



T.C.

BİNGÖL ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI

**İSLAM HUKUKUNDA VE MER'İ HUKUKTA GERÇEK
KİŞİLERİN FİİL EHLİYETİ**

Hazırlayan

İlhan SOYLU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Danışman

Prof. Dr. Mehmet Halil ÇİÇEK

BİNGÖL-2018

T.C.
BİNGÖL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

İSLAM HUKUKUNDA VE MER'İ HUKUKTA GERÇEK
KİŞİLERİN FİİL EHLİYETİ

Hazırlayan
İlhan SOYLU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Danışman
Prof. Dr. Mehmet Halil ÇİÇEK

BİNGÖL-2018

İÇİNDEKİLER

BİLİMSEL ETİK BİLDİRİMİ.....	viii
ÖNSÖZ	ii
ÖZET	iii
ABSTRACT	v
KISALTMALAR	vii
GİRİŞ	1

I. BÖLÜM

HUKUKİ BİR KAVRAM OLARAK EHLİYET

1.EHLİYET KAVRAMI	3
1.1. Vücûb Ehliyeti ve Hak Ehliyeti Kavramları	5
1.2. Edâ Ehliyeti ve Fiil Ehliyeti Kavramları	14
2.İSLAM HUKUKUNDA EHLİYETİN MERHALELERİ.....	18
2.1. Cenin Devresi	19
2.2. Çocukluk Devresi	23
2.2.1. Gayr-ı Mümeyyiz Çocuğun Ehil Sayıldığı Fiiller	24
2.3. Temyiz Devresi	25
2.3.1. Eksik Eda Ehliyeti ve Tasarrufları	26
2.4. Büluğ Dönemi	27
2.5. Rüşd Dönemi	32
3. EHLİYETİ DARALTAN VE ORTADAN KALDIRAN SEBEPLER.....	36
3.1. Yaş küçüklüğü	38
3.2. Akıl Hastalığı.....	38
3.3. Bunama(Ateh)	39
3.4. Sefihlik	40
3.5. Rehin, Borçluluk ve İflas	45
3.6. Ölümle Sonuçlanan Hastalık (Maraz-ı Mevt)	46
3.7. Kölelik	46
3.8. Cinsiyet ve evli kadın	46
3.9. Sarhoşluk	47
3.10. Uyku	48

3.11. Bayılma	49
BÖLÜM DEĞERLENDİRMESİ	49

II. BÖLÜM

MER'İ HUKUKA GÖRE FİİL EHLİYETİ VE İSLAM HUKUKU İLE KIYASLANMASI

1. FİİL EHLİYETİ	51
1.1. Fiil Ehliyeti Kavramı	51
1.2. Fiil Ehliyeti İçeriği	52
1.2.1. Hukuki İşlem Ehliyeti	52
1.2.2. Tasarruf Ehliyeti.....	53
1.2.3. Haksız Fiillerden Sorumlu Olma Ehliyeti	53
1.2.4. Dava Ehliyeti.....	54
2. FİİL EHLİYETİNİN ŞARTLARI VE İSLAM HUKUKUNDAKİ YERİ	54
2.1. Ayırt Etme Gücü (Temyiz Kudreti)	57
2.1.1. Mer'i Hukukçuların Ayırt Etme Gücünün Nispiliğine Yaklaşımları ve İslam'ın Bakışı	59
2.1.2 Ayırt Etme Gücünü Ortadan Kaldıran Sebepler	60
2.1.2.1 Yaş Küçüklüğü	61
2.1.2.2 Akıl Hastalığı.....	62
2.1.2.3 Akıl Zayıflığı	63
2.1.2.4. Sarhoşluk	64
2.1.2.5. Benzer Sebepler	64
2.1.3 Ayırt Etme Gücünün İspatı ve Yoksunluk Karinesi.....	65
2.2. Erginlik ve Erginliğin Normal Hali.....	66
2.2.1 Evlenme Yoluyla Erginlik.....	69
2.2.2. Yargı Yoluyla Ergin Kılınma	70
2.3. Kısıtlı Olmamak	71
2.3.1. Kısıtlılığı ve Vesayeti Gerektiren Haller	71
2.3.1.1. Küçüklük	75
2.3.1.1.1. Mer'i Hukukta Veli ve Vasilik	75
2.3.1.1.2. İslam Hukukunda Veli ve Vasi	79
2.3.1.1.3 Mer'i Hukukta ve İslam Hukukunda Veli ve Vasinin Denetlenmesi	83
2.3.1.2 Akıl Hastalığı.....	85
2.3.1.3. Akıl Zayıflığı	86

2.3.1.4. Savurganlık.....	87
2.3.1.4.1. İslam Hukukunda Hacir Nedeni Olarak Savurganlık	89
2.3.1.5. Alkol ve Uyuşturucu Bağımlılığı	89
2.3.1.6. Kötü Yaşam Tarzı.....	90
2.3.1.7. Kötü Yönetim	91
2.3.1.8. İhtiyari Kısıtlama.....	91
2.3.1.9. Özgürlüğü Bağlayıcı Ceza.....	91
2.3.2. Kısıtlama Yargılamasında Bazı Usûlî Meseleler	92
BÖLÜM DEĞERLENDİRMESİ	95

III. BÖLÜM

FİİL EHLİYETİNİN DERECELENDİRİLMESİ VE TASNİFİ

1. İSLAM HUKUKUNDA FİİL EHLİYETİNİN DERECELENDİRİLMESİ....	97
2. MER'İ HUKUKTA FİİL EHLİYETİNİN DERECELENDİRİLMESİ.....	98
3. TAM EHLİYETLİLER	100
4. TAM EHLİYETSİZLER	100
4.1. İslam Hukukunda Tam Ehliyetsizin Hukuki İşlemlerinin Hükümü	100
4.2. Mer'i Hukukta Tam Ehliyetsizler	101
4.3. Mer'i Hukukta Tam Ehliyetsizlerin İşlem ve Eylemlerinin Durumu.....	102
4.4. Medeni Kanunun Hükümsüzlük Yaptırımının Mahiyeti	104
4.5. Hükümsüzlüğün İstisnaları.....	106
4.5.1. Hukuki İşlemler Alanında İstisnalar	106
4.5.2. Haksız Fiillerden Sorumlu Olmayla İlgili İstisnalar	107
4.5.3. Hukukun Genel İlke ve Temel Kurallarının Gerektirdiği istisnalar.....	109
4.5.4. Tam Ehliyetsizlerin Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar Bağlamında Hukuki Durumu.....	111
4.5.5. Mer'i Hukukun Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar Dediği Haklarla İlgili İslam Hukukunun Yaklaşımı.....	113
5. NAKİS EHLİYETLİLER (SINIRLI EHLİYETSİZLER).....	114
5.1. Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçükler	114
5.2. Ayırt Etme Gücüne Sahip Kısıtlılar	114
5.3 Fiil Ehliyeti Bakımından Hukuki Durumları.....	116
5.3.1. Kısıtlının Kendi Başına Yapabileceği İşlemler	118
5.3.1.1. Kendilerine Karşılıksız Kazanma Sağlayan İşlemler	119

5.3.1.2. Nakıs Ehliyetlinin (Sınırlı Ehliyetsiz) Başkasına Vekâleten İşlem Yapması	121
5.3.1.4. Bir Meslek veya Sanatla uğraşma	122
5.3.1.5. İslam Hukukunda Kısıtlıya Ticaret ve Meslek İzni	122
5.3.1.5. Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Hakların Kullanılması	125
5.3.2. Yasal Temsilciler Tarafından Yapılacak İşlemler	127
5.3.3. Nakıs Ehliyetli (Sınırlı Ehliyetsiz) Yasal Temsilcisinin Rızasını Almadan Yapmış Olduğu Hukuki İşlemlerin Hükümü	129
5.3.4. Nakıs Ehliyetli (Sınırlı Ehliyetsiz) ile İşlem Yapanın İyiniyeti	130
5.3.5. Sınırlı Ehliyetsize Yasak İşlemler	132
5.3.6. Dava Ehliyeti	132
6. SINIRLI EHLİYETLİLER	133
6.1. Kendilerine Yasal Danışman Atananlar	133
6.2. Evli Kişiler	136
BÖLÜM DEĞERLENDİRMESİ	137
SONUÇ	139
KAYNAKÇA	142
ÖZGEÇMİŞ	146

BİLİMSEL ETİK BİLDİRİMİ

Yüksek Lisans tezi olarak hazırladığım [*İslam Hukukunda ve Mer'i Hukukta Gerçek Kişilerin Fiil Ehliyeti*] adlı çalışmanın öneri aşamasından sonuçlanmasına kadar geçen süreçte bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle uyduğumu, tez içindeki tüm bilgileri bilimsel ahlak ve gelenek çerçevesinde elde ettiğimi, tez yazım kurallarına uygun olarak hazırladığım bu çalışmamda doğrudan veya dolaylı olarak yaptığım her alıntıya kaynak gösterdiğimi ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu beyan ederim.

.../.../2018

İlhan SOYLU

Önsöz

İslam hukuku alanında çalışma yaparken mer'î hukuk ile mukayeseli bir çalışma yapmak farklı hukuk sistemlerinin konulara yaklaşımını görmek önemli bir olgudur. Fiil-eda ehliyeti konusu aslında daha önceden farklı çalışmalara konu olmuştur. Bu tezin temel amacı ise bu olguya karşı İslam hukukunun ve mer'î hukukun nasıl yaklaştığını görmek ve karşılaştırma imkânı vermektir.

İnsanın iş ve eylemlerinin hukuk hazarında itibar kazanması ve bu eylemlere hangi durumlarda nasıl bir sonuç yükleneceği hem İslam hukukunun hem de mer'î hukukun problemi olmuştur. İslam hukukunun yerine batı hukukundan iktibas edilen mer'î hukuk ikame edilirken bazı hukuki olgular ve kavramlar, bazen içerik olarak bazen de sadece isim olarak değiştirilmiştir. Bu değişiklik yaşanırken yüzlerce yılın mirası olan istilahlara kimisi terkedilmiş, kimisi ise aynen devam ettirilmiştir. Medeni Kanunun tercüme faaliyeti ile ortaya çıkması, hukukçuların, çeşitli tercüme problemlerinden kaynaklanan kavram tartışmaları yapmasına neden olmuştur. Bu kavramlardan birisi de artık kanunen sabitlenmiş bir kavram olan fiil ehliyeti kavramıdır.

İslam hukukunun eda ehliyetine bakışını inceleyip mer'î hukukla mukayesesi amacını güdüldüğünden, bu hususun tesmiyede vurgulanması maksadıyla tezin fiil ehliyeti eksenli isimlendirilmesi tercih edilmiştir. Bu nedenle çalışmanın başlığı İslam Hukukunda Gerçek Kişilerin Fiil Ehliyeti şeklinde düşünülmüştür.

Bu çalışmanın gerek ortaya çıkışında gerekse hazırlanmasında her aşamada yardımlarını esirgemeyen, İslami ilimlerden bir kırıntı mesabesinde de olsa haberdar bulunmamızda pek ciddi emeği olandanışman hocam Prof. Dr. Halil ÇİÇEK'e özellikle teşekkür ederim. Tezin yazım aşamasında ve tashihinde katkılarını esirgemeyen, değerli dostum Yrd. Doç. Dr. Mansur KOÇİNKAG' a teşekkür eder, eğitim hayatım boyunca yetişmemde katkısı olan tüm hocalarıma teşekkürlerimi sunmayı bir borç bilirim.

Çalışmamı tamamlamam konusunda moral ve motivasyonumu üst düzeyde tutmama yardımcı olan değerli ailemin tüm fertlerine şükranlarımı sunarım.

Özet

Tezin Başlığı: İslam Hukukunda ve Mer’i Hukukta Gerçek Kişilerin Fiil Ehliyeti
Tezin Yazarı : İlhan Soylu
Danışman : Prof. Dr. Halil Çiçek
Anabilim Dalı: Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı
Bilim Dalı : İslam Hukuku Anabilim Dalı
Kabul Tarihi :
Sayfa Sayısı : ... (ön kısım) + (tez) + (ekler)
<p>Mer’i hukukta fiil ehliyeti başlığı altında düzenlenen ve İslam hukukunda eda ehliyetinin kapsamına giren hükümlerin İslam hukukundaki yerini görmeye çalışmak tezin temel amacıdır. Ehliyet kavramının ve bu kavramın daha başta vucub-eda, hak-fiil ehliyeti şeklindeki ayrımların içeriğini anlamak, fiil ehliyetinin mer’i hukukta nasıl sistematize edildiğini görmek ve fiil ehliyetinin her bir hukuk sisteminde nasıl derecelendirildiği ve her bir derecede her iki hukuk sisteminde hangi hükümlerin getirildiğini incelemek tezin asıl kapsamını oluşturmaktadır.</p> <p>Tezi hazırlarken konunun aslında çok geniş bir kapsamının olduğu bu geniş kapsam karşısında detaylara indikçe tezin amacından kopabileceği nazara alınarak, mer’i hukukta ve İslam hukukunda öne çıkan kaynaklar tespit edildi. Bu kaynakların dışına çıkmamaya özen gösterildi. Mer’i hukukta medeni kanunun değiştiği dikkate alınarak öncelikle öğretilerde yeni dönemde yazılan kaynaklara önemverilmekle beraber yapılan değişikliğin bir çok konuda öze dair olmayıp lafzi olduğu bilindiğinden önceki dönem kaynaklardan da istifade edildi.</p> <p>İslam hukukunda kaynak belirlemesi yapılırken kapsamın genişliği nedeniyle kaynaklarda mümkün mertebe sınırlamaya gidildi. Temel kaynaklara gidilirken mezhepler arasında denge korunmaya çalışıldı ise de Hanefi ve Şafii mezheplerinin kaynakları daha fazla tercih edildi. Modern zamanlarda yazılmış eserler ve ansiklopedik kaynaklarda ihmal edilmemeye çalışıldı.</p> <p>İlk bölümde konu İslam hukuku bakımından ele alındı. İkinci bölümde mer’i hukukun fiil ehliyetine bakışı incelendi. Bu inceleme esnasında konulara</p>

müteradif olarak İslam hukukunun yaklaşımı belirtilmeye çalışıldı. Üçüncü bölümde fiil ehliyeti bakımından nasıl bir tasnife gidildiği bu tasniflerin gerektirdiği hükümler yine mukayeseye uygun biçimde ortaya konulmaya çalışıldı.

Her iki hukuk sisteminin netice itibariyle birbirine çok yakın ve benzer hükümler ihtiva ettiği görülmektedir. İslam hukukunda konu, insan hayatını ilk başlangıcından itibaren devrelere ayırıp, her bir devre için hükümler koyma yoluna giderek sistemleştirilmiştir. Mer'î hukukta ise önce konu ile ilgili kavramsal tanımlamalar yapıp bu tanımlar çerçevesinde sistematize edildiği görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Vücub ehliyeti, Hak ehliyeti, Eda ehliyeti, Fiil ehliyeti

Abstract

Thesis Title: Legal Capacity of Natural Persons in Islamic Law and Positive Law
Thesis Writer: İlhan Soylu
Consultant : Prof. Dr. Halil Çiçek
Department : Basic Islamic Sciences
Branch : Islamic Law
Acceptance Date:
Number of Pages:
<p>Basic aim of the Thesis is to show the norms that regulate the legal capacities of Natural Persons in Positive Law and their place in Islamic Law. The notion of Capacities of Persons, the type of capacities also the method that help us to make this separation, the systematization of these capacities in Positive Law, and comparison of Capacities of Persons in two different legal systems is the main goal of this thesis.</p> <p>Considering that the topic is very broad topic and when we get to the details, the purpose of the topic might be lost considering was a need to determine the most important common resources for Positive and Islamic Law. Special attention was paid to not getting out from these common resources. Considering that the Civil Law In Positive Law was changed many times for this thesis are used mostly new resources but during this the oldest ones are not ignoring. For Islami Law we have large number of resources and for this always was going to limit the number resources what will be used for preparing this thesis. While going to the basic resources was tried to get balance between sects, Hanefi and Shafi sects were preferred. At the same time, were taking attention for modern sources and encyclopaedic information</p> <p>The thesis consists of three parts. In the first part, the topic was dealt in the aspect of Islamic law. In the second part, the legal capacity was examined by Positive Law. In the third part, is talking about the provisions that help to make classification of legal capacities.</p> <p>Both legal systems seem to contain very similar and similar provisions as a</p>

result. In Islamic law, the subject has been systematized by separating the human life from the beginning and putting provisions for each cycle. In Positive law, conceptual definitions are made about the subject, and after this they are systematized.

Key words: Vücub ehliyeti, capacity to acquire rights, Eda ehliyeti, legal capacities



Kısaltmalar

ABGB	Avusturya Medeni Kanunu
a.g.e.	Adı geçen eser
BGB	Alman Medeni Kanunu
BK	Borçlar Kanunu
İK	İcra İflas Kanunu
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
m.	Madde
Mec	Mecelle
MK.	Medeni Kanun
s.	Sayfa
TCK	Türk Ceza Kanunu
TMK	Türk Medeni kanunu
t.y.	Tarih yok
vd.	Ve diğerleri
YHD	Yargıtay Hukuk Dairesi
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
ZGB	İsviçre Medeni Kanunu

Giriş

İslam hukukunda şeri hükümlerin muhatabı olan şahıslara mahkûmun aleyh veya mükellef denilir.¹ Şahıs olmanın temelini zimmet sahibi olma teşkil eder. Zimmet kişinin hak ve sorumluluk sahibi olabilme vasfıdır. Her insan bu zimmet ile dünyaya gelir. Kişi kavramı, insanın yalnız fiziki varlığını değil aynı zamanda sosyal hayatta işgal ettiği yeri ve hak sahibi olabilme yeteneğini ifade eder.²

Her insan bir kişidir. Ancak kişi kavramı insanlardan başka vakıf, dernek gibi mal ve insan topluluklarını da kapsar.³ Gerek İslam hukukunda gerekse mer'î hukukta kişi gerçek kişi ve tüzel kişi olmak üzere iki çeşittir. Gerçek kişiden kastedilen biyolojik ve psikolojik varlığı olan insandır. Kişi kavramının ikinci çeşidi tüzel kişidir. Tüzel kişi kavramı sosyal bir ihtiyacı karşılamak amacıyla üretilmiştir ve temeli hukuki bir işleme dayalıdır.⁴ Ele almaya çalışacağımız konu gerçek kişilerin fiil ehliyetidir.

Fiil ehliyeti kavramı daha ziyade mer'î hukuk sistemimizin bir terimidir. Tezimizin bir amacı İslam hukukunda fiil ehliyetinin karşılığı olan eda ehliyetini incelemek olmakla beraber asıl amacı fiil ehliyeti kapsamında mer'î hukuktaki düzenlemelerin İslam hukuku bakımından değerlendirilmesi ve karşılaştırılmasıdır. Mer'î hukukta bu alandaki düzenlemelerin İslam hukuku ile uyuşan taraflarını görmek ve ayrışan taraflarına dikkat çekmektir.

İki farklı hukuk düzeninin gerek doktrinel anlamda gerekse kanunlaştırma anlamında farklı sistematiği bulunmaktadır. Ayrıca konu detaylara inildikçe dallanıp budaklanmaya müsaittir. Bu çalışmanın hacmi gözetilerek konuyu olabildiğince eda ehliyetinin fiil ehliyetiyle çakışan yönü itibariyle ele alınması uygun olacaktır. Bu nedenle konunun ele alınış şekli önem arz etmektedir. Konu üç bölümde incelenmiştir. Birinci bölümde genel anlamda ehliyet kavramı, ehliyetin çeşitleri ele alındıktan sonra fiil ehliyetinin İslam hukukunda ele alış sistematiğine uygun bir biçimde ehliyet ve ehliyete müessir unsurlar ele alınmıştır. İkinci bölümde mer'î hukukun fiil ehliyetine yaklaşım biçimi görülmeye çalışılmıştır. Fiil ehliyeti

¹ Muhammed Ebû Zehra, *Usûlü'l-Fıkıh*, Tebliğ Yayınları, İstanbul 1988, s. 327.

² Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, Nesil Yayınları, İstanbul 1986, I, 231.

³ Selahattin Sulhi Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 202.

⁴ Hüseyin Hatemi, Kalkan Oğuztürk, *Kişiler Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 79.

konusunun bir nevi pratik boyutu olan hacir konusu da mukayeseli olarak ortaya konmaya çalışıldı. Zira hacir konusunu işlemeden ehliyet konusu tam olarak işlenemeyeceği düşünülmüştür. Üçüncü bölümde ise fiil ehliyetinin derecelendirilmesi ve her bir derecede bulunanların hükümleri incelenmeye çalışılmıştır. Her bir bölümde yeri geldikçe her iki hukuk sisteminin yaklaşımları ortaya konulmaya çalışılmıştır.



I. BÖLÜM

HUKUKİ BİR KAVRAM OLARAK EHLİYET

1.Ehliyet Kavramı

Fiil ehliyeti, fiil ve ehliyet kelimelerinden oluşmaktadır. Fiil, sözlükte işlemek yapmak anlamına gelen fi'l (فعل) kökünden türemiş bir isim olup iş, davranış, eylem demektir. Arapçadan Türkçeye geçtikten sonra Türkçede de aynı anlamda kullanılmaktadır.⁵

Ehliyet kelimesi de Arapçadan Türkçeye geçerken Arapçadaki anlamını korumuştur. Arapçada ehl (اهل) kökünden türetilmiş yapma bir mastar olan ehliyet, sözlükte yetki, elverişlilik, liyakat, yeterlilik gibi anlamlara gelir.⁶ Sadrü'l-İslâm Ebü'l-Yüsr Muhammed b. Muhammed b. el-Hüseyn b. Abdilkerîm el-Pezdevî (ö. 493/1100), ehliyetin lügat anlamı itibariyle salahiyet (yetkinlik) anlamına geldiğini belirtir.⁷ İslam hukuk öğretisinin oluşumu ile birlikte ehliyet kelimesi kişinin dini ve hukuki hükme konu olmaya elverişli oluşunu ifade eden bir terim olarak kullanılmaya başlanmıştır.⁸

Ehliyet kavramı terim olarak yerleştikten sonra hem usul-ü fıkıh alanında hem de fûru-u fıkhıta önemli bir kavram halini almıştır. Ehliyet, gerek usulü fıkıhın gerekse fûru-u fıkıhın önemli bir kavramıdır. İslam hukuk metodolojisinde kişinin şeri hükümle olan bağı ehliyet terimi kullanılarak ifade edilir. Fûru açısından ise dini ve hukuki bir hükmün doğmasının veya geçerliliğinin ön şartını ifade ettiğinden ehliyet kavramı, fûru-u fıkıh bakımından da önem arz eder. Fıkıh usulünde ehliyet konusu mütekellimin metoduyla yazılan eserlerde şer'i hüküm kısmında mükellef başlığı altında işlenirken, fukaha metodu takip edilerek yazılan kaynaklarda ise usulün son bahsi olarak kendine özgü bir başlık altında daha ayrıntılı ve konu bütünlüğü korunarak ele alınır.⁹

Bu kavram, fıkıh literatüründe sadece hukuki bir kavram olarak anlaşılıp kullanılmaz. Yargısal ve hukuksal anlamda kullanıldığı gibi diyani anlamda da kullanılır. Ayrıca hukuk alanında kullanılırken de sadece özel hukuk alanında değil,

⁵ *Türkçe Sözlük*, 11.Baskı, "Ehliyet", Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 2011, 765.

⁶ Bardakoğlu, Ali, "Ehliyet", *DİA*, X, 533.

⁷ Alauddin Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l- Esrâr an Usûli Fahri'l-İslâm Pezdevî*, Darü'l-Kitabi'l-Arabi, Beyrut, IV, 237

⁸ Bardakoğlu, Ali, "Ehliyet", *DİA*, X, 533.

⁹ Bardakoğlu, Ali, "Ehliyet", *DİA*, X, 534.

hem özel hukuk hem de kamu hukuku alanında karşılaşılan ve kullanılan bir kavramdır. Kişinin lehine ve aleyhine hak ve borçlarının sabit olması, dini görevlerden sorumlu tutulması, eylem ve işlemlerinin hukuken geçerli sayılması ve cezai sorumluluk taşıyabilmesi gibi farklı seviye ve kategorideki hak ve yükümlülükler onun şeri hitaba muhatap olmasının farklı biçimleridir.¹⁰

Ehliyet kavramı, belirli bir süreç içinde tamamlanan bir olgu olması sebebiyle tamamlanıncaya kadar geçtiği süreçler bakımından içeriği de doğal olarak değişir. İslam hukuku bu doğal seyri nazara alarak konuya yaklaşır. Bu içerik değişimine paralel olarak içeriğe uygun isimler alır veya eksik, nakıs, tam gibi çeşitli sıfatlarla tavsif edilir. Ehliyet, kişinin haklardan faydalanmaya bu hakları kullanmaya ve borçlanmaya elverişliliği demek olduğundan cenin safhasından itibaren akli ve bedeni gelişim seyrine paralel olarak parça parça bu ehliyeti kazandığı ve rüşd ile bunun tamamlandığı görülür.¹¹ İslam hukukunda insan hayatı kişiliğinin başlamasından itibaren ehliyet açısından çeşitli dönemlere ayrılmaya, her bir dönem için farklı kurallar belirlenmeye, ehliyet de bu dönemlere uygun adlandırma ve ayrımlara tabi tutulmaya çalışılır.¹²

İslam hukukçuları ehliyeti tanımlamaya çalışırken içerik itibariyle birbirine yakın ancak biçim bakımından farklı tarifler yapmışlardır. Örneğin Mustafa Ahmed Ez-Zerka (v.1999), kişi hakkında hükümlerin sabit olması, hukuki işlemlerinin geçerli olması, bu işlemlerin sonuç doğurabilmesi için Şariin varlığını gerekli gördüğü birtakım sıfatlar ile muttasıf olmayı ehliyetin esas unsuru olarak kabul eder ve ehliyeti, kanun koyucunun, şahısta takdir ettiği ve onu hukuk sisteminin muhatap almasına uygun hale getiren özellik olarak tanımlar.¹³ M. Nizamuddin el-Ansari ehliyeti “İnsanın hükme muhatap ve mahal olabilecek bir durumda bulunmasıdır.” diye tarif etmiştir.¹⁴

Muhammed Ebû Zehra (v. 1974), ehliyet konusunu işlerken iki hususu öne çıkarır. İlki, kişinin başkasına ait bir kısım hakları kabul ve ikrar edebilmesi, ikincisi, başkasının kendisine karşı birtakım haklar ileri sürebilmesidir. Buna göre ehliyet, bu

¹⁰ Bardakoğlu, Ali, “Ehliyet”, DİA, X, 533.

¹¹ Bardakoğlu, Ali, “Ehliyet”, DİA, X, 534.

¹² Bardakoğlu, Ali, “Ehliyet”, DİA, X, 534.

¹³ Mustafa Ahmed Zerkâ, *el-Fıkhu'l-İslamî Fi Sevbihî'l-Cedid: El-Medhalü'l-Fıkhiyyu'l-Âm*, Daru'l-Kalem, Dimeşk 1998, s. 736.

¹⁴ Alıntılayan Hayrettin Karaman *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 236 Nesil Yayınları, İstanbul 1986 aktaran, M. Nizamuddin el-Ansari, *Fetavatihu'r-Rahamut*, Mısır, 1332, I, 156.

iki surette, kişinin hakların sübutuna elverişli olması anlamında ilzam ve iltizama uygun olmasıdır.¹⁵ Ebû Zehra bu şekilde tanımladıktan sonra, ehliyetin vücut ve eda ehliyeti olarak ikiye ayrıldığını beyan ederek bu ikisi arasındaki ilişkiye temas etmektedir. Biri leh ve aleyhine hakların sübutunu sağlayan ehliyet, diğeri kendisi için başkasına karşı ve başkası için de kendisine karşı hak teşkil edecek kısım tasarruf ve muamelelerde bulunabilme ehliyetidir. İlkine vücut ehliyeti adı verilir. Bu ehliyet kişinin insan oluşunun bir gereğidir. Bu ehliyetin sübutu için asolan şey insan olmaktır. İkincisine eda ehliyeti denilir. Bu ehliyetin sübutu için insan olmak tekbaşına yeterli değildir, bu ehliyetinde asolan temyiz kudretine sahip olmaktır.¹⁶

Ehliyet kavramının, kişinin yaptığı tasarrufların sıhhatli ve geçerli olması, bu tasarrufların sonuç doğurabilmesi ve hakkında şer'î hükümlerin cari olabilmesi için kanun koyucunun varlığını lüzumlu gördüğü özellikler ile muttasıf olma zorunluluğu esasına dayalı bir kavram olduğunu hemen tüm tanımlarda görebiliriz.¹⁷

Ehliyet, İslam hukukunda vücut ehliyeti ve eda ehliyeti olarak ikiye ayrılır. Mer'î hukukta ise bu ayrım hak ehliyeti ve fiil ehliyeti şeklinde kendini gösterir. Vücut ehliyeti hak ehliyeti ile benzer içeriğe sahiptir. Fiil ehliyeti ile eda ehliyeti de benzer içeriğe sahip ise de eda ehliyeti, dini bakımdan yani diyaneten sorumlu olmayı ve ceza ehliyetini içine alan bir kavram olması itibarıyla fiil ehliyetinden daha geniştir. Mer'î hukuk, fiil ehliyetini özel hukukla sınırlamış, kamu hukukunun konusu olan ceza ehliyetini ayrı bir anlayışla farklı bir biçimde ele alıp kanunlaştırmıştır. Vücut ehliyeti ve eda ehliyeti ilk bakışta günümüz hukukunun medeni ehliyetler kategorisinde ele aldığı hak ehliyeti- fiil ehliyeti kavramlarının karşılığı gibi görünse de özellikle eda ehliyeti fiil ehliyetinden muhteva yönünden oldukça geniştir. Fiil ehliyetinin sadece medeni hakları kullanabilme açısından önemi olduğu halde fıkhîteki eda ehliyetinin bunun yanında ceza ehliyeti ve dini bir hukuk olmasının neticesi olarak ibadet ehliyetini de ihtiva edecek bir genişliği vardır.¹⁸

1.1. Vücûb Ehliyeti ve Hak Ehliyeti Kavramları

İslam hukukunda, başka hiçbir şarta ihtiyaç olmaksızın insanın sadece insan olması itibarıyla sahip olduğu bir takım haklar bulunmaktadır. Mer'î hukukumuzun

¹⁵ Ebû Zehra, *a.g.e.* s. 329.

¹⁶ Ebû Zehra, *a.g.e.* s. 329.

¹⁷ Zerkâ, *a.g.e.* s. 736.

¹⁸ Hüseyin Tekin Gökmenoğlu, *İslam Hukukunda Şahsiyet Hakları*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara 1991, s. 64.

içinde bulunduğu günümüz kıta Avrupası hukuk sisteminde de bu, böyle kabul edilmektedir. İşte sadece insan olarak varlık sahnesinde yer alması ile tahakkuk eden bu duruma İslam hukuk literatüründe vücut ehliyeti denmektedir. Mer'î hukukta ise buna hak ehliyeti denmektedir.

İçeriği aynı olsa da hukukçuların vücut ehliyetini tanımlama biçimi farklılık gösterebilir. Vücut ehliyetinin tanımlarından birisi şöyledir: Vücut ehliyeti haklara sahip olabilme ve borçlar altına girebilme demektir. Bu nevi ehliyetin temelini hayatta olabilme teşkil eder. Onun için vücut ehliyetine hayatın başlangıç anından sona erme anına kadar her insan sahiptir. Yaşa, akli melekeler ve benzeri başka özelliklere bakılmaksızın vücut ehliyetinin yaşayan her insan için zaruri olarak varlığı kabul edilir. Fakihler buna zimmet adını verirler. Zimmet kişiyi haklara ve borçlara ehil kılan şeri bir vasıftır.¹⁹

Vücut ehliyetini günümüz hukuk dili ve zihin dünyası bakımından daha sade ve anlaşılır biçimde bir tanımlama yapmak gerekirse 'hem dini anlamda hem de hukuki anlamda hak ve borçların doğmasına elverişlilik haline vücut ehliyeti denir' şeklinde tanımlanabilir. Özü haklardan yararlanma olan bu ehliyetin temel şartı, hayat sahibi olmaktır. Borçlanma açısından bu ehliyetin anlamı üçüncü şahısları korumayla ilgilidir. Vücut ehliyeti zimmet kavramıyla ilişkilendirilir. Kişiyi hak ve borçlara ehil kılan vasfın zimmet olduğu belirtilir.²⁰ Başka bir ifadeyle, vücut ehliyeti, hukukun, insanın lehine hak veya aleyhine sorumluluk doğurabilmesi için elverişli olmasıdır.

Vücut ehliyetinin iki unsuru vardır. Bunların ilki olumlu unsurdur. Alacaklı sıfatıyla hak elde etme yetkinliğidir. Vücut ehliyetinin olumsuz unsuru ise yükümlülük altına girme, borçlu olma yetkinliğidir. Vücut ehliyetinin bu ikinci unsurunun gerçekleşmesi zimmet denilen başka birşeyi daha gerektirmektedir. Zimmet, kişinin üzerine düşen sorumlulukları da içinde taşıdığı bir kap gibi sürekli beraberinde var olduğu kabul edilen hukuki bir vasıftır.²¹ Vücut ehliyeti, insanda var olduğu kabul edilen bu zimmetin sübutu üzerine bina edilmiştir.²²

Zimmet kavramı somut bir ihtiyacın giderilmesi için soyut olan ehliyet kavramının pratik hayatta kullanımını kolaylaştıran, netice itibarıyla daha somut bir

¹⁹ Zekiyüddin Şaban, *Usûlü'l-Fıkhi'l-İslamî*, Metabi'u Darü'l-Kütüb, Beyrut 1971, 2. Baskı, s. 278.

²⁰ Muhsin Koçak, Nihat Dalgın, Osman Şahin, *Fıkıh Usulü*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2013, s. 244.

²¹ Vehbi ez-Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslamî ve Edilletuhu*, 3. Baskı, Darü'l-Fikr, Dimeşk 1989, IV, 117.

²² (Alıntılayan) Abdulkerim Zeydân, *el-Vecîz fî Usûlü'l-Fıkıh*, 3. Baskı, Müessesetü'r-Risale, Beyrut 1990, s. 92 (Aktaran) Şerhu'l-Menar li İbn-i Felek ve Haşiyetu'r-Ruhavi, s. 936.

hale gelmesini sağlayan bir kavram olarak düşünülebilir. Vücut ehliyetindeki ilzam ve iltizam unsuru, insanı borçlu olabilmeye hazırlayan iki unsurdur ve insan şahsiyetinde varlığı hukuken var kabul edilen ve zimmet diye isimlendirilen bir diğer şeyin varlığına tabi olmayı gerektirir. Bu zimmet, borçların ve aleyhine tahakkuk eden diğer edimlerin sabit olması için şahısta var olduğu kabul edilen itibari bir bilinç gibidir. Zira bir şahsın borçlanma kabiliyetine sahip olabilmesi için, bu şahsın kişiliğinde bu borçların yer bulup temerküz edebileceği farazi bir yere ihtiyaç vardır. İşte bu farazi yer zimmettir.²³

Vücut ehliyetinin kaynağı yaşam ve insanlık vasfıdır. Bu ehliyet, zimmetin takdir edilemeyeceği diğer canlılara değil sadece insana özeldir.²⁴ Yani vücut ehliyetinin temelini sadece insan olma vasfı teşkil eder. Akli ve bedeni gelişimi ne olursa olsun yaşayan her insanın bu tür ehliyete sahip olduğu kabul edilir. Vücut ehliyeti İslam hukukçularınca daima zimmet kavramına dayandırılarak açıklanır.²⁵ Mesela Hücetü'l-İslâm Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed b. Muhammed b. Ahmed el-Gazzâlî et-Tûsî (ö.505/1111), vücut ehliyetini 'zimmette ahkâmın sabit olmasına elverişlilik olarak tanımlar. Zimmet de insanın hayatta olması esasına dayandığından neticede vücut ehliyeti için kişinin sırf hayatta bulunuşu yeterli olup bülüğ, akıl, temyiz gibi bedeni veya ruhi yetişkinlik aranmaz.²⁶ Her insan hatta anne karnındaki cenin dahi vücut ehliyetine sahiptir. Bu ehliyet kişiliğin başlamasıyla başlar ki İslam hukukunda kişilik ceninin oluşumuyla başlar ve ölümle son bulur.²⁷

Mer'i hukuk dilinde zimmet kavramı, "kişi" kavramı ile karşılanmaktadır. Kişi, haklara ve borçlara sahip olabilen varlıkları ifade etmek üzere kullanılan bir terimdir. Başka bir deyişle hukuk dilinde kişi, hak sahibi, hak süjesi anlamına gelir.²⁸ Mer'i hukukta kişi kavramı ile hak ehliyeti kavramı arasındaki ilişki, zimmet kavramı ile vücut ehliyeti arasındaki ilişkiye benzemektedir. Nitekim bazı fakihler vücut ehliyeti kavramından sonra zimmet takdirine gerek görmezler.²⁹ Mer'i hukukta da kişi

²³ Zerkâ, *a.g.e.* s.740.

²⁴ Ebû Bekr Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî, *Usûlü'l-Fıkh*, Eda Neşriyat, İstanbul 1990, I, 333.

²⁵ Bardakoğlu, Ali, "Ehliyet", DİA, X, 534.

²⁶ Bardakoğlu, Ali, "Ehliyet", DİA, X, 534.

²⁷ Zuhaylî, *a.g.e.* IV, 117.

²⁸ Jale Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri: Kişiler Hukuku*, 10. Baskı, Beta, İstanbul 2013, I, 230.

²⁹ Bardakoğlu, Ali, "Ehliyet", DİA, X, 534.

kavramı ile hak ehliyeti kavramının aynı anlama geldiğini ifade eden müellifler vardır.³⁰

Görüldüğü gibi bütün tanımlarda insan olma ve yaşıyor olma vasfı ön plana çıkmaktadır. Yine tüm tanımlarda vücut ehliyeti kavramının zimmet kavramı ile birlikte anıldığı ve ele alındığı görülmektedir. Zimmet, her insanın doğumdan itibaren sahip olduğu varsayılan itibari bir vasfı, vücut ehliyetinin de dayandırıldığı bir mahaldir. Vücut ehliyetinden ayrı olarak zimmet takdir etmenin gereksiz olduğunu savunanlar da vardır.³¹ İlk bakışta vücut ehliyetine sahip olmak için insan olma şartının dışında farazi bir kavram takdir ederek bunun gereksizliği düşünülebilir. Ancak, her hukuk düzeninin üzerine inşa edildiği, dayandığı inanç ve değerler vardır. İslam hukukunun zimmet anlayışı tevhit inancının ve Allah'ın(c.c.) âlemlerin Rabbi olduğunu kabul etmenin ve bu kabulün ikrarı sonucu olduğu söylenebilir. Nitekim Osmanlı son dönem ulemasından Büyük Haydar Efendi (v.1903) zimmet kavramını şöyle açıklamaktadır.

“İnsanın kendisiyle leh ve aleyhindeki hukuka ehil olduğu (zimmet) ki hususiyet-i insaniyeden ibaret olduğunu söyledik. Bir ahdi ezeli neticesidir ki vaktaki Cenabı Hak nesl-i Ademden gelecek bütün ebna-yı beşeri halk eyledi. Bunların umumu huzur-u ilahide, Emr-i Halik-ı Yezdan'a müterakkib oldular. Kendilerine (Ben sizin rabbiniz değil miyim diye sual buyuruldu. (Evet Rabbimizsin) dediler. Şu suretle vahdaniyet-i ilahiyeyi ikrar ederek nefisleri üzerine de işhat edildiler. Bu işhat delalet eder ki onlar bu ikrarları mucibince hukuku vacibenin adem-i edası halinde muaheze olunacaklardır. Ve bundan dolayı ruz-u kıyamet de i'tizar eylemeyeceklerdir. İşte henüz hilkati Neviye zamanında Halik ile ibadî arasında böyle bir muahede cereyan etmiş ve zimmet dediğimiz hususiyet dahi bunun neticesi olmuştur. Zira insanlara mutlaka böyle bir hususiyet isbat edilmelidir ki onunla leh ve aleyhlerindeki vacibata ehil olabilsinler. Mahlûkatı saireden medarı temyizi insan olan bu ahid, ila kıyamıssaa bakidir. Ahit bulunmadığı vakit mesela muharip olan bir devlet yakar yıkar lakin muahede akdolunduktan sonra her şey mahfuzdur. Bu selameti temin eden de taahhüttür, muahededir. İmdi bizim de Halika karşı bir ahdimiz vardır. Ve o ahdin eseri olmak üzere cümlemizin bir hususiyeti (yani zimmeti) vardır ki onunla biz leh ve aleyhimizdeki hukukun vücutuna selahiyattar oluyoruz.³² Zimmet akla mukaddemdir. Binaen aleyh insan henüz rahm-i maderde bir cenin iken yine zimmeti vardır. Çünkü yevm-i misaktaki muahedede oda dâhildir, henüz ma'nada iken o müteahhidinden idi. Şimdi o mana teşahhus etti. Vakıa o henüz rahm-i maderde bir cenin ise de bu hal onun zimmet ile muttasıf olmasına mani değildir. Şu kadar ki bu zimmet ancak ceninin lehindeki vücuta salihdir.

³⁰ Akipek vd. *a.g.e.* I, 230.

³¹ Bardakoğlu, Ali, “Ehliyet”, *DİA*, X, 534.

³² Büyük Haydar Efendi, *Usûl-ü Fıkıh Dersleri*, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1966, s. 473.

Yoksa aleyhindeki vücuda salih değildir.³³ Cenabı Rabbül âlemin ile ibadî beyninde vesile-i tevsik olmuş ve vacibul vücud insanları sair hayvanat arasında leh ve aleyhindeki hukuku meşruanın vücubuna selahiyattar olacak bir surette temyiz buyurduğu için insanın böyle bir vücuda kendisiyle ehil olabileceği bir hususiyetle dahi mümtaz olması lazım gelmiştir. İşte zimmetten maksudumuz bu hususiyettir.”³⁴

Vücub ehliyeti iki çeşittir. Birisi sadece vücut ehliyetinin ilk unsurunu lehe hak kazanma yetkinliğini barındırır. Ceninin doğuncaya kadar anne karnındayken sahip olduğu ehliyet böyledir. Buna nakıs, eksik vücut ehliyeti denir. Cenin bir taraftan annesinin bir parçasıdır. Diğer taraftan doğumla anneden ayrılıp bağımsız bir varlık kazanacaktır. İşte bu nedenle ceninin bu ehliyeti nakıstır.³⁵ Sadece lehine haklar elde etme imkânına sahiptir. Aleyhine borçlar doğuracak ehliyeti bulunmamaktadır. Pezdevî’ye göre ceninin vücut ehliyetinin eksik olması yaşayıp yaşamayacağı hususundaki belirsizliktir.³⁶

Vücub ehliyetinin diğer çeşidi tam vücut ehliyetidir. Tam vücut ehliyeti, hem kişi lehine hakların sabit olmasını hemde kişinin sorumluluk taşımasını kapsar. Kişinin canlı olarak doğmasıyla yaşamının tüm evrelerinde kendisinden asla ayrılmaksızın tam vücut ehliyeti sabit olur.³⁷

Vücub ehliyeti zimmetle birlikte bulunur ve daha cenin döneminde iken zimmet meydana gelir. Zimmetin ortadan kalkması ise ölümle gerçekleşir. Fakihler arasında bu konuda görüş ayrılığı yoktur. Ancak zimmetin ölümün hemen arkasından son bulup bulmadığı hususunda fakihlerin değişik görüşleri vardır. Bir görüşe göre zimmet ölümün hemen akabinde derhal son bulur. Buna göre ölü insanın ne tam ne eksik vücut ehliyeti vardır. İkinci bir görüşe göre ise müteveffanın zimmeti hemen yok olmaz fakat yıpranır ve zayıflar. Zimmetinin zayıflığından dolayı genel anlamda vücut ehliyeti mevcut olmakla beraber, ölümün zayıflattığı bu zimmet, açıkta kalan borçları ortadan kaldırıp bunları taşıyabilecek edecek güçte değildir. Ancak bu borçları güçlendirecek, onlara dayanak olacak, tereke malı veya müteveffa hayattayken bu borçların kefaletini yüklenmiş kefil gibi bir unsur varsa zayıf zimmet böylece takviye bulur ve borçları taşıyabilecek hale gelir. Üçüncü görüş: Müteveffanın zimmeti bakidir son bulmaz. Borçlardan mesul olarak kalır ve tereke

³³ Büyük Haydar Efendi, *a.g.e.* s. 475.

³⁴ Büyük Haydar Efendi, *a.g.e.* s. 474.

³⁵ Zuhaylî, *a.g.e.* IV, 118.

³⁶ *Mevsuatü'l-Fıkhiyye*, Vizaretü'l-Evkaf ve Şuuni'l-İslamiyye, Kuveyt 1989, 2. Baskı, XVI, 119.

³⁷ Zuhaylî, *a.g.e.* IV, 118.

mütevellisi borçları ifadan sorumlu tutulur. Müteveffanın borçları verilir, tereke de taksim olunursa müteveffanın zimmeti ortadan kalkar, vücut ehliyeti yok olur.³⁸

Vücut ehliyetinin özünü kişilerin haklardan faydalanması teşkil ettiği, borçlanma ve iltizam bakımından ise daha çok üçüncü kişilerin haklarını korumaya yönelik bir önlem olduğu için olsa gerek vücut ehliyeti, mer'i hukukta bir dönem hak veya faydalanma ehliyeti olarak adlandırılmıştır.³⁹

İslam hukukundaki vücut ehliyetinin mer'i hukukta karşılığı "hak ehliyeti" kavramıdır. Hak ehliyeti (rechtsfaehigkeit, La jouissance des droits civils), haklara ve borçlara ehil olma ehliyeti⁴⁰ veya haklara ve borçlara sahip olabilme iktidarı olarak tanımlanır.⁴¹ Hukuk düzenince kendilerine haklara ve borçlara sahip olabilme iktidarı tanınmış bulunan varlıklar, hak süjesi olan birer kişidir. Modern hukuk düzeninde hak ehliyeti daima hak süjesi olan birer kişidir. Modern hukuk düzeninde artık hak ehliyeti, daima hak süjesi olan "kişi" anlamına gelir ve çoğu kez onun bir eş anlamı olarak kullanılır.⁴²

Mer'i hukukta hak ehliyeti, kişilikle eş anlamlı görülür. Hak ehliyeti(Rechtsfaehigkeit, La jouissance des droits civils), haklara ve borçlara sahip olabilme iktidarıdır. Hukuk düzenince kendilerine haklara ve borçlara sahip olabilme iktidarı tanınmış bulunan varlıklar, hak süjesi olan birer "kişi"dir. Modern hukuk düzeninde hak ehliyeti daima hak süjesi olan birer kişidir.⁴³ Genel olarak hak ehliyeti, haklara ve borçlara sahip olabilme ehliyeti olarak görülür ve bu anlamı ile hak ehliyeti kişilik ile eş anlamlı olduğu değerlendirilir.⁴⁴ Buna göre; insanı kişi kılan ve dernek, vakıf gibi amaç birliklerine tüzel kişilik sağlayan "hak ehliyeti" (Rechtsfaehigkeit); "hak konusu" olmayı değil "hak sahibi", "hak öznesi" olabilmeyi, haklara sahip olabilme ve borçlanabilme yeteneği demektir.⁴⁵

4721 sayılı, 22 Kasım 2001 tarihinde kabul edilip 1 Ocak 2002'de yürürlüğe giren Medeni Kanu'nun Hak ehliyeti kenar başlıklı maddesi şöyledir. "Madde 8 -Her

³⁸ Abdulkerim Zeydân, *el-Vecîz fî Usulü'l-Fıkh*, 3. Baskı, Müessesetü'r-Risale, Beyrut1990, s. 107.

³⁹ Bardakoğlu, Ali, "Ehliyet", DİA, X, 534.

⁴⁰ Akipek vd. *a.g.e.* I, 267.

⁴¹ Akipek vd.. *a.g.e.* I, 268.

⁴² Akipek vd *a.g.e.* I, 268.

⁴³ Akipek vd. *a.g.e.* I, 268.

⁴⁴ Mustafa Dural, Tufan Ögüz, *Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002, s. 38

⁴⁵ Hatemi, Oğuztürk, *a.g.e.* s. 3.

insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler.”

Görüldüğü gibi medeni kanun, insan olmayı hak ehliyetine sahip olmanın tek şartı olarak kabul etmektedir. İkinci cümlede ise hak ehliyetinin içeriğini anlatmakta hak ehliyetinin haklara ve borçlara ehil olmak anlamına geldiğini belirtmektedir.

17 Şubat 1926’da kabul edilip 4 Ekim 1926’dan 1 Ocak 2002’ye kadar yürürlükte olan eski Medeni Kanunun 8. maddesi “Her şahıs medeni haklardan istifade eder” şeklindeydi. Yeni Medeni Kanunun 8. maddesi şahıs yerine insan kelimesini kullanmıştır. Maddenin genel olarak şahısların değil de sadece gerçek kişi insanın hak ehliyetini düzenlediği düşünülecek olursa bu terim değişikliğinin isabetli olduğu görülür, zira düzenlemenin bu şekilde yapılması, mezkûr maddenin insanın hak ehliyeti ile ilgili olduğunu açığa kavuşturmuştur.⁴⁶

Mer’i hukukumuzda hak ehliyeti olarak terimleşen bu ehliyetin bu isimle terimleşmesi zaman almıştır. Eski Medeni Kanun İsviçre Medeni Kanunundan tercüme edilirken Fransızca metni esas alınmıştır. Eski medeni Kanunun 8. Maddesi kenar başlığı düzenlenirken ‘capacite’de jouissance’ teriminin karşılığı olarak ‘medeni haklardan istifade’ şeklinde düzenlenmişti. Öğreti ve uygulamada da bu deyim kullanılmış, hak ehliyeti anlamında ‘medeni haklardan istifade ehliyeti, medeni haklardan yararlanma ehliyeti’ terimleri kullanılmaktaydı. Bu durum yirminci yüzyılın ikinci yarısının son yıllarına kadar devam etti.⁴⁷ Bu yıllardan itibaren ise Almanca ‘Rechtsfähigkeit’ teriminin karşılığı olarak ‘Hak ehliyeti’ terimi öğretilerde baskın olarak kullanıldı. Hak ehliyeti terimini hukuk dilimizde ilk defa Ord. Prof. A.B. Schwarz kullanmıştır.⁴⁸ Yeni Medeni Kanun’da artık bu terim sadece öğretinin kullandığı bir terim olmaktan çıkıp kanuni terim halini aldı.

Hak ehliyeti kavramı içerik yönünden kesin belirli değildir. Somut kapsamı, kanun koyucu tarafından ve içtihatlar yoluyla belirlenir. İnsanın hangi haklara sahip olabileceği hukuk düzeni tarafından tespit edilir.⁴⁹

Hak ehliyeti sınırlanmış olan kişi, belli bazı haklara sahip olamayan, belli bazı borçları bulunamayan bir kimse demektir. Bu itibarla, bu tür hakların kazanılması için gerekli olan işlemleri bizzat yapamayacağı gibi, bir başkası, örneğin iradî veya yasal

⁴⁶Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 38.

⁴⁷ Hatemi, Oğuztürk, *a.g.e.* s. 3.

⁴⁸ Akipek vd. *a.g.e.* I, 269.

⁴⁹ Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 38.

temsilcisi vasıtasıyla da bu hakları edinemez; bu tür hakları edinemediğinden, onların kullanılması da söz konusu olamaz. Hak ehliyetinin sınırlanmasını fiil ehliyetinin sınırlanmasından ayıran husus da zaten kendini burada göstermektedir. Fiil ehliyeti sınırlanmış olan kişi, esasında hak ehliyetine sahiptir. Fakat kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda olduğu gibi sahip bulunduğu bu haklardan bazılarını kanunda belirtilen sebepler dolayısıyla bizzat kullanamaz. Bu haklar onun adına yasal temsilcisi tarafından kullanılır.⁵⁰

Doktrinde bazı yazarlar TMK 8. maddesinin ‘Buna göre, bütün insanlar hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler.’ hükmünden yola çıkarak, insanlar arasında fiili ve tabii farklılıklardan ileri gelen eşitsizliğe paralel olarak onların hak ehliyeti bakımından eşit olduklarına ilişkin ilkeye hukuk düzeni tarafından kanun veya hâkim kararıyla bazı sınırlamalar getirebileceğini belirterek,⁵¹ bu şekilde hak ehliyetine hukuk düzeni tarafından bir takım farklılıkların getirilmesini mümkün görmektedir. Hak ehliyetine kanun tarafından getirilen sınırlamalara, evlenme, evlat edinme, vasiyetname ve miras sözleşmesi yapma, kefil olma, vakıf kurma, önemli bağışlarda bulunma, vasi olabilme, din seçme, evlenmede iddet bekleme, kadının soyadını seçmesi, velayet ve vesayet altındaki çocuğun yerleşim yeri seçmesi gibi konularda yapılan düzenlemelerde öngörülen kısıtlamaları örnek gösteren bu yazarlar, ceza alan bir şahsın velayet ve koca sıfatıyla bazı haklardan mahrumiyetini de hâkim tarafından farklılık yaratılmasına örnek vermektedir. Ancak bu sayılanlar aslında hak ehliyetinin farklılaşması veya sınırlanması değil fiil ehliyetinin sınırlanması olarak görülmelidir.⁵²

Şubat 1926 tarihli 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi 22 Kasım 2001 de Türk Medeni Kanunu’nun kabulü ile 1 Ocak 2002 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişiklik, yürürlükteki medeni hukukun içeriğini az da olsa değiştirmiştir. İçerik olarak az değişse de kanunun hükümleri ifade biçimi anlamında ciddi bir değişiklik olmuştur. Bu değişiklik kendisini kavramsallaştırma düzeyinde de göstermiştir. Önceki Medeni Kanun İsviçre Medeni Kanunu’nun Fransızca metninden çevrildiği için Fransızca ‘capacite’ de jouissance’ teriminin karşılığı olarak medeni haklardan istifade (Eski TMK. 8. Kenar başlık) biçiminde tercüme edilmişti. Öğreti ve uygulamada da önceleri ‘istifade ehliyeti, yararlanma ehliyeti’ terimleri

⁵⁰ Akipek vd. *a.g.e.* I, 274.

⁵¹ Akipek vd. *a.g.e.* I, 273.

⁵² Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 39-43.

kullanılmakta iken yirminci yüzyılın ikinci yarısının son yıllarında ‘rechtsfahigkeit’⁵³ teriminin karşılığı olarak ‘hak ehliyeti’ terimi öğretide baskın olarak kullanılmaktaydı. Yeni Medeni Kanun’da bu terim artık kanuni terim olmuştur.⁵⁴

Burada dikkat çekici olan husus mer’i hukuktaki hak ehliyeti kavramının sadece özel hukuka ait bir kavram oluşudur. Hak ehliyetinin içeriğini oluşturan haklar ve borçlar, kişilere sadece özel hukuk tarafından tanınmış olan haklar ve borçlardır. Yani hak ehliyetini, özel hukukun insanlara tanıdığı haklara sahip olmak ve özel hukuk tarafından başkasına yükletilmesi meşru görülen borçları yüklenebilme iktidarı olarak tanımlamak daha doğru olur.⁵⁵

Hak ehliyetini tanımlayan Medeni Kanununun 8. maddesindeki “Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler.” hükmü, sadece özel hukuk alanıyla ilgilidir. Özel hukuktan doğan hakların dışında kalan haklara ve borçlara sahip olabilmenin hak ehliyeti ile ilgisi yoktur. Zira kamu haklarından özellikle de siyasî haklardan kural olarak herkes yararlanamaz. Bir insanın kişi olması kamu hukukundan doğan haklara ve borçlara sahip olabilmesi için yeterli değildir.⁵⁶

Hak ehliyeti içeriğine yargılama hukuku anlamında “taraf ehliyeti” de girer. Taraf ehliyeti, kişinin hukuki koruma isteyebilme ehliyetidir.⁵⁷ Esasen taraf ehliyeti yani bir davada davacı veya davalı olarak bulunma ehliyeti hak ehliyetinin doğal sonucudur. Zira hak sahibi hakkını dava etmek imkânından mahrum ise bu hak ona verilmiş sayılamaz. Zira hukuk düzeninin korumadığı bir hak, hak olarak kabul edilemez.

TMK her insanın hak ehliyetine sahip olduğunu açık ve net bir biçimde ifade etmiştir. Her insanın hak ehliyetine sahip bulunduğunu bu kadar genel ve açık biçimde ifade eden bir hüküm ne Alman nede Fransız Medeni Kanunlarında mevcuttur. Fransız Medeni Kanunu bu ilkeyi sadece Fransızlar hakkında genel biçimde ifade etmekte (m.8), 11. ve 14. maddelerinde yabancılara hak ehliyetini “karşılıklılık” (mütekabiliyet) esasına göre tanımaktadır. Bununla beraber günümüzde dahi modern bazı ülkelerde hak ehliyetinin bazı kişiler aleyhine olarak

⁵³ Kelime Almanca olup yaklaşık olarak okunuşu ‘rihtfihik’ şeklindedir.

⁵⁴ Hatemi, Oğuztürk, *a.g.e.* s. 3.

⁵⁵ Akipek vd. *a.g.e.* I, 269.

⁵⁶ Akipek vd. *a.g.e.* I, 270.

⁵⁷ Akipek vd. *a.g.e.* I, 270.

sınırlandırılmakta olduğuna tanık olmaktayız. Amerika Birleşik Devletlerinde bazı eyaletlerde siyahiler hakkında birtakım sınırlamaların bugün dahi yürürlükte olduğu bilinmektedir.⁵⁸

Sonuç olarak İslam hukukunda vücut ehliyeti olarak ifade edilen kavramın içerik olarak mer'î hukuktaki karşılığı hak ehliyeti olduğu anlaşılmaktadır. İsimlendirme konusundaki farklılığın kaynağı, İslam'ın insanı, sorumluluk esası üzerinden tanımlanmasının literatüre yansımaları şeklinde yorumlanabilir. Nitekim tüm fıkıh literatüründe vücut ehliyeti mükellef veya mahkûmu aleyh başlığı altında incelenmektedir. Seküler dünya görüşünün, insanı, Allah(c.c.)'tan bağımsız olarak algılayarak, insanın sorumluluğundan ziyade hak sahibi olmasını ve bu haklardan istifade etmesini öne çıkarmasının hukuk terminolojisine yansımaları olarak görebiliriz.

1.2. Edâ Ehliyeti ve Fiil Ehliyeti Kavramları

Mer'î hukukumuzun mehz kanunu İsviçre Medeni Kanunudur. İsviçre'de Almanca ve Fransızca resmi dil statüsündedir. Fiil ehliyetinin Almanca karşılığı "handlungsfähigkeit", Fransızca karşılığı "Exercice des droits civils"dir. Önceki Medeni Kanun'un Fransızca metninden iktibas edildiği ve Fransız hukuk dilinde, Alman hukuk dilinden farklı olarak, hak ehliyeti ve fiil ehliyeti terimlerinin tam karşılığı olan terimler yerine 'capacite de jouissance' ve 'capacite d'exercice' terimleri bulunduğu için, hak ehliyeti terimi yerine Fransızcaya uygun olarak istifade ehliyeti, fiil ehliyeti yerine de kullanma ehliyeti terimleri kullanılmaktaydı. Ne var ki 20. Yüzyılın sonlarına doğru hak ehliyeti ve fiil ehliyeti terimleri yaygın olarak kullanılmaya başlandı.⁵⁹ Öz Türkçeci bir yaklaşımla olsa gerek fiil ehliyeti yerine "eylem yeteneği" tabirini kullanan yazarlar da oldu.⁶⁰ Yeni Medeni Kanun, öğretinin ve yargı kararlarının etkisi ile hak ehliyeti ve fiil ehliyeti terimlerini kanuni bir terim haline getirdi.

Fiil ehliyeti kenar başlığını takiben Türk Medeni Kanunu'nun 9. ve devamı maddelerinde fiil ehliyeti kavramı düzenlenmiştir. TMK'nın 9. Maddesi fiil ehliyetine sahip olan kişinin hukuki durumunu belirtmek suretiyle düzenleme yapmıştır.

Madde 9- "Fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edebilir ve borç altına girebilir." TMK'nın 10. Maddesi ise şöyledir: "Ayırt etme gücüne sahip ve

⁵⁸ Akipek vd. *a.g.e.* I, 272.

⁵⁹ Hatemi, Oğuztürk, *a.g.e.* s. 3.

⁶⁰ Aydın Zevkliler, *Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler*, Olgaç Matbaası, Ankara 1981, s. 43.

kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır.” Me’haz İsviçre Medeni Kanununun fiil ehliyeti kenar başlığıyla düzenlenen maddesine bakmak gerekirse bu madde, şöyle tercüme edilmiştir. “Fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle haklar ve yükümlülükler (mükellefiyetler) vücuda getirebilir”⁶¹

Türk Medeni Kanunu (TMK), fiil ehliyetinin tanımını açıkça yapmamakta sadece fiil ehliyetinin şartlarını sıralamaktadır. Öğreti, bu şartlardan yola çıkarak, fiil ehliyetinin tanımını yapmıştır. Öğretide yapılan bir tanımlama şöyledir: “Fiil ehliyeti, kendi fiilleri ile kendisini hak sahibi kılabilmek, borçlandırabilme ve sorumlu kılabilmek yeteneğidir.”⁶² Fiil ehliyeti başka bir ifade ile şöyle tanımlanmıştır; “Kişinin bizzat kendi fiilleriyle kendi lehine hak yaratmak, bu hakları sınırlamak veya ortadan kaldırmak ve kendi fiilleriyle kendisini borç altına sokmak iktidarındır.”⁶³ Fiil ehliyetinin önemli unsuru kişilerin kanuni bir temsilcinin araya girmesine gerek kalmaksızın kendi fiilleriyle bizzat haklar ve borçlar meydana getirebilmesidir.⁶⁴

Fiil ehliyeti hak ehliyeti gibi doğumla kazanılmaz. Kişinin fiil ehliyetine sahip olabilmek için yani yapmış olduğu eylem ve ortaya koyduğu davranışların hukuki bir hüküm ve sonuç doğurabilmesi için belli bir tabii ve hukuki olgunluk düzeyine erişmesi gerekir. Hak ehliyetinden yararlanmak için yaş, akıl sağlığı, davranışlarını kontrol yeteneği gibi hususlar gözetilmeksizin insan olarak varlık sahnesine çıkmak yeterlidir. Ancak bir kimsenin kendi fiilleriyle lehine haklar edinebilmesi veya borçlar yüklenebilmesi bazı kanuni şartların yerine gelmesi ile mümkündür.⁶⁵

İslam hukukundaki eda ehliyeti, hukuken muteber kabul edilmesi akla bağlı olan fiilleri kişinin ifa etme salahiyetidir.⁶⁶ Eda ehliyeti için muamelat ehliyetidir denilebilir. Yani şahsın bazı tasarrufları dolayısıyla bir kısım haklar kazanması ve bazı tasarruflarla başkası için haklar inşa etmesi için sahip olduğu ehliyettir. Usulü fıkıh âlimleri, eda ehliyetini muamelat ve ibadetleri içine alacak şekilde şöyle tarif etmişlerdir; eda ehliyeti, insanın kendisini sorumlu kılabilecek şekilde hukuk nazarında

⁶¹ Tekinay, *a.g.e.* s. 221.

⁶² Hatemi, Oğuztük, *a.g.e.* s. 3.

⁶³ Akipek vd. *a.g.e.* I, 81.

⁶⁴ Tekinay, *a.g.e.* s. 222.

⁶⁵ Akipek vd. *a.g.e.* I, 280.

⁶⁶ Zerkâ, *a.g.e.* s.741.

muteber kabul edilen bazı fiiller işlemesi ve kendisinden sadır olan tasarruflarla başkasını ilzam edebilmesidir.⁶⁷

İslam hukukunda insan, mahkûmu aleyh ve mükellef olarak nitelenir. Eda ehliyeti, mahkûmun aleyh ve mükellef olarak nitelenen insandan sudur eden fiillerin hukuken muteber kabul edilebilmesi için bu fiilleri işlemeye yetkinliğinin bulunmasıdır.⁶⁸

Başka bir ifadeyle eda ehliyeti, insandan bir şeyin eda edilmesinin talep olunmasına, insanın sözlerinin, fiillerinin muteber sayılıp, şeri neticelerin husulüne uygun yetkinlikte bulunmasıdır. Öyle ki insan, bir tasarrufta bulunursa, bu tasarrufu şer'an makbul ve *muteber* olur, bir ibadet eda ederse edası muteber ve üzerindeki vacibi düşürücüdür, başkasına karşı suç işlerse, suçundan tam manasıyla mükellef tutulur, bedeni ve mâlî olarak cezalandırılır.⁶⁹

İster namaz ve oruç gibi dini ibadetler olsun, ister akitler gibi hukuki işlemler olsun, bu fiillerin neticesini icmâlen de olsa anlamaya kadir olacağı bir miktar akletme yeteneği ve idrak kabiliyeti olmadığı müddetçe kanun koyucu tarafından bu fiillerin muteber sayılması mümkün değildir. Fiillerin sahih ve muteber olması için o fiilin anlam ve önemine uygun bir kasıtle ortaya çıktıklarını gösterecek asgari derecede bir anlama yeteneğinin bulunması gerekir.⁷⁰

Eda ehliyetinin varlığı iki farklı kudrete sahip olmakla mümkündür. Bunların ilki, Şari'in mahkûm-u aleyh olan insana hitabını anlayabilme kudretidir. Anlayabilmek ise akıl ile mümkündür. Eda ehliyetinde asıl olan, hukuk bakımından muteber olması için akıl yeterliği ve sağlığı gereken işleri şahsın bizzat yapma salahiyet ve ehliyetine sahip olmasıdır. Gerek namaz ve oruç gibi ibadetlerin gerekse akitler gibi hukuki muamelelerin Şari nezdinde muteber olması, failde asgari bir idrak ve muhakeme kabiliyetinin bulunmasına bağlıdır. Ancak bu takdirde fail, yaptığı işin neticesine müteveccih bir anlayış ve kastın sahibi olabilir.⁷¹

Eda ehliyetinin varlığını mümkün kılan şeylerin ikincisi anladığı şeyi fiile geçirebilme kudretidir ki bu da bedenle olur. İnsan hayatının ilk dönemlerinde bu iki

⁶⁷ Ebû Zehra, *a.g.e.* s. 285.

⁶⁸ Büyük Haydar Efendi, *a.g.e.* s. 478.

⁶⁹ Zeydân, *a.g.e.* s.93.

⁷⁰ Zerkâ, *a.g.e.* s. 741.

⁷¹ Karaman, *a.g.e.* I, 238.

kudretten uzaktır. Bununla beraber her bir kudreti derece derece zamanla kazanabilecek potansiyeli taşımaktadır. Ancak bu iki kudreti tam olarak elde edinceye kadar gerek anlama gerekse anladığını pratiğe aktarma gücü sınırlıdır. Temyiz kudreti bulunmayan çocuğun ve bunamış kimsenin akli dolayısıyla anlama gücü eksik olduğundan ehliyeti de eksik olacaktır. Ancak baliğ olup bunama gibi bir maraza yakalanmayan kişinin akli ve anlama gücü tam olduğundan ehliyeti de tam olacaktır. Aralarındaki farklılık tabii olarak haklarında cari olacak hükümlerin de farklı olmasını gerektirir.⁷²

Fiil ehliyetinde de önemli olan bilinç ve iradedir. Nitekim bazı yazarlar fiil ehliyetini, meydana gelebilmesi için kişinin bilinç ve iradesine ihtiyaç olan hakları ve borçları kendi eylemiyle meydana getirebilme hususundaki ehliyet olarak tanımlamışlardır.⁷³

Her insanın etrafındaki olay ve olguları doğru yorumlayabilme yeteneği ve davranışlarını kontrol kudretinin kemale ulaşması farklı zamanlarda gerçekleşir. Bunun için objektif herkes için geçerli bir ölçü koymak mümkün değildir. Her bir insan tekinin ne zaman bu olgunluğa ulaştığı bilinmemektedir. Bu nedenle İslam hukuku bu olgunluğun genellikle meydana geldiği bülüğ dönemini olgunluğun varlığı olarak kabul etmiştir. Bülüğdan önce bu olgunluğun varlığına veya bülüğdan sonra bu olgunluğun oluşmadığına dair iddialara itibar edilmemiştir.⁷⁴

Eda ehliyeti iki çeşittir. Birisi sınırlı bir ehliyettir ki buna kısıtlı, kasır ehliyet denmiştir. Çocukluk ve bunama gibi bir nedenle akıl zayıflığı bulunan kişinin etrafındaki olay ve olguları doğru yorumlayabilme yeteneği ve davranışlarını kontrol kudreti az olduğundan bu zayıflığı ehliyetinin de sınırlı olmasına neden olur. Diğeri tam ehliyetlilik durumudur. Buna da ehliyeti kâmile yani tam ehliyet tabiri kullanılmıştır. Aklî gelişimini tamamlamış olup da sonradan bir zayıflığa duçar olmamış kişinin etrafındaki olay ve olguları doğru yorumlayabilme yeteneği ve davranışlarını kontrol kudreti tam olduğundan ehliyeti de tam olur.⁷⁵

Fiil ehliyeti aslında İslam hukukunun bir terimi değil, mer'i hukukun bir terimidir. İslam hukukunda bu terimi eda ehliyeti karşılamaktadır. Ancak eda ehliyeti

⁷² Büyük Haydar Efendi, *a.g.e.* s. 478.

⁷³ Tekinay, *a.g.e.* s. 222.

⁷⁴ Büyük Haydar Efendi, *a.g.e.* s. 478.

⁷⁵ Serahsî, *a.g.e.* II. 340

terimi sadece hukuki bir tabir değildir. Zira eda ehliyeti terimi sadece kamu otoritesinin müdahalesiyle korunan, insanın hukuk nizamı içerisinde bulunduğu durum ile ilgili bir ıstılah değildir. Eda ehliyeti, bunları kapsadığı gibi aynı zamanda insanın ibadet sorumluluğu ile de ilgilidir. Başka bir deyişle eda ehliyeti fiil ehliyetinden muhteva yönünden oldukça geniştir. Fiil ehliyeti sadece medeni hukuktaki hakları kullanabilme açısından önemlidir. Oysa fıkıhtaki eda ehliyeti, medeni hakları kullanabilme yanında ceza ehliyeti ve dini bir özelliği olmasının neticesi olarak ibadet ehliyetini de ihtiva eden daha geniş bir içeriğe sahiptir.

Fiil ehliyeti, sadece medeni hukuk terimi iken eda ehliyetinin, hem medeni hukuk içinde ele alınan fiil ehliyetini hem de ceza hukuku kapsamında değerlendirilen ceza ehliyetini ilgilendiren yönü vardır. Fiil ehliyeti ceza ehliyetini kapsamaz. Mer'i hukuk, ceza ehliyeti ile ilgili farklı bir yaklaşım sergilemektedir. Fiil ehliyeti bulunmayan bir kişinin ceza ehliyeti bulunabilir. Ceza ehliyetinde yaş sınırlaması getiren mer'i hukuk on sekiz yaşın altındaki herkesi çocuk olarak nitelendirir ve bunları üç gruba ayırır. Buna göre on iki yaş altındaki bütün çocukların cezai ehliyeti bulunmaz. TCK 31. maddesi, on iki ile on beş yaş arası gruptaki çocuklar suç işlediğinde bu çocukların, çocuk olarak kabul edilmeyen on sekiz yaş üstü şahısların aldığı cezadan üçte iki indirimle cezalandırılmasını öngörürken, on beş ile on sekiz yaş arasındaki çocukların suç işlemesi durumunda bunlara üçte bir daha az ceza ile cezalandırılması öngörmektedir.

Gerek İslam hukuku gerekse mer'i hukuk fiil ehliyetini kişinin leh ve aleyhine olan hususları bilmesi, idrak etmesi ve bu bilgiye uygun davranabilme yeteneğinin olması ile ilişkilendirmektedir. Medeni kanunun ayırt etme gücü dediği temyiz kudretine sahip olmak, ergin(reşit) olmak kişinin leh ve aleyhine olan şeyleri idrak ile buna uygun davranabilmesi için gerekli olan sıfatlardır. Kısıtlı olmamak da böyledir. Nitekim kısıtlılık sebeplerine ayrıntılı olarak baktığımızda da bahsedeceğimiz gibi kişinin kısıtlanmasının asıl nedeni, akıl zayıflığı veya yaş küçüklüğü gibi bir sebeple kişinin bu kudretten yoksun olması gözetilerek, bu kudretten yoksun olan şahsı koruma amaçlı tedbirlerdir.

2. İSLAM HUKUKUNDA EHLİYETİN MERHALELERİ

İslam hukukçuları, fiil ehliyetini incelerken önce insanın dünya hayatı bakımından ortaya çıkışıyla bu hayatın sona ermesine kadar geçen süreci devrelere bölmüş, sonra her bir devre için kişinin fiil ehliyeti bakımından durumunu tartışmıştır.

Buna göre insan cenin devresi, çocukluk devresi ve temyiz devresinden geçerek nihayetinde rüşd dönemine varır. İslam hukukçuları, rüşd çağına vardıktan sonra fiil ehliyetini etkileyen faktörleri ehliyeti daraltan ve ortadan kaldıran arızı sebepler olarak ayrı bir başlık altında incelemişlerdir.

Mer'i hukuku inceleyen hukukçular ise medeni kanunun sistematüğını nazara alarak fiil ehliyetinin şartları üst başlığı altında fiil ehliyetini etkileyen faktörleri rüşd öncesi ve sonrasını birlikte ele almış, yaş küçüklüğünü ehliyeti ortadan kaldıran veya daraltan sebepler arasında zikretmişlerdir.

İslam hukukunda fiil ehliyeti ele alınırken öncelikle bu merhaleleri görmek, sonra da ehliyeti menfi biçimde etkileyerek ehliyetin ortadan kalkmasına veya kısıtlanmasına sebep olan etkenleri incelemek gerekmektedir.

2.1. Cenin Devresi

İnsanın dünya hayatında varlık sahnesinde yer aldığı ilk dönem cenin dönemidir. Bu dönem çocuğun ana rahmine düşmesi ile başlar.

Fukaha hamilelik döneminin en az altı ay süreceğini belirtir. Bu konuda mezhepler arasında ittifak vardır.⁷⁶ Hamileliğin en uzun süresi konusunda ise âlimler ihtilaf etmiştir. İmam Mâlik (v. 795) hamileliğin en çok 5 yıl, İmam Şafî (v. 820) 4 yıl, İmam Ahmed (v. 855) 2 yıl olacağını söylemiştir. İbn-i Rüşd hamilelik süresinin tecrübeler ile tespit edilmesi gerektiğini söyler. Zahiriler bu süreyi dokuz ay olarak tayin etmişlerdir. Bu konudaki süre belirlemeleri nassa dayanmamaktadır. Günümüzde tıbbın tespit ettiği sürelerle riayet etmek daha uygun olacaktır.⁷⁷

Yukarıda vücut ehliyetinin iki çeşit olduğunu, eksik vücut ehliyetinin sadece cenin için söz konusu olduğunu ve eksik vücut ehliyetinin lehe hak kazanma yetkinliğini barındırdığını belirtmiştik. Ceninin doğuncaya kadar anne karnındayken sahip olduğu ehliyet böyledir. Buna nakıs vücut ehliyeti denir. Cenin bir taraftan annesinin bir parçası diğer taraftan doğumla anneden ayrılıp bağımsız bir varlık kazanacak olması nedeniyle ceninin bu ehliyeti nakıstır. Bu nedenle sadece ceninin menfaatine olan zorunlu haklara ehildir. Bu haklar şu dört şeydir: 1- Ebeveynin

⁷⁶ Muhammed Ebû Zehra, *el-Ahvalü 'ş-Şahsiyye*, Darü'l-Fikri'l-Arabi, Kahire 1950, s. 386.

⁷⁷ Ebû Zehra, *a.g.e.* s.387.

nesebini iktisap, 2- Mirasa hak sahibi olma 3- Kendisi lehine vasiyet yapılabilmesi, 4- Kendisi lehine olan vakıftan hissedar olmak.⁷⁸

Cenin bu haklarının nafiz olabilmesi yani bu haklardan istifade edebilmesi onun sağ olarak doğmasına bağlıdır. Cenin sağ olarak doğmazsa cenin hiç meydana gelmemiş gibi değerlendirilerek bu haklar ilgililerine verilir.⁷⁹

Cenin miras ve vasiyet konusunda hak sahibi olduğu hususunda mezhepler arasında ittifak vardır. Lehine vakıf kurulması konusunda ise Mâlikî ve Hanefîlerden farklı olarak Şafîîler ve Hanbeliler vakıf kurulduğu anda temellük imkânı olmaması sebebiyle ceninin bu hakka sahip olmadığı görüşündedir.⁸⁰

Cenin, kabulü gerektiren alım satım hibe gibi hukuki işlemlere ehliyeti bulunmamaktadır. Çünkü cenin, söz söylemediği gibi kendisi yerine kabulde bulunacak velisi yahut vasisi de yoktur. Ceninin bir şeyi istihkaka ehliyeti yoktur. Babası veya bir başka şahıs onun için bir şey satın alsa ceninin ona Mâlik olması mümkün değildir. Zira onun adına bir alım yapmak, ona bu alışverişin parasını ödeme yükümlülüğü doğurur, oysa cenin iltizama, borçlanmaya ehil değildir.⁸¹ Fakihlerin cumhuruna göre ceninin velisi ve vasisi yoktur. Fakat ceninin mallarının muhafazası için bir emin kişi tayin edilebilir.⁸² Aynı şekilde yakın akrabalara nafaka vermek gibi yükümlükleri de bulunmamaktadır.⁸³ Kısacası cenin sınırlı sayıda hakları kazanma ehliyetine sahip olan iltizam ehliyeti bulunmayan eksik bir zimmete sahiptir, ceninin vücut ehliyeti eksik, eda ehliyeti ise hiç yoktur.

Medeni kanuna göre hak ehliyeti sağ doğmak şartıyla çocuğun ana rahmine düşmesiyle elde edilir. Medeni Kanun'un 2. Maddesi şöyledir: Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.

TMK m. 28/II maddesi, Medeni Kanunun, ceninin sağ doğmak şartıyla ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahip olduğunu kabul ettiğini açıkça ortaya koymaktadır. TMK m.28/II hükmünden şu sonuçlar çıkartılmaktadır. 1- Ceninin medeni haklara sahip olma hakkı vardır. Ceninin kazandığı bu hakların onun

⁷⁸ Zerkâ, *a.g.e.* s. 792.

⁷⁹ Zuhaylî, *a.g.e.* IV, 118.

⁸⁰ Zuhaylî, *a.g.e.* IV, 119.

⁸¹ Zerkâ, *a.g.e.* s.792.

⁸² Zeydân, *a.g.e.* s.95.

⁸³ Zuhaylî, *a.g.e.* IV, 119.

doğumuna kadar oldukları gibi korunması gerekir. TMK'nın 427. maddesi, bu tür önlemlerin alınması için gereken hallerde cenine mahkemece bir kayyım atanmasını öngörür. 2- Evlilik dışı cinsel ilişki sonucunda varlık kazanan cenin adına doğumdan önce de babalık davası açılabilir. TMK. 303. maddesi, 3- Cenine düşen miras payının olduğu gibi kendisine ulaşmasını sağlamak amacıyla mirasçılar arasında ceninin de bulunması durumunda mirasın paylaşılması onun doğumuna kadar ertelenir.' hükmünü taşımaktadır. TMK. 643/I. maddesi de benzer hükmü getirmekle⁸⁴ İslam Hukuku'nun tanıdığı nesep ve miras hukukuna ilişkin hakların mer'i hukukta da benzer olduğu görülmektedir.

Mer'i hukukta, kişilik çocuğun sağ olarak doğduğu anda başlar. (TMK.m.28./II) Cenin hukuk karşısında henüz bir kişiliğe sahip değildir. Bununla beraber ceninin haklarının korunması düşüncesiyle bazı önlemlerin alınmış olduğuna birçok hukuk düzeninde rastlanır. Bu konuda gerek Alman medeni kanunda gerek Fransız medeni kanununda bazı hükümler mevcuttur. Bu hükümlerin pek çoğu ceninin mirasçı sıfatının tanınması ve lehine yapılmış olan bağışların kazanılmasının sağlanması amacıyla gütmektedir.⁸⁵

TMK her kadar kişiliğin ancak tam ve sağ doğum ile kazanılacağını kabul etmiş ise de hak ehliyetinin başlangıcını saptama bakımından bir adım daha atarak ceninin hak ehliyetini doğumdan daha önceki bir andan itibaren tanımıştır. İslam hukukunda da durum buna benzerdir. Medeni kanun bunu bir ilke halinde çocuk hak ehliyetini sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder şeklinde ifade etmiş (TMK.m.28./II), buna paralel bir hükmü de miras hukukunda TMK. m. 582./1 de tekrarlamıştır.⁸⁶

Mer'i hukukta ceninin durumu özellikle miras hukukunda önemli sonuçlar doğurur.⁸⁷ TMK'nın 582. Maddesi, 'Cenin, sağ doğmak koşuluyla mirasçı olur. Ölü doğan çocuk mirasçı olamaz.' hükmünü getirmiştir. Bu hüküm cenin ana rahmine düştüğü andan itibaren mirasçı olabileceğini ortaya koymaktadır. Cenin ayrıca lehine yapılmış olan bağışları ve vasiyetleri kazanma hakkına da sahip olur. Nitekim TMK.

⁸⁴ Akipek vd. *a.g.e.* I, 245, 246.

⁸⁵ Akipek vd. *a.g.e.* I, 243.

⁸⁶ Akipek vd. *a.g.e.* I, 244.

⁸⁷ Dural, Ögüz, *a.g.e.*, s.19.

m. 525 ve 528 hükümlerinden ceninin vasiyet alacaklısı olarak tayin edilebileceği anlaşılır.⁸⁸

Aynı şekilde ceninin örneğin nafaka yükümünden doğan borçları ve kendisine düşen mirastan doğan borçları veya mülkiyet hakkından doğan borçları bulunabilir.⁸⁹ Yukarıda belirtildiği gibi İslam hukuku ceninin aleyhine nafaka borcunun doğmasını kabul etmemektedir.

Medeni Kanun'un hamilelik süresini dikkate alarak vazettiği hükümlerden bir kısmı şunlardır: Madde 285 –‘Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır. Madde 302- Davalının, çocuğun doğumundan önceki üçyüzüncü gün ile yüzsekseninci gün arasında ana ile cinsel ilişkide bulunmuş olması, babalığa karine sayılır’. İslam fakihlerinin hamileliğin en az müddeti için konulan altı aylık sürenin bugünkü Medeni Kanunda kabul edildiğini görüyoruz.

Cenin hak ehliyetine sahip olabilmesi var olması yani ana rahmine düşmüş olması gerekir. Medeni Kanun tıp biliminin verileri ışığı altında gebeliğin en çok üç yüz gün devam edeceğini kabul eder (m. 285, 302). Bu itibarla sağ olarak bir çocuk doğumundan itibaren geriye doğru hesaplanarak üçyüzüncü günde cenin olarak varlık kazanmış, yani ana rahmine düşmüş sayılır. Örneğin bu süreçte kendisine yapılmış bir bağışı sağ olarak doğduğu anda kazanır, bu süreçte ölmüş olan yakınlarına da mirasçı olur.⁹⁰

Cenine düşmüş olan miras payı, sağ olarak doğumundan sonra hemen ölmesi halinde kendi mirasçılarına geçer. Fakat ceninin ölü doğması halinde miras payı mirasçılarında değil miras bırakanın mirasçılarında geçer.⁹¹

Mer’i hukukun cenine tanıdığı haklar ile İslam hukukunun tanıdığı haklar arasında paralellik olduğu görülmektedir. Her iki hukuk sistemi de bu haklardan ceninin istifadesini sağ doğmak şartına bağlamıştır. Her iki hukuk sistemi de ceninin aleyhine sonuç doğuracak işlemlerden cenini beri kılmıştır. Her iki sistemde ceninin miras hukukuna dair hak kayıplarını önlemek amacını gütmüştür.

⁸⁸ Akipek vd. *a.g.e.* I, 244.

⁸⁹ Akipek vd. *a.g.e.* I, 244.

⁹⁰ Akipek vd. *a.g.e.* I, 244.

⁹¹ Akipek vd. *a.g.e.* I, 245.

2.2. Çocukluk Devresi

Çocuğu, fiil ve eda ehliyeti bakımından ele aldığımızda üç durumla karşılaşırız. Bunlardan biri çocuğun sabi olarak da isimlendirildiği, akli melekelerinin gelişmediği, olayları makul biçimde anlayıp yine makul biçimde davranabilme imkânına sahip olamadığı haldir. İkincisi temyiz çağına gelip bazı şeyleri tefrik etmeye başlasa da bu konudaki gelişimin tamamlamadığı temyiz dönemidir. Üçüncüsü, baliğ olmaya yakınken ve akli kâmil olduktan sonra sefihlik haline düşer olmasıdır.⁹²

Birinci devre olan sabilik devresi, çocuğun doğumundan temyiz çağına gelmesine kadar devam eder. Temyizin manası şahısta basit de olsa bir şuur ve anlayışın başlaması, hareketlerinin neticesini idrak etmesi demektir.⁹³ Mütekadimun fakihler temyiz için bir yaş takdir etmemişlerdir. Bunu müteahhirun fakihler yapmıştır. Fukahaya göre, temyiz yaşı, çocuğun yedi yaşına basmasıdır. Buradaki dayanaklardan biri ‘Çocuklarınız yedi yaşındayken namaz kılmasını isteyiniz. On yaşına gelirse namaz sebebiyle onları dövünüz’⁹⁴ hadisi olabilir.⁹⁵

Cenin anasından ayrıldığı zaman sebavet dönemi başlar. Bu dönemde sabi, tam zimmet sahibi olur. Tam zimmet sahibi olduğunda tam vücub ehliyetine de sahip olacağından lehine haklar sabit olduğu gibi aleyhine haklar da sahip olur. Çocuk aleyhine hakkın vücubundan kastedilen, vücubun hükmü olan eda zorunluluğudur. Bu nedenle çocuk adına edası mümkün olan her hak onun aleyhine vaciptir. Çocuğun yerine edası mümkün olmayan hak ise onun aleyhine vacip olmaz. Örneğin telef edilen malların tazmini, işçi ücreti sabi aleyhine vaciptir. Çünkü buradaki vücub, malı telef olanın zararının giderilmesi veya işçi alacağıının ödenmesidir. Bu da mâlî bir yükümlülük olduğundan çocuk adına bir başkası tarafından yerine getirilmesi mümkündür. Kısas gibi cezai mahiyet taşıyan konularda ise çocuğun ehliyeti bulunmamaktadır. Bu nedenle çocuk üzerinde kısas uygulanamaz. Kısas yoluyla cezalandırma kişisel olup mâlî bir konu olmadığından onun yerine velisi cezalandırılmayacaktır. Ancak diyet ödenebilir. Çünkü diyetin ödenme sebebi mağdurun uğradığı haksızlıktır. Diyet ödemeyi gerektiren fiili işleyen çocuk olması

⁹² Ebû Bekr Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî, *el-Mebsut*, Daru'l-Ma'rife, Beyrut, XXIV, 158.

⁹³ Karaman, *a.g.e* I, 241.

⁹⁴ Ebû Davud, Salat 26, (494); Tirmizi, Salat 299, (407).

⁹⁵ Zeydân, *a.g.e.* s. 95.

durumu değiştirmez. Ayrıca diyet, bir ekonomik bedel ödemekten ibarettir. Bu bedeli ödeme işini kişinin yerine bir başkası da yerine getirebilir.⁹⁶

Temyiz kudretine mâlik bulunmayışından dolayı sabinin bu devrede hiçbir eda ehliyeti yoktur. Akıllı davranabilme özelliği ve etrafında olup bitenleri temyiz edebilme kudreti eda ehliyetinin esasıdır. Bunun için sabiden bir şeyi kendisinin eda etmesi beklenemez. Vücub ehliyeti sebebiyle üzerine vacip olan şeyi ise niyabetin sahih olduğu hususta sabinin velisi sabi yerine eda eder. Eda ehliyetinin bulunmayışından, söz ve tasarruflarının hiçbir şeri neticesi yoktur. Akitleri ve sözlü tasarrufları hükümsüzdür.⁹⁷

2.2.1. Gayr-ı Mümeyyiz Çocuğun Ehil Sayıldığı Fiiller

Gayr-ı mümeyyiz çocuk, malından eda edilmesi mümkün olan yükümlülükler bakımından ister hukukullahı, ister kul hakkına taalluk etsin, sorumludur. İster medeni hukuk bakımından sonuç doğuran fiiller neticesinde ödenmesi icap eden satın alınan şeyin bedeli, ev kirası gibi bedeller, isterse başkasının malına zarar verme sonucunda ödenecek bedeller olsun, gayr-ı mümeyyiz çocuğun sorumluluğu bakımından farketmez. Yani diyet ve erş gerektiren bir fiil çocuktan sadır olmuşsa diyet ve erşlerden sorumludur. Devletin tayin ettiği vergi, resim ve harçlardan onu ilgilendiren bir durum varsa bundan da sorumludur. Yine sosyal sorumluluk kapsamında zenginlikten kaynaklanan bir görev olarak yakın akrabalara karşı nafaka yükümlülüğü, fitır sadakası ve zekât vermek gibi yükümlülükleri de vardır.⁹⁸ Ancak Hanefiler zekâtı salt mâlî bir ibadet gördüklerinden bu konuda sabiyi yükümlü tutmazlar. Çünkü ibadet sorumluluğu bülüğ ile başlar.⁹⁹

İbni Rüşd, *Bidayeyü'l Müçtehit* isimli eserinde, Nehai (v. 714), Hasan (v.728) ve Said bin Cübeyrin de çocuğun zekât vermekle sorumlu olmadığı görüşünde olduklarını söyler. Buradaki ihtilafın zekâtın namaz oruç gibi salt bir ibadet olarak mı, yoksa fakirlerin zenginler üzerindeki bir hakkı olarak mı ele alınması gerektiği konusundan kaynaklandığını ifade eder.¹⁰⁰

⁹⁶ Zeydân, *a.g.e.* s. 95.

⁹⁷ Zeydân, *a.g.e.* s. 96.

⁹⁸ Zuhaylî, *a.g.e.* IV, 120.

⁹⁹ Kemâlüddîn İbnü'l Hümmam Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî el-İskenderî, *Fethu'l-Kadîr li'l-'Acizi'l-Fakir*, Darü'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut t.y., II, 166.

¹⁰⁰ İbn Rüşd Ebü'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Ahmed el-Kurtubî el-Endelüsî, *Bidâyetü'l-Müçtehid ve Nihayetü'l-Muktesid*, Dar-u İbn Hazm, Beyrut 2006, s. 204.

Gayri mümeyyiz çocuğun bütün tasarrufları hibeyi kabul gibi salt menfaat içeren bir tasarruf olsa da vücub ehliyeti tam olsa bile bunun akit kurmaya bir etkisi olmadığından batıl kabul edilir. Mecellenin 966. Maddesi, “Sağiri gayri mümeyyizin velisi izin verse bile onun tasarrufatı kavliyyesi asla sahih olmaz.” hükmünü kanunlaştırmıştır.

2.3. Temyiz Devresi

Temyiz yaşına erişmemiş çocuk ile matuhun akıllı davranabilme ve etrafında olup bitenleri ayırt edebilme kudreti kasır olduğu için ehliyeti de kaasır olmaktadır. Matuh olmayan baliğ kimsenin akıllı kâmil olduğu içindir ki bu akla göre hareket kudreti ve bütün bunlara bağlı olarak ehliyeti kâmil olur. Doğal olarak aralarındaki bu farklılık herbirine ait hükmün farklı olmasını gerektiriyor.¹⁰¹

Temyiz, çocuğun bir şeydeki iyiliği ve kötülüğü, zararı ve faydayı ayırabilecek hale gelmesi ve çevresinde konuşulanların anlamlarını genel anlamıyla anlamasıdır. Örneğin satışta malın karşı tarafa geçtiğini, alışta mülkiyetin elde edildiğini bilmesidir.¹⁰²

Bu dönem yedi yaşından sonra başlar ve büluğa kadar devam eder.¹⁰³ Aslında temyiz çağının belli bir yaşı yoktur. İnsandan insana başlangıcı değiştiği gibi fiillere göre de temyiz kabiliyeti farklıdır. Nihayet bu kabiliyet, mesela ihtilamda olduğu gibi, birden zuhur etmez, tedricen gelişir ve hâsıl olur. Tatbikatta kolaylık olmak üzere fukaha normal durumlarda yedi yaşın tamamlanmasını temyiz çağının başlangıcı olarak kabul etmişlerdir.¹⁰⁴ Nitekim hadisi şerifte, “Çocuklarınız yedi yaşında olunca onlara namaz kılmalarını buyurun.”¹⁰⁵ diye emredilmiştir.

Bazı fakihler, şöyle pratik bir yol önermişlerdir. Eğer çocuk şeker karşılığında parayı verip gidiyor, parasının kendisine geri iade edilmesini beklemiyorsa bu çocuğun akıllı olduğunu düşünebiliriz. Çocuk, şekerini aldıktan sonra parasını ister de verilmeyince ağlarsa, bu çocuğun akıllı olmadığını anlarız.¹⁰⁶

¹⁰¹ Büyük Haydar Efendi, *a.g.e.*, s. 478.

¹⁰² Zuhaylî, *a.g.e.* IV, 124.

¹⁰³ Zuhaylî, *a.g.e.* IV, 124.

¹⁰⁴ Karaman, *a.g.e.* I, 243.

¹⁰⁵ Ebû Davud, Salat 26, (494); Tirmizi, Salat 299, (407).

¹⁰⁶ Radiyyüddîn Ebû Bekr b. Alî b. Muhammed el-Haddâd, *el-Cevheretü'n-Neyire*, Fazilet Neşriyat ve Matbaacılık, İstanbul 1978, I, 309.

2.3.1. Eksik Eda Ehliyeti ve Tasarrufları

Eksik temyiz kudreti ile ortaya çıkan davranış ya hukukullah'a aittir veya kullar arasındaki hukuka dairedir. Hukukullah'a ait ameller sahih kabul edilir. Kul hakkına dair iş ve eylemlere gelince; bunlar eğer sadece menfaat içeriyor zarar içermiyorsa sahih, sadece zarar içeren işlemler ise sahih değildir. Menfaat ve zarar arasında bulunan ve her iki duruma yani fayda ve zarara muhtemel olan iş ve eylemler ise velinin görüşü ile sahih olabilir.¹⁰⁷ Mecellenin 967. Maddesindeki şu düzenleme de buna uygundur: "Sağir-i mümeyyizin kabul-i hibe ve hediye gibi hakkında nef'- mahz olan tasarrufu velisinin izin ve icazeti olmasa bile muteberdir."

Haydar Efendi hukukullahı da tıpkı tasarrufatı kavliyyede olduğu gibi üçe ayırarak izah etmektedir. Ona göre; hukukullah ya iman etmek gibi sırf hasendir, çirkin olma ihtimali yoktur ya da küfür gibi sırf kabihtir. Üçüncü olarak namaz oruç gibi hem hasen hem de kabihtir. İşte hukukullahın her üç kısmının sabi tarafından edası bila lüzum sahihtir.¹⁰⁸

İslam hukukçuları, mümeyyiz olup da henüz reşit olmamış kimselerin hukuki sözleşme ve işlemlerini tasarrufatı kavliyye olarak isimlendirmiş, bunları üç kategoride ele almışlardır. Birincisi: Hukuki sonuç doğuran işlemi yapan kişi açısından sadece fayda ve menfaat sağlayan, bu kişiye herhangi bir sorumluluk yüklemeyen işlemlerdir. Hibeyi, sadakayı kabul gibi mümeyyiz bir çocuğun veya bir matuhun veya bir sefihin bu gibi tasarrufatı muteberdir, başkasının iznine bağlı değildir. İkinci tür işlem, sadece kendisine bir edim yükleyip karşı tarafın menfaatine olan, kendisine ise zarardan başka bir şey getirmeyen işlemlerdir. Başkasına bir şey hibe veya tasadduk etmek gibi. Mümeyyiz sağir ile matuhun bu kabil tasarrufatı velilerinin izni bulunsa bile batıldır. Üçüncüsü, her iki tarafa karşılıklı yük getiren, menfaatli olması mümkün olacağı gibi, işlemi yapanın aleyhine zarar doğurması da mümkün olan alım satım, borç ikrarı gibi işlemlerdir. Mümeyyiz olmayan çocuğun bu kabil tasarrufatı batıldır. Mümeyyiz küçük ile matuhun bu kabil tasarrufatı

¹⁰⁷Büyük Haydar Efendi, *a.g.e.* s.479.

¹⁰⁸ Büyük Haydar Efendi *a.g.e.* s. 479. *Bunlar(salat, sıyam) hüsun kubuh beyninde diyoruz. Zira arz-ı mağsubda namaz eda olunsa mekruh olur. Keza hayız ve nifas halinde edayı salat caiz olmaz. Kezalik eyyam-ı menhiyede sıyam haramdır. Demek ki bunla-rın itibarat ile kubha da ihtimalleri vardır.*

velilerinin iznine bağılı bulunur, velinin izni olmadan muteber olmaz. Fakat mümeyyiz bir çocuğun veya bir matuhun başkası namına bilve kale alım satımı muteber olur.¹⁰⁹

Mümeyyiz olan çocuklara ticaret izni verilebilir. Bu nedenle, mümeyyiz olan çocuklar kendilerine ticaret izni verilenler, mezun olanlar ve ticaret izni verilmeyenler olarak ikiye ayrılırlar.¹¹⁰ Ticaret izni verilenler izinli olduğu konuda farklı hükümlere tabidir.

Özetlemek gerekirse, gayr-ı mümeyyiz çocuğun asla hukuki işlem ehliyeti yokken mümeyyiz bir çocuğun hibe ve hediye kabulü gibi hakkında sadece fayda getiren işlemleri velisinin izin ve icazeti olmasa da muteberdir, nafizdir. Başkasına bir şey hibe etmek, kölesini azat etmek veya zevcesini boşamak gibi hakkında sadece zarar doğuran işlemleri velisinin izni olsa da hatta bülüğa erdikten sonra kendisinin izin ve icazeti olsa da muteber olmaz. Alım, satım, vediaı kabul, rehin, vekâlet, sulh, istisna, şirket gibi menfaat ile zarara muhtemel akitleri ise velisinin icazetine bağılı olarak aktedilmiş olur.¹¹¹

2.4. Bülüğ Dönemi

Dördüncü dönem bülüğ dönemidir. Bülüğ dönemi rüşd dönemine kadar devam eder. Fakihler, Kur'an ayetleri ve peygamberin (s.a.s.) hadislerinden hareketle bülüğ çağına giren kimsenin tüm dini sorumluluklar karşısında mükellef haline geldiği hususunda ittifak etmişlerdir. Baliğ olan şahsın eda ehliyeti tamamlanmıştır. Baliğ olanın, imanın tüm gereklerine inanmak, namaz, oruç, hac, zekât ve şehadet etmek şeklinde İslamın rükünlerini yerine getirmek ve emr-i bilmaruf nehy-i anil münker, cihat etmek, insanların şahsına malına ve namusuna saygı duymak gibi vecibeleri yerine getirmek, toplumun ve ferdin yararı gereği İslam'ın çirkin gördüğü kötülüklerden uzak durmak gibi sorumluluklarını yerine getirmesi beklenir.¹¹²

Ancak hukuki ehliyet konusunda durumu farklıdır. Şöyle ki; fakihlere göre çocuk reşit olarak baliğ olursa ehliyeti tam olur. Çocuk bülüğ yaşına girdiği halde rüşd alametleri belirmezse bu durumda tasarrufatı hukuken sonuç doğurmaz, malvarlığının idaresi kendisine teslim edilmez. Zira İslam hukuku, bülüğ çağına

¹⁰⁹ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve İstilahat-ı Fikhiyye Kamusu*, Sarmaşık Yayınevi, İstanbul t.y., VII, 273.

¹¹⁰ Muhammed Muhyiddin Abdülhamid, *el-Ahvalü's-Şahsiyye fi's-Şeriat-i-İslamiyye*, el-Mektebetül Hanefiyye, İstanbul, t.y., s. 416.

¹¹¹ Bilmen, *a.g.e.* VII, 280.

¹¹² Zuhaylî, *a.g.e.* IV, 124.

gelmeyi aklın kemaline bir alamet saymıştır. Eğer aksi sabit olursa bu durumda ona göre amel edilir.¹¹³ Yani kişi bülüğ çağına geldiği halde makul davranabilme yeteneğini kazanamamış, içinde bulunduğu hukuki ilişkinin mahiyetini anlayamıyor ve davranışlarını bu ilişkinin gerektirdiği makuliyette yönlendiremiyorsa bu durumda bu kişiye reşit muamelesi yapılamaz.

“Allah’ın, sizin için geçim kaynağı yaptığı mallarınızı akli ermezlere vermeyin. O mallarla onları besleyin, giydirin ve onlara güzel söz söyleyin.” (Nisa 4/5)
“Yetimleri deneyin evlenme çağına (bülüğ) erdiklerinde, eğer reşit olduklarını görürseniz, kendilerine mallarını verin. Büyüyecekler (ve mallarını geri alacaklar) diye israf ederek ve aceleye getirerek mallarını yemeyin. (Velilerden) kim zengin ise, (yetim malından yemeğe) tenezzül etmesin. Kim de fakir ise, aklın ve dinin gereklerine uygun bir biçimde (hizmetinin karşılığı kadar) yesin. Mallarını kendilerine geri verdiğiniz zaman da yanlarında şahit bulundurun. Hesap görücü olarak Allah yeter.” (Nisa 4/6)

Ayetler, vesayet altında bulunan yetimlerin bülüğ çağına geldiklerinde rüşd alameti görüldüğü takdirde mallarında tasarruf imkânının verilmesini emretmektedir. Böylece ayetler, kişinin reşit sayılabilmesi için bülüğün yeterli olmayacağını bülüğ ile beraber makul davranabilme yeteneğinin gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Mecelle 985. maddesi “Haddi bülüğ (erkek)te) ihtilam ve ihbal yani gebe eylemek ve kızda) hayız (ve ihtilam) ve habel yani gebe kalmak ile sabit olur.” şeklinde düzenlenmiştir. Mecellede bülüğ, ihtilam ve gebe bırakmak gibi bir şey ile takyid olunmasından anlaşılır ki nebatü’l ane ve sakal ve bıyık ve koltuk altı tüyü veya sesin kalınlaşması ve memelerin sarkması gibi haller ile bülüğ sabit olmaz.¹¹⁴ Mâlikî mezhebine göre kendisinde nebati haşn denen kalınca tüyler zuhur eden çocuk da baliğ, baliğâ sayılır. Ebû Hanife (v. 767) inbatı yani kasık vs. kıl ve tüyün çıkmasını bülüğ için yeterli saymaz.¹¹⁵ Çocuk doğuran kişi, doğumdan 6 ay öncesinden itibaren baliğ sayılır.¹¹⁶

¹¹³ Zuhaylî, a.g.e. IV, 125.

¹¹⁴ Ali Haydar Efendi, *Durerü’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, Gül Neşriyat, İstanbul t.y., III, 52.

¹¹⁵ Ebû Zekeriyâ Yahya b. Şeref b. Mürî en-Nevevî, *Kitabu’l-Mecmu-u Şerhu’l-Mühezzeb Li’ş Şirazi*, Mektebetü’l İrşad, Cidde t.y., XIII, 26.

¹¹⁶ Nevevî, *Mecmû*, XIII, 26.

Mebhut'ta bülüg müddetinin on sekiz yıl olduğu belirtilmiştir.¹¹⁷ Mâlikî mezhebinde de Hanefilere yakın biçimde bülügün belirlenmesinde on yedi ve on sekiz yaşları kullanılmaktadır.¹¹⁸ İmam Mâlik'in Dâvûd ez-Zâhirî (v. 884) gibi yaş ile bülüg olmaz dediği de rivayet edilir.¹¹⁹

Ebû Hanife'ye göre, bülüg alametlerinden biri görülmez ise erkek on sekiz, kız on yedi yaşına geldiğinde baliğ olur. Bu "Rüşdüne erişinceye kadar yetimin malına ancak en güzel şekilde yaklaşın." mealindeki Enam suresinin 152. ayetine dayanır. Zira İbn Abbas ve ona tabi olanlar, bu ayette geçen ve rüşd olarak meali verilen "اشد" kelimesini on sekiz yaşına ulaşmak olarak anlamışlardır. Bazı fakihler bunun yirmiiki yaş ve yirmibeş yaş olduğu kanaatindedir. İmameyne göre ise bülügda üst yaş sınırı on beş, en düşük yaş ise erkeklerde on iki, kızlarda ise dokuz yaşdır.¹²⁰ Evzai (v. 774) de bülüg çağının on beş yaş olduğu görüşündedir. Davud ez-Zahiri ise "Üç kişiden kalem kaldırıldı"¹²¹ hadisine dayanarak bülügda yaş sınırlamasını kabul etmemiş ve ihtilamın dışında bülüg sebebi kabul etmeyi habere muhalif olmak şeklinde yorumlamıştır.¹²²

Abdullah İbn Ömer (r.a)'tan rivayet edildiğine göre: "Uhud savaşının yapılacağı gün, ondört yaşında iken Hz. Peygambere (s.a.v.) arzedildim. Savaşa katılmamı onaylamadı. Beni baliğ olarak görmedi. Hendek savaşının yapılacağı gün on beş yaşında iken Hz Peygambere arzedildim. Beni baliğ olarak kabul etti ve savaşa katılmamı onayladı."¹²³

Nafi'den rivayet edildiğine göre; Nafi (v. 735), Ömer b. Abdülaziz (v. 720), halife iken bir gün yanına gider. Ona, bu hadisi anlatır. Ömer b. Abdülaziz hadisi duyunca; 'gerçekten bu, küçüklük ile büyüklük arasında bir sınırdır' der ve memurlarına, on beş yaşından büyük olan kimseye asker aylığı bağlamalarını, bu yaştan aşağı olanları, aile fertlerinin/çocukların yanına katın diye yazar.¹²⁴ Evzai,

¹¹⁷Serahsî, *Mebhut*, XXIV, 162.

¹¹⁸ Bedrüddîn Muhammed b. Y a h y â b. Ömer el-Karâfî el-Mısırî, *ez-Zahîre (fi'l-fikh)*, Daru'l-Ğarbu'l-İslamî, Beyrut, 1994, VIII, 237.

¹¹⁹ Nevevî, *Mecmû*, XIII, 26.

¹²⁰ Şeyhîzâde Abdurrahman, *Mecmau'l-Enhur fi şerhi Mülteka'l-Ebhur*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1998, IV, 60.

¹²¹ Ebu Davud, *Hudûd* 16; İbn Mace, *Talâk* 15.

¹²² Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme el-Cemmâilî el-Makdisî, *el-Muğni*, Darü'l-Alemü'l-Kütüb, Riyad 1997, VI, 598.

¹²³ Buhârî, *Meğâzî* 31; Müslim, *İmâre*, 91.

¹²⁴ Buhârî, *Meğâzî* 29; Ebû Dâvud, *Hudûd* 18; Tirmizî, *Cihâd* 32.

Şafîî, İbni Hanbel, ve İbn Vehb (v. 813), bu hadise dayanarak kişinin ihtilam olmasa bile on beş yaşında bülüğ olacağını söylerler.¹²⁵

İmam Ahmed ve İmam Mâlik, Kureyza oğullarının erkeklerinin çocuk mu, yoksa genç mi olduğu ile ilgili etek kıllarına bakılmasına dair hükmü esas alarak etekte kıl bitmesini ergenlik çağının alameti olarak kabul etmiştir. Ancak İmam Ahmed, on beş yaş, sesin kalınlaşmasını ve kızların hayız olmasını, erkek çocuklarının ihtilam olmaya başlamasını da ergenlik alameti saymıştır. İmam Mâlik ise yaşa itibar etmemiş, ihtilam olma ve hayız olma gibi alametleri kabul etmiştir. İbn Arabi, Ömer b. Abdulaziz'e tabi olarak yukarıda Abdullah b. Ömer'den rivayet edilen hadisin sadece savaşa katılacakların tespitiyle ilgili olduğu görüşündedir.¹²⁶ Ömer b. Abdülaziz'in Evzai ve Şafîî'nin görüşüne uygun olarak on beş yaş bülüğ çağı kabul ettiği de söylenmektedir.¹²⁷ Davud ez-Zahiri'ye göre ihtilam olmaksızın kişi kırk yaşına varsa bile yine de yaş ile bülüğ olmaz.¹²⁸

Mecelle'nin bülüğ yaşı ile ilgili düzenlemesi şöyledir: "Sinni Bülüğün mebdei erkekte tam on iki ve kızda dokuz ve müntehası ikisinde dahi on beş yaştır."¹²⁹ Mâlik'ten bülüğün kişiden kişiye değişen bir durum olması nedeniyle bir sınır konulamayacağı rivayet edilmiştir. Şafîî, Ebû Hanife ve başka fakihler ise bir yaş sınırı konulabileceği görüşündedir. Ebû Hanife'ye göre bülüğ yaşının son sınırı erkeklerde on sekiz, kızlarda on yedidir. Bu yaşa gelen çocuklarda bülüğ eserleri görünmese bile hükmen baliğ sayılır.¹³⁰

Şafîî mezhebine göre; bülüğ çağına ermek, erkek çocuğun on beş yaşını tamamlaması veya ihtilâm olması ile olur. İhtilâm olmayı mümkün kılan zaman ise çocuğun dokuz yaşını tamamlamasıdır. Kasıktaki sert kılların çıkması, kâfirin çocuğu için bülüğ alametidir. En sahih kavle göre kasıktaki sert kıllar, müslüman kişinin çocuğu için bülüğ alameti sayılmaz. Kız çocuğunun bülüğ çağına ermesi yukarıda geçen iki alamete ek olarak adet görmesi ve hamile kalmasıdır.¹³¹

¹²⁵ Nevevî, *Mecmû*, XIII, 21.

¹²⁶ Nevevî, *Mecmû*, XIII, 22.

¹²⁷ Nevevî, *Mecmû*, XIII, 21.

¹²⁸ Nevevî, *Mecmû*, XIII, 22.

¹²⁹ Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, III, 52.

¹³⁰ Ebû'l-Hasen Alî b. Muhammed b. Habîb el-Basrî el-Mâverdı, *el-Hâvi'l-Kebîr*, Darü'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1994, VI, 344.

¹³¹ Ebû Zekeriyya Yahya b. Şeref b. Mürî en-Nevevî, *Minhacu't-Talibin*, Daru'l-Feyha, Dimeşk 2013, s. 332.

Mecellenin 987. Maddesi şöyledir: “Müntehayı sinni bülüğa varmış iken (yani tam on beş yaşını ikmal eylemiş iken) kendisinde asarı bülüğ zahir olmayan kimse hükmen baliğ addolunur.” İmam-ı Azam’a göre erkek on sekiz, kız on yedi yaşını ikmal ettikten sonra bülüğ eseri görülme bile baliğ addolunur. Mecellenin 987. maddesi İmameynin görüşüne göre düzenlenmiş olup diğer üç mezhep imamı da bu görüştedir. Tercih edilen görüş bu olduğundan konu Mecellede böyle düzenlenmiştir.¹³² Bülüğa ermenin en küçük yaşı olarak, kadında dokuz, erkekte on iki yaş kabul edilir.¹³³ Fakat bir mürahık veya mürahıka, yani bülüğ çağına yaklaşmış olan erkek veya kız, baliğ veya baliğa olduğunu ikrar etse dış görünüşüne bakılır. Eğer dış görünüşü, cüssesinin bülüğa tahammülü olmamak hasebiyle kendisini yalanlamıyorsa ve ihtilam ile mi ihbal ile mi, hayz ile mi baliğ olduğunu da beyan ve izah ediyorsa bu bülüğ hâkim tarafından yeminsiz tasdik olunur. Bir mürahık veya mürahıka böyle bir ikrarda bulunmadıkça mücerred bülüğ yaşının başlangıcına varmış olmasından dolayı bülüğuna hükmolunamaz.¹³⁴ Mecellede konu ile ilgili madde, “Mebdei sinni bülüğa varmayan bir çocuk baliğim diye iddia etse kabul olunmaz.” şeklinde düzenlenmiştir.¹³⁵

Mer’i hukukçularında kabul ettiği üzere rüşd nispi bir özellik arz etmektedir. İnsandan insana değişir. Ancak İslam hukuku bu nispi olguyu insan fitratıyla da uyumlu biçimde olabildiğince nesnel bir takım alametlerle tespit etmeyi uygun görmektedir. İmam Gazali konu ile ilgili; çocuk bülüğa yaklaştığında, artık akletmeye başladığı halde Şari onu mükellef tutmamıştır, bu, onun aklının eksikliğine delalet etmez mi? diyerek sorulan soruya şöyle cevap verir: Deriz ki: Kadı Ebû Bekir, bu durumun, bülüğa ermek üzere bulunan bir çocuğun aklının eksikliğini göstereceğini söylemiştir. Bu görüş, kendisine meyledilecek bir görüş değildir. Çünkü meni gelmesi çocuğun aklını artırmaz. Fakat bu durumdaki çocuğun sorumlu tutulmaması, kolaylık olsun diyedir. Çünkü akıl, bu çocukta, henüz gizlidir ve tedricen ortaya çıkacaktır. Çocuğun, bir peygamber gönderenin varlığını, gönderilen peygamberi ve ahireti

¹³² Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, III, 53.

¹³³ Kayseri Müftüsü Mesud Efendi, *Mirat-i Mecelle*, Dersaadet Matbaa-i Osmaniyye, İstanbul t.y., s. 352.

¹³⁴ Bilmen, *a.g.e.* VII, 285.

¹³⁵ Mesud Efendi, *Mirat-i Mecelle*, s. 353.

tanıma gibi hususlarla oluşacak dinin hitabını anlama aşamasına, birden bire gelmesi mümkün değildir. Din, bu sınır için objektif bir alamet koymuştur.¹³⁶

Vasisi olmayan, kadı tarafından velayet altına alınmamış çocuk, baliğ olsa bile kız olsun erkek olsun ancak rüşd ile velayetten çıkar. İbn-i Kasım bunu hacrin takaddumu konusuna illet belirtirken söylemiştir. İmam Mâlik'in çoğu arkadaşına göre ise bülüğa ermekle bunların fiilleri nafizdir. Öncesinde hacir olmadığından dolayı bülüğ rüşdün ve aklın olgunlaştığının mazannatıdır.¹³⁷

2.5. Rüşd Dönemi

İslam hukukunda rüşd kavramı hakkında farklı tanımlamalar yapılmış ise de tanımların tümünün kişinin belirli bir akli olgunluğa erişip kimseden özel bir yardım almaksızın yararını gözetebilecek duruma gelmesi, fiillerinin anlamını bilerek sonuçlarını kestirebilecek, sorumluluğunu üstlenebilecek yetkinlikte olmayı ifade ettiğini söyleyebiliriz.

Rüşten kasıt yararların bilinmesidir.¹³⁸ Mâlikî fakihlerden Eşheb (v. 820), malın salâhı ve isyankâr davranışlardan korunmaktır demiştir.¹³⁹ Rüşd, baliğ olduğu halde dinin ve malın salâhıdır şeklinde tanımlanmıştır.¹⁴⁰ Reşit olmayan kişi; malını meşru olan yerlere harcamayan ve gayrimeşru yollara harcamaktan kendini alıkoymayan kişidir.¹⁴¹

وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ “Yetimleri deneyin evlenme çağına (büluğa) erdiklerinde, eğer reşit olduklarını görürseniz, kendilerine mallarını verin...” (Nisa 4/6) Ayette rüşd kelimesi nekre olarak kullanılmıştır. İspat yerindeki nekre ise has olup âm olmaz. Binaenaleyh bir tür reşitlik durumu varsa koşul gerçekleşmiştir. Bu görüş, ayetin tefsiri ederken reşitlik durumunu akılla tefsir ettiğine dair Mücahit'ten nakledilen rivayetle uyumludur. Çünkü akıl sayesinde bir tür reşitlik durumu meydana gelmektedir.¹⁴² Ayetteki “rüşd” kelimesi ile ilgili farklı yorumlar yapılmıştır. Şa‘bi (v. 722) ve Mücahid’e(v. 721) göre rüşten maksat akıldır.

¹³⁶Hüccetü'l-İslam Ebû Hamid Muhammed b. Muhammed b. Muhammed b. Ahmed el-Gazzali et-Tusi, *el-Müstasfâ*, y.y.t.y.I, 279, 280.

¹³⁷ Karâfi, *Zahîre*, VIII, 230.

¹³⁸ Karâfi, *Zahîre*, VIII, 229.

¹³⁹ Karâfi, *Zahîre*, VIII, 231.

¹⁴⁰ Şemseddin Muhammed İbnu-l Hatib Eş-Şîrbînî, *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Me'âni Elfâzi'l-Minhâc*, Daru'l-Ma'rife, Beyrut t.y., II, 219.

¹⁴¹ Şeyhîzâde, *Mecma*, IV, 53.

¹⁴² Serahsî, *Mebsut*. XXIV, 162.

Süddî'ye (v. 745) göre rüşten kasıt tek başına akıl değildir. Akıl ile beraber düzgün bir hayat sürdürmektir. Üçüncü bir yoruma göre rüş, düzgün bir dini yaşantı ve mal üzerinde sağlıklı tasarruf edebilmedir. Hasan-ı Basri, İbni Abbas ve İmam Şafî bu görüştedir.¹⁴³

Hanefî'ler nazarında rüş, din ve dünya salahıdır, dine ve dünyaya zarar verip vermeyecek şeyleri bilmektir. Malını muhafaza hususunda gerekli çabayı sarf ederek sefahatten, israftan kaçınan kimseye reşit denir. Kendisiyle alakadar olan işleri güzelce idareye muktedir olduğu halde baliğ olan kimse de reşit namını alır.¹⁴⁴ İzzeddin b. Abdüsselam da yalnızca mâlî tasarruflarda düzgün olmanın rüşd için yeterli olduğunu savunur.¹⁴⁵

Mecellenin 947. Maddesi, "Reşit, malını muhafaza hususunda tekayyüd ederek sefeh ve tebrizden uzak olmaktır." demek suretiyle rüşdü değil, rüş sıfatına sahip olan kimseyi tanımlamıştır. Buna göre reşit, malını kullanırken, bir yere harcarken veya hukuki bir işleme konu ederken, bunu kendisi bakımından yararlı biçimde yapabilen, faydasız ve gereksiz yere harcamaktan, saçıp savurmaktan kendini alıkoyabilen kimsedir. Bu kişi gerek fisk-ı asli ile gerek fisk-ı tari ile fasık olsa bile reşit sayılır. Bir kişinin mücerret fasık olması onun sefih olmasını gerektirmediği gibi rüşte engel de değildir. Binaenaleyh rüş, mal varlığının doğru idare edilip edilmemesinde aranır. Nisa suresi 6. ayeti kerimesindeki rüş sadece malı konusunda muslih olmak şeklinde tefsir olunmuştur.¹⁴⁶

Şafî fakihler, kişinin malını gereği gibi idare etme kabiliyetini rüş için yeterli görmemişlerdir. Onlara göre reşitlik, hayatı dini kurallara uygun biçimde yaşayabilme ve mal varlığının idaresini uygun biçimde yapabilme yetkinliğidir. Dinî yaşantı bakımından yetkinlikten kişideki adalet sıfatını ortadan kaldıran haramların işlenmemesi kastedilmektedir. Mal varlığının idaresi bakımından yetkinlikten maksat malı saçıp savurmamaktır. Kişi, malını denize atmak, harama harcamak veya bir alım satımda fahiş bir biçimde aldanarak mamelikini zayi ediyorsa, bu kişi mal varlığını idare bakımından yetkin sayılamaz.¹⁴⁷ Şafî fukahası, rüş için dini yaşantının düzgün

¹⁴³ Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, VI, 339.

¹⁴⁴ Bilmen, *a.g.e*, VII, 269.

¹⁴⁵ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 219

¹⁴⁶ Ali Haydar Efendi, *a.g.e*, III, 13.

¹⁴⁷ Nevevî, *Minhac*, s. 333.

olmasını şart koşmuş, fasığın reşit olamayacağını söylemiştir.¹⁴⁸ İbn-i Abbas ve Hasanı Basri de bu görüştedir.¹⁴⁹ Kişi, reşit olmaksızın balığ olursa malının idaresi kendisine devredilmez. Bunun aksine bülüğ çağına gelmeden rüşt alameti bulunsa yine malın yönetimi verilmez. Dini vecibeleri yerine getirmediği anlaşılan kişi için reşit denilemez.¹⁵⁰ Ancak Nevevî, sahih olan görüşe göre reşit olarak bülüğa eren fasığın en sahih kavle göre kısıtlanamayacağını söyler.¹⁵¹

Çocuk reşit olup olmadığı hususunda imtihan kabilinden bir takım denemelere tabi tutulur. Bu denemelerde ailenin sosyo-ekonomik durumu dikkate alınmalıdır. Örneğin tüccarın çocuğu alım-satım ve pazarlıktan anlamasıyla, ziraatçının çocuğu ziraata uygun işler ve tarlanın işletilmesine masraf yapmasıyla, sanatkârın çocuğu ise sanatına uygun bir işle denenir. Kadın için bu denemeler ip bükme, pamuğu ıslah etmek, yemeği kedi gibi hayvanlardan korumak gibi sınamalarla yapılmaktaydı. Denemenin iki veya daha fazla sayıda yapılması şarttır. Deneme, çocuk bülüğa girmeden yapılır. Zayıf kavle göre deneme, çocuk bülüğa erdikten sonra yapılır. Birinci kavle göre yani, bülüğdan önce denenen kişinin yaptığı akitler en sahih kavle göre sahih olmayıp, pazarlık konusunda denenir. Çocuk adına velisi akitte bulunur. Bir çocuk reşit olmadan bülüğa ererse, kısıtlılığı devam eder. Fakat reşit olup bülüğa ererse, bülüğla kısıtlılığı kalkar ve malı kendisine teslim edilir. Zayıf kavle göre kısıtlılığın hâkim tarafından kaldırılması şarttır. Malını tekrar savurursa hâkim tarafından kısıtlılık altına alınır. Zayıf kavle göre kısıtlılık kararı olmaksızın hacir geri döner. Reşit olarak bülüğa eren fasıklık yapsa da, en sahih kavle göre kısıtlılık altına alınmaz.¹⁵²

Rüşt dönemi ehliyet dönemlerinin en üst ve en mükemmel dönemidir. Fakihler rüştün sübutunda fisk ile ilgili farklı görüşler ortaya koysalar da kişinin malında güzel tasarrufta bulunması hususunda görüş birliği içindedir. Rüşt, kişinin malvarlığını düzgün yönetme konusunda beceri kazanması ve ondan en güzel şekilde faydalanmasıdır. Bu becerinin kazanılması kişiden kişiye ve çevresel koşullarla değişkenlik arz eder. Bu durum bazen bülüğla beraber bazen de bülüğdan sonra tahakkuk eder. Ancak bülüğdan önce söz konusu olamaz. Nisa suresinin 5. ve 6.

¹⁴⁸ İbn Rüşd, *a.g.e.* s. 625.

¹⁴⁹ Nevevî, *Mecmû*, XIII, 30.

¹⁵⁰ Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, VI, 349.

¹⁵¹ Nevevî, *Minhac*, s. 333.

¹⁵² Nevevî, *Minhac*, s.332, 333.

ayetleri bunu bildirmektedir. Ayrıca insanlığın edindiği tecrübe ve fitrat bunu doğrulamaktadır. Binaen aleyh kişi reşit olarak baliğ olursa ehliyeti tam olur. Üzerindeki velayet kalkar, malvarlığı kendisine teslim edilir ve tasarrufatı nafiz olur. Ancak reşit olmaksızın baliğ olursa eda ehliyeti eksik olmaya devam eder. Fakihlerin çoğunluğuna göre tasarrufatı nafiz olmaz ve malvarlığı kendisine verilmez. Ancak velayeti nefis denilen eğitim öğretim evlenme gibi konularda söz konusu olan kişisel velayet, akıllı olarak baliğ olmakla ortadan kalkar. Yani rüşd şartı, sadece mâlî tasarruflarda tahdîden aranır, mâlî tasarruflar dışındaki evlenme boşanma gibi tasarruflar nafiz olur.¹⁵³

Bu durum, mer'î hukukta kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların tabi olduğu hükümlerle paralellik arz etmektedir. Medeni Kanun'un 16. maddesi temyiz kudretine sahip küçükler ile hacir altında bulunanların kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanırken veli vs. gibi yasal temsilcinin rızasına ihtiyaç olmadığını belirtmiştir. Madde şöyledir: “Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.”

Madde, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların neler olduğunu saymamış, açıklamamıştır. Bu haklara kişiler hukuku ve aile hukukunda sıkça, eşya ve miras hukukunda ise nadiren rastlanır. Bu haklara ölüme bağlı tasarruflarda bulunma (vasiyet), oturma(sükna) hakkı, intifa hakkı, kişiliğin korunmasını isteme hakkı, ergin kılınmayı isteme hakkı, nişanlanma, evlenme, soybağının reddi ve babalık davaları açma hakkı ve tanıma hakkı gibi haklar örnek olarak verilebilir.¹⁵⁴

Ebû Hanifeye göre, cumhurdan ayrı olarak, bir kişi akıllı olarak baliğ olup reşit olmasa da ehliyeti tam olur. Ademiyyetine saygı ve insanlık onurunun korunması için üzerindeki velayet kalkar. Ancak hacir yoluyla değil de ihtiyaten ve tedip amaçlı malvarlığı kendisine teslim edilmez. Reşit olunca veya yirmi beş yaşına gelince malvarlığı kendisine teslim edilir.¹⁵⁵

Suriye Medeni Kanunu rüşd yaşını on sekiz kabul ederken Mısır medeni kanunu rüşd yaşını yirmibir olarak belirlemiştir. Yaşın böyle yüksek belirlenmesi hukuksal iş

¹⁵³ Zuhaylî, *a.g.e.* IV, 125, 126.

¹⁵⁴ Akipek vd. *a.g.e.* s. 315.

¹⁵⁵ Zuhaylî, *a.g.e.* IV, 126.

ve işlemlerin çoğalıp karmaşıklaşması ve hile ve dolandırıcılığın artması nazara alındığında İslam hukukuna aykırı bir durum olarak dikkate alınmamalıdır.¹⁵⁶ İslam hukukunda bülüğ ile beraber rüşd alametlerinin aranmasına benzer şekilde mer'î hukukumuzda rüşd için on sekiz yaş getirilmiş ancak on sekiz yaşını ikmal eden kişinin reşit sayılabilmesi için ayırt etme (temyiz) gücünün varlığı şart koşulmuştur.

3. EHLİYETİ DARALTAN VE ORTADAN KALDIRAN SEBEPLER

İzah edildiği üzere eda ehliyeti hukuki işlem ve akitlerin temelidir. Kişinin hukuki işlem ve akitlerinin geçerli olabilmesi için eda ehliyetinin eksiksiz tam ve salim olması gerekir. Bazen bu ehliyet çeşitli nedenlerle sorunlu hale gelebilir. İşte bu ehliyeti ortadan kaldıran veya kısıtlayan ahvale usulü fıkıh uleması avarız adını vermişlerdir.

Avarız arızanın veya arızın cemidir. (ع ر ض) Harflerinden türetilen bütün kelimelerde hep ortaya çıkma anlamı içerir. Mesela kapalı bir kutu açılınca içindeki şey görünür, zahir olur işte Araplar bu manayı ifade etmek ve mesela bir adam bir kutu açtığı vakit içinde bir şey zuhur ettiğini anlatmak için (اي ظهر و تبدأ) فلان اعرض له كذا derler. Fakat bir şeyin zuhuru diğer taraftan bir engelleme anlamı da barındırır. Yani bir şeyin zahir olması, meydana çıkması orada bulunan mevcut durumun izale olmasını gerektirir. Doğal olarak bir şey meydana çıkınca artık eski hal kalmaz. Bir şeyin ortaya çıkması var olanın engellenmesi sonucunu doğurur. Ehliyet konusunda avarız denilince anlaşılıyor ki birtakım şeyler var, bunlar ehliyete arız oluyor ve hemen akabinde ortaya çıkan şey önceki asıl hali engelliyor, ortadan kaldırıyor. Arızın diğer bir manası da bir şeyin aslına ve temel kişisel özelliklerine münafi ve gereksiz şey demektir. İşte küçüklük bu manaya göre avarızdan olur.¹⁵⁷

Ehliyeti etkileyen avarız semavi ve müktesep olmak üzere iki çeşittir. Semavi olanlar yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, ateh, nisyan, uyku, bayılma, ölüm hastalığı, kölelik, hayız, nifas ve ölümdür. Bu avarızların ortaya çıkmasında kişinin bir dahli bulunmamakta ve ortadan kaldırmaya çoğu zaman gücü yetmemektedir. Müktesep olanlar da iki kısma ayrılır, bunların ilki kişinin kendi eylemiyle kazandıklarıdır.

¹⁵⁶ Zuhaylî, *a.g.e.* IV, 127.

¹⁵⁷ Büyük Haydar Efendi, *a.g.e.* s. 482.

Cehalet, sarhoşluk, sefahet, hata ve sefer böyledir. Birde başkasının eylemiyle kazanılan bir durum var ki bu da ikrahtır.¹⁵⁸

Başka bir ifadeyle şahsın kendi iradesi ile ortaya koyduğu eylemler sonucu elde ettiği sonuçlar nedeniyle ehliyetin sorunlu hale gelmesi durumuna avarızı müktesebe denilmiştir. Cahillik, hezl, sarhoşluk, hata ve ikrah avarızı müktesebedendir.¹⁵⁹ Abdulkerim Zeydân da el-Vecizde bu tasnifi yapmış ehliyeti etkileyen arızaları semavi arızalar ve müktesep arızalar olarak ikiye ayırmıştır. Semavi arızalar olarak delilik, bunaklık, unutmak, uyku ve baygınlık, ölüm hastalığı ve ölümü saymıştır. Müktesep arızalar olarak da cehalet, hata, ciddiyetsizlik, sefeh, sarhoşluk ve zorlanmayı saymıştır.¹⁶⁰

Hz. Aişe'den rivayet edilen hadiste Resulullah, (SAS) şöyle buyurmuştur: “Üç kişiden kalem kaldırıldı: Uyanıncaya kadar uyuyandan, akıllanıncaya kadar deliden, ihtilam oluncaya kadar çocuktan.”¹⁶¹ Hadisi şerif, bülüğ çağına ermemiş yaş küçüğün, uyuyan kişinin ve akıl hastası kimselerin gerek dini vecibeler konusunda gerekse hukuki konularda sorumlu tutulamayacağını belirtmektedir.

Hukuki anlamda sorumlu olmayanların tabi olduğu önemli bir kurum hacir, kısıtlılık kurumudur. Ehliyeti olmayan veya ehliyeti kasır olan kimselerin hukuki işlemleri, hacir kurumunun sistemi içinde değerlendirilir.

Fukaha arasında hacrin sebepleri konusunda tam bir ittifak bulunmamaktadır. Hanefîlere göre hacrin sebepleri, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, ateh, sefahet, rık, deyn, belahet ve kamuya zarar verenlerden ibaret olmak üzere yedidir. Şafîlere göre ise yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sefahet, iflas, maraz ve irtidaddır.¹⁶² Mâlikîlere göre, hacrin sebepleri, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sefahet, kölelik, borçdan dolayı iflas, ölüme götüren hastalık, nikâh ve mürtedliktir.¹⁶³

Abdulvehhab Hallaf hacrin sebepleri altıdır deyip şunları saymaktadır. Yaş küçüklüğü, akıl bozukluğu, ateh, sefeh, gaflet ve borçlanma. İlk üç sebep ehliyeti

¹⁵⁸ Hüsâmeddin Hüseyin b. Ali es-Sıgnâkî, *el-Kâfi fi Şerhi Usûli'l-Pezdevi*, Mektebetü'r- Rüşd, Riyad 2001, V, 2196.

¹⁵⁹ Büyük Haydar Efendi, *a.g.e.* s. 482.

¹⁶⁰ Zeydân, *el-Veciz*, s.100,101.

¹⁶¹ Buhârî, Talâk 11, Hudûd 22; Ebû Dâvud, Hudûd 17.

¹⁶² Bilmen, *a.g.e.* VII, 271, 280.

¹⁶³ Karâfi, *Zahîre*, VIII, 229.

düşüren veya eksilten bir sebep olduğundan imam ve arkadaşları arasında ittifak vardır. Son üçü ise ehliyeti düşürmediğinden veya eksiltmediğinden İmam ve iki arkadaşı ittifak etmemiştir. İmam bu durumlarda hacrin mümkün olmadığı görüşünde iken iki arkadaşı hacrin mümkün olduğunu savunur.¹⁶⁴ Hanbelilere göre hacir iki nevidir. Birisi çocukların, mecnunların hacri gibi mehcurun hakkını menfaatini korumak için meşru kılınan hacirdir. Diğeri de müflislerin, hastaların hacri gibi başkasının hakkını korumak amacıyla meşru kılınan hacirdir.¹⁶⁵ Zahirilere göre henüz baliğ olmayan çocuklar ile mecnunlardan başka hiçbir kimse malında tasarruftan haciredilemez. İbn Hazme göre sefahette cinnet demektir.¹⁶⁶

Çocuğun ve matuhun tasarrufunun geçerli olmaması kendisiyle işlem yapanın hile ile onlara zarar vermemesi içindir.¹⁶⁷ Akıl hastası içinde böyledir. Akıl hastalığı sürekli olanın işlemleri velisi izin verse bile geçerli değildir.

Bu tasniften sonra fukaha arasında avarızların çeşidi ve adedi konusunda farklı yaklaşımlar olmuştur. Örneğin kimisi hayız ve nifası avarızdan sayarken kimisi saymamıştır. Fakihlerin bütün bu saydıklarının bir kısmı konumuz dışında kalmaktadır. Biz fiil ehliyeti çerçevesinde konuyla ilgisi olanları olabildiğince ayrıntılı incelemeye çalışacağız Başlıkları sıralarken fiil ehliyeti açısından önem arzedenlerden başlayıp avarızın semavi veya müktesep olmasına önem vermeyeceğiz. Fiil ehliyeti bakımından önem arzetmeyenleri ise kısaca belirtmekle yetineceğiz.

3.1. Yaş küçüklüğü

Yaş küçüklüğü ile ilgili açıklamaları eda ehliyetinin devreleri anlatılırken değinildiği için burada belirtmekle yetinelim. Küçüklük, mer'i hukukta da temyiz kudretini olumsuz etkileyen bir unsur ve velisi olmadığında vasi atanmasını gerektiren bir hal olarak kabul edilir.

3.2. Akıl Hastalığı

İnsanın gerek fiillerinin gerekse sözlerinin normal aklın gereklerine uygun olarak cereyan etmesine engel olacak şekilde aklın bozulması, akıl hastalığıdır.¹⁶⁸

¹⁶⁴ Abdulvahhab Hallaf, *Ahkâm-u Ahvalu 'ş-Şahsiyye fi 'ş- Şeri 'ati'l-İslamiyye*, Daru'l-Kalem, Kuveyt, 1990, s. 216.

¹⁶⁵ İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 593.

¹⁶⁶ Bilmen, *a.g.e.* VII, 279.

¹⁶⁷ Şeyhîzâde, *Mecma*, IV, 51.

¹⁶⁸ Abdülkerim Zeydân, *El-Medhal li-Diraseti 'ş-Şeriatî'l-İslamî*, Dar-u Ömer b. El-Hattab, İskenderiye t.y., s.317.

Bazı usulcüler akıl hastalığını şöyle tarif etmişler: Nadir istisnalar dışında, akla uygun tarzda söz söylemeyi, fiilde bulunmayı engelleyecek şekilde aklın bozukluğudur.¹⁶⁹

Akıl hastalığının bülüğdan önce bulunup bulunmaması ve hastalığın sürekli olup olmaması dikkate alınarak iki bakımdan tasnif edilir. Şahıs, akıl hastası olarak baliğ olmuşsa buna asli akıl hastası, bülüğdan sonra akıl hastası olmuşsa buna tari akıl hastası denir.¹⁷⁰ Akıl hastalığı en az bir ay içinde bir diğer görüşe göre bir sene içinde bütün zamanı kaplamış bulunur ve hastalık aralıksız devam ederse buna mecnun-i mütbik denir. Bir diğeri mecnuni gayr-i mutbiktir ki bu kişi, bir ay veya bir sene içinde bazen akıl hastalığının etkisi altında kalsa da bazen de kendine gelip akıl hastalığının etkisinden kurutulmuş normal davranışlar sergileyebilir.¹⁷¹

Akıl hastalığı vücut ehliyetine etki etmez. Çünkü vücut ehliyeti zimmetle sübut bulur. Akıl hastalığı ise zimmete karşı ve zıt değildir. Çünkü zimmet insan hayatı devam ettikçe var olur.¹⁷² Ancak akıl hastalığı eda ehliyetine etki eder ve onu ortadan kaldırır. Çünkü eda ehliyeti akıl ve temyiz kudreti ile var olur. Akıl hastası akli bozuk ve temyiz kabiliyetinden yoksun bulunması hasebiyle hukuki işlem ve tasarrufları mümeyyiz olmayan çocuğun hükmündedir.¹⁷³

Mecnuni mutbak, gayr-i mümeyyiz çocuk hükmündedir. Mecnuni gayri mutbak da cinnet halinde buldukça gayri mümeyyiz çocuk mesabesinde. Fakat bunun hali ifkakatinde yani tam ayık bulunduğu zamandaki tasarrufatı da akıl baliğın tasarrufatı gibidir.¹⁷⁴ Akıl hastalığı daimi olanın hiçbir tasarrufu geçerli değildir. Yaptığı akit izinden önce de izinden sonrada geçerli olmaz. Bazı zamanlar akıl sağlığı yerinde olup bazı zamanlar yerinde olmayanlar ise çocuk hükmünde değerlendirilir.¹⁷⁵

3.3. Bunama (Ateh)

Ateh, bilinç ve idrakte zaafiyete yol açan akıl zayıflığıdır diyebiliriz. Bu kişi, kimi zaman akıl sağlığı yerinde insanların söz ve davranışlarını sergileyebilirken kimi zaman akıl hastalarının söz ve davranışları görülebilir.¹⁷⁶ Matuhun farklı tanımları olmuş ise de genel olarak matuh, anlayışı az, sözleri karışık, tedbiri bozuktur ancak

¹⁶⁹ Zeydân, *el-Veciz*, s. 101.

¹⁷⁰ Zeydân, *el-Veciz*, s. 101.

¹⁷¹ Bilmen, *a.g.e.*, VII, 268.

¹⁷² Zeydân, *el-Veciz*, s. 101.

¹⁷³ Zeydân, *el-Veciz*, s. 101.

¹⁷⁴ Bilmen, *a.g.e.* VII, 265.

¹⁷⁵ Bedreddin el-Ayni, *el-Binaye Şerhu'l-Hidaye*, Daru'l-Fikr, Beyrut 1990, X, 87

¹⁷⁶ Zuhaylî, *a.g.e.* IV, 128.

akıl hastaları gibi insanlara sövmez ve vurmaz, şeklinde tarif edilmiştir.¹⁷⁷ Nitekim Ömer Nasuhi Bilmen Ma'tuhu şöyle tarif ediyor. “Şuuru muhtel olan kimsedir ki, fehmi az, lakırdısı karışık, tedbiri bozuk olur. Böyle bir hale ateh, bunaklık denir ki aklın noksanlığından ibarettir. Şu kadar var ki matuh, onun bunun hakkında mecnun gibi darp ve şetimde bulunmaz.”¹⁷⁸ Ulema atehin avarızı ehliyet nevinden olduğu hususunda ittifak etmiştir. Mecellenin 978. maddesi buna uygun olarak “Ma'tuh olan kimse sağiri mümeyyiz hükmündedir.” şeklinde düzenlenmiştir.

3.4. Sefihlik

Sefihlik, aklın hafifliğinden dolayı malı bir yararı gözetmeden telef ederek harcamaktır.¹⁷⁹ Başka bir ifadeyle sefihlik; hevaya uymak, aklın ve anlayışın gerektirdiği biçimde davranmayı terk etmektir.¹⁸⁰ Mâlikî fakihler de sefihi, malın idaresinde akıllıca davranamayan kişi olarak tanımlar.¹⁸¹

Mecelle'nin 946. Maddesi sefihi şöyle tanımlar: “Sefih malını beyhude yere sarf ve mesarifinde tebzir ve israf ile iza'a ve itlaf eden kimsedir. Ebleh ve sade dil olmak hasebiyle kâr ve temettü yolunu bilemeyip de ahz ve itasında aldana gelen kimseler dahi sefihi addolunur.” Bu tanımda sefihin iki kısma ayrıldığını görüyoruz. Her iki kısımda da mâlî anlamda zarara uğramanın öne çıktığını görüyoruz. Ancak ilk cümlede kişideki savurganlığın kendisinde bulunan herhangi bir nakısdan kaynaklanmadığını, ikinci cümlede ise kişinin, kâr ve zarar hesabı yapmakta hata etmesine yol açan eblehlik ve sade dil olmak özelliğinin varlığını görüyoruz.

“...Eğer borçlu, akli ermeyen veya zayıf bir kimse ise ya da yazdıramıyorsa velisi adaletle yazdırsın...” (Bakara 2/282) Sefih kimsenin kısıtlanabileceği hususunda delil olduğu belirtilen ayetlerden biri budur. Bu ayet sefihin velisinin olduğunu belirtiyor. Velinin olması ise ancak hacir ile mümkündür.¹⁸² “Allah'ın, sizin için geçim kaynağı yaptığı mallarınızı akli ermezlere vermeyin. O mallarla onları besleyin, giydirin ve onlara güzel söz söyleyin.” (Nisa 4/5) Bu ayet de sefihi kişinin yararı gözetilerek hacredileceğine delildir.¹⁸³

¹⁷⁷ Şeyhîzâde, *Mecma*, IV, 51.

¹⁷⁸ Bilmen, *a.g.e.* VII, 268.

¹⁷⁹ Şeyhîzâde, *Mecma*, IV, 52.

¹⁸⁰ Serahsî, *Mebcut*, XXIV, 158.

¹⁸¹ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1994, IV, 72.

¹⁸² Serahsî, *Mebcut*, XXIV, 158.

¹⁸³ Serahsî, *Mebcut*. XXIV, 158.

Kur'an'ı Kerimde mealen "Evlilik çağına gelinceye kadar yetimleri deneyin; eğer onlarda akılcı bir olgunlaşma görürseniz hemen mallarını kendilerine verin"(Nisa 4/6) buyurulduğu için, ulema henüz evlenme çağına gelmeyen yetimlerin mâlî harcamalarına hacir koymanın vücubunda ittifak etmişlerdir. Ancak, ölçsüz ve aşırı hareket ettikleri görülen büyük ve akıllı olanların harcamalarına hacir konulup konulmayacağı hususunda ihtilaf etmişlerdir. İmam Mâlik, İmam Şafî, Medine fukahası ile Irak fukahasının çoğu, büyük ve akıllı kimselerin de, eğer sefih oldukları, yani ölçsüz ve aşın hareket ettikleri sabit olur ve hâkim bunu kendilerine sorduğu zaman tatminkâr bir cevap veremezlerse, hâkim kararı ile hacir edilebileceği kanaatindedir. İbn-i Abbas ile İbn-i Zübeyr de bu görüşü benimsemiştir.¹⁸⁴

Ebû Hanife'ye göre sefih hacir edilemez çünkü sefih, gerçekte tasarruf etme kudretine sahiptir. O'na göre bir kişiyi malını saçıp savursa bile malı üzerinde tasarrufta bulunmak yetkisinden men etmek kişinin insan olma haysiyetini heder eder. Bir kişinin insanlığını yok etmek malın telef olmasından daha büyük bir zarardır.¹⁸⁵ Yani tasarruf yetkisi kısıtlanarak insanlık onuruna zarar gelmesindenense mala zarar gelmesi daha ehvendir. Ona göre özgür bir kimse kısıtlanamaz, hür bir kimsenin tasarruflarının yürürlüğü engellenemez. Sefih kimse özgürlük ve sorumluluktan vareste değildir. Çünkü sefihlik aklının eksikliğini göstermez. O, aklına karşı büyüklenmekte ve hevasına tabii olmaktadır. Onun aklını kullanmayıp hevasına tabi olması, onu dini sorumluluktan ve ceza sorumluluğundan kurtarmıyorsa aynı şekilde hukuki tasarruflarının yürürlüğüne engel değildir.¹⁸⁶

Ebû Yusuf (v. 798), Muhammed (v. 805) ve Şafî ise bu nedenle hacir uygulanabileceğini kabul eder. Ebû Yusuf ve Muhammed, sefihin yararını gözeterek hacredilmesini kabul ederken Şafî bunun sefih için bir ceza ve sefihliği terk etmesi hususunda bir zorlama olması yönüyle kabul eder. Bu ihtilaf, malının idaresi konusunda doğru davranabilen fasık kişinin kısıtlanıp kısıtlanamayacağı konusunda kendini gösterir. Şafî'ye göre böyle biri kısıtlanabilir. Ebû Yusuf ve Muhammed'e göre kısıtlanamaz.¹⁸⁷ Hanbelilerde fasık kişinin hacredileceği görüşündedir. Hanbelilere göre fasık malını içki çalgı aleti malın fesada götüren işlerde kullanılması masiyetlerde harcanması durumunda tebzirden dolayı hacredilir. Kişinin fiskı malla

¹⁸⁴ İbn Rüşd, *a.g.e.* s. 623.

¹⁸⁵ Şeyhîzâde, *Mecma*, IV,52, 53.

¹⁸⁶ Serahsî, *Mebsut*, XXIV, 159.

¹⁸⁷ Serahsî, *Mebsut*, XXIV, 158.

ilgili değil de zekât ve namaz gibi, yalan gibi kişisel bir şey olursa bu durumda hacredilmez.¹⁸⁸ Özetlenecek olursa, savurganlık ile ile fisk bir arada ise kişi hacredilir. Kişi fasık olmayıp dini kurallara uygun yaşadığı halde savurganlığı varsa yine hacredilir. Ancak savurganlık olmaksızın sadece fisk olursa bu durum ihtilafıdır.¹⁸⁹

Aslında kişi üzerinde kısıtlılığın ortadan kalkması ve bu kişinin sorumlu tutulabilmesi durumunun mutedil olmasıyla yani akla uygun hareket etme kabiliyetiyle ilgilidir. Ancak durumun itidali iç dünya ile ilgili olması hasebiyle dışarıdan buna tam olarak vakıf olmak mümkün değildir. Bu nedenle İslam hukuku bir görülebilen sebebi yani bülüğü, bunun yerine koymuştur. Çünkü insanın iç dünyası ile ilgili hususlara vukufiyetin mütazzir olduğu durumlarda onun yerine geçecek görünür bir neden ikame edilir. Nasıl ki mükellefiyet konusunda akıl yerine açık bir neden olan bülüğe itibar edilmişse aynı şekilde bu, tasarrufların yürürlüğü hususunda da geçerlidir. Nitekim sefihin kendi aleyhine cezayı gerektirecek bir şeyi ikrar etmesi bir sözlü tasarruf olmasına rağmen muteber olarak kabul edilir.¹⁹⁰

Küfe fukahasından bazıları yaşı büyüklere hacir konulamaz diyen Ebû Hanife'ye katılmıştır. Ancak bunlar da iki gruba ayrılmıştır. Bir grup, çocuk ergenlik çağına geldikten sonra onda sefeh durumu görünse bile, ona hacir konulamayacağını savunmuştur. Bir başka grup ise eğer çocuk daha baliğ değilken ölçüsüz ve aşırı davranışları yüzünden hacir altına alınmış ise, büyüdükten sonra da durumu düzelineye kadar hacirin devam edeceğini savunmuştur. Bunlara göre şayet bir ara düzelmiş olduğu görülerek hacri kaldırılırsa, bir daha sefeh hali olduğuna dair davranışları görünse bile, tekrar hacir altına alınmaz.¹⁹¹

Yaşı büyüklere hacir konulur görüşünü savunanlara göre; çocukların kısıtlı olmasının nedeni genellikle ölçüsüz davrandıkları içindir. Zira ayette yukarıda geçtiği üzere “Yetimler, evlenme çağına geldikten sonra eğer onlarda olgunlaşma görürseniz mallarını kendilerine veriniz.” (Nisa 4/6) buyurularak çocukluktan çıkan yetimlere, mallarının verilmesini kendilerinde olgunluk görülmesi şartına bağlamıştır. Bu, hacri gerektiren sebebin çocukluk olmayıp, tebzir diye adlandırılan ölçüsüz ve aşırı hareket

¹⁸⁸ İbn Kudâme, *Muğni*, VI, 608.

¹⁸⁹ Abdülmelik bin Abdillâh bin Yusuf el-Cüveynî, *Nihâyetü'l-Matlab fi Dirâyeti 'l-Mezheb*, Daru'l-Minhac, Beyrut 2007, VI, 440.

¹⁹⁰ Serahsî, *Mebhut*, XXIV, 159.

¹⁹¹ İbn Rüşd, *a.g.e.* s. 623.

etmek olduğunu göstermektedir. Buna göre büyük küçük olmasına bakılmaksızın bu özellik kimde bulunursa hacir altına alınması gerektiğini savunmuşlardır.¹⁹²

Bu konuda Hanefî'lerin delili Münkiz b. Hibbân'ın hadisidir. Zira bu hadiste, Peygamber Efendimizin, Münkiz b. Hibbân'ın satışlarda aldandığını öğrenince kendisine, yaptığı herhangi bir satıştan sonra üç güne kadar geri dönme yetkisini kullanmasını önerdiği ve onun harcamalarına hacir koymadığı anlatılmaktadır, Hanefiler, çocukların çocuk oldukları için mükellef bulunmadıklarına bakarak, esasında haciri gerektiren sebebin çocukluk olduğunu belirtirler. Çünkü akıl eksikliği nasıl çoğunlukla çocuklarda oluyorsa, ölçüsüz ve aşın hareket de keza çoğunlukla çocuklarda olur. Bunun içindir ki bülüğ, hem mükellefiyet, hem olgunluk (rüşd) için şart olmuştur. O halde nasıl çocuklukta ender görülen akıllılık mükellefiyeti gerektirmiyorsa, büyüklükte nadiren görülen tebzir de haciri gerektirmez. Hanefîler, "Allah'ın sizin için geçim kaynağı yaptığı mallarınızı akli ermezlere vermeyin" (Nisa 4/5) ayetinden yola çıkarak ölçüsüz hareket eden ve kendi maslahatını gözetecek donanımdan mahrum olanlara malların verilmemesinden başka bir şeyin emredilmediğini belirterek bu emrin alım satım işlemlerinin geçersiz olduğunun anlaşılacağını ifade ederler.¹⁹³

Kişi yirmibeş yaşına gelir de hala reşit olduğu görülmezse Ebû Hanife'nin görüşüne göre malları kendisine verilir. Ebû Yusuf ve Muhammed'e göre ise reşit olduğu anlaşılmadıkça malları teslim edilmez.¹⁹⁴ İnsanların doğurganlık yaşının başlangıcı dikkate alındığında bir insan en erken yirmibeş yaşında dede olabilmektedir. Yirmibeş yaşın kıstas alınmasında bu hususun dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Buna göre dede olacak yaşa gelmiş şahsın mallarının artık kendisine teslim edilmesi gerekir. Zira bu kişiye bülüğundan sonra malının teslim edilmemesinin nedeni şahsın tedibi ile sefihlikten kurtulmasına yardım etmektir. Dede olma yaşına gelmiş bir insanın artık tedibiyle düzelmesi ümidi kalmamıştır.¹⁹⁵

Bütün bu anlatılanlardan anlaşılacağı üzere Ebû Hanife her ne kadar sefeh nedeniyle hacri kabul etmiyor ise de malların idaresinin yine de kendisinde olmamasını kabul ediyor. Yani Ebû Hanife'nin görüşüne göre; bülüğe erdiği halde

¹⁹² İbn Rüşd, *a.g.e.* s. 623.

¹⁹³ İbn Rüşd, *a.g.e.* s. 623.

¹⁹⁴ Serahsî, *Mebcut*, XXIV, 161.

¹⁹⁵ Serahsî, *Mebcut*, XXIV, 162.

sefihliği söz konusu olan kimse en fazla yirmibeş yaşına kadar kısıtlanabilir. Yirmibeş yaşından sonra kısıtlanamaz.

Bir diğer hususta sefih olduğu halde baliğ olan kişinin kısıtlanması için hâkim kararına ihtiyaç olup olmadığı konusudur. Muhammed'e göre sefih olarak bülüğ çağına girenin kısıtlanması için hâkim kararına ihtiyaç yoktur. Ebû Yusuf'a göre ise hâkim kararı olmaksızın bu kimse kısıtlanamaz.¹⁹⁶

Şafîlere göre; sefihlikle kısıtlılık altına girenin velisi, hâkimdir. Zayıf görülen diğer bir kavle göre çocuk küçük iken velisi olan kimse, çocuk büyüdüğünde de velisi olur. Akıl hastalığına maruz kalan kişinin velisi ise küçüklüğünde kendisine velilik eden kimsedir. Bununda velisinin hâkim olacağı görüşü var ise de bu görüş zayıf görülmektedir. Sefihlik sebebi ile kısıtlılık altına alınan kişinin velisinin izni olmadan alışveriş akdinde bulunması, köle azad etmesi, malını hîbe etmesi ve nikâh akdinde bulunması sahih değildir. Sefih kişi, velisinin izni ile nikâh akdinde bulunursa akid sahihtir. En sahih kavle göre mâlî tasarrufta bulunması sahih değildir.¹⁹⁷

Mâlikî mezhebinde de aynı şekilde velisinin izni olmadan alışveriş akdinde bulunması, köle azat etmesi, malını hîbe etmesi ve nikâh akdinde bulunması sahih değildir. Ancak talak ve ümmü velet azat etmesi ve nesep konularındaki ikrarı da geçerlidir.¹⁹⁸

Sefih kişi bir malı satın alır veya borç olarak teslim alır da bu mal telef olur veya sefih telef ederse, bunlar hiçbir zaman sefihe tazminat sorumluluğu getirmez. Mal sahibinin onun sefih olduğunu bilip bilmemesi sonucu değiştirmez. Sefih kişi kısıtlılık altına alınmadan veya kısıtlılık altına alındıktan sonra borç aldığını ikrar ederse, kabul edilmez. Keza bir malı telef ettiğini itiraf ederse, en zahir kavle göre kabul edilmez. Ancak had, kısas, talâk, hul', zihar ve lian hakkındaki ikrarı ve nesebi reddetmesi sahihtir.¹⁹⁹ Şahsın direk kendisini ilgilendiren ve mâlî sonuçları olmayan özellikle nesep ve talak gibi hususlarda sefihinin ikrarının geçerli olması mer'i hukuktaki kişiye sıkı sıkıya haklar konusunda yasal temsilcinin yetkisinin bulunmamasını hatırlatıyor.

¹⁹⁶ Serahsî, *Mebhut*. XXIV, 163.

¹⁹⁷ Nevevî, *Minhac*, s. 333.

¹⁹⁸ Sahnûn, *Müdevvene*, IV, 72.

¹⁹⁹ Nevevî, *Minhac*, s. 333.

Sefihin ibadet konusundaki hükmü, reşit kişinin hükmü gibidir. Ancak sefih, zekâtını bizzat ayırıp verme yetkisine sahip değildir. En sahih kavle göre kişinin malını sadaka ve hayır işlerine sarf etmesi veya kendi seviyesine uygun olmayan yiyecek ve elbiselere harcaması savurganlık değildir.²⁰⁰

3.5. Rehin, Borçluluk ve İflas

Borçluluk nedeni ile hacir iki durumda sözkonusu olur. Bunlarda biri, borca batık kişinin ikrar yolu ile mal kaçırmışından endişe edildiğinde alacaklıların hâkimden kısıtlama koymasını istemeleri durumudur. Ebû Hanife'ye göre hâkim ona kısıtlama koyamaz. Muhammed ve Ebû Yusuf'a göre böyle bir durumda borçlu kısıtlanabilir. Kısıtlama konduktan sonra kısıtlama anında elinde bulunan malları üzerindeki hukuki işlemleri geçerli kabul edilemez. Ancak kısıtlamadan sonra herhangi bir mal elde ederse bunlarla ilgili tasarrufları geçerlidir.²⁰¹

Ebû Yusuf ve Muhammed'e göre bu kısıtlama ancak hâkim kararı ile mümkündür. Buradaki kısıtlama alacaklıların yararı gözetilerek yapılmaktadır. Bu nedenle alacaklının talebi gerekir. Sefihite ise kısıtlama sefihin yararı gözetilerek yapılmaktadır. Bu sebeple talep olmasa da gerektiğinde kısıtlama altına alınır.

Bu konu mer'î hukukta İcra İflas Hukuku alanında görülür. Mer'î hukuka göre borcunu ödemeyen kişinin borcu karşılayacak kadar malından tasarrufu engellenir. Borçlu borcunu ödemezse kamu görevlisi, alacaklının talebi üzerine borca yetecek kadar malın satılarak borcun ödenmesini sağlar. Mer'î hukukta bu alan fiil ehliyetini etkileyen bir durum olarak değerlendirilmez. İslam hukukunda da mer'î hukukta da bu tür durumlarda kamu otoritesi alacaklının talebi ile harekete geçmekte ve alacaklının alacağına kavuşması amaçlanmaktadır. Alacaklı alacağını aldıktan sonra borçlu üzerindeki her türlü kısıtlama kalkmaktadır.

Mallara el koyma ve bunları paraya çevirme bir cebri icra muamelesi olup bir hukuk devletinde bu tasarrufların sınırlanması ve kontrole tabi tutulması gerekir. Bu nedenle cebrin kullanılması belirli kurallarla olması gerekir. Bu kuralları düzenleyen hukuka cebri icra hukuku veya borç takip hukuku denir.²⁰² İcra İflas Kanunu bu hukuk alanının temel kanunudur.

²⁰⁰ Nevevî, *Minhac*, s. 334.

²⁰¹ Serahsî, *Mebhut*, XXIV, 163.

²⁰² Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1995, s. 3.

Rehin ister menkul, isterse gayri menkul malda olsun, alacaklının elde edemediği bir alacağın karşılığını rehnedilmiş eşyayı cebri icra yoluyla paraya çevirmek suretiyle alacaklının alacağını elde etmesini sağlayan sınırlı bir aynı haktır.²⁰³ Mer'i hukukta rehin eşya hukukunun konusudur. Fiil ehliyetiyle ilgisi görülmez. Esasen İslam hukukunda da kısıtlama sadece rehnedilen mal ile ilgilidir. Yoksa genel anlamda bir kısıtlama kabul edilmez. Mecellenin konu ile ilgili düzenlemesi şu şekildedir: “959. Madde: Medyun dahi guremanın talebiyle hâkim tarafından hacir olunabilir.”

3.6. Ölümle Sonuçlanan Hastalık (Maraz-ı Mevt)

Bir kişi hakkında ölüm hastalığından sözedebilmek için, genellikle ölümle sonuçlanan bir hastalığa yakalanması ve bu hastalığın akabinde ölmesi gerekir.²⁰⁴ Mecelle, 1595. Maddesinde maraz-ı mevti şöyle tanımlamıştır: “Maraz-ı mevt ol hastalıktır ki, ekseriya onda ölüm korkusu olduğu halde, hasta zükurdan ise hanesi haricinde ve inasdan ise hanesi dâhilinde olan mesalihini görmekten aciz olup, buhal üzre bir sene mürur etmeden vefat eyleye gerek sahibi firaş olsun gerek sahibi firaş olmasın.”

3.7. Kölelik

Aslında kölelik hacir nedeni değildir. Çünkü köle görüşü tam olan seçme imkânına sahip, sorumlu bir kimsedir. Ancak efendisinin mülkünde olduğundan kendi adına tasarrufta bulunamaz.²⁰⁵ Kölelik kurumu modern zamanlarda bulunmadığı için mer'i hukuk sisteminde bununla ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır.

3.8. Cinsiyet ve evli kadın

Evliliğe bağlı kısıtlılık İslam hukukunda bazı fakihler tarafından kabul edilmiştir. Mer'i hukukta da evlilik bazı malların tasarrufunda kısıtlanma doğurur ise de bu kısıtlanma hem erkek hem kadın için geçerlidir.

Cinsiyete bağlı kısıtlılık ise Mâlikî mezhebinde bulunmaktadır. Örneğin babası bulunan kız çocukları hakkında böyle bir tartışma vardır. Fakihlerin cumhuru kız çocuğun da erkek çocuk hükmünde olduğu, yani bülüğa erdiği zaman kendisinde olgunlaşma görülürse, hacir altından çıktığı görüşündedir.²⁰⁶ Ata (v. 732), Süfyân es-

²⁰³ Abdülkadir Arpacı, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991, s. 348.

²⁰⁴ Zuhaylî, *a.g.e.* IV, 134.

²⁰⁵ Şeyhizâde, *Mecma*, IV, 51.

²⁰⁶ İbn Rüşd, *a.g.e.* s. 625.

Sevrî (v. 778), Ebû Hanife, Şafîî, Ebû Sevr (v. 854) ve İbn-i Münzir'e göre evlenmese bile kız çocuğunda rüşd görüldüğü halde bülüğa ererse malı ona verilir ve üzerindeki kısıtlama kalkar. Ebû Talip, Ahmet'ten evlenip doğuruncaya veya evlilikten sonra bir yıl geçene kadar malının verilmeyeceği görüşünde olduğunu nakleder. Başka bir rivayette ise İmam Ahmet'in aksi görüşe sahip olduğu belirtilir.²⁰⁷

İmam Mâlikten bu konuda iki rivayet bulunmaktadır. Meşhur olan rivayete göre İmam Mâlik, kızlar evlenip kocaları kendileriyle cinsel temasta bulunmadıkça babalarının velayeti altından çıkmaz,²⁰⁸ kadına malı teslim edilmez, demiştir.²⁰⁹ Diğer rivayete göre ise İmam Mâlik de cumhurun görüşündedir.²¹⁰ Mâlikî fukahası bu konuda birbirlerinden farklılaşmaktadır. Kimisine göre kız evlendikten sonra, aradan bir yıl, kimisine göre iki yıl, kimisine göre ise yedi yıl geçmedikçe babasının velayeti altından çıkmaz. İmam Mâlik'in kadın, erkekler tarafından denenmedikçe olgunlaşıp, olgunlaşmadığı bilinemez şeklindeki görüşü bazı âlimler tarafından eleştirilmiştir.²¹¹ İbn Kudâme, Mâlik'in bununla amel etmediğini söyler. Rivayete göre bir vesile ile Hz. Ömer Kadı Şureyh'e, kadın evleninceye ve doğuruncaya kadar malını teslim etmemesi için haber göndermiştir. İbn Kudâme, bu haber doğru olsa bile özel bir durumla ilgili olabileceğini genel bir uygulama olsaydı daha yaygın şekilde bilineceğinden bahisle bu bilgiyle amel etmemiştir. İbn Kudâme, İmam Mâlik'in de bu haberle amel etmediğini nikâh velayetinden hareketle bu sonuca ulaştığını iddia eder.²¹²

3.9. Sarhoşluk

Sarhoşluk insanın iradesiyle hareket etme kabiliyetini geçici olarak azaltan veya ortadan kaldıran bir durumdur. Sarhoşluğun meydana gelmesi bazen ilaç kullanmak, cerrahi bir operasyon nedeniyle narkoz kullanmak, sarhoşluk verici maddeyi ıztırar halinde kullanmak veya buna zorlanmak gibi mubah bir nedene dayanabilir. Bazen de sarhoşluk kişinin kendi iradesiyle sarhoş edici maddeyi kendi iradesiyle almasıyla oluşur ki bu dinen haramdır.

²⁰⁷ İbn Kudâme, *Muğni*, VI, 601, 602.

²⁰⁸ İbn-i Rüşd, *a.g.e.* s. 625.

²⁰⁹ İbn Kudâme, *Muğni*, VI, 601, 602.

²¹⁰ İbn Rüşd, *a.g.e.* s. 624.

²¹¹ İbn Rüşd, *a.g.e.* s.624.

²¹² İbn Kudâme, *Muğni*, VI, 601, 602.

Mâlikîler, İbn Teymiyye (v.1328), İbni Kayyim (v. 1350), Hanefîlerden Tahavi (v.933), Kerhi (v. 952), Ebû Yusuf ve Züfer (v. 775), ister mübah, ister haram yoldan olsun, her türlü sarhoşluk haline maruz kalanın irade ve kastının salim bulunmaması nedeniyle iradesinin iptal olması sebebiyle akitleri ve tasarrufları batıldır.²¹³ İmam Ahmet'ten Hanbelilerin tercih ettiği rivayete göre İmam Ahmet, Zahiriyye, Caferiyye, Osman el-Betti (v. 760?) ve Leys'in (v. 791) mezhebi de bu şekildedir.²¹⁴ Sarhoşun evlenmesi, boşanması alış-verişi, hibesi irtidadı muteber değildir.²¹⁵ El-Üm'de sarhoşun mükellef olduğunun delillendirildiği belirtilir. Rafî (v. 1226), sarhoş kişinin durumu ile ilgili en sahih olan görüşe göre sarhoşun ister lehine, ister aleyhine olsun, fiil ve sözlerinin geçerli olduğunu söyler.²¹⁶

Yukarıda saydığımız âlimlerin dışında kalanlar ise sarhoşluk halinin mübah veya haram bir nedene bağlı oluşması durumunu birbirinden ayırırlar.²¹⁷ Bunlar, mübah yollarla meydana gelen sarhoşlukla ilgili olarak yukarıda belirtilen görüşe katılırken haram yolla meydana gelen sarhoşlukta kişinin yaptığı yanlışın sonuçlarına katlanması gereğinden hareketle akit ve tasarruflarının bağlayıcı olduğunu belirtirler.²¹⁸

3.10. Uyku

Akıl ve duyuları ortadan kaldırmayan ancak insanın iş görme yeteneğini engelleyen doğal bir haldir. Muamelata ait tasarrufların muteber olmaması sonucunu doğurur. İbadetleri iskat etmez fakat eda vaktini geciktirir.²¹⁹ Nitekim uyuyan kişinin tasarruflarının geçerli olmaması anlamında akıl hastası gibi değerlendirenler olmuştur.²²⁰

²¹³ Zuhaylî, *a.g.e.* VII, 129.

²¹⁴ Zeydân, *el-Medhal*, s. 332.

²¹⁵ Karaman, *a.g.e* I, 250.

²¹⁶ Ebû'l-Fazl Celâlüddîn Abdurrahmân b. Ebî Bekr b. Muhammed el-Hudayrî es-Süyûtî, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir fi Kavâid ve Fürûi Fıkhi's-Şâfiyye*, Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1983, s.216.

²¹⁷ Zeydân, *el-Medhal*, s. 332.

²¹⁸ Zuhaylî, *a.g.e.* VII, 129, Zeydân, *el-Medhal*, s. 332.

²¹⁹ Karaman, *a.g.e.* I, 250.

²²⁰ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 216.

3.11. Bayılma

Bir hastalık nedeniyle kişinin geçici olarak bilincini yitirmesidir. Uykudan daha ağır, daha nadir ve gayrı tabii bir arızadır. Bayılmanın hükmü uykunun hükmü gibidir.²²¹

Bölüm Değerlendirmesi

Ehliyet kavramı gerek fıkıh usulünde gerekse fıkıhın fûruatında önemli bir kavramdır. İslam hukuk metodolojisinde kişinin Şariin emir ve yasaklarına muhatap olması ve hukuki hükümlerle olan bağı ehliyet terimi kullanılarak ifade edilir. Kişinin eylemlerinin nasıl bir hukuki sonuç doğuracağıyla yakından ilgili olması hasebiyle, fûru açısından da ehliyet kavramı önem arz eder.

Ehliyet kavramı mer'î hukuk sisteminde de önemli bir kavramdır. İslam hukukunda ehliyet kavramı vücut ehliyeti ve eda ehliyeti olarak ayrılırken mer'î hukukta hak ehliyeti ve fiil ehliyeti şeklinde tasnif edilmiştir. Vücut ehliyetine hak ehliyeti karşılık gelmekte iken eda ehliyetine fiil ehliyeti karşılık gelmektedir. Ancak, eda ehliyetinin diyaneti de ilgilendiren bir kavram olmasının yanında kamu hukukuna taalluk eden bir yönü de bulunmaktadır. Oysa fiil ehliyeti özel hukukta sadece medeni haklarla ilgili bir kavramdır.

Mer'î hukukta fiil ehliyetinin düzenlendiği Türk Medeni Kanunu İsviçre Medeni Kanunundan tercüme edildiğinden tercüme esas alınan metnin dili ve bu dilin hukuk anlayışı tercüme yansımasıdır. Mer'î hukukun vücut ehliyetini hak ehliyeti veya önceki isimlendirmelerle, Medeni Haklardan İstifade ve Medeni Hakların Kullanılması şeklinde isimlendirmesi ile İslam hukukunun Vücut Ehliyeti olarak isimlendirmesi, ontolojik anlamda farklı biçimlerde insanı tanımlamanın hukuk sistemine yansımaları olarak görülebilir.

Her iki hukuk sisteminde fiil ve eda ehliyetinin temelinde kişinin ortalama bir insan gibi davranabilme imkânına sahip olup olmaması bulunmaktadır. İslam hukukunda eda ehliyeti insanın fıtratı esas alınarak dünya üzerindeki varlık sahnesine çıkmasından bu sahneden çekilmesine kadar geçen süreç, insanın akli olgunluğu bakımından devrelere ayrılmış, her bir devre için hükümler konmuştur. Bunun yanında insan tam akli olgunluğa eriştikten sonra meydana gelecek bir nedenle davranışlarını akla uygun biçimde yönlendirebilme yetisinde zaafa uğramışsa bu uğradığı zaafın derecesine göre ehliyeti kısıtlanmış veya kaldırılmıştır.

²²¹ Karaman, *a.g.e.*, I, 250.

Ehliyet konusunda sefihinin durumu İslam fıkhında geniş tartışmaların yapıldığı bir konu olmuştur. Tartışmalar, fasık kimsenin sefih sayılıp sayılmaması konusunda yoğunlaşmıştır. Ayrıca Ebu Hanife'nin sefihlik nedeniyle bir insanın kısıtlanmasını insan onuruna aykırı görmesi ve bu nedenle bir kısıtlama sebebi olarak görmemesi, sadece yirmi beş yaşına kadar kişinin mallarının teslimine engel bir husus olarak görmesi dikkat çekicidir.



II. BÖLÜM

MER'İ HUKUKA GÖRE FİİL EHLİYETİ VE İSLAM HUKUKU İLE KIYASLANMASI

1. FİİL EHLİYETİ

1.1. Fiil Ehliyeti Kavramı

Fiil ehliyeti kavramı Medeni Kanunun 9. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Fiil ehliyeti (*handlungsfähigkeit*, *Exercice des droits civils*), kişinin bizzat kendi fiilleriyle kendi lehine hak kazanmak, dilediğinde bu hakları sınırlayabilmek veya ortadan kaldırabilmek ve kendi fiilleriyle kendisini borçlandırabilmek iktidarındır.²²² Başka bir deyişle kişinin kendi fiilleriyle hak ve borçlar kurabilmesi, bunlara son verebilmesi veya yeni hukuki durumlar meydana getirebilmesidir.²²³

Hak ehliyeti teriminin Alman Hukuk dilindeki karşılığı 'Rechtsfähigkeit'dır. Fiil ehliyeti terimi, İsviçre-Alman Hukuk dilinin 'Handlungsfähigkeit' teriminin karşılığıdır.²²⁴ Eski Medeni Kanunun 9. Maddesi 'fiil ehliyeti' yerine 'medeni hakların kullanılması' kenar başlığını taşırdı. 'Medeni hakların kullanılması' ifadesi mehz kanunun Fransızcasından yapılan tercümenin tam karşılığıydı. Almanca metin ise kenar başlık olarak 'Handlungsfähigkeit' kelimesini kullanır. Bunun karşılığı ise fiil ehliyetidir.²²⁵ 21 Kasım 2001'de Medeni Kanun değiştirilirken bu madde de buna uygun biçimde değiştirilmiştir. Öğretide ve mahkeme kararlarında bu terim kanun değişikliğinden çok önce kullanılmaya başlanmış ve hukuki terim özelliğini kazanmıştı.

Fiil ehliyeti aslında şahsın sadece hukuki işlem yapması halinde değil, hukuka uygun sonuç doğuracak bütün fiillerde aranan bir ehliyettir. Bu nedenle 'hukuki işlem ehliyeti' terimi anlam yönünden dar kalmaktadır.²²⁶ Örneğin akıl hastası birisi veya temyiz kudreti olmayan bir çocuk denizde balık avladığında bunun maliki olabilecektir.²²⁷ Fiil terimi hukuki muamele teriminden daha geniş olarak kullanılmaya ve dar anlamda yükümlülük ehliyetini borçlanma işlemleri ile borç

²²² Akipek vd. *a.g.e.* I, 281.

²²³ Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 44.

²²⁴ Hatemi, Oğuztürk, *a.g.e.* s. 12.

²²⁵ Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 44.

²²⁶ Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 47.

²²⁷ Tekinay, *a.g.e.* s. 222.

altına girebilme ehliyetini değil, haksız fiillerinden dolayı sorumlu olma ehliyetini de kapsamaya elverişli olduğu için Alman Medeni kanunu (BGB)' *Geschäftsfähigkeit*/işlem ehliyeti teriminden daha evla görülmektedir.²²⁸

1.2. Fiil Ehliyeti İçeriği

Fiil ehliyeti kişinin özel hukuktan doğan hakları bizzat kullanmak ve kendi fiilleriyle kendi leh ve aleyhine özel hukuk tarafından düzenlenen hak ve borçları yaratmak iktidarındır.²²⁹ Fiil ehliyetinin kapsamına iki temel husus girer. Bunlar hukuki işlem yapabilme ehliyeti ve haksız fiillerden sorumlu tutulabilme ehliyetidir.²³⁰

Fiil ehliyeti, kişiye kamu hukukundan doğan hakları kullanmak veya kendi fiilleriyle kamu hukukuna giren borçları yaratmak yetkisini vermez. Kamu hukukundan doğan hakların kullanılması konusunda kamu hukuku çeşitli ehliyetler aramaktadır. Örneğin seçim hakkını kullanabilmek için on sekiz yaşını milletvekili seçilebilmek için ise yirmi beş yaşını doldurmuş olmak şartı koşulabilir. Ceza hukuku bakımından kişinin kendi fiillerinden sorumlu tutulabilmesi için ceza kanunlarında düzenlenmiş olan cezai sorumluluk şartlarına sahip bulunması gerekir.²³¹

Yapılan işlem bir sözleşme ise işlem ehliyetinin özel bir türü olan sözleşme ehliyetinden (*Vertragsfähigkeit*) söz edilir. Buna karşılık bir tasarruf işleminin bulunduğu hallerde yine işlem ehliyetinin bir türü olan tasarruf ehliyeti (*Verfügungsfähigkeit*) söz konusu olur. Nihayet bir davada yargılama usulü hukukunun mümkün kıldığı işlemleri yapmak anlamında dava ehliyeti (*Prozessfähigkeit*) fiil ehliyetinin bir türüdür.²³² Haksız fiilden sorumlu olmak da fiil ehliyetinin kapsamı altında değerlendirilir. Böylece fiil ehliyetinin içeriğine hukuki işlem ehliyeti, tasarruf ehliyeti, haksız fiillerden sorumlu olma ehliyeti ve dava ehliyeti girmektedir denilebilir.

1.2.1. Hukuki İşlem Ehliyeti

Fiil ehliyetinin içeriğine öncelikle hukuki işlem ehliyeti girmektedir. Kişinin bir hukuki işlemi bizzat yapmak suretiyle kendisini hukuken geçerli olarak hak sahibi yapabilmesi ve borç altına sokabilmesi ehliyetine hukuki işlem ehliyeti denir.²³³

²²⁸ Hatemi, Oğuztürk, *a.g.e.* s.13.

²²⁹ Akipek vd. *a.g.e.* I, 282.

²³⁰ Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 46.

²³¹ Akipek vd. *a.g.e.* I, 282.

²³² Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 47.

²³³ Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 47.

Başka bir ifadeyle, hukuki işlem ehliyeti (Geschaeftsfaehigkeit, Capacite de faire des actes juridiques), kişilerin bizzat hukuki işlemler yapabilmeleridir. Hukuki işlem, hukuk düzeni tarafından öngörülen belli bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla irade açıklamasında bulunmaktan doğan bir hukuki olgudur. Kişiler yapacakları hukuki işlemlerle kendilerini alacaklı ve borçlu kılarlar. Esasen fiil ehliyetinin ana muhtevasını da bu oluşturur. Bu sebeptendir ki bazı hukuk sistemlerinde genel olarak fiil ehliyetinden değil, sadece hukuki işlem ehliyetinden söz edilir. Örneğin Alman hukukunda durum böyledir.²³⁴ Modern dönem İslam hukukçularından bir kısmı tasarruf ehliyeti adı altında aynı mefhumu anlamışlardır. Tasarruf ehliyeti adı altında inceledikleri hukuk işlem ehliyetini hukuki sonuç doğuran fiili ve kavli tasarruflar olarak vasfetmişlerdir. Yine kavli tasarruflar tabiri fıkıh eserlerinde kullanılan bir tabirdir.²³⁵

Kanun koyucu evlenme, ölüme bağlı tasarruf yapabilme gibi önemli saydığı bazı hukuki işlemler hakkında fiil ehliyetinin yanı sıra özel bazı şartlarla ehliyetler ön görebilir. Bu gibi durumlarda bu hukuki işlemleri yapabilmek için fiil ehliyetinin yanında bu özel ehliyete de sahip olmak gerekir.

1.2.2. Tasarruf Ehliyeti

Tasarruf ehliyeti kavramının fiil ehliyeti kavramının içeriğinde bulunduğu iddia edilir. Tasarruf ehliyeti (verfügungsfahigkeit), kişinin hakları üzerinde kendi fiilleriyle doğrudan doğruya etkiler yapabilme konusunda sahip olduğu iktidardır.²³⁶ Ancak tasarruf ehliyeti kapsamında görülen rehin veya mülkiyet hakkını sınırlayan aynı haklar genellikle bir akde dayanır. Vakıf kurma gibi tek taraflı irade beyanı borç altına girilen işler de nihayetinde hukuki işlem olarak nitelendirilebilir. Bu durumda işlem ehliyetinden ayrı bir tasarruf ehliyeti kavramına ihtiyaç bulunmamaktadır.

1.2.3. Haksız Fiillerden Sorumlu Olma Ehliyeti

Haksız fiillerden sorumlu olma ehliyeti, bir kimsenin hukuk kurallarına aykırı olarak kendisinden sudur eden fiilleri neticesinde başkalarına verdiği zararlardan sorumlu tutulabilme ehliyetidir. Diğer bir deyişle bu ehliyet, haksız fiiller sonucunda

²³⁴ Akipek vd. *a.g.e.* I, 283.

²³⁵ Zerkâ, *a.g.e.* s.755.

²³⁶ Akipek vd. *a.g.e.* I, 283.

üçüncü kişilerin uğradığı zararlardan, bizzat haksız fiili işlemiş kişinin kendi malvarlığı ile sorumlu olmasıdır.²³⁷

Haksız fiillerden dolayı sorumlu olma; fiil ehliyetinin kapsamına girer. Fiil ehliyetinin bu yönü, haksız fiil sorumluluğu ehliyeti veya kısaca sorumluluk ehliyeti olarak adlandırılır. Alman hukukunda haksız fiillerinden sorumlu tutulabilme ehliyetine ‘Deliktsfahigkeit’ adı verilir. Roma hukukunda ise ‘delictum’ terimi haksız fiiller için kullanılan bir terimdir. Fakat suç ve haksız fiil arasındaki bugünkü gibi kesin bir ayırım yoktur. Kusur ehliyeti (verschuldensfahigkeit) ve isnat yeteneği (Zeurechnungsfahigkeit) terimleri de hem haksız fiil sorumluluğu hem de cezai sorumluluk alanında kullanılmaktadır.²³⁸

Haksız fiillerden sorumlu olma ehliyeti esasen fiil ehliyeti kapsamında değerlendirilmemesi gerekir. Zira fiil ehliyetinin tamamen nefyi halinde dahi haksız fiillerden sorumluluk kabul edilmiştir. Yeri geldiğinde aşağıda daha detaylı inceleneceği üzere, bu durum hem İslam hukukunda hem de mer’i hukuk için geçerlidir. Her iki hukuk sistemi hak ehliyeti doğduğu andan itibaren fiil ehliyeti mevcut olsa da olmasa da haksız fiilden sorumluluk esasını benimsemiş olduğundan bu konu haksız fiilden sorumlu olma ehliyeti olarak kabul edilmemelidir.

1.2.4. Dava Ehliyeti

Dava ehliyeti bir kimsenin bizzat veya belirleyeceği bir vekil eliyle mahkemelerde aktif olarak davada bulunabilme ve yargılama hukukuna ilişkin hakları kullanabilme kudretidir.

2. Fiil Ehliyetinin Şartları ve İslam Hukukundaki Yeri

Fiil ehliyeti kavramı mer’i hukukun bir kavramı olduğu daha önce ifade edilmişti. Bu kavram, İsviçre Medeni Kanununun tercümesi sonrası hukuk literatürüne girmiştir. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi 17.02.1926 tarihinde kabul edilmiş, 04.04.1926 tarihinde yayınlanıp 04.10.1926 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bugün itibariyle eski olan Medeni Kanun, Hak ehliyeti için ‘Medeni Haklardan İstifade’ kavramını kullanmış, fiil ehliyeti karşılığında da ‘Medeni Hakların Kullanılması’ kavramını kullanmıştı.²³⁹ Bu kavramsallaştırma kargaşaya yol açıyor ve öğretilde

²³⁷ Akipek vd. *a.g.e.* I, 285.

²³⁸ Hatemi, Oğuztürk, *a.g.e.* s.13.

²³⁹ M. Kemal Oğuzman, Şener Akyol, Cumhur Özakman, *Medeni Kanun Borçlar Kanunu ve ilgili Mevzuat*, Filiz Kitabevi, 1987, 4. Baskı, I, 5.

tartışmalara neden oluyordu. Öğretide bu konuda hak ehliyeti ve fiil ehliyeti kavramlarını teklif eden ve eserlerinde kullanan hukukçular vardı. Yirmiki Kasım 2001 de kabul edilen, bir Ocak 2002 de yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu öğretinin bu kavramsallaştırmasını kanunda kullanmış ve bu alandaki kargaşaya son vermiştir. Artık İslam hukukunda vücut ehliyeti olarak tanımlanan ehliyet, ‘Hak Ehliyeti’, eda ehliyetinin karşılığı kabul edilebilecek ehliyet, ‘Fiil Ehliyeti’ olarak mer’i hukuk terminolojisinde yerini almıştır.

Medeni Kanun düzeyinde gerçekleşen bu kavramsallaştırmanın henüz bütün bir hukuk nizamı için gerçekleştiğini söyleyemeyiz. Zira 12.01.2011 tarihinde kabul edilen ve halen yürürlükte bulunan 6100 numaralı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, hak ehliyetinin muhakeme hukukunda ki karşılığı olan taraf ehliyetini düzenleyen 50. maddesi, hak ehliyetini kastederek, medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olanların davalarda taraf olacağını düzenlemiştir. Yine aynı kanunun fiil ehliyetinin muhakeme hukukundaki karşılığı olan dava ehliyetini düzenleyen 51. maddesi dava ehliyetinin, medeni hakları kullanma ehliyetine göre, yani fiil ehliyetine göre belirleneceği hükmünü barındırmaktadır. 2011 yılında kabul edilen HMK, 2001 yılında kabul edilen TMK’nın kavramsallaştırmasını kullanmamıştır.

Eda ehliyeti kavramıyla fiil ehliyeti kavramı arasında dikkate alınması gereken en önemli fark, eda ehliyetinin dini bir içeriğe sahip olması, hukuki sorumluluk anlamının yanında dini sorumluluk anlamı da taşımasıdır. Diğer taraftan İslam hukukunda eda ehliyeti, ceza ehliyetini de kapsarken fiil ehliyeti kavramı ceza ehliyeti kavramından tamamen ayrı bir içerik taşımaktadır.

Mer’i hukuk, bir gerçek kişide fiil ehliyetinin bulunduğunu kabul etmek için üç şart ortaya koymaktadır. Bunların ilki, medeni kanunun yeni isimlendirmesiyle ayırt etme gücü yani temyiz kudretidir. Önceki medeni kanun temyiz kudreti kavramını kullanırken, yeni medeni kanun ayırt etme gücü şeklinde bir kavramsallaştırmaya gitmiştir. Bu kavram değişikliği madde gerekçesinde her ne kadar kanunun daha iyi anlaşılır olması amacıyla yapıldığı ifade edilmiş ise de temyiz kudreti kavramı yüzyıllardır gerek hukuk dilinde gerekse halkın konuştuğu Türkçede yer etmiş bir kelime ve kavram olarak çok iyi bilinmektedir. Kanun, temyiz kudreti yerine ayırt etme gücü ifadesini getirince, hukukçular ayırt etme gücünden maksadın temyiz kudreti olduğunu izah etmek zorunda kalmış, temyizi en azından parantez içinde kullanmışlardır.

Medeni Kanununun fiil ehliyetinin şartlarını belirten 10. Maddesi şöyledir: “Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır.” Görüldüğü gibi madde fiil ehliyetinin şartlarını belirtirken üç özellikten bahsetmektedir. Bu şartların ilki maddenin ayırt etme gücü olarak ifade ettiği temyiz kudretidir. Kişinin fiil ehliyetine sahip olabilmesi için gerekli ikinci şart kısıtlı olmamaktadır. Kısıtlılık İslam hukukunda hacir kavramı ile ifade edilmektedir. Fiil ehliyetine sahip olabilmek için gerekli üçüncü şart ise ergin olmaktır. İslam hukuku ıstılahatında kısıtlı olmamayı hacir kavramı karşılığında ergin olmak rüşt ile ifade edilir. Medeni Kanununun değişmeden önceki halinde hem hacir kavramı hem de rüşt kavramları kullanılmaktaydı.

İslam hukukunda eda ehliyetinin kemal hali rüşt dönemidir. Bu dönemde hukuki işlemler için başkasının görüşüne ihtiyaç duyulmaz. Fukaha, rüştün tanımında ihtilaf etmiş ise de bir kişide rüştün mevcudiyeti için o kişinin malvarlığını ve akçalı başka bir ifadeyle ekonomik değeri olan işlerini ortalama toplumsal akla uygun idare etmesi gerektiği ve malın korunması konusunda hemfikirdirler. İhtilaf, kişinin reşit sayılabilmesi için dini yükümlükleri yerine getirmeyi kapsayıp kapsamadığı ile ilgilidir. Bir görüşüne göre İmam Şafî ve Şafîîlerin bir kısmı,²⁴⁰ kişinin reşit sayılabilmesi için dini yükümlükleri yerine getirmesini savunurken Hanefîler rüşt için bunu şart koşmazlar. Netice itibarıyla İslam hukukunda rüştün kişinin mâlî konularda kendisi için uygun ve yararlı olanı seçebilme yeteneği olduğu hususunda ittifak etmişlerdir. Nitekim bazı fakihler, “Rüştten maksat yararlı olanı bilmektir.” Ayette geçen (فان أنستم رشدا) “Eğer onlarda rüşt görürseniz...” (Nisa 4/6) sözünün anlamı malın ıslahıdır, bu konuda icma vardır demişlerdir.²⁴¹

İslam hukukunda fiil ehliyetine eksiksiz sahip olabilmek için reşit olarak bülüğe çağına girmek gerekir. Fakihlere göre çocuk reşit olarak baliğ olursa ehliyeti tam olur. Eğer çocuk bülüğe yaşına girdiği halde rüşt alametleri belirmezse bu durumda hukuki işlemleri geçerli olmaz, malları kendisine teslim edilmez.²⁴² İslam hukuku, bülüğe çağına gelmeyi aklın kemaline ve rüştün varlığına bir alamet saymıştır.²⁴³ Eğer aksi sabit olursa bu durumda ona göre davranmak gerekir.²⁴⁴

²⁴⁰ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 219.

²⁴¹ Karâfî, *Zahîre*, VIII, 229.

²⁴² Zuhaylî, *a.g.e.* IV, 125.

²⁴³ Karâfî, *Zahîre*, VIII, 230.

²⁴⁴ Zuhaylî, *a.g.e.* IV, 125.

2.1. Ayırt Etme Gücü (Temyiz Kudreti)

Medeni Kanun önceleri temyiz kudreti kavramını kullanırken sonradan yapılan değişiklikle ayırt etme gücü kavramını kullanmıştır. Değişiklik öncesinde bazı müellifler temyiz kavramını kullanmamak için temyiz kudreti yerine “sezginlik” gibi ifadeler de kullanmıştır.²⁴⁵

Kişinin hukuki sonuç doğuracak işlemlerinin sorumluluğunu taşıyıp taşımayacağı insanın ancak bu işlemin sonuçlarını kavraması ile mümkün olabilir. İnsanın eşyayı ve olayları kavrama düzeyi bebeklikten çocukluğa oradan bülüğa sonrada rüşd döneminde sıfırdan başlayarak olgunluğa ulaşmaktadır. Bu tamamen doğal bir seyirdir. Fiil ehliyetinin en önemli şartı olan temyiz kudreti ancak bu doğal seyir içinde meydana gelen akli olgunlukla mümkündür.

Fiil ehliyetinin varlığından sözedilebilmesi için bir kişide bulunması gereken şartlarından biri olarak ayırt etme gücü (temyiz kudreti) fiil ehliyetinin en önemli şartıdır. Ayırt etme gücü, kişinin aklen belirli bir olgunluğa erişmesi anlamına gelir. Ayırt etme gücüne sahip olan kişi, kanunun istediği yaşa gelme ve halen kısıtlılığı devam etse de kendi fiilleriyle lehine haklar edinebileceği gibi aleyhine borç doğurabilir.²⁴⁶

Medeni kanunun 13. Maddesi ayırt etme gücü olarak isimlendirdiği temyiz kudretini “akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmama” olarak tanımlamış, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi hususları akla uygun davranma yeteneğinden mahrum olmaya yol açabilecek mühim örnekler olarak sıralamıştır. Kanun, “Bunlara benzer sebepler” demek suretiyle bu sayılanların tahdidi olmadığını belirtmektedir. Öyleyse akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun kalmaya neden olabilecek her şey fiil ehliyetinin varlığını tartışmalı hale getirebilecektir.

Fiil ehliyeti bakımından belirleyici niteliğine rağmen Medeni Kanunun ayırt etme (temyiz) gücünün derli toplu bir tanımını vermediği de söylenir. Zira Medeni Kanun, 13. Maddesiyle ayırt etme gücünü olumsuz bir biçimde tanımlamaya çalışmıştır. Şöyleki: “Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı sarhoşluk, ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma

²⁴⁵ Zevkliler, *a.g.e.* s.51.

²⁴⁶ Akipek vd. *a.g.e.* I, 273.

yeteneğinden yoksun olmayan herkes bu kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.” Medeni Kanunun yaptığı bu tanımdan ayırt etme gücünün akla uygun biçimde davranma yeteneği olduğu anlaşılmaktadır.²⁴⁷ Akla uygun biçimde davranmak, öğretide, belli bir olay karşısında normal insanlardan çoğunun izleyeceği davranışa uygun biçimde hareket etmek şeklinde yorumlanmıştır.²⁴⁸

Görüldüğü gibi ayırt etme gücü sadece yapılan bir fiilin sonuçlarını kavrayabilme kabiliyetinden ibaret olmayıp, aynı zamanda kişinin bu kavrayışa (idrake) uygun olarak hareket edebilmesi için yabancı etkilere karşı koyabilme yeteneğini, yani iradeyi de kapsar. Bu açıklamalar ışığında Medeni Kanun anlamında ayırt etme gücü şöyle tanımlanabilir. Ayırt etme gücü, bir kimsenin fiil ve işlemlerinin güdüsünü, sonuçlarını, kapsamını ve etkilerini seçebilme ve bunlara uygun hareket edebilme yeteneğidir.²⁴⁹

Temyiz kudreti esasen akıl ve akledebilme ile ilgilidir. Bu nedenle İslam hukuku konuya akledebilme imkânını esas alarak yaklaşmıştır. Buna göre; hitabı yani sorumlu tutulabilmeyi sağlayan şeyin akıl olduğu açık bir husustur. Çünkü insanın anlama ve kavrama vasıtası sadece akıldır; akıl olmaksızın anlama mümkün değildir. Ancak şu da varki aklın varlığı gizli bir durumda olup açıktan anlaşılabilen bir husus değildir. Üstelik insanların akli seviyeleri de biri diğerinden farklıdır. Her seviyedeki akıl mükellefiyetin dayanağı olmaya yeterli değildir. Çünkü insan akli seviyesinin yeterli olmadığı durumlarda sorumluluğun nedenlerini kavrayamaz. Sorumlu tutulduğu işi çekip çeviremez. İşte bundan ötürü Şari’, görünür ve tespiti objektif biçimde mümkün olan bir durumu mükellefiyetin alameti olarak göstermiştir ki o da kişinin akıl sahibi ve böylece temyiz kudretine sahip olarak bülüğa ermiş olmasıdır.²⁵⁰

Birine sorumluluk yükleyebilmek için kişinin bu sorumluluğu anlayacak düzeyde olması şarttır.²⁵¹ İslam hukuku, aslında insanların iç dünyalarıyla ilgili ve kişiden kişiye değişen bir durumla ilgili olarak olabildiğince objektif bir kıstas koymuştur. Bu

²⁴⁷ Akipek vd. *a.g.e.* I, 286.

²⁴⁸ Akipek vd. *a.g.e.* I, 287.

²⁴⁹ Akipek vd. *a.g.e.* I, 273.

²⁵⁰ Şaban, *a.g.e.* s. 247, 276.

²⁵¹ Ebû'l-Fazl Adududdin Abdurrahman b. Ahmed b. Abdilgaffar el-Îcî, *Şerhu Muhtasari'l-Munteha'l-Usul*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2004, II, 259.

kıstas temyiz kudreti ile baliğ olmaktır. Nitekim TMK da bir kişide fiil ehliyetinin sübutunu ayırt etme gücü yani temyiz kudreti ile ergin olmak şartına bağlamıştır.

Bazı Mer'i hukukçular, temyiz kudretinin insanların iç dünyalarında bulunan bir durumla ilgili olduğu tespitinden sonra, kişinin iç dünyasının bilinemezliği karşısında ancak dışarıya yansıyan fiiller ile bu iç dünya hakkında yorum yapılabileceği dolayısıyla Medeni Kanunun, temyiz için yaş koymamasının daha uygun olduğunu dile getirir.²⁵² Mamafih genel olarak insanların 7 yaş civarında bazı şeyleri temyiz etmeye başladıkları insanlık tecrübesi ile de sabittir. Nitekim Roma hukukunda "impubes" denilen mümeyyiz küçükler yedi yaşından bülüğ çağına kadar olanlar idi.²⁵³

2.1.1. Mer'i Hukukçuların Ayırt Etme Gücünün Nispiliğine Yaklaşımları ve İslam'ın Bakışı

Mer'i hukukçular ayırt etme gücünün nispi bir kavram olduğunu tespit ederler. Onlara göre; her olayda ayrı ayrı tespit edilmesi gerekir. Somut bir olayda hâkime düşen görev, söz konusu hukuki işlem sırasında temyiz gücüne sahip olup olmadığını tespit etmesidir. İşlem sırasında temyiz gücünün geçici veya daimi kaybedilmiş olması önemli değildir.²⁵⁴ Fiili yapan kişinin hem genel anlamda ama özellikle de o olaya has ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı, eylemi yaparken yaptığı eylem ile ilgili temyiz kudretine sahip olarak mı, olmayarak mı hareket ettiği, her somut olayın özelliklerine göre araştırılması ve belirlenmesi gerekir.²⁵⁵ Zira ayırt etme gücü süreklilik arzeden bir şey değildir.

Kural bu olmakla beraber, biri aile hukukunda diğeri de haksız fiiller alanında olmak üzere iki istisnası vardır. Aile hukukunda evlenme sırasında sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksunluk mutlak butlan sebebi sayılırken (TMK m.145/2), evlenme merasimi sırasında geçici olarak ayırt etme gücünden yoksunluk nispi bir butlan sebebidir. Mer'i hukuk, Medeni Kanun'un 145. ve 148. maddelerinde evlilik sözleşmesinin geçersizliği ile ilgili olarak baştan itibaren geçersiz olan mutlak butlan ile geçersizliği sonradan ileri sürülebilen nispi butlanı ayırmıştır.²⁵⁶ Diğer istisna ise BK m. 59'da öngörülmüştür. Buna göre ayırt etme gücünü geçici olarak kaybedip

²⁵² Akipek vd. *a.g.e.* I, 288.

²⁵³ Ziya Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, Beta, İstanbul 1999, s. 198.

²⁵⁴ Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 57.

²⁵⁵ Akipek vd. *a.g.e.* I, 289.

²⁵⁶ Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s.146.

sonradan temyiz imkânına sahip olan kimse, bu haldeyken vermiş olduğu zarardan kural olarak sorumludur. Bu sorumluluktan kurtulmak istiyorsa, ayırt etme gücünün kaybına yol açan sebepler arasında kendisinin kusuru olmadığını ispat etmek zorundadır.²⁵⁷

Öğretide bazı yazarlara göre; bu nispiyet sadece yaş küçüklüğünde söz konusu olabilir. Yoksa uyurgezerlik, sarhoşluk, uyuşturucu etkisinde olma akıl hastalığı, akıl zayıflığı hallerinde ilgili kişi, bir işlem için ayırt edebilen, başka bir işlem için ayırt edemeyen sayılmaz. Fakat küçük ergin olmasa bile bazı işlemler için ayırt edebilen bazı işlemler için ayırt edemeyen sayılabilir. BGB’de (Alman Medeni Kanunu) ayırt etme gücü terimi yerine, işlem ehliyetsizliği ölçütü için yedi yaşını tamamlamış olma veya iradeyi bertaraf eden marazi ve sürekli bir arıza etkisi altında olma aranmaktadır. (BGB, 104) Geçici olarak ayırt etme gücünden yoksun olan ehliyetsiz olarak nitelenmesi dahi bu sırada yaptığı işlem batıl sayılmaktadır. (BGB, 105/2) Genel olarak Türkiye’deki mer’i hukukçular, BGB’de olduğu gibi yedi yaşını bitirmiş olma ölçütü kabul edilecek yerde, her somut olayda ayırt etme gücü ölçütünü kullanmanın daha yerinde olduğu kanaatindedir.²⁵⁸

İslam hukukçuları da aslında kişi üzerinde kısıtlılığın ortadan kalkması ve bu kişinin sorumlu tutulabilmesi durumunun mutedil olmasıyla yani akla uygun hareket etme kabiliyetiyle ilgili olduğu tespitini yaparlar. Bu tespiti yaptıktan sonra durumun itidali iç dünya ile ilgili olması hasebiyle, dışarıdan buna tam olarak vakıf olmak mümkün olmadığını, bu nedenle İslam hukukunun, görülebilen bir sebebi yani bülüğü bunun yerine koyduğunu belirtirler. Çünkü insanın iç dünyası ile ilgili hususlara vukufiyetin mütazzir olduğu durumlarda onun yerine geçecek görünür bir neden ikame edilir.²⁵⁹ Böylece daha objektif bir unsuru hukuk sistemine dahil etmiş olur ki insandan insana değişmeyen her insanın hayatının bir döneminde yaşadığı bilinen bir unsur ile ehliyetin tespiti mümkün olur.

2.1.2 Ayırt Etme Gücünü Ortadan Kaldıran Sebepler

Medeni kanun belli bazı haller ve sebepler dolayısıyla akla uygun biçimde hareket edemeyen kişinin ayırt etme gücünden yoksun olduğunu kabul eder. (m.13) Ancak TMK. 13 hükmündeki bu haller sayılı(tahdidi) olarak belirtilmiş de değildir.

²⁵⁷ Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 57

²⁵⁸ Hatemi, Oğuztürk, *a.g.e.* s. 19

²⁵⁹ Serahsi, *Mebcut*, XXIV, 159

Medeni Kanun bu anlamda öne çıkan sebepleri tek tek saymış ancak bunların dışında herhangi bir neden bir şahsın temyiz kudretini olumsuz etkilerse bunun da dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Kanunun önceki metninde benzer sebepler ibaresi sarhoşluktan sonra geldiği için bu benzer sebeplerin sadece sarhoşluğa benzeyenler mi yoksa hepsine benzeyenler mi şeklinde tereddüt olmuş²⁶⁰ ise de kanunun, “yada bunlara benzer sebeplerden biriyle” demek suretiyle, bu tereddüdü kaldırmıştır.

2.1.2.1 Yaş Küçüklüğü

Medeni kanun, kişinin hangi yaştan itibaren ayırt etme gücüne sahip bulunduğuna ilişkin bir sınır getirmemiştir. Küçüğün yaşının ayırt etme gücünü etkileyip etkilemediği her olayın özelliğine göre ayrı değerlendirilmesi gerekir. Örneğin 7 yaşındaki bir ilkokul öğrencisinin bir kalem satın alırken ayırt etme gücüne sahip olduğu söylenebilirse de aynı sonuca bu öğrencinin bir ev almaya kalkması halinde varılamaz.²⁶¹

Bazı medeni kanunlar ayırt etme gücüne sahip olma yönünden belirli yaş sınırları getirirler. Örneğin BGB, (Alman Medeni Kanunu) fiil ehliyeti yönünden yedi yaşın tamamlanmasını öngörür. ABGB’de (Avusturya Medeni Kanunu) 21. Paragrafında yedi ila on dokuz yaş arasında derecelendirme yapmıştır. İsviçre federal mahkemesi de değişik kararlarında yaşın ayırt etme gücüne etkisi bakımından kesin bir sayısal sınır konulamayacağını her olaya ayrı bir değerlendirilme yapılması gerektiğini belirtmiştir.²⁶²

İslam hukukunda yaş küçüklüğünün yerini ehliyeti daraltan ve kaldıran unsurlar incelenirken bahsedildiğinden burada kısa bir açıklama ile yetinmek uygun olacaktır. Mecellenin 943. Maddesi şöyledir: “Sağir-i mümeyyiz, bey’ ve şirayı fehm etmeyen yani mülkiyeti, bey’in salib ve şiranın calib olduğunu bilmeyen onda beş aldanmak gibi gabn-i fahiş olduğu zahir olan bir gabni, gabn-i yesirden temyiz ve tefrik eyleyemeyen çocuk olup bunları temyiz eden çocuğa sağir-i mümeyyiz denilir.”

Mecellenin bu maddesi, İslam hukukunda Hanefiler ile birlikte diğer mezheplerin de yaptığı gibi küçüğü, mümeyyiz küçük ve mümeyyiz olmayan küçük olmak üzere iki kısma ayırmaktadır. Buna göre mümeyyiz olmayan küçük alım satım akdini anlamayan kişidir. Gayri mümeyyiz çocuk, alım satımda satılan malın satıcının

²⁶⁰ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, *Kişiler Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1982, s.32.

²⁶¹ Dural, Öğüz, *a.g.e.* s. 55

²⁶² Dural, Öğüz, *a.g.e.* s. 55

mülkiyetinden çıktığını ve müşterinin mülkiyetine girdiğini, paranın da müşterinin elinden çıkıp satıcıya geçtiğini yani satılan mal ile paranın bir elde toplanamayacağını bilmeyen çocuktur. Yine mümeyyiz olmayan çocuk, ağır aldanma ile hafif aldanma arasındaki farkı bilemeyen çocuktur.²⁶³ Çocuğun hacrinin sebebi çocuğun malı üzerinde yararına uygun biçimde tasarruf edemeyeceğinden malını korumak içindir.²⁶⁴

İslam hukukunda genel eğilim yedi yaşına gelen bir şahsın temyiz kudretine sahip olduğu yönündedir. 1860 tarihli mısırlı Muhammed Kadri Paşanın hazırladığı 647 maddelik İslam Aile ve Miras Hukuk Kanununun 494. Maddesi şöyle başlar. “Çocuklarda temyiz yaşı yedi veya daha yukarıdır.”²⁶⁵ Şafî ve Hanbeli mezhebinde çocuğun reşit olduğuna dair hâkim kararı gerekmemektedir. Mâlikî mezhebinde ise çocuğun rüşdü ancak hâkim kararı ile tespit edilir.²⁶⁶ Mâlikiler her bir insanın rüşdünün yargısal bir çaba ile anlaşılması ve tespit edilmesi gerektiği kanaatindedir.

2.1.2.2 Akıl Hastalığı

Bir akıl hastalığının fiil ehliyetini etkileyebilmesi için, ayırt etme gücünü yani kişinin makul surette hareket etme yeteneğini etkileyecek nitelikte olması gerekir.²⁶⁷ Zira her akıl hastalığı ayırt etme gücünü ortadan kaldırmaz. Sara (epilepsi) ve histeri gibi bazı hastalıklarda kriz anları dışında hastalar ruhi ve akli melekelerine tamamen sahiptir. Hâkimin önemle üzerinde durması gereken husus, akıl hastası olduğu saptanmış olan bu kişinin o hukuki fiili yaptığı anda temyiz kudretine sahip bulunup bulunmadığıdır.²⁶⁸

Akıl hastalığının temyiz kudretini kaldıracak nitelikte olmasının istisnası evlenmede görülür.²⁶⁹ Evlenmede temyiz kudretini ortadan kaldırıp kaldırmadığına bakılmaksızın, sağlık kurulu raporu ile evlenmek için bir tıbbi sakınca bulunmadığı belgelenmedikçe, ayırt etme gücünü ortadan kaldırıp kaldırmadığına bakılmaksızın her türlü akıl hastalığı kesin evlenme engeli olarak öngörülmüştür. (TMK 133)

²⁶³ Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, III, 9.

²⁶⁴ İbn Kudâme, *Muğni*, VI, 594.

²⁶⁵ Ahmet Akgündüz, *İslam ve Osmanlı Hukuk Külliyesi; Özel Hukuk-I: Şahsın Hukuku ve Aile Hukuku*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2012, II, 96.

²⁶⁶ İbn Kudâme, *Muğni*, VI, 594.

²⁶⁷ Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 55.

²⁶⁸ Akipek vd. *a.g.e.* I, 291.

²⁶⁹ Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 56.

Esasen eski medeni kanun ile yeni medeni kanun arasında bu konuda farklılık bulunmaktadır. Eski kanunun 89. Maddesi “akıl hastalığından birine müptela olan kimse evlenemez” mutlak hükmünü içeriyordu. Ancak tıbbi gelişmelerin de yardımıyla her akıl hastalığının evlenmeye engel oluşturmadığı anlaşılınca yeni kanun akıl hastalığının evlenmeye engel olup olmadığını tıbbi raporla tespitini isteyip sonucuna göre amel etmeyi getirmiştir.²⁷⁰

Mecelle akıl hastasını mutbik ve gayrı mutbik olarak ikiye ayırmaktadır. Mecelle 944: Mecnun iki kısımdır. Biri mecnun-ı mutbaktır ki cünunu cemi evkatı müstev’ib olan kimsedir. Diğeri mecnunu gayrı mutbaktır ki kâh mecnun olup kâh ifakat bulan kimsedir.

İslam hukukunda akıl hastalığının ehliyeti daraltan ve kaldıran unsurlar arasında bulunduğu daha önce incelendiğinden burada kısa bir açıklama ile yetinmek uygun olacaktır. İslam hukukunda akıl hastalığı temyiz kudretini ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilir. Akıl hastalarına uygulanacak hükümler hastalığın seyri dikkate alınarak değişir. Buna göre akıl hastaları ikiye ayrılmıştır. Birinci kısım akıl hastalığının kesintisiz devam etmesidir. Buna “Cünun-ı mutbik” denmektedir. Bu kesintisizlikle ilgili olarak da dört görüş vardır. Bir görüşe göre kesintisizlik bir yıldan fazla sürmelidir. Diğeri bir görüşe göre bir yıl dört mevsim devam etmelidir. Üçüncü bir görüşe göre bir aylık kesintisiz akıl hastalığı olmalıdır. Son olarak bir gün bir gecelik devam eden akıl hastalığının kesintisiz akıl hastalığı hükümlerinin uygulanması için yeterli görülmesi ise de bu görüş pek revaç bulmamıştır.²⁷¹

Akıl hastalığının bir diğeri kısmi cünun-ı gayrı mutbik olarak isimlendirilen akıl hastalığının geçici olması halidir. Bu durumda şahıs, bazı zamanlar akıl hastalığına yakalanmakta bazı zamanlar da hastalıktan çıkıp normale dönmektedir.²⁷² Bu tür hastalığın seyri ve gidişatı hakkında tabiplerden alınacak rapor ile hâkimin karar vermesi hususu her iki hukuk sistemi tarafından kabul edilmektedir.

2.1.2.3 Akıl Zayıflığı

Akli melekelerin ya yeteri kadar gelişmemiş ya da sonradan zayıflamış olmasına akıl zayıflığı denir.²⁷³ Öğretide akıl zayıflığının akıl hastalıklarının hafif bir

²⁷⁰ Ahmet Kılıçoğlu, *Medeni Kanunumuzun Aile-Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s.7.

²⁷¹ Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, III, 11.

²⁷² Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, III, 10.

²⁷³ Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 56.

derecesi olmadığı ittifakla kabul edilir ise de bazı yazarlar²⁷⁴ buna katılmazlar. Aklın zaafa uğraması hasta olmasından farklı bir durumu ifade eder. Akıl zayıflığı, ya doğumdan itibaren var olan sebeple veya sonradan meydana gelen bir nedenle oluşan akli melekelerde ve akli ve ruhi faaliyetlerde bir yeteneksizlik bir duraklamadır. Diğer bir söyleyişle akıl zayıflığı akli ve ruhi melekelerin normal olarak gelişmemesi veya gerilemesidir. Akıl zayıflığı ayırt etme gücünü kesin olarak ortadan kaldırmaz. Her somut olayda hukuki fiilin yapıldığı anda akıl zayıfı olan kişinin bu zayıflık dolayısıyla ayırt etme gücünden yoksun bulunup bulunmadığının hâkim tarafından araştırılması ve saptanması gerekir.²⁷⁵

İslam hukukunda da cünun denilen akıl hastalığı ile ateh denilen bunama ve akıl zayıflığı olarak kabul edilen iki durum arasında, aynı şeyin farklı dereceleri mi yoksa birbirinden ayrı iki durumu mu ifade ettiği tartışılmıştır. Ateh, genellikle akıl zayıflığı olarak kabul edilerek, akıl hastalığından farklı bir şey olduğu görüşü ağır basmaktadır. Bununla beraber atehi mümeyyiz ve gayrı mümeyyiz olarak iki dereceli kabul edip gayrı mümeyyizleri akıl hastaları ile aynı hükme koyan bir anlayışta olmuştur. Suriye Medeni Kanunun'da bu anlayışa göre düzenleme yaptığı belirtilir.²⁷⁶

2.1.2.4. Sarhoşluk

Sarhoşluk bünyeye giren alkol veya başka bir uyuşturucunun yarattığı etkiden ötürü kişinin ayırt etme gücünün geçici bir süre ortadan kalktığı durumdur.²⁷⁷ İslam hukukunda da sarhoşluk ehliyeti menfi etkileyen bir unsurdur.²⁷⁸

2.1.2.5. Benzer Sebepler

Kanun, temyiz kudretini etkileyen belli başlı öne çıkan nedenleri saydıktan sonra “ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes,” demek suretiyle bu sayılanların tahdidi olmadığını otaya koymaktadır. Hayatın akışı içinde herhangi bir sebeple, kişinin temyiz kudretinden mahrum kaldığı anda yaptığı fiillerle ilgili fiil ehliyetinin temyiz kudretinin bulunmaması nedeniyle tartışmalı hale geleceğinden hâkimin bu durumu araştırıp açığa çıkarması gerekecektir. Benzeri diğer sebepler; kişinin akli ve ruhî melekeleri üzerinde yaptıkları olumsuz etkiler dolayısıyla ayırt etme gücünü ortadan

²⁷⁴ Ömer Uğur Gençcan, *Vesayet Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 351.

²⁷⁵ Akipek vd. *a.g.e.* I, 291.

²⁷⁶ Zerkâ, *a.g.e.* s. 834.

²⁷⁷ Akipek vd. *a.g.e.* I, 291.

²⁷⁸ Zuhaylî, *a.g.e.* VII, 129.

kaldıran sebeplerdir. Bunların neler olduğunu hayatın değişkenliği akışkanlığı içinde tek tek belirleyip saymak mümkün değildir.²⁷⁹

2.1.3 Ayırt Etme Gücünün İspatı ve Yoksunluk Karinesi

Mer'î hukukçular arasında on sekiz yaşını doldurarak ergin olduğu kabul edilenler için karine olarak ayırt etme gücünün varlığı hususunda ittifak vardır. Buna göre; ergin olan kişiler arasında çıkan anlaşmazlıklarda ilke olarak, taraflardan hiç birinin hak veya borç doğuran hukuki işlemin yapıldığı ya da haksız fiilin işlendiği anda ayırt etme gücünün bulunduğu ispat etmeye gerek yoktur. Zira tarafların ergin olması ayırt etme gücüne sahip olduklarını gösterir.²⁸⁰ Ayırt etme gücünün varlığı karinedir. Bu sebeple onun yokluğunu iddia eden ve bundan kendisine haklar çıkartan bir kimse bu iddiasını ispat etmek zorundadır.²⁸¹

Medeni Kanununun 13. maddesinin, “Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.” şeklindeki düzenlemesi, bazı müellifler tarafından ayırt etme karinesinin kanunen koyulduğu şeklinde anlaşılmıştır.²⁸² Buna karşılık başka bir görüşe göre ise ayırt etme gücünün karine olduğu kanunda düzenlenmemiş olup, bu hususun yani ayırt etme gücüne sahip olmanın normal, sahip olmamanın ise istisna olduğu insanlığın genel hayat tecrübelerinden kaynaklanır.²⁸³

TMK. m. 13 hükmünden zımnen ergin olmayan küçüklerin, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunanların veya sarhoşların ayırt etme gücünün bulunmadığı çıkartılır. Bu durumda olan şahıslarla ilgili olarak, ayırt etme gücünden yoksun olduklarına dair karine olduğu kabul edilir. Buna ayırt etme gücünden yoksunluk karinesi denir.²⁸⁴ Ancak ispat yükü konusunda bazı tartışmalar bulunmaktadır. Bazı yazarlar ispat yükü yönünden ayırım yaparlar. Buna göre akıl hastalığı, akıl zayıflığı ve çok küçük yaşta olma hallerinde asıl olan ayırt etme gücünden yoksun olmaktır. Bunun aksini iddia eden yani ayırt etme gücünün varlığını iddia eden bunu ispat etmesi gerekir. Diğer hallerde yani yaş küçüklüğü, akıl hastalığı akıl zayıflığı olmayan kişilerde asıl olan

²⁷⁹ Akipek vd. *a.g.e.* I, 292.

²⁸⁰ Akipek vd. *a.g.e.* I, 293.

²⁸¹ Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 57.

²⁸² Akipek vd. *a.g.e.* I, 293.

²⁸³ Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 57.

²⁸⁴ Akipek vd. *a.g.e.* I, 293.

ayırt etme gücünün varlığıdır. Bu durumda ayırt etme gücünün bulunmadığını ispat bunu iddia edene düşer.²⁸⁵

6098 sayılı Borçlar Kanunu 59 maddesi, önceki Borçlar Kanununun 54. maddesine muvafık olarak şöyle düzenlenmiştir: “Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur.” Bir kimse morfin veya alkol alarak bir haksız fiil işler ise bundan sorumlu olacaktır. Ancak, kendi iradesi olmaksızın örneğin tıbbi bir nedenle kendisine morfin verildiğinde veya kimyasal bir ürün üretilen bir fabrikada koku yoluyla alkole maruz kalmak suretiyle temyiz kudretini yitirirse bu durumda zarardan sorumlu olmayacaktır.²⁸⁶ Hakkaniyet düşüncesiyle konulmuş olan bu hüküm kişinin ayırt etme gücünü kendi kusuruyla geçici olarak kaybetmiş olduğu hallerde uygulanır. Kişinin sorumluluktan kurtulabilmesi için, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybetmesinin kendi kusurundan kaynaklanmadığını da ispat etmesi gerekir.²⁸⁷

İslam hukukunda bu yaklaşıma aykırı bir görüş görülmemektedir. Nitekim bir kişi baliğ olduğunda ondan rüşde aykırı bir iş zuhur etmezse o kişi reşit sayılır.²⁸⁸ İslam hukukunda da kişi kendi iradesi ile örneğin bilerek alkol almak suretiyle temyiz kudretini yitirirse yapmış olduğu iş ve eylemlerden sorumludur.

2.2. Erginlik ve Erginliğin Normal Hali

Medeni Kanun ilk haliyle rüşt terimini kullanırken 2001 değişikliği ile rüşt terimi yerine ergenlik terimini kullanmıştır. Bazı müellifler bu değişikliği eleştirmiştir. “Erginlik, önceki Medeni Kanunda kullanılan rüşt terimi, Alman ve Fransız hukuk dilinde “Volljährigkeit” veya “majorite”den farklı olarak sadece yaş erginliğini değil, manevi bir olgunluğu da ifade etmektedir. İsviçre Medeni Kanunu (ZGB)’de kullanılan “mündigkeit” terimi de böyledir. “Volljährigkeit” terimini daha iyi karşılayan bir kelime bulursa idi daha iyi olurdu. Nasıl vesayet kayımlık, zilyetlik gibi terimler, yeni medeni kanununda alıkonduysa bunlar gibi ve belki de

²⁸⁵ Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 57.

²⁸⁶ Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku: Genel hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 501.

²⁸⁷ Akipek vd. *a.g.e.* I, 294.

²⁸⁸ Cüveynî, *Nihâyetü'l-Matlab*, VI, 439.

daha da benimsenmiş olan temyiz kudreti, mümeyyiz gayrı mümeyyiz rüşd ve reşit terimleri de yerinde bırakılabilir.”²⁸⁹

Medeni Kanununun 11. Maddesi “Erginlik on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlar. Evlenme kişiyi ergin kılar” demek suretiyle rüşd için belli bir yaş doldurmayı ergin (reşit) olmanın normal yolu kabul edilir. Ergin, kanunun gösterdiği yaş dolduran veya kanunda belirtilen başka bir yolla ergin hale getirilen kimsedir.²⁹⁰ Kanununun 12. Maddesi, “on beş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir.” hükmünü getirmekle ergin hale gelmenin bir yolunu daha göstermektedir.

Böylece bir kişinin ergin olabilmesi için üç yol olduğu görülmektedir. İlki belli bir yaşa gelmek. Bir kişinin doğduğu günden itibaren on sekiz yıl geçmeden ergin olamaz. Bu, aslında kişinin on dokuz yaşında ergin olduğu anlamına gelir. Kanun, on dokuz yaşından öncede ergin olabilme imkânı tanımaktadır. Yaş şartını gerçekleştirilmeden ergin olmanın yolu evlilik ve mahkeme yoluyla ergin kılınmaktır.

Toplumlar, erginlik yaşını o ülke toplumunun sosyal ve doğal gereklerini dikkate alarak belirlemeye çalışmaktadır. Örneğin normal erginlik İsviçre, Fransa ve Almanya’da on sekiz yaşın, Avusturya’da on dokuz yaşın doldurulmasıyla başlar. Erginlik yaşının belirlenmesinde sadece doğal faktörler değil, fakat zamanla sosyal faktörler de dikkate alınmaktadır. Bunun açık bir örneğini Almanya ve Fransa’da görülebilir. Nitekim Almanya’da bu yaş başlangıçta yirmibir iken, 1974 yılında yapılan bir değişiklikle on sekiz yaşa indirildi. Aynı yıl Fransa’da da erginlik yaşı yirmibirden on sekize indirildi. Son olarak İsviçre’de yirmi olan erginlik yaşı 1.1.1990 tarihinden geçerli olmak üzere on sekiz yaşa indirilmiş bulunuyor.²⁹¹ Mısır Medeni kanununda rüşd yaşı on dokuz iken sonradan yirmibire yükseltilmiştir. Suriye’de ise yirmibir olan rüşd yaşı sonradan on sekize düşürülmüştür.²⁹²

İslam, rüşd için belirli bir yaş tayin etmemiştir. Zira İslam, bütün zaman ve mekânlar için geçerli ebedi prensipleri koyar. Oysa rüşd, bireyden bireye değiştiği gibi

²⁸⁹ Hatemi, Oğuztürk, *a.g.e.* s. 20.

²⁹⁰ Oğuzman, Seliçi, *a.g.e.* s. 35.

²⁹¹ Akipek vd. *a.g.e.* I, 295.

²⁹² Zerkâ, *a.g.e.* s. 825, 826.

çevresel, sosyal, eğitim öğretim koşulları, genel ahlak ve iktisadi şartlarda değişen bir olgudur.²⁹³

“Yetimleri deneyin evlenme çağına (bülüğa) erdiklerinde, eğer reşit olduklarını görürseniz, kendilerine mallarını verin. (Nisa 6) İslam hukukunda daha önce detaylı bir şekilde belirtildiği gibi, bülüğ ile beraber en azından mâlî konularda kâr ve zararını bilecek düzeyde bir olgunluğa ermek gerekmektedir. Bülüğ her ne kadar rüştün ortaya çıkabileceğine dair bir karine ise de tek başına yeterli değildir. Örneğin Mâlikî fakihlerine göre çocuk ihtilam veya hayız sebebiyle baliğ olsa bile onda rüşt alameti belirmemişse reşit oldukları görülünceye kadar malı kendisine teslim edilmez, alım satım hibe tasarruflarda bulunamaz, sadaka veremez, köle azat edemez. Şayet bu gibi tasarruflarda bulunmuşsa bu tasarruflarla bağlı değildir.²⁹⁴

İslam Hukukunun bu konuda merkeze aldığı ve kesin biçimde ortaya koyduğu husus, bülüğ olmaksızın rüştün olmayacağıdır. Ancak rüşt bazen bülüğle beraber tahakkuk eder, bazen de etmez.²⁹⁵ Mecelle 968. Maddesinde velinin mümeyyiz küçüğe deneme amaçlı bir miktar salahiyet tanıyabileceğini, rüşdü ortaya çıkarsa malının tamamının devredileceğini ifade etmektedir. Buradan anlaşılmaktadır ki mümeyyiz olan kişiye malının teslimi bülüğ ile değil, rüşd ile meşruttur. Mümeyyiz çocuk baliğ olsa bile reşit değilse veya sefihlik varsa malı teslim edilmez. Öyle ki reşit olmayan baliğe malını teslim eden veli, Mecelle 983’e göre buradan doğacak zarardan sorumlu tutulur.²⁹⁶ Mecellenin 981. maddesi “Bir çocuk baliğ oldukça malının kendisine itası hususunda isticlal olunmayıp teeni ile tecrübe olunmalıdır. Reşit olduğu tahakkuk eder ise ol vakit emvali kendisine verilir.” şeklindeki düzenlemesiyle bunu açıkça ifade etmektedir. Çocuk reşit olmaksızın baliğ olursa kısıtlılık hali devam eder. Çocuk bülüğ çağına girdiğinde reşit olmasa, sonradan rüşd sahibi olursa üzerindeki kısıtlılık hali kalkar.²⁹⁷

3 Mayıs 1339 (3 Mayıs 1923) tarihinde çalışmalarına başlayan Kanun-ı Medeni Ukud ve Vacibat Komisyonunun hazırlamayı tasarladığı Kanunu Medenin giriş (medhal) kısmı ile alakalı olarak 2 Haziran / 8 Temmuz 1340./ 1924 tarihleri arasında görüşülen 20 maddelik “Ehliyet ve Arızaları” konulu bir parça bulunmaktadır. Bu 20

²⁹³ Zerkâ, *a.g.e.* s. 826.

²⁹⁴ Sahnûn, *Müdevvene*, IV, 72.

²⁹⁵ Zerkâ, *a.g.e.* s. 824.

²⁹⁶ Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi* III, 32.

²⁹⁷ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 221.

madde de usulü fıkıh eserleri ile fıkıh kitaplarındaki ehliyetle ilgili kısımlar özetlenmiş; ehliyeti daraltan sebeplere modern hukuktakine benzer şekilde yer verilmiştir. En önemlisi de rüşt devresi ile bülüğ devresi ayrımı ortadan kaldırılarak sadece rüşt yaşı tespit edilmiştir.²⁹⁸

Yürürlüğe girmemiş olan bu düzenlemede on beş, on sekiz ve yirmi yaş sınırları getirilerek aşamalı bir durum öngörülmüştür. Bu 20 maddelik tasarının 3. maddesinde yedi yaşını dolduran küçüğün mümeyyiz olduğunun kabul edileceği öngörülmektedir. Düzenlemenin 6. Maddesine göre on beş yaşını dolduran kişi mezun mümeyyiz kabul edilir, dolayısıyla hakkında zararı mahz olmayan hukuki tasarruflarına velisinin rızası olmasa bile itibar edilir. 9. Maddesinde on beş yaşını doldurmamayan kişinin velisi tarafından mezun kılınabileceği belirtilir. Düzenlemeye göre rüşt yaşı yirmiye. Ancak, on sekiz yaşını dolduran hakkında hâkim veliyi de dinledikten sonra rüşt kararı verebilir. On sekiz yaşını doldurmamayan kişinin rüşt iddiası dinlenmez.²⁹⁹ Düzenleme, rüşt için yirmi yaşını doldurmamayı gerekli görürken on sekiz yaşından itibaren kazai rüşde imkân vermektedir.

2.2.1 Evlenme Yoluyla Erginlik

Erken erginlik iki halde söz konusu olabilir. Bunlardan biri evlenmektir. TMK. m.11/II de “evlenme kişiyi ergin kılar” denilmektedir.

Medeni Kanun’un 124. Maddesi, “Erkek veya kadın onyediyi yaşını doldurmadıkça evlenemez. Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak buldukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir.” şeklinde düzenlenmiş ve aynı kanunun 12. maddesi “Küçük, yasal temsilcisinin izni olmadıkça evlenemez.” hükmünü bulundurmaktadır. Buna göre on yedi yaşını doldurmuş çocuk velisinin izniyle evlenebilir. On altı yaşındaki çocuk ise olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple velisinin izni dışında ancak hâkim kararı ile evlenebilir. İşte bu tür durumlarda on altı ve on yedi yaşındaki şahıs ergin kabul edilir.

Evlenmenin henüz normal erginlik yaşına gelmemiş olan küçükleri kendi fiilleriyle kendi leh ve aleyhlerinde hak ve borçlar hak ve borçlar yaratmaya ehliyetli kılması, Türk ve İsviçre hukuk sistemlerine özgü bir özellik değildir. Fransız Medeni

²⁹⁸ Akgündüz, *a.g.e.* II, 87.

²⁹⁹ Akgündüz, *a.g.e.* II, 87, 88, 89

Kanununda da durum aynıdır. Buna karşılık Alman Hukukunda evlenme kişiyi ergin kılmaz.³⁰⁰

2.2.2. Yargı Yoluyla Ergin Kılınma

Ergin kılınma henüz on sekiz yaşını doldurmamış bulunan ayırt etme gücüne sahip bir küçüğün mahkeme kararıyla erginliğine hükmedilmesi demektir. Medeni Kanunun 12. maddesi “On beş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir.” demek suretiyle, erginlikle ilgili asgari yaş sınırını belirlemiş oluyor. Buna göre mer’i hukukta bir kişinin en erken ergin kabul edileceği yaş on beş yaştır ki bu da ancak velinin rızası, küçüğün talebi ve mahkeme kararıyla mümkündür.

Küçüğün velisinin inandırıcı bir sebep olmaksızın razı olmaması, velayet hakkının kötüye kullanılmasını oluşturur. Küçük vesayet altındaysa vesayet dairelerinin izni de gerekir.³⁰¹ Mer’i hukuk bakımından bir kişinin reşit sayılabileceği en küçük yaş böylece on beş olmaktadır. On beş yaşın altındaki kimse yargı yoluyla da reşit kılınamaz. On beşinci yaş insanların genellikle baliğ olduğu ilk yıllara tekabül etmektedir. Böylece mer’i hukuk, on sekiz yaşın altındaki baliğleri ancak rüşdünü yargı yoluyla ispat etmek suretiyle reşit kılmış oluyor.

İslam hukukunda akıl hastalığında olduğu gibi yaş küçüklüğünde de kısıtlama kendiliğinden hâkim kararına gerek olmaksızın sabit olduğundan, kısıtlılığın kalkması da hâkim kararı gerektirmez.³⁰² Bununla beraber normal rüşdün tespiti yargı konusu olabilmektedir. Bir kimse reşit olarak ergenlik dönemine girse bizzat ergenlik dönemine girmekle kısıtlılık kendiliğinden kalkar ve malı kendisine verilir. Zayıf görülen bir görüşe göre kısıtlılığın hâkim tarafından kaldırılması gerekir.³⁰³

Bülüğ çağına gelen bir çocuk rüşdünü iddia etse velisi de bunu kabul etmese üzerindeki kısıtlılık kalkmaz. Zira rüşd çocuğun sözü ile değil deneme ile ortaya çıkacaktır. Ancak Ezraî’ye göre rüşd için bir delil getirdiğinde durum değişir.³⁰⁴

Yukarıda sözü edilen Kanun-ı Medeni Ukud ve Vacibat Komisyonunun hazırladığı metinde on sekiz yaşından sonra kazai rüşde imkân vermektedir. Mecelle,

³⁰⁰ Akipek vd. *a.g.e.* I, 296

³⁰¹ Akipek vd. *a.g.e.* I, 299.

³⁰² Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 221.

³⁰³ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 221.

³⁰⁴ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 216.

989. maddesindeki “Bir mürâhık yahut mürâhika huzurı hâkimde baliğ olduğunu iddia ettikde cüssesinin bülüğa tahammülü olmamak hasebiyle zahiri hal kendisini mükezzib olur ise bu ikrarı tasdik olunmaz. Ve eğer cüssesinin bülüğa tahammülü olup da zahiri hal kendisini tekzib etmez ise tasdik olunur.” şeklindeki düzenlemesiyle, 986. Maddesinde mürâhık diye nitelediği on iki yaşını tamamlamış erkeğe ve mürâhika diye nitelediği dokuz yaşını tamamlamış kıza, yargı yoluyla rüşd imkânı tanımaktadır. Ayrıca Mecelle, 975. Maddesinde bir sağiri mümeyyizin izin konusunda yargıya müracaat etme imkânını getirmiştir.

2.3. Kısıtlı Olmamak

Fiil ehliyetinin diğer şartı kişinin kısıtlı olmamasıdır. Ayırt etme gücü ve erginlik bulunması gereken bir şart iken kısıtlılık bulunmaması gereken bir şarttır. Kişinin fiil ehliyetinin TMK. 405 ve vd. hükümlerinde öngörülen sebeplerden biri nedeniyle mahkeme kararıyla kısmen veya tamamen kaldırılmamış olması gerekir. Sadece ergin olan yani on sekiz yaşını dolduran kimse kısıtlanabilir, küçükler zaten tam fiil ehliyetine sahip olmadıklarından kısıtlanmalarına lüzum yoktur.³⁰⁵ Bunlar velilerinin velayeti altındadır.

2.3.1. Kısıtlılığı ve Vesayeti Gerektiren Haller

Kısıtlama, kanunda gösterilen sayılı sebeplerle bazen kısıtlanan kişinin, bazen de toplumun korunması amacıyla ergin bir kimsenin fiil ehliyetinin mahkeme kararıyla sınırlandırılmasıdır.³⁰⁶ Ergin bir kimsenin kısıtlanması bazen ehliyetin sınırlandırılarak sınırlı ehliyetsiz konuma getirme şeklinde olabilir. Bazen de ergin kabul edilen bir kişinin tam ehliyetsizliğinin tespiti şeklinde de gerçekleşebilir. Hiç kimse kanunda sınırlı olarak sayılmış haller dışındaki her hangi bir sebeple kısıtlanamaz.³⁰⁷ Buna göre kısıtlılık nedenleri, küçüklük, (TMK m. 404) akıl hastalığı veya akıl zayıflığı, (TMK m. 405) savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim (TMK m. 406) ve özgürlüğü bağlayıcı cezadır. (TMK m. 407) Görevlerini yaparlarken vesayeti gerektiren böyle bir hâlin varlığını öğrenen nüfus memurları, idarî makamlar, noterler ve mahkemeler, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar. (TMK 405)

³⁰⁵ Akipek vd. *a.g.e.* I, 300.

³⁰⁶ Gençcan, *a.g.e.* s. 315.

³⁰⁷ Gençcan, *a.g.e.* s. 337.

Kısıtlanmayı ve vasi tayinini gerektiren haller İslam hukukunda hacir başlığı altında ele alınmıştır. Hacir حجر lügat anlamı itibariyle menetmek, engellemek, yasaklamak, haram kılmak anlamlarına gelir.³⁰⁸ Akıl da insanı çirkinliklerden alıkoyduğu için hicr diye tesmiye edilmiştir.³⁰⁹ Terim olarak hacir, yapılan bir işi hükmen engellemedir. Burada fiilin ve varlık âleminde tezahür eden işin duysal anlamda engellenmesi değil, işin hukuki hükmünün engellenmesi, geçerliliğinin men edilmesidir.³¹⁰

Bakara suresi 282. ayetin “ ...üzerinde borç yükü olan kimse akılca zayıf, veya eksik yahut kendisi yazdıramaz durumda olursa velisi adaletle yazdırsın...” kısmı ve “Allah’ın geçiminize dayanak kıldığı mallarınızı aklı ermezlere vermeyin, o mallarla onları besleyin, giydirin ve onlara güzel şeyler söyleyin.” mealindeki Nisa suresi 6. ayeti hacrin İslam hukukundaki temel dayanağı olarak kabul edilmiştir.³¹¹

Fakihler, hacrin tanımını farklı biçimlerde yapsalar da özünde ifade ettikleri şey birbirine yakındır: İbrahim b. Muhammed el Halebi ve Şeyhîzâde, (ö.1078/1667) sözlü tasarrufların geçerliliğinin engellenmesi şeklinde tanımlamıştır.³¹² Şirbini, hacri, mâlî tasarrufların engellenmesi, şeklinde³¹³ tanımlar. İmam Nevevi, “hacir, özel bir sebebin varlığı nedeniyle insanın malında tasarruf etmesinin engellenmesidir” der.³¹⁴ Maverdî, “kişinin kısıtlanmasına hacir denir çünkü mahcur kendi seçimiyle tasarrufatta bulunmaktan men edilmiştir” derken³¹⁵ İbn Kudâme, İnsanın malında zimmetinde tasarrufunun engellenmesi şeklinde tarif eder.³¹⁶ Karâfî ise yine tasarruftan men şeklinde tanımlar.³¹⁷

İslam hukukunda genellikle men edilenin tasarrufatı kavliyye olduğu ifade edilmesinin nedeni bu kişinin fiilen meydana getirdiği fiillerin hukuki sonuç doğurmasıdır. Örneğin birini hamile bırakması, başkasının malını telef etmesi, cinsel ilişkide bulunarak mehrin kesinleşmesi, süt emzirmesine hükmün terettüp etmesi,

³⁰⁸ İbn Manzur el-İfriki, *Lisanu'l Arab*, Dar Sader, Beyrut 1994, IV, 167.

³⁰⁹ Şeyhîzâde, *Mecma*, IV, 50.

³¹⁰ Şeyhîzâde, *Mecma*, IV, 50.

³¹¹ Serahsî, *Mebcut*, XXIV, 158; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 216.

³¹² Şeyhîzâde, *Mecma*, IV, 50.

³¹³ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 210.

³¹⁴ Nevevî, *Mecmû*, XIII, 3.

³¹⁵ Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, VI, 339.

³¹⁶ İbn Kudâme, *Muğni*, VI, 593.

³¹⁷ Karâfî, *Zahîre*, VIII, 229.

odun kesmesi, avlanması bir mal bulması halinde buna sahip olması böyledir. Akıl hastasının bir kasta dayanarak yaptığı hareketlerde eğer bir miktar temyizi varsa fiil kastına muvafık olarak yorumlanır.³¹⁸

İslam hukukunda da hacirin konuluş amacı gözetilerek iki kısma ayrıldığı görürüz. Buna göre hacir bazen mahcurun maslahatı gözetilerek konur bazen de mahcurun dışında başkalarının veya umumun maslahatı gözetilerek hacredilir. İflas, rehin, ölüm hastalığına yakalanmak başkalarının yararı gözetilerek yapılan hacir işlemidir. Çocuğun, akıl hastasının ve bazen mübezzir diye isimlendirilen sefihin hacirinden amaç ise kendi yararlarıdır.³¹⁹ El-Mecmu-u Şerhu'l-Mühezzeb'de sekiz hacir sebebi sayılır. Bu sebeplerin üçü mahcurun haklarına müteveccih iken beşi başkalarının haklarını korumaya müteveccihdir. Kendi hakları için hacredilenler çocuk, akıl hastası ve sefihtir. Başkalarının hakkı için hacredilenler ise şunlardır. Müflis alacaklıların hakkı için, ölüm döşeğindeki hasta varislerin hakkı için, köle ve mükateb kölenin sahibi için ve mürted müslümanların hakkı için hacredilir.³²⁰ İbn Kudâme de benzer bir ayırım yaparak kendi hakkı zayi olmasın diye hacredilenlerin çocuk, mecnun ve sefih olduğunu belirtiyor.³²¹ Havi'l Kebir'de yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sefeh, iflas, hastalık, mürtedlik, kölelik ve kitabe olmak üzere sekiz hacir nedeni sayılır ve çocuğun akıl hastasının ve sefihin kendi hakkı kaybolmasın diye hacredildiğini, mükatebin hacrinde ortak yarar olduğunu, diğerlerinin ise başkalarının yararı gözetilerek hacredildiğini belirtir.³²² Mâverdî, mükatep ile mümeyyiz küçüğün hacrinde hem kendi yararı hem de başkasının yararının gözetildiğini ifade eder.³²³

Ebû Hanife'ye göre hacir sebebi üçtür, dördüncüsü yoktur. Bunlar, çocukluk, akıl hastalığı ve köleliktir. Züfer de bu görüştedir. İmam Ebû Yusuf, İmam Muhammed ve İmam Şafî ve fakihlerin geneli, sefeh, tebzir, gücü yettiği halde borcu ödememek, alacaklıların talebiyle bağlı olarak ticarete malı ziyan etmesinden endişe edilen kişi ve alacaklısından mal kaçırmak için borçlanan kişilerin fiilleri hacir sebebidir.³²⁴

³¹⁸ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 215.

³¹⁹ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 215.

³²⁰ Nevevî, *Mecmû*, XIII, 3.

³²¹ İbn Kudâme, *Muğni*, VI, 593.

³²² Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, VI, 342.

³²³ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 215.

³²⁴ Alaüddin Ebû Bekr b. Mes'ud b. Ahmed el-Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâ'i fî Tertîbi's-Şerâ'i*, 2. Baskı, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1986, VII, 169.

Havi'l Kebir'de hacir işlemi, hacrin konulması için hâkim kararının gerekip gerekmediği yönünden üç kısma ayrılır. Buna göre; ancak hâkim kararı ile sabit olan hacir ki bunlar sefihin ve müflisin hacridir. Hacrin uygulanması için hâkim kararı gerekmeyen hacir, küçüğün, akıl hastasının, ölüm döşeğindeki hastanın, kölenin ve mükatebin hacridir. Hâkim kararına gerek olup olmadığı konusunda ihtilaf olan hacir ise mürtedin hacridir.³²⁵

İbn Kudâme ise konulan hacrin kaldırılması bakımından hacri üçe ayırır. Buna göre: 1- Hâkim kararı gerektirmeden kalkan hacir. Ki bu akıl hastasının hacridir. 2- Ancak hâkim kararı ile kalkan hacir; sefihin hacri böyledir. 3- Hâkimin hükmüne ihtiyaç olma konusunda ihtilaf olandır ki buda çocuğun hacridir.³²⁶

İmam Mâlik'e göre; çocuk, sefih, köle, müflis, hasta ve evli kadın olmak üzere altı kişiye hacir konulabilir.³²⁷ Zahîre'de ise bunlara iflas ve irdidat eklenmek suretiyle çocuk, cünun, tebzir, kölelik, iflas ölüm hastalığı, nikâh ve mürtedlik hacir sebebi sayılmaktadır.³²⁸

Mer'i hukukta vesayet altına konulma ile kısıtlama aynı şey değildir. Menfaatlerinin korunması bakımından daha yararlı olduğu için kısıtlanmış kişiler vesayet altına konulmayabilir. Bunlar vesayet altına alınabileceği gibi velayet altında bırakılabilir. Nitekim kısıtlanan ergin çocuklar kural olarak vesayet altına alınmayıp velayet altında bırakılır. Kişisel ve akçalı yararlarını koruma gücünden yoksun olup velayet altında bulunmayan küçükler, vesayet altına konulduğu halde kısıtlanmış değildir. Nitekim velayet altında bulunmayan her küçük kısıtlanmayıp vesayet altına alınır. Başka bir anlatımla velisi bulunmayan küçük kısıtlı değildir.³²⁹

Aynı maksatlar güdüldüğünde hukuk sistemleri benzer sonuçlara ulaşabilmektedir. Kısıtlılık müessesinin meşru kılınma gayesi birbirine çok yakın hatta aynı olduğundan, bu gayeyi tahakkuk ettirecek kısıtlama nedenleri her iki hukuk sisteminde birbirine çok yakındır.³³⁰

³²⁵ Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, VI, 342

³²⁶ İbn Kudâme, *Muğnî*, VI, 595.

³²⁷ İbn Rüşd, *a.g.e.* s. 624.

³²⁸ Karâfî, *Zahîre*, VIII, 229.

³²⁹ Gençcan, *a.g.e.* s. 315.

³³⁰ Orhan Çeker, *İslam Hukukunda Çocuk*, Kayıhan Yayınları, İstanbul 1990, s. 105

2.3.1.1. Küçüklük

Küçüklük, hem mer'i hukuk sisteminde hem de İslam hukukunda kısıtlanma nedenidir. Her iki hukuk sisteminde küçüğün işlerini veli veya vasi diye isimlendirilen kişiler görür.

2.3.1.1.1. Mer'i Hukukta Veli ve Vasilik

Her iki hukuk sistemi de yaşı küçük çocukların hukuki menfaatlerinin korumasını çocuğa bırakmaz. Mer'i hukuk, bunun için velayet ve vesayet diye isimlendirdiği müesseseyi getirmiştir. Küçüklerin korunması öncelikle velayet kurumu ile gerçekleştirilir. Ancak bir sebeple velayet kurumu oluşmuyor veya çocuğun hakların korumuyorsa bu durumda vesayet kurumu gündeme gelir. Küçükler için asıl olan velayet altında bulunmaktır. Başka bir anlatımla çocuklar için velayet asıl, vesayet ise istisna sayılır.³³¹

Medeni kanun, kural olarak ergin olmayan çocuğun ana ve babasının velayeti altında tutar. Yasal sebep olmadıkça velayet ana babadan alınmaz. (TMK.m.335) Ana baba bu velayet hak ve vazifesini birlikte deruhte ederler. (TMK 336) Evlilik birliği devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanır. Ortak hayata son verilmiş, boşanma veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti çocuğun menfaatini dikkate alarak eşlerden birine verebilir. Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir. (TMK m. 336) Çocuk nikâh dışı doğmuş ve ana ve baba evlenmemişse velâyet anaya aittir. Şayet ananın kendisinin küçük olması veya kısıtlı olmak gibi bir nedenden dolayı velayet görevini yapamıyorsa, velâyet kendisinden alınmışsa veya ölmüşse hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velâyeti babaya verir. (TMK m. 337) Küçük velayet altında değilse mahkeme tarafından bir vasi atanmak suretiyle vesayet altına alınır.(TMK m.404)

Kanun, küçüğün kişisel ve paraya dair işlerinde menfaatinin korunmasını öncelikle velayet kurumu ile sağlamaya çalışıyor. Ancak bazen farklı nedenlerle velinin yani anne veya babanın olmaması veya velinin bu işi yapabilmek için uygun olmaması hallerinde vesayet kurumu gündeme geliyor. Bu tür durumlarda devlet yargı erki yoluyla küçüklere vasi tayin ediyor. Yani mer'i hukukta veli sadece anne ve babadır. Bunların dışında hiç kimse veli olamaz. Devletin yargı yoluyla atadığı kimseye veli değil vasi denir.

³³¹Gençcan, *a.g.e.* s. 282.

Velayet altında bulunmayan her küçük vesayet altına alınır. Başka bir anlatımla velayet altında bulunmayan her küçüğe bir vasi atanır.³³² Vesayet, sadece, kişisel ve akçalı yararlarını koruma gücünden yoksun olup velayet altında bulunmayan küçükler için değil, erginlik yaşını geçtiği halde menfaatlerinin korunması bakımından daha yararlı olduğu için kısıtlanmış kişilerin de korunması için kanunca yapılandırılmış bir kurumdur.³³³

Vesayet nedenleri ortaya çıktığında vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesi, gecikmeksizin vasi atamakla yükümlüdür. Gerek duyulduğunda henüz ergin olmayanların da kısıtlanmasına karar verilebilir; ancak, kısıtlama kararı ergin olduktan sonra sonuç doğurur. Kısıtlanan ergin çocuklar kural olarak vesayet altına alınmayıp velâyet altında bırakılır. Henüz on sekiz yaşını doldurmamış bir çocuğun menfaati gerektiriyor ve bu konuda bir ihtiyaç hâsıl olmuşsa bu durumda çocuk hacredilir ancak kendisine yeni bir veli atamak gerekmez. Halen velisi olan kişi ve kişilerin velayeti devam eder. (TMK.419)

Hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe kural olarak kısıtlanan ergin çocuklar ana ve babanın velayeti altında kalırlar. Kısıtlama, fiil ehliyetini sınırlandırma amacıyla yapılmakta olup ergin kişiler hakkında verilir. Küçüğün vesayet altına alınması ise onun kısıtlanması anlamına gelmez. Fiil ehliyeti tam olmayan küçüklerin kısıtlanmasına zaten gerek de yoktur. Küçüğün vesayet altına alınarak kendisine vasi atanması yeterlidir. Başka bir anlatımla ayrıca kısıtlama kararı verilmesine sebep ve ihtiyaç yoktur. Küçüklük kısıtlanmayı gerektiren bir durum değildir. Gerek duyulduğunda, henüz ergin olmayanların da kısıtlanmasına karar verilebilirse de kısıtlama kararı ancak ergin olduktan sonra sonuç doğurur.³³⁴

Ana ve babasının koruyamadığı her küçük kısıtlama altına alınır. Küçüğün ana ve babası öldüğünde, hakkında gaiplik kararı verildiğinde, kısıtlama kararı verildiğinde veya ana babanın belirlenemediği durumlarda küçük korunamayacaktır.³³⁵ Böyle bir durumda çocuğun başıboş sahipsiz kalmaması için bir vasi atanması gerekecektir. Yargıtay bir kararında şöyle der: "...Anababanın ölümü ile velisiz kalan 1997 doğumlu küçük kübra, vesayet altına alınmıştır. Bu karar kaldırılmamıştır. Vasinin ölmüş olması vasilik görevini sona erdiren bir sebep olup

³³²Gençcan, *a.g.e.* s. 284.

³³³Gençcan, *a.g.e.* s. 283.

³³⁴Gençcan, *a.g.e.* s. 284.

³³⁵Gençcan, *a.g.e.* s. 284.

(TMK 479), küçükler üzerindeki vesayeti kaldırmaz. Küçük üzerindeki vesayet onun ergin olmasıyla kalkar...³³⁶

Boşanma sonucunda velayet hakkı verilen ana ya da baba ölür veya bundan velayet hakkı kaldırılır veya yeniden evlenir veya başka yere taşınır veya ana babadan biri öldükten sonra sağ kalandan velayet kaldırılırsa küçüğe vasi atanır.³³⁷ Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak buldukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler.(TMK 182)

Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır. Hâkim, talep olduğu takdirde irat biçiminde ödenmesine karar verilen bu giderlerin gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir. Ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması hâlinde hâkim, re'sen veya ana ve babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır. (TMK 183)

Medeni kanununun 348. Maddesi ana babadan velayetin kaldırılması ile ilgili hükümleri düzenler. Buna göre: Çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hâkim şu iki halde velâyetin kaldırılmasına karar verir: İlki, ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, özürlü olması, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velâyet görevini gereği gibi yerine getirememesidir. İkincisi, ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklamasıdır.

Velâyet ana ve babanın her ikisinden kaldırılırsa çocuğa bir vasi atanır. Kararda aksi belirtilmedikçe, velâyetin kaldırılması mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsar. Esasen velâyete sahip ana veya babanın yeniden evlenmesi, velâyetin kaldırılmasını gerektirmez. Ancak, çocuğun menfaati gerektirdiğinde velâyet sahibi değiştirilebileceği gibi, durum ve koşullara göre velâyet kaldırılarak çocuğa vasi de atanabilir. (TMK 349)

³³⁶ Y2HD, 09.10.2007, 18506-13641, Gençcan, *a.g.e.* s. 286

³³⁷ Gençcan, *a.g.e.* s. 285.

Velâyetin kaldırılması hâlinde ana ve babanın çocuklarının bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülükleri devam eder. Ana ve baba ile çocuğun ödeme gücü yoksa bu giderler devletçe karşılanır. Nafakaya ilişkin hükümler saklıdır. (TMK 350) Durumun değişmesi hâlinde, çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerin yeni koşullara uydurulması gerekir. Velâyetin kaldırılmasını gerektiren sebep ortadan kalkmışsa hâkim, re'sen ya da ana veya babanın istemi üzerine velâyeti geri verir. (TMK 351) Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır. (TMK 346) Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş hâlde kalırsa hâkim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir. Çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa, ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine hâkim aynı önlemleri alabilir. Ana ve baba ile çocuğun ödeme gücü yoksa bu önlemlerin gerektirdiği giderler devletçe karşılanır. Nafakaya ilişkin hükümler saklıdır.(TMK 347)

Çocukta tedavisi mümkün olmayan bir hastalığın mevcudiyeti gibi on sekiz yaşından sonrada devam edecek bir kısıtlanma gerekçesi varsa ergin olduktan sonra kısıtlama kararının şimdiden verilmesini gerektiren herhangi bir sebep yoksa vesayet makamı tarafından kısıtlama kararı verilemez.³³⁸ Kısıtlanan ergin çocuklar kural olarak vesayet altına alınmayıp velayet altında bırakılır. (TMK md. 419/son) On sekiz yaşını doldurarak ergin olacak çocukların velayet altında bırakılabilmesi için öncelikle haklarında kısıtlama kararı verilmelidir.³³⁹

Medeni Kanun, kısıtlanan ergin çocukları vesayet altına almayıp velayet altında bırakmakla birlikte, on sekiz yaşını doldurduğu halde bir sebeple kısıtlanan çocuğun velayeti ile küçüğe ilişkin velayet tamamen aynı şey değildir. Başka bir anlatımla kısıtlıya ilişkin velayet doğumla kazanılan ve bu sebeple ana babanın şahsında doğan bir hak değildir. Örneğin, küçüklerin yerleşim yeri (ikametgâh) ana babanın yerleşim yeri olduğu halde, kısıtlanmış ergin çocukların yerleşim yeri ana babanın değil, velayet altına konulan kısıtlının yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesinin (vesayet makamı) bulunduğu yer olabilmektedir. Bu konuda Yargıtay'ın zaman zaman farklı

³³⁸Gençcan, *a.g.e.* s. 327.

³³⁹Gençcan, *a.g.e.* s. 329.

uygulamaları olmuştur. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi önceleri kısıtlanan ergin çocuklar velayet altında bırakıldığında vesayet hükümleri değil velayet hükümleri uygulanmalı görüşünde iken daha sonraları velayet hükümleri değil vesayet hükümleri uygulanmalı görüşüne meyletmiştir. Daha sonra bu görüşünden eski görüşüne dönmüştür.³⁴⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da verdiği bir kararda dairenin bu son kararını teyit etmiştir.³⁴¹

İslam hukukunda çocukluk kısıtlanma için müstakil bir sebeptir.³⁴² Yaş küçüklüğünü bütün mezhepler kısıtlılık sebebi olarak görürler.³⁴³ Küçüklük hacir sebebi olarak kabul edilmesinin temel nedeni, gayr-ı mümeyyiz küçüğün akli melekesinin olmayışı, mümeyyiz küçüğün ise aklının nakıs olmasındandır. Her iki durumda zarar muhtemeldir. Dolayısıyla tasarrufunun sıhhati, küçüğün maslahatı gözetilerek velisi tarafından izin verilmesine bağlıdır.³⁴⁴

Mecelle, küçüğü, akıl hastasını ve akıl zayıflığı olan kimseyi aynı maddede düzenlemekte ve ‘zaten’ mahcur kabul etmektedir. Mecellenin 957. Maddesi, “Sağır ve mecnun ve ma’tuh zaten mahcurlardır.” şeklindeki düzenlemesiyle çocukların kısıtlılık altında bulduklarını, bunun için ayrıca hâkim kararına ihtiyaç olmadığını belirtmektedir.

2.3.1.1.2. İslam Hukukunda Veli ve Vasi

Velayetin içerdiği yetkiler iki bölüme ayrılır. İlki velayet altında olan şahsın bizzat kendisine taalluk eden evlendirmek, eğitim öğretimiyle ilgilenmek, gerektiğinde tedavi edilmesini sağlamak veya bir işle meşgul olmasını temin etmek gibi işlerdir. Diğer bölüm ise kişinin ihtiyaçları için malından harcama yapmak, ekonomik ve mâlî işleri ile ilgili akit ve tasarruflarda bulunmak gibi işleri idare etmektir. Buradan hareketle İslam hukukunda velayet, mal üzerindeki velayet ve şahıs üzerindeki velayet olmak üzere ikiye ayrılmıştır.³⁴⁵ Burada konu edilen husus mâlî işler ilgili velayettir. Mer’i hukukta böyle bir ayırım bulunmamaktadır.

Mecelle şarihi Ali Haydar Efendi, mecellenin velayetle ilgili kısmını şerh ederken veliyi üçe ayırır. Bunların ilki hem nikâhta hem malda veli olandır.

³⁴⁰Gençcan, *a.g.e.* s. 330, 332, 333.

³⁴¹YHGK. 5.4.1989 146-239. Gençcan, *a.g.e.* s. 336.

³⁴²Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 216.

³⁴³Serahsî, *Mebcut*, XXIV, 157, Karâfî, *Zahîre*, VIII, 229, İbn Kudâme, *Muğni*, VI, 594.

³⁴⁴Şeyhîzâde, *Mecma*, IV, 50, 51

³⁴⁵Zerkâ, *a.g.e.* s. 793.

İkincisi yalnız nikâhta, üçüncüsü ise yalnız malda veli olandır ki bu sonuncusu vasiden ibarettir.³⁴⁶ Medeni Kanun, İslam hukukundan kalan birçok terimi değiştirdiği halde vasi ve vesayet kavramlarını kullanmaya devam etmiştir.

Şafiî fıkında çocuğun velisi öncelikle babasıdır. Sonra her ne kadar yukarıya doğru çıksa da baba cihetinden dedesidir. Daha sonra bunlardan en son ölenin vasiyet ettiği kişi ve hâkim gelir.³⁴⁷ Mâlikî mezhebinde de aynı tertip bulunmaktadır.³⁴⁸ En sahih kavle göre anne veli olamaz. Baba ve dedenin görünürde adil olmaları yeterlidir. Bunlar fasık kimseler ise hâkim malı bu ikisinin elinden alır. Velilerin sıralanışı bakımından akıl hastasının hükmü çocuğun hükmü gibidir. Sefih olduğu halde baliğ olan kişinin durumu da böyledir.³⁴⁹ Başka bir ifadeyle sefih olduğu halde rüş çığına giren kimsenin velisi daha önce velisi olan kişidir.³⁵⁰ Kişi akıl hastası olarak baliğ olsa velisi yine önceki velisidir. Ancak sonradan ortaya çıkan akıl hastalığı nedeniyle kişi hacredilirse bunun velisi babasını yoksa hâkim midir, bu durum tartışmalıdır.³⁵¹

“Sultan (kamu otoritesi) velisi olmayanın velisidir.”³⁵² Bu hadisi şerif, toplumsal anlamda sahibi olmayan kimselere devletin sahip çıkıp haklarını korumasını bir yükümlülük olarak ortaya koymaktadır. Bu nedenle akıl hastasını uzak velisi değil hâkim evlendirir.³⁵³

Sefihlik, yani düzgün mâlî tasarrufta bulunamama sebebiyle kısıtlılık hali sonradan meydana gelirse, bu şahsın velisi hâkim olur. Çünkü onun hakkında yeniden kısıtlılık kararı veren odur. Zira baba vb. kimselerin velayeti ortadan kalkmıştır. Sonradan meydana gelen akıl hastalığı durumunda şahsın velisi küçüklükteki velisidir ki bunlar baba ve dededir. Zayıf bir görüşe göre ise velisi hâkimdir. Akıl hastası ile sefih arasındaki fark şudur. Deliliğin aksine sefihlik içtihadı tabi bir konu olduğundan hâkimin inceleme ve araştırma yapması gerekir.³⁵⁴ Böylece İslam hukuku akıl hastalığını hâkimin inceleme alanından çıkarmakta ve sübutu kesin olan akıl hastalığını sefihlikten ayırmaktadır. Mecellenin bu konudaki düzenlemesi şu

³⁴⁶ Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi* I, 83

³⁴⁷ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 226.

³⁴⁸ Karâfî, *Zahîre*, VIII, 240.

³⁴⁹ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 226.

³⁵⁰ Cüveynî, *Nihâyetü'l-Matlab*, VI, 439.

³⁵¹ Cüveynî, *a.g.e.*, VI, 441.

³⁵² Tirmizî, *Nikâh* 14; Hâkim, *Müstedrek*, II, 168.

³⁵³ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 215.

³⁵⁴ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 222.

şekildedir: 990. Madde: Sefihi mahcur muamelatta sağiri mümeyyiz gibidir. Fakat sefihin velisi ancak hâkimdir. Onun üzerine babave ceddinin vasilerinin hakkı velayeti yoktur.³⁵⁵

Çocuk ve akıl hastasının mâlî konulardaki velisi, ancak babası o yoksa babanın tayin ettiği vasidir. Oda yoksa hâkim bunlara velayet eder. Büluğ çağına gelmeden sefih olduğu anlaşılıp bülüğdan sonrada sefahi nedeniyle haciri devam ediyorsa bunun velisi, sırasıyla baba, vasi ve hâkimdir. Ancak bülüğundan sonra hacir yenilenmişse bu durumda sadece hâkim mahcurun malına bakar.³⁵⁶

Doğru kabul edilen görüşe göre nikâh velayetinde olduğu gibi mâlî konularda da anne velayeti üstlenemez. Diğer bir görüşe göre baba ve dededen sonra anne çocuğun velayetini üstlenebilir ve baba ile dedenin vasilerinden önce gelir. Çünkü çocuğa karşı tam bir şefkat hissiyle doludur. Aynı şekilde erkek kardeş ve amca gibi diğer erkek yakınlarının da çocuğun malı üzerinde velayet yetkileri yoktur. Bununla birlikte söz konusu kişilerin velayeti olmasa bile çocuğun eğitim ve öğretimi için onun malvarlığından harcama yapabilir. Sefihin durumu böyledir. Azda olsa temyiz kudreti olan akıl hastası da böyledir.³⁵⁷

İslam hukukunda, kişi ölmeden önce velisi bulunduğu kişiler için vasi tayin edebilir.³⁵⁸ Dilerse birden fazla kişiyi de vasi tayin edebilir.³⁵⁹ Vasiler arasında ihtilaf çıktığında yargı müdahil olacaktır. Annenin veli olabileceğini kabul edenler bakımından annenin vasi tayini de geçerli değildir.³⁶⁰

Mecellenin Hanefî mezhebine uygun olarak düzenlenen ve Reddül Muhtarın lafzından nerdeyse birebir alınan³⁶¹ 974. maddesi şöyledir: “Sağirin bu bapta velisi evvelen babası, saniyen, babası fevt olmuş ise vasii muhtarı yani babasının hayatında nasb ve ihtiyar etmiş olduğu vasi, salisen, vasiyyi muhtar dahi vefat ederse onun hali hayatında nasb eylediği vasi, rabian, cediti sahihi yani sağirin babasının babası yahut babasının basının babası, hamisen, iş bu ceddin hali hayatında ihtiyar ve nasb etmiş olduğu vasi, sadisen, ol vasinin nasb eylediği vasi sabian hâkim yahut vasiyyi

³⁵⁵ Mesud Efendi, *Mirati Mecelle*, s.354.

³⁵⁶ İbn Kudâme, *Muğni*, VI, 612.

³⁵⁷ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtac*, II, 226.

³⁵⁸ Cüveynî, *Nihâyetü'l-Matlab*, XI, 355.

³⁵⁹ Cüveynî, *Nihâyetü'l-Matlab*, XI, 357.

³⁶⁰ Cüveynî, *Nihâyetü'l-Matlab*, XI, 356.

³⁶¹ Mesud Efendi, *Mirati Mecelle*, s. 349.

mensubu yani hâkimin nasb eylediği vasidir. Amma karındaşı ve amca sair akrabanın vasi olmadıkları halde izin vermeleri caiz olmaz”

Görüldüğü gibi madde, babanın velayetini kabul ettikten sonra babanın çocukların mâlî işlerini idare için seçtiği kişiye vasi diyerek babadan sonra velayet vazifesini bunlara bırakmaktadır. Maddenin sıralamasıyla biri velayet görevini yerine getiremediğinde sırayla diğerine geçmek üzere bu görevi şunlar yerine getirecektir. 1- Baba, 2- Babanın seçtiği vasi, 3- Vasinin seçtiği vasi, 4- Ceddi sahih yani baba tarafından dede, 5- Dedenin seçtiği vasi, 6- Dedenin seçtiği vasinin seçtiği vasi, 7- Hâkim veya hâkimin seçtiği vasi. Matuhun velisi de bu sırayla oluşur.³⁶²

Mecellenin sisteminde vasi iki çeşittir. İlki baba veya dede gibi küçüğün velisi tarafından seçilip tayin edilen kişidir. Diğerisi ise vasiyi mensubdur ki bunu hâkim atar.³⁶³ Mer’i hukukta velinin kendisinden sonra vesayet kurumuna müdahalesi söz konusu değildir.

Küçüklerle ilgili tasarruf üçe ayrılır. Birisi velayet kabilinden olan tasarruftur ki buna veliden başkası mâlik değildir. Nikâhlama, önemli malların alım satımı böyledir. İkincisi küçüğe gerekli olan yiyecek giyecek ve benzeri zorunlu ihtiyaçların giderilmesi için yapılan harcama ve miktarı küçük zorunlu satış işlemleridir. Eğer küçük bakımı ve gözetimi altında ise bunları kardeş, amca, anne gibi kimseler de yapabilir. Üçüncü çeşit tasarruf ise mer’i hukukta tek taraflı edim yükleyen sözleşme olarak nitelenen, nef’i mahz olan tasarrufattır. Baba ve sair velilerin yanısıra küçük, bunların bakım ve gözetiminde ise hibeyi kabul gibi işlemleri de kardeş, amca, anne yapabilir.³⁶⁴

974. Madde’de sayılan veliler üç çeşit tasarrufa sahip iken diğerleri sadece son iki çeşit tasarrufa sahiptir. Maddedeki veliler velayet işlerini yapmak için kendilerinin gözetiminde olmasa bile bu işlemleri yapabilirken, diğerleri son iki tür işleri ancak küçük kendi bakım ve gözetimleri altında ise yapabilir.³⁶⁵ Sefih olan babanın küçüğün malında tasarruf hakkı yoktur. Hâkim atama şeklinde görevi olmayan valinin sağire

³⁶² Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, III, 44.

³⁶³ Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, III, 43.

³⁶⁴ Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, III, 43.

³⁶⁵ Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, III,43.

izin verme yetkisi yoktur.³⁶⁶ Veli veya vasi belirleme işinin yargısal bir faaliyeti gerektirdiği hem mer'î hukukta hem İslam hukukunda kabul edilmektedir.

Matuh kimse, gerek tasarruflarında gerekse velisi ve onun izni konusunda mümeyyiz küçük gibidir.³⁶⁷ Matuh olarak baliğ olup temyiz kudreti bulunan şahsın velisi babasıdır. Babası isterse ona izin de verebilir. Fakat akıllı olarak baliğ olduktan sonra matuh olan kimse hakkında Ebû Yusuf'a göre hâkim dışındaki velisine velayet hakkı geri dönmez. Bu kişiye velayet hâkime ait olacağından, buna izin vermek yetkisi sadece hâkime aittir. Pederi gibi diğer velisi de izin veremez. Fıkhi kurala uygun olan budur. Ancak Muhammed'e göre, velayet hakkı veliye geri döner ve bu matuha babası gibi diğer velileri de izin verebilir. Bu hükme istihsan yoluyla varılır. Akıl hastası olarak bülüğ çağına gelenin üzerindeki velayet hakkı mesela baba gibi velisine ait ise de baliğ olduktan sonra akıl hastası olsa Ebû Yusuf'a göre velayet hakkı geri dönmeyip hâkime ait olur, İmam Muhammed'e göre yine pederi gibi velisine ait olur.³⁶⁸

2.3.1.1.3 Mer'î Hukukta ve İslam Hukukunda Veli ve Vasinin Denetlenmesi

Gerek İslam hukuku gerekse mer'î hukuk, vasinin ve kimi durumlarda velinin işlemlerinin hâkim tarafından denetlenmesini mümkün kılmaktadır. Mer'î hukukta kanun, öncelikle vasinin kararları için vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesine şikâyet usulünü getirmiştir. Vesayet altındaki şahıs ve her ilgili, vasiyi sulh hukuk mahkemesine şikâyet edebilir. Sulh hukuk mahkemelerinin kararlarını da denetim makamı olarak gördüğü asliye hukuk mahkemelerinde itiraza açık hale getirmiştir. İtiraz müessesesi ile hâkim kararından ikna olmayan tarafların, olayı, bir başka hâkime daha taşınması mümkün olmuştur.

Medeni Kanun, kısıtlıyla ilgili işleri önem sırasına ve ilişkinin niteliğine, taraflarına göre ikiye ayırmıştır. Kısıtlı için çok önemli olan veya kısıtlının zarara uğraması ihtimalinin kuvvetli olduğu hallerde vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesinin izninden sonra denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesinin iznini de şart koşturmuştur. Böylelikle önemli olan konularda iki hâkimin olayı değerlendirip denetleyebilmesine imkân tanımıştır.

³⁶⁶ Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, III, 45.

³⁶⁷ Mesud Efendi, *Miratı Mecelle*, s. 351.

³⁶⁸ Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, III, 47.

Taşınmazların alımı, satımı, rehnedilmesi ve bunlar üzerinde başka bir aynî hak kurulması, olağan yönetim ve işletme ihtiyaçları dışında kalan taşınır veya diğer hak ve değerlerin alımı, satımı, devri ve rehnedilmesi, olağan yönetim sınırlarını aşan yapı işleri, ödünç verme ve alma, bir yıl veya daha uzun süreli ürün ve üç yıl veya daha uzun süreli taşınmaz kirası sözleşmeleri yapılması, vesayet altındaki kişinin bir sanat veya meslekle uğraşması, vesayet altındaki kişinin yerleşim yerinin değiştirilmesi çıraklık sözleşmesi yapılması, işleri Sulh Hukuk Mahkemesinin izni ve onayıyla yapılabilir.

Vesayet altındaki kişinin evlât edinmesi veya evlât edinilmesi, vesayet altındaki kişinin vatandaşlığa girmesi veya çıkması, bir işletmenin devralınması veya tasfiyesi, kişisel sorumluluğu gerektiren bir ortaklığa girilmesi veya önemli bir sermaye ile bir şirkete ortak olunması, mirasın kabulü, reddi veya miras sözleşmesi yapılması, küçüğün ergin kılınması, işlemleri yapılırken sulh hukuk mahkemesinin izninden sonra denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesinin de izni alınır. Böylelikle bu konularda iki hâkimin yapılmak istenen işlemin yerindeliğini değerlendirip denetleyebilmesine imkân tanımıştır.

İslam hukukunda çocuk, bülüğ çağına girse bile tasarruf etmek üzere malı kendisine verilmez. Çocuğun mâlî konularda yerli yerinde tasarruf edip edemediği anlaşılıncaya kadar denenir. Eğer reşit olduğu anlaşılırsa malları kendisine teslim edilir.³⁶⁹ Deneme, o kişinin şartlarına uygun biçimde olmalıdır.³⁷⁰

Veli ancak kısıtlının maslahatına uygun tasarrufta bulunabilir.³⁷¹ Zira Enam suresi 152. ayette ve İsrâ suresi 34. ayette geçen “Rüşdüne erinceye kadar yetimin malına ancak en güzel şekilde yaklaşın” mealindeki ayet, “...Bir de sana yetimleri soruyorlar. De ki: "Onların durumlarını düzeltmek hayırlıdır. Eğer onlara karışıp (birlikte yaşar)sanız (sakıncası yok). (Onlar da) sizin kardeşlerinizdir...” (Bakara 2/220) mealindeki ayet bunu emretmektedir.³⁷²

Zorunlu bir durum olmadıkça veli veya vasi çocuğun gayrı menkulünü satamaz.³⁷³ Çünkü gayrı menkul başka mallara göre daha güvenli ve daha yararlıdır.

³⁶⁹ Mesud Efendi, *Mirati Mecelle*, s. 351.

³⁷⁰ Nevevî, *Mecmû*, XIII, 31.

³⁷¹ Karâfî, *Zahîre*, VIII, 240.

³⁷² Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 226.

³⁷³ Karâfî, *Zahîre*, VIII, 240.

Ancak nafaka ve giyecek gibi bir ihtiyaç olursa ve menkul mallar bunları karşılamaya yetmezse veya gayrimenkulün telef olmasından korkulursa o zaman satılabilir.³⁷⁴

Çocuk, reşit olduktan sonra kısıtlılık zamanında velinin kısıtlının malları ile ilgili tasarrufları nedeniyle veliyi sorumlu tutabilir.³⁷⁵ Çocuk, bülüğa erdikten sonra babası ve dedesinin kendisine dair herhangi bir yarar gözetmeden satış yaptıklarını iddia ederse, baba ve dedenin yemini ile sözleri kabul edilir. Ancak, çocuk, babasının atadığı vasi veya hâkimin atadığı kimsenin bir yarar gözetmeden satış akdinde bulduklarını iddia ederse, yemin eder ve sözü kabul edilir. Bu durumda vasi veya eminin şahit getirmesi gerekir.³⁷⁶

Veli belgelenebilecek bir işlemi belgelemeden işlem yapmışsa bundan sorumlu olur.³⁷⁷ Bir küçüğün rüşdü sabit olmadan emvali vasisi tarafından kendisine verilip de o küçüğün elinde zayi olsa yahut çocuk o malı itlaf etse vasi tazmin etmek zorundadır.³⁷⁸ Vasi ile vesayeti altındaki kişi arasında hukuki işlem yapma yasağı vardır. Örneğin vasi velayete altındaki akıl hastası veya küçüğün malını satın alamaz. Kendi malını ona satamaz.³⁷⁹

İslam hukukunda denetimle ilgili hususlar, işlem yapıldıktan sonra çıkabilecek ihtilaflar üzerinden düzenlenmiştir. Konu, nasla tayin edilmemiştir. Çocuğun gerek belirli bir işlemi yapması konusunda önceden izin verme gerekse genel anlamda ticaret izni verilmesi kuralları dikkate alındığında, belirli konularda mahcurun ve velisinin işlem yapması hâkim iznine tabi tutulup tutulmayacağı içtihadi bir konudur. Mer'î hukukta ise işlemden önce denetim yapılması öngörülmüştür.

2.3.1.2 Akıl Hastalığı

Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her ergin kısıtlanır. (TMK 405) Buna göre akıl hastalığı nedeniyle birinin kısıtlanabilmesi için kişinin bu hastalık sebebiyle işlerini görememesi veya bakımı için kendisine sürekli yardım gerekmelidir. Başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan akıl hastası da kısıtlanır.

³⁷⁴ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 227.

³⁷⁵ Nevevî, *Mecmû*, XIII, 10.

³⁷⁶ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 230.

³⁷⁷ Nevevî, *Mecmû*, XIII, 15.

³⁷⁸ Mesud Efendi, *Miratı Mecelle* s. 351.

³⁷⁹ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 228.

Akıl hastalığı özellikle tıbbi bir kavram olduğundan öncelikle akıl hastalığının tıbben belirlenmesi gerekmektedir.³⁸⁰ Yargıtay'da bu görüştedir. (HGK 11.06.1930 46/39)

Akıl hastalığı sebebiyle kısıtlanmaya karar verilebilmesi için kısıtlanması istenilen erginin akıl hastalığının sürekli olması gerekmektedir. Başka bir anlatımla geçici olarak oluşan akıl hastalığı kural olarak kısıtlanma sebebi oluşturmaz.³⁸¹

Yargıtay bir kararında ruh ve sinir hastalıkları hastanesinin raporuyla sosyal şifa bulunduğu iddia edilen şahsın kısıtlılığının tartışıldığı bir dosyada yeniden Adli Tıptan rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Y2HD 27.03.2008 4182-4194) Başka bir kararında şöyle der: “ ... raporda ...hastalığın ataklar halinde seyrettiği, bu nedenle atak dönemlerinde kısıtlanmasının gerekebileceği, bu durumlar dışında kısıtlanmasına gerek olmayacağı belirtilmiştir. Bu rapor ilgilinin TMK 405. Maddesi gereğince kısıtlanması için yeterli değildir....”³⁸²

İslam hukuku, daimi akıl hastaları ile zaman zaman kendine gelen akıl hastalarını ayırmıştır. İlkine mecnunu mutbak derken ikincisine mecnunu gayrı mutbak demektedir. Akıl hastası, zaman zaman kendine geliyor ise kendine geldiği dönemler itibariyle mümeyyiz çocuk gibi kabul edilir. Eğer hiç kendine gelmiyorsa bu da gayrı mümeyyiz çocuk gibidir.³⁸³ Mecelle 980. maddesinde, mecnun-ı gayr-ı mutbakın kendine geldiği durumlardaki tasarrufatı normal kişinin tasarrufu gibi kabul edilmiştir.

Akıl hastalığından kaynaklanan kısıtlılık, hastalığın sona ermesiyle hâkim kararına ihtiyaç olmaksızın kendiliğinden kalkar.³⁸⁴ Bu durumda akıl hastasının hacrine veya hacrin kaldırılmasına dair hâkimin inşai bir karar vermediği tespit kararı verdiği anlaşılır.

2.3.1.3. Akıl Zayıflığı

Akli melekelerin yeteri kadar gelişmemiş ya da sonradan zayıflamış olmasına akıl zayıflığı denir.³⁸⁵ Akıl zayıflığı, ya doğumdan itibaren var olan sebeple veya

³⁸⁰Gençcan, *a.g.e.* s. 340.

³⁸¹Gençcan, *a.g.e.* s. 346.

³⁸²Y2HD 14.07.2008 7122-10460. Gençcan, *a.g.e.* s. 347.

³⁸³Şeyhîzâde, *Mecma*, IV,51.

³⁸⁴Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 216.

³⁸⁵Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 56.

sonradan meydana gelen bir nedenle oluşan, akli melekelerde ve akli ve ruhi faaliyetlerde bir yeteneksizlik, bir duraklamadır. Diğer bir söyleyişle akıl zayıflığı akli ve ruhi melekelerin normal olarak gelişmemesi veya gerilemesidir.³⁸⁶

Akıl zayıflığı, akıl hastalığının bir derece daha hafif şekli midir, yoksa akıl hastalığından ayrı bir durumu mu ifade eder sorusu tartışma konusu olmuştur. Öğretide, bazı yazarlar akıl zayıflığının akıl hastalığının hafif bir derecesi olmadığı konusunda ittifak olduğunu iddia etmektedir.³⁸⁷ Ancak bazı müellifler buna katılmaz, akıl zayıflığı ile akıl hastalığı arasında bir mahiyet farkı olmadığını, aradaki farkın keyfiyet değil de kemiyet farkı olduğunu belirtirler.³⁸⁸ Yani akıl zayıflığı akıl hastalığının derece itibariyle daha iyi olanıdır.³⁸⁹ Ancak bu tartışma teorik düzeyde kalmaktadır. Zira vesayet hukuku bağlamında doğurduğu hukuki sonuçlar aynıdır.³⁹⁰

TMK, akıl hastalığı ve akıl zayıflığının kısıtlanmaya yol açtığını aynı maddede belirtmiş ve akıl hastalığında kısıtlanma için gereken sebepleri akıl zayıflığı ile birlikte zikretmiştir. Akıl zayıflığı nedeniyle birinin kısıtlanabilmesi için kişinin bu hastalık sebebiyle işlerini görememesi veya bakımı için kendisine sürekli yardıma muhtaç olmalıdır. Yine Akıl zayıflığına maruz kalan kişi başkalarının güvenliğini tehlikeye sokarsa kısıtlanır. Akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlamaya karar verilebilmesi için kısıtlanması istenilen erginin akıl zayıflığının sürekli olması gerekmektedir. Geçici olarak oluşan akıl zayıflığı kural olarak kısıtlanma sebebi oluşturmaz.

İslam hukukunda akıl zayıflığı olarak kabul edilebilecek kavram ateh'dir. Ateh illetine maruz kalana matuh denir. Matuh, mümeyyiz küçük kimse gibi kabul edilir ve bütün hükümlerinde yani gerek tasarruflarında gerek velisinin belirlenmesinde gerekse izin konusunda mümeyyiz küçüğün ahkâmı onun için de cari olur.³⁹¹ Yaşlılık nedeniyle akli melekeleri bozulmuş olan kişi hacredilebilir.³⁹²

2.3.1.4. Savurganlık

Medeni Kanununun 406. maddesi, "Savurganlığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı veya malvarlığını kötü yönetmesi sebebiyle kendisini

³⁸⁶ Akipek vd. *a.g.e.* I, 291.

³⁸⁷ Akipek vd. *a.g.e.* I, 291.

³⁸⁸ Gençcan, *a.g.e.* s. 351.

³⁸⁹ Gençcan, *a.g.e.* s. 351.

³⁹⁰ Gençcan, *a.g.e.* s. 351.

³⁹¹ Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, III, 46.

³⁹² İbn Kudâme, *Muğni*, VI, 610.

veya ailesini darlık veya yoksulluğa düşürme tehlikesine yol açan ve bu yüzden devamlı korunmaya ve bakıma muhtaç olan ya da başkalarının güvenliğini tehdit eden her ergin kısıtlanır.” şeklinde düzenlenmiştir. Kanun, bu hükmüyle savurganlığı kısıtlama sebebi yapmıştır. Geliri ile bağdaşmayacak seviyede gereksiz harcamalarda bulunmak savurganlık sayılmaktadır.³⁹³

Yargıtay, malvarlığını satıp fuhuş yapan yabancı uyruklu kadınlarla yediği söylenen ve bir kadınla ölünceye kadar bakma sözleşmesi yaparak taşınmazlarının bir kısmının devreden kişi hakkında verdiği bir kararında işlerinde yarar dengesini gözetmeyen kişinin kısıtlanmasını uygun bulmuştur. “... Yukarıda belirtilen ve gerçekleşen bu olgular Mehmet T.’nin malvarlığını bilinçsiz, amaçsızca tükettiğini alım-satım işlerinde yarar dengesini gözetmediğini, savurganlık ve sui hal içerisinde ve eğiliminde olduğunu göstermektedir. TMK. 406. Maddesinin koşulları oluşmuştur. Kısıtlanmasına ve vasi atanmasına”³⁹⁴

Savurganlığın kısıtlama sebebi olabilmesi için düşüncesiz, amaçsız, bilinçsiz bir biçimde harcama yapılmalı³⁹⁵ ve bu tür harcamaların süreklilik göstermesi gerekmektedir. Birkez yapılan savurganlık kısıtlanma sebebi oluşturmaz. Bu şekilde daimi olan harcamanın karakter zaafı haline geldiği kanısı bulunmalıdır.³⁹⁶

Savurganlık nedeniyle kişinin kısıtlanabilmesi için savurganlığın kendisini veya ailesini darlık veya yoksulluğa düşürme tehlikesine yol açacak boyutta olmalıdır. Kendisini veya ailesini darlık veya yoksulluğa düşürme tehlikesini doğurmayacak düzeyde savurganlık yapan kişi kısıtlanmaz. “Kısıtlanması talep edilen Halit K.’nin savurgan bir hayat yaşadığı, harcamalarını kontrol edemediği, sürekli icra takiplerine ve hacizlere maruz kaldığı, 780 YTL emekli maaşında 602,40 YTL’sinin borcu nedeniyle kesildiği ailesini ve çocuklarını darlık ve yoksulluğa düşürdüğü anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanunu 46. maddesi şartları oluşmuştur. Adı geçenin kısıtlanmasına karar verilmesi gerekirken isteğin reddi doğru görülmemiştir.”³⁹⁷

³⁹³Gençcan, *a.g.e.* s. 358.

³⁹⁴Y2HD 26.02.2004, 1430-2252. Gençcan, *a.g.e.* s. 359.

³⁹⁵Gençcan, *a.g.e.* s. 358.

³⁹⁶Gençcan, *a.g.e.* s. 359.

³⁹⁷Y2HD 22.03.2007, 13475- 4621, Gençcan, *a.g.e.* s. 360.

2.3.1.4.1. İslam Hukukunda Hacir Nedeni Olarak Savurganlık

İslam hukuku savurganlığı bir hacir nedeni olarak kabul eder.³⁹⁸ Bazı müellifler kişinin kendi sosyoekonomik durumuna göre lüks harcamalarda bulunmasını tebzir olarak kabul edip hacir nedeni saymışlardır.³⁹⁹

Ebû Hanife, saçıp savurma nedeniyle kısıtlamayı uygun bulmaz. Ona göre özgür ve sorumlu olan bir kişi malında dilediği gibi tasarruf edebilir. Sefihlik, tasarruflarının engellenmesini gerektirmez. Çünkü sefihlik, aklın eksikliği anlamına gelmez. Nasıl ki baliğ olmayan kimsede rüşd alametleri görülsede reşit olduğuna hükmedilmiyorsa, baliğ olduktan sonra sefihliğe ve saçıp savurmaya itibar edilmemelidir. Nitekim aleyhine cezayı gerektiren bir suçu ikrar etse buna itibar edilmektedir.⁴⁰⁰ Ebû Yusuf, Muhammed ve Şafî saçıp savuran kişinin hacredileceği görüşündedir.⁴⁰¹ Mecelle 963. maddesinde, bir kimsenin dini vecibeleri yerine getirmemek suretiyle fasık sıfatını almakla hacredilemeyeceğini, ancak malını israf eder ve saçıp savurursa hacredileceğini düzenler.

Mer'i hukukun bu düzenlemesi Ebû Hanife ile diğer imamlar arasında orta bir yerde durmaktadır. Zira mer'i hukukta saçıp savurma başlı başına bir hacir sebebi değildir. Ancak savurganlık kendisini veya ailesini darlık veya yoksulluğa düşürme tehlikesine yol açar ve bu yüzden devamlı korunmaya ve bakıma muhtaç hale gelme tehlikesi doğarsa kısıtlanır.

Reşit olarak ergenliğe girdikten sonra savurganlığın meydana gelmesi halinde hâkimin kısıtlılık kararı vermesi şarttır.⁴⁰² Reşit olarak ergenlik çağına girmiş kişi, daha sonra savurgan davranışlar gösterirse birinci görüşe göre kısıtlama kararını hâkim verir. Bunu, babası ve dedesi yapamaz. Çünkü bu içtihadı bir konudur.⁴⁰³

2.3.1.5. Alkol ve Uyuşturucu Bağımlılığı

Alkol ve uyuşturucu bağımlılığı da kısıtlama sebebidir. Alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığının mahkemece tespiti gerekir. Bu sebeple kısıtlılığın gerçekleşmesi için kendisini veya ailesini darlık ve yoksulluğa düşürme tehlikesine yolaçması ve bu nedenle korunmaya ve bakıma muhtaç olması veya başkalarının güvenliğini tehdit

³⁹⁸ Karâfi, *Zahîre*, VIII, 245.

³⁹⁹ Cüveynî, *Nihâyetü'l-Matlab*, VI, 438.

⁴⁰⁰ Serahsî, *Mebcut*, XXIV, 159.

⁴⁰¹ Serahsî, *Mebcut*, XXIV, 157.

⁴⁰² Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 222.

⁴⁰³ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 221.

eder bir durumun ortaya çıkması gerekir.⁴⁰⁴ TMK. m. 432/1 hükmüne göre; alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı nedeniyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması halinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir.⁴⁰⁵

2.3.1.6. Kötü Yaşam Tarzı

TMK m. 406 hükmüyle kötü yaşama tarzı kısıtlama sebebi olarak kabul edilmiş ve kanuni düzenlenme konusu yapılmıştır. Bir reşit kimse, kötü yaşama tarzı sebebiyle kendisinin veya ailesinin yoksulluğa düşürme tehlikesi ortaya çıkıyorsa, bu yüzden devamlı korunmaya ve bakıma muhtaç hale geliyorsa veya başkalarının güvenliği için tehdit oluşturmaya başlamışsa bu kişi kısıtlanır.⁴⁰⁶

Kötü yaşam tarzının ne olduğu konusunda kanunda bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak uygulayıcılar, sürekli olarak toplumun değer yargılarıyla bağdaşmayan, toplum tarafından hoş karşılanmayıp ayıplanan davranışlarda bulunmayı kötü yaşama tarzını göstereceğini belirtmektedir.⁴⁰⁷

“...davalının sürekli kumar oynadığı, bu alışkanlığı nedeniyle kendisini ve ailesini darlık ve yoksulluğa düşürme tehlikesine yol açtığı anlaşılmış olup Türk Medeni Kanununun 406. Maddesi koşulları oluşmuştur.”⁴⁰⁸ Kararda da belirtildiği üzere, kötü yaşama tarzı nedeniyle kişinin kısıtlanması için kendisini veya ailesini darlık ve yoksulluğa düşürme tehlikesine yol açması ve bu nedenle korunmaya ve bakıma muhtaç olması veya başkalarının güvenliğini tehdit eder bir durumun ortaya çıkması gerekir. Bir kimse kötü yaşam tarzı nedeniyle ailesinin darlık ve yoksulluğa düşürmüyorsa, kendisini bakıma muhtaç hale getirmiyorsa veya bu hayat tarzı nedeniyle başkalarının güvenliğini tehlikeye düşürmüyorsa sadece kötü yaşama tarzı nedeniyle kısıtlanamaz.

Alkol ve uyuşturucu bağımlılığı ve kötü yaşama tarzının hacir nedeni olması konusu, İslam hukukunda fasık kimsenin hacir edilip edilmeyeceği konusuna benzemektedir. Fukaha içerisinde fiskı hacir nedeni sayanlar,⁴⁰⁹ bunun kendisinin veya ailesinin yoksulluğa düşürme tehlikesi ortaya çıkmasına, bu yüzden devamlı

⁴⁰⁴ Gençcan, *a.g.e.* s.363.

⁴⁰⁵ Gençcan, *a.g.e.* s.364.

⁴⁰⁶ Gençcan, *a.g.e.* s.364.

⁴⁰⁷ Gençcan, *a.g.e.* s.365.

⁴⁰⁸ Y2HD 15.04.2008 5300-5387 Gençcan, *a.g.e.* s. 365.

⁴⁰⁹ Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, VI, 340.

korunmaya ve bakıma muhtaç hale gelmesine veya başkalarının güvenliği için tehdit oluşturup oluşturmamasına bakmaksızın mücerret fık ile hacir altına alınmasını gerekli görmüşlerdir.

2.3.1.7. Kötü Yönetim

Mer'i hukukta malvarlığını kötü yöneten kimse kısıtlanabilir. Malvarlığını kötü yönetilmesi vesayet makamı tarafından duraksamaya yol açmayacak açıklıkta saptanmış olmalıdır.⁴¹⁰ "...her isteyene parasının tamamını veren ekonomik ilişkilerde yarar dengesini gözetmeyen kimse kötü idare içerisinde." Y2HD 7.5.1993, 4324-4831 "...Bir kimsenin ticari hayattaki başarısızlığı kötü idare olarak kabul edilemez." Y2HD 13.12.1993, 11454-12130 "...Kötü idare başlı başına vesayet sebebi olarak kabul edilemez. Davalının işlemleri sebebiyle kendisini veya ailesini zarurete düşürdüğü isbat edilememiştir. Gerçekleşen bu duruma göre davanın reddi gerekirken..."⁴¹¹

Kötü yönetim tarzı nedeniyle kişinin kısıtlanması için kendisini veya ailesini darlık ve yoksulluğa düşürme tehlikesine yol açması ve bu nedenle korunmaya ve bakıma muhtaç olması veya başkalarının güvenliğini tehdit eder bir durumun ortaya çıkması gerekir.

2.3.1.8. İhtiyari Kısıtlama

Medeni Kanunun 23. maddesi bir kimsenin hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceğini hüküm altına almıştır. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz. Ancak işlerini gerektiği gibi yönetemeyen her ergin kısıtlanmasını vesayet makamından isteyebilir. Kanunun 408. Maddesi "Yaşlılığı, sakatlığı, deneyimsizliği veya ağır hastalığı sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetemediğini ispat eden her ergin kısıtlanmasını isteyebilir. Hükümünü getirmiştir." 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde yer alan yaşlılık sakatlık ve tecrübesizlik sebeplerine 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda ağır hastalık sebebi de eklenmiştir.

2.3.1.9. Özgürlüğü Bağlayıcı Ceza

Bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûm olan ve velayet altında olmayan on sekiz yaşını doldurmuş her ergin kısıtlanır. (TMK 407) Özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûmiyet sebebiyle kısıtlı bulunan kişi üzerindeki

⁴¹⁰ Gençcan, *a.g.e.* s. 367.

⁴¹¹ Y2HD 23.11.2001, 14481-16553, Gençcan, *a.g.e.* s. 369.

vesayet, hapis hâlinin sona ermesiyle kendiliğinden ortadan kalkar. (TMK 471) Cezayı yerine getirmekle görevli makam, böyle bir hükümlünün cezasını çekmeye başladığını, kendisine vasi atanmak üzere hemen yetkili vesayet makamına bildirmekle yükümlüdür.(TMK 407) Suriye Medeni Kanunu'nda da benzer bir hüküm bulunmaktadır.⁴¹²

2.3.2. Kısıtlama Yargılamasında Bazı Usûlî Meseleler

Bir kimse dinlenilmeden savurganlığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetimi veya isteği sebebiyle kısıtlanamaz. Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlamaya ancak resmî sağlık kurulu raporu üzerine karar verilir. Hâkim, karar vermeden önce, kurul raporunu göz önünde tutarak kısıtlanması istenen kişiyi dinleyebilir. (TMK 409)

Görüldüğü gibi mer'î hukukta savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetimi veya isteği sebebiyle bir kimsenin kısıtlanabilmesi için mutlaka hâkim önüne getirilip dinlenmesi gerekir. Akıl hastalığı ve akıl zayıflığı nedeniyle kısıtlamada ise ancak tabiplerden oluşan sağlık kurulu raporu üzerine karar verebilir. Sadece kendi görüşüyle hareket ederek karar veremez.

İslam hukukunda ise gıyapta karar vermek mümkündür. Mecellenin 962. Maddesi, “Hâkim tarafından hacri murad olunan kimsenin huzuru şart olmayıp gıyaben dahi hacri sahih olur.” dedikten sonra “Fakat haberi hacrin ol kimseye vüsulü şarttır. Hacir olduğu haberi kendisine vasıl olmadıkça, münhacir olmayıp, ol vakte kadar vaki olan ukud ve ikrarı muteber olur.” diyerek hacrin geçerli olmasını mahcure ihbar edilmesine bağlamıştır.

Ehliyeti olmayan akıl hastası ve mümeyyiz çocuğun hacri için hâkim kararı gerekmezken⁴¹³ sefihin hacri de bu hacrin kalkması da ancak hâkim kararıyla olur.⁴¹⁴Hanefî fakihî Muhammed'e göre; sefih olduğu halde bülüğ çağına giren, hâkimin kararı olmaksızın hacir altına alınır. Ebû Yusuf'a göre ise hâkim karar vermedikçe hacrolunamaz. Muhammed'e göre sabit olması durumunda sefihlik, akıl hastalığı ve ateh ile aynıdır. Nasıl ki akıl hastalığı ve matuhluk halinde hâkim kararına gerek olmaksızın yürürlüğe giriyorsa sefihlikte de böyledir. Ebû Yusuf'a göre sefihlikteki kısıtlama, kısıtlamanın yerinde olup olmadığına dair yargısal çabayı

⁴¹²Zuhaylî, *a.g.e.* VII, 146.

⁴¹³İbn Kudâme, *Muğnî*, VI, 610.

⁴¹⁴Karâfî, *Zahîre*, VIII, 247.

gerektirmektedir. Oysa akıl hastalığı, küçüklük gibi olgular ise belirgin daha objektif olgulardır.⁴¹⁵ Mâlik ve İbn-i Hanbel'e göre buluş çağına girmiş çocukta rüşd alametleri görülüyorsa hacrin kalkması için ayrıca hâkim kararına ihtiyaç yoktur. Abdülvahhab'a göre sabi olsun, mecnun olsun, müflis olsun, hacrin kalkması ancak hâkim kararıyla olur.⁴¹⁶

Mer'i hukuk, hacrin geçerlilik kazanmasını ilana bağlar. Kısıtlama kararı, kesinleşince hemen kısıtlının yerleşim yeri ile nüfusa kayıtlı olduğu yerde ilân olunur. Kısıtlama, iyiniyetli üçüncü kişileri ilândan önce etkilemez. Ayırt etme gücüne sahip olmamanın sonuçlarına ilişkin hükümler saklıdır. (TMK 410)

Rüşdten sonra meydana gelen saçıp savurma sefihlik nedeniyle kısıtlama kararını ancak hâkim verebilir. Baba ve dede gibi veliler yapamaz. Zira bu içtihadî bir konudur.⁴¹⁷ Kişi reşit olduktan sonra verilen kısıtlama kararı ilan edilir. Nitekim Mecellenin 961. Maddesi şöyledir: "Sefih ve medyun hâkim tarafından hacir olundukta sebebi nasa beyan ile işhad ve ilan olunur." Şafî fikhında, hâkimin sefih olan kişiye kısıtlama getirirken buna şahit tutması, maslahata uygun görürse insanların o kişiyle muamele yapmaktan uzak durması için bunu ilan etmesi sünnettir.⁴¹⁸ İbn Kudâme hacre şahit tutmayı şart görmez. Maamafih hâkimin isterse hacri ilan edebileceğini belirtir.⁴¹⁹

Mecellenin 973. Maddesi ilan ve şahit huzurunda hacretmeyi sadece hâkime değil, velisi olduğu küçüğe ticaret veya sanat için izin veren veliye de getirmektedir. Buna göre; bir küçüğe izin vermiş olan velisi, daha sonra onu hacir ile izni iptal ederse ne şekilde izin vermiş ise yine o şekilde hacir etmesi şarttır. Eğer izni çarşı halkının malumu olacak biçimde vermişse onu hacir edecek olduğunda hacri de aynı şekilde çarşı halkının ekserisinin bileceği şekilde yapması gerekir. Sadece birkaç kişinin huzurunda hacir etmesi sahih olmaz.

Hacrin tamamlanması iki şekilde olur. İlki, kısıtlama kararı küçüğe ilam ve ihbar edilmelidir. Küçüğe hacri bildirilmeden çarşı halkının ekserisi bilse bile geçerli olmaz. İkinci şart çarşı halkının ekserisinin bilmesidir.⁴²⁰

⁴¹⁵ Serahsî, *Mebcut*, XXIV, 163.

⁴¹⁶ Karâfi, *Zahîre*, VIII, 237.

⁴¹⁷ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 221.

⁴¹⁸ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 221.

⁴¹⁹ İbn Kudâme, *Muğni*, VI, 611.

⁴²⁰ Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, III, 41.

Kaldırılırken hâkimin oynadığı role göre üç çeşit hacir vardır. Birisi, hâkim kararı gerekmeden ortadan kalkan hacir ki bu, akıl hastasının hacridir. Bir diğeri ise kalkması için hâkim kararına ihtiyaç olan hacir ki bu sefihin hacridir. Üçüncüsü ise hâkim kararına gerek olup olmadığı ihtilafli olandır ki bu da sabinin hacridir.⁴²¹

Mer'i hukukta vesayet işlerinde yetki, küçüğün veya kısıtlının yerleşim yerindeki vesayet dairelerine aittir. (TMK 411) Vesayet makamının izni olmadıkça vesayet altındaki kişi yerleşim yerini değiştiremez. Yerleşim yerinin değişmesi hâlinde yetki, yeni vesayet dairelerine geçer. Bu takdirde kısıtlama yeni yerleşim yerinde ilân olunur. (TMK 412)

İslam hukukunda yetim çocuk, bir yerde olduğu halde malı başka bir yerde olsa malın bulunduğu yerdeki hâkim çocuğun velisi olur çünkü tıpkı ortada olmayan şahısların mallarının korunması meselesinde olduğu gibi burada da çocuk üzerindeki velayet onun malı ile ilgilidir. Ancak bu görüş, mal telef olmaya yaklaşip da hâkimin o malı koruması, çocuğun yararına uygun bir şekilde hareket etmesi meselesiyle ilgilidir. Hâkimin bu mal ile ticaret yapma ve malı arttırma yoluyla tasarrufta bulunmasına gelince bu konuda velayet yetimin bulunduğu bölge hâkimine aittir. Çünkü çocuğun nikâh konusunda velayeti ona aittir.⁴²²

Mer'i hukukta vesayet makamı olan mahkeme, bu görevi yapabilecek yetenekte olan bir ergini vasi olarak atar. Gereken durumlarda, bu görevi birlikte veya vesayet makamı tarafından belirlenen yetkileri uyarınca ayrı ayrı yerine getirmek üzere birden çok vasi atanabilir. Rızaları bulunmadıkça birden çok kimse vesayeti birlikte yürütmekle görevlendirilemez. (TMK 413)

Haklı sebepler engel olmadıkça, vesayet makamı, vesayet altına alınacak kişinin öncelikle eşini veya yakın hısımlarından birini, vasilik koşullarına sahip olmaları kaydıyla bu göreve atar. Bu atamada yerleşim yerlerinin yakınlığı ve kişisel ilişkiler göz önünde tutulur. (TMK 414) Haklı sebepler engel olmadıkça, vasiliğe, vesayet altına alınacak kişinin ya da ana veya babasının gösterdiği kimse atanır. (TMK 415)

Ruyani, Şafîden şunu rivayet etmiştir: Hâkim kişiyi kısıtladığında işlerini baba ve dedesine havale etmesi uygun olur. Şayet baba ve dedesi yoksa diğer erkek

⁴²¹ İbn Kudâme, *Muğni*, VI, 595.

⁴²² Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 226.

yakınlarıda bu konuda görevlendirilebilir. Çünkü onlar yabancılardan daha çok şefkat gösterir.⁴²³

Çocuk reşit olduğunda veya akıl hastası iyileştiğinde hâkimkararına gerek olmaksızın hacir kalkar. Mâlik bunun için hâkim karına gerek vardır der. Buna göre üç çeşit hacir vardır. Hâkim kararı gerekmeden ortadan kalkan hacir ki bu akıl hastasının haciridir. Kalkması için hâkim kararına ihtiyaç olan hacir ki bu sefihin hacridir. Üçüncüsü ise hâkim kararına gerek olup olmadığı ihtilafli olandır ki bu da sabinin hacridir.⁴²⁴

Bölüm Değerlendirmesi

Fiil ehliyeti uzun bir zamandan sonra Medeni Hukuk anlamında mer'i hukuk literatüründe müstekar bir kavram halini almış ise de hukuk nizamını teşkil eden diğer kanunlarda tam bir istikrar kazanamamış bir kavram olarak varlığını sürdürmektedir.

Medeni Kanunda fiil ehliyetinin tanımı yapılırken üç şart ileri sürülmüştür. Bu şartların İslam hukukunda da ehliyetin belirlenmesi anlamında önemli unsur olduğu görülür. İslam hukukunda kişinin reşit olarak balığ olması öne çıkarken Medeni Kanunda temyiz kabiliyeti ile ergin olmaktan söz edilmektedir. Temyiz kabiliyetinin baştan beri bulunmayışını veya sonradan herhangi bir nedenle bu kabiliyetin yitirilmesini fiil ehliyetini olumsuz etkileyen bir unsur olarak görmektedir.

Medeni Kanuna göre fiil ehliyetinin şartları arasında kısıtlı olmamak da bulunmaktadır. Kanun, kısıtlılığı gerektiren halleri sıralarken yaşam içerisinde karşılaşılan en önemlileri saymış, benzer sebepler ifadesiyle ortaya çıkabilecek başka nedenler için kapıyı açık bırakmıştır. İslam hukuku da kısıtlılık kurumunu kabul etmektedir. Her iki hukuk sistemi de kısıtlama yetkisini yürütme organlarına vermemektedir. Gerek mer'i hukuk gerekse İslam Hukuku, kısıtlama işini yargısal bir faaliyet olarak kabul etmektedir.

Her iki hukuk sistemi de ehliyeti tam olmayan ve bu nedenle koruma altına alınması gereken kişileri koruma altına almak amacıyla velayet ve vesayet müessesesini barındırmaktadır. Bu konuda, mezhepler arasındaki ihtilafı nazara alarak baktığımızda ve annenin velayet hakkı konusu istisna tutulduğunda, İslam hukuku ile mer'i hukuk arasında önemli bir fark bulunmadığı söylenebilir. Maamafih İslam

⁴²³ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 222.

⁴²⁴ İbn Kudâme, *Muğni*, VI, 595.

hukukunda da zayıf görülen bir görüşe göre baba bulunmadığı takdirde annenin velayeti kabul edilebilmektedir.

Mer'i hukukta son yapılan değişiklikle erginlik olarak kavramsallaştırılan rüşt ile ilgili her iki hukuk sisteminin bakışında paralellik olduğu görülür. Mer'i hukuk yaşı temel almakta, İslam hukuku bülüğ ile olgunluğu birlikte aramaktadır. Ancak, gerek 19. y.y.'da gerek 20. y.y.'da İslam dünyasındaki kanun düzenleme çalışmalarında kişinin reşit sayılması için belirli bir yaş konulması eğiliminden söz edilebilir ki bunun geleneksel fıkıh literatüründe de karşılığı bulunmaktadır. İslam hukukunda eda ehliyeti, rüşt döneminde tamamlanır. Zira bu dönemde hukuki işlemler için başkasının görüşüne ihtiyaç duyulmaz. İslam hukukçuları, rüştün kişinin mâlî konularda kendisi için uygun ve yararlı olanı seçebilme yeteneği olduğu hususunda ittifak etmişlerdir.

Kişinin salt evlenmesi nedeniyle reşit sayılması İslam hukukunda bulunmamaktadır. Ancak mer'i hukukun düzenlemesi ile bu şekilde meydana gelen evliliğin esasen reşit kişiler arasında meydana gelen evlilik olduğu, sadece yaş şartının aşılması anlamında bir imkân tanıdığı gözden kaçmamaktadır. Kazai rüşt imkânı, tafsilatında bazı farklar olsa da her iki hukuk sisteminin kabul ettiği bir imkân olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerek evlenme yoluyla rüşt, gerekse kazai rüşt, ihtiyaç halinde mer'i hukukta 18 yaş sınırının meydana getirebileceği zararı gidermeyi amaçladığı düşünülebilir.

III. BÖLÜM

FİİL EHLİYETİNİN DERECELENDİRİLMESİ VE TASNİFİ

1. İslam Hukukunda Fiil Ehliyetinin Derecelendirilmesi

İslam Hukukçuları, eda ehliyetini tam eda ehliyeti ve eksik eda ehliyeti olarak kısımlara ayırmışlar, mer'i hukuktakine yakın biçimde, eksik eda ehliyetini yapılan hukuki tasarrufun geçerli olması için başkasının görüşüne muhtaç olmak, tam eda ehliyetini ise başkasının görüşüne ihtiyaç duymaksızın her türlü hukuki işlemi yapabilmek olarak tanımlamışlardır. İslam hukukçuları ehliyetlileri tam ehliyetli ve eksik ehliyetli olarak ayırırken ehliyetsizleri tam ehliyetsiz ve sınırlı ehliyetsiz ayırımına gitmeyi gerekli görmemişlerdir. Mümeyyiz çocuk ve yine mümeyyiz olduğu halde akıllarında zaaf bulunan matuhlar ve sefihler ehliyeti kasır, nakıs, eksik olarak nitelendirilmişlerdir.⁴²⁵ Mer'i hukukta sınırlı ehliyetsiz kabul edilenler, İslam hukukunda eksik ehliyetli olarak nitelendirilmiştir.

İslam'da eda ehliyeti konusunda insanlar buldukları hayat merhalesi ve başlarına gelen birtakım arızı haller itibariyle kazandıkları sıfatlar ile isimlendirilir ve bu sıfatların her biri için kendisine uygun hükümler ortaya konur. Cenin döneminden başlayan hayat merhalesinde eda ehliyeti bakımından önem arzeden ilk dönem, temyiz dönemine erişilmemiş çocukluk dönemidir. Bunu temyiz ve büluğ devreleri izler, en sonunda insan reşid olur.⁴²⁶ Nitekim Mecelle de bu yönetime uygun olarak düzenlenmiştir. 943. Maddede sağiri düzenleyen kanun, sağiri mümeyyiz ve sağiri gayri mümeyyiz ayırımını da yaptıktan sonra 944. Maddede mecnunu mutbak ve mecnunu gayri mutbak tanımlarını yapmış, 945. Maddede matuhu 946. maddede sefihin tarifini yapmıştır. Bütün bu tanımlardan sonra bunların her birinin hükümlerini belirtmiştir.

İslam hukuku, şahısların ehliyetini derecelendirirken, rüştünü kazanmış olanları tam ehliyetli olarak kabul ettikten sonra, ehliyeti eksik olanlar ile ilgili tasarrufları üçe ayırarak konuya yaklaşır. Bu tasarrufların bir kısmı kesin olarak tasarrufu yapanın faydasıdır. Bir kısmı kesin olarak tasarrufu yapanın zararına olur. Bir kısmı da ikisi arasında olur, hem zarar hem de yarar ihtimali taşırlar. Akıl hastası ve mümeyyiz olmayan çocukların bu üç çeşit tasarrufu da geçerli değildir. Zira ehliyet, tasarrufun geçerli olması için şarttır. Akıl olmadan ehliyet olmaz. Akıllı olan çocuğun

⁴²⁵ Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-Esrâr*, IV, 237.

⁴²⁶ Muhammed el-Hudari, *Usulü'l Fıkıh*, el-Mektebetü't-Ticariyetü'l-Kübra, Mısır 1969, 6. Baskı, s. 91.

tasarruflarından kesin olarak faydalı olanlar ihtilafsız geçerlidir. Zararlı olanlar ise icma ile geçersizdir. İkisi arasında kalan tasarruflar ise Hanefilere göre velinin icazetine bağlıdır. Şafi'ye göre ise bunlarda geçersizdir.⁴²⁷ Mâlik ve ashabı kendisinde rüşd alameti görülen ama baliğ olmayan çocuğu sefih gibi saymışlar ve velisi veya vasisi olsa bile sadaka gibi tasarruflarını batıl, karşılıklı edimler yükleyen tasarrufları velinin icazetine bağlamışlardır.⁴²⁸

İslam hukuku, kişileri ehliyetli ve ehliyetsiz olarak ikiye ayırdıktan sonra, ehliyetlileri tam ehliyetli ve nakıs ehliyetli olarak ayırmaktadır. Ancak ehliyetsiz olanları bu şekilde ikiye ayırmamaktadır. İslam hukukuna göre fiil ehliyeti bakımından üç derece olduğunu söyleyebiliriz. Ehliyetsiz olanlar, ehliyetli olanlar ve nakıs (eksik) ehliyetli olanlar.

2. Mer'i Hukukta Fiil Ehliyetinin Derecelendirilmesi

Mer'i hukukta kişinin fiil ehliyetine sahip olabilmesi için, kişinin ayırt etme gücünün bulunması, ergin olması ve kısıtlı olmaması şarttır. Fiil ehliyetinin dereceleri bakımından gerçek kişiler dört gruba ayrılır.

Birinci grupta tam fiil ehliyetine sahip kişiler yer alır. İkinci grupta birincilerin aksine fiil ehliyetinden tamamen yoksun olan kişiler bulunur. Üçüncü gruptaki kişiler fiil ehliyetsizliği sınırlı olanlardır. Temyiz kudretine sahip küçükler ile temyiz kudretine sahip kısıtlılar bu grup altında toplanır. Bunların fiil ehliyetsizliği asıldır. Dördüncü gruptaki kişiler, fiil ehliyeti sınırlı olanlardır. Bunların hem temyiz kudreti vardır hem de ergin yani reşittirler. Kısıtlı da değildirler. Aslında bunların tam fiil ehliyetine sahip olmaları gerekir. Fakat kanun koyucu salt koruma ve kollama amacıyla bu kişilerin bazı önemli işlemleri yapabilmelerini, belli bir kişinin rızasını veya görüşünü alma şartına bağlamıştır. Bu hükümlere uymamanın yaptırımı hükümsüzlük olmakla beraber, bu hükümsüzlük derecesi kesin hükümsüzlük (mutlak butlan) değildir.⁴²⁹

Temyiz kudretine sahip ve kısıtlı olmayan on sekiz yaşını da doldurmuş olan bir ergin kişinin aslında tam fiil ehliyeti olduğu halde birtakım ihtiyaçlar onun ehliyetini sınırlamayı gerektirebilir. Hacedilmesi için yeterli sebep bulunmamakla beraber korunması bakımından fiil ehliyetinin belirli konularda sınırlanması gerekli görülerek

⁴²⁷ Kâsânî, *Bedâ'i*, VII, 171.

⁴²⁸ Karâfî, *Zahîre*, VIII, 232.

⁴²⁹ Akipek vd. *a.g.e.* I, 302.

oy danışmanlığı, yönetim danışmanlığı ve karma danışmanlık altına alınan ergin kişilerin ise sınırlı fiil ehliyeti vardır. O halde ehliyetliler yönünden gerçek kişiler tam ehliyetliler ve sınırlı ehliyetliler olmak üzere iki gruba ayrılır. Ehliyeti sınırlı olanlar, temyiz kudretine sahip olan, kısıtlı olmayan ancak kendisine danışman atanan kimselerdir.⁴³⁰

Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyetinin bulunmasına karşılık ayırt etme gücü bulunmayanların yanı sıra küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur. O halde ehliyetsizler yönünden de gerçek kişiler tam ehliyetsizler, sınırlı ehliyetsizler olmak üzere iki gruba ayrılır.⁴³¹

Akıl hastalığı vb. nedenle tam ehliyetsiz durumunda olan kişi hakkında hâkimin kararı bir tespit niteliğindedir. Oysa ehliyeti tam olan bir kişi ile ilgili kısıtlama kararı, inşai niteliktedir. Kısıtlama sadece kısıtlının kendisini değil, onunla ilişki halinde bulunan toplumun bütün fertlerinin de korunması anlamına gelmektedir.⁴³²

İslam hukukunda akıl hastalığı sona erdiğinde akıl hastası üzerindeki hacir kendiliğinden kalkar.⁴³³ Bunun için hâkim kararına ihtiyaç yoktur. Hâkim konuya ancak tespit yapmak amacıyla müdahil olabilir. Nitekim İslam hukukçuları arasında hangi durumlarda hacrin hâkim kararıyla gerçekleşeceği tartışılmalarına rastlamaktayız.⁴³⁴

Mer'î hukuk, ehliyetsizleri ikiye ayırmaktadır. Sınırlı ehliyetsiz olarak nitelediği kişiler, temyiz kudretine sahip olan yaşı küçükler ile arızı bir sebeple akıllı bir insanın davrandığı gibi davranma yeteneğini kaybetmiş ama temyiz kudreti tamamen izale olmamış kimselerdir ki bunlar İslam hukukunda nakıs ehliyetli olarak nitelendirilmektedir. Temyiz kudretini hiç elde edememiş veya tamamen kaybetmiş kişiler ise tam ehliyetsiz olarak isimlendirilmektedir.

Her iki hukuk sisteminde ehliyetliler ve ehliyetsizler kabul edildikten sonra İslam hukuku ehliyetlileri ikiye ayırmakta böylece üç sınıf doğmaktadır. Mer'î hukuk ise hem ehliyetlileri hem ehliyetsizleri ikiye ayırmakta böylece dört sınıf ortaya çıkmaktadır.

⁴³⁰ Gençcan, *a.g.e.* s. 316.

⁴³¹ Gençcan, *a.g.e.* s. 317.

⁴³² Gençcan, *a.g.e.* s.317.

⁴³³ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 216.

⁴³⁴ Serahsî, *Mebcut*, XXIV, 163.

Mer'i hukukta tam ehliyetli olarak nitelenen kişiler, İslam hukukunda da tam ehliyetli olarak nitelenmekte, mer'i hukukta tam ehliyetsiz olarak nitelenenler İslam hukukunda tam veya eksik ayrımı yapılmaksızın ehliyetsiz kabul edilmektedir. İslam hukukunun nakıs ehliyetli olarak nitelediği kişiler, mer'i hukukta sınırlı ehliyetsiz olarak nitelendirilmektedir. Mer'i hukukun sınırlı ehliyetli şeklinde nitelediği sınıfa dair İslam hukukunda karşılık gelebilecek bir kavrama rastlanılamamıştır. Ancak sınırlı ehliyetli kavramına ihtiyaç doğuran hususlara İslam hukukunda nasıl cevap verildiğine dair bir görüş yeri geldiğinde ifade edilecektir.

3. Tam Ehliyetliler

Medeni Kanununun 10. maddesine göre ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır. İslam hukukunda kişi, reşit olarak büluğ çağına girmesiyle tam ehliyetli olur. Her iki hukuk sistemi temyiz kudretine sahip olup kısıtlanmasında için bir neden bulunmayan kişiyi tam ehliyetli kabul eder. Bu kişinin her türlü iş ve eylemi lehine ve aleyhine sonuç doğurur. Herhangi bir hukuki işlem için başkasının görüşüne veya bir biçimde dahline muhtaç olmaz.

4. Tam Ehliyetsizler

Gerek mer'i hukukta gerekse İslam hukukunda temyiz kudretine sahip olmadığından akla uygun hareket edemeyenler, ehliyetsiz sayılır. Temyiz kudretinden mahrum olmak, ister akıl hastalığı gibi arızı bir nedenle olsun, isterse yaş küçüklüğü nedeniyle insanın gelişimini tamamlayamamasından kaynaklansın, fark etmez.

4.1. İslam Hukukunda Tam Ehliyetsizin Hukuki İşlemlerinin Hükümü

Mecelle'nin 966. maddesi, "Sağiri gayrı mümeyyizin velisi izin verse bile onun tasarrufatı kavliyyesi asla sahih olmaz." şeklindeki düzenlemesiyle İslam hukukunun tam ehliyetsizlerle ilgili hükmünü ortaya koymuştur. Madde her ne kadar sadece gayrı mümeyyiz çocuklardan bahsediyor ise de bu hüküm, akıl hastalarını da kapsamaktadır. Nitekim Kadri Paşanın Ahkâm Eş-Şeriyye'sinin 483. maddesinde "Hiçbir şekilde akli başına gelmeyen ve temyiz kudretinden devamlı mahrum bulunan mecnun-ı mutbik gayrı mümeyyiz çocuk hükmündedir." denilerek tam ehliyetsiz olanlar birlikte zikredilmiş ve aynı hükme tabi oldukları açıkça belirtilmiştir.⁴³⁵ İster kendilerine yarardan başka bir şey getirmeyen hibeyi kabul gibi bir tasarruf olsun,

⁴³⁵ Akgündüz, *a.g.e.* II, 1653.

isterse de alım satım kira gibi yarar ve zarar doğurması muhtemel bir işlem olsun, temyiz kudretine sahip olmayan küçüklerin işlemleri geçerli olmaz.⁴³⁶

Önemli akitlerin her biri mecellede işlenirken bu konuya da değinilmiş, 361. maddede satış, 444 ve 458. maddede kira, 628. maddede kefalet 684. maddede havale, 708. maddede rehin, 776. Maddede vedia, 859. maddede hibe 1333. maddede şirket, 1457. Maddede vekâlet, 1539. maddede sulh ve 1573. Madde de ikrar 1794. maddede davada taraf olma işlemlerini ehliyetsiz şahsın yapamayacağı açıkça belirtilmiştir.⁴³⁷ Bu şekilde her bir işlem ile ilgili ayrı ayrı ehliyet konusunu ele almak, fıkıh kitaplarının üslubuna uygundur.

Daha öncede belirtildiği üzere hukuki işlem ve tasarruflar üç çeşittir. Bu tasarrufların bir kısmı kesin olarak tasarrufu yapanın faydasınadır. Bir kısmı kesin olarak tasarrufu yapanın zararına olur. Bir kısmı da ikisi arasında kalıp hem zarar hem de yarar ihtimali taşırlar. Akıl hastası ve mümeyyiz olmayan çocukların bu üç çeşit tasarrufu da geçerli değildir. Velinin izin ve icazeti durumu değiştirmez. Zira ehliyet tasarrufun geçerli olması için şarttır. Akıl olmadan ehliyet olmaz.⁴³⁸

4.2. Mer’i Hukukta Tam Ehliyetsizler

Tam ehliyetsizler, yani fiil ehliyetine mutlak surette sahip bulunmayanlar, TMK. m.13’de sayılan sebeplerden dolayı akla uygun davranma yeteneğinden, yani ayırt etme gücünden yoksun bulunan kişilerdir. Mehz İsviçre hukukunda ve mer’i hukukumuzda Alman hukukundan farklı olarak yaştan kaynaklanan mutlak bir fiil ehliyetsizliği mevcut değildir. BGB, yedi yaşını doldurmamış olan çocukların fiil ehliyetinden mutlak surette yoksun olduğunu kabul eder.⁴³⁹ İslam hukukunda temyiz yaşı olarak genellikle yedi yaş sınır alındığı hatırlanırsa BGB ile İslam Hukukunun bu konuda birbirine uygun olduğunu görüyoruz.

Ayırt etme gücünden yoksun bulunan kişilerin hukuki durumuyla ilgili genel ilke TMK. m 15’de “kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz” şeklinde ifade edilmiştir.

Temyiz kudretinden mahrum olanlar, fiil ehliyetinden mutlak surette yoksun olanlardır. Fiil ehliyetinden yoksun olmanın sebebi önem arz etmez. İster yaş

⁴³⁶ Zerkâ, *a.g.e.* s. 796.

⁴³⁷ Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, III, 27.

⁴³⁸ Kâsânî, *Bedâ’i*, VII, 171.

⁴³⁹ Akipek vd. *a.g.e.* I, 329.

küçüklüğünden kaynaklansın, ister akıl hastalığından kaynaklansın, ayırt etme gücünden yoksun olanın fiil ehliyeti yoktur. Ancak kanun koyucu, evlenme konusunda ayırt etme gücünden geçici olarak yoksunluğu dikkate almıştır.⁴⁴⁰ Evlenme sırasında geçici bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun olan eş, evlenmenin iptalini dava edebilir. (TMK. m.148)

4.3. Mer'i Hukukta Tam Ehliyetsizlerin İşlem ve Eylemlerinin Durumu

Tam ehliyetsiz olan, yani fiil ehliyetinden mutlak surette yoksun bulunan birisi, kendi fiiliyle lehine bir hak elde edemeyeceği gibi aleyhine borç da doğuramaz. Medeni Kanunun 15. Maddesi bunu belirtmektedir. Mehaz İsviçre Medeni Kanunun, Medeni Kanunumuzun 15 inci maddesini karşılayan 18 inci maddesinin metni bunu daha açık ve seçik olarak "Ayırt etme gücüne sahip olmayan kimse kendi fiilleriyle hukuki sonuç yaratamaz." demek suretiyle ifade etmektedir. Bu ifade tüm hukuki işlemleri kapsamaktadır.⁴⁴¹ Hukuki sonuç doğuracak bir beyan muhatabı olarak esasen pasif durumda olmasına rağmen kendisine yöneltilen bir irade beyanı da hukuki sonuç doğurmaz.⁴⁴²

Tam ehliyetsiz olan bir şahsın yaptığı hukuki işlemler kesin olarak hükümsüzdür. Bir sürenin geçmesi veya geçici olarak kaybedilen temyiz kudretinin kazanılması yahut kanuni temsilcinin icazeti işlemi geçerli hale getirmez.⁴⁴³ Temyiz kudreti bulunmayanla hukuki bir işlem yapan kişinin iyi niyeti korunmaz ve işlemi hükümsüzlükten kurtarmaz.⁴⁴⁴

Bu kişilerin, ister hibe, feshin ihbarı vb. tek taraflı, ister alım satım kiralama gibi iki taraflı olsun, hukuki işlemleri kendi başlarına yapmaları hukuken söz konusu olamaz. Tam ehliyetsizler için kusur izafesi de mümkün değildir. Çünkü bunlar, yaptıkları fiil ve hareketlerin sonuçlarını kavrayacak akli melekeye sahip bulunmamaktadır. Bu nedenle kusurlu hareket edip etmedikleri söz konusu olamaz. Bu itibardır ki BK. M. 49 vd. hükümleri anlamında kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille işledikleri haksız fiillerden de sorumlu tutulamazlar. Zarar gören üçüncü kişiler böyle bir kişi tarafından kendilerine verilen zararları, ancak TMK. m.369 hükmündeki

⁴⁴⁰ Akipek vd. *a.g.e.* I, 304.

⁴⁴¹ Akipek vd. *a.g.e.* I, 305.

⁴⁴² Oğuzman, Seliçi, *a.g.e.* s. 44.

⁴⁴³ Oğuzman, Seliçi, *a.g.e.* s. 45.

⁴⁴⁴ Zevkililer, *a.g.e.* s. 185.

şartlar içinde ayırt etme gücü olmayan kişiye özen göstermekle yükümlü olan ev başkanına tazmin ettirebilirler.⁴⁴⁵

Ayırt etme gücünden yoksun bulunan kişiler hakkında kanun bir temsilci belirlemiştir. Ayırt etme gücünden yoksun olan kişi küçük ise zaten velayet altında bulunduğundan, yasal temsilcisi ana ve babası yani velileridir. On sekiz yaşını dolduranlar ise aynı zamanda akıl hastası veya akıl zayıfı yahut alkol ve uyuşturucu madde bağımlısı olmaları sebebiyle kısıtlandıklarında, mahkeme, kısıtlama kararıyla birlikte kendilerine bir vasi atayacağından, onların yasal temsilcileri vasileridir.⁴⁴⁶

Tam ehliyetsizler adına hukuki işlemleri kanunun bunlar için temsilci kabul ettiği veliler veya mahkemece atanacak vasiler yapabilir. Bu yasal temsilciler, onlar adına hukuki işlemleri yapabilecekleri gibi yargıya müteallik hususlarda bunları temsil edip haklarını müdafaa edebilirler.⁴⁴⁷

Ayırt etme gücünden yoksunluğun mahiyetine uygun olarak, Türk ve İsviçre hukuklarında bu kavrama mutlak bir nitelik verilmediği düşünülür. Burada hukukun önemseydiği, kişinin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun olup olmaması değildir, mer'î hukuk, temyiz kudretinden mahrum olan kişinin belli bir hukuki işlemi yaparken veya bir haksız fiili işlerken ayırt etme gücüne sahip bulunup bulunmamasını dikkate alır. Nitekim bazı akıl hastalarının zaman zaman hastalığının durgunlaşıp normal hareket etme imkânına sahip olabilmektedir.⁴⁴⁸

Akıl hastası veya akıl zayıflığı ya da sarhoş olanlar ile küçükler lehine ayırt etme gücünden yoksunluk karinesi mevcuttur. Bu nedenle hukuki işlemin yapıldığı veya haksız fiilin işlendiği anda, bu kişilerin ayırt etme gücüne sahip bulunduğunu iddia eden kimse, bunu ispatla yükümlü olur.

Akıl hastasının ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bakılmaksızın yapamayacağı bir tek hukukî işlem vardır. O da evlenme sözleşmesidir. TMK 133. maddesi “Akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbî sakınca bulunmadığı resmî sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemezler.” şeklinde düzenlenmiştir. TMK 133. maddesi akıl hastalarının evlenmesini kesin olarak engellemektedir.⁴⁴⁹

⁴⁴⁵ Akipek vd. *a.g.e.* I, 305.

⁴⁴⁶ Akipek vd. *a.g.e.* I, 305.

⁴⁴⁷ Akipek vd. *a.g.e.* I, 305.

⁴⁴⁸ Akipek vd. *a.g.e.* I, 306.

⁴⁴⁹ Akipek vd. *a.g.e.* I, 306.

4.4. Medeni Kanunun Hükümsüzlük Yaptırımının Mahiyeti

TMK 15. Madde, “Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddenin getirdiği yaptırım hakkında farklı görüşler ve yaklaşımlar bulunmaktadır.

TMK. m. 15 hükmünde “ ...ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz” denilmektedir. Klasik görüşe göre, kanun böyle bir kişinin hukuki işlemlerinin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulduğunu ve işlediği haksız fiillerden dolayı sorumlu olmayacağını ifade etmek istemiştir.

Hukukî işlemler söz konusu olunca madde metninde bu hükümsüzlüğün derecesinin ne olduğu, yani mutlak butlan hükmünde mi nispi butlan hükmünde mi olduğu konusunda bir açıklık yoktur. Ancak, gerek öğretinin büyük bir kısmı, gerek mahkeme içtihatları, bu hükümsüzlüğün mutlak butlan (kesin hükümsüzlük) olduğunu kabul ederler. Bu görüşe göre yapılan işlemin geçerli olmadığı iddiası bütün ilgililerce ileri sürülebilir; yani bizzat tam ehliyetsiz kişi, yasal temsilcisi, karşı taraf ve her iki tarafın mirasçıları mutlak butlanı ileri sürerek işlemin iptalini isteyebilirler. Mutlak butlanın ileri sürülmesini engelleyecek bir zamanaşımı veya hak düşürücü süre de bulunmamaktadır.⁴⁵⁰

Hukuki işlemin yasal temsilcinin icazet vermesiyle geçerli bir işlem durumuna gelmesi de mümkün değildir. Tam ehliyetsiz kişi tarafından yapılmış olan bir hukuki işlem ne kadar makul bir işlem olursa olsun, ehliyetsizin ne kadar lehine bulunursa bulunsun, durum değişmez. Hukuki işlemin geçerli olmaması üzerine karşı tarafın iyiniyetli olması veya olmamasının da bir önemi yoktur. Mutlak butlan özelliği nedeniyle hükümsüzlüğü bütün ilgililer ve karşı taraf ileri sürebilir. Hâkim resen de bunu dikkate alabilir.⁴⁵¹

Mutlak butlan yaptırımının bu özelliği, kimi zaman tam ehliyetsizin aleyhine sonuçlara yol açabilir. Çünkü tam ehliyetsizle işlem yapan tarafın mutlak butlandan ehliyetsizin zararına olarak yararlanması mümkündür. Örneğin, tam ehliyetsizin yararına olan bir hukuki işlemin hükümsüzlüğünün karşı tarafça ileri sürülmesi veya

⁴⁵⁰ Akipek vd. *a.g.e.* I, 307.

⁴⁵¹ Akipek vd. *a.g.e.* I, 307.

ehliyetsizlik iddiasının işlem ifa edildikten çok sonraki bir tarihte ileri sürülmesi, bunun en çarpıcı örneğini oluşturur.⁴⁵²

Son dönemlerde tam ehliyetsizlerin hiçbir surette kendi fiilleriyle hak ve borçlar yaratamayacaklarına dair TMK. m. 15 hükmünün, katı bir biçimde uygulanmasının karşısında olan bir anlayış gelişmeye başlamıştır. Karşı anlayışa sahip hukukçular tarafından, bu uygulamanın, bir takım sakıncalı sonuçları olacağı ve bizzat kanundaki maddenin lafzına ve ruhuna aykırı olduğu ileri sürülmektedir.⁴⁵³ Bu yazarlar, maddenin yazılış biçiminden, kanun koyucunun, maddedeki genel ilkeden anlamlar çıkarmayı ve onu her somut olayın özelliğine uygun surette anlamayı doktrine ve özellikle hâkimlere bırakmak istediğini belirtirler.⁴⁵⁴

TMK. m. 15 hükmüne kamunun yararından çok tam ehliyetsizlerin korunması amacı egemendir. Bu itibarladır ki, TMK. m. 15 hükmünü bu amacına uygun olarak yorumlamak ve her somut olayda tam ehliyetsizin menfaatinin söz konusu olup olmadığını araştırmak gerekir. Bu ilkeden hareket edilirse aşağıdaki şu sonuçlarla karşılaşabilir.

Tam ehliyetsizin yapmış olduğu bir hukuki işlemin hiçbir durumda geçerli olmaması halinde, bunu, tam ehliyetsizle işlemi yapan karşı taraf da ileri sürebilecektir. Oysa bu durum, bazen tam ehliyetsizin aleyhine bir sonuç doğurabilir, onun menfaatini çığneyebilir. Bazen de yapılan işlem tam ehliyetsizin lehine olan hukuki sonuçlar doğurmuşsa, bu gibi işlemlerin iptalini haklı gösterecek bir sebep mevcut değildir. Örneğin, kendisi ile yapılan bir hizmet sözleşmesinde tam ehliyetsiz olan işçi edimini (borcunu) tamamen yerine getirdikten sonra karşı tarafın (işverenin) hizmet sözleşmesinin geçerli olmadığını ileri sürerek ona işçiye sözleşmeyle kabul edilen ücreti ödemekten kaçınması, buna güzel bir örnek oluşturur. Bu düşüncelere dayanarak pek çok yazar tam ehliyetsizlerin hukuki işlemlerinin yaptırımının iptal kabiliyeti ya da iptal edilebilirlik olması gerektiği görüşündedir. Yoksa baştan itibaren ve hiçbir durumda geçerlilik kazanmaması tam ehliyetsizin aleyhine olabilir. Nitekim İngiliz hukukundaki durum böyledir ve bu iptal yetkisi de sadece kötü niyetli olmayan taraf karşısında mevcuttur.⁴⁵⁵

⁴⁵² Akipek vd. *a.g.e.* I, 308.

⁴⁵³ Akipek vd. *a.g.e.* I, 308.

⁴⁵⁴ Akipek vd. *a.g.e.* I, 309.

⁴⁵⁵ Akipek vd. *a.g.e.* I, 309.

Fransız mahkemeleri bu görüşü benimseyen içtihatlarda bulunmuştur. Fransa’da ehliyetsizlerin hukuki işlemlerine iptal kabiliyeti yaptırımı uygulanmakta yani işlemin geçerli olmadığını ileri sürme yetkisini esas itibariyle ancak fiil ehliyetine sahip bulunmayan kişiye tanımaktadırlar.⁴⁵⁶

4 .5. Hükümsüzlüğün İstisnaları

TMK. m. 15’i tekrar hatırlarsak “Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz.” şeklindeydi. Maddenin “kanunda gösterilen ayırık durumlar” diyerek belirtmek istediği istisna ifadesini geniş olarak hukuk düzeni tarafından getirilecek istisnalar şeklinde anlamak, daha uygun ve isabetli olur.⁴⁵⁷

4.5.1. Hukuki İşlemler Alanında İstisnalar

Medeni Kanun, bazı işlemlere verdiği özel önem nedeniyle, bu işlemlerin tam ehliyetsiz biri tarafından yapılmış olsa bile bu işlemlerin ancak bir mahkeme kararıyla ortadan kalkabileceği ve hükümsüz olduğu mahkemece karar altına alınca kadar geçerli bir işlemin hüküm ve sonuçlarını doğuracağını kabul eder. Hatta işlemin bazı hükümleri iptalinden sonra da kanundan ötürü yürürlükte kalmakta devam eder. Medeni kanun 145. maddede “Eşlerden birinin evlenme sırasında sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunmasını mutlak butlan nedeni saymıştır. Kanun 156. maddede ise mutlak butlan hâlinde bile evlenme, hâkimin kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğuracağını belirtmiştir. Nitekim Böyle bir evlilikten doğan çocuklar evlilik içinde doğmuş sayılırlar. (TMK. m. 157/I) Eşler evlenme ile kazandıkları kişisel durumu evliliğin butlan (iptal) davasıyla ortadan kaldırılmasından sonra da korurlar.(TMK. m.158)⁴⁵⁸ Akıl hastalığı dolayısıyla tam ehliyetsiz olan eşin, sonradan ayırt etme gücünü kazanması halinde evliliğin butlanını talep hakkı, sadece kendisine ait olur. (TMK.m.147/II)

Ayırt etme gücü bulunmayanlar tarafından yapılan bazı işlemlerin yaptırımının iptal kabiliyeti veya nispi butlan olacağı, kanun tarafından kabul olunur. Örneğin ayırt etme gücünden geçici olarak yoksun bulunanlar tarafından yapılan evlenmelerin iptalini ancak bu durumdaki eşin bizzat kendisi isteyebilir. (TMK. m 148)

⁴⁵⁶ Akipek vd. *a.g.e.* I, 309.

⁴⁵⁷ Akipek vd. *a.g.e.* I, 309.

⁴⁵⁸ Akipek vd. *a.g.e.* I, 311.

Ayırt etme gücü bulunmayanlar tarafından yapılan ölüme bağlı tasarrufların iptalini, ancak mirasçılar veya vasiyet alacaklıları (lehine vasiyette bulunmuş olanlar) isteyebilirler. (TMK. m.537 b. 1) İptal davası açma hakkı TMK. m. 559. uyarınca belli hak düşürücü sürelerle sınırlandırılmıştır. Ayırt etme gücü bulunmayanlar tarafından yapılmış olan işlemlerle ilgili bazı hükümler de BK. M. 517, 582 ve 582 (ÖBK. M.401, 402 ve 485/II) de mevcuttur.

4.5.2. Haksız Fiillerden Sorumlu Olmayla İlgili İstisnalar

Borçlar kanunu 65. Madde “hakkaniyet gerektiriyorsa hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir” demektedir. Buna göre; hastalık veya yaş küçüklüğü gibi fizyolojik sebepler dolayısıyla ayırt etme gücünden yoksun bulunanlar, BK. M. 65 ÖBK m.54/I hükmü uyarınca her somut olayın özellikleri, yani hakkaniyet gerektiriyorsa sorumlu tutulabilirler.⁴⁵⁹ Ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimsenin işlediği bir haksız fiilden sorumlu tutulabilmesi için kanunun aradığı tek şart, hakkaniyetin bu sorumluluğu gerektirmesidir.⁴⁶⁰

Hâkim, temyiz kudreti bulunmayan şahsın zarara uğrayan tarafından tahrik edilip edilmediğini, böyle bir şey varsa tahrikin derecesini, tam ehliyetsizin haksız fiilinden dolayı başkasının sorumlu tutulup tutulamayacağını, fiilin işleniş biçimini ve hadiseye müessir başka unsurlar varsa bunları incelemelidir. Haksız fiili işleyen sorumlu tutulacaksa bu sorumluluğun kapsamını da yine hakkaniyete göre tayin etmelidir.⁴⁶¹

Borçlar Kanununun 114. maddesi haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır hükmü ile Borçlar Kanununun 65 inci maddesiyle kabul edilen hakkaniyet sorumluluğunu hukuki işlemler hakkında da uygulanmasını amirdir. Başka deyişle hakkaniyet düşüncesi gerektirirse tam ehliyetsiz bir kişi tarafından yapılmış olmasından ötürü geçerli olmayan bir sözleşmeden dolayı karşı tarafın uğradığı zarar ziyanın tamamen tazmin ettirilmesi yoluna gidilebilir.⁴⁶² Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi geçerli olarak bir sözleşmeden doğan borcunu, sonradan, temyiz kudretinin yokluğu iddiasıyla ifa

⁴⁵⁹ Akipek vd. *a.g.e.* I, 311.

⁴⁶⁰ Tekinay vd. *a.g.e.* s. 500.

⁴⁶¹ Tekinay vd. *a.g.e.* s. 500.

⁴⁶² Akipek vd. *a.g.e.* I, 312.

etmek istemeyen tarafı özellikle mâlî durumunu da dikkate alarak hakkaniyet gereği tazminata mahkûm etmiştir.⁴⁶³

Borçlar Kanunu 49. Maddeye göre herkes kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Borçlar Kanunu 59. madde, ise “Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak, “ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur.” şeklindeki düzenlemesiyle, ayırt etme gücünü geçici kaybeden kişiyi de bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlü tutmaktadır. Ancak kişi, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse sorumluluktan kurtulabilme imkânı bulunmaktadır.

Ayırt etme gücünden geçici olarak yoksun bulunanlar işlemiş oldukları haksız fiillerden dolayı bizzat sorumlu olacakları ilke olarak kabul edilmiştir. Esas ilke böyle olmakla beraber; aynı fıkra hükmü haksız fiili işlediği sırada tam ehliyetsiz durumda olan şahsa, bu sorumluluktan kurtulmak üzere bir “kurtuluş beyyinesi” getirme imkânını da tanımıştır. Buna göre haksız fiil faili olan tam ehliyetsiz sorumluluktan kurtulmak için, akla uygun biçimde hareket etme iktidarından geçici olarak yoksun olmasının kendi kusurundan ileri gelmediğini ispat etmelidir.⁴⁶⁴

İslam hukukunda ehliyetsiz olan sabi ve akıl hastası, haksız fiil neticesinde verdikleri zararı tazmin ederler. Nitekim Mecellenin 960. Maddesi tüm mahcurları birlikte anarak, mümeyyiz veya gayrı mümeyyiz çocuk, akıl hastası, akıl zayıfı matuh ve rüşdden sonra hacredilenlerin kendi fiillerinden neşet eden zarar ve ziyanı hemen tazmin etmeleri gerektiğini amirdir.⁴⁶⁵

İslam hukukunda akıl hastalarının yapmış olduğu fiiller kendiliğinden bir sonuç doğuruyorsa bunlar hukuken dikkate alınır. Örneğin hamile bırakma, cinsel ilişkide bulunarak mehrin kesinleşmesi, süt emzirmesi durumu böyledir. Ayrıca birinin malını telef ettiğinde bunu tazmin etmesi gerekir. Çocuk da gerek ortaya koyduğu irade beyanlarında, gerekse fiillerinde akıl hastası gibi kabul edilir.⁴⁶⁶ Başka bir ifadeyle gayrı mümeyyiz çocuk ve akıl hastasının hükmü, başkasının malını izinsiz alıp telef

⁴⁶³ Tekinay vd. *a.g.e.* s. 503.

⁴⁶⁴ Akipek vd. *a.g.e.* I, 312.

⁴⁶⁵ Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, III, 22.

⁴⁶⁶ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 215.

etme konusunda sefihle aynı olup, hacir, tazmin sorumluluğunu kaldırmaz.⁴⁶⁷ Akıl hastasının zekât, tazminat ve nafaka sorumluluğu ortadan kalkmaz.⁴⁶⁸

4.5.3. Hukukun Genel İlke ve Temel Kurallarının Gerektirdiği İstisnalar

Bazı maddi olaylar kendiliğinden hukuki sonuç doğurur. Bunlarda iradenin bir etkisi yoktur. İradenin hiç söz konusu olmadığı, bu tür olaylar ayırt etme gücü bulunmayanlar içinde hak doğurur. Örneğin mirasçı olmak, işleme (hukuki taşıyım) (TMK. m.775) karışma ve birleşme (TMK. m.776) yoluyla taşınırklar üzerinde mülkiyet ve zilyetlik kurmak gibi yollarla tam ehliyetsizler de hak sahibi olabilir.⁴⁶⁹

Bazı hukuki işlemlerin hüküm ve sonuçlarını meydana getirebilmeleri için karşı tarafın katılımına, yani herhangi bir fiil veya hareketine veya kabulüne ihtiyaç bulunmamaktadır. Bazı yazarlar, bu tür irade açıklamalarının, ayırt etme gücü bulunmayanlara karşı yapılmış olsalar dahi hüküm ifade edeceği kanaatindedir. Onlara göre bu tür irade açıklamaları esas itibariyle karşı tarafın etki alanına girdikleri andan itibaren bütün hukuki sonuçlarını doğurur. Varması gerekli irade açıklamaları denilen bu tür açıklamaların ayırt etme gücünden yoksun bulunan kişiye yapılmış olması halinde de durumun böyle olması gerekir. Örneğin kira veya hizmet sözleşmesinin feshini bildirme böyle bir kişiye yapılmış olsa dahi hüküm ifade eder.⁴⁷⁰

Haksız fiil sorumluluğu bazen kusura değil, fakat salt illiyet esasına dayanır. Ayırt etme gücü bulunan kişinin burada sorumlu tutulmasının onun iradesiyle ilgisi bulunmamaktadır. Örneğin adam çalıştıranın (istihdam edenin) sorumluluğu (BK. M. 66;) hayvan bulunduranın sorumluluğu (BK.m. 67), bina sahibinin sorumluluğu (BK. m. 69), taşınmaz malikinin sorumluluğu (TMK. m.730) böyledir. İşte bu tür durumlarda yani iradenin etkisini olmadığı sadece zararlar olgu arasındaki illiyet bağı nedeniyle sorumluluğun kabul edildiği yerlerde de ayırt etme gücü bulunmayanların, üçüncü kişilere vermiş oldukları zararlardan sorumlu tutulmaları uygun olur. Temyiz gücü bulunanlar hakkında bu tür durumlarda uygulanan hükümler ayırt etme gücünden yoksun olanlar hakkında da uygulanmalıdır.⁴⁷¹

⁴⁶⁷ İbn Kudâme, *Muğni*, VI, 611.

⁴⁶⁸ Seyfüddin Âmidî Alî b. Muhammed b. Sâlim es-Sa'lebî, *el-İhkâmfi Usûli'l-Ahkâm*, Daru's-Sami'î, Riyad 2003, I, 202

⁴⁶⁹ Akipek vd. *a.g.e.* I, 312.

⁴⁷⁰ Akipek vd. *a.g.e.* I, 313.

⁴⁷¹ Akipek vd. *a.g.e.* I, 314.

Hukuki işlemin iptalini isteme hakkı, tam ehliyetsiz veya yasal temsilci tarafından kanunun amacına uygun olarak kullanılmalıdır.⁴⁷² Binaenaleyh kesin hükümsüzlüğün açıkça tam ehliyetsizin aleyhine ileri sürülmesi hakkın amacıyla çelişir ve hakkın kötüye kullanılması olur.⁴⁷³ Tam ehliyetsizin korunmasını zorunlu kılmayan durumlarda da bu istem hakkının kullanılması TMK. m.2/II anlamında hakkın kötüye kullanımını oluşturur. Yargıtay, 1955 tarihli içtihadı birleştirme kararında gerek mümeyyiz olmayan tarafça ileri sürülsün, gerekse mümeyyiz olmayanla muameleye giren tarafça ileri sürülsün, dürüstlük kurallarına aykırı davranan kişinin temyiz kudretine sahip olmayanın yaptığı hukuki işlemin hükümsüz olduğunu iddia etmesinin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Örneğin mümeyyiz olmayan işi yaptıktan sonra temyiz kudretinden yoksunluğu gündeme getirerek iş aktini tartışmak dürüstlük ile bağdaşmaz.⁴⁷⁴ Temyiz kudreti olmayan bir kişi tarafından yapılmış olsa da kendisinin menfaatlerine zarar vermeyen, temyiz kudreti olan kişinin yapacağı bir işlemde farksız olan işlemlerin geçerli sayılması öğretide de savunulmaktadır.⁴⁷⁵

Ehliyetsiz şahısların yapmış olduğu fiiller kendiliğinden bir sonuç doğuruyorsa İslam hukuku bunları dikkate alır. Örneğin akıl hastası birisi birini hamile bırakmışsa nesep ilişkisi kendiliğinden doğacaktır. Cinsel ilişkide bulunan bir ehliyetsiz mehrin kesinleşmesi ile borç altına girecektir. Ehliyetsizin süt emzirmesi bu süt emzirmeye bağlı bütün sonuçları doğuracaktır.⁴⁷⁶

İslam hukukuna göre mer'î hukukta olduğu gibi akıl hastası birisi, birinin malını telef ettiğinde bunu tazmin etmesi gerekir. Çocuk da gerek ortaya koyduğu irade beyanlarında gerekse fiillerinde akıl hastası gibi kabul edilir.⁴⁷⁷ Başka bir ifadeyle sabi ve mecnunun hükmü başkasının malını izinsiz alıp telef etme konusunda sefihle aynı olup hacir, tazmin sorumluluğunu kaldırmaz.⁴⁷⁸

⁴⁷² Akipek vd. *a.g.e.* I, 314.

⁴⁷³ Dural, Öğüz, *a.g.e.* s. 66.

⁴⁷⁴ İçt. Bir. Kar. 9.3.1955 22./2, RG. 27.6.1955, Nr. 9039.

⁴⁷⁵ Akipek vd. *a.g.e.* I, 314.

⁴⁷⁶ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 215.

⁴⁷⁷ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 215.

⁴⁷⁸ İbn Kudâme, *Muğni*, VI, 611.

4.5.4. Tam Ehliyetsizlerin Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar Bağlamında Hukuki Durumu

Kanunda kişiyeye sıkı sıkıya hak kavramının tanımı yapılmamıştır. Bazı haklar şahsiyeti o kadar yakından ilgilendirmektedir ki bunların kullanılmasına karar verme yetkisinin başkasına tanınması şahsiyetle bağdaşmaz.⁴⁷⁹ Zira bunların “kullanılması tamamen kişisel bir takım takdirlere, kıymet hükümlerine, duygusal düşüncelere dayanır. Bu itibarla da hak sahibi tarafından bizzat kullanılması gerekir. Kişiyeye sıkı sıkıya bağli haklara çoğunlukla kişiler veya aile hukuk alanlarında, istisnai olarak da miras hukuku ile eşya hukuku alanlarında rastlanır.⁴⁸⁰ Şahsiyeti koruyan davalar, nişanlanma nişan bozma, nişan bozma durumunda manevi tazminat isteme boşanma davası açma, evlenme, boşanma, nesebin reddi, tanıma ve babalık davası ikame etme gibi haklar bu haklara örnek olarak verilebilir.⁴⁸¹ Önceki kanun döneminde bazı müellifler kişiyeye sıkı sıkıya bağli haklara, şahsa münhasır haklar veya şahsen kullanılacak haklar olarak isimlendirmişlerdir.⁴⁸² Suriye Medeni Kanununda da şahsa münhasır haklar kavramı bulunmaktadır.⁴⁸³

Dikkat edilmesi gereken husus, bu hakların bizzat kullanılmasının anlamı, hakkın kullanılmasına hak sahibinin bizzat karar vermesi gereğidir. Yani bir şahıs, kişiyeye sıkı sıkıya bağli bir hakkını kullanma kararını alabilecek bir temsilci tayin edemez. Bu haklarda yasal temsilcinin bir yetkisi yok ise de iradi temsil mümkündür.⁴⁸⁴ Örneğin boşanmaya karar veren bir mahcur, boşanma davasında kendisini temsilen bir avukata vekâlet verebilir.⁴⁸⁵

Veli veya vasi, velayeti altındaki küçüğün veya vasisi olduğu mahcurun kişiyeye sıkı sıkıya bağli hakkının kullanılmasına karar veremez. Velayet veya vesayet altındaki kişi temyiz kudretine sahip değilse, kendisi de bu hakkını kullanamayacağı için, yasal temsilcinin bu hakları kullanması engelini amacına aykırı olarak hakkın hiç kullanılmaması gibi bir sonuç verebilir. Böyle bir halde temyiz kudretine sahip olmayan küçük veya mahcurun kişiyeye sıkı sıkıya bağli bir hakkını kullanma yetkisi

⁴⁷⁹ M. Kemal Oğuzman, *Medeni Hukuk Dersleri: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, s. 112.

⁴⁸⁰ Akipek vd. *a.g.e.* I, 315.

⁴⁸¹ Akipek vd. *a.g.e.* I, 316.

⁴⁸² Oğuzman, *a.g.e.* s. 112.

⁴⁸³ Zuhayli, *a.g.e.* VII, 146.

⁴⁸⁴ Zevkliler, *a.g.e.* s. 186.

⁴⁸⁵ Oğuzman, *a.g.e.* s. 113.

kanuni mümessile tanınmaktadır. Örneğin bu kişinin eşinin hayatına kastetmesi veya zina işlemesi hallerinde durum böyledir Mesela akıl hastasının eşi bu durumdan faydalanarak zina ediyorsa veya kendisine pek kötü ve onur kırıcı davranışlarda bulunuyorsa, yasal temsilcinin boşanma davası açması kabul edilir.⁴⁸⁶

Hakkın tamamen kullanılmaması sonucunu doğurarak ortaya çıkan sakıncaları ortadan bertaraf etmek amacıyla, yargısal içtihatlarda, özellikle boşanma davaları münasebetiyle, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarına karşı yapılan saldırının anlamını az çok kavrayabilecek durumda bulunduğu takdirde, tam ehliyetsize hukuki korumanın tanınması eğilimi baş gösterdi. İsviçre Federal Mahkemesi, bu eğilimlerin etkisi altında, tam ehliyetsize özellikle aleyhine açılmış olan boşanma davalarında, mahkemede davalı olarak bizzat bulunmak ve hakkını az çok savunmak imkânlarını tanımıştır. Federal Mahkeme, aynı kararıyla böyle bir kavrayışa(idrake) sahip bulunmayanlar aleyhine açılmış boşanma davalarında ise, onların yasal temsilcileri tarafından temsil edilmeleri gerektiğini kabul etmiştir.⁴⁸⁷ Nitekim Yargıtay da tam ehliyetsizlerin yasal temsilcileri vasıtasıyla boşanma davası açabileceklerini kabul etmektedir.⁴⁸⁸

1937 yılında Türkiye'ye gelerek Türkiye'de Medeni Hukukun gelişmesine katkıda bulunan İsviçreli August Egger'e göre, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların bizzat hak sahibinin kendisi tarafından kullanılması gerektiği hakkında TMK. m.16/I hükmünü sadece genel bir ilke olarak görmek gerekir. Egger, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar arasında, yasal temsilci tarafından kullanılabilir olanlar ve kullanılmayacak olanlar biçiminde bir ayırım yapar ve hak sahibi tarafından bizzat kullanılması gereken ve dolayısıyla da temsilin mümkün olmadığı haklara örnek olarak nişanlanmayı ve ölüme bağlı tasarruflarda bulunmayı gösterir. Zira kanun, açıkça bu işlemlerin yapılabilmesi için kişinin mutlaka ayırt etme gücüne sahip olması şartını aramaktadır. Temsilin geçerli olduğu kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara örnek olarak da kişilik hakları ile bunların korunmasına ilişkin hakları ve özellikle tıbbi müdahalelere muvafakat etme hakkını belirtir.⁴⁸⁹

Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları tam ehliyetsizlerin kullanması konusunda yapılan bütün tartışmalar neticesinde bazı müellifler, kanunun bir hakka sahip olup onu

⁴⁸⁶ Oğuzman, *a.g.e.* s. 113.

⁴⁸⁷ Akipek vd. *a.g.e.* I, 317.

⁴⁸⁸ Akipek vd. *a.g.e.* I, 318.

⁴⁸⁹ Akipek vd. *a.g.e.* I, 117.

kullanabilmek için temyiz kudretini şart koşmadığı hallerde bundan yoksun olanların bu haklardan yararlanacağını ve dolayısıyla da hakkı temsil yoluyla kullanabileceklerini belirtirler. Bunlara göre, ayırt etme gücünden yoksunluk, ancak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan bazılarına sahip olabilmek için ayırt etme gücüne sahip bulunmanın açıkça veya örtülü olarak şart kılındığı hallerde söz konusu olabilir.⁴⁹⁰

4.5.5. Mer'i Hukukun Kişiy Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar Dediği Haklarla İlgili İslam Hukukunun Yaklaşımı

İslam hukukunda akıl hastası bir kimsenin evliliği meşru görülmemiş ancak bir ihtiyaç hâsıl olduğunda akıl hastasının evliliği kabul edilmiştir. Mer'i hukukta akıl hastasının evlenebilmesi tabip raporuna bağlıdır. İslam hukukçuları da akıl hastasının evliliğinde iki adil tabibin onayını önemsemişlerdir.⁴⁹¹

İslam hukukunda kısıtlı şahsın tasarruflarının muteber olmadığı kabul edilmiştir. Ancak bazı konularda kısıtlı şahsın beyanları muteber kabul edilerek bu beyana göre hüküm verilmektedir. Bunların bir kısmı ceza hukukunda kendi aleyhine yaptığı ikrarlardır. Kısıtlı şahsın had ve kısas ikrarı geçerlidir.⁴⁹² Ceza hukukundaki bu tür işlemler, mer'i hukukta kişiye sıkı sıkıya bağlı hak kapsamı içinde görülür.⁴⁹³

Kısıtlı şahsın aile hukukuna taalluk eden önemli konularda ortaya koyduğu irade kısıtlı olup olmamasına bakılmaksızın geçerli kabul edilmektedir. Örneğin boşanma, iradesini tek taraflı olarak ortaya koyması veya anlaşarak boşanması, ziharı, lian yaparak nesebi reddetmesi veya nesebi kabul etmesi gibi hukuki sonuç doğuran irade beyanları sahihtir.⁴⁹⁴ Başka bir ifadeyle, İslam hukukunda talak, zihar, muhalaa, nesebin reddi ve kabulü gibi konular kısıtlamaya konu olmamaktadır.⁴⁹⁵

Kısıtlının irade beyanına itibar edilen konulara bakıldığında bir kişinin kendisini yakından ilgilendiren, objektif kâr zarar hesabının yapılamayacağı insanların karar verirken sadece aklının değil kalbinin ve vicdanında etkin olduğu iş ve işlemler

⁴⁹⁰ Akipek vd. *a.g.e.* I, 319.

⁴⁹¹ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 226.

⁴⁹² Nevevî, *Minhac*, s. 333.

⁴⁹³ Cihan Şahin, Küçüklerin "Şikâyet ve Şikâyetten Vazgeçme Hakkı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, yıl. 5, sayı 16, Ankara, 2014, s. 296.

⁴⁹⁴ Nevevî, *Minhac*, s. 333.

⁴⁹⁵ Hüccetü'l-İslam Ebû Hamid Muhammed b. Muhammed b. Muhammed b. Ahmed el-Gazzali et-Tusi, *El-Vecîz fi Fikhi'l- İmami 'ş-Şafîi*, Şirketü Dari'l-Erkam bin Ebi'l-Erkam, Beyrut 1997, I, 344

olduğu görülür ki bunların birçoğu mer'î hukukta kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olarak kabul edilen haklardandır.

5. Nakıs Ehliyetliler (Sınırlı Ehliyetsizler)

İslam hukukunda ehliyet arızalarından birine maruz kalıp da akıllı bir insan gibi davranma yeteneğini kaybettiği halde temyiz kudretini kaybetmemiş kişiler ile temyiz çağına erişip rüşd çağına girmemiş kimselerin ehliyeti nakıstır. Nakıs ehliyetinde aranan şart temyiz kudretidir.⁴⁹⁶

Medeni Kanunda bu gibi kimselere sınırlı ehliyetsiz denir. Kimlerin kanunen sınırlı ehliyetsiz sayıldığını 16'ncı maddesinde belirtmiştir. Bu madde hükmünden anlaşılacağı üzere sınırlı ehliyetsiz kişiler iki kısımdır. İlki, ayırt etme gücüne sahip küçüklerdir. İkincisi ayırt etme gücüne sahip kısıtlılardır. TMK 16. madde "Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler." diyerek bu iki sınıfı belirlemektedir. Bu iki sınıf İslam hukukunda nakıs ehliyetli sayılırlar.

5.1. Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçükler

Temyiz kudretine sahip olup da rüşd yaşına gelmemiş kişiler, yani henüz on sekiz yaşını doldurmamış olanlar, fiil ehliyeti bakımından sınırlı ehliyetsiz kısmına girerler. Mer'î hukuk, İslam hukukunda var olan yaştan kaynaklı mutlak ehliyetsizliği kabul etmez. Başka bir ifadeyle, mer'î hukukta yaşın küçüklüğü nedeniyle sınırlı ehliyetsizlik hali söz konusu değildir. Alman hukukunda da yaştan gelen mutlak ehliyetsizlik ve yaş ile belirlenen sınırlı ehliyetsizlik hali söz konusudur. Nitekim Alman Medeni Kanunu (BGB) 104'e göre, yedi yaşını doldurmamış olanlar fiil ehliyetine sahip değildirler. Yedi yaşın doldurulmasıyla birlikte sınırlı ehliyetsizlik aşaması başlar. Mer'î hukukta ve İsviçre hukukunda ise, ergin olmayan kimseler yaşları ne olursa olsun, ayırt etme gücüne sahip olmak şartıyla sınırlı ehliyetsiz kategorisine girerler.⁴⁹⁷ İslam hukukunda da küçüğün ehliyeti tam değildir. Bir çocuk gayr-ı reşit olarak baliğ olur ise rüşdü tahakkuk etmedikçe malı kendisine verilmeyip tasarruftan men olunur. (Mec. 982. Madde)

5.2. Ayırt Etme Gücüne Sahip Kısıtlılar

Bazen şahıs, bülüğ çağına girip reşit olacağı yaşa geldiği halde reşit olamayabilir. Bazen de bülüğ çağına gelip reşit olduğu halde sonradan ortaya çıkan

⁴⁹⁶Zerkâ, *a.g.e.* s. 803.

⁴⁹⁷Akipek vd. *a.g.e.* I, 320.

sefahet veya akıl zayıflığı nedeniyle kısıtlanması gerekebilir. İşte bu şekilde kısıtlanan kişinin ehliyeti nakıstır.⁴⁹⁸

Kısıtlama ancak ergin olanlar hakkında söz konusu olabileceğinden, ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar halen on sekiz yaşını doldurmuş olan kişilerdir. Kısıtlama bahsinde ayrıntılı bahsedildiği üzere kısıtlama sebepleri TMK. m. 405 ve devamındaki maddelerde düzenlenmiştir. Akıl hastaları ve akıl zayıfları ile belki de alkol ve uyuşturucu madde bağımlıları dışında kısıtlıların büyük bir kısmı ayırt etme gücüne sahiptir.⁴⁹⁹

Kısıtlıların sınırlı ehliyetsizlik durumu, kısıtlama kararının kesinleşmesiyle başlar. Kısıtlama kararının üçüncü kişilere karşı hüküm ifade edebilmesi için ilan edilmiş olması şarttır. (TMK. m.410/II) Kısıtlama kararı ilan edilmemişse iyiniyetli kişiler kısıtlıyı tam ehliyetli olduğunu sanarak bir işlem yapmışlarsa bu iyiniyetleri korunur.⁵⁰⁰

Fiil ehliyeti nakıs olan sınırlı ehliyetsizlerin yaptığı hukuki işlem ve tasarrufların geçerli olması ancak yasal temsilcilerinin bu işleme dâhil olmasıyla mümkündür. Bu şekilde sınırlı ehliyetsizin hakkı korunabilir. Yasal temsilci iki şekilde olur. Küçükler doğumla birlikte ana ve babalarının velayetlerine tabi olurlar. (TMK. m.335 vd) Küçüklerde yasal temsilci velidir. Velisi bulunmayan küçüğe mahkemece bir vasi atanması gerekir, zira küçüklük aynı zamanda velayet altına konulmayı gerektiren bir sebeptir. (TMK. m.404) on sekiz yaşını doldurmuş kişinin kısıtlanmasında ise bir vesayet altına konulma sebebi olduğundan, vesayet makamınca(sulh mahkemesi) kısıtlama kararıyla birlikte kısıtlıya bir vasi atanır. (TMK. m.405vd) Vasi, kısıtlının yasal temsilcisidir. (TMK. m.448)

İslam hukukunda sefahet nedeniyle bir kimseye hacir konulması ve konulan hacirin kaldırılması ancak hâkim kararıyla olur.⁵⁰¹ Mecelle bunu 958. Maddesinde serahaten belirtmiştir.⁵⁰² Kısıtlı şahsın hacirden sonra yaptığı hukuki muameleler geçerli değil ise de hacirden önceki muameleleri geçerlidir. (Mec. 991) Kısıtlının hali

⁴⁹⁸Hallaf, *a.g.e.* s.218.

⁴⁹⁹ Akipek vd. *a.g.e.* I, 320.

⁵⁰⁰ Akipek vd. *a.g.e.* I, 321.

⁵⁰¹ İbn Kudâme, *Muğnî*, VI, 594.

⁵⁰² Mesud Efendi, *Miratı Mecelle*, s. 343.

düzeldiğinde hacir hâkim kararıyla kaldırılır.(Mec. 997) Mümeyyiz çocuğun zekât, tazminat ve nafaka sorumluluğu vardır.⁵⁰³

Bir çocuk reşit olmadığı halde buluş çağına girmiş ve durumu hâkime bildirilmemişse bu çocuğun babasının terekesinden yaptığı satışlar, bazı borçları kabul etmesi, bağışta bulunması halinde hâkim bütün bu işlemleri geçersiz sayar. Çünkü bu çocuk hacir edilmemişse de hacir altındadır. Bu, İmam Muhammed'in görüşüdür. Ona göre bu kişiye malı teslim edilmediğinden işlemleri de geçerli kabul edilemez. Ebû Yusuf ise hâkim tarafından hacir edilinceye kadar bu işlemleri geçerli sayar.⁵⁰⁴ Mer'i hukukun yaklaşımı Ebû Yusuf'un görüşüne uygundur.

5.3 Fiil Ehliyeti Bakımından Hukuki Durumları

Sınırlı ehliyetsizlerde asıl olan ehliyetsizliktir, ehliyetli olmak istisnadır. Bir başka deyişle, TMK 16/1 ilk cümle ana kuralı koyup onların ehliyetsiz olduklarını belirtmiş, ikinci cümle ve ikinci fıkra fiil ehliyetine sahip oldukları alanları düzenlemiştir. Buna göre ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların ehliyetli olduğu üç husus vardır. İlki karşılıksız kazanmalardır. Yani kendilerini borç altına sokmayan kendilerine sadece yarar sağlayan hukuki işlemlerdir. İkincisi kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmadır. Sınırlı ehliyetsizler kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanırken kısıtlanamazlar. Üçüncüsü haksız fiillerdir. Sınırlı ehliyetsizler ika ettikleri haksız fiilden sorumlu olma açısından tam fiil ehliyetine sahiptirler. Bunun dışında ise asılolan ehliyetsizlik kuralı geçerlidir.⁵⁰⁵

Sınırlı ehliyetsizler, temyiz kudretine sahiptirler. Ancak ya on sekiz yaşından küçük olmaları yada yasal sebepler dolayısıyla mahkemece fiil ehliyetleri sınırlandırılmıştır. Ancak akla uygun biçimde hareket etme yeteneğine sahiptirler. Bunlara da tam ehliyetsiz muamelesi yapılırsa, hem kendi menfaatlerine hem de iş ilişkilerinin gereklerine ters düşer.⁵⁰⁶ TMK.16 hükmünün yaptırımını mutlak butlan değildir. Amaca uygun olarak daha hafif derecede bir hükümsüzlük yaptırımını getirmiştir. Bu yaptırım sınırlı ehliyetsizin velisi veya vasisi işe müdahil oluncaya kadar yapılan işlemin sınırlı ehliyetsizi bağlamamasıdır, yani “tek taraflı bağlamazlık” tır.

⁵⁰³ Âmidî, *İhkâm*, I, 202.

⁵⁰⁴ Serahsî, *Mebhut*. XXIV, 175.

⁵⁰⁵ Dural, *Öğüz*, a.g.e. s. 78.

⁵⁰⁶ Akipek vd. a.g.e. I, 321.

İslam hukukunda mümeyyiz kısıtlıya bakış şöyledir: Kısıtlı şahsın yaptığı her türlü alım satım işlemi batıldır. Kısıtlı ile alım satım yapan kişi elindeki malı kısıtlıya iade etmek zorundadır. Eğer bu şahıs malı telef etmişse bu durumda bu malın bedelini mahcure öder. Mahcure işlem yapan birisi, mahcurun elinde bir malı varsa bunu alır. Ancak mahcurun elinde telef olmuşsa tazmin talep edemez.⁵⁰⁷

Mümeyyiz kısıtlı, bir taraftan reşit kimselere benzerken, diğer taraftan akli olgunlaşmamış çocuğa benzer. Bu nedenle İslam hukukunda kısıtlının tasarrufatı üç kategoride değerlendirilip kendi yararı gözetilmiştir. Mümeyyiz küçüğün işlemleri üç halde geçerli olur. Bunların ilki velisinin işleminden önce işleme izin vermesidir. İkincisi işleminden sonra velinin işlemi onaylamasıdır. Üçüncü durumda kısıtlı kendisi işleme onay vermektedir. Şöyle ki; kısıtlı, veli veya vasinin izni olmaksızın işlemi yaptıktan sonra kısıtlılığı kalkarsa kendisi işlemi geçerli kılabilir. Ancak mümeyyiz küçüğün velisi veya vasisi yokken, yani o anda bu işleme izin verecek kimse olmadığı halde iken küçük bir işlem yapmışsa sonradan kendisi de o işleme izin veremez.⁵⁰⁸ Sefih ile mümeyyiz çocuk köle azat etme ve vasiyet konusu dışında her konuda aynı hükme tabidir.⁵⁰⁹ Mecelle, 990. maddesinde “Sefihi mahcur muamelatta sağiri mümeyyiz gibidir.” diyerek bu hususu düzenleme altına almıştır.

Kısıtlı şahsın kendi özel giderleri ve varsa başkasına dair nafaka yükümlülüğü kendi mal varlığından karşılanır. (Mec. 992) Yine kısıtlı üzerinde başkalarına dair haklar varsa kısıtlının mal varlığından ödenir. (Mec. 995) Kısıtlı bir biçimde birilerinden borç para alıp da israf ve savurganlığa varmadan uygun miktarda kendi özel giderlerine harcamışsa, hâkim o borcu kısıtlının malvarlığından öder. Eğer uygun miktarı aşmışsa hâkim uygun miktarı alacaklıya öder fazla kısma alacaklı katlanır. (Mec. 996)

Birisi mümeyyiz çocuğa bir mal emanet ederse Ebû Hanife ve Muhammed’e göre malın kaybolması durumunda çocuk bunu tazmin ile yükümlü değildir. Zira emanet bırakan malı telef etmiştir. Çünkü muhafaza etmesi mümkün olmayan birine mal bırakmak malı telef etmektir.⁵¹⁰ Mâlî konularda yerli yerinde hareket edemediği

⁵⁰⁷ Nevevî, *Mecmû*, XIII, 40.

⁵⁰⁸ Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, III, 29.

⁵⁰⁹ Serahsî, *Mebhut*, XXIV, 167.

⁵¹⁰ Serahsî, *Mebhut*, XI, 119.

halde baliğ olan bir yetim hakkında hâkim kararı olsun olmasın kendi isteğiyle de olsa mallarını kendisine teslim eden kişi bu malların telefinden sorumlu olur.⁵¹¹

5.3.1. Kısıtlının Kendi Başına Yapabileceği İşlemler

Mer'i hukukta, sınırlı ehliyetliler kural olarak kendi aleyhlerine borç doğurabilecek, yani kendilerini borç altına sokabilecek olan işlemleri kendi başlarına yapamazlar. Kendi başlarına yapabilecekleri işlemler kendilerini borç altına sokmayan kendilerine sadece yarar sağlayan hukuki işlemlerdir.⁵¹²

İslam hukukuna göre; sefihlik sebebiyle kısıtlanmış olan şahsın menfaatine uygun olsa da bir şey satması, zimmetinde olan borç karşılığında bile olsa bir şey satın alması, bir bedel karşılığında olsa bile hayatında iken köle azat etmesi, geçerli değildir.⁵¹³ Mümeyyiz kısıtlının fayda ve zarar bakımından ortada olan, her ikisine de muhtemel olan işlemleri velinin icazetine bağlı olarak münakit olur. Velisi isterse icazet verir, isterse vermez. Kısıtlı hakkında faydalı görür ise icazet verir, görmez ise vermez.⁵¹⁴ Ancak veli faydalı olan bir muameleye izin ve onay vermiyorsa hâkim de icazet verebilir.⁵¹⁵

Mecelle'de kısıtlı şahsın, 444. maddede icare, 685. maddede havale, 708. maddede rehin, 776. madde vedia 809. maddede ariyet, 1457. maddede vekâlet, akitlerini yapabileceği ayrı ayrı belirtilmiştir. Kişi velisinin izniyle alacağını tahsil etse, Rafî, 'Hannati nezdinde iki görüşten tercihe şayan olanına göre bu muteberdir.' demiştir.⁵¹⁶ Mahcur kişi bakmakla yükümlü olduğu akrabalarına nafaka borcunu ödemek üzere hâkimden mal isteyebilir. Hâkim malı mahcura değil direk birinci dereceden bakmakla yükümlü olduğu kişilere verir.⁵¹⁷ Bir kimse mümeyyiz bir çocuğa mudarebe yoluyla bir miktar sermaye verse çocuk babasının izni olmadan alım satım yapsa kâr veya zarar etse yapılan işlem mudarebe ortaklığına ait olup, mâlî zarar sermaye sahibine yüklenir.⁵¹⁸ Mümeyyiz birisi, başkası ile iş akti yaptıktan sonra kendi edimini yerine getirirse Mecelle 599. maddeye göre ücreti almaya hak

⁵¹¹ Serahsî, *Mebcut*, XXIV, 182.

⁵¹² Akipek vd. *a.g.e.* I, 322.

⁵¹³ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 222.

⁵¹⁴ Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, III, 28.

⁵¹⁵ Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, III, 45.

⁵¹⁶ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 224.

⁵¹⁷ Serahsî, *Mebcut*, XXIV, 171.

⁵¹⁸ Serahsî, *Mebcut*, XXII, 59.

eder.⁵¹⁹ Hanefiler, mahcur mümeyyiz şahsın işi gördükten sonra çocuğa ücretin ödenmesi her ne kadar kıyasa muhalif görseler de istihsanen ödenmesi gerektiği sonucuna varırlar.⁵²⁰

5.3.1.1. Kendilerine Karşılıksız Kazanma Sağlayan İşlemler

Hiçbir yükümlülük altına girmeksizin sadece menfaat sağlayan hukuki işlemler karşılıksız kazanma sağlayan işlemlerdir. Ticari ve iktisadi anlamda ne kadar kârlı olursa olsun, sınırlı ehliyetsiz, alım satım gibi karşılıklı yükümlülük getiren bir hukuki işlemi hem mer'î hukukta hem de İslam hukukunda yapamaz. Sınırlı ehliyetsizlerin kendilerine sadece hukuki yararlar sağlayan işlemleri yapmak için yasal temsilcilerinin rızasına ihtiyaç duymadıklarını açık biçimde ifade etmek suretiyle Alman Medeni Kanunu da kabul eder.⁵²¹

Mer'î hukukta temyiz gücüne sahip küçük ve kısıtlılar, kendilerine sadece hukuki yarar sağlayan bu işlemleri bizzat yapabilirler. Bunun için yasal temsilcilerinin rızasını almak zorunda değildirler. Tıpkı tam ehliyetli durumunda bulunan kişiler gibi kendi fiilleriyle kendi lehlerine hak doğuran işlemleri kendi başlarına yapabilirler. Bu tür işlemlerin en bilineni bağışlama sözleşmesidir. Ancak bağışlamanın ahlaka aykırı amaçlarla yapılmış olması veya sınırlı ehliyetsize ağır yükler yüklemesi ihtimali de vardır. Bu nedenle Borçlar Kanunu 287. Madde şöyle düzenlenmiştir: “Fiil ehliyeti bulunmayan kişi ayırt etme gücüne sahipse, bağışlamayı kabul edebilir. Ancak, bağışlananın yasal temsilcisi bu kişinin bağışlamayı kabulünü yasaklar veya bağışlanılan şeyin geri verilmesini emrederse, bağışlama ortadan kalkar.” Görüldüğü üzere kanun, veli veya vasiye bu bağışlamayı kabulden menetme yetkisini vermiştir.⁵²² Bu veto hakkının amacı, sınırlı ehliyetsizi zararlı olacak bağışlamalardan korumaktır.⁵²³ Sınırlı ehliyetsiz bir alacağını temin kastıyla kefalet sözleşmesi yaparsa kendisine hukuki yarar sağlayacağı için bu sözleşme geçerlidir.⁵²⁴ Sınırlı ehliyetsizler, karşılık olmaksızın kendilerini yükümlülükten kurtaran ibra sözleşmelerini de bizzat yapabilirler.⁵²⁵ Sadece beyanda bulunmakla sonuç doğuran, beyanda bulunanı yükümlülük altına sokan, karşı tarafa sadece yarar sağlayan irade açıklamalarına

⁵¹⁹ Mesud Efendi, *Mirâtı Mecelle*, s.193.

⁵²⁰ Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-Esrâr*, IV, 254.

⁵²¹ Akipek vd. *a.g.e.* I, 323.

⁵²² Akipek vd. *a.g.e.* I, 323.

⁵²³ Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 86.

⁵²⁴ Akipek vd. *a.g.e.* I, 323.

⁵²⁵ Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 85.

sınırlı ehliyetsizler de muhatap olabilirler. Örneğin borç ikrarını, şartsız ve bir yükümlülük yüklemeyen vasiyetleri kabul edebilirler. İki kişinin yaptığı bir sözleşmede üçüncü kişi olarak sınırlı ehliyetsiz lehine şart yoluyla yapılmış olan bir sözleşmeyle de hak kazanabilir.⁵²⁶

Şafî mezhebinde, kısıtlı şahıs aktif mal varlığında bir eksilmeye yol açacak tek taraflı edim yükleyen hibe vb. işlemleri yapamaz. Ancak kendisine yapılan bağış er-Ravda'da doğru olduğu belirtilen görüşe göre kabul edebilir.⁵²⁷ Fakat bu işlem vasiyet⁵²⁸ veya köleyi müdebber kılma gibi ölümden sonra gerçekleşecek ise geçerli kabul edilir.⁵²⁹ Ayrıca kısas alacağı olduğunda bunu mal karşılığı affedebilir.⁵³⁰ İsterse bunu karşılıksız olarak da affedebilir.⁵³¹

Hanefilerde de hibe etmek gibi hakkında zararı mahz olan tasarrufu velisinin izni ve icazeti olsa bile muteber olmaz. Her yönüyle zarar olan bu gibi tasarrufların muteber olması için tam ehliyet şarttır.⁵³² Hanefiler çocuğun vasiyeti konusunda tartışmışlar ise de istihsanen meşru kabul etmişlerdir.⁵³³

Diğer mezheplerde de konunun teferruatında bazı ihtilaflar olsa da pek farklı değildir. Akıllı olan çocuk için faydası kesin olan, sadece karşı tarafa edim yükleyen hibeyi kabul gibi işlemler ihtilafsız geçerlidir. Sadece işlemi yapana edim yükleyerek zararlı olanlar ise icma ile geçersizdir. İkisi arasında olan ise Hanefilere göre velinin icazetine bağlıdır. Şafîye göre ise bunlarda geçersizdir.⁵³⁴ Mâlik ve ashabı kendisinde rüşd alameti görülen ama baliğ olmayan çocuğu sefih gibi saymış ve velisi veya vasisi olsa bile sadaka gibi tasarruflarını batıl, karşılıklı edimler yükleyen tasarrufları velinin icazetine bağlamışlardır.⁵³⁵

⁵²⁶ Akipek vd. *a.g.e.* I, 324.

⁵²⁷ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 223.

⁵²⁸ İbn Kudâme, *Muğni*, VI, 614.

⁵²⁹ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 222.

⁵³⁰ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 223.

⁵³¹ Nevevî, *Minhac*, s. 533; İbn Kudâme, *Muğni*, VI, 611.

⁵³² Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, III, 29.

⁵³³ Serahsî, *Mebcut*, XXIV, 169.

⁵³⁴ Kâsânî, *Bedâ'i*, VII, 171.

⁵³⁵ Karâfî, *Zahîre*, VIII, 232.

5.3.1.2.Nakıs Ehliyetlinin (Sınırlı Ehliyetsiz) Başkasına Vekâleten İşlem Yapması

Sınırlı ehliyetsizler, yasal temsilcilerinin rızasını almaya gerek olmaksızın bir başkası adına hukuki işlemler yapabilirler. Bu konuda Medeni Kanun'da genel bir hüküm bulunmamaktadır. Medeni Kanun'un 344. Maddesindeki "Velâyet altındaki çocuk, ayırt etme gücüne sahip ise ana ve babanın rızasıyla aile adına hukukî işlemler yapabilir; bu işlemlerden dolayı ana ve baba borç altına girer." şeklindeki düzenlemesi, aileye has olarak velayet altındaki küçüğe, ana veya babası tarafından kendilerini (aileyi) temsil etme yetkisi verilebileceğini düzenlemektedir.⁵³⁶ Medeni Kanun'da genel anlamda sınırlı ehliyetsizin başkasını temsil konusunda açık bir hüküm bulunmasa da TMK. 16. maddesinin sınırlı ehliyetsizi korumayı amaçladığı, sınırlamanın, sınırlı ehliyetsizin mal varlığını etkileyecek işlere müteallik olduğu gözetilerek, başkasının temsilcisi olarak hareket edenin leh ve aleyhine bir sonuç doğurmaması nazara alınarak, kanunun buna cevaz verdiği düşünülmektedir.⁵³⁷

Sınırlı ehliyetsizin bir başkasının iradi temsilcisi olabilmesi için kendisini temsilci kılan ile aralarında bir vekâlet ilişkisi olması gerektiği ve bu vekâlet akdinin iki tarafa borç yükleyen bir tarafı olduğu ve veli veya vasinin rızası olmadan bu tür bir ilişki kurulamayacağı hususu tartışılmıştır. Bazı müelliflerce, sınırlı ehliyetsiz vekâlet sözleşmesi yapmış ve kanuni temsilci icazet vermemiş ise; vekâlet sözleşmesi batıl sayılacağı, fakat kendisini temsil ettirenin sınırlı ehliyetsize tek taraflı işlem ile verilen yetkiyi yitirmiş olmayacağı dile getirilir. Diğer bazı müellifler ise veli veya vasinin vekâlet ilişkisine onay vermemesi halinde bu temsilin geçerli olmayacağı kanaatindedir.⁵³⁸

Mümeyyiz çocuğun başkasını tevkîlen muamele yapabileceği mecellenin 1458. maddesinde düzenlenmiştir. Mümeyyize ticaret izni verilip verilmemesi, onun vekâleten hareket etmesine etki eden bir husus değildir.⁵³⁹ Kısıtlının mezun olup olmaması, vekâleten yapılan işlemin sonuçlarından sorumlu olup olmama bakımından önem arzeder. Bu hüküm sefihlik nedeniyle hacir edilmiş kişi hakkında da geçerlidir.

⁵³⁶ Akipek vd. *a.g.e.* I, 324.

⁵³⁷ Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 87.

⁵³⁸ Hatemi, Oğuztürk, *a.g.e.* s. 39.

⁵³⁹ Mesud Efendi, *Miratu Mecelle*, s. 540.

Zira burada bu vekâlet yoluyla yapılan işlemde doğan her türlü edim ve kazanım kısıtlı hakkında değil müvekkil hakkında tahakkuk etmektedir.⁵⁴⁰

Şafî mezhebi konuya farklı yaklaşmaktadır. Onlara göre vekilliğin şartı, kişinin kendisi için işlem yapabilme imkânıdır. Şafiiler, kendi işini idare edemeyen birinin başkasının işini idare etmesini makul karşılamamışlardır. Bu nedenle akıl hastasının yanında çocuğun vekilliğini de kabul etmemişlerdir.⁵⁴¹

5.3.1.4. Bir Meslek veya Sanatla uğraşma

Sınırlı ehliyetsizlerin bir meslek veya sanatla bağımsız olarak uğraşmalarına izin verilebilir. Medeni Kanun'un 359. maddesi "Ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın veya kendi kişisel kazancının yönetimi ve bunlardan yararlanma hakkı çocuğa aittir." şeklindeki düzenlemeyle, on sekiz yaşından küçük mümeyyize bir meslek ve sanatla uğraşması imkânı vermektedir. 453. Maddesi ise "Vesayet altındaki kişiye vesayet makamı tarafından bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmiş ise, o kişi bununla ilgili her türlü olağan işlemleri yapmaya yetkilidir ve bu tür işlemlerden dolayı bütün malvarlığı ile sorumludur." şeklindeki hükmüyle, on sekiz yaşını doldurduğu halde kısıtlanan kişinin bir meslek ve sanatla uğraşmasına müsaade etmektedir. Velisi olanlar velisinin izniyle bir meslek ve sanatla uğraşacakken, vasisi olanlar için vesayet makamının bu izni vermesi gerekmektedir.

5.3.1.5. İslam Hukukunda Kısıtlıya Ticaret ve Meslek İzni

İslam hukukunda, mümeyyiz olan küçüğe deneme amaçlı bir kısım malı verilerek onunla ticari işler yapmasına izin verilebilir. İşlerini ticaretin gereklerine uygun görmek suretiyle reşit olduğu anlaşılırsa diğer malları da kendisine teslim edilir.⁵⁴² Buradan anlaşılmaktadır ki mümeyyiz olan kişiye malının teslimi bülüğ ile değil, rüşd ile meşruttur. Mümeyyiz çocuk baliğ olsa bile reşit değilse veya sefihlik varsa malı teslim edilmez. Reşit olmayan baliğe malını teslim eden veli, Mecellenin 98. maddesine göre buradan doğacak zararı tazmin eder.⁵⁴³

⁵⁴⁰ Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, III, 483.

⁵⁴¹ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 283.

⁵⁴² Mesud Efendi, *Miratı Mecelle*, s.347.

⁵⁴³ Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, III, 51.

İslam hukukunda izni, çocuğun malında tasarruf yetkisine sahip olan kimse verir.⁵⁴⁴ İzin verilmiş şeklinin önemi yoktur. Mesela mümeyyiz küçüğün alışveriş yaptığını gören veli bu duruma sessiz kalmakla izin vermiş sayılır. (Mec. 971.) Ulema arasında ihtilafli olmakla birlikte, izin verildiği kendisine bildirilmeyen mümeyyiz küçüğün işlemleri geçerli olmaz.⁵⁴⁵

İzin, haciri ortadan kaldıran bir şey değildir. Zira veli, her zaman bu izni iptal ederek mümeyyiz küçüğün iş ve işlemlerini kendisinin onayına bağlayabilir.⁵⁴⁶ Fakat hangi usulle izin vermiş ise yine o şekilde hacretmesi şarttır. Mesela çarşı halkının çoğunun bileceği tarzda izin veren veli bu izni iptal ettiğinde, yine çarşı halkının çoğunun bilmesini sağlamak zorundadır. Kendi hanesinde iki üç kişinin huzurunda hacretmesi sahih olmaz.⁵⁴⁷

Sonradan kısıtlanan şahıs velisinin izniyle mâlî tasarrufta bulunursa bu tasarruf geçerli olur mu? Bazı fakihlerce, daha doğru kabul edilen görüşe göre; mâlî tasarrufta bulunabilme velinin izni olsa bile mümkün değildir.⁵⁴⁸ Çünkü bu şahıs, zaten kısıtlı değilken kısıtlanmıştır. Eğer izin yoluyla tasarrufu geçerli olursa kısıtlamanın anlamı kalmayacaktır.⁵⁴⁹ Farklı bir görüşe sahip olanlar ise kısıtlı şahsa mâlî konularda izin vermeyi evlenmenin izin yoluyla mümkün olmasına⁵⁵⁰ ve mümeyyiz çocuğa verilen izne kıyas etmiştir.⁵⁵¹

Bir mümeyyiz küçüğün tasarrufunda menfaat görüldüğü halde, veli izinden imtina ediyorsa hâkim bu izni verebilir. Velisi artık onu hacredemez. (Mec. 975) Zira kısıtlama altına almak veya ticaret izin verme işlemleri birbirine denk işlemlerdir. Bir işlemin hukukiliği onu kuran ve kaldıran iradenin ve bu iradeyi ortaya koyma usulünün denkliği sağlar.⁵⁵²

Hâkim kararıyla mezun olanın izni, hâkimin azliyle veya vefatıyla ortadan kalkmaz. Oysa velinin izniyle mezun olan küçüğün izni, velinin vefatıyla ortadan kalkar. (Mec. 976. madde) Bir küçüğe hâkim izin verdikten sonra velisi onun iznini

⁵⁴⁴ Çeker, *a.g.e.* s.43.

⁵⁴⁵ Serahsî, *Mebhut*, XXV, 30.

⁵⁴⁶ Serahsî, *Mebhut*, XXV, 21.

⁵⁴⁷ Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, III, 40.

⁵⁴⁸ Nevevî, *Minhac*, s. 333.

⁵⁴⁹ İbn Kudâme, *Muğni*, VI, 617.

⁵⁵⁰ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtac*, II, 222.

⁵⁵¹ İbn Kudâme, *Muğni*, VI, 617.

⁵⁵² Serahsî, *Mebhut*, XXV, 29.

kaldırıp hacredemez ancak hâkim bunu yapabilir. (Mec. 977. madde) Bütün bu hükümlerde matuh olan kimse, sağiri mümeyyiz hükmündedir. (Mec. 978. madde:) Yani gerek tasarruflarında gerek velisinin belirlenmesinde gerekse izin konusunda böyledir.⁵⁵³

Matuh olarak baliğ olup, temyiz kudreti bulunan şahsın velisi babasıdır. Babası isterse ona izin de verebilir. Fakat akıllı olarak baliğ olduktan sonra matuh olan kimse hakkında Ebû Yusuf'a göre baba gibi velisine velayet hakkı geri dönmez. Çünkü bu durumda velayet hâkime ait olduğundan buna izin vermek yetkisi sadece hâkime aittir. Sadece babası değil, diğer velisi de izin veremez. Kurala uygun olan budur. İmam Muhammed'e göre ise, velisine hakkı velayet geri döndüğünden buna babası gibi diğer velileri de izin verebilir ki istihsana uygun olan da budur.⁵⁵⁴

Kendisine izin verilen kişi, yani mezun ticari nitelik arzeden alım satım, kiralama, şirket ortağı olma gibi işlemleri velisinin onayına ihtiyaç duymadan yapabilir. Mezun, konusu mal mübadelesi olan davada davalı ve davacı olarak bulunabilir.⁵⁵⁵ Ancak tek tarafa edim yükleyen, mer'i hukukta karşılıksız kazandırma niteliğinde olup fıkıhta tebberru niteliğinde olduğu kabul edilen, kefalet, hibe etmek, gibi işlemleri yapamaz. Yine malın mal ile değişimi niteliğinde olmayan mihir ve hiçbir mübadele niteliği taşımayan cinayet konularındaki ikrarı geçerli değildir.⁵⁵⁶

İzin, genel yani bütün alanlarda iş ve işlem yapmaya izin ve sadece belirli bir konuda özel izin olarak iki grupta değerlendirilir. Belirli bir alanda izin verildiğinde bu izin, bütün alanları kapsar mı yoksa sadece tahsis edilen alanda mı küçük mezun olur konusu fakihler arasında tartışılmıştır.

Hanefîler kısıtlıya verilen iznin tahsis edilemeyeceğini söylerler.⁵⁵⁷ Velinin izni zaman, mekân, çeşit ve belirli bir kişi ile ticaret gibi herhangi bir şey ile sınırlandırılmaz. Yani tekayyud ve tahassüs etmez. İmam Şafii ile Züfer'e göre tahassüs ve takayyud eder. Bunlara göre bu izin vekâlet gibidir.⁵⁵⁸ Zamanımız

⁵⁵³ Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, III, 45,46.

⁵⁵⁴ Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, III, 47.

⁵⁵⁵ Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, IV, 65.

⁵⁵⁶ Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, IV, 65.

⁵⁵⁷ Serahsî, *Mebhut*. XXV, 21.

⁵⁵⁸ Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, III, 34.

yazarları arasında iznin tahsisinin maslahata daha uygun olacağı kanaati ağır basmaktadır.⁵⁵⁹

Hâkim bir kısıtlı hakkında kendi ikrarıyla değilde sadece bir delil ile ispat edilen ticari işlemlerine onay vermek üzere izin verebilir. Ancak aynı şeyi baba veya vasi, mümeyyiz çocuk için yapamaz. Bu durumda izin geçerli olursa da kayıt geçersiz olur.⁵⁶⁰

Bir çocuğa ticaret iznini sırayla kendi velisi, babasının velisi, babasının vasisi babası tarafından vasi olan dedesi, onun vasisi sonra da hâkim veya hâkimin atadığı vasi tarafından verilebilir. Anne ve annenin vasisi bu izni versede geçersizdir.⁵⁶¹ Mümeyyiz çocuğa veya matuha hâkim ticaretle uğraşması konusunda izin verdikten sonra, babası, vasisi, babasının babası olan dedesi, bu izne karşı çıksa bile hâkimin izni geçerlidir. Şayet veli, çocuğun yararı olduğu halde izin vermiyorsa hâkim bu izni verir. Öyleki velisi dengi olan biriyle evlenmek isteyen kıza izin vermiyorsa hâkim bu izni verebilir. Hâkimin izninden sonra velilerin kısıtlama yetkileri yoktur.⁵⁶²

5.3.1.5. Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Hakların Kullanılması

TMK 16'ya göre sınırlı ehliyetsiz olan temyiz kudretine sahip küçükler ve mahcurların hukuki işlemlerinin geçerli olabilmesi yasal temsilci olan veli veya vasinin rızasına bağlıdır. Fakat bunların kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklarının kullanılmasında yasal temsilcinin rızası aranmaz.⁵⁶³ Sınırlı ehliyetsizlerle tam ehliyetliler arasında kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması konusunda fark yoktur. Sınırlı ehliyetsizlerin kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakları, yasal temsilcileri tarafından hiçbir surette kullanılamaz. Sınırlı ehliyetsizler bu hakların kullanılmasında yasal temsilcilerinin rızasını almak zorunda değildir. Nitekim sınırlı ehliyetsiz olan küçük, on beş yaşını doldurmuşsa, yasal temsilcisinin iznini almaksızın ergin kılınması için mahkemeye başvurabilir.⁵⁶⁴

Genel kural bu olmakla birlikte kanun, kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklardan çok önemli sonuçları olan bazı hakları, örneğin nişanlanma ve evlenme hakkının

⁵⁵⁹ Çeker, *a.g.e.* s. 46.

⁵⁶⁰ Serahsî, *Mebcut*, XXIV, 183.

⁵⁶¹ Serahsî, *Mebcut*, XXV, 23.

⁵⁶² Serahsî, *Mebcut*, XXV, 40.

⁵⁶³ Oğuzman, *a.g.e.* s.112.

⁵⁶⁴ Akipek vd. *a.g.e.* I, 325.

kullanılmasını istisna etmiş, bu haklar yasal temsilcisinin rızasına tabi tutulmuştur.⁵⁶⁵ Kanun, ergin kılınma (TMK. m 12), nişanlanma (TMK. m. 118) evlenme (TMK. m. 126,127) gibi bazı haklarda veli veya vasinin rızasını açıkça şart koşturmuştur. Yasal temsilcinin rızası olmadan mümeyyiz küçük veya mahcur bu hakları kullanamaz.⁵⁶⁶

Yasal temsilci bu hakların kullanımına rıza verdikten sonra bu hak, hak sahibi olan sınırlı ehliyetli tarafından bizzat kullanılmalıdır. Haklı bir neden olmadan yasal temsilci rıza göstermekten kaçınırsa hakkın kötüye kullanılması mahiyetinde görülebilir. Bu durumda “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” diyen TMK 2. madde çerçevesinde değerlendirilir. Nitekim temyiz gücüne sahip küçükler ve kısıtlıların veli veya vasisi evlenmeye izin vermez ise küçük veya mahcurun mahkemeye başvurma hakkı TMK 128. madde hükmünde açıkça belirtilmiştir.⁵⁶⁷

İslam hukukunda kısıtlının evlenmesi velisinin izniyle mümkün olur ise de boşaması ve muhaleası geçerlidir. Ancak kadın muhalea bedelini kısıtlı olan sefihe verir de onun elinde telef olursa kadın borcunu ödemiş sayılmaz.⁵⁶⁸ Ceza hukukunda müşteki olabilir.⁵⁶⁹ Nesebi ikrar edebilir.⁵⁷⁰ Boşanma işleminde mahcur kendi başına hareket edebilirken nikâh aktinde bunun engellenmesi İslam hukukunda nikâh aktinin erkeğe yüklediği mehir borcu nedeniyledir.⁵⁷¹ Hanefi mezhebine göre; bülüğ çağına erdiği halde mâlî konularda yerli yerinde tasarrufta bulunamayan bir çocuk evlenirse bu evlilik geçerli olur ancak mehir emsallerinden fazla belirlenmişse bu fazlalık geçerli olmaz.⁵⁷² Bu kişinin ziharı da geçerlidir.⁵⁷³ Mahcur kadın muhalea yapabilir.⁵⁷⁴ Velisi dengi olan biriyle evlenmek isteyen kıza izin vermiyorsa hâkim bu

⁵⁶⁵ Akipek vd. *a.g.e.* I, 325.

⁵⁶⁶ Akipek vd. *a.g.e.* I, 326.

⁵⁶⁷ Akipek vd. *a.g.e.* I, 325.

⁵⁶⁸ İbn Kudâme, *Muğni*, VI, 612.

⁵⁶⁹ İbn Kudâme, *Muğni*, VI, 614.

⁵⁷⁰ İbn Kudâme, *Muğni*, VI, 615; Serahsî, *Mebcut*, XXIV, 169.

⁵⁷¹ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 222, 223.

⁵⁷² Serahsî, *Mebcut*, XXIV, 169.

⁵⁷³ Serahsî, *Mebcut*, XXIV, 170.

⁵⁷⁴ Serahsî, *Mebcut*, XXIV, 174.

izni verebilir.⁵⁷⁵ Sefaheti nedeniyle kısıtlanmış bir kadın dengi olan bir erkekle evlenirse velisinin itirazı, sadece mehrin misil olup olmadığına taalluk edebilir.⁵⁷⁶

Mer'i hukukun kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar dediği hakların kullanımında İslam hukuku ile mer'i hukuk arasında önemli benzerlikler görülmektedir. Maamafih kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar kavramı İslam hukukunda kullanılan bir kavram değildir.

5.3.2. Yasal Temsilciler Tarafından Yapılacak İşlemler

Medeni Kanun 16. maddesi “ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremezler” demek suretiyle genel bir ilke ortaya koymuştur. TMK 451. madde, vesayet altındaki kişilere özel daha açık olan şöyle bir hüküm içermektedir. “Ayırt etme gücüne sahip olan vesayet altındaki kişi, vasinin açık veya örtülü izni veya sonraki onamasıyla yükümlülük altına girebilir veya bir haktan vazgeçebilir.” 343. Madde ise “velâyet altındaki çocuğun fiil ehliyeti, vesayet altındaki kişinin ehliyeti gibi” olduğunu serahaten belirtmektedir.

Kanun, sınırlı ehliyetsizleri korumak amacıyla düzenlenmiştir. Bu amacı gerçekleştirmek için sınırlı ehliyetsiz durumunda bulunan kişilerin kendi fiilleriyle malvarlıklarında bir azalma doğurabilecek mahiyette olan işlemleri yapamayacaklarını öngörür. Malvarlığında azalma doğurabilecek olan işlemler ikiye ayrılabilir. İlki sınırlı ehliyetsizi borçlandıran, onun pasif mal varlığı üzerinde etki doğuran işlemlerdir. İkincisi ise sınırlı ehliyetsizin aktif malvarlığı üzerinde etki meydana getiren tasarruf işlemleridir.⁵⁷⁷

Alım satım, trampa, kira sözleşmesi gibi iki tarafa borç yükleyen her türlü sözleşmeyi sınırlı ehliyetsiz yasal temsilcisi olan veli veya vasinin rızası olmaksızın yapamaz. Sınırlı ehliyetsiz ticari ve iktisadi anlamda bu işlemlerden ne kadar kazançlı olursa olsun yine de hukuken her iki tarafa borç yükleyici özelliklerini kaybetmediğinden ancak yasal temsilcinin rızasıyla yapılabilir. Aynı şekilde sınırlı ehliyetsizin bir haktan feragat, mülkiyet hakkını devir veya rehin gibi bir aynı hak

⁵⁷⁵ Serahsi, *Mebcut*, XXV, 40.

⁵⁷⁶ Zeynüddin İbn Nüceym, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, Daru'l-Fikr, Dimeşk 1983, s. 333

⁵⁷⁷ Akipek vd. *a.g.e.* I, 326.

sınırlaması benzeri aktif malvarlığı üzerindeki işlem ve tasarrufları kanuni temsilcinin rızasına tabidir.⁵⁷⁸

Medeni Kanunun 449 maddesi açık ve net biçimde vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmayı yasaklamıştır. Sayılan bu işlemler dışında tam ehliyetliler ile sınırlı ehliyetsizler arasında bir fark yoktur. Daha açık bir deyişle TMK. 449'daki istisnalar dışında tam ehliyetlinin yapabileceği her türlü işlemi yasal temsilcinin rızasının olması şartıyla sınırlı ehliyetsiz de yapabilir. Kanun, her ne kadar vesayet altındaki kişi hakkında düzenlenmiş görünüyorsa de yasal temsil yönünden velayet altındaki kimselerle vesayet altındaki kimseler arasında bir fark yoktur. Ancak vesayet söz konusu olduğu hallerde kanun tarafından sayılan önemli işlemler yönünden vasiinin işlem yapabilmesi için vesayet makamlarının yani mahkemelerin izni de gerekir.⁵⁷⁹

Medeni Kanunun 16. maddesi sınırlı ehliyetsize önemsiz sayılmayacak bir düzeyde hareket serbestliği tanımaktadır. Zira yasal temsilcinin rızası tek ve belli bir işleme ilişkin olabileceği gibi, belli bir alanla ilgili olan hukuki işlemleri kapsayabilir. Örneğin rıza, taşınır malların satışına ilişkin işlemlerin veya sadece okul ihtiyaçlarını sağlanmasıyla ilgili hukuki işlemlerin yapılması hakkında olabilir.⁵⁸⁰ Ancak hiçbir sınırlama olmaksızın sınırlı ehliyetsizin yaptığı veya yapacağı tüm işlemlere rıza göstermesi geçerli değildir.⁵⁸¹ Yasal temsilcinin birden çok işlem yani belirli bir grup işlemler için izin verilmiş olması halinde, iznin geçerli olması için, ya işlemlerin tümünün amacının aynı olması ya da belirli talimatlarla işlemlerin sınırlanmış olması gerekir.⁵⁸²

Temyiz kudretine sahip olan sınırlı ehliyetsizin günlük ihtiyaçları karşılamak kastıyla yaptığı basit işlemleri kendi başına yapmasında bir sakınca görülmemelidir. İngiliz hukukunda, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin hayatın normal gereklerine göre ihtiyaç duydukları bazı mal ve hizmetleri elde edebilmelerini mümkün kılmak üzere, borçlandırıcı mahiyetteki bazı sözleşmeleri kendi başlarına yapmalarına izin verilir.⁵⁸³

⁵⁷⁸ Akipek vd. *a.g.e.* I, 327.

⁵⁷⁹ Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 79.

⁵⁸⁰ Akipek vd. *a.g.e.* I, 328.

⁵⁸¹ Gençcan, *a.g.e.* s. 417.

⁵⁸² Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 82.

⁵⁸³ Akipek vd. *a.g.e.* I, 327.

Rızanın verilmesi herhangi bir şekle tabi değildir.⁵⁸⁴ Yasal temsilci yapılan işleme önceden izin vererek rıza beyanında bulunabileceği gibi işlem yapıldıktan sonra icazet de verebilir. Yasal temsilci işlem esnasında işlemin yapılmasına katılmaktır. Bazen de yasal temsilci işlemi bizzat yapabilir. Bu durumda mal varlığının idaresi hususunda önemli olan işlerde vesayet altında olanın görüşünü almalıdır. Her hâlükârda yasal temsilci bizzat yaptığı önemli işlerde vesayet makamı olan mahkemelerin onayını alması gerekir.⁵⁸⁵

5.3.3. Nakıs Ehliyetli (Sınırlı Ehliyetsiz) Yasal Temsilcisinin Rızasını Almadan Yapmış Olduğu Hukuki İşlemlerin Hükümü

Sınırlı ehliyetsizlerin işlem ve tasarruflarının yasal temsilcinin rızasına bağlanarak sınırlanmasının temel amacı onları korumaktır. Öyleyse sınırlı ehliyetsizin bu tür işleminin tabi olacağı statü, amacına uygun olarak sınırlı ehliyetsizin menfaatlerini sağlamayı ve kollamayı hedef tutan bir hükümsüzlük olması gerekir. Bu hükümsüzlüğün ne olması gerektiği hakkında kanunda açık bir hüküm yoktur. Öğretide bunun mutlak butlan olmadığı haklı olarak kabul edilmektedir.⁵⁸⁶ Bu durumla ilgili olarak çeşitli tabirler kullanılmaktadır. Bunlardan biri ‘tek taraflı bağlamazlık’, diğeri ‘askıda hükümsüzlük’ ve ‘topal hukuki muamele’ kavramlarıdır.⁵⁸⁷

Sınırlı ehliyetsiz ile bir işleme girişmiş olan karşı taraf, yasal temsilcinin önceden rızası alınmadan yapılmış olan hukuki işlemle geçerli bir surette bağlanır. Dolayısıyla yapılan akitten doğmuş olan yükümlülüğünü yerine getirecektir. Ancak karşı tarafın bu bağlılığı geçicidir. Yasal temsilcinin yapılan işleme sonradan icazet vermemesi halinde artık bu bağlılıkta ortadan kalkmış olacaktır.⁵⁸⁸ Başka bir ifadeyle sınırlı ehliyetsizin önceden izin almadan yaptığı işlem, yapıldığı andan yasal temsilcinin iradesini açıkladığı ana kadar olan devre içinde askıda kalır ve hükümsüz kabul edilir. Yasal temsilcinin icazeti işlemi baştan itibaren geçerli hale getirir. İcazet verilmemesi de işlemi baştan itibaren hükümsüz kılar.⁵⁸⁹ İşlem askı durumunda eski

⁵⁸⁴ Akipek vd. *a.g.e.* I, 328.

⁵⁸⁵ Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 81.

⁵⁸⁶ Akipek vd. *a.g.e.* I, 329.

⁵⁸⁷ Hatemi, Oğuztürk, *a.g.e.* s. 81.

⁵⁸⁸ Akipek vd. *a.g.e.* I, 329.

⁵⁸⁹ Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 83.

deyimle muallakta olduğu sürece ehliyetli ve ehliyetsiz taraf “borçlu” değil “bağlı”dır.⁵⁹⁰

Sınırlı ehliyetsizlerin malvarlığı alanındaki işlemlerin kural olarak karşılaştığı “askıda hükümsüzlük” yaptırımını; tam ehliyetsizlerin işlemlerinin karşılaştığı mutlak butlan yaptırımından farklıdır. Zira butlanda işlem yapıldığı andan itibaren hükümsüzdür. Yasal temsilcinin icazeti bunu düzeltemez. Hâkimin bu noktada ki dahli bir tespit niteliğindedir. İşlem esasen baştan itibaren hükümsüzdür.⁵⁹¹

Sınırlı ehliyetsizle veli veya vasinin izni olmadan bir muameleye giren şahıs, kendisini bu bağdan kurtarmak istiyorsa izinsiz yapılmış bulunan hukuki işleme icazet verip vermeyeceğini bildirmesi için yasal temsilciye süre verir. Bu süre içerisinde yasal temsilcinin alacağı tutum onu bu bağdan kurtaracak veya icazetle karşılıklı edimler yerine getirilecektir.⁵⁹²

Bir hukuki işlemi yapan sınırlı ehliyetsiz, yasal temsilcisinin icazetinden önce, küçük ise on sekiz yaşını doldurarak vesayet altında ise vesayetin kaldırılması suretiyle tam ehliyetli hale gelirse artık kendisi de bu işlemi onaylayarak geçerli duruma getirebilir.⁵⁹³

Hukuki işlemi takiben taraflar, bu işlemden kaynaklanan borçlarını ifa eder de yasal temsilci bu işleme icazet vermezse hukuki işlem artık hükümsüz duruma düşer ve bu işleme dayanılarak yerine getirilmiş olan edimlerin karşılıklı olarak iade edilmesi gerekir.⁵⁹⁴

5.3.4. Nakıs Ehliyetli (Sınırlı Ehliyetsiz)ile İşlem Yapanın İyiniyeti

Mer’i hukukta sınırlı ehliyetsiz kişi ile işlem yapanın iyi niyeti korunmaz. Ana kural budur. Ancak mümeyyiz küçükler ile mahcurlar arasında fark vardır. Yasal temsilcinin işleme onay vermemesi halinde, ayırt etme gücüne sahip küçüğün durumu tam ehliyetsiz gibidir. İşlem kesin hükümsüz olup, karşı tarafın iyiniyeti korunmaz. Buna mukabil hacir edilip vesayet altına alınan kişi ile muameleye girişen kişinin

⁵⁹⁰ Hatemi, Oğuztürk, *a.g.e.* s. 26.

⁵⁹¹ Hatemi, Oğuztürk, *a.g.e.* s. 25.

⁵⁹² Akipek vd. *a.g.e.* I, 330.

⁵⁹³ Akipek vd. *a.g.e.* I, 330.

⁵⁹⁴ Akipek vd. *a.g.e.* I, 330.

iyiniyetinin korunup korunmaması kısıtlama kararının ilan edilip edilmemesine bağlıdır.⁵⁹⁵

İslam hukukunda da kısıtlı şahısla muamelede bulunanın iyiniyeti korunmaz. Kısıtlı bir alım satım sözleşmesi ile bir şey satın alsa veya birinden borç alsa ve satın aldığı veya borç aldığı şeyi teslim eden kişi, bu teslim alınanın telef olmasına katlanır.⁵⁹⁶ Kısıtlı şahısla muamelede bulunan kişinin kısıtlılık durumunu bilip bilmemesinin bu sonuçta önemi yoktur.⁵⁹⁷ Kısıtlının üzerindeki hacir kalktıktan sonra da kısıtlıdan talep edilemez.⁵⁹⁸ Ancak kısıtlının muamelede bulunduğu kişi de reşit değilse bu kişiden alışveriş veya borç alma yoluyla bir mal teslim alsa veya reşit olan birinin malını onun izni ve teslim etmesi olmadan alsa bu durumda kısıtlı tazminle yükümlüdür.⁵⁹⁹

Mahcur, mal sahibinin iradesi dışında malı telef ederse tazmin eder. Bu tazmin sorumluluğu, hem mecnun hem gayr-ı mümeyyiz hem de sefih için böyledir. Zira sabi ve akıl hastasının hükmü, başkasının malını izinsiz alıp telef etme konusunda sefihle aynıdır.⁶⁰⁰ Mahcur bir kimse kendisine emanet edilen bir malı telef ettiğini ikrar etse bu ikrara itibar edilmez. Bu kişi hacir devam ettiği müddetçe baliğ olmayan çocuk gibidir.⁶⁰¹

Medeni Kanun'un 410. maddesi, "Kısıtlama kararı kesinleşince hemen kısıtlının yerleşim yeri ile nüfusa kayıtlı olduğu yerde ilân olunur. Kısıtlama, iyiniyetli üçüncü kişileri ilândan önce etkilemez." şeklindeki hükmüyle kısıtlama kararının ilanını şart koşmakta ve ilan edilmemiş kısıtlama kararının iyiniyetli üçüncü kişilere karşı etkili olmayacağını serahatan belirtmektedir. Aynı kanun maddesi, "Ayırt etme gücüne sahip olmamanın sonuçlarına ilişkin hükümler saklıdır." demek suretiyle, bu hükmün, kısıtlının ayırt etme gücüne sahip olması halinde uygulanacağını belirtmektedir. Böylece kısıtlama nedeni temyiz kudretinden mahrumiyet ise ilândan önce de üçüncü kişinin iyi niyet iddiasının kabul edilmeyeceği anlaşılmaktadır.⁶⁰²

⁵⁹⁵ Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 84.

⁵⁹⁶ Serahsî, *Mebcut*, XI, 120.

⁵⁹⁷ Nevevî, *Minhac*, s. 333.

⁵⁹⁸ Nevevî, *Mecmû*, XIII, 40.

⁵⁹⁹ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 223.

⁶⁰⁰ İbn-i Kudâme, *Muğni*, VI, 611.

⁶⁰¹ Serahsî, *Mebcut*, XXIV, 167.

⁶⁰² Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 85.

İslam hukukunda ilanın yapılabileceği konusunda ihtilaf yok ise de ilanın gerekli olup olmadığı ihtilaflıdır. Hâkimin sefih olan kişiye kısıtlama getirirken buna şahit tutması, maslahata uygun görürse insanların o kişiyle muamele yapmaktan uzak durması için bunu ilan etmesi sünnettir.⁶⁰³

5.3.5. Sınırlı Ehliyetsize Yasak İşlemler

TMK 449. maddesine göre sınırlı ehliyetsiz kefil olamaz, vakıf kuramaz, önemli bağışlarda bulunamaz. Bunları bizzat kendisi yapamayacağı gibi yasal temsilcinin rızasıyla da yapamaz. Bazı müellifler bunu fiil ehliyetinin sınırlanmasından çok, hak ehliyetinin sınırlanmasıolarak görmüştür.⁶⁰⁴ Sınırlı ehliyetsiz, işlediği bir haksız fiille başkasına zarar vermiş ise bu zararları bizzat tazmin etmesi gerekir.⁶⁰⁵

Mecelle, 628. madde de kefilin ve 859. madde de hibe edenin akıl ve baliğ olmasını şart koşturmuştur. Küçüğün malını bizzat velisi veya vasisi veya hâkim hibe ve hediye etse yine sahih olmaz. 1458. Maddede belirtildiği gibi yasak sadece küçüğün malıyla ilgilidir. Yoksa mümeyyiz küçük vekâleten başkasının malında tasarruf etse muteber olur.⁶⁰⁶ Kısıtlı şahsın tıpkı akıl hastası ve gayr-ı mümeyyiz çocukta olduğu gibi kısıtlama öncesinde veya sonrasında alım satım yaptığı şeklindeki ikrarı,⁶⁰⁷ borç ikrarı, borç doğuran haksız fiil ikrarı veya mal itlafı gibi ikrarları geçerli kabul edilmez.⁶⁰⁸

5.3.6. Dava Ehliyeti

Dava ehliyeti fiil ehliyetinin medeni yargılama usulü hukukunda büründüğü şeklidir.⁶⁰⁹ Dava ehliyeti, bir kimsenin dava açmaya, kendisine karşı dava açılmasına, bizzat veya atayacağı bir temsilci ile bu davaları takip edebilmeye ehil olmaktır. Sınırlı ehliyetsizler, bizzat dava açamazlar, bu haklarını kanuni temsilcileri vasıtasıyla kullanırlar.⁶¹⁰ Çünkü davada yargılama usulüne ilişkin işlemleri yapabilmek de fiil ehliyetine dâhildir. (HUMK 38, HMK 51.)⁶¹¹

⁶⁰³ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 222.

⁶⁰⁴ Akipek vd. *a.g.e.* I, 332.

⁶⁰⁵ Akipek vd. *a.g.e.* I, 333.

⁶⁰⁶ Ali Haydar Efendi, *Mecelle Şerhi*, III, 29.

⁶⁰⁷ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 221.

⁶⁰⁸ Şirbînî, *a.g.e.* II, 224; İbn Kudâme, *Muğni*, VI, 596.

⁶⁰⁹ Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 226.

⁶¹⁰ Kuru, *a.g.e.* s. 227.

⁶¹¹ Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 79.

Boşanma veya ayrılık davası açma hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğundan ayırt etme gücüne sahip mahcur karı veya koca, yasal temsilcisinin izni olmadan bu hakkını bizzat kullanabileceği ve kendisine karşı açılan böyle bir davada bizzat yer alabileceği konusunda öğretilerde görüşbirliği vardır. Ancak Yargıtay, ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların boşanma davalarını bizzat takip edemeyecekleri görüşündedir.⁶¹² Kendisine bir meslek ve sanatla uğraşma izni verilenler yaptıkları meslek ve sanatla ilgili bir konuda kendisi başkasına karşı dava açabilir ve aleyhine dava açılabilir.⁶¹³

6. Sınırlı Ehliyetliler

Sınırlı ehliyetliler, ergin ve ayırt etme gücüne sahip bulunan ve aynı zamanda da kısıtlı olmayan kişilerdir. Bu itibarla bu kişiler esasen fiil ehliyetine tam olarak sahiptirler. Ancak bu kişiler özel durumları gereği ya kendilerinin ya da rızası gereken kişinin korunması düşüncesiyle kanundan ötürü belli sayıdaki işlemleri ancak başka bir kişinin o işleme rıza göstermesi veya olumlu görüş bildirmesi üzerine yapabilirler. Sınırlı ehliyetli grubunu kendilerine yasal danışman atanmış olanlar oluşturur. Bir görüşe göre evli kişiler de sınırlı ehliyetli sayılır.

6.1. Kendilerine Yasal Danışman Atananlar

Bazı hallerde bir kişinin kısıtlanması için yeterli sebep bulunmaz. Ancak bu şahsın korunması bakımından bazı işlemlerini tek başına yapması gerekebilir. Bu tür durumlarla ilgili TMK'nın 429. maddesi düzenlenmiştir.

TMK 429. madde şöyledir: “Kısıtlanması için yeterli sebep bulunmama ile beraber korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlandırılması gerekli görülen ergin bir kişiye aşağıdaki işlerde görüşü alınmak üzere bir yasal danışman atanır: 1. Dava açma ve sulh olma, 2. Taşınmazların alımı, satımı, rehn edilmesi ve bunlar üzerinde başka bir aynî hak kurulması, 3. Kıymetli evrakın alımı, satımı ve rehn edilmesi, 4. Olağan yönetim sınırları dışında kalan yapı işleri, 5. Ödünç verme ve alma, 6. Anapara alma, 7. Bağışlama, 8. Kambiyo taahhüdü altına girme, 9. Kefil olma.”

Kanun, önemli gördüğü, şahsın malvarlığını ciddi biçimde etkileyebilecek bazı işlerin nafiz olabilmesi için işlemleri bu şahıs lehine değerlendirecek 3. bir kişinin onayını gerekli görmektedir. Kanun, kişiye yasal danışman atanması gereken

⁶¹²Y2HD 23,101992, 8875-10177; Gençcan, *a.g.e.* s. 425.

⁶¹³ Kuru, *a.g.e.* s. 227.

sebepleri saymamış, sadece kısıtlanmasına yeterli sebep bulunmamakla beraber korunması bakımından ehliyetinin sınırlanması gerekli görülen kişi demiştir.

Yargıtay içtihatları bu konuda genellikle tabip raporu ile tespit yapılmasını uygun görmektedir. Uygulamada mahkemeler tabiplerden şahsın vesayet altına alınmasını icap eden bir durumun bulunup bulunmadığı, bulunmuyorsa yasal danışman atanmasını gerektiren bir halin var olup olmadığı sorulmakta, gelen cevaba göre hareket edilmektedir. “Yapılan yargılama ve toplanan delillerden; Kayseri Devlet Hastanesinden aldırılan 24.04.2015 tarihli sağlık kurulu raporunda, davalı kadının sınır zekâsı (IQ'su 71) düzeyinde zekâ seviyesi bulunduğu, herhangi bir akıl hastalığı olmadığı, vasi tayini gerekmediği; ancak yasal danışman tayinin uygun olduğu belirtilmiştir. Buna göre mahkemece, davalı kadına yasal danışman atanması için süre verilmesi, yasal danışman atanmasına ilişkin karar dosyaya alındıktan sonra işin esasının incelenmesi gerekirken, yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2. HD. 2016/1035, 2017/5510 “Bucak Devlet Hastanesinin 15.05.2014 tarihli raporunda, davalı kadının sınırdaki mental işlev ve depresif uyum bozukluğu olduğu, vesayet altına alınmasına gerek olmadığı, müşavir tayininin uygun olduğu belirtilmiştir. Buna göre mahkemece, davalı kadına yasal danışman atanması için süre verilmesi, yasal danışman atanmasına ilişkin karar dosyaya alındıktan sonra işin esasının incelenmesi gerekirken,....” Yargıtay 2. HD. 2015/20944, 2016/14469 “Yargılama sırasında davalı kadın hakkında aldırılan; Konya Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nin 22.03.2015 tarihli raporunda, "yataklı gözlem gereken hastaya yatış önerildiği, kabul etmediğinden hakkında karar verilmediği" belirtilmiş, ekinde bulunan zekâ testi değerlendirme raporunda IQ'su 59 olarak belirlenmiştir. Aynı hastaneden 20.04.2015 tarihinde alınan raporda ise "...hali hazırda major psikiyatrik bozukluk bulunmadığı, sınır zekâ düzeyi olduğu, bu durumun evlilik için çekilmez hale getirmeyeceği, tedavisinin gerekli olmadığı, vasi tayinine gerek olmadığı, sınır zekâ düzeyi nedeni ile yasal danışman atanması uygun olacağı" belirtilmiş, IQ'su 73 olarak belirlenmiştir. Dosyada kadın tarafından sunulan 21.03.2014 tarihli hasta epikriz raporunda ise "yaygın anksiyete bozukluğu" tanısı konulduğu rapor edilmiştir. Hastanenin verdiği ilk raporunda yataklı gözlem gerektiği belirtildiği halde, alınan ikinci raporda yatış yapılmadan rapor düzenlendiği gibi zekâ testi değerlendirme sonuçları da (IQ) birbirinden farklı çıktığı dikkate alındığında raporların birbiri ile çeliştiği ve kesin bir sonuca varılamadığı anlaşılmaktadır. O

halde davalı kadının vasi tayinini gerektirir bir rahatsızlığının bulunup bulunmadığının belirlenmesi için Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesinden rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, ..." Yargıtay 2. HD. 2015/16061, 2016/7611

Yasal danışman, kanunda sayılan belirli işler için ehliyeti sınırlanan kişiye sadece görüşünü bildirir. Yoksa onu temsil edemez.⁶¹⁴ Kendisine yasal danışman atanmış olan kişi, kanunda sınırlı sayıda sayılan hukuki işlemleri bizzat kendisi yapar. Fakat bunu yaparken yasal danışmanın bu işlemin yapılmasını olumlu gördüğüne dair reyini alması gerekir. Yoksa bu işlemleri onun adına temsilde olduğu gibi bizzat yasal danışman yapamaz. Şahıs yukarıda sayılan işlemleri yasal danışmanın olumlu oyunu almaksızın yaparsa bu işlem geçerli olmaz. Bunun yaptırımını "tek taraflı bağlamazlık"tır, yani kendisine yasal danışman atanmış olan kişi bu işlemle bağlı değildir fakat karşı taraf bağlıdır.⁶¹⁵ Yasal danışman bu olumlu görüşünün izin, icazet veya işleme katılma şeklinde açıklayabilir. Yasal danışmanın işleme rıza gösterdiğini serahaten ortaya koyabileceği gibi zımnen de koyabilir.⁶¹⁶

Yasal danışmanlığın hukuki niteliği konusunda farklı görüşler vardır. Bazı yazarlar yasal danışmanlığı kayyımlik ve vesayet kurumundan ayrı Roma hukukunda sui generis diye tabir edilen kendine özgü bir kurum olarak görür. Diğer bir kısım yazarlar kayyımliğin bir türü olarak görür. Diğer bir grup yazar da yumuşatılmış bir vesayet olarak kabul ederler ve bu sebeple kendisine yasal danışman atanmış kimseyi sınırlı ehliyetsiz sayarlar.⁶¹⁷

İslam hukukunda bazı müellifler, bir kişi reşid olduğu halde bazı konularda aldanma durumu varsa bu kişinin bu konulara has olarak hacredilmesi mümkün mü yoksa hacir bütün fillerini mi kapsar tartışmasına girmişlerdir. Buna cevaz veren fakihler bulunmaktadır ki bunlardan birisi de Şafii'dir. O, İbn Hibban hadisine dayanarak buna cevaz vermiştir.⁶¹⁸

Farklı rivayetleri olan hadiste, sahabeden birinin alışveriş yaptığında aldandığı ve bu durumun rivayetlerin farklılığına göre, kendisinde ve çevresinde rahatsızlık

⁶¹⁴ Tekinay, *a.g.e.* s. 247.

⁶¹⁵ Akipek vd. *a.g.e.* I, 338.

⁶¹⁶ Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 61.

⁶¹⁷ Dural, Ögüz, *a.g.e.* s. 60.

⁶¹⁸ Cüveynî, *Nihâyetü'l-Matlab*, VI, 442.

meydana getirdiği, ilgili kişinin alışverişten geri duramadığı, bunun üzerine Resulullah'a (SAS) gelerek duruma bir çözüm istemeleri üzerine; Peygamberin (SAS) sahabeyihacretmediği, ancak alışveriş yaptığında, sahabeye, “aldatmaca yok üçgünlük muhayyerlik hakkım var” demesini tavsiye ettiği bildirilir.⁶¹⁹ Bu hadiste hacredilmesi için bir sebep olmayıp da işlerini idarede problem yaşayan kişiye Peygamberin(SAS) tavsiye ettiği şey üç günlük muhayyerlik hakkı kullanması ve karşı tarafı aldatma konusunda uyarmasıdır. Üç günlük muhayyerlik süresince çevresinin işlemde haberdar olması, kişinin yaptığı işlem hakkında hatalı davranıp davranmadığı hususunda çevresindeki kişilerle istişare yapıp, yanlış yapıp yapmadığını anlamak konusunda ortaya konulan bir imkân gibi durmaktadır.

Nitekim bazı fakihler kısıtlanması için yeterli neden olmayan kişiler hakkında bu hadisi göstererek hadiste olduğu gibi muhayyerlik şartının ileri sürülmesini ve alım satım işleminin şahit huzurunda yapılmasının yeterli olacağını söylerler.⁶²⁰ Şahit tutmakta yapılan işlemin yerindeliği konusunda şahit olanlara ahlaki de olsa bir sorumluluk yüklediği gözden kaçmamaktadır.

6.2. Evli Kişiler

Mer'i olan Medeni Kanun, evlilik birliğini malen korumak maksadıyla eşlerin tasarruflarına önemli bazı sınırlamalar getirmiştir. TMK. 194. Madde “eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz” hükmünü barındırmaktadır. Yine 199. Madde, “Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mâlî bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir.” demektedir. TMK 223. Maddesi eşlerin paylı mülkiyet üzerinde tasarruf imkânını diğer eşin rızasına bağlamakta, 265. maddesi ise eşlerden biri, diğerinin rızası olmaksızın ortaklık mallarına girecek olan bir mirası reddedemeyeceği gibi, tereke borca batıksa mirası kabul de edemeyeceği hükmünü koymuştur.⁶²¹

Evli kişilerin ehliyet durumu hem İsviçre öğretisinde hem de Türkiye öğretisinde tartışılmıştır. İsviçre Hukukundaki baskın görüşe göre, kanunda geçerliliği

⁶¹⁹ İbn Ebî Şeybe, *Musannef*, VII, 306; Ahmed b.Hanbel, *Müsned*, II, 72; İbn Mace, *Ahkâm* 24; Hakim, *Müstedrek*, II/26; Beyhakî, *es-Sünenü'l-Kübra*, V, 273.

⁶²⁰ Karâfî, *Zahîre*, VIII, 244.

⁶²¹ Akipek vd. *a.g.e.* I, 335.

diğer eşin rızasına bağlanmış bulunan bir hukuki işlem rıza alınmadan yapıldığında, aynen yasal temsilcinin izni veya icazeti olmadan sınırlı ehliyetsizin yapmış olduğu işlem gibi geçersiz olacaktır. Özellikle aile hukukunda 1984 yılında yapılan değişiklikten sonra evli kişiler artık sınırlı ehliyetsiz sayılmalıdır. Bu görüşe karşı aile konutu ile ilgili söz konusu hükümlerin fiil ehliyetini değil sadece tasarruf ehliyetini kısıtladığı, aile konutu üzerindeki tasarruflarda diğer eşin rızasının, bir geçerlilik şartı olduğu ileri sürülür.⁶²²

Mer'i hukukçular arasında bir görüşe göre bu hükümlerin özellikle aile konutuyla ilgili 194. madde hükmünün hukuki işlem ehliyetini sınırlamadığı yönünde olup eşlerin bu hükümler dolayısıyla ehliyet durumunun değişmeyeceği, sınırlı ehliyetli gurubuna girmeyeceği savunulur. Türkiye'de genel kabul gören bu anlayıştır. Bunun yanında bu hükümlerin sınırlı ehliyetsizlerde olduğu gibi eşlerin hukuki işlem ehliyetini ve fiil ehliyetini sınırladığını kabul eden fakat eşlerin İsviçre'deki baskın kanaatte olduğu gibi sınırlı ehliyetsiz değil, kendisine yasal danışman atananlar gibi sınırlı ehliyetli olduğunu savunan bir görüş daha vardır.⁶²³

Bölüm Değerlendirmesi

Fiil ehliyetinin derecelendirilmesi ve tasnifi her iki hukuk sisteminde farklı meydana gelmektedir. Bu farklılığın bu dereceler ve sınıflar için konulan hükümlere yansımaları da bulunmaktadır. İslam hukuku insanları ehliyetli ve ehliyetsiz olarak ayırdıktan sonra ehliyetlileri nakıs ehliyetliler ve tam ehliyetliler olarak ikiye ayırmaktadır. Böylece İslam hukukunda fiil ehliyetinin üç derecesi ortaya çıkmaktadır.

Mer'i hukuk, her birine sınırlı nitelmesi ekleyerek ehliyetlileri ve ehliyetsizleri ikiye ayırmakta böylece fiil ehliyeti yönünden dört sınıf insan ortaya çıkmaktadır. Bu dört sınıf, tam ehliyetlilik, sınırlı ehliyetlilik, tam ehliyetsizlik ve sınırlı ehliyetsizliktir. Mer'i hukukun sınırlı ehliyetsiz olarak isimlendirdiği mümeyyiz küçükler ve mümeyyiz kısıtlılar İslam hukukunda nakıs, eksik ehliyetli olarak isimlendirilmektedir. Bunları mer'i hukuk ehliyetsiz görüp ehliyetsizliğinin sınırlı olduğunu belirtirken İslam hukuku bunların ehliyetinin eksik olduğunu ifade eder. İçerik olarak ise aralarında pek fazla bir hüküm farklılığı bulunmamaktadır.

⁶²² Akipek vd. *a.g.e.* I, 336.

⁶²³ Akipek vd. *a.g.e.* I, 336

Mer'i hukukta sınırlı ehliyetli sınıfı bulunmaktadır ki bu sınıfın İslam hukukunda tam karşılığı görülememiştir. Ancak bu sınıf içerisinde olduğu kabul edilen danışman atananların durumu ehliyeti nakıs olanlara benzemektedir. Sadece evli olmanın kendi başına ehliyet sınırlaması İslam hukukunda görülememiştir. Esasen evliliğin ehliyet sınırlaması olarak kabulü, mer'i hukukta da tartışmalıdır.



SONUÇ

Hukuk, bireyin ve toplumun sorunlarını çözmek için kamusal müdahalenin gerektiği durumlarda, her insanın yaratılışında var olan adalet duygusunu tatmin edecek biçimde pratik çözümler getiren kuralların kanun koyucu tarafından disipline edilmiş şeklidir. Her hukuk sistemi belirli bir takım değerleri esas alarak bu kuralları disipline eder.

İslam hukuk sistemi insan fitratını esas almaktadır. İslam hukukunun insan fitratını esas alarak düzenlediği açık bir biçimde görülen hukuk alanlarından biri de ehliyet ve fiil ehliyetini de içeren eda ehliyetidir. İslam hukuku, insan yaratılışına ve hayatın akış biçimine uygun biçimde, insan hayatını devrelere bölmekte ve bu devrelere uygun olarak, yine o devrenin doğasına uygun hukuki hükümler getirmektedir.

Ehliyet konusunun düzenlendiği Türk Medeni Kanunu İsviçre Medeni Kanununun tercümesidir. Medeni Kanunun 2001 yılında yenilenmesi esas itibariyle ciddi bir değişiklik getirmemiştir. Mer'i hukuk, batı hukuk sisteminin bir kopyasıdır. Hiç şüphesiz batının toplum yapısının ve Roma hukukundan gelen, eski Yunan aklıyla ve Hristiyanlık ruhuyla yoğrulup rönesans ve reform ile bir kıvama ulaşan toplumsal aklın ve kültürün ürünüdür. Batı hukuku, seküler bir hukuk olma iddiasındadır.

Ehliyet ve eda-fiil ehliyeti konusu, insan doğası gözetilerek ele alınması gerekmektedir. Zira temeli, kişinin, normal bir insanın kendi maslahatını gözeterek ona uygun biçimde gösterdiği davranışa uygun bir davranış gösterip göstermemesine dayanır. Konusu itibariyle ideolojik bir maksatla belirli toplumsal kesimin menfaatinin öne çıkarılmasına çokta uygun değildir.

Her hukuk sistemi hayatın içinde toplumda var olan sorunlara cevap vermek zorundadır. Aksi takdirde bir sistem olma vasfını kaybeder. Ehliyet konusu ile ilgili olarak her iki hukuk sistemi öngörülebiyecek sorunlara cevaplar üretmiştir.

Her iki hukuk sisteminde cenin sadece lehine haklar oluşan bir hukuki varlıktır. Her iki hukuk sisteminde de temyiz kudreti önemli bir kavramdır. Her iki hukuk sisteminde akıl sağlığı fiil ehliyetini dolaysız etkilemektedir. Her iki hukuk sisteminde kısıtlılık nedenleri birbirine benzerdir.

Her iki sistem, ehliyeti önce vücut-hak ehliyeti ve eda-fiil ehliyeti şeklinde bir ayrımla karşılamakta ve her iki sistemde de vücut-hak ehliyeti kişinin ana rahmine

düşmesi ile başlamaktadır. Vücut ehliyeti ve hak ehliyeti şeklindeki farklı isimlerle kavramlaştırmanın insanın kâinattaki konumu hakkındaki farklı bakış açısından kaynaklansa gerek. İslam hukuku insanı mükellef, mahkûmu aleyh olarak görüp ona göre tanımlayıp, insanın sorumluluğu üzerinden sistemleştirmektedir. Oysa mer'î hukuk bu anlayıştan ayrı olarak, insanı öncelikle hak sahibi görmekte, vücut ehliyetini, hak ehliyeti veya haklardan istifade ehliyeti şeklinde isimlerle tesmiye etmekte, insana bu şekilde hukuk dünyasında kişilik kazandırmaktadır.

Fiil ehliyeti, kanuni kavram olarak hukuk dünyasında varlığını sürdürmektedir. Tercümeyle esas alınan metinden kaynaklanan kavram kargaşası en azından Medeni Hukuk açısından sona ermiştir. Fiil ehliyeti eda ehliyetinin tam karşılığı değildir. Zira eda ehliyeti, sadece medeni hukuk anlamında ehliyetli olmayı değil aynı zamanda ceza ehliyeti anlamında da ehliyetli olmayı içermektedir. Eda ehliyetinin ibadetleri yerine getirme ehliyeti taşıması, onu fiil ehliyeti kavramından ayıran bir diğer içeriğidir.

İsmlendirmede ve konunun sistematüğinde farklılık olsa da her iki hukuk sisteminin getirdiği hükümlerin netice itibariyle benzer sonuçlar ürettiği görülmektedir. Fiil ehliyeti kavramının Batı hukukunda geçirdiği evrelere dair yapılacak çalışma konumuz haricinde olduğundan yapılamamıştır. Bu nedenle bu benzerliğin köklerine dair kelam etme imkânı olmamıştır. Bununla beraber, Medeni Kanunun fiil ehliyeti ve ona taalluk eden konularını içeren hükümlerin İslam hukukuyla büyük oranda uyumlu olduğu görülmektedir. Başka bir ifadeyle her iki hukuk sisteminin fiil ehliyeti konusunda oluşabilecek sorulara verdiği cevapların çok büyük oranda benzer olduğu görülür. Bu, konunun mahiyeti itibariyle fitrî olmasından kaynaklanıyor olabilir. Dolaysız biçimde fitri olan hukuka yansıtılacaksa bu ortak hükümlere varılması kaçınılmazdır.

Fiil ehliyetinin temelini oluşturan, insanın hukuki iş ve eylemlerini kendi maslahatını gözeterek bir akli olgunluğa erişme hususunda, her iki hukuk sisteminin benzer anlayışa sahip olduğu görülmektedir. Bu akli olgunluğu menfi etkileyen unsurlar karşısında her iki hukuk sisteminin benzer hükümler getirmiştir. Mer'î hukukta fiil ehliyetini etkileyen unsurlar, İslam hukukunda eda ehliyetini etkileyen unsurlardır. Hacir ve kısıtlanma nedenlerinin her iki hukuk sisteminde birbirine benzemekle beraber, İslam hukukunda borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf imkânının kısıtlanması hacir bahsinde ele alınırken mer'î hukukta medeni kanundan

ayrı İİK.'da ele alınmaktadır. Yine İslam hukukunda ölüm hastalığına yakalanan kimsenin hacri söz konusudur. Mer'i hukukta da bu durumda olan şahsın bazı tasarruflarının engellenmesi ancak miras hukuku anlamında bir sonuç doğurmaktadır. İslam hukukunda da ölüm hastalığına yakalanan kimsenin kısıtlanması esasen mirasçıları korumaya yöneliktir.



KAYNAKÇA

ABDÜLHAMİD, Muhammed Muhyiddin, *el-Ahvalü 'ş-Şahsiyye fi 'ş-Şerî'ati-l-İslamiyye*, el-Mektebetü'l-Hanefiyye, İstanbul t.y.

AKGÜNDÜZ, Ahmet, *İslam ve Osmanlı Hukuk Külliyyatı; Özel Hukuk-I: Şahsın Hukuku ve Aile Hukuku*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2012.

AKİPEK, Jale G., AKINTÜRK, Turgut, KARAMAN, Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri; Kişiler Hukuku*, Beta, İstanbul 2013.

ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürerü'l-Hükkâm Şerh-u Mecelleti'l-Ahkâm*, Gül Neşriyat, İstanbul t.y.

ÂMİDİ, Seyfüddîn Amidî Alî b. Muhammed b. Sâlim es-Sa'lebî, *el-İhkâmfi Usûli'l-Ahkâm*, Daru's-Sami'î, Riyad 2003.

ARPACI, Abdülkadir, HATEMİ, Hüseyin, SEROZAN, Rona, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991.

AYNİ, BEDREDDİN, *el-Binâye Şerhu'l-Hidâye*, Daru'l-Fikr, Beyrut 1990.

BÜYÜK HAYDAR EFENDİ, *Usul-ü Fıkıh Dersleri*, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1966.

BİLMEN, Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, Sarmaşık Yayınevi, İstanbul t.y.

BAR DAKOĞLU, Ali, "Ehliyet", *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, X, İstanbul 1994.

BUHARÎ, Alauddin Abdülazîz, *Keşfü'l-Esrâr 'an Usûli Fahri'l-İslâm el-Pezdevî*, Darü'l-Kitabi'l-Arabi, Beyrut, t.y.

CÜVEYNÎ, Abdulmelik bin Abdillâh bin Yusuf, *Nihâyetü'l-Matlab fi Dirâyeti'l-Mezheb*, Daru'l-Minhac, Beyrut 2007.

ÇEKER, Orhan, *İslam Hukukunda Çocuk*, Kayıhan Yayınları, İstanbul 1990.

DURAL, Mustafa, ÖĞÜZ, Tufan, *Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002.

EBÛ ZEHRA, Muhammed, *Usulü'l-Fıkıh*, Tebliğ Yayınları, İstanbul 1988.

EBÛ ZEHRA, Muhammed, *el-Ahvalü 'ş-Şahsiyye*, Darü'l-Fikri'l-Arabi, Kahire 1950,

GAZZÂLÎ, Hüccetü'l-İslâm Ebu Hamid Muhammed b. Muhammed b. Muhammed b. Ahmed et-Tusi, *el-Müstasfâ*, y.y., t.y.

GAZZÂLÎ, Hüccetü'l-İslâm Ebu Hamid Muhammed b. Muhammed b. Muhammed b. Ahmed et-Tusi, *el-Vecîz fi Fıkhi'l-İmami 'ş-Şafiî*, Şirketü Dari'l-Erkam bin Ebi'l-Erkam, Beyrut 1997.

- GENÇCAN, Ömer Uğur, *Vesayet Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- GÖKMENOĞLU, Hüseyin Tekin, *İslam Hukukunda Şahsiyet Hakları*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara 1991,
- HADDÂD, Radiyyüddîn Ebû Bekr b. Alî b. Muhammed el-Haddâd, *el-Cevheretü'n-Neyyire*, Fazilet Neşriyat ve Matbaacılık, İstanbul 1978.
- HALLÂF, Abdulvahhab, *Ahkâmu Ahvali's-Şahsiyye fi's-Şeri'ati'l-İslamiyye*, Daru'l-Kalem, Kuveyt 1990.
- HATEMÎ, Hüseyin, OĞUZTÜRK, Kalkan, *Kişiler Hukuku*, İstanbul 2013.
- HUDARÎ, Muhammed, *Usulü'l-Fıkıh*, el-Mektebetü't-Ticariyetü'l-Kübra, Mısır 1969, 6. Baskı.
- İBN KUDÂME, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme el-Cemmâilî el-Makdisî, *el-Muğnî*, Darü'l-Alemi'l-Kütüb, Riyad 1997.
- İBN MANZÛR, el-İfriki, *Lisanu'l-Arab*, Daru Sadr, Beyrut 1994.
- İBN NÜCEYM, Zeynüddin, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, Daru'l-Fikr, Dımeşk 1983.
- İBN RÜŞD, Ebü'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Ahmed el-Kurtubî, *Bidâyetü'l-Müçtehid ve Nihayetü'l-Muktesid*, Daru İbn Hazm, Beyrut 2006.
- İBNÜ'l-HÜMÂM, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî el-İskenderî, *Fethu'l-Kadîr li'l-Âcizi'l-Fakir*, Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, t.y.
- ÎCÎ, Ebu'l-Fazl Adududdin Abdurrahman b. Ahmed b. Abdilgaffar, *Şerh-u Muhtasari'l-Munteha'l Usul*, Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2004.
- KARÂFÎ, Bedrüddîn Muhammed b. Y a h y â b. Ömer el- Karafi el-Mısırî, *ez-Zahîre (fi'l-Fıkıh)*, Daru'l-Ğarbi'l-İslamî, Beyrut 1994.
- KARAMAN, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, Nesil Yayınları, İstanbul 1986.
- KÂSÂNÎ, Alauddin Ebu Bekr b. Mes'ud b. Ahmed, *Bedâ'iu's-Sanâ'i fi Tertibi's-Şerâi*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1986.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, *Medeni Kanunumuzun Aile-Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
- KOÇAK, Muhsin, DALGIN, Nihat, ŞAHİN, Osman, *Fıkıh Usulü*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2013,
- KURU, Baki, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

- MÂVERDÎ, Ebü'l-Hasen Alî b. Muhammed b. Habîb el-Basrî el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1994.
- MESUD EFENDÎ, Kayseri Müftüsü, *Mirat-i Mecelle*, Dersaadet Matbaa Osmaniyet.y.
- NEVEVÎ, Ebû Zekeriyya Yahya b. Şeref b. Müri, *Kitabu'l-Mecmû Şerhu'l-Mühezzeb li'ş Şirazi*, Mektebetü'l İrşad, Cidde t.y.
- NEVEVÎ, Ebû Zekeriyya Yahya b. Şeref b. Müri, *Minhacu't-Talibin*, Daru'l-Feyha, Dimeşk 2013.
- OĞUZMAN, M. Kemal, AKYOL, Şener, ÖZAKMAN, Cumhuriyet, *Medeni Kanun Borçlar Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Filiz Kitabevi, 1987.
- OĞUZMAN, M. Kemal, *Medeni Hukuk Dersleri: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.
- OĞUZMAN, M. Kemal, SELİÇİ, Özer, *Kişiler Hukuku Dersleri*, Filiz kitabevi, İstanbul, 1982.
- SERAHSÎ, Ebû Bekr Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed, *Usûlü'l Fıkh*, Eda Neşriyat, İstanbul, 1990.
- SERAHSÎ, Ebû Bekr Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed, *el-Mebsût*, Darü'l-Ma'rife, Beyrut t.y.
- SEROZAN, Rona, HATEMÎ, Hüseyin, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- SAHNÛN, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1994.
- SİĞNÂKÎ, Hüsâmüddîn Hüseyin b. Alî b. Haccâc el-Buhârî, *el-Kâfi Şerhu'l-Pezdevî*, Mektebetü'r- Rüşd, Riyad 2001.
- SÜYÛTÎ, Ebü'l-Fazl Celâlüddîn Abdurrahmân b. Ebî Bekr b. Muhammed el-Hudayrî, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir fî Kavâ'id ve Fürûi Fıkhî'ş-Şâfiyye*, Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1983.
- ŞAHİN, Cihan, “*Küçüklerin Şikâyet ve Şikâyetten Vazgeçme Hakkı*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, yıl. 5, sayı 16, Ankara, 2014.
- ŞABÂN, Zekiyüddin, *Usulü'l-Fıkhî'l-İslamî*, Metabiu Darü'l-Kütüb, Beyrut 1971, 2. Baskı.
- ŞEYHÎZÂDE, Abdurrahman, *Mecmau'l-Enhur fî Şerhi Mülteka'l-Ebhur*, Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 1998.

- ŞİRBÎNÎ, Şemseddin Muhammed İbnu'l-Hatib Eş-Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Me'ânî Elfâzi'l-Minhâc*, Darü'l-Ma'rife, Beyrut t.y.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, AKMAN, Sermet, BURCUOĞLU, Haluk, ALTOP, Atilla, *Tekinay Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993,
- UMUR, Ziya, *Roma Hukuku Ders Notları*, Beta, İstanbul 1999.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, *İcra Hukukunun Esasları*, Alfa Basım Yayım Dağıtım İstanbul 1995.
- Vizaretü'l-Evkaf ve Şu'uni'l-İslamiyye, *Mevsâ'atü'l-Fıkhiyye*, 2. Baskı, Kuveyt 1983.
- ZERKÂ, Mustafa Ahmed, *el-Fıkhu'l-İslamî fi Sevbihî'l-Cedid: el-Medhalü'l-Fıkhiyyu'l-Âm*, Darul Kalem, Dimeşk 1998.
- ZEVKLİLER, Aydın, *Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler*, Olgaç Matbaası, Ankara, 1981
- ZEYDÂN, Abdulkerim, *el-Medhal li-Diraseti's-Şeriatî'l-İslamiyye*, Daru Ömer b. el-Hattab, İskenderiye t.y.
- ZEYDÂN, Abdulkerim, *el-Veciz fi Usulü'l-Fıkh*, Müessesetü'r Risale, Beyrut 1990.
- ZUHAYLÎ, Vehbi, *el-Fıkhu'l-İslamî ve Edilletuhu*, Daru'l-Fıkr, Dimeşk, 1989.

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı Soyadı	İlhan SOYLU
Doğum Yeri	Aşağıkuluşağı, Baskil, Elazığ
Doğum Tarihi	18.06.1970

LİSANS EĞİTİM BİLGİLERİ

Üniversite	İstanbul Üniversitesi
Fakülte	Hukuk Fakültesi
Bölüm	

YABANCI DİL BİLGİSİ

İngilizce	KPDS (.....) ÜDS (.....) TOEFL (.....) EILTS (.....)
...	

İŞ DENEYİMİ

Çalıştığı Kurum	İstanbul Adliyesi
Görevi/Pozisyonu	Hâkim
Tecrübe Süresi	3 yıl

KATILDIĞI

Kurslar	
Projeler	

İLETİŞİM

Adres	Başak mah. Yeşilvadi. Cad. Ortaköy Sitesi C11 Blok No:23 Başakşehir/İstanbul
E-mail	soyluilhan@gmail.com