

İslam Hukukunda Temsil ve Amacı

AYDIN KUDAT

Yıldırım Beyazıt Üniversitesi

ÖZ

Gerek ferdin, gerekse toplumun ihtiyaç duyduğu bütün kuralları, ferdin ve toplumun yararı doğrultusunda vazeden İslâm hukûku, bugün modern hukûkta da yer alan fert ile fert ve fert ile toplum arasındaki temsil noktasındaki hukûkî ilişkilerini, yine fert ile toplumun yararı doğrultusunda çözüme kavuşturduğu muhakkaktır. Bizim burada konu olarak seçtiğimiz “Temsil ve Amacı” başlıklı bu çalışmamızda İslâm hukûku'nun bu alandaki ilişkileri düzenleyen hükümlerini sınırları tahdit edilmiş belli bir çerçeve dairesinde ve amacı doğrultusunda ortaya koymak şeklindedir. Öncelikle tanımlar ve temsilin genel çerçevesini ele almaya çalıştık. Sonrasında hukûkî temsilin temel unsurlarını, son bölümde ise hukûkî temsilin gayesi üzerinde durmaya çalıştık. Günümüzde çoğalan ve bu çoğalma nisbetinde meşakketleri mütevaris olan ihtiyaçların çoğu, bir şekilde temsil mekanizmasıyla alakadar olması hasebiyle konu önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: İslam, Hukuk, Hukûkî Temsil

Representation and Its Objective in Islamic Law

ABSTRACT

It is certain the Islamic Law that provides all rules needed by both individuals and society for individual and social benefit, resolves it through the benefit of the community and individuals as it also located in modern law in the frame of relationship between individuals&individuals and individual&society. Our aim to choose the topic of “Legal Representation” is to analyze the provisions that governing the relations in this area of Islamic Law is put it forth in the certain boundaries frame with certain titles. First, we discussed definitions, merit and representation in introduction section. Then we discussed legal representation. Finally, we tried to focus on the purpose of legal representation. This issue is important because it concerns about the difficulties in needs of heirs that relate to representation mechanism.

Keywords: Islam, Law, Legal Representation

Hukuk sistemleri, insanların hayatlarını belirli kurallara bağlı olarak idame ettirmeleri ve birbirleri ile olan ilişkilerini en sağlıklı biçimde düzenlemeleri için konulmuş kurallar bütünüdür. İslâm hukûku, öncelikle Allah (c.c.) ve Hz. Peygamber (s.a.s.) tarafından konulan prensipler doğrultusunda insanların hukûkî alanda değişen ve gelişen ihtiyaçlarını en adil şekilde karşılamayı hedeflemektedir. Ahlakî yönü yardım, sevgi ve şefkat gibi bütünüyle insani olan değerlerin teşkil ettiği İslâm hukûku, şahsın diğer şahıs ve şahıslara karşı olan hak, yetki ve sorumluluk noktasında bu ahlâkî yönü daima ön planda tutmaktadır. Bunun en güzel uygulama örneği hukûkî temsildir. Çalışmamızın ana konusunu teşkil eden temsîl olayında İslâm hukûkunun bu üstün meziyeti, en bariz şekilde tezahür etmektedir. İslâm hukûku, bugün modern hukûkta da yer alan fert ile fert ve fert ile toplum arasındaki temsîl noktasındaki hukûkî ilişkilerini yine fert ile toplumun yararı doğrultusunda çözüme kavuşturduğu muhakkaktır. Sosyal bir hayat süren insanlar genel manada her an gerek şahsı gerekse malî açısından ya temsîl eden yada temsîl edilen durumdadır. Bu bağlamda temsîl mekanizmasıyla, toplumsal hayatı kolaylaştırmak, yardımlaşmayı belli usuller çerçevesinde tesis etmek, kısıtlıların işlerini kolaylaştırmak, cemiyet ve tesisler gibi tüzel kişiliklerin kişiliklerinin hukûkî hüviyetini sağlamak gibi birden fazla cihetten hayati fonksiyonları ifa edilmektedir. Gayesi bakımından da gerek müessese şeklinde olsun gerekse cemiyet şeklinde olsun topluluk ve hükmi şahsiyetlerin genel çerçevesini tahdit etmek ve sosyal bir varlık olması hasebiyle işleri kolaylaştırmak gibi hayatın sühuleti noktasında önemi haiz amaçlara matuf olduğunu söyleyebiliriz. Bu çalışmamızda medenî işleri gören kanunî temsilcilikle ilgili olan, malî işlerdeki kanunî temsilcilik olan, tasarrufa ehil olan iki tarafın karşılıklı rıza ile akit yapmaları sonucu ortaya çıkan ve bu mekanizmayla ulaşılmak istenen amaç işlenmektedir.

Toplum halinde yaşayan insanların, toplumsal hayatları ile ilgili kaideleri düzenleyen, hukuk, “Gerçek, doğruluk, sıhhat, mülkiyet, hak, münasip durum, aslına uygun, makul, doğru ve sahih...” mânalarına gelen, “hakke” fiilinden kök çoğuludur. (İbn Manzûr 1997: Ha-Ka-Ka mad.) “İnsanların kanuna, ahlak kurallarına, örf ve adetlere bağlı olarak fiil ve hareket serbestliğini tanzim eden usul ve kaideler.” demektir. (Erdoğan 1998: 159) “Benzerlik, örneklik, karşılaştırma...” ve “Bir şeyi başka bir şeye, bir kişiyi başka bir kişiye benzetmek ve onun yerine ikâme etmek,” manasında temsîl, şahsın bir hukûkî tasarrufta bulunmak üzere başka bir şahsın yerini almasıdır. (İbn Abidin 1992: 5 / 510) Temsîl, temsilci ile temsîl olunan şahıs arasında yapılan bir akde dayanıyorsa “vekâlet”, ehliyet arızasından doğan bir eksiklik sebebiyle temsîl olunanın isteğine bakılmadan gerçekleşiyorsa

“*velâyet*”, hakim kararı ile gerçekleşiyorsa “*vesâyet*” söz konusudur. (Bilmen 1985: 2 / 41) Her üç durumda da temsîlin, iki şahıstan birinin diğerinin yerine kaim olması şeklinde gerçekleştiğini görmekteyiz. Yine burada temsil eden kişinin her üç durumda da tasarrufa ehliyetli olması da gereklidir. Temsîl edilen kişi ise, birinci durumda tasarrufa yetkili olması gerekirken ikinci ve üçüncü durumda ise böyle bir şart aranmamaktadır. Kişinin hukûkî olarak doğrudan temsil yetkisini elinde bulundurması, temsil edilen kişinin kendi şahsını malını ve başkalarını tam olarak temsil etme noktasında yeterli vasıflarla donanımlı olmamasından kaynaklanan bir hukûkî işlemidir. Şahısların ehliyetlerinin eksikliği, ya küçüklükte olduğu gibi tabîi, yahut da akıl hastalığı, bunama, sefahat gibi, sonradan olma meydana gelen arızî engeller durumunda zorunlu olarak devreye giren bir hukûkî müessesedir. (Karaman 1986: 2 / 41)

HUKÛKÎ TEMSİLİN DAYANAK VE KAPSAMI

Hukûkî temsil müessesesi, İslâm hukûkunun temel kaynakları olan Kur’an, Sünnet, icma’ ve kıyasta yer almaktadır. Hukûkî temsil müessesesi, Kur’andaki “... *İyilik ve takva üzerine birbirinizle yardımlaşın...*” (Maide, 2) mealindeki ayetin hükmüne göre, yardımlaşmanın temel esaslarından biri olarak gösterilmiştir. (Kâsânî 1982: 5 / 152) Bedenî ve akli olgunlukta olmayan, dolayısıyla ihtiyaçlarını kendi başlarına temin etme noktasında aciz veya yetersiz kalan kimselere sahip çıkarak onları gözetip yetiştirmek insanî bir görevdir. Bu sebeple güçsüzlerin maslahatlarını koruyacak tedbirleri yasalarla belirleme ve bu sorumluluğu üstlenmekle yükümlü olanları tayin etme zarureti kendiliğinden ortaya çıkar. Yine Kur’an’da “...*Sizden borçlu olan her kim sefih veya akli zayıf veya kendisi söyleyip yazdırmaya gücü yetmiyorsa velisi (hukûkî temsilcisi) onu adaletle yazdırsın...*” (Bakara, 282) mealindeki ayette bedenî veya akli açıdan yeterli olgunlukta olmadığı durumlarda kişinin adına sözleşmeleri yazma, velisi konumunda olan temsilciye tevdi edilmekte ve ona bir görev olarak yüklenmektedir. Fahrettin er-Razi (ö. 606/1209) “*Bedenî ve akli açıdan yeterli derecede olgunluk ve deneyime sahip olmayan kimseler adına ayette yer alan hususlarda görev üstlenecek hukûkî temsilcilik meşrulaştırılmaktadır,*” der. Bu ayette akli ve bedenî zafiyetleri olan kimseler adına velilerine imla (yazdırma) sorumluluğu yüklenmesi velâyet temsilciliğinin hukûkî bir kurum olduğunun anlaşılması için yeterlidir. (Serâhsî 1983: 23 / 157) Hadiste “Her biriniz yöneticisiniz (temsilcisiniz) ve yönettiklerinizden (temsîl ettiklerinden) sorumlusunuz. Adam kendi ailesinin yöneticisidir ve onlardan sorumludur.

Kadın kocasının evinde yöneticidir ve yönettiklerinden sorumludur. Hizmetçi efendisinin malı üzerinde yöneticidir ve yönettiklerinden sorumludur... Her biriniz yöneticisiniz ve yönettiklerinizden sorumlusunuz.” yer almaktadır. (Buhârî 1979: 8 /104) Bu hadisin izahatını yapan alimler, birden fazla kişinin temsiliyetinden söz etmişlerdir. Nitekim Kasa'nî (ö.587/1191), devlet başkanı (umûmî temsilci) nın vergi alma velâyeti ve yetkisinin bulunduğunu ve bu yetkinin temelini Kitap, Sünnet ve icma'ya dayanmakta olduğunu kaydetmektedir. İbn Haldun da (ö.808/1405) devlet başkanı halkın güvenli temsilcisi olduğunu söylemektedir. İbn Esîr, en-Nihaye adlı eserinde temsîlin en yaygın tezahürü olan niyâbet konusunda söz konusu kurumun icma'da yerini belirlerken şunları kaydetmektedir. “İslâm toplumunda özellikle yüksek mevkilerdeki ve zengin kimseler, işlerini bizzat değil de kendi yerlerine yetkili kıldıkları temsilcilere gördürdükleri sabittir”. Toplumun geleceği açısından yetişmekte olan çocukları toplumun ihtiyaç duymakta olduğu maddî ve manevî alanda yetiştirme ve eğitme görevini üstlenen sorumluların (temsilcilerin) varlığına bağlıdır.

Toplumsal yaşamın, beraberinde getirdiği çeşitli ihtiyaçların giderilebilmesinde fert, tek başına yetersiz kalmaktadır. Gerek ferdin gerekse tüzel kişiliklerin yetersiz kaldığı durumlarda temsî mekanizması devreye girmektedir. İslam hukuku bu alana geniş yer vermektedir. Hukûkî temsîl ile ilgili meseleler, klâsik fıkıh eserlerinde değişik bölümlerde dağınık olarak yer almaktadır. Sözelimi hukûkî temsîlin önemli kurumlarından birisi olan “beden ve zihin açısından yeterli gelişim ve olgunluğa sahip olmayan kısıtlıların hukûkî muamelelerinin, hukûken yeterli ehliyetine sahip olan birisi tarafından kendilerini temsîlen gerçekleştirilmesi” şeklinde tanımlayabileceğimiz “velâyet” müessesesi; nikâh, bey'(alış-veriş) miras, hadâne, vasiyet ve vesâyet gibi bölümlerde sadece o bölümle olan alakası kadarıyla ele alınmıştır. “Tasarruf ehliyetine sahip olan birinin, kendisi gibi bir şahsı kendi irâdesiyle kendi yerine kaim kılması” şeklinde tanımlayabileceğimiz ve hemen hemen bütün hukûkî muamelelerde söz konusu olan “vekâlet” müessesesi, fıkıhın bütün bölümlerinde bahis mevzuu edildiğini görmekteyiz. “*Tam ehliyetine sahip olmadıklarından kendi adına tasarruf ve hukûkî muamele yapma yetkisine sahip olmayan küçük ve kısıtlıların haklarını korumak, onlar adına tasarruflarda bulunmak için kurulan bir hukûkî müessese,*” şeklinde tanımlayabileceğimiz “vesâyet”, usulü fıkıh kitaplarında “ehliyet ve arızaları” bahsinde ele alınmaktadır. Günümüz İslâm hukukçularının da konu ile ilgili yapmış oldukları bazı araştırmalar mevcuttur; ancak bu çalışmalar söz konusu mevzua “el-Ahvalü's-Şahsiyye”

günümüz hukûkunun ifadesiyle “şahsın hukûku” ve “aile hukûku” bütünlüğü içerisinde bazı meselelere yer vermekle yetinmişlerdir. Bunlar arasında Mustafa Sıbaî'nin “*Şerhu Kanuni Ahvali'sh-Şahsiyye*”sini, mezhepler arası mukayese yanında yer yer günümüz hukûklarıyla da karşılaştırmaların yapıldığı Bedran Ebû'l-Ayneyn Bedran'ın, “*el-Fikhü'l-Mukaranu li'l-Ahvali'sh-Şahsiyye*”si ve Muhammed Ebû Zehra'nın, “*el-Ahvali'sh-Şahsiyye*” adlı eserlerini saymak mümkündür. Kaid Mukbil Talib'in “İrâdî temsil” müessesesini inceleyen; “*El-Vekâle fi'l-fikhi'l-İslâmî*” adlı çalışması da kayda değer bir eserdir. Muhammed Mustafa Şelebî'nin, “*Ahkâmü'l-Vesâyâ ve'l-evkaf*” adlı çalışması ile Ahmed el-Huserî'nin, “*El-Velâye ve'l-Vesâyâ ve't-Talak fi'l-Fikhi'l-İslâmî li'l-Ahvâlî'sh-Şahsiyye*” adlı kitabı önemlidir. Biz bu çalışmamızda konuyu ana başlıkları halinde ele alarak temsîlin amaç ve maksatları üzerinde durmaya çalıştık. Elbette ki, ferdî tek başına hayatını tatmin edecek şekilde bütün ihtiyaçlarını kendi başına karşılama imkanından mahrum olduğu günümüzde daha da önem arz eden bu temsil mekanizmasının sadece anılan başlıklarla münhasır tutmak meseleye bütüncül bakma noktasında kifayetsiz gelmektedir. Mesele bir doktora çalışması olarak ele alınması ve bu alanda meydana gelen yeni gelişmelerin de illet ve makasîd açısından mukayeseli olarak ele alınması, bu alanda bir boşluğu dolduracağı kanaatindeyiz. Bu çalışmamızın böyle bir ihtiyacın hissedilmesine vesile olacağını düşünmekteyiz. Tanımından da anlaşılacağı üzere temsil müessesinin üç temel unsuru vardır: Birincisi hukûkî bir tasarrufu veya akdi başka biri adına gerçekleştiren kişidir. Buna “*mümessil*” (temsîlci) denir. İkincisi kendisi adına hukûkî muamelenin gerçekleştiği kişidir. Buna da “*mümessel*” (temsîl edilen) denir. Üçüncüsü ise temsil müessesesine mahal olan olaydır. Buna da “*mümesselün fih*” denir. Temsîl mevzuunu işlerken hem temsil eden kişi açısından hem de temsil edilen kişi açısından temel kriterlerden birini teşkil eden “*ehliyet*” meselesinin de ele alınması gerekir. Ehliyet, sözlükte, “*Bir işi bir görevi yerine getirme salâhiyetine sahip olmak ve yaptığı işte salâhiyetli, layık ve yeterli olmak*,” anlamına gelir. Ayrıca *İnsanın bir şeyleri üretmeye ehil olması veya kendisinden bir şeylerin talep edilmesi ve kendisinin de bu taleplere karşılık verebilmesi* şeklinde de tarif edenler olmuştur. (Rahâvî ts: 930) Bir hukûk kavramı olarak ehliyet, *tasarrufa yetkili olma vasfı* veciz olarak tanımlanmaktadır. Birden fazla gayeli olan ve özel kişilerden tüzel kişilere, cemiyetlerden müesseselere kadar geniş tatbikat alanı olan temsil mekanizmasıyla olan sıkı irtibatı münasebetiyle İslâm hukukçularının bu kavram üzerinde yaptıkları tanımlar da bu nispette farklı olabilmektedir. Bu tanımlardan bazıları şunlardır: Ehliyet, “kişinin kendi

leh ve aleyhine terettüp eden haklara ehil olma vasfı”, “leh ve aleyhe olan şer`î tekliflerin teveccühüne, vücubuna salâhiyetli bulunmaktır. (Cassâs 1985:2/364) “kanun koyucunun şahısta takdir ettiği ve onu bir hukûkî hitaba muhatap olmaya salih hale getiren vasıftır”, (Zerkâ 1993: 2/ 532) “Şâri`in şahısta var saydığı, onu hukûkun muhatabı olmaya müsait kılan bir vasıftır”, “insanın, hukûkî hükümlerle ilişkili bir durumda olmasıdır”.(Karaman 1986: 2 /.28) Günümüz hukukçuları ise, öncelikle hak ve borç sahibi olabilme ve daha sonra da bizzat bu hak ve borçları kullanabilme kudreti olarak tanımlamaktadırlar.(Uslu 1964: 77) bütün bu tanımlar, ehliyet vasfının temsil işlemine alt yapı mesabesinde olduğunu göstermektedir. Buradan hareketle temsil işlemi, ehliyet arızasından doğan bir eksiklik sebebiyle temsil olunanın isteğine bakılmadan gerçekleşiyorsa “*velâyet*” vasfı almakta, hakimin kararı ile bu işlem gerçekleşiyorsa “*vesâyet*” vasfı almakta, temsilci ile temsil olunan şahıs arasında yapılan bir akde dayanıyorsa “*vekâlet*” söz konusu olmaktadır. Her üç durumda da temsîlin, iki şahıstan birinin diğerinin yerine kaim olması şeklinde gerçekleştiğini görmekteyiz. Yine burada temsil eden kişinin her üç durumda da tasarrufa ehliyetli olması da gereklidir. Temsil edilen kişi ise, birinci durumda tasarrufa yetkili olması gerekirken ikinci ve üçüncü durumda ise böyle bir şart aranmamaktadır. Şimdi bunları ayrı başlıklar altında ele almaya çalışalım.

HUKÛKÎ TEMSİLİN UNSURLARI

Temsil unsurları, genel manada akitlerde olduğu gibi tarafeyn ve mevzu olmak üzere üç temel unsuru vardır.

TEMSİL EDEN

Temsil eden, temsil müessesesinin aktif tarafını teşkil eden taraftır. Mümessil denilen bu şahıs, temsile mahal olan şey üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir. Bu şahsın ehliyet noktasında temsil kabiliyeti tamdır. Temsil müessesesinin bu tarafını teşkil eden şahısları doğal hukûkî temsilci veya icbari ve zorunlu temsilci, irâdî veya ihtiyarî temsilci ve hakim kararıyla veya kazaî temsilci olmak üzere üç kısma ayırmak mümkündür.

1. Cebri (zorlayıcı) temsîl: Kısıtlı olanların şer`î temsilcileri tarafından temsil edilmeleridir. Buna “*Niyâbet-1-şer`iyye*” denir. Diğer ismi ise

velâyetidir. ki, bu temsîl kısmında hukûk veya yargı, kâsır (kısıtlı) ın maslahatı için onun adına hareket ederek işlerinin idame ettirme görevini diğer bir şahsa bırakır. İşte bu temsilci velî, hakim için kanunî ve şer'î mümessil (şer'î niyâbet sahibi) kabul edilir. Temsili, kabul eden bütün işlerde akitler, fiiller ve haklarda davacı ve davalı olmak gibi mevzularda kısıtlının yerine geçer onun adına işlem yapar. (Mecelle, mad.1745) Temsili kabul etmeyen konular bundan müstesnadır. Mesela bir kişi ölen kimsenin geriye bırakmış olduğu servet hakkında bir hak iddiasında bulunur da, bu iddiasını ispat edemiyorsa ölenin varislerini bu mevzuda bilgi sahibi olmadıklarına dair yemin etmeye zorlayabilir; ancak bu durumda varis veya varisler küçük yaşta iseler yemin etmeye zorlanmaları doğru olmadığı gibi şer'î temsilcileri (velî veya vâsi) de onlar yerine yemin etmekle yükümlü tutulamazlar. Varis olan kişi rüşd yaşına gelinceye ve yemin etmeye ehliyet sahibi oluncaya kadar dava ertelenir. Küçük yaşta olup yemin etme salâhiyetine sahip olmayan aleyhine bir hak iddia edilip de yemin etmesi istenilen kişinin konumu için de aynı hüküm geçerlidir.

2. İhtiyarî (irâdî) temsîl: Tasarrufu diğer bir şahsa bırakılması olan vekâlettir ki, temsîl edilenin iradesiyle tayin edilen temsilcilik adı altında ilerde işlenmektedir. Buna "*ittifakî niyâbet*" de denir. Fiil ve tasarrufta birinin yerini diğerinin alması maksadıyla yapılan "temsîl" akdidir.
3. Kazâî (kanunî) temsîl: Hakimin tayin etmesiyle meydana gelendir. Hakimin kararıyla temsilcilik (vesâyet) demektir. Bu tür temsîl ameliyesine "*kazaî niyâbet*" de denir.

Görüldüğü gibi hukûkî temsilde yetkilendirme kaynağı ya doğrudan, ya yargı ya da akitleşmedir. Yetkisini bu kaynaklardan birinden almayan temsîl yetkisi olamaz. Başkasının adına tasarrufta yetkili olmayan kimse fuzûlî temsilcidir. Mesela bir şahıs, bir başkasının mülkünü satar, ya da kiraya verirse durumu böyledir. Diğer bir durum ise izni olmaksızın bir kadının evlenme akdini yapmak gibi bir işlemi geçekleştiren fuzûlî temsilci olur. Velî ve vekil olmayan bir kimsenin yani fuzûlî temsilcinin, tasarruflardan birini teşkil eden yaptığı evlenme akdi, alakalı tarafın kabulü ile sıhhat kazanır ve muteber olur; ancak İmam Şâfiî, bu hususta muhalif kalmıştır. Ona göre, fuzûlî temsilcinin yaptığı akdin hiçbir hükmü yoktur. (Karaman 1986: 3 / 266)

TEMSİL EDİLEN

Toplum halinde yaşayan insanlar maddi, manevi fizyolojik ve psikolojik olarak hepsi aynı düzeyde değildir. Toplumda çocuk, ergen ve yaşlı olduğu gibi bir çok açıdan güçlü ve zayıf durumda insanlar her zaman olabilmektedir. Hukûkî temsil, toplum halinde yaşayan ve kendi faydalarını kendi başına tam olarak sağlayamayan şahısların hak ve faydalarını korumak için devreye girmektedir. İslam hukuku bağlamda temsil edilenlere baktığımız zaman gerçek şahıslar itibarıyla üç kısma ayrıldığını söyleyebiliriz. Birincisi, velayeten temsil edilenlerdir. Reşid bir kimse tarafından, ehliyeti noksan bir kimse(ler) nin şahsı ve malı üzerinde tasarruf hakkı ve yetkisi olanlar şeklinde bir tanımından hareketle, şahsı üzerinde velayettir ki, onu evlendirmek, okutmak, tedavi ettirmek, bir işe verip sanat öğretmek gibi. Buna “*el-velâyetu aleş-şahs*” denir. İkncisi, vesâyeten temsil edilenlerdir. ki, malı üzerinde tasarruflarda bulunulmak, onu muhafaza etmek ve gerektiğinde harcamada bulunmak gibi kısıtlı kimselerdir. Bir kimsenin varisleri için hakim tarafından tayin olunan vâsidir. (Zerkâ 1993: 2 / 578) Bu vâsiyi kamu adına hakim tayin etmektedir. Ölen kimse küçük çocuklarının malı üzerinde vâsi tayin etmemişse ve çocukların da dedesi yoksa, o çocukların malını koruma hususunda temsil etme yetkisi (velâyet hakkı) umûmî temsilci (velî) makamında olan kadıya geçer. Kadı, ister temsil görevini kendi bizzat üstlenir, isterse bir temsilci (vâsi) tayin eder. Bu vâsiye “*Vâsî'l kadı*” denir. (Kadrî Paşa, 1966) Hakimin temsil yetkisini devreedeceği kişi (vâsi tayin edeceği) konuları şu şekilde belirleyebiliriz. “*Vâsî-yi Gurema*” diye ifade edilen vâsi türünü de bu kategoride değerlendirebiliriz. Borçları terekesinden fazla olduğu halde vefat eden borçlunun terekesine yargıç tarafından tayin olunan vâsiye “*Vâsî-yi Gurema*” denir. Üçüncüsü, vekâleten temsil edilenlerdir. Tasarrufa ehil birinin kendisi gibi ehil birini kendi yerine temsilci olarak tayin edilen kişi(ler)dir. Böyle bir akdin gerçekleşebilmesi için, “*seni şu işimi yapmakla vekil kıldım*”, “*şu işi yap*”, ya da “*şu işi yapman için sana izin verdim*”, gibi bir ifade ile o kişiye vekâlet vermesi ve temsilci olarak tayin edilenin (vekilin) de, “*senin bu isteğini kabul ettim*” veya benzeri bir ifadeyle bunu kabul ettiğini belirtmesi gerekir. (Kâsânî 1982: 6 / 20)

TEMSİL KONUSU

Temsil olayı, şahıs üzerine, mal üzerine ve hem şahıs hem mal üzerine olmak üzere üç yerde karşımıza çıkmaktadır. Zira Temsil, *tasarruf yetkisine sahip bir kimsenin, ehliyeti noksan bir kimsenin şahsı ve malı üzerinde tasarruf hakkına*

malik olması veya kendi irâdesi ile başka birini kendi yerine nâib olarak seçmesi biçimindeki tanımından hareketle, ya kişinin şahsı üzerinde temsil şeklinde, ya tasarruflarda bulunma, muhafaza ve harcama gibi malı üzerinde temsil şeklinde veya salâhiyet ve yetkisi yeterli olmayan üzerindeki tasarruf gibi hem şahıs hem mal üzerinde olan temsil şeklinde olmaktadır.(Zerkâ 1993: 2 / 578) Şimdi bu üç kısmı biraz daha açalım. a) Şahıs üzerine temsil. Bu çeşit temsil, küçüklerin veya hacir altında bulunanların bizzat şahsı ile ilgili iş ve ihtiyaçları hakkında söz konusu olur. Ehliyesizin korunup gözetilmesiyle ilgili olarak muhtaç bulunduğu her şey bu çeşit temsîlin kapsamına girer. (Döndüren 1995: 145) b) Mal üzerine temsil. Bu çeşit temsil, sadece temsil altında bulunan kişiye mahsus malî işler hakkında geçerlidir. Bu konularda hukûkî temsilci, kendi himayesi altında bulunan şahıs hesabına malî işlerinde tasarruflarda bulunma yetkisine sahiptir. Burada temsilcinin yapmış olduğu tasarrufların doğurduğu sonuçlar hukûkî olup nazıdır. (Bedrân 1976: 135) Bu temsil, malî işlerini kendi başına tam olarak sevk ve idare etmekten aciz olan kişiler için sabittir. (İbn Abidin 1992: 5 / 103) c) Hem mal hem de şahıs üzerine temsil. Tasarruf salâhiyetinden yoksun veya bu salâhiyete tam olarak sahip olmayan kişilerin şahıs ve malları üzerindeki temsili bu kısma örnek gösterebiliriz. Kısıtlı durumda olan evlâdın hem şahsı hem de malı üzerindeki babanın temsili gibi. (Bedrân 1976: 135)

HUKÛKÎ TEMSİLDE AMAÇ VE GÖZETİLEN MAKSAT

Ferdîn ve toplumun ihtiyaç duyduğu bütün kuralları, ferdîn ve toplumun yararı doğrultusunda vazeden İslâm hukûku, fert ile fert ve fert ile toplum arasındaki temsil noktasındaki hukûkî ilişkilerini, yine fert ile toplumun yararı doğrultusunda çözüme kavuşturduğu ve bunun en güzel tezahürünün hukûkî temsilde görmek mümkün olduğunu söylemiştik. Dolayısıyla İslam hukukunda temsil fert ve toplumun çıkarlarını en güzel şekilde koruyan hukûkî bir mekanizmadır. İslâm hukûkunda hukûkî işlemlere mazhar olan şey yukarıda değinildiği üzere özel veya tüzel kişilerdir. Buna hukûk literatüründe hakkın sujesi denir. Her hakkın bir sujesi (şahıs), zorunluluğu vardır. Sözlük itibarıyla kanunların kendisine hak ve borç sahibi olma yetkisini tanıdığı varlıklar olan şahıs, sübjektif hakların ve kanunî vecibelerin sahibidir ki bu da hukûktur. Bir de şahsiyet kavramı vardır bu da şahsın dışı yansıyan yönüdür. Dolayısıyla hakkın sujesi olan şahsın bir niteliği olan şahsiyeti, fiilî olarak medenî bir ehliyete sahip olma vasfı olarak “*medenî haklardan yararlanma ve medenî hakları kullanma ehliyeti*,” şeklinde tanımlamak mümkündür. Bütün hukûk

düzenlerinde insanları gerçek şahıslar, insan varlığından ayrı ve hukûkun kendilerine bağımsız bir nitelik tanıdığı varlık ve varlıkları da hükûmî şahıs olarak tanımlanmaktadır. Buna aynı zamanda tüzel şahıslar denilmektedir. İnsanın bir şeyleri üretmeye ehil olması vasfı olarak ehliyet, şahsın şahsiyetle ilgili hak ve borç sahibi olabilme ve bu hak ve borçları kullanabilme kudreti, hem özel şahıslar için hem de tüzel şahıslar için kavramsal çerçevesi İslâm hukukçuları tarafından çizilmiştir.

HUKÛKÎ TEMSİL İLE TOPLUMSAL İŞLERİ KOLAYLAŞTIRMAK

Temsil, sosyal münasebetlerin genişlemesi, gelişmesi ve yaygınlaşması gibi sebeplerle, hukûkî işlemlerde şahsın temsil edilmesi zaruretinin artması neticesinde gittikçe önem kazanan bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim günümüzde hızla ilerleyen teknik / teknoloji ve buna bağlı olarak yaygınlaşan iletişim imkânlarına rağmen şahıslar, çağın getirdiği hayat standartlarına göre kendisi için lüzumlu gördüğü ihtiyaçlarını kendi başına çözüme imkanından çoğu zaman mahrum kalmaktadır. Özellikle hukûkî işlemlerde, devletle ve diğer şahıslarla olan ilişkilerinde, her zaman, bizzat meşgul olamamaktadır. İşte bu ve her bir şahsın birden fazla işlerle uğraşma gibi sebeplerle hukûkî temsil konusuyla karşı karşıya gelmekte ve böylece vekillik elçilik gibi temsil kurumları aracılığıyla işlerini kolayca gördürebilmektedir. İslam hukukunda vekalet bahsine bakıldığı zaman bu alanla ilgili tatminkar ilkelerle dolu olduğunu görebilmekteyiz. İslâm dininde teşriin ilk iki kaynağını teşkil eden Allah'ın (c.c.) kitabı ve Hz. Muhammed'in (s.a.s) sünneti, İnsan oğlunun dünya ve ahiret saadetini gerçek manada garanti altına alan, toplumda yardımlaşma ve dayanışma ruhunu en güzel şekilde canlı tutan kural ve prensiplerle doludur. Bu kaynaklardan beslenen İslâm hukûku da bu yardımlaşma ve dayanışmayı sağlayan mekanizmaları belli Hukûkî müesseseler halinde temellendirmiştir.

Toplum halinde hayatını sürdüren bir varlık olması yönü ile insanlar arasında yardımlaşma ve dayanışmanın temsil noktasında en güzel örneği "irâdî temsil" olayıdır. *"bir kişinin kendi irâdesi ile diğer bir kişiyi kendi yerine temsilci olarak tayin etmesi"* şeklinde tanımlanan bu temsil çeşidi fıkıh kitaplarında "vekâlet" mevzuu içerisinde işlenmiştir. Sözlük olarak *vekâlet*, kelime yapısı fealet ve fialet zabtıyla başkasını vekil kılmak manasındaki geçişli

fiilin kökü olan tevkil masterından isimdir. (İbn Manzûr 1997, (Ve-Ke-Le mad.) Bir bilim dalına ait sözcüklerin lügavî ve ıstılahî anlamlarının birbiriyle olan münasebeti o bilim dalının tutarlılığının göstergesidir. İslam hukukunda temsil kısımlarından biri olan vekalet kavramında bunu görmek mümkündür. Vekalet sözlük manası itibariyle bir çok manalara gelmektedir. Bu manalardan birkaç tanesini zikretmek gerekirse: Kefalet manasına gelmektedir. Al-i İmran süresi 173. ayetinde yer alan “*Onlar ki bir kısım insanlar onlara: “Düşmanlarınız olan insanlar, sizler için asker topladılar aman sakının onlardan” dediklerinde bu, onların imanlarını bir kat daha artırdı ve “Allah bize yeter. O ne güzel vekildir dediler,”* meâlindeki ayeti kerimenin sonunda geçen “vekil” ismi Celilin tefsirinde ona bütün işlerin kendisine havale edildiği manasında yani bütün işlerimize suuvekil olan yüce zat ne güzel vekil bütün işlerimiz için ne güzel “kefil” ve ne kadar yeterli bir “yed-i emin” şeklinde yorumlanmıştır. (Şevkânî ts: 1 / 400) İkame manasına gelmektedir. Yani başka birinin işini yerine getirmek demektir. Zira bir kişinin her hangi bir işinde vekili onun adına o işi yerine getiren demektir. Kişinin işini yerine getiren kimseye “vekil” denmesi, o kişi tarafından kendi adına işin yerine getirilmesiyle tevkil olunması sonucudur. Muhafaza etmek manasına gelmektedir. Nitekim İbn Manzûr, vekile aynı zamanda “hafız” (muhafız) da denmiştir, diye kayıt etmektedir. (İbn Manzûr 1997, (Ve-Ke-Le) mad. 6 / 484) İtimat manasına gelmektedir. Vekalet ve niyabette güven manası vardır. Lisanü’l- Arab adlı lügat kitabında bahis konusu kökten “tevekkül” tabiri her hangi bir işte acizliğini belirterek başka birine dayanıp ona itimat etmek demektir. (İbn Manzûr 1997, (Ve-Ke-Le) mad. 6 / 484) Aynı manadan hareketle “*başka birine güvenerek işini kayıp eden*” kimsenin halini hikaye etmek üzere, karşılıklı etkileşim kalıbında iki tarafı ifade eden “faele” vezninde “vakele fılanün...” şeklinde ifade edilmektedir. (İbn Humâm ts: 6 / 136) Vekalet mürâ’at, teslim ve tefviz manasına da gelmektedir. Bütün bu manalar “vekâlet” lafzının lügat manasından zahir olarak anlaşılmakta ve her biri toplum halinde yaşayan insanların işlerini kolaylaştırmaya matuftur. Kendisine bir işi teslim edilmeyen veya tefviz edilmeyen veya bir işe riayet etmekle görevlendirilmeyen kimseye zaten vekil denmez. Niyâbet manasında vekalet, başkası adına ve/veya hesabına iş görmek, başkasının yerine bazı dinî vecibeleri yerine getirmek anlamında fıkıh terimi olarak niyâbet hukûkî konularda başkası adına ve / veya hesabına iş görmeyi, ibadet konularında başkasının yerine bazı dinî vecibeleri edâ etmeyi ifade eder. Niyâbet ilişkisinde başkasının yerine hareket eden kişiye nâib, asıl yetkili veya yükümlüye menûbün anı, yetki verme veya görevlendirme işlemine inâbe denir. Aralarında umum-

husus ilişkisi bulunmakla birlikte bazan “*niyâbet*” anlamında vekâlet, “*inâbe*” anlamında tevkiil veya tefvîz terimleri kullanılır. Modern hukûkta niyâbetin yukarıda belirtilen birinci anlamı “temsîl” kavramıyla karşılanmakta, temsilci temsîl edilen adına ve hesabına hareket ediyorsa buna “doğrudan doğruya (vasitasız) temsîl”, kendi adına, fakat temsîl edilen hesabına hareket ediyorsa “dolaylı (vasitalı) temsîl” adı verilmektedir. Bu ayırimda daha çok kaynağını hukûkî bir işlem den alan temsîl yetkisi yani irâdî temsîl söz konusudur. Bir akid türü olarak vekâlet irâdî temsîlin ilk akla gelen kaynağıdır; fakat bazen vekâlet olmadan da temsîl yetkisi bulunabilir. Fıkıhta, dinî-hukûkî hükme konu olan fiil veya işlemlerden bizzat ilgili / mükellef tarafından gerçekleştirilmesi zorunlu olmayanlar niyâbete elverişli sayılmış, ibadetler alanının aksine hukûkî ilişkiler alanı (muâmelât) bazı istisnalar dışında bu kapsamda kabul edilmiştir. Özel hukûku ilgilendiren ve “*en-niyâbetü'l-hâssa*” diye adlandırılan hukûkî tasarruflardaki niyâbet, vekâlet başlığı altında ayrıntılı biçimde incelenmiş, buradaki ictihadlar vesâyet, velâyet ve yargı alanlarındaki ilgili durumlara da uygulanmıştır. Kamu hukûkunu ve siyaset bilimini ilgilendiren “*en-niyâbetü'l-âmme*” ise “*el-ahkâmü's-sultâniyye*” literatüründe ayrıntılı şekilde işlenmiştir. (DÎA) Bir kimsenin, kendisinin de yapmaya muktedir olduğu her hangi bir tasarruf veya akitlerden birinin icrasını kendi irâdesi sonucu bir başkasına tefviz (bir işi birine yüklemek ve ona havale etmek) etmesi, onu kendi yerine ikame (tayin) etmesi olayı “irâdî temsîl”dir. (Bilmen 1985: 6 / 311) Bu temsîl türü klasik fıkıh literatüründe “vekâlet” tabiriyle ifade edilmiş ve “*bir kimsenin kendisinin de yapabileceği muamelattan bir işini başkasına tefviz etmesi, onu kendi yerine ikame eylemesi,*” şeklinde bir tarif şemsiyesi altında incelenmiştir. (Bilmen 1985: 6 / 375)

Vekâlet akdinin meşruiyeti “meşruiyyet-i vekale”; hukûkî bir kurum olarak İslâm toplumunun hemen hemen bütün devirlerinde yer almakta olduğunu görmekteyiz. Müslümanlar, ilk zamanlardan bugüne kadar tasvip ederek vekâlet kurumunu işletmişler ve kendi aralarında işlerini ifa etmede daima bu mekanizmadan yararlanmışlardır; çünkü vekâlet müessesesi, ihtiyaçlarını ancak toplumla elbirliği yapmak suretiyle temin edebilen bir fitrata sahip olan medenî insan için, zaruri bir ihtiyaçtır. Niçin zaruri bir ihtiyaç oluşunu şu örnekte görebiliriz. İnsan bazen seyahatte iken veya hacca giderken, bazı işlerini bizzat idare etme imkânına sahip olamadığından ya da ziyâde uğraşı yahut da büyük serveti sebebiyle kendi malını kullanamaz ve ticari işlerini yürütemez. (İbn Esîr, 1322: 4 / 242) Dolayısıyla vekâlet akdi yoluyla yetkili bir şahsı, kendi işlerini yürütmek üzere temsilci olarak tayin eder. Toplum açısından özellikle

karşılıklı yardımlaşmanın bir çeşidi olan vekâlet yoluyla yardımlaşma işlevine Müslümanların temel referans kaynağı olan Kur'an-ı Kerim'in bu husustaki ayetleri teşvik edici olmuştur. (Maide, 3.) Yukarıda ifade edildiği gibi hukûkî temsîl mekanizmasının en bariz örneğini teşkil etme noktasında “vekâlet” işlemini gösterebiliriz. “*Tasarruf ehliyetine sahip iki kişiden biri kendi irâdesiyle diğerini her hangi bir hususta kendi adına tasarrufta bulunma yetkisiyle temsilci olarak seçmesi...*” şeklinde tanımlanan “vekâlet”i, biz burada konumuz olan hukûkî temsîl mihveriyile uyumu sağlamak üzere “*irâdî temsîl*” şeklinde ifade edebiliriz. Fıkıh kitaplarında yer aldığı şekli “vekâlet”tir. “irâdî temsîl” ise vekâletin niteliği ve fiiliyattaki tezahürüdür. Ancak vekâlet tabiri yerine bazen irâdî temsîl tabiri kullanıldığı da olmuştur. “irâdî temsîl”in meşru’iyyeti Kur’an, Sünnet ve İcma’ ile sabittir.

Niyâbetin geçerli olduğu her yerde irâdî temsîl uygulanabilmektedir. İrâdî temsîl diğer adıyla vekâlet bir akitir. Bu akdin iki tarafı ile akde mahal olan olay ve akdin teşekkülünü sağlayan sözler olmak üzere dört temel unsuru vardır. Bunlara akdin rükünleri de diyebiliriz ki, söz konusu akitte temel rükünler icap ve kabul olup diğerleri ise bu iki rüknün gerekleri şeklindeki bir yaklaşımda doğrudur. Her bir rüknün de geçerli olabilmesi için belli vasıfları hâvî olması şarttır; ancak akdin temel rükünleri olan temsilci yani vekil ile onu temsilci olarak seçen müvekkilin taşınmak zorunda oldukları şartlar önem taşımaktadır. Her birinin diğerine karşı hak ve sorumlulukları vardır. Özellikle de vekilin tasarruf sahasının sınırı ile bu sınır dairesindeki kullanacağı yetki mevzuu irâdî temsîl bahsinde önemli yönlerinin başında gelmektedir. İrade sonucu teşekkül eden bir akit olması hasebiyle her iki taraf için de bağlayıcı yönü olmayan bu temsîl şeklinde, bazı durumlarda bağlayıcılık vasfı kazanmaktadır. Bunların başında ücret mukabilinde gerçekleşen vekâlettir. Vekâlet akdinde vekil olan kişi müvekkili adına tasarrufta bulunur. Hangi hususlarda tasarrufta bulunurken mutlaka müvekkili adına hareket etmek mecburiyetinde olduğu hususu da mevzuun önemli diğer yönlerindedir. “irâdî temsîl” olayı, hayatını ictimâî bir şekilde sürdüren, insanlar arasında yardımlaşma ve dayanışmayı en güzel şekilde sergilemektedir. Mahkemede kendi hakkını savunma ve maslahatlarını korumada avukat tutmak gibi, işlerinin yoğunluğu veya başka bir sebeple noter aracılığıyla başka birini tevkîl etmek gibi. “*Bir kişinin kendi irâdesi ile diğer bir kişiyi kendi yerine temsilci olarak tayin etmesi*” şeklinde tanımlanan bu temsîl çeşidi fıkıh kitaplarında “vekâlet” mevzuu içerisinde işlenmiştir. Burada temsilci tasarrufta bulunurken, hukûken çizilmiş belli sınırlar çerçevesinde temsîl yetkisini kullanır.

HUKÛKÎ TEMSİL İLE KISITLI KİMSELERİN MAĞDURİYETİNİ ÖNLEMEK

Gaye ve makasid açısından baktığımız zaman hukûkî temsilin bir diğer amacı da kendi başına kendi şahıs ve mallarını kendi faydaları doğrultusunda tam manasıyla temsil etme noktasında yeterli ehliyete sahip olmayan zümrenin hak ve çıkarlarını korumak olduğunu söyleyebiliriz. İslâm hukûkunda insan, bazı şeylerle yükümlü bulunması, söz ve fiillerinin muteber sayılıp ve bunlara binaen de hukûkî neticelerin meydana çıkması salâhiyetini tam manasıyla kazanmadan önce, kısıtlı olarak addedilmektedir. Kısıtlı insan, hayatın her alanında ihtiyaçlarını temin etmede başkalarının yardımına muhtaç bir durumdadır.

İslâm hukûku açısından kısıtlılık ve bunun üzerine terettüp eden temsil işlemi, ehliyet kavramıyla kopmaz bir bağla bağlanmıştır. Bu nedenle bunun üzerinde biraz durmada fayda olacaktır. Ehliyet kelimesi lügat açısından; “*Tasarrufta bulunma salâhiyeti, lâyük ve yeterli olmak, herhangi bir işi yapmakta salâhiyetli olmak,*” anlamlarına gelir. Bir hukûk terimi olarak Ehliyet, şöyle tanımlanmıştır: “*Şâri’in (kanun koyucunun) şahısta takdir ettiği, kişiyi hak ve sorumlulukların muhatabı olmaya uygun bir mahal haline getiren vasıftır.*” (Molla Husrev 1966: 591) Dinî ve dünyevî hayata ait kuralların iç içe olduğu İslâm hukûku ile ehliyet arasındaki kopmaz münasebetten hareketle ehliyet kavramının alanı dînî, hukûkî ve cezâî ehliyeti içine alacak şekilde genelleştirilmiştir. (Sava Paşa 1956: 3 / 316) İnsanın şer’î hitaba ehil ve muhatap oluşu akıl, bulug ve irâde gibi vasıflara bağlıdır. Buna göre tam ehliyetliler, fiil ehliyetinin kısıtlanmamış olan kişilerdir. Bunların yaptıkları işlemler geçerlidir ve hukûkî sonuç doğurmaktadır. Tam ehliyetsizler yaptıkları işlemler batıldır. Haksız fiilden kaynaklanan sorumlulukları yoktur. Ayırt etme yani temyiz gücüne sahip olmadıklarından kusur ehliyetleri yoktur. Sınırlı ehliyetsizler, temyiz kudretine sahip olmakla birlikte reşit olmayan veya kısıtlı olan kişilerdir. Bunlar kendilerine kanuni temsilci tayin edilmiş olan kişilerdir. Aslında bu kişiler tam ehliyetliler gibi fiil ehliyetinin her üç koşuluna da sahiptirler, fakat bazı işlemlerinin geçerli olabilmesi için belirli bir makamın ya da kanuni müşavirin onayı gerekmektedir.

1. Küçüklük bazı şeyleri akıl etmekten, idrak ve ayırt etmekten aciz olma hali olup ehliyet arızalarından biridir. Hukûkî temsilin en çok tecelli ettiği bir durumdur. Küçüklük aslında insan hayatında arız olan yani meydana gelen bir arıza değildir. Her insanın doğal hayatının bir parçası ve önemli bir safhasını teşkil eden tabii bir evredir. İşte meseleye

bu açıdan yaklaşan bazı hukukçular “küçüklük”ü ehliyet arızalarından saymamışlardır; ancak “*bazı şeyleri idrak ve temyiz etme kabiliyetinden aciz olma*” hali olması hasebiyle ehliyetin zıddı veya arızası olarak değerlendirilmiştir.

İslâm hukûkunda kişi doğduğu andan itibaren üzerinde üç çeşit velâyetin bulunduğunu görüyoruz. Bazen kişinin sadece şahıs üzerinde velâyeti söz konusudur; Asabe akrabalarından biri erkek küçüğü hadâne devresinden sonra hemcinsleri gibi yetişebilmesi hukûkta belirtilen ölçüler dairesinde koruma ve terbiyesini üstlenmek üzere kendi himayesine almaktadır. Aynı zamanda bu küçüğün malı üzerindeki velâyeti de başka bir kişide olabilmektedir. Bu durumda birinci kişinin velâyeti küçüğün sadece şahsıyla münhasır kalmaktadır. Bazen de kişi için sadece mal üzerinde velâyeti söz konusudur; küçüğün malî işlerini tanzim ve idare etmek üzere baba veya dedenin vâsîsi ve hakimî velâyeti gibi. Bazen de küçük üzerindeki velâyetten sadece onun himayesi ve yetiştirilmesi kastedilmektedir. Çocuğun ana kucagında kalması gereken zaman diliminden sonraki safhada yetiştirme ve terbiye etme velâyeti babaya intikal eder. Çocukların bakımı temizliklerinin yapılması, yedirilmesi içirilmesini dengeli bir şekilde yürütme gibi konularda kadınlar, özellikle de analar fitratları gereği erkeklerden daha hassastırlar. Buna mukabil çocuğu himaye etmek, mallarını korumak ve idare etmek, menfaatlerini kollamak yönüyle erkekler özellikle de babalar daha ilerdedirler. Çocuk, belli bir devreden sonra babasının himayesi altında hayata hazırlık safhasına gireceğinden, baba bu safhada onu en güzel şekilde terbiye etme hem dini hem dünyevî meziyetlerle donatarak üstün ahlak ve yüce idealler sahibi yapmak için elinden gelen gayreti sarf etmelidir. Bu onun üzerine hem dini ve hem dünyevî bir sorumluluktur. Bu sorumluluğun ihmali velî üzerine vebaldır. “*Ey inananlar kendinizi ve ailenizi yakıtı taşlar ve insanlar olan cehennem ateşinden koruyun...*” (Tahrîm, 6.) ve “*Biliniz ki mallarınız ile çocuklarınız sizin için birer imtihandır...*” (Enfal, 28.) ayetleri meselenin ehemmiyetini göstermektedir. Peygamberimiz (s.a.s.) “*Çocuğun babası üzerinde hakkı ona güzel bir isim vermesi ve onu güzel bir şekilde terbiye edip yetiştirmesidir,*” (Canan 1990: 7 / 362) şeklinde buyurduğu hadiste çocuğun güzel terbiye alma hakkını beyan etmektedir. Burada güzel terbiyeden maksat, çocuğun sadece yeterli dini terbiyesi veya sadece yeterli mesleki formasyonu olmayıp çocuğun hayata mükemmelen hazırlanmasıyla kendisine, ailesine içinde yaşadığı topluma karşı bütün yükümlülüklerini ifa edebilecek şekilde yetiştirilmesidir. Çocuğun bu tarzda yetiştirilmesi Müslüman kişi için belli ideallerden biri olup bu idealini gerçekleştirmek için Yüce Allah’tan yardım talep etmelidir. “*Onlar; “Rabbimiz!*

Bize eşlerimizden ve çocuklarımızdan gözümüzün aydınlığı olacak insanlar ihsan et, bizi müttakilere önder yap” derler” (Furkan, 74) Yine Kur’an-ı Kerim’de bizim için örnek şahsiyet olarak takdim edilen (Mümtehine, 6) Hz. İbrahim “*Seni insanlara önder kılacağım,*” (Bakara, 124) ilâhî hitabına “*Soyumdan da*” duasıyla karşılık vermesi olayı hadâne velâyetinin sahibi olanlar için yetişmekte olan neslin insanlara önderlik yapacak şekilde yüce ahlak ve meziyetlerle donatılmış surette büyütülmeleri maddi istikbalini garanti altına almakla kalmayıp topluma yaralı olacak mesleki formasyona sahip olmuş bir terbiye ile yetiştirilmesi gerektiği idealine en güzel numunedir.

İslâm alimleri, söz konusu naslara dayanarak çocuklara bulûğ yaşına varmadan babalarının mesleğinden aşağı olmayacak, halkın telakkisi açısından taşıdığı meslekî açısından daha düşük olmayacak bir meslek öğretilmesinin ebeveynleri üzerine bir vecibe olduğunda ittifak etmişlerdir. (Canan 1990: 14 / 302) Şâfiî mezhebinden Maverdî (ö.450) ile Hanefî mezhebinden Üsrüşenî (ö.632) gibi Fakihler, çocuğa verilecek meslek formasyonun halkın örfünde ve efkâr-ı umûmîye nazarı itibarında en azından babasının mesleğinden aşağı olmayacak bir meslek olması, gerektiğini vurgularken, (Usrüşenî, 1300: 1 / 215) Hanbelî mezhebinden İbn Kayyım (v.751) meseleye daha makul bir teklifle yaklaşmaktadır: Çocuğun göstereceği kabiliyet ve yeteneğe göre meslek veya okula verilmesi gerektiğini söyler. (Canan 1990: 14 / 302)

İslâm hukukçuları, velileri tarafından çocuğa verilmesi gereken terbiye ve yetiştirme vecibesinin nazariyatta kalmayıp ayrıca fiiliyata geçirmek için gereken her türlü tedbirler almaları gerektiği üzerinde durmuş ve bu hususu teminat altına almaya çalışmışlardır. (Canan 1984: 111-116) Netice olarak terbiye ve bakım velâyetine sahip olan şahısların yani hukûkî temsilcilerin velâyetleri altında bulunan çocukları beslemek ve büyütmekten öte gerçek manada terbiye ve yetiştirmenin gereklerini yerine getirme gibi bir sorumluluklarının olduğunu unutmamaları gerekir. İslâm Hukukçuları temsilcinin terbiye ve ıslah niyetiyle tedib ve dövme fiilini farklı şekillerde nitelendirmektedirler. Hanefî mezhebi hukukçuları küçüğün tedibini hukûkî temsilcisi üzerine yüklenmiş bir vecibe olarak görmektedirler. Hanefîler eğitim ve terbiyenin verimi açısından yararlı bir vesile olarak telakki edip temsilciye zaruret halinde bu müesseseye başvurmasını bir sorumluluk olarak yüklemektedirler. Şâfiî, malikî ve Hanbelî hukukçular ise genel olarak tedip görevini temsilciye bir vecibe olarak değil de meşru sınırları dahilinde olması kaydıyla bir hak şeklinde değerlendirirler. (İbn Kudâme 1982: 1 / 615) Şâfiî mezhebine bağlı hukukçular ise hukûkî temsilciye tanınan tedib hakkının varlığını emniyet şartıyla sınırlandırarak tanımaktadırlar. (Cassâs 1985: 2 / 121)

2. Akıl hastalığı diğer tabir ile “*cünun*” hukûkî temsili gerektiren hususlardan biridir. Akıl hastalığı kısıtlılık sebeplerinden biridir. İslâm hukûkunda akıl hastalığı eda ehliyetini kısıtlar. Akıl hastalığı, insanın irâdesi dışında meydana gelen semavî arızalardandır. Ehliyeti daraltan veya kaldıran arızalardan biri olarak “akıl hastalığı” arızasını incelediğimizde, küçüğün velâyetinde söz konusu olan temsilin burada da geçerli olduğunu görebilmekteyiz.
3. “*Merazü'l-mevt*” denilen bu hadise ehliyet arızalarından biridir. *Merazü'l-mevt* kısıtlılık sebeplerinden biridir. İslâm hukûkunda ölümle sonuçlanan hastalık eda ehliyetini kısıtlar. Ölüm hastalığı, insanın irâdesi dışında meydana gelen semavî arızalardandır. Ağır bir hastalığa yakalanan ve araya iyileşme safhası girmeden, bu hastalık sebebiyle ölen kişinin hastalığına “*marazü'l-mevt*” denmektedir. Her üç durumda da temsîl işlemi, kişilerin ehliyet noktasındaki yetersizliği üzere mebnidir. Bu zümrenin başında çocuklar gelir. Çocuk ilk yaşlarında her alanda zayıf ve aciz bir durumdadır. Temyiz yaşlarında ise yetki ve salahiyetlerinin kısıtlanmasını gerektiren, hem beden, hem de akıl gelişimi noktasında zayıf olması sebebiyle hayat yükünü kendi başına yüklenemez; Kendi maslahat ve yararına olan şeylerin gereğini hakkıyla yerine getiremez. Bu nedenle bütün semavî dinlerin getirdiği hukûk sistemlerinde olduğu gibi, bütün beşerî sistemlerde de kısıtlı ve aciz olan insanların, hayatta karşı karşıya oldukları sıkıntıları kaldırmak, huzur içinde hayatlarını sürdürürebilmek için temsîl müesseseni işletme noktasında ittifak etmişlerdir. İslâm hukûku bunun için velayet müessesini temellendirmiştir. Çocuğun velisi re'sen ve doğrudan temsilcisidir. Bunun yanında re'sen temsilcisinin vefat ettiği veya kayıp olduğu durumlarda kısıtlı olan kimselere hak ve maslahatlarını gözeten temsilcilerin atanmasını kamu adına bu alanda amme velâyetini temsilen görevli bulunan kamu özel veya tüzel kişilere bir sorumluluk olarak yüklemektedir. Bu durumdaki kısıtlı kimselerin hak ve menfaatlerini korumada temsîl görevini ya bizzat bu kamu görevlisi yürütür ya da bu alanda tasarruf ehliyetine sahip birini temsilci olarak tayin eder. İşte tayin edilen bu kişi hakim kararıyla hukûkî temsilci demektir. Kısıtlının malını himaye etmeye matuf olan vesâyet kurumu, hukûkî bir müessese olarak TMK'da da yer almaktadır; ancak hemen şunu da belirtelim ki TMK, hakim kararı olmaksızın temsilci tayini kabul etmemektedir. Re'sen temsilcilikte olduğu gibi hakim kararıyla temsilde de temsîl olayını meydana getiren iki temel unsur vardır; biri yaş küçüklüğü, diğeri kısıtlı olma halidir. Daha öz bir ifade ile ister velâyette ister vesâyette

olsun temsil olayını mucip olan unsur bedenî ve zihnî olgunluk noktasında yetersizlik veya yoksunluktur. Netice olarak hukûkî temsil müessesesi zayıf ve düşkünlerin hak ve maslahatlarının himayesi için kurulmuştur. Bu amaçlı kurum hem dinî referanslı hem de ictimâî bazı zaruretlere binaen bütün hukûk sistemlerinde yer almaktadır. Öte yandan küçüklük, akıl hastalığı gibi ehliyet eksikliğinden doğan sorunlar hukûkî temsil müessesesinin varlığını zorunlu kılmaktadır. Keza zaman darlığı ve bilgisizlik gibi durumlar da temsil müessesesine olan ihtiyacı ön plana çıkarmaktadır.

VELÂYET VE VESÂYET KURUMU İLE TEMSİL

Hukûkî temsilin bir diğer amacı da gerek velâyet-i hâsse veya velâyet-i amme yoluyla velâyet-i ale'n-nefs veya velâyet-i ale'l-mal yoluyla olsun gerek özel şahıslar tarafından gerek se tüzel şahıslar tarafından olsun biri(leri)nin himaye ve desteğine muhtaç durumda olanlara sahip çıkmak suretiyle toplum halinde hayatını idame ettirmede işlemleri kolaylaştırmaktır. İşte İslâm hukûku, bu meyandaki yardımlaşma ve dayanışmayı sağlayan kurumları belli hukûkî müesseseler halinde temellendirmiştir. Bu müesseselerden biri de vesâyet müessesesidir.

İslâm hukûkunda küçüklerin himayesi vesâyet müessesesiyle yapılmaktadır. Vesâyeti gerçekleştiren kişiye “*musî*” denir. Musînin kendi yerine temsilci olarak seçtiği kişi ise vâsîdir. Musî olan şahıs müvekkil gibi başka birini kendi yerine tasarrufta bulunmak üzere temsilci olarak seçer. Burada musî olan kişi, hayatında veya ölümünden sonraya ait olmak üzere malının korunmasını veya çocuklarının korunması için bir temsilciyi kendi yerine seçer. (temsilciyi kendi yerine seçer). (Döndüren, 1995: 280) Vekâlette olduğu gibi burada da şahıs veya mal üzerinde tasarruf yetkisine sahip durumunda olan bir şahıs söz konusudur. Bu şahıs vesâyet yoluyla bu yetkiyi başka bir şahsa devretmektedir. Bir de atanan temsilci vardır. Atanan temsilci, kendi himayesine tevdi edilen kısıtlı şahısların ve malları üzerinde yetkisinin sınırları İslam hukukunda belirlenmiştir. (İbn Kudâme 1982: 6 / 141) Hakimin yetim için tayin ettiği vâsî, babanın tayin ettiği vâsînin yerinde olur; fakat hakim, bir kişiyi husûsî bir mesele için vâsî kılmışsa sadece bu meselede vâsî olur; ama baba birini vâsî kılıp bazı işleri yapmasını istisna etse onun bu istisnası geçerli olmaz. Vâsî, her hususta tasarrufu yetkili olur.(TMK mad. 353) Musî, Medenî Kanununda “*babanın tayin ettiği vâsî*”, yararlı olmak şartıyla kendi malını

yetime satması ve yetimin malından kendisine satın alması caiz olur. Hakimin tayin ettiği vâsî, küçük yetimin malını asla kendisi için satın alamaz, kendi malını da asla yetime satamaz, hükmüne yer verilmiştir. Çocukların işlerinde tasarruf edecek, müteveffanın vasiyetlerini yerine getirecek, kendinden sonra borçlarını ödeyecek salâhiyetli bir kimsenin tayin edilmesi zarureti vardır. (Gümravî 1933: 345) Yetimin bir hukûkî temsilcinin himayesine alınması, şahsının maruz kalabileceği tehlikelere karşı korunması, yetiştirilmesi, malının himayesi ve değerlendirilmesi açısından gereklidir. İşte bu maksatlar hukûkî müessese aracılığıyla ifa edilmektedir. Türk Medenî Hukûkunda küçüklerin ve mahcurların şahıs ve mallarını idare için vesâyet müessesesi kurulmuştur. (Ergöney, 1973: 492) TMK da “velâyet altında bulunmayan her küçüğe bir vâsî tayin olunur.” (TMK, mad.404) Velâyetin ana babadan kalkmış olması veya onlar hakkında gaiplik kararı verilmiş olması halinde küçüğe vâsî nasbedilir. Küçüklerin himayesi amacıyla kurulan müesseselerden biri de velâyet müessesesidir. Hukûkun kendilerine velâyet hakkı ve yetkisi verdiği kimselere genel bir ifadeyle velî denir. Velâyet hakkına sahip bulunan şahıs velilik vasfını ya kanundan alır. Buna re’sen ve dorudan velâyet denir. Bu yetki bazen hakim tarafından da tevdi edilmektedir. Buna da vesâyet denir. Her iki durumda da temsil yetkisine haiz olan yani başkasının hakkında sözünü tenfize (uygulamaya) salâhiyetli bulunan hukûkî temsilci söz konusudur. (Bilmen 1985: 2 / 45) Yardım esasına ve fikrine dayanan velâyet vazifesini icra edene velî veya mevlâ, velâyet altına alınan kimseye de mevlî denir. Mevlâ ile mevlî arasındaki münasebet ise velâdır. (Berkî 1956: 57) Velâyet müessesesini icra eden bu mümessil *husûsî velî*, ve *umûmî velî* olarak iki kısma ayrılmaktadır. Aile ve sosyal hayatın prensip ve maslahatlarıyla güçlü bağlarla alakalı olan bir müessesenin esası olarak velînin bazı vasıfları haiz olması gerekir. Kâsırın (kısıtlının) himayesi ve haklarını koruması noktasında yeterli, hırslı, ciddi ve samimi olmak gibi belli vasıflara sahip olan ehliyetli kimseler ancak başkası adına velî olarak tayin edilebilir ve hukûkî işlemlerini yürütebilir. (Zuhaylî 1989: 1 / 215)

Temsil mekanizmalarından biri olan velâyet, farklı kaynaklardan meydana gelen bir müessesedir. Velâyet, yakın akrabalık ile olduğu gibi, velâ ve imamet ile de olabilir. Velâyeti gerektiren hususlardan birisi akrabalıktır; ancak bu durumda farklı özellikler gösterir. Bu bakımdan akrabalığı beslediği kaynak itibariyle yakınlık ve uzaklık ile dayandığı bağın güç ve zayıflığı açısından birkaç kısma ayırmak mümkündür.

- a) Gerçek Akrabalık: Buna hakiki akrabalık ve nesep hısımlığı da denir. Neseb akrabalığı (Karabet’i Nesebiye) Bu, kan akrabalığıdır. Bu da kendi içinde, “*Birbirinin sulbünden (baba)veya sadrından (anne) gelen şahıslar*” ile “*Müşterek bir sulbdan gelen şahıslar*” olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Evlilikten doğan akrabalık (Karabet’i- Sıhriye): Böyle bir hısımlık kan bağından değil de evlilik akdinden doğan akdi bir akrabalıktır. Eşin usul, furu’u ve diğer hısımları bu guruba girer ve “*Sıhri hısımlık*” diye de ifade edilir. Süt emmeden doğan Akrabalık (karabet’i- rada’): Süt akrabalığı İslâm hukûkunun kabul ettiği bir akrabalık çeşididir. Çerçevesi çok istisnalar dışında kan bağından gelen akrabalıktan farksızdır. (Akgündüz vd, 1994: 2 / 32) Beşerî hukûklarda geçerli olan evlatlık akdinden doğan akrabalığı İslâm hukûku kabul etmemektedir. (Aydın 1985: 11) Bu velâyeti babanın küçük oğlu ve küçük kızı üzerindeki Velâyeti ve kardeşin kardeş çocukları (yeğenleri) üzerindeki velâyeti ile örneklendirebiliriz. (Bedrân 1976: 141)
- b) Hükmi Akrabalık: Velâdan kaynaklanan bir akrabalıktır. Hürriyetine kavuşturan kişinin azat edilen köle üzerindeki velâyeti demektir. Köle ile efendi arasında hükmen var olan bu akrabalığın temeli özgürlüğe dayanmaktadır. Günümüzde kölelik müessesesi kalmadığından bu çeşit akrabalık üzerinde bu kısa açıklama ile yetineceğiz.
- c) Mülkiyetin Gerektirdiği Akrabalık: Burada söz konusu olan yakınlık mülke dayanmaktadır. Efendinin köle veya cariyesi üzerinde var olan mülkiyetten kaynaklanan akrabalık demektir. Günümüzde bu sebepli velâyet yoktur.
- d) İdareden Doğan Akrabalık: Devlet başkanı veya onun vekil kıldığı kimsenin toplum fertleri üzerindeki velâyeti, incelediğimiz konu açısından aralarında bir yakınlık doğurmaktadır. Ululemir dediğimiz devlet başkanı reaya üzerinde otorite yetkisine sahiptir. Hükmi şahsiyet olan devleti velayet-i amme temsiliyle elinde bulundurduğu bu yetkiye binaen devlet başkanı re’ayanın yararları doğrultusunda olduğu müddetçe, onlar için icra ettiği tasarruflar geçerli olup, re’ayanın bu icraatlara rızaları olması veya olmaması arasında fark yoktur. Aynı zamanda devlet başkanı bu yetkisini vekâleten yetkili kıldığı kimselere de devredebilir. (Bedrân 1976: 141) Bunlardan ilk üçünün sağladığı velâyete, özel temsil manasında “*Velâyet-i Hassa*” yani özel mahiyeti ve niteliği haiz olan velâyet denir. Babanın çocukları üzerinde velâyeti gibi. Mütevellînin vakıf malları üzerinde velâyeti de özel velayet kapsamında değerlendirmek mümkündür. Birisi özel şahıs üzerindeki

velâyeti, diğeri ise *tüzel şahıs* üzerindeki velâyeti ifade etmektedir. Burada söz konusu olan velâyet ya özel kişi ya da tüzel kişi şeklinde gerçekleşmektedir. Ki, bu mevzu kaynaklarda mütevellî velâyeti bahsinde yer almaktadır. Dördüncüsünü meydana getiren de genel temsil manasında “*velâyeti amme*”dir. Bu da bütün mal ve kişileri kapsayan velâyettir. Devlet başkanından tutun da onun tayin ettiği kadı, vali ve yargıçlar gibi devlet organı olan temsilci kişilerin velâyeti bu kabildendir.(Zihni Efendi 1986: 779) Fıkıh usulünde kararlaştırılmış bir hüküm var: “*İlgili tek bir şahıs ise velâyeti hasse velâyeti amme den önce gelir*”. (İbn Mâce 1975: 1 / 605) Bu hükmün açılımı şudur: Ehliyete sahip olmayan kişiler ile, ehliyeti kısıtlı olan kişiler adına gerçekleştirilecek olan akit ve tasarruflarda, akrabaları mevcut ise bunların velâyeti idareci veya yargıçlara değil, akrabalarına verilir. Ehliyet vasfından yoksun olanlar akıl hastaları ve henüz mümeyyiz olmamış çocuklardır. Mümeyyiz çocuklar ise ehliyeti olup fakat yeterli olmayanlara örnektir (Bedrân 1976: 136).

Görüldüğü gibi temsil müessesesi pek çok ihtiyaç ve zaruretlerin neticesinde ortaya çıkmıştır. Hasta, rahatsız, seyahatte ya da başka işlerle meşgul olmak zorunda olan kimseler, bir takım işlerinde veya hukûkî tasarruflarında kendilerini temsil ettirme ihtiyacını duyarlar. Akıl hastalığı ve çocukluk gibi bir sebeple kendi ihtiyaçlarını karşılayabilme noktasında kısıtlı olanlar, hukûkî işlemlerini bizzat yapacak durumda olmadıkları için temsil edilmeye ihtiyaç duyarlar. Kimi zaman da şahısların yapılacak hukûkî işlemlerle ilgili yeterli bilgiye sahip olmamaları hukûkî temsile olan ihtiyacı ortaya çıkarır. Bir hukûkî müessese olarak, temsil olayının geçerli olduğu yerlere baktığımızda ise hukûkî temsil, hakiki şahıslar (gerçek kişiler) olduğu gibi hükmî şahıslar (tüzel kişiler) için geçerli olan bir müessesedir. Hükmî şahıs olan şirket, vakıf, dernek gibi kuruluşlarda temsil müessesesine ihtiyaç kaçınılmazdır. O halde hukûkî temsilin ister zarurî durumlarda olsun, ister irâdî durumlarda olsun her iki halde de varlığı zorunlu olan bir kurumdur.

TÜZEL KİŞİLİK VE UMÛMÎ TEMSİLCİLİĞE VESİLESİ OLMASI

Toplumsal yaşamın beraberinde getirdiği çeşitli ihtiyaçların giderilmesinde fert tek başına yetersiz kalmaktadır. Sosyal hayat beraberinde aidiyet gereği cemiyetleri ve müesseseleri getirmektedir. Sosyal bir varlık olması hasebiyle

fert bir şekilde cemiyet ve müesseselerle münasebet kurmak durumdadır. Bazen ferdın kendisi bir cemiyet veya müesseseye temsilci olur. Bazen de onlar tarafından temsil edilir. Bu bağlamda İslam hukukunda hakiki şahıslardan söz edildiği gibi hükmî şahıslardan da söz edilebilir. Diğer bir ifadeyle özel kişilerin yanında tüzel kişiler de yer verilebilir.

Günümüzde tüzel kişilik, bir varlığı ve kendilerine özgü bir amacı bulunan ve yasanın koymuş olduğu biçim ve koşullara uygun olarak kurulan insan ve mal topluluklarıdır. Böyle topluluklar gerçek kişiler gibi hak sahibi olabilirler ve borç altına girebilirler. Kendilerini oluşturan gerçek kişilerin mal varlıklarından ayrı ve bağımsız bir mal varlığına da sahip olabilirler. (Özsunay 1969: 1-2) Gerçek insanların gerçek hakiki şahsiyetleri olduğu ve bu şahsiyetlerine göre haklardan yararlandıkları, hukûkî işlemlere taraf oldukları gibi tüzel kişilikler, de şahsiyetleri icabı birçok haklardan istifade edebiliyorlar. Gerçek kişiler, kişilikleri itibariyle leh ve aleyhlerinde olabilecek işlemlere taraf olabildikleri gibi kişilik vasfını haiz hükmî şahıslar da olabilmektedir. Kısaca hukûkun icabı olarak tüzel kişiler de tıpkı insanlar gibi haklardan istifade ederler ve kullanırlar, alacaklı ve borçlu olurlar. (Birsen 1958: 395) Klasik fıkıh kaynaklarında tüzel kişilik kavramını müstakil olarak ele alınmamıştır. Bu durum, tüzel kişiliğin olmadığı manasına gelmez. Tarihi süreç içerisinde aşağıda değinileceği gibi buna örnek teşkil edebilecek bir çok uygulamalar mevcuttur. İslam hukûkunda bir muamelenin adı konulmamış olması onun caiz olmadığına delalet etmez. Nitekim bu gün birden fazla ismi konulmamış muamele ve tasarruf türleri olduğu gibi devlet, cemaat vakıf ve akile gibi cemiyet ve müessese benzeri numuneleri vardır. Dahası kendini sürekli yenilemeye müsait ve zaman ile mekanın değişimiyle gelişmeye müsait bir hüviyete sahip olan İslâm hukûku işleyiş ve fonksiyonları açısından tüzel kişilik ve hükmî şahsiyetten büsbütün yabancı bir konumda da değildir. Nitekim günümüz İslâm hukûku alanında verilen eserlerde tüzel kişilik, mefhum olarak ele alınmış ve temel prensipleri tespit edilmiştir. Mesela hükmî şahsiyeti ihtiva eden bir hadiste Hz. Peygamber (sav) şöyle buyurmaktadır: *“Müslümanların kanları eşittir. En zayıfları bile onların zimmetimle hareket eder. En uzakta olanları onlar adına eman verir. Müslümanlar kendilerinin dışındaki kimselere karşı bir el hükmündedir. Onların, kuvvetlileri zayıflarına ganimetten pay verirler. Seriyeye çıkanlar geride kalanlara ganimetten pay verirler. Bir kafir yüzünden mümin öldürülemez ve eman sahibi emanı süresince öldürülmez.”* (Ebu Dâvud: Cihad,147) Hadisin ikinci kısmına göre Müslümanlardan herhangi birinin himaye talep eden düşmana verdiği

eman ve teminat, bütün Müslümanlar tarafından verilmiş demektir. Buna göre bütün bir ümmet tek bir şahıs gibi kabul edilmiş olup, bu hakiki şahıs, Hükâmî şahıs olan ümmet adına irâde beyanında bulunmuştur. Tüzel kişilik mefhumunun sahabe uygulamalarından bir örnek de Hz. Ali Kabe'ye ait mal varlığının müstakillen Kabe'ye ait olduğunu ve beytülmale Kabe mallarının dahil olmadığını söylemiştir. Bu manadaki Kabe statüsünün tartışılmış olması bir nevi hükâmî şahsiyete örnek gösterilebilir. Hükâmî şahsiyetle ilgili olarak Mecelle' de şu ifadeler vardır: Ecîr-i hâssın müsteciri bir şahıs olduğu gibi, şahsı vahid hükmünde olan müteaddit şahıslar dahi olabilir. (Mecelle, mad. 423) İşte Mecelle müste'cirin yani kiracının şahsı vahid hükmünde olan müteaddit şahıslar olabileceğini belirtmekle ve müteaddit şahısların şahsı vahid sayılabileceğini kabul etmekte ve tüzel kişilik kavramına bir ölçüde cesaret vermektedir. (Hatemi 1994: 64) Mecelle'de ilgili maddenin altında resmi açıklamada da şahsı vahid hükmünde olan müteaddit şahıslara örnek olarak bir köy halkı verilmiştir. Köyler Osmanlı döneminde kendiliğinden bir topluluk oluşturan ve hukûkî bir varsayımla tüzel kişilik sayılmaya en elverişli bulunan birimler idi.(Hatemi 1994: 65)

İslâm hukûkunda tüzel kişiliğe sahip müesseselere gelince; İslâm Hukukçuları, daha önce de izah ettiğimiz gibi tüzel kişiliği müstakil bir mevzu olarak ele almamışlar, fakat bu konuya yeri geldikçe değinmiş ve üzerinde durmuşlardır. Özellikle devlet, beytülmal, vakıf, mescid gibi müesseselerin işleyişini izah ederlerken, bu kurum ve kuruluşların, hakiki şahıslar gibi vazife gördüklerini söylemişlerdir. (Köse-Ekev- 1998 1 / 2) Bununla beraber müesseselerin mane'î bir kişiliği olsa bile bunlar gerçek kişiler tarafından temsil edilirler. Mesela devlet, devlet başkanıyla, beytülmal, maliye bakanıyla, vakıf, vakıf başkanıyla veya mütevelli ile temsil edilmektedir. Dolayısıyla bu müesseseler gerçek birer şahıs gibi telakki edilip yetkili merci önünde dava edilip yeri geldikçe de davacı durumunda olmuşlardır. Bu da ancak bu müesseselerde varlığı kabul edilen mane'î şahsiyete atfen yapılmaktadır.

DEVLETİN HÜKMÎ ŞAHSİYETİ VE VELAYET-İ AMME

Bir hukûkî işlemin gerçekleştirilmesinde, genellikle o hukûkî işleme kimin ihtiyacı varsa o kişi tarafından gerçekleştirilmesi esastır. Gerçek şahıs bulunmadığı durumlarda ise tüzel şahsın devreye girmesi gerekir. İslâm Hukûkunda, devlet bir hükâmî şahsiyettir. Aşağıda değinileceği üzere velayet-i

amme yoluyla temsili söz konusudur. İslâm Hukûkunda, devlet başkanı ve idarecilerin tasarruflarına dair bir çok hüküm ancak devleti bir hükmi şahsiyet olarak kabul esasına dayanabilir. Devlete ait dahili ve harici işlerde, devlet müessesesi aracılığıyla ilgili ve yetkili kişilerce temsil edilir. Devlet bir tüzel kişiliktir. Onu temsil eden bir şahıstır. Bu temsil, yeri geldikçe devlet başkanı veya devletin tayin ettiği bir yetkili kimse tarafından gerçekleşir. Bu şahısta devletin manevi şahsiyetini kendi şahsında temsil yetkisine sahip olmuş demektir. (Zerkâ 1993: 3 / 306) Bu durum, devletin, hükmi bir şahıs olarak varlığının olması demektir. Dolayısıyla temsil ettiği milletin adına hakiki şahıs gibi akit ve antlaşmalar yapabilir. Neticede bu durum devletin tüzel kişiliğinin bulunduğunu ispat eder.

İslâm hukukuna göre devlet denilen tüzel kişiliğin görevi, amme menfaatini temin etmek, mesâlih-i âmmeye riayet etmek denetim görevini ifa etmektir. Hz. Peygamber (s.a.v) imamın (yönetici / idareci / devlet başkanı,) bir çoban gibi olduğunu, idare ettiklerinin hayır ve menfaatine en uygun olan tedbiri almaktan -Allah ve ümmet önünde- sorumlu bulunduğunu, re'ayanın itaatten mes'ul olduğunu söylemiştir. (Buhârî, Vesâyâ: 9) Vergi koymak, vergi toplamak, bütün nev'ileriyle âmme hizmetlerini tesis etmek, âmme menfaati için cebrî istimlak v.b. hususlarda dayanılan esas işte budur. Bu prensibe ve aynı mevzudaki dinî naslara dayanarak ilk halife Hz. Ebu Bekir, verdiği ilk hutbesinde şöyle demiştir: *“Eğer vazifemi hakkıyla yaparsam bana yardım edin, kötü yaparsam beni düzeltin.”* Bu ve benzeri kayıtlar, tüzel kişiliklerin temsiliyeti noktasında örnek teşkil etmekte ve velâyet-i âmmeyi gündeme getirmektedir. Zira bazı durumlarda gerek gerçek şahıs gerekse hükmi şahıs, o ihtiyacı karşılama imkanından yoksun olmaktadır. Maddi veya manevi imkandan mahrum kalma durumu temsil mekanizmasını zaruri kılmaktadır. Bu işlemi yapamamasının ya ehliyet gibi hukûkî ya da maddî sebepleri bulunabilir. Bu bağlamda temsil, verilen yetkinin muhtevası açısından çerçevesi itibariyle taksime tabi tuttuğumuzda iki kısma ayrıldığını görmekteyiz. “belli şahıslarla münhasır kalan temsil” veya “hususî velâyet” ve “kamuyu ilgilendiren temsil” veya “umûmî velâyet” Bunları kısaca tanımamızda fayda olacaktır. İslâm hukûkunda bu tür temsil, şu şekilde şekillendirilmiştir. Özel temsil de denen husûsî velâyet, kişinin kamuyu temsilen mesela yargıç veya sultan olma sıfatlarıyla değil de şahsi sıfatlarıyla sabit olan velâyettir. (Bedrân 1976: 135) İsminden de anlaşılacağı üzere husûsî velâyet, amme velâyetinde olduğu gibi kamu ile ilgili olmayıp sadece fert ile alakalı olan bir temsil yetkisidir. (Sabık 1973: 2 / 125) Husûsî velâyet küçükler, akıl hastaları ve bunaklar gibi bedenî

veya zihni olarak tam olgunluğa sahip olmamış veya olamamış fertler için söz konusudur. Bu velâyet küçükler ve küçükler hükmünde olan akıl hastası ve bunakların hem şahıs hem de malları üzerine tasarrufta bulunma imkânı veren bir yetkidir. (Şener 1984: 2 / 205) Amme velâyeti bundan farklıdır. İslâm hukûkunda velâyetin ammeyi temsil etmek demek “bir şahsın diğer bir şahsı temsil etme” şeklinde değil de birden ziyâde şahısları daha doğrusu toplumu temsil etmek demektir. Genel temsil de denen bu velâyet, bütün vatandaşları içine alan geniş kapsamlı bir temsil türüdür. Yani vatandaşlardan her biri bu velâyetin şemsiyesi altındadır. Devlet dediğimiz otoritenin reaya üzerindeki temsil velâyeti bu kabildendir. Soyut bir kavram olan “devlet velâyeti”ne “kamu velâyeti” de diyebiliriz. Zira devlet kamuyu temsil eder. Daha doğrusu kamunun tüzel kişiliği adına vardır. Kamu adına var olan ve kamu yararı doğrultusunda hareket eden hükmi şahıs olan devlet, velâyeti ululemir yani devlet başkanının hakiki şahsında kişileştirilir. Dolayısıyla amme velâyeti, devlet başkanına aittir. Devlet başkanı kamuyu temsilen bu yetkisini bizzat ya da kendi yerine temsilci olarak atadığı kişiler aracılığıyla kullanır. Devletin icra mekanizmasında değişik devlet organlarının başında bulunanlar için bu tür temsil yetkisi asaletendir. Yargı görevlileri için ise şahsi kimlikleriyle değil yargıç olma sıfatlarıyla niyâbeten sabittir. (Berkî 1956: 239)

Sosyal bir varlık olan insan belli bir yaş süresince özel velinin koruma ve terbiyesi altında hayatını sürdürmektedir. Ancak yaş ve zihin gelişiminin olgunlaşmasından sonra medeni bir varlık olması hasebiyle, toplumla iç içe yaşarken ihtiyaçlarının temini için hem cinsleriyle birlikte yaşamak, onlarla alış verişte bulunmak, değişik akit ve tasarrufları gerçekleştirmek durumundadır. İşte toplum halinde yaşamak mecburiyetinde olan bu medeni fertler genel olarak fizyolojik ihtiyaçlarının zaruri olan bir bölümünü kendi başlarına temin edebilme imkânına sahip ise de sosyal yapısı itibariyle toplum ile iç içe yaşamak ve bazı imkân ve kabiliyetlerini onlarla paylaşmak zorundadır. Toplumda iş ve ihtiyaç paylaşımı esastır. Cemiyetin toplu halde işlerini sevk ve idare etme hususunda toplumun her bir ferdini temsilen umûmî bir temsilciye gerek vardır. Bu kişiye genel temsilci denmektedir. Özel temsilcinin temsil etmekte olduğu ferde karşı yetki ve sorumluluğu ne ise genel temsilci genel temsilcinin de topluma dolayısıyla toplumu meydana getiren her bir ferde karşı sorumluluğu da odur. (Suyûtî 1956: 121) Umûmî velinin temsil görevi belli şahıslar ile munhasır değildir. Reayadan bu müesseseye ihtiyaç duyan her ferd için söz konusu olan bir velayet türüdür. Kamuyu ilgilendiren durumlarda bu temsili, kamu adına yöneticiler veya onlar adına belirlenmiş özel yada tüzel

şahıslar vekâleten üstlenirler. (Berkî 1956: 239) Toplumun işlerini sevk ve idare etme hususunda toplumun her bir ferdini temsilen umûmî bir temsilciye gerek vardır. Hususî velînin temsil etmekte olduğu ferde karşı yetki ve sorumluluğu ne ise umumî velînin de topluma dolayısıyla toplumu meydana getiren her bir ferde karşı sorumluluğu da odur. (Suyûtî 1956: 121) Umûmî temsilcilik, Kitap, Sünnet ve İcma' ile sabittir. Kur'an-ı Kerim'den "Ey İman edenler Allah'a itaat edin O'nun peygamberine itaat edin ve sizden buyruk sahibi olanlara itaat edin" (Nisa, 59) ayetinde yer alan "Buyruk sahibi olanlar" umûmî temsilci (devlet başkanı veya onun temsilcisi gibi) ammeyi temsil eden kişilerdir. Hadislerden bu müessesenin meşruiyeti hususunda çok manidar olan şu hadisin, yeterli olacağı kanaatindeyiz. "Her biriniz yöneticisiniz (temsilcisiniz) ve hepiniz yönettiklerinden (temsil ettiklerinden) sorumludur. Adam kendi ailesinin yöneticisidir. Ve onlardan sorumludur. Kadın kocasının evinde yönetici (temsilci)dir ve yönettiklerinden sorumludur. Hizmetçi efendisinin malı üzerinde yöneticidir ve yönettiklerinden sorumludur. Her biriniz yönetici ve yönettiklerinden sorumludur". (Buharî 1997: 8 / 103) El-Kasânî, devlet başkanının (umûmî temsilci) vergi alma velâyeti ve yetkisi bulunduğunu ve bu yetkisinin Kitap, Sünnet ve İcma ile sabit olduğunu kaydetmektedir. (Kâsânî 1982: 2 / 35) İbni Haldun da devlet başkanının halkın güvenli temsilcisi olduğunu söylemektedir. (İbn Haldûn /187.)

İslâm hukûkunda umûmî temsil, halk üstünde ül'ü-l emr veya emretme yetkisini taşıyan devlet görevlilerinin, herkese uygulanan temsil olayıdır. Toplumun işlerini sevk ve idare görevini üstlenen şahıs "umûmî velî", bütün fertler ve malları üzerinde sözünün geçerli olmasına "amme velâyeti" denmektedir. Kadı ve hakimlerin toplumun adalet ihtiyacını sağlama noktasında sahip oldukları temsil ve velâyet türü bu kategoriye girmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken bir husus vardır ki, mevzuumuza genel bir hüküm olarak telakki edilmektedir. O da şu, hem velî hem vâsilerin bütün hukûkî temsil yetkileri kendileri olmadıkları zaman velâyet-i âmme yetkisine sahip ululemre intikal eder. Velâyet altında bulunan kısıtlıya bir vâsî sahip çıkıncaya, daha doğrusu atanıncaya kadar ululemir kısıtlının maslahatı doğrultusunda bu velâyeti kullanır. Hakim bu konuda devlet başkanını temsil etmektedir. Bu mevzuda fıkıhın genel bir kuralı var. "Velîsi olmayanın velîsi sultandır" Bu kural, Hz. Peygamber (s.a.s.)'ın buyurduğu hadis-i şeriftir. (Buharî 1997: 6 / 134) Fakat şu mülahazayı unutmamak gerekir. Velî veya vâsî gibi kısıtlının hukûkî temsil yetkisine sahip kimseler varken, hakim bu kısıtlı şahıs hesabına alım satım, kiraya verme kiralama ve gelirleri toplama gibi yetkileri kullanma yoluna gidemez; çünkü hukûkî mümessilin velâyeti bu

gibi işlere özel kılınmıştır. Dolayısıyla bu mümessilin velâyeti velâyet-i âmme sahibinin yetkisinden daha önce gelmektedir. Zira İslâm hukûkunda kabul edilen bir kaide var. “*Velâyet-i hâsse (özel velâyet- yetki) kendi mevzuunda Velâyet-i âmme (genel velâyet- yetki)den daha kuvvetlidir.*” Bu, günümüzdeki modern idare ve yönetim hukûkunda gerekli görülen bir usul halini almış yetki ve sorumlulukların dağıtımı ve dereceli kurallara da uygundur. (Zerkâ 1993: 2 / 826)

Netice olarak insanlar ferdi bazda bazı ihtiyaçları olduğu kadar medenî bir varlık olması itibariyle bu fertlerin bir arada bulunmasından meydana gelen toplumun ve toplumun bir ferdi olması yönüyle de her bir ferdi toplumsal ihtiyaçları da vardır. Nitekim her toplumda kimsesiz çocuklar, akıl hastaları, sahipsiz, hasta ve aciz durumda olanların bulunması normal bir durum hatta her toplumun inkarı mümkün olmayan gerçekleridir. Bu arızalı bireylerin himaye ve bakımlarının birileri tarafından üstlenilmesi ortada bırakılmaması eğer varsa mal varlıklarını koruma altına alınması gerekir. İşte bu görevi toplum (amme) üstlenmektedir. Bu görevi toplum adına onları temsilen umûmî temsilci (devlet başkanı) veya onun bu görevi yürütmekle yetkili kıldığı temsilcisi üstlenmektedir. Umûmî temsilciğin görevi, amme adına bütün iyilikleri temin etme ammeye zararlı olan şeyleri önleme ve amme fertleri arsında adaleti sağlama hususunda hukûkun işletilmesidir. Amme temsilciliği bir hak olmaktan ziyâde bir emanettir. Bu emaneti devlet başkanından onu temsilen en küçük devlet memuruna kadar herkes ammeyi temsil etmekte olduğu derece ve oranında bu temsil müessesesini hakkıyla işletmekten sorumludur. Böylece toplumu meydana getiren her bir fert kendi şahsından sorumlu olduğu kadar ya özel ya da genel manada temsil yetenek ve kabiliyeti oranında içinde yaşamakta olduğu toplumdan da sorumludur diyebiliriz. İslâm dinindeki “*din kardeşliği*”nin de amaçladığı bu duygu ve sorumluluktur diyebiliriz.

MÜESSESELERİN HÜKMÎ ŞAHSİYETİ (BEYTÜLMAL, VAKIF VE ŞİRKETLER)

İslâm hukûkuna göre beytülmal müstakil hukûkî bir varlıktır. Ammenin mallarında milletin menfaatini temsil eder. Alacaklı olur, borçlu olur, mülk sahibi olur, mirasçısı bulunmayan terekelere sahiptir, davalarda taraf olur. Onu bütün bu durumlarda ve devlet başkanına niyâbeten beytülmal emini temsil eder. (Karaman 1986: 1 / 275) Beytülmalın bu durumu onun hükmi şahsiyeti olduğunu ispat

eder. İslâm hukûku, beytûlmalı (devlet hazinesini) devlet başkanının mülkünden ayırma prensibini getirmiştir. Devlet hazinesindeki mal ümmettendir ve ona aittir, onun ihtiyaçları için ayrılmıştır. Devlet başkanı onun emanetçisi, toplanıp âmme ihtiyaçları ve idaresine sarf edilmesinin sorumlusudur. Normal bir şekilde geçinebilmesi için tespit edilen maaşından başka hazinede hiçbir hakkı yoktur. Binaenaleyh bu müessese de hükmî bir şahsiyeti olup gerçek bir şahıs gibi tasarrufa ehildir. (İbn Abidin 1992: 3 / 280-283)

Hükmî şahsiyet olan müesseselerden biri de vakıftır. Elmalı Hamdi Yazır, vakfı şöyle tarif etmektedir: *“Bir malı, alınıp satılmaktan ebedî olarak alıkoymak; Allah yolunda hapsedmek ve menfa‘atini tasadduk etmek; tamamıyla ve büsbütün hasr ve tahsis etmektir. Menâfi‘i ‘ibadullaha ait olmak üzere tamamıyla haps olunan bir ‘ayndır”*. (Y. Hamdi, 1327: 17) Ömer Hilmi Efendi de benzer bir tarifile *“Menfaati ibadullaha ait olur veçhiyle bir ayın Cenâb-ı Hakk’ın miilkü hükmünde olmak üzere temlik ve temellükten mahpus ve memnu’ kılmaktır”* demektedir. (Hilmi Efendi 1307: 2) İslâmiyet’ten önce bazı milletlerde bu müesseseye rastlanıyorsa da, hükmî şahsiyeti hâiz ve ebedî bir şekilde hayır ve sevap amacıyla yapılan vakıflar İslâmiyet’le ortaya çıkmıştır. İslâm hukûkunun hükmî şahsiyet olarak tanıdığı sayısız ‘amme kuruluşlarından müteşekkil vakıf müessesesinin, şüphesiz bir idare ve murakabe sistemine de sâhip olduğu bir hakikattir. İslâm hukukçuları tarafından vakıf müesseselerinin idare ve murakabelerine ait usul ve kaideler tetkik ve tesbit edilmiştir. (Köprülü-Vakıflar Dergisi- 1942: 2/ 3) Hükmî şahsiyet olan vakfın temsilcisi genelde mütevellîdir. (Zerkâ, 1993 3 / 304) Nitekim temsil kurumunun bir diğer kısmı da vakıf gibi tüzel kişiler diğer adıyla Hükmî şahıslar üzerindeki velayettir. Hükmî şahısları velâyeten temsil olayı genelde mal varlıklarını idare etme şeklinde gerçekleşmektedir. Bu mal varlıklarını idare etmekle görevlendirilen kişi veya kişilere mütevellî denmektedir.

Mütevellînin temsil yetkisine gince; Mütevellînin temsili, bir vakfın veya tüzel kişilikli şirketin yönetimini elinde bulunduran kişi veya kişilerin velâyeti demektir. Burada söz konusu olan temsil, temsil edilenin ehliyet noktasında kısıtlı olma gibi genel gerekçeden meydana çıkmış değildir. Mütevellî kişi veya kişilerin velâyeten temsili sadece velâyetlerinde bulunan mal varlığının korunması ve üretim müessesesi türden ise yönetim ve tüzükteki şartlar çerçevesinde üretkenliğini sağlamakla sınırlı malî bir velâyettir. Bir vakıf malına mütevellî olarak tayin edilen şahıs, vakfeden kişinin şart koşmuş olduğu şekilde o malı korumak ve çalıştırmakla sorumludur. Özel velâyetin Hükmî şahıslar kısmına dahil olan velâyet-i mütevellî yani mütevellî sıfatıyla temsil,

geçerliliği devam ettiği sürece genel velayetten önce gelir. Mesela bir vakıf malına mütevellî o vakfın mal varlığı üzerindeki temsil yetkisi velâyet-i âmmeyi temsil eden atanmış görevli ve devlet başkanının velâyet temsilciliklerinden daha güçlüdür. Burada hükmî şahıs olması itibariyle mütevellî velâyetinin hakiki şahıstan farklılık arz etmektedir. Şöyle ki burada temsil yetkisinin muhtevası ve çerçevesi güç ve makam ile değil özel ve tüzellik yönü ile ilgilidir. (İbn Nuceym 1290: 186) Dolayısıyla mütevellî heyeti velâyetleri altına bulunan vakıf gibi tüzel kişilikli mal varlıklarında alış veriş icar ve değiştirme gibi tasarrufta bulunamaz. Bu mütevellî heyeti kendisi tarafından atanmış olması da bu hükmü değiştirmez. Güç ve makam yetkisini kullanarak vakıf gibi mütevellînin velâyeti altında bulunan malvarlığında yapacağı her hangi bir müdahale İslâm hukûkunda geçerli olamaz. (Suyûtî 1956: 154) Ayrıca mütevellînin temsili, hükmen özel bir temsildir. Onun için bu temsilin söz konusu olduğu yerde genel temsil yetkisiyle yapılan tasarruf hükümsüzdür. (Bedrân 1976: 134) Ancak burada şunu da unutmamak gerekir ki adaleti sağlayıp korumak ve kamu yararını gözetmek ile sorumlu bir makamda bulunan şahıs, vakıf gibi müesseselerin mütevellilerinden birinin temsil ettiği varlıkta kusur işlediği, emaneti altında bulunan o varlığı zayi ettiği veya temsil görevinde ihanet ettiği durumlarda vâsî veya vakfın aksine bir şartı mevcut olsa bile gerekli gördüğünde o özel veya tüzel kişiliğe müdahale edip kusurlu tespit ettiği kişi veya kişileri azledebilir. Mütevellî heyetini değiştirebilir. (Hammad 1994: 55) Vakıf sahibi, şart koşmadıkça mütevellî sıfatı ile temsilci/ idareci olan kişi veya kişiler o vakıf ile ilgili kayırmacılık yaparak kendi yandaşlarını tayin etme veya çekemedikleri birilerini görevlerinden azletme gibi yetkiye sahip değildir. Kadı, şartsız olarak bu yetkiye sahiptir. Bu mevzuda Hanefî hukukçuların üzerinde durdukları durum; mütevellî yetkisi sahibinin, vakfın o doğrultuda şerh ve şartına dayanmaksızın bazı makamlara atanma veya el çektirme şeklinde tasarrufta bulunma yetkisi yoktur. Buna mukabil velâyet-i amme yetkisine sahip olan kişinin tasarrufu her hangi bir şarta bağlı olmaksızın geçerlidir. (Usrûşenî 1300: 2 / 274)

Şirketlerin hükmî şahsiyetine gelince; Kendilerine hükmî şahsiyet verilen ortaklığa dayalı müesseseler iktisadî ve ictimâî zaruretten meydana gelmişlerdir. Toplum hayatı incelendiğinde bu müesseseler, sosyal, ekonomik ve teknik gibi ihtiyaçlar nedeniyle daha ilk çağlardan beri mevcut olduğu, bunların toplulukların sosyal hayatın gelişmesiyle gittikçe büyüdüğü ve hukûkî mahiyetlerinde değişikliklere uğradığı görülür. Gerek şirket-i emval gerek şirket-i âmal ve gerekse şirket-i vucûh olsun her biri gerek müfavada olsun gerekse inan olsun İslâm

hukûkuna göre tüzel kişilikten veya hükmi şahsiyetten söz etmek zordur; ancak değinildiği üzere kayıtlarda gerek müessese bazında ve gerekse cemiyet bazında hükmi şahsiyete kaynaklık edebilecek kayıtlar ve örnek teşkil edecek uygulamalar mevcuttur. (Karaman 1986: 1 / 276) Bu kayıtlar her ne kadar kaynaklarda tüzel kişilik veya hükmi şahsiyet olarak adlandırılmamışsa da İslam hukukunun bu alanla genel esasları, kendini sürekli yenileyen ve temel ilkeler dahilinde yeni meydana gelen gelişmelere hükümler tanımlayacak vüsattadır. Tarihi süreç içerisinde İslam hukukçuları tanım ve temellendirmeleri yaparken belki günümüzdekine benzer bir ortaklık söz konusu olmamıştır. Buna rağmen birden fazla isimli akit ve işlemler gibi tüzel kişilikli şirketler hususunda da mevzuun uzmanları tarafından gerektiğinde tanım ve sınır tahdidine gidilebileceğini düşünüyoruz. Nitekim günümüz meri kanuna göre bir şirketin tüzel kişilik kazanması o şirketin ticaret siciline tescil edilmesiyle gerçekleşir.(TTK, mad. 301) Binan aleyh ticaret ortaklıkları tüzel kişiliği haiz olup, ortaklık sözleşmesinde yazılı işletme konusunun çerçevesi içinde kalmak şartıyla bütün hakları kazanabilir ve borçları yüklenebilir. (İmregün 1991: 162)

SONUÇ

İnsanoğlu sosyal bir varlık olarak yeryüzünde yaşamaktadır. Diğer türler gibi tek başına değil toplu halde yaşar. Bu sayede yalnız olarak elde edemediği, tek başına karşılayamadığı bir çok gereksinimlerini toplumun diğer fertlerinin destek ve aracılığıyla karşılayabilmektedir. Toplumu meydana getiren fertlerin yek diğerine sahip çıkması ve toplum sayesinde gereksinimlerini hakkaniyetle elde etmesi, temsil ve niyâbet mekanizmasıyla kaim olabilmektedir. Temsil olayı geçmiş dönemlerden beri birçok alanda insanoğlunun ihtiyaç duyduğu bir müessesedir; ancak İslam hukûku toplumsal hayatın hemen hemen her alanında tezahür etmekte olan temsil işlemini en güzel şekilde tanımlamış ve çerçevesini tahdit etmiştir. Velâyet, vekâlet, vesâyet ve kayyumluk müesseselerini en güzel şekilde temellendirmiştir. Fıkıh kaynaklarında yer alan bu müesseseler, temsil işleminin en önemli tezahürleridir. Kişinin fiil ehliyeti tanımında yer alan vasıflara sahip bulunarak kendi adına veya başkaları adına tasarrufta bulunma ve akitler gerçekleştirme eylemini temsil, tasarruflarda bulunma ve akitler gerçekleştirme gücüne temsil yeteneği denmektedir. Ehliyet vasıflarına sahip olan her şahıs, kendi adına tasarrufta bulunma, akitler gerçekleştirme, güç ve özgürlüğüne sahiptir. Dolayısıyla ehliyetli her bir kişi kendi adına bir mümessildir. Bir de her bir şahsın tam ehliyet, eksik ehliyet ve ehliyetin olmadığı safhalardan mutlaka geçiyor olması yönüyle velâyet

ve vesâyet dediğimiz doğrudan veya hakim kararıyla ya başkalarını temsil etmekte ya da başkaları tarafından temsil edilmektedir. Başkalarını temsil eden kişiye mümessil, başkaları tarafından temsil edilen kişiye de mümessel denir. Taraflar arasında hukûkî temsilden söz edebilmek için hukûk tarafından belirtilen hukûkî bağların mevcudiyeti ve belli şartların yerine getirilmesi gerekir. Ayrıca toplum halinde yaşamak mecburiyetinde olması cihetiyle değişik sebeplerden dolayı kişinin, ferdî ve ictimâî ihtiyaçlarını kendi başına temin edebilmesi neredeyse imkân dışı olduğu bir gerçektir. İşte kişi içinde yaşadığı toplumun diğer fertlerinden bazen yardım almak, bazen de onlara yardımcı olmak suretiyle ferdî ve ictimâî ihtiyaçlarını temin etme yoluna gitmektedir. Bu sosyal destek irâdî temsil kurumu olarak sistematik dairede temellendirilmiştir.

İslâm hukûkunda temsîlin bir türü olan irâdî temsil, tasarruf ehliyetine sahip iki tarafın karşılıklı rızaya dayalı olarak aralarında akitleşmek suretiyle gerçekleştirdikleri bir niyâbettir. İslâm hukukçularının, bu çeşit temsil olayını genelde vekâlet başlığı altında tahlil ettiklerini görmekteyiz. İrâdî temsîlin meydana gelebilmesi için klasik fıkıh kitaplarında yer aldığı tabir şekliyle “vekil” (temsilci) “müvekkil” (temsilci seçen) “vekâlet” (temsil sözleşmesi) “müvekkelün bih” (temsil sözleşmesine mahal olan olay) olmak üzere dört temel unsurun bir araya gelmesi gerekir. Her bir unsurun hukûkî vasfını kazanabilmesi için belli şartları haiz olması gerekir, ancak irâdî temsilde özellikle güven ve liyakat sahibi olma vasfı ön planda olması zaruri görülen temsilci dediğimiz vekilin şartları, yetki ve tasarrufları ve azlini gerektiren sebepler üzerinde ayrıca durulmuştur.

Hukûkî temsilden bahsedilebilmesi, temsil eden ile temsil edilen arasında temsil olayının meydana çıkması için hukûk tarafından belirtilen hukûkî bağların bulunmasına bağlıdır. Dolayısıyla aralarında hukûkî bağlar olmaksızın diğerleri adına yapılan tasarruf ve akitler geçersizdir. Bu gibi tasarruflarda bulunma eylemi, İslâm hukûkunda yetkisiz kişi ve geçersiz tasarruf manasına gelen fuzûlî temsilci ile fuzûlî temsilcilik başlığı altında mütalaa edilmiştir. Temsil eden ile temsil edilen arasındaki hukûkî bağı teşkil eden genel ve özel yakınlık olabileceği gibi-ki bu bağın mucip olduğu temsile velâyet ve vesâyet temsilciliği denir-mülkiyet ve müvâlât dediğimiz köle ile efendisi arasındaki azatlık ve özgürlüğe kavuşturma da olabilir. Hukûkî temsilciliğin diğer bir kısmı ise hakim kararıyla temsil dediğimiz tayin ya da atama usulü ile temsilciliktir. Hukûkî temsilciliğinin özellikle mal üzerinde temsilciliği ihtiva eden bu tür temsilcilik, fıkıh kitaplarında “vesâyet” ile “vasiyet” başlıkları altında ele alınmış olduğunu görmekteyiz. Velâyette olduğu gibi vesâyette de amaç, kısıtlının

şahsî ve malî açıdan korunmasıdır. Vesâyet yoluyla temsilde de temsil olayını meydana getiren iki temel unsur vardır; biri yaş küçüklüğü, diğeri kısıtlı olma halidir. Daha öz bir ifade ile ister velâyette ister vesâyette temsil olayını mucip olan unsur bedenî ve zihnî olgunluk noktasında yetersizlik veya yoksunluktur. Hukûkî temsil başlığında ele alınması gerektiğini düşündüğümüz bir husus da şudur. Toplumun adlî ve asayiş müesseselerine başvurmadan kendi kendini denetlemesi ve asayiş altına alması amacına matuf olmak üzere kişi veya kişiler arasında gerçekleştirilen bir çeşit sözleşmeye dayalı yakınlık da bulunmaktadır ve buna *velâ-i müvlaât* denmektedir. Buraya kadar kısaca özetlemeye çalıştığımız hukûkî temsil meselesi, İslâm hukûkunun hem ferdi ilgilendiren hukûk alanında hem de kamu ile alakalı, hukûk kısmın da genişçe yer almakta olduğu, ferdî ve kamunun hukûkî ilişkilerini yakından alakalı, hatta günümüz şartlarında onsuz hukûkî işlemlerin düşünülemez kadar önemli bir hukûkî mesele olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim sosyal münasebetlerin genişlemesi ve yaygınlaşması oranında, hukûkî işlemlerde şahsın temsil edilmesi zaruretinin arttığı bir gerçektir. Özellikle teknolojinin hızla ilerlediği ve buna bağlı olarak iletişim imkânlarının da hızla geliştiği günümüzde kavram ve kurumlarıyla hukûkî temsil meselesi bir derece daha ön plâna çıkmıştır. Şöyle ki, hakiki veya Hükûmî kişiler arasındaki hukûkî ilişkilerinde, her zaman, bizzat meşgul olunamama, kişilerin başka işlerle de uğraşma v.b. sebepler hukûkî temsil konusunun önemini ortaya çıkarmıştır. Öte yandan küçüklük, akıl hastalığı vb. sebeplerle de doğal olarak meydana gelen eksikliklerde zaten hukûkun gereği olarak hukûkî temsil niteliği haiz olmayan kimselerin, hukûkî işlemlerinin tatbiki için de hukûkî temsil meselesinin ehemmiyetini ortaya çıkarmaktadır. Bundan başka hukûkî ilişki ve işlemleri icra edecek olan şahsın, gerek zaman ve gerek hukûkî işlemler konusunda bilgisizlik gibi sebeplerden dolayı da İslâm hukûkunda hukûkî temsil kurumlarının işlerlik kazandığı göz ardı edilmemelidir. Görüldüğü gibi pek çok ihtiyaç ve zaruretlerin neticesinde ihtiyaç duyulan temsil kurumları İslâm hukûkunda fert ve kamunun yararını sağlama, kısıtlı durumunda olanların hak ve maslahatlarını temini amacıyla tesis edilmiştir. Toplum halinde yaşamın olduğu yerde temsil vardır. Temsil olmadan ictimâî hayat yardımlaşma ve dayanışma yürümez. İctimâî hayatı en güzel şekilde düzenleyen İslam hukuku, temsil mekanizmasını insanın toplumsal ihtiyaçlarını tatminkar bir şekilde temellendirmiştir.

KAYNAKLAR

- Ayabakan, Bilal, *Niyâbet*, DİA, cilt: 33; sayfa: 162.
- Aydın, Mehmet Akif (1985), *İslâm -Osmanlı Aile Hukûku*, İstanbul.
- Bedrân, Ebû'l Ayneyn Bedrân (1967), *el-Fıkhü'l-Mukaran li'l-Ahvâlîş-şahsiyye*, Beyrut.
- Berkî, A. Himmet (1957), *İslâm'da Vaktîf, Sahih ve Gayr-i Sahih Nevileri*, Ank. Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi, Ank., c. VI, sy. 1-4.
- Berkî, Şakir- Hamidî Hayrullah (1956), *İslâm Hususî Hukûkunun Ana Prensipleri "Kur'an'da Hukûk"*, Ankara.
- Bilmen, Ömer Nasuhi (1985), *Hukûk-ı İslâmiyye ve İstilahât-ı Fikhiyye Kamusu*, İstanbul.
- Birsen, Kemalettin (1958), *Medeni Hukûk Dersleri*, İÜHFY, İstanbul.
- Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail (1979), *Sahihu'l-Buhârî*, İstanbul.
- Canan, İbrahim (1984), *Kur'an'da Çocuk*, İstanbul.
-(1990), *Hadis Ansiklopedisi-Kütüb-i Sitte Muhtasarı Tercüme ve Şerhi*, Ankara.
- Cin, Halil-Akgündüz, Ahmet (1990), *Türk- İslâm Hukûk Tarihi*, İstanbul .
- Cürçânî, Abdulkahir (1994), *Delailü'l-İcâz fî'lmi'l-Me'ânî*, Darü'l-Me'rife, Beyrut.
- Damad, Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman (1301), *Mecmau'l-Enhur fî Şerhi Mülteka'l-Ebhur*, İstanbul.
- Döndüren, Hamdi (1983), *Delilleriyle İslâm Hukûku*, İstanbul.
-(1995), *Delilleriyle Aile İlmihali*, İstanbul.
- Ebû Ceyb, Sa`id (1988), *Kamûsu'l-Fıkhîyye Luğaten ve İstilahen*, Dimaşk.
- Ebu Dâvud, Süleyman b. Eşas es-Sicistanî (1988), *Sünenü Ebi Dauud*, (I-II), Beyrut.
- el-Buhârî, Abdülaziz (1997), *Keşfu'l-Esrar 'an Usûlu'l-Pezdevî*, Beyrut.
- Erdoğan, Mehmet (1998), *Fıkıh ve Hukûk terimleri sözlüğü*, İstanbul.
- Ergöney, Hilmi (1973), *Türk Hukûkunda Lugat ve İstilahlar*, İstanbul.
- Göğër, Erdoğan (1974), *Hukûk Başlangıcı Dersleri*, Ankara.
- Göktürk, Hüseyin Avni (1954), *Türk Medenî Hukûku Birinci Kitap Şahsın Hukûku*, Ankara.
- Gümrevî, Zühri Muhammed (1933), *Sirac'ü-l Vahhac Ala Metn'i-l Minhac*, Haleb.
- Hammad, Nezih (1994), *Nazariyetü'l- Velâye*, Beyrut.
- Hatemi, Hüseyin (1994), *İslam Hukûku Dersleri*, İstanbul.
- Haydar, Ali (1330), Hoca Emin Efendizade, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecellet VI-Ahkâm*, (I-IV), Matbaayı Ebu'z-Ziyâ.
- Heyet (1986), "*Velâyet Maddesi*", *Büyük Larousse Ansiklopedisi*, İstanbul.
- İbn Abidîn, Muhammed b. Emin b. Ömer (1992), *Reddu'l-Muhtâr 'aleid-Dürri'l-Muhtâr*, Beyrut.
- İbn Haldûn, Abdurrahman b. Haldûn (1996), *Mukaddime*, Beyrut.
- İbn Kudâme, Abdullah b. Ahmed (1992), *el-Muğnî*, Beyrut.
- İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezid el-Kazvîni (1975), *es- Sünen*, Beyrut.
- İbn Manzûr, Cemalüddin Muhammed b. Mükerrrem (1992), *Lisanü'l-Arab*, Beyrut.
- İbn Nuceym, Zeynüddin b. İbrahim (1290), *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, İstanbul.
- İbrahim, ibn Hasan (1989), *Muinu'l-Hükkam*, Beyrut.
- Karaman, Hayreddin (1987), *Ana Hatlarıyla İslâm Hukûku*, İstanbul.

- (1986), *Mukayeseli İslâm Hukûku* İstanbul.
- Kâsânî, Ebû Bekir Alaüddin b. Mes'ûd (1982), *Bedâiu's-Sanâi'*, Beyrut.
- Köprülü, M. Fuad (1942), "Vakıf Müessesesinin Hukûkî Mahiyeti ve Tarihi Tekâmülü", *Vakıflar Dergisi*, sy. II.
- Köse, Mustafa (Mayıs 1998), "İslam hukûku ve modern hukûka göre tüzel kişilik" EKEV AKADEMİ DERGİSİ c. 1 sy. 2
- İmregün, Oğuz (1991),. Kara Ticareti Hukûku Dersleri, *İstanbul*.
- Molla Hüsrev, Muhammed b. Ferâmûz b. Ali (1984), *Mirâtü'l-Usûl Şerhü Mirkâtî'l-Vusûl*, Basın Ofset, İstanbul, 1966, Ezbîde, Ali Ramazan Muhammed, *En-Nazariyyetü'l-Âmme li'l-Ehliyye Dirâse Mukârene Beyne's-Şerî'a Ve'l-Kânun*, El-Menşetü'l-Âmme li'n-Neşr ve't- Tevzi' ve'l-İlân, Trablus.
- Ömer Hilmi Efendi (1307), *Ahkamü'l-Evkaf*, İstanbul.
- Özsunay, Ergün (1969), *Medeni Hukûkumuzda Tüzel Kişiler*, İÜY, İstanbul.
- Rahavî, Yahya (ts), *Haşiyetü'r-Rahavî*, Mısır.
- Râzî, Fahrüddin Muhammed b. Ömer (ts), *et-Tefsiru'l-Kebîr*, Beyrut.
- Sabık, Seyyid (1973), *Fıkhü's-Sünne*, Beyrut.
- Sava Paşa (1956), *İslâm Hukûku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*, Çev. Baha Arıkan, byy., Ankara.
- Serahsî, Ebû Bekir Muhammed b. Ebî Sehl (1983), *el-Mebsût*, İstanbul.
- Sibâî, Mustafa (1958), *Şerhu Kânûni'l-Ahvâlî's-Şahsiyye*, Dımaşk.
- Suyûtî, Celalüddin b. Abdirrahman (1959), *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, Mısır.
- Şener, Mehmet (1985), *İslâm'da Velâyet*, DEÜİFD, İzmir.
- Şevkani, (ts), *Fethu'l- Kadîr*, Beyrut.
- Şeyhli, Şamil Reşid Yasin (1974), *Avârıdu'l-Ehliyye Beyne's-Şerîati ve'l Kanun*, Matbaatu'l-Âni, Bağdat.
- Uslu, T. Azmi (1964), *Yeni Hukûk Lugati ve Hukûk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul.
- Uşruşenî, Mecduddin Muhammed b. Mahmûd b .Hüseyn (1300), *Ahkâmu's-Sığar*, Kahire.
- Uzunpostalcı Mustafa (1987), *Hukûk ve İslam Hukûku*, II, Konya.
- Yazır, Hamdi (1329), *Ahkâm-ı Evkaf*, 1326-27 Sene-i Tedrisiye Ders Notları, İstanbul.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed (1993), *Çağdaş yaklaşımla İslâm Hukûku*, (Çev, Armağan Servet), İstanbul.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed (ts), *el-Kavaidu'l- Fıkhiyye*, Beyrut.
- Zeydân, Abdülkerim (ts), *el-Vecîz ft Usûli'l-Fıkh*, İstanbul.
- Zihni Efendi, Mehmet (ts), *Ni'met-i İslâm*, İstanbul.,
- Zuhaylî, Vehbe (1989), *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuh*, Dimeşk.