 (**MUSTAFA** ve diğerleri).

NEBHAN, Muhammed Faruk en-: İslâm Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları, Terc.

Servet Armağan, İstanbul 1980 (Genel esaslar).

NEBHAN, Muhammed Faruk en-: İslâm Hukukunda Eşitlik, Çev. Servet Armağan, İHFM, C. 44, S. 1-4, İstanbul 1980 (Eşitlik).

OĞUZMAN, M. Kemal : Medenî Hukuk Dersleri, 6. B., İstanbul 1990

OĞUZOĞLU, H. Cahit : Medenî Hukuk I Şahsın Hukuku, 3. B., Ankara 1956.

ONAR, Sıddık Sami : "Osmanlı İmparatorluğunda İslâm Hukukunun Bir Kısmının Codification'u", İÜHFM, C. XX, S. 1-4 (ayrı basım), İstanbul 1954.

ONGAN, Halit : Ankara'nın İki Numaralı Şer'iye Sicili, (20 Kasım 1588-11 Temmuz 1590), Ankara 1974.

ÖGEL, Bahaeddin : İslâmiyet'ten Önce Türk Kültür Tarihi, Ankara 1962.

ÖMER HİLMİ EFENDİ : İthâfu'l-Ahlâf fî Ahkâmi'l-Evkâf, İstanbul 1307.

ÖZEK, Ali/ **KARAMAN,** Hayrettin/ **TURGUT**, Ali/ **ÇAĞRICI,** Mustafa/ **DÖNMEZ,** İbrahim Kâfi/ **GÜMÜŞ,** Sadrettin : Kur'ân-ı Kerim ve Açıklamalı Meâli, Ankara 1993 (**ÖZEK** ve diğerleri).

ÖZEL, Ahmed : İslâm Hukukunda Ülke Kavramı Dârulislâm Dârulharb, 4. B., İstanbul 1991.

ÖZSUNAY, Ergun : Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, 5. B., İstanbul 1982 (Kişiler).

ÖZSUNAY, Ergun : Medenî Hukuka Giriş, 5. B., İstanbul 1986 (Medeni).

ÖZTAN, Bilge : Aile Hukuku, Ankara 1983.

ÖZTUNA, Yılmaz : Osmanlı Devleti Tarihi, C. I-II, İstanbul 1986.

ÖZTÜRK, Osman : Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, İstanbul 1973.

PAKALIN, Mehmet Zeki : Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü, C. I-III, İstanbul 1983.

REİSOĞLU, Safa : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. B., İstanbul 1988.

REŞİD PAŞA, Hacı : Ruhu'l-Mecelle, C. I-VIII, İstanbul 1326.

SAHİLLİOĞLU, Halil : "Onbeşinci Yüzyılın Sonu ile Onaltıncı Yüzyılın Başında Bursa'da Köleliğin Sosyal ve Ekonomik Hayattaki Yeri", ODTÜ Gelişme Dergisi, Ankara 1979.

SÂMÎ, Şemseddin : Sadeleştirilmiş ve Genişletilmiş Kâmûs-ı Türkî, Temel Türkçe Sözlük, C. I-III, İstanbul 1985.

SAVA PAŞA : İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd, Çev. Baha Arıkan, C. I-II, Ankara 1955-1956.

SAYMEN, Ferit H. : Medeni Hukukumuzda Hükmî Şahıslar, İstanbul 1944 (Hükmî).

SAYMEN, Ferit H. : Türk Medenî Hukuku Şahsın Hukuku, C. II, İstanbul 1948 (C. II).

SAYMEN, Ferit H. : Türk Medenî Hukuku, Umumi Prensipler, C. I, İstanbul 1948 (C. I).

SCHACHT, J. : Nikah, İA, C. IX, İstanbul 1988 (Nikah).

SCHACHT, Joseph : İslâm Hukukuna Giriş, Çev. Mehmet Dağ/ Abdülkadir Şener, Ankara 1977 (İslâm Hukuku).

SCHWARZ, Andreas B. : Medeni Hukuka Giriş, Terc. Hıfzı Veldet, 3. B., İstanbul 1946 (Medeni Hukuk).

SCHWARZ, Andreas B. : Roma Hukuku Dersleri, byy. 1945 (Roma Hukuku).

SENHÛRÎ, Abdürrezzak es- : Mesadiru'l-hak fi'l-fikhı'l-İslâmî Mukaraneten bi'l-fikhı'l-Garbî, C. I-IV, Mısır 1953.

SERAHSÎ, Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl es- : El-Mebsût, C. I-XXX, Beyrut (Lübnan), 1409/1989 (Mebsût).

SERAHSÎ, Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl es- : Usûlü's-Serahsî, C. II, 1. B., Tahkik eden Ebü'l-Vefâ el-Efgânî, Beyrut 1993 (Usûl).

SERTOĞLU, Midhat : Osmanlı Tarih Lûgatı, İstanbul 1986.

SEYDÎŞEHRÎ, Mahmud Es'ad b. Emîn : Ferâidü'l-Ferâiz, İzmir 1311 (Ferâiz).

SEYDÎŞEHRÎ, Mahmûd Es'ad b. Emîn : Tarih-i İlm-i Hukuk, İstanbul 1331 (Hukuk).

SEYDÎŞEHRÎ, Mahmûd Es'ad b. Emîn : Telhîsu Usûl-ü Fıkh, İzmir 1313 (Usûl).

SUNGURBEY, İsmet : Hayvan Hakları, İstanbul 1992 (Hayvan Hakları)

SUNGURBEY, İsmet : Medeni Hukuk Terimleri Sözlüğü, Ankara 1966 (Sözlük).

SUYÛTÎ, Celaleddin es- : el-Eşbâh ve'n-Nezâir, Mısır ts.

ŞA'BÂN, Zekiyüddîn : el- Ahkâmü'ş-Şer'iyye fi'l-Ahvâli'ş-Şahsiyye, Beyrut 1978 (Ahkâm).

ŞA'BÂN, Zekiyüddîn : İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkh), Terc. İbrahim Kâfi Dönmez, Ankara 1990 (Usûl).

ŞAFAK, Ali : Mezheblerarası Mukâyeseli İslâm Ceza Hukuku, Erzurum 1977.

ŞÂTIBÎ, Ebû İshak Eş- : El-Muvâfakât, İslâmî İlimler Metodolojisi, Terc. Mehmet Erdoğan, C. I-II, İstanbul 1990.

ŞEKERCİ, Osman : İnsan Hakları Alanında Temel Belgeler ve İslâm, İstanbul 1996 (İnsan Hakları).

ŞEKERCİ, Osman : İslâm Şirketler Hukuku, Emek-Sermaye Şirketi, İstanbul 1981 (Şirketler).

ŞENER, Abdülkadir : İslâm Hukukunda Hacr, AÜİFD, C. XXI, 1976. (C. XXI).

ŞENER, Abdülkadir : İslâm Hukukunda Hacr, AÜİFD, C. XXII, 1978, (C. XXI-I).

ŞENER, Abdülkadir : İslâm Hukukunda Hibe, Ankara 1984 (Hibe).

ŞENER, Esat : Kişinin (Şahsın) Hukuku Dernekler ve Vakıflar Hukuku, Ankara 1997.

ŞER'İYE SİCİLLERİ : C. I-II, İstanbul 1988.

TAHİROĞLU, Bülent : Osmanlı İmparatorluğunda Kölelik, İÜHFM, C. 45-47, S. 1-4, İstanbul 1982.

TANDOĞAN, Haluk : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Ankara 1985.

TAYLAN, Erbay : Yasa Sözlüğü, 1. B., İstanbul 1982.

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi : Medenî Hukuka Giriş Dersleri (Gerçek Kişiler Dahil), İstanbul 1973 (Kişiler).

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi : Türk Aile Hukuku, 6. B., İstanbul 1986 (Aile).

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/ **AKMAN**, Sermet/ **BURCUOĞLU**, Halûk/ **ALTOP**, Atillâ : Tekinay Borçlar Hukuku, 6. B., İstanbul 1988 (TEKİNAY ve diğerleri).

TOGAN, Zeki Velidî : Umumi Türk Tarihine Giriş, 3. B., İstanbul 1981.

TOPALOĞLU, Bekir : İslâmda Kadın, İstanbul 1990.

TOPALOĞLU, Bekir/ **KARAMAN**, Hayreddin : Arapça-Türkçe Yeni Kamus, 8. B., İstanbul 1979.

TUĞ, Salih : İslâm Ülkelerinde Anayasa Hareketleri, s. 48 (XIX. ve XX. Asırlar), İstanbul 1969 (Anayasa).

TUĞ, Salih : İslâm Vergi Hukukunun Ortaya Çıkışı, Neşre hazırlayan:

Mehmet Erkal, İstanbul 1984 (Vergi).

TUĞLACI, Pars : Okyanus Ansiklopedik Sözlük, C. 1-10, 6. B., byy. 1982.

TURNAGİL, Ahmet Reşid : İslâmiyet ve Milletler Hukuku, İstanbul 1972.

TÜRK HUKUK LÛGATI : 3. B., Ankara 1991.

UDEH, Abdülkadir : Mukayeseli İslâm Hukuku ve Beşeri Hukuk, C. I-IV, Terc. Ali Şafak, Ankara 1990-1991.

UMUR, Ziya : Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1987 (Roma Hukuku).

UMUR, Ziya : Türk Hukuk Tarihi Dersleri, C. I, İstanbul 1987 (Hukuk Tarihi).

UZUNPOSTALCI, Mustafa : "Cenin", DİA, C. VII, İstanbul 1993 (Cenin).

UZUNPOSTALCI, Mustafa : Hukuk ve İslâm Hukuku I, Hukuk-İslâm Hukuku-Tarihçesi-Kaynakları-Şahsiyet-Ehliyet-Akidler-Alış veriş, Konya 1990 (Şahsiyet).

ÜÇOK, Bahriye : İslâm Devletlerinde Türk Naibeler ve Kadın Hükümdarlar, Ankara 1981.

ÜÇOK, Bahriye/ **ÜÇOK**, Çoşkun: Zekât ile İlgili Birkaç Fetva, Fadıl H. Sur'un Anısına Armağan, Ankara 1983.

ÜÇOK, Coşkun/ **MUMCU**, Ahmet : Türk Hukuk Tarihi, 5. B. Ankara 1985.

ÜÇOK, Coşkun/ **MUMCU**, Ahmet/ **BOZKURT**, Gülnihal : Türk Hukuk Tarihi, Yeniden Düzenlenip Gözden Geçirilmiş Ekli 8. B., Ankara 1996.

ÜNAL, Halit : Baygınlık, DİA, C. V, İstanbul 1992.

ÜSTÜRÜŞİNİ, Muhammed b. Mahmud el- : Ahkamü's-Sığâr, Konya Yusufağa Kütüphanesi Kayıt No: 268/4.

VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet : Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, Tanzimat I, İstanbul 1940 (Kanunlaştırma).

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet : Türk Medeni Hukuku, C. I, Başlangıç ve Şahsın Hukuku, 3. B., İstanbul 1948 (C. I).

WAINES, David : An Introductıon To Islam, Cambridge 1996.

YAVUZ, Cevdet : Dâva, DİA, C. IX, İstanbul 1994 (Dâva).

YAVUZ, Yusuf Şevki : Akıl, DİA, C. II, İstanbul 1989 (Akıl).

YAZIR, M. Hamdi : Hak Dini Kur'an Dili, C. I-X, Sadeleştirenler, İsmail Karaçam/Emin Işık/Nusrettin Bolelli/Abdullah Yücel, İstanbul ts.

YEĞİN, Abdullah/ **BADILLI**, Abdulkadir/ **HEKİMOĞLU**, İsmail/ **ÇALIM**, İlham :Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Büyük Lûgat, İstanbul 1985 (**YEĞİN** ve diğerleri).

YILMAZ, Ejder : Hukuk Sözlüğü, 3. B., Ankara 1985.

ZEBÎDÎ, Zeynüddin Ahmed b. Ahmed b. Abdil-Lâtîfi'z- : Sahîh-i Buhârî Muhtasarı Tecrîd-i Sarîh Tercemesi ve Şerhi, Mütercimi ve Şârihi Kâmil Miras, C. VII-VIII, 7. B., Ankara 1984.

ZERKA, Mustafa Ahmed Ez- : Çağdaş Yaklaşımla İslâm Hukuku, C. I-III, Terc. Servet Armağan, İstanbul 1993.

ZEVKLİLER, Aydın : Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler, Ankara 1981 (Kişiler).

ZEVKLİLER, Aydın : Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku Aile Hukuku, Diyarbakır 1986 (Medeni).

ZEYDAN, Abdülkerim : el-Medhalü li-dirâseti'ş-Şerîati'l-İslâmiyye, 11. B., Amman 1990 (Medhal).

ZEYDAN, Abdülkerim : el-Vecîz Fî Usûli'l-Fıkh, İstanbul ts. (Usûl).

ZUHAYLÎ, Vehbe : İslâm Fıkhı Ansiklopedisi, C. I-X, Terc. Ahmet Efe/ Beşir Eryarsoy/ H. Fehmi Ulus/ Abdürrahim Ural/ Yunus Vehbi Yavuz/ Nurettin Yıldız, İstanbul 1994.

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ