



ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

İslam Hukukunda Kişi ve Kişilik (Zimmet) Kavramı

The Concept of Person and Legal Personality (*Dhimmah*) In Islamic Law

Hasan HACAK*

Öz: Türk ve Kara Avrupası hukukunda hukukun öznesi kişilerdir ve iki tür kişi vardır: gerçek kişiler ve tüzel kişiler. Gerçek kişi dediğimiz insanlar doğum ile ölüm arasında hukuk öznesidir. Reşit olan kişiler hem hak hem de fiil ehliyetine sahipken reşit olmayanlar sadece hak ehliyetine sahiptir. İslam hukukunda ise hukuki kişiliği ve hukukun öznesini ifade etmek için iki temel ve birbiriyle yarışan kavram üretilmiştir. Bunların ilki mükellef diğeri ise zimmettir. Hukukun öznesini mükellef kavramı ile ifade edenler eda ehliyeti üzerinden bir tanımlama getirmiştir. Buna göre mükellef akıl, buluş ve rüşd şartını taşıyan insanlardır. Hukuk ve şer'î hitap bunların fiilleriyle ilgilidir. Ancak mükellef terimi çocuk, akıl hastası vb. gibi fiillerine sonuç bağlanabilen, hak ve borç sahibi olan insanları dışlamakta, adeta hukukun dışına itmektedir. Burada ortaya çıkan boşluğu elimizdeki metinler noktasından baktığımızda Debûsî doldurmuş ve hukukun öznesinin mükellef değil, zimmet sahibi insan olduğunu belirtmiştir. Debûsî'den sonra artık hukukun temel konusu mükellefin fiilleri değil zimmet sahibi varlığın hak ve borçlarıdır. Ehliyet de sadece eda/fiil ehliyeti değildir ayrıca vücut/hak ehliyeti söz konusudur. Vücut ehliyeti zimmet ile benzer bir anlama sahiptir. İnsan doğumdan ölüme kadar zimmet ve vücut ehliyeti sahibidir. Bu anlamıyla zimmeti kısaca kişilik olarak ifade edebiliriz. Zimmet terimi Hanefilerin dışındaki bazı mezheplerde zaman zaman mükellef kavramıyla yakın bir içeriğe sahip olarak zaman zaman da Hanefilerdeki kapsamıyla kullanılır. Kişilik Türk ve Kara Avrupası hukukunda olduğu gibi İslam hukukunda da sağ doğumla başlar ve ölümlle sona erer.

Anahtar Kelimeler: Kişi/şahıs, hukuki kişilik, zimmet, ehliyet, vücut ehliyeti, eda ehliyeti, aslu'l-vücut, vucûbu'l-edâ

Abstract: Rights and obligations constitute the objects of legal relations, while legal persons constitute their subjects. Every understanding of personality has social, philosophical, and political consequences, and even a slight change in the understanding of personality has important consequences that shape the modern world. For example, the rejection of slavery elevated the status of slaves from property to persons and laid the foundation for modern human rights. Additionally, it can be argued that modern capitalism emerged when companies legally gained the status of individuals. The recognition of women's equality with men in terms of their personal qualities at the beginning of the 20th century in the West further increased the role of women in public life. Law acknowledges two types of persons: natural persons and legal persons. Natural/

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, hhacak@marmara.edu.tr,
ORCID: 0000-0001-8886-7212

Real persons are subjects of law between birth and death. Persons of legal age have both “the capacity to act” and the “capacity to have rights and obligations”, while minors etc. have only the “capacity to have rights and obligations”.

Scholars of Islamic law introduced two basic and competing concepts to express the legal personality and the subject of the law. The first is *mukallaf* and the other is *dhimmah*. *Mukallaf* refers to the person to whose actions the *shari'a* provisions (*shar'i* address) are related to. Those who define the subject of law with the concept of *mukallaf* brought a definition of the “capacity to act”. According to this perspective, *mukallafs* are persons who meet the conditions of sanity, puberty, and maturity. Law and the address of the sharia are related to their actions. However, the term *mukallaf* excludes some persons who have rights and debts and whose actions can result in consequences, such as minors and mentally ill persons, and pushes them out of the scope of the law. Therefore, these jurists regard the *mukallaf* as the sole subject of the law, they do not distinguish between the ‘capacity to have rights and obligations/*ahliyyat al-wujūb*’ and the capacity to act/*ahliyyat al-ada*. According to them, there only exists the capacity to act in law. Muslim jurists did not make a special effort to fill this gap for many years and only acknowledged the capacity to act. Islamic legal scholar Dabūsi was the one who noticed this gap the best. In terms of the texts we have, Dabūsi filled this gap and stated that the subject of the law is not the *mukallaf*, but the “owner of *dhimmah*” or who has the ‘capacity to have rights and obligations/*ahliyyat al-wujūb*’. This was a revolutionary transformation in the history of Islamic law. The law tells us this. The legal knowledge after Dabūsi demonstrates that the main object of law became no longer the actions of the *mukallaf*, but the rights and obligations of the *dhimmah* owner. Legal capacity is not only a ‘capacity to act/*ahliyyat al-adā*’, but there is also a ‘capacity to have rights and obligations/*ahliyyat al-wujūb/dhimmah*’. The capacity to have rights and obligations is synonymous with *dhimmah*. From birth to death, a person has the authority of *dhimmah*, that is, the capacity to have rights and obligations. In short, he is a legal person in terms of having the capacity to have rights and obligations, and the majority of legal provisions are related to him. The term *dhimmah* is sometimes used by scholars in some sects other than the Ḥanafis, with a content close to the concept of *mukallaf*, and sometimes in the same context as the Ḥanafis. All these uses of this concept in such a different meaning contradicts Dabūsi’s aim in producing the concept of *dhimmah*, as well as the original *dhimmah* concept.

After Dabūsi, many Muslim jurists, especially from the Ḥanafis, followed in his footsteps and adopted the concept of *dhimmah* in the meaning he intended, accepted that the real subject of law was the person who had *dhimmah*, and acknowledged the distinction between the capacity to act and the capacity to have rights and obligations. These jurists stated that the law would be incomplete without making a distinction based on competence. The relationship between this revolutionary distinction made by Dabūsi and the similar distinction in continental Europe is quite striking.

According to Islamic law, legal personality begins at birth and ends at death similar to the Turkish and continental European law. However, some rights and obligations may arise exceptionally before birth or after death. In particular, some exceptional rights before birth do not come into question until birth occurs. At the same time, the deceased can acquire some new rights until the liquidation of the estate, but these rights pass directly to the heirs because there is no *dhimmah* left that can carry this right.

Keywords: Person, legal personality, *dhimmah*, legal capacity, *ahliyyah*, *ahliyyat al-wujūb* (capacity to have rights and obligations), *ahliyyat al-adā* (capacity to act), *aṣl al-wujūb*; *wujūb al- adā*.

Giriş

Hukukî ilişkilerin objesi yani konusu haklar ve borçlar; süjesi yani öznesi ise kişilerdir. Bu sebeple kişi/şahıs kavramının, hak ve ödev-borç kavram ikilisiyle birlikte hukukun temelini oluşturduğu söylenebilir.¹ Genel bir ifadeyle söylersek kişi/şahıs, hak ve borçlara ehil olan varlıktır. Yalnızca kişi olarak nitelenebilen “varlıkların” hak ve borçları olabilir. Başka bir deyişle hukuk kişiler içindir ve kişilere/şahıslara hizmet eder. Hukukun bir varlığı şahıs olarak nitelemesi, onu hukukun süjesi haline getirir, o varlık haklara sahip ve borçlarla yükümlü olma kabiliyeti kazanır. Aynı şekilde bir varlığı şahıs olarak kabul etmemek de onu hukuk süjesi olmaktan çıkarır.

Bu çalışmanın başlığında kişi kavramıyla birlikte kişilik kavramının da yer alması kişi ile kişilik terimlerini birbirinden farklı anlamlarda kullanmak istediğimiz için değildir. Gerçekten de “kişilik” zaman zaman hukukta “kişi” kavramından daha geniş bir kapsamda kullanılır.² Ancak bizim burada kastettiğimiz kişilik, kapsam olarak “kişi” kavramı ile aynıdır. Kişilik, kişiye kişi olma özelliği veren bir vasıf olup, kişi olma özelliğinin soyut ifadesidir. Burada kişilik terimini kullanmamız gerek İslam hukuku kaynaklarında gerekse konunun hukuk felsefesi bakımından ele alındığı çalışmalarda tartışmanın daha çok “hukukî kişilik” kavramı üzerinden yürümesiyle ilgilidir.

Bu çalışma İslam hukukunda, hukukun süjesi olarak “kişi” ve “kişilik” kavramının var olup olmadığını, varsa hangi varlıkların hukuk öznesi anlamında kişi olarak görüldüğünü ve bunun ne şekilde ifade edildiğini sorgulamayı amaçlamaktadır. Bu noktada, klasik literatürde fıkıh mezheplerince geliştirilen teorilerin yeterince açık olmadığı görülmektedir. Çağdaş çalışmalarda da konuya temas edilmekle birlikte konunun hak ettiği şekilde netliğe kavuşturulmadığı izlenmektedir. Çalışmamız kapsamında klasik fıkıh literatüründe öne sürülen teoriler ve modern yaklaşımlar incelenerek konu hakkındaki tespit ve değerlendirmelerimiz ifade edilecektir. Bunun dışında kişilik kavramıyla ilişkisi bulunan fakat ayrı ve derinlikli bir şekilde ele alınmayı hak eden tüzel kişilik kavramını incelememektedir.

I. Türk ve Kara Avrupası Hukuk Sisteminde Kişi

Türk hukukundaki kişi/şahıs³ kavramını kısaca ele almak bize Kara Avrupası sistemindeki genel anlayış hakkında da umumi bir tasavvur sunabilir. Buna göre Türk hukukunda

- 1 Ebu Hanifé'ye atfedilen fıkıh tanımı bu noktada dikkate değerdir. O fıkıh tanımlarken fıkıhın bu iki temel kavramını öne çıkarmıştır: “*Hukuk (fıkıh) kişinin (nefs) hak ve borçlarını bilmesidir.*”, Abdulaziz el-Buhari *Keşfü'l-esrar*, I, 5. Tarifteki “bilmesidir” kısmı fıkıhın kelime anlamıyla tarif edilmesi şeklindeki klasik gelenek sebebiyle tanıma eklendiği için tanımı şöyle çevirebiliriz: “*Fıkıh ilmi, kişinin hak ve borçlarının bilgisidir.*” Bu tanımda hukukun hem süjesi ve hem de objesi yer almakta olduğu için hukuku bu yönüyle eksiksiz tanımlamaktadır.
- 2 Bkz. Helvacı, *Gerçek Kişiler*, s. 22; Naffine, *Law's Meaning of Life*, s. 10. Aynı geniş anlamın kişi kavramı için de geçerli olduğuna dair bkz. İmre, *Medeni Hukuka Giriş*, s. 328.
- 3 Kişi anlamında batı dillerinde kullanılan “person” kelimesinin şu şekilde bir etimolojisi vardır: Person, bir zamanlar aktör tarafından oynanan role göre giyilen ya da çıkarılan bir maskeyken zamanla maskeyi giyen kişi için kullanılmaya başlanmıştır. Bu kapsamda kişi kavramı şu şekilde bir mecazi dönüşüm sürecinden geçmiştir:

kişi, borç altına girebilen ve haklara sahip olabilen varlıklardır.⁴ Kimlerin hak sahibi olabileceğini ve borç altına girebileceğini yani hangi varlıkların hukuk öznesi olacağını kanun koyucu belirler. Kişi kavramı temelde özel hukukun ana kavramı olmakla birlikte, yargılama hukukundaki görünümünün “davada taraf olma yetkisi” olduğu söylenebilir.⁵

Kişi kavramı aynı zamanda hak ehliyeti kavramını da karşıladığından⁶ Türk Medeni Kanunu (TMK) 8. maddesinde “Her insanın hak ehliyeti vardır” diyerek bütün insanları kişi olarak kabul etmiştir. İnsan ömrünün sonlu ve sınırlı olması sebebiyle daha uzun vadeli ve istikrarlı bir varlık gerektiren bazı amaçlara ulaşma gayesinin de etkisiyle kanun koyucu insanın yanında birtakım varlıkları da kişi olarak tanımıştır ki bunlara “tüzel kişi” denilir. Bu varlıklar belirli niteliklere sahip, belirli amaçlara yönelmiş insan ya da mal topluluklarıdır.⁷ Kişi ve kişilik kavramları günümüz kara Avrupası hukuk sisteminde Kişiler Hukuku (Şahsın Hukuku) adıyla Medeni Hukukun ilk konusu olarak incelenir.⁸

Kişiliğin başlangıcı ve bitişi konusu, kişiler hukukunun temel meselelerinden biridir. Tüzel kişiler açısından kişiliğin başlangıcı ve bitişi hukuki işlemlerle ilgili olduğundan daha basittir. Gerçek kişiler olan insanlar açısından ise bir takım detay hükümler mevcuttur. TMK 28. maddeye göre gerçek kişiler açısından kişilik çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar. Buna göre kişiliğin başlaması için doğumun tamamlanmış olması ve çocuğun sağ doğmuş olması şarttır. Doğumun tamamlanmış olması çocuğun bütün organlarıyla ana vücudundan ayrılmış, anadan bağımsız olarak yaşamaya başlamış olması demektir.⁹ Çocuğun anadan bağımsız olarak bir an yaşamış olması yeterli olup yaşama kabiliyetine sahip olması şartı aranmaz. Kişiliğin doğumla başlaması sebebiyle cenin¹⁰ kişi değildir. Ceninin kişi vasfı kazanabilmesi için sağ olarak doğması şartı vardır. Bunun öncesinde bir kişiliğin oluştuğundan bahsedilemez. Ancak sağ doğum gerçekleşirse, ceninin hak ehliyetini, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde edeceği TMK’da (28/II) kabul edilmiştir. Bu hüküm çocuğu korumak, gelecekteki bir takım malvarlığı yetkilerinden yoksun kalmasını önlemek amacıyla matuftur.¹¹

Önce oyuncunun giydiği maske, sonra oyunda canlandırılan karakter, daha sonra mecaz yoluyla doğrudan karaktere dönüşmüş ve nihayetinde hukuki bir durumu ifade etmeye başlamıştır. Zira oyundaki karakterler oyun içerisindeki rol ve canlandırdıkları karakterleriyle birbirinden ayırdığı gibi hukuk özneleri de taşıdıkları özelliklerle birbirlerinden farklılaşırlar. Naffine, *Law’s Meaning of Life*, s. 29.

4 Helvacı, *Gerçek Kişiler*, s.19.

5 Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm*, s. 415.

6 Hak ehliyeti ile kişi kavramı birbiriyile eş anlamlı kavramlar olarak algılanır. Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm*, s. 415.

7 Helvacı, *Gerçek Kişiler*, s. 21.

8 Bu Roma Hukuku’ndan gelen gelenektir. Justinianus’un *Institutiones*’i de şahsın hukuku konularıyla başlar. Bkz. İmre, *Medeni Hukuka Giriş*, s. 328.

9 Helvacı, *Gerçek Kişiler*, s. 20-21.

10 Cenin, ana rahmindeki çocuk demektir. Ana rahminde olduğu sürece tüm aşamalarda cenin olarak isimlendirilmesi mümkündür.

11 Örneğin cenin sağ doğarsa mirasçı olabilir. Buna göre miras bırakan kişi öldüğünde ana rahminde bulunan cenin sağ doğması ile kişilik kazanır ve bu kişiliği ana rahmine düştüğü andan itibaren başlatılarak mirasçı olması sağlanır.

Kişiliğin sona ermesi ise ölümlerdir¹² (TMK md 28/I). Ölüm dışında bir kimsenin kaybolması halinde belirli şartlar yerine geldiğinde hâkimin vereceği gaiplik kararı da kişiliği sona erdiren bir diğer sebeptir. Kişiliği sona eren şahsın artık herhangi bir hak kazanma ya da borç altına girme kabiliyeti kalmaz.

II. Kişi kavramıyla ilgili felsefi arka plan

Kimlerin hukukun öznesi yani kişi olacağı hukuk sistemlerine göre değişebilen, her hukuk sistemindeki mülahazalarla ve yasa koyucuların izlediği hukuk politikasıyla belirlenecek bir husus olduğu için kişi kavramı hukuk tarafından üretilmiştir.¹³ Dolayısıyla kişi kavramı hukuki bir soyutlama niteliğindedir. Bu durum, sadece insanların kişi olarak kabul edildiği ve tüzel kişilik kavramının belirginleşmediği klasik hukuk sistemleri açısından da doğrudur. Zira insan olma vasfının ne zaman başlayıp ne zaman sona erdiği, kölelerin, hayvanların ve bitkisel hayattaki insanların vb. kişi olma vasfı taşıyıp taşıyamayacağı gibi konular bir hukuk sisteminin kişi anlayışıyla şekillenen, hukuk alanında cevaplanan meselelerdir. Bu sebeple bir hukuk sisteminin felsefi ve ontolojik dinamikleri, kimlerin şahıs olarak kabul edileceği ile ilgili hukuki bakış açısını şekillendirmekte ve bu sebeple kişi kavramını ele alış biçimleri hukuk sistemleri arasında olduğu kadar aynı sistem içindeki hukukçular arasında da farklılık taşıyabilmektedir.

Hukuk felsefesi bakımından, kişinin kim ya da ne olduğunun nasıl tespit edileceği konusunda farklı teorik yaklaşımlar bulunmaktadır. Bu yaklaşımların her biri felsefi bir arka plana dayanır. Özellikle Anglosakson hukuk kültüründe bu konudaki en önemli hukuki-felsefi mücadelenin iki temel tarafı olduğu söylenebilir: Bu tarafları tanımlamak için bazı yazarlar Legalistler (Salt Hukukçular) ve Metafiziksel Realistler ifadelerini kullanır.¹⁴

İlk grup, saf hukuk anlayışı ve hukuki pozitivismeye benzer bir şekilde hukukun zihinsel ve kavramsal otonomluğunu savunur. Bu gruba göre, hukuk “doğal” bir kişi anlayışını esas almaz ve almamalıdır. Kişi kavramını tespit ederken doğadaki insan anlayışından hareket etmek yerine bu kavrama saf ve salt hukuksal bir kavram olarak yaklaşılmalıdır. Hukuki anlamdaki kişinin hukuk dışında doğada, dikkate alınması gereken tabii sınırları, içeriği ve özü yoktur. Hukukun kendi yapay ve kurulmuş bir kavramsal dünyası vardır ve hukuktaki kişi kavramı da böyle olduğundan, doğadaki gerçek insan ile karıştırılmamalıdır. Hukuk tabiatı yansıtan bir ayna olmamalıdır. Onlara göre kişi tam olarak hukuki bir soyutlamadır, hukuk tarafından geliştirilmiştir ve ahlaki bir kavram değildir. Kişi kavramı gerek gerçek bir insanı gerekse bir şirketi içersin ikisinde de hukuki bir kurgudan ibarettir.¹⁵

TMK’da bir hakkın doğmasına sebep olabilecek şey gerçekleştiğinde henüz cenin niteliği kazanmamış olanlara da bazı haklar tanınmıştır. Bkz. Helvacı, *Gerçek Kişiler*, s.29.

12 Bkz. Dural, *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, 24.

13 Aydın, *Kişilik Haklarının Doğum Öncesinde Korunması*, s. 3.

14 Naffine, *Law’s Meaning of Life*, s. 20.

15 Bkz. Naffine, *Law’s Meaning of Life*, s. 21, 27, 36, 42. Ayrıca bazı Legalistlerin tanımları için bkz. s. 33. Bu yaklaşımın

Tartışmanın diğer tarafı olan ve Metafiziksel Realistler diyebileceğimiz grubun iddiaları ise salt hukukçuların aksi yöndedir. Bunlara göre, hukuki kişinin kim veya ne olacağı sorusunun cevabı saf hukuk alanı dışına çıkılıp, gerçekte, doğada aranmalıdır. Hukuk, gerçek tabiatı tam olarak temsil etmeli ve yansıtmalıdır. Dolayısıyla hukuk, kendisi yeni bir tasarım yapmaktansa, kendinden önce tabiatta olanı tespit etmeye çalışmalı ve onunla tam uyumlu bir şekilde gerçek metafiziksel kişiyi sezerek ortaya çıkarmalıdır. Bu sebeple de bu grup hukuk süjesinin ve en başta insanın, ahlaki ve metafizik a priori bir özü olduğunu kabul ederek bu özü hukuki dille ifade etmeye çalışırlar. Bu öz doğru tespit edilemezse, tabi olanla hukuki olan arasında tam bir irtibat sağlanamazsa hukukun gerçek öznesini bulma işinde başarısız olunmuştur. Bu düşüncenin mensupları kendi aralarında üç gruba ayrılabilir. Bunlar, Rasyonalistler, Din referanslı olanlar ve Natüralistler'dir. Bu grupların temel tezlerini şu şekilde özetleyebiliriz:¹⁶

Rasyonalistlerin bağlı kaldığı metafizik kaynak ahlak ya da siyaset felsefesi olarak görülebilir. Onlara göre hukuktaki kişi kavramı belirlenirken tabiatdaki rasyonel bir aktör olan akıllı insan esas alınmalıdır. Kişi ahlaki bir öznedir, akıl sahibi ve akla dayanan seçimler yapabildir.

Diğer bir realist grup olan Din referanslı hukukçular daha çok Yahudi-Hristiyan geleneğin metafiziğini esas alır. Bunlar, kişiyi belirlerken insanın kutsallığını merkeze alır ve vurgular. Bu bakış açısına göre insanı insan yapan ve hukuk tarafından korunmaya layık kılan şey onun kutsallığıdır.

Realistlerin üçüncü grubu olarak sayabileceğimiz Natüralistler ise insanı, tabii-ahlaki bir hayat yaşayan, haz ve elem hissedenden doğal, maddi bir varlık olarak görür ve hukukun da böyle görmesini ister. Bu, insana yönelik natüralist ve temelde bilimsel bir bakış açısıdır. Özünde insanı, daha çok evrimsel biyolojinin esaslarıyla anlamaya çalışan bir kavrayış getirmeye çalışır.

Her kişilik anlayışının sosyal, felsefi ve siyasi sonuçları vardır ve hatta kişi anlayışının değişmesinin modern dünyayı şekillendiren önemli sonuçları bulunmaktadır. Mesela köleliğin reddi köleleri mal olmaktan kişi seviyesine çıkarmış ve modern insan haklarının temelini atmıştır. Yine modern kapitalizm hukuki olarak şirketlerin kişi vasfını kazanmasıyla ortaya çıkmıştır denilebilir.¹⁷ Batıda kadının kişi olma vasfı bakımından erkeğe eşit oluşunun 20. yüzyılın başında kabul edilmesi de kadının kamusal hayattaki rolünü daha da arttırmıştır.

en önemli temsilcilerinden biri de *Pure Theory of Law* adlı eseriyle Hans Kelsen'dir. Hukukun kişiyi tabii ya da metafizik bir temelle ele almaması hususunda özenlidir. Hukuki kişi, hukuk dışında bir varlığa sahip değildir. Nitekim John Dewey'e göre de hukuki olmayan kişinin, hukukçuların esas alacağı, değişmeyen temel özellikleri de yoktur. Dolayısıyla batı kültüründe kişinin kim olması gerektiği ile ilgili düşünce bukailemun gibi değişmektedir. Kelsen'e göre kişi sadece hak ve borçlardan ibarettir. Onlara sahip olan kimse yoktur. Bkz. Naffine, *Law's Meaning of Life*, s. 33, 39, 167.

16 Naffine, *Law's Meaning of Life*, s. 2, 25, 27.

17 Naffine, *Law's Meaning of Life*, s. 13.

III. İslam Hukukunda Kişi Kavramı

İslam hukuku literatüründe kişi kavramıyla ilgili temel teorik tartışmalar fürû-i fıkıh eserlerinden ziyade usul-i fıkıh eserlerinde yapılmıştır.¹⁸ Zira usul-i fıkıh, hukukun öznesi gibi üst bir kavramın incelenmesi için fürû-i fıkıhtan daha uygun bir ortamdır. Nitekim Hanefiler hukukun konusu/objesi olan “haklar”ı da tıpkı hukukun öznesi gibi usul-i fıkıh kapsamında incelemiştir.

Usul kaynaklarında hangi varlıkların ya da kimlerin hukukun öznesi kabul edilmesi gerektiği hususunda iki ayrı yaklaşım bulunduğu söylenebilir. İlk yaklaşım hukukun öznesini haklara ve borçlara ehil olma vurgusu ile tanımlamaya çalışır. Bunu yaparken “zimmet-vücûb/hak ehliyeti” ve “eda/fiil ehliyeti” kavramlarını ve ayırımını esas alır. Bu bakış açısı özellikle Debûsî'den (430/1039) itibaren gördüğümüz Hanefi ekol içinde geliştirilmiştir. Bunun öncesinde veya bununla eş zamanlı olarak kabul gören alternatif bir yaklaşım ise eda ehliyetinin yanında zimmet kavramı yerine, fiillerine hukuki sonuç bağlanan, fiilleri hukuken önem taşıyan varlığı yani “mükellef” kavramını ön planda tutmuştur.¹⁹ Gerçekten de, ileride inceleyeceğimiz üzere aralarında Hanefilerin de olduğu bir çok usulcü, Debûsî'deki gibi bir zimmet anlayışına sahip olmadıkları gibi vücûb ehliyeti kavramını da kabul etmezler. Onlara göre sadece mükellef ve eda ehliyeti vardır. Hukukun ve hükümlerin gerçek muhatabı mükelleftir. Bütün bu tartışmalar dikkatlice takip edildiğinde zimmet-vücûb ehliyeti ve mükellef şeklindeki kavram ikilisinin bu konuda birbiriyle yarışan mefhumlar olduğu görülebilir.²⁰ Şimdi bu iki kavram ekseninde konuyu tartışabiliriz.

A. Mükellef

İslam hukukunun kavramlarının tarihsel gelişimine bakarsak “mükellef”²¹ teriminin, bazı hukukçular tarafından hukukun gerçek öznesini yani hukuki anlamda kişiyi ifade etmek üzere üretilen terimlerden biri belki de ilki olduğunu söyleyebiliriz. Mükellefin fıkıh tarihi boyunca yapılan tanımlarının iki kalıptan birinin dışına çıkmadığı söylenebilir. Bunlardan ilki mükellefi, “*Şer'î hükümlerin (şer'î hitabın) kendi fiiliyle ilgili olduğu kişi*”²² şek-

18 Bkz. Dönmez, “Şahıs”, s. 270.

19 Vücûb ehliyeti-eda ehliyeti

20 “Yarışan” ifadesinden Debûsî'deki gibi vücûb/hak ehliyeti ve zimmeti kabul edenlerin mükellef kavramını tamamen dışladıkları anlaşılmalıdır.

21 Mükellef terimi görüldüğü kadarıyla bize ulaşan metinler içinde ilk olarak Cessas tarafından teknik anlamıyla kullanılmış ve mükellefin fiillerinden bahsedilmiştir. Hatta daha sonra meşhur olan mükellefin fiilleri ayırımının Cessas'a ait olduğu söylenebilir. O şöyle der: واقعة على وجه السهو تنقسم: أقساماً أربعة: واجب ومحظور ومندوب إليه ومباح. “Öğrenmiş olduk ki mükellefin fiilleri bir kasıt ve irade ile yapılmış ve sehven vaki olmamışsa dört kısma ayrılır: Vacib, mahzûr, mendûb ve mubah.” Cessâs (370/980), *el-Fusul*, II, 166. Cessas'tan hemen sonra Bâkîllânî (403/1013) de ilahi hitabı ve bu hitabın muhatabını ifade etmek için kelimelerinde de sıklıkla kullanılan “teklif” ve “mükellef” kavramlarını kullanır. Bkz. Yetkin, “Bâkîllânî'nin Usul Düşüncesinde Mükellef”, s. 10. Debûsî'nin mükellef kavramını usul eserinde kullanmaması, fürû eseri el-Esrar'da ise bir kez o da teknik olmayan bir anlamda kullanması oldukça ilginçtir. Buradan Debûsî'din vücûb ehliyeti ve zimmet teorisine oldukça katı bir şekilde bağlı kaldığı anlaşılabilir.

22 Bkz. Şaban, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s. 293.

linde tanımlarken diğeri onu “*Fiilleri (irade beyanı ve diğer eylemleri) sebebiyle kendisine hitap olunan şahıs (mahkûm aleyh)*” şeklinde tarif etmiştir.²³ Bu tanımlara göre fikhın konusu da mükellefin fiilleri ya da mükellefin fiillerine yönelik şâri‘in hitabı olmaktadır. Bu grubun düşünce seyrini şöyle ortaya koyabiliriz: Mükellefin hükme muhatap olabilmesi için ehliyeti, yani eda/fiil ehliyeti olmalıdır. Bu ehliyet ise en başta akıl ile sabit olur. Mükellef teriminin arkasında yatan gerçek öz akıldır.²⁴ Aklı olmayan ya da akli olgunlaşmamış bir varlığın hukuk süjesi, mükellef olması mümkün değildir. Zira hukuk hükümlerden meydana gelir ve hükümler de şer‘î hitap veya farklı bir yaklaşıma göre şer‘î hitabın sonucudur. Şâri‘in, akli melekelere olgunlaşmamış ya da çok zayıf kimselere hitap etmesi düşünülemez. Bu sebeple küçüklerin akıl hastalarının, ceninin, bunamış kimsenin (matuh), hatta sefihlin eda/fiil ehliyeti olmadığı için bunlar mükellef kategorisinin dışında tutulmalıdır. Zira akıl olmadan tek-lif söz konusu değildir.²⁵ Bu noktaya kadar hemen hemen tüm İslam hukukçularının aynı düşündüğü söylenebilir. İki grup arasındaki fark ise bundan sonra başlar.

Bu görüş sahipleri mükellef olmayıp da fiillerine hukuki sonuç bağlanan kişileri göz ardı ederek mükellefin fiillerini merkeze yerleştirir ve eda/fiil kavramı üzerinden her şeyi izah etmeye çalışır. Çünkü mükellef, “fiilleri” hukuki açıdan önem taşıyan ve fiillerine hukuki sonuç bağlanan kişiyi gösterir.²⁶ Fiillerin hukuki açıdan önem kazanması içinse öncelikle hukukun tanıyacağı bir fiili gerçekleştirme yetkinliğine yani fiil/eda ehliyetine sahip olmak gerekir. Bu ehliyet ise akli melekesi yerinde, buluşa ermiş insanda olur. Yani ehliyetten, öncelikle eda ehliyeti anlaşılır. Dolayısıyla şer‘î hitabı ve hükümleri anlamak için akıl; aklın olgunlaşması (bilmeleke hale gelebilmesi) için de buluş şarttır. Hatta bazı görüşlerde bunun için rüşd yani “sefehlin olmaması” da aranır. Buna göre bir şahısta akıl, buluş ve rüşd bir araya geldiğinde o insan gerçek bir hukuk öznesi yani “mükellef” olmaktadır.

Burada bir hususu tekrar vurgulamakta fayda olabilir. Bu da bu grubun, yani birkaç Ha-nefi usulcü ile Mütakellimun usulcülerden bir çok kişinin hukukun öznesinde akli olgunluk ve temyiz gücü aramaları ve bunun da buluş ile ortaya çıkacağı görüşü hukuk düşüncesiyle telif edilmesi oldukça zor bir durumdur. Zira açıkça bilinmektedir ki mükellef olmayan kişiler de haklara ve borçlara sahip olabilmektedir. Her mezhep içinde bunun birçok örneği vardır. Aklın bu kadar önemsenmesi, hukukun, mükellef olmayan küçüklerin, akıl hastalarının, baygının vb. diğer öznelerin fiilleriyle de ilgilendiği gerçeğini bu grubun görmesini engellemiş görünmektedir. Üstelik vücûb ehliyeti-fiil ehliyeti ayrımı oldukça makul ve birçok

23 Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, I, s. 67; Büyük Haydar Efendi, *Usul-i Fıkıh Dersleri*, s. 465.

24 Teklifin varlığı için en temel şart şer‘î hitap olsa da tekelifin varlığı için anlaşılması gerekmektedir. Bu nedenle tekelif için Eşariler de akli esas alırlar, ancak onlar akıl ifadesinden daha çok fehm (anlama, anlaşılma) ifadesini kullanırlar. Şehristânî, Eşari‘den yaptığı bir ahıttı marifetullahın vacib oluşu hakkında şöyle der: “Marifetullah akıl ile hasıl olur, hitap ile vacip olur. Muhammed b. Abdulkerim eş-Şehristânî, *el-Milel ve’n-nihal*, 1, 88. Abdulaziz el-Buhârî ise akli fitri ve kesbi şeklinde ikiye ayırarak mükellef olmanın şart oluşunu şöyle izah etmektedir: “Teklif, hitabın aslının anlaşılmasına o da tafsilatının anlaşılmasına bağlıdır.” Bu şekilde o hem fitri hem de kesbi aklın tekelif için gerekli olduğunu söylemektedir. Bkz. Abdulaziz el-Buhârî, *Keşfü’l-esrâr*, IV/383.

25 Bkz. Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, s. 67-68.

26 Bkz. Sinanoğlu, “Teklif”, s. 385-387, 385.

sorunu çözen bir ayrımkten bunun kabul edilmemesi kelami perspektiften ve iman konusunda aklın merkezi rolünden kaynaklanıyor olabilir. Kelam açısından kural olarak akli olgunluk seviyesinin altında olanlar ya da buluğa ermemiş olanlar göz ardı edilmekte²⁷ iken aynı şey hukuk alanında yapılarak, mükellef olmayanlar hukuk öznesi olarak değil de ileride temas edeceğimiz gibi, hukuki açıdan hayvan seviyesinde görülmektedir. Oysa mükellef olmayan insanlar da bir hukuk öznesidir ve şer'î ahkâmın bir kısmı onların hak ve borç sahibi olabilmesini sağlamaktadır.

Görüldüğü üzere “mükellef” kelimesi için esasında hukukun öznesi olabilecek varlığı ifade etmek için üretilmiştir. Ancak bu yaklaşım söz konusu kavramla ilgili bir kapsam sorununu ortaya çıkarmaktadır. Çünkü mükellefe dair yapılan bu tanım ve açıklama, akıl sahibi olmayan ya da akli olgunlaşmamış insanlar, buluş öncesindeki küçükler vb.'ne ait fiillerin hukuk alanının dışında görülmesini gerektirmektedir.²⁸ Yani mükellef kelimesi, hukuki öznelerin tamamını ihtiva etmeyip sadece “fiil ehliyeti” olan insanları ifade etmektedir. Oysa akıl hastası, küçük, cenin vb.'nin fiil ehliyeti yoktur. Nitekim mükellef kavramını temele alıp mükellef olmayan insanları hukuk öznesi olarak görmeyen, vücut ehliyeti kavramını ve eda ehliyeti-vücut ehliyeti ayrımını açıkça reddeden İslam hukukçuları bulunmaktadır. Bunlar arasında istisna sayılabilecek bazı Hanefiler de vardır. Mesela Alâuddîn es-Semerkindî (539/1144) bunlardan biridir. O vücut ehliyeti kavramını faydasız bularak eleştirir ve meşâyihimiz dediği mezhep bilginlerinin de böyle düşündüğünü ifade eder.²⁹ Şafîilerden de özellikle Debûsî'ye reddiye yazan Sem'anî vücut ehliyeti kavramını gereksiz görür eda ehliyetinin yeterli olduğunu düşünür. Ona göre vücutun zimmette sabit olabilmesi için mükellefin eda edebilecek kudrete sahip olması gerekir.³⁰ Ayrıca Karâfi (684/1285) gibi zimmet kavramını tanımlarken mükellefi esas alan müellifleri de bu şekilde vücut ehliyetini reddedenler grubunda değerlendirebiliriz.³¹

27 Bâkılânî'ye göre buluş çağına ermemiş bazı kişilerde bâliğ kişilerin akli mevcut olursa, onların başka şeylerle değil fakat tevhid inancı ile mükellef tutulmaları geçerli olur. Bâkılânî, *et-Takrib*, I,237. Mutezileden bazılarına göre buluşa ermese bile akli olgunluğa ulaşmış küçükler de imanla mükelleftir. Bkz. Yetkin, “Bâkılânî'nin Usul Düşüncesinde Mükellef”, 14. Burada Bâkılânî'nin yukardaki görüşünün Eşarilerin çoğunluğunun benimsediği bir görüş olmadığını belirtmekte yarar vardır. Bâkılânî'nin kitabını bir anlamda özet şerh yapan Cüveynî şöyle der: Teklif, semiyatla oluşur. Mükellef olma vasfını taşımayan bireye semî delile ikâb tehdidi olmadığı için bunların mükellef olmaları da söz konusu değildir. Cüveynî, *et-Telhis I*, 145.

28 Bkz. Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, s. 67.

29 Semerkindî “bazı” lafzını kullanmadan “mezhebimizin bizden önceki üstatları (meşâyihuna)” olarak nitelediği bilginlerin bu görüşte olduğunu söyler. Bkz. Semerkindî, *Mizânü'l-usûl fi netâici'l-ukûl*, s. 744; bkz. Yetkin, *Debûsî ve Usul Anlayışı*, s. 219. Oysa böyle bir geneleme kabul edilebilir değildir.

30 Bkz. Sem'anî, *Kavâtu'l-edille*, II, 374. O şöyle der: قد بينا أن الوجوب بالخطاب والخطاب وجد من الشرع بعد البلوغ لا قبل البلوغ ويجوز أن يقال: إن العمل إنما يكمل بعد البلوغ. فأما قبل البلوغ فلا. فاعتبرنا ما يغلب وجوده في بناء الخطاب عليه وسقط ما ينذر وجوده “Açıklanmış olduğumuz üzere vücut hitab sebebiyledir. Hitap da şeriat tarafından sadece akıl ve bâliğ olan kişiye yöneltilir. Şöyle diyerek de konuyu izah edebiliriz. Amel buluşdan sonrasında kemale erer, buluşdan öncesinde değil. Bu sebeple kendisine hitabın yöneltilmesi için biz daha çok ve yaygın olanı esas aldık, daha az var olanları ise düşürdük.” Sem'anî burada Debûsî'nin yukarıdaki teoriyi geliştirmesine ve izaha çalışmasına karşın, mükellef ile ilgili hükümlerin daha çok, mükellef olmayanların hak ve borç sahibi olmasının ise daha nadir olduğunu ve nadir olanın göz ardı edilebileceğini söylemektedir (Sem'anî, *Kavâtu'l-edille*, II 374) ki bu izah oldukça zayıftır.

31 Karâfi zimmeti şöyle tanımlar: “Zimmet mükellefte bulunan takdirî الذمة في الشريعة معنى مقدر في المكلف يقبل الإلزام والالتزام.”

Bu görüş sahipleri vücûb kavramından fiilin vücûbunu anlar. Fiilin vücûbuna ehil olan kişi de şeri hitabı anlayan ve bu hitabın gereği olan fiili yerine getirme kudreti olan kişidir. Serahsî de muhtemelen aynı Hanefilerin görüşlerini nispeten detaylı bir şekilde aktarır.³² Bu görüş Debûsî'nin ehliyet ve zimmetle ilgili teorilerini, vücûb ehliyetini, sebep teorisini as-ıl'l-vücûb kavramını vb. reddetmektedir.³³

B. Mükellef teriminin kişi terimiyle mukayesesi

Mükellef terimi, görüldüğü üzere kendi fillerinin sonucu olup olmadığına bakılmaksızın haklara sahip olma ve borç altına girebilme kabiliyeti olan zimmet sahibi varlık (kişi) kavramından daha dardır. Zira kişiyi “zimmet sahibi” olarak ele alırsak mükellef olmayan kişiler de bu kavramın altına girer. Bu kişiler kendi irade beyanları olmaksızın, doğrudan hukukun hükmüyle, mesela miras kalan mal üzerinde mülkiyet hakkı kazanma vb. yollarla hak sahibi olabilir ve bundan da önemlisi, hukuki işlemler yoluyla olmasa da kendi fiilleri ile birtakım borç ve yükümlülükler altına girebilir. Buna göre bir akıl hastası veya küçük, yapmış olduğu haksız fiilden doğan zararı tazmin etmekle yükümlü kabul edilir. Nitekim fıkıh literatüründe yer alan hükümler de bunu gerektirmektedir. Buna göre küçük çocuk, akıl hastası, cenin, bunamış (matuh), uyku halinde olan, baygın, sarhoş vb. mükellef olma şartlarını taşımadığı halde bir hukuk öznesidir.³⁴ Dolayısıyla bunların bazı fiillerine hukuki sonuç bağlanmaktadır. Bu hukuki sonuç da şâri'in hitabıyla doğan bir sonuçtur. Küçükün bazı ibadetleri de mendup kabul edilir. Bu da şeri bir hükümdür. Yine Şafii mezhebinde küçük, nisap miktarı mala sahipse zekât yükümlüsü olur.³⁵ Dolayısıyla mükellef

bir özelliktir ki o bu özellik sayesinde ilzama (hukuki işlem olmaksızın haksız fiil vb. sebeplerle doğan borçlara) ve iltizama (hukuki işlem yaparak oluşan borçlara) ehil olur.” Zimmeti mükellef üzerinden tanımlayan birinin vücûb ehliyetini kabul etmesi oldukça zordur. Şöyle ki zimmet teriminin üretilme amacı zaten mükellef olsun olmasın her türlü insanın hukuk öznesi olduğu ve haklara ve borçlara sahip olabileceğidir. Başka bir deyişle zimmet kavramı Debûsî tarafından belirli bir gayeyle üretilmiştir ki Karâfî'nin bu tanımını söz konusu gayeyi bertaraf etmektedir. Zira Karâfî mükellef olmayanların zimmetinin olmadığını da açıkça söylemektedir. Buna benzer tanımlar zaman zaman başka kaynaklarda da karşımıza çıkar. Mesela bkz. Ezherî, *Hâşiyetü'l-Cemel*, III/226; Sübki, *el-Eşbah ve'n-nezâir*, I, 363. Hanefiler dışındaki diğer bazı mezheplerin tanımları da Karâfî'nin tanımına benzer olup “ilzam” ve “iltizam” terimlerini kullanır. Bu tanımların birçoğunda mükellef tabiri kullanılmasa da ilzam ve iltizam Hanefilerdeki anlamıyla kullanılmayıp zimmeti sadece mükellefe ait gördüklerine dikkat edilmelidir. Şöyle ki bu grup zimmet sahibi kimselerin ilzam ve iltizama ehil olması gerektiğini belirtir. Mükellef olmayanlar tanımdaki ilzam şartını taşımaktadır ancak sözleşmeler vb. yoluyla borçlanması ve hak elde etmesi mümkün olmadığı için bu tanımlar aslında Karâfî'nin tanımıyla aynı kapıya çıkmaktadır.

32 Serahsî, *el-Usul*, II, s. 333; bkz. Yetkin, *Debûsî ve Usul Anlatışı*, s. 219.

33 Bkz. Köksal, “Hanefi Usul Düşüncesinde Vücûb-Eda Ehliyeti Ayrımı ve Bu Ayrımla İlişkili İki Mesele”, 118-119. Buna karşılık mütekelimün eserlerine göre fukaha usulcülerin eserlerinde ehliyet konusu çok daha detaylı ele alınmış ve hemen hepsinde vücûb-edâ ehliyeti ayrımı belirtilmiştir. Bkz. Yetkin, “Bâkılânî'nin Usul Düşüncesinde Mükellef”, s. 8.

34 Bu hususta bazı örnekler için bkz. Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, s. 67; Züheyr, *Usûlü'l-fıkh*, I, s. 39.

35 Bâkılânî de mükellef olmayanların fiillerinin bazı sonuçlar doğurması ve onların bazı haklarının olması ile ilgili örnekleri detaylıca sıralayarak bu örnekleri göz ardı etmenin yolunu arar ve tevil eder. Mesela çoğun zekatla yükümlü olmasında sorumlu olanın çocuğun velisi olduğunu belirtir. Çocuğun zimmetinde zekât borcu sabit olmadığını zaten çocuğun zimmetinin de bulunmadığını düşünür. Bkz. Bâkılânî, *et-Takrîb*, I, 236, 237-238. Bkz. Yetkin, “Bâkılânî'nin Usul Düşüncesinde Mükellef”, s. 13-14. Yine o göz ardı etmek istediği bu tür durumlardan

olmayanlar için de vacip (itlaf edilen malların tazmini gibi), mendup vb. birtakım hükümler söz konusu olabilmekte,³⁶ mükellef kavramı üzerinden geliştirilen “hukukun öznesi” tasarımı yetersiz kalmaktadır.

Mükellefin usul eserlerindeki algılanışı, kapsamı itibariyle yukarıda dikkat çektiğimiz birtakım problemleri gündeme getirdiğinden bazı hukukçular bu kavramsal zorluğu aşmak için çeşitli izahlar geliştirmişlerdir. Mesela mükellef kavramının kapsamına girmeyen küçüklerin sadece velileri yoluyla fıkhi hükümlerle muhatap oldukları belirtilir. Dolayısıyla çocuğun mükellef olmaması fiillerine tamamen hukuki sonuç bağlanmadığı anlamına gelmez. Nitekim sahipli hayvanların fiillerine de hukuki sonuçlar bağlanmaktadır fakat bu onların mükellef olduğunu göstermez. Bu görüşe göre çocuğun haksız fiillerinin yol açtığı zararların velisi aracılığı ile tazmin edilmesi, hayvanın verdiği zararları sahibinin tazmin etmesinden farksızdır.³⁷ Ancak bu izah şekli bizce yetersiz ve hatalıdır. Zira hayvan hiçbir zaman “borçlu” olamadığı halde küçük çocuk, akıl hastası vb. birer hukuk öznesi oldukları için kendi haksız fiilleri sebebiyle “borçlu” olur, aktif malvarlığı anlamında mülkiyet ve alacak sahibi olabilirler.

C. Hukukun süjesine dair farklı bir yaklaşım: Debûsî ve zimmet teorisi

İslam hukukçularının bir kısmı, mükellef kavramını ve dolayısıyla bu kavramın elverdiği sınırlı çerçeveyi esas almak yerine, daha köklü bir çözümle hukukun öznesi kapsamına çocuk, akıl hastası vb. tüm insanları katmaya çalışmıştır. Bu tavır akıl/temyiz gücü üzerine kurulu olan ve mükellefiyeti merkeze alan anlayışa aykırıdır. Söz konusu yaklaşımda hukuku mükellef üzerinden tanımlamak yetersiz görülmektedir. Zira mükellefi ve eda ehliyetini merkeze aldığımızda hukuk sadece âkil ve balığ olan bireylerin fiilleriyle ilgileniyormuş gibi tanımlanır. Oysa hukuk sadece mükellef kavramının kapsamında yer alan bu kimselerle ilgili olmadığı gibi hukukun ve hükümlerin konusu da sadece mükelleflerin fiilleri değildir. Bu yaklaşıma göre hukukun konusunu hak ve borçlar/yükümlülükler oluşturur.³⁸ Dolayısıyla ehliyet denilince de sadece eda ehliyeti anlamındaki ehliyeti anlayamayız. Bu noktada özellikle Hanefî hukukçulardan Debûsî'nin devrimsel bir yaklaşım getirdiği söylenebilir.³⁹

mükellef olmayanların tazminle borçlu olabilecekleri gerçeğine bir tevil getirmek için tazminin diğer hükümlerden farklı olarak şeriat öncesinde de geçerli olduğunu ve şeriat öncesi teklifin olmadığını söyler. Bakıllânî şeriat öncesinde haracın (toplumsal zorluğun), yerilmenin (zemm) veya ‘ikabın olmadığını ama tazminin devam ettiğini söylemektedir. Aslında tazminin devam ettiğini söylemek Eşariler için olası bir çözüm değildir. Çünkü tazmin de şer’î bir hükümdür. Onlara göre şeriat öncesi ise hüküm yoktur. Bâkıllânî, *et-Takrîb*, I, 372.

36 Urmevi, *et-Tahsil mine'l-Mahsul*, I, s. 52, Ayrıca bkz., Zerkeşi, *el-Bahrü'l-muhît*, II, s. 57-61.

37 Urmevi, *Nihâyetü'l-vusûl fi dirâyeti'l-usûl*, I, s. 52-54.

38 Burada yukarıda alıntılarımız Ebu Hanife'nin hukuk tarifine atf yapılabilir.

39 Ehliyet konusunu müstakil ve kapsamlı olarak bir fıkıh usulü eserinde ilk işleyen usulcünün, fukaha usul yazıcılığının en önemli temsilcisi sayılan Ebû Zeyd ed-Debûsî (ö. 430/1039) olduğu kabul edilmektedir. Ancak ehliyet konularına usul eserinde ilk yer veren kişi tespit edilebildiği kadarıyla Bâkıllânî'dir (ö.403/1013). Daha çok kelamcı kimliği ile öne çıkan Bâkıllânî, usul eseri *et-Takrîb ve'l-irşâd*'da ehliyet bahislerine dâhil olan konuları Debûsî'den farklı bir tasnif, bağlam ve kapsamda işlemiştir. Bkz. Yetkin, “Bâkıllânî'nin Usul Düşüncesinde Mükellef”, 5-6.

Artık akıl yerine sözleşme (ahit) anlamında zimmet, mükellef yerine zimmet sahibi yani insan, eda ehliyeti yerine eda ehliyeti-vücüb ehliyeti⁴⁰ ayrımı, fiil yerine de haklar ve borçlar, teklifi hüküm yerine vaz'î hüküm-teklifi hüküm ayrımı geçmiştir. (Bkz. Tablo 1)

Tablo 1

Çoğunluk	Debûsî ve Takipçileri
Mükellef	Zimmet sahibi ve mükellef
Fiil	Hak ve borçlar
Akl	Zimmet
Fiil ehliyeti	Eda ehliyeti-fiil ehliyeti ayrımı
Teklifi hüküm	Vaz'î hüküm-teklifi hüküm

Elimizde mevcut, bilinen metinleri esas alırsak, bu kapsamıyla kişi kavramını karşılamak üzere üretilmiş bir terimi ve hukuki bir soyutlamayı ilk olarak Hanefi hukukçu Debûsî'de gördüğümüzü söyleyebiliriz. Hanefi usulünün teorik anlamda temel kurucu metinlerinden birini yazan Debûsî, “zimmet” kavramını teknik anlamıyla “hukuki kişilik” kavramına karşılık gelen bir manada kullanmış ve bu kavram etrafında müstakil bir teori geliştirmiş ilk usulcüdür. Debûsî insan dışındaki varlıklara kişilik atfetmemiş olsa bile, doğum ve ölüm arasında her türlü insanın kişi olma özelliğini ona kazandıran, zimmet adını verdiği soyut bir özelliğin olduğunu tespit etmiştir. Dolayısıyla Debûsî'den sonra artık kişi/şahıs, zimmeti olan, bir zimmete sahip olan varlıktır denilebilir. Kaynaklarda “zimmet sahibi” ifadesi bize akıllı olsun olmasın, baliğ olsun olmasın hukuki anlamıyla “kişi”yi bildirir.

Vücüb ehliyetinin varlığı zimmete bağlı kabul edilir ve bir nevi zimmetten doğar ve çıkar. Bu nedenle zimmetin vücüb ehliyeti ile özdeşleştiği görülür. Debûsî, çocuk, akıl hastası ve benzerine de vücüb ehliyeti vererek onları hukuk süjesi yapma konusunda

40 Vücüb ehliyeti kavramını Debûsî teknik bir terim olarak üretilen usulcülerin birlikte Cessas'ın (ö. 370) vücüb ehliyetine ve vücüb-eda ehliyeti ayrımına mefhum olarak işaret ettiği söylenebilir. Ancak ortada teknik bir terim olmadığı gibi Debûsî'nin yaptığına benzer bir teorik kurgu da söz konusu değildir. Cessas *Usûl*'ünde şöyle der: لأن الوجوب عندهم في الشريعة يتعلق بالشيء على معنيين. أحدهما: ثبوت الواجب عليه ولزومه إياه وإن لم يلزمه معه الفعل. والآخر: وجوب الأداء ، الأداء كالدين المؤجل، أن وجوبه قد تعلق في ذمته وإن لم يلزمه الأداء في الحال ثم إذا أجل تعلق عليه وجوب الأداء göre vücüb bir şey için iki anlamda kullanılır. Bunların ilki bir kişi hakkında, o kişinin yapması (fili) zorunlu olmasa da onun üzerine bir vacibin sübütü ve lüzumudur. Diğeri ise edanın vacipliğidir. Mesela peşin olmayan vadeli borç gibi. Burada kişinin derhal eda etmesi gerekmesi de borcun vücübü zimmette sübut edilmiştir. Sonra eğer borcu tecil ederse vücübü'l-eda söz konusu olur.” Cessas'ın metni biraz girift olmakla birlikte birinci anlamdaki vücübta fiil yani eda – şimdilik- zorunlu değildir. İkincisinde ise eda vaciptir ve vücüb zimmete ilişiktir. Bu metin edanın vacibliği ile salt vücübü birbirinden ayırdığı için nefsu'l-vücüb ve vücübü'l-eda ayrımına benzediği gibi, eda ve vücüb ehliyeti ayrımına da benzer olarak görülebilir. bkz. *el-Fusul fi'l-usul*, II/187.

kararlıdır. Öyle ki teorisini çok ileri bir noktaya götürerek mesela gayri mümeyyiz bir küçüğün zimmeti sebebiyle her türlü hak ve yükümlülüğe ehil olduğunu ileri sürer. Örnek olarak namaz vakti girdiğinde, namazı kılmak da zimmetinde sabit bir yükümlülük haline gelir. Bu durumu “aslu’l-vücûb” yani salt ya da çıplak yükümlülük şeklinde ifade eder.⁴¹ Ancak çocuğun eda ehliyetinin olmaması ve acziyeti sebebiyle bu aşamada fiilen namaz kılma yükümlülüğü bulunmaz.⁴² Bu şekilde fiilen yerine getirmekle yükümlü olmayışı sebebiyle “vücûbu’l-eda”nın yani ifanın zorunlu olmadığını belirtir. Debûsî bu ayırımla aslında bize vücûb ehliyeti ve eda ehliyeti ayırımının ne anlama geldiğini de gösterir. Bir küçük, tıpkı bir mala zarar verdiğinde ödeme yükümlülüğü altında olacağı gibi onun soyut/çıplak bir namaz kılma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Aynı şekilde haklara da sahip olabilir. Dolayısıyla haklara ve borçlara ehil olma noktasında yani “aslu’l-vücûb” ve vücûb/hak ehliyeti bakımından insan olma vasfında ortak olanlar arasında bir fark yoktur.⁴³

Zimmet kelimesi Debûsî’den önce İslam hukukunun ilk metinlerinden itibaren teknik anlamda borçların sabit olduğu yer ve mahalli ifade edecek tarzda bir hukuk terimi olarak kullanılmaktaydı.⁴⁴ Debûsî bu kavrama ikinci ancak daha temel ve daha önemli bir anlam yükleyerek kavramın ilk ve eski anlamını da bu yeni anlamın bir görünümü ve türevi haline getirmiştir.

Debûsî, belki de fıkıh tarihinde ilk kez Hanefi usul literatüründeki şekliyle insanın bir zimmet ve dolayısıyla hak ve yükümlülük sahibi olmasının felsefi temellendirmesini de yapar. Buna göre insanın hak ve borç sahibi olmasını sağlayan şey, onu insan yapan ve diğer canlılardan ayıran şey olup bu da Kur’anda geçtiği üzere Allah ile insan arasında gerçekleşen ve Bezm-i Elest⁴⁵ diye bilinen bir “sözleşme/antlaşma (zimmet/ahit)” ile insanın, Yaratacının ona yüklediği sorumluluk ve emaneti kabul etmesidir.⁴⁶ Bazı çağdaş yazarlar oldukça isabetli bir şekilde Debûsî’nin bu yaklaşımını ve fıkıh açısından hukukun doğuşunu, “metafizik sözleşme” teorisi kavramıyla ifade eder.⁴⁷ Bu anlamda zimmet, hak ve yükümlülüklerin hem hukuki hem de felsefi anlamda kaynağını teşkil eder. Debûsî’ye göre, insanoğlu bu şekilde haklarına kaynaklık eden zimmet olmadan; yine dinin getirdiği yükümlülüklerle ehil,

41 Fahu’l-İslam Pezdevî, kendisinin de bir süre bu görüşü benimsediğini ve sonra bu görüşten döndüğünü belirtir. Şöyle der: “Üstatlarımızdan bazıları (Allah onlara rahmet etsin) zimmetinin olması ve “sebeb”lerin sahipliği sebebiyle küçük için ibadetler ve diğer tüm hükümlerin vücûbuna hükmetmiş, sonra da zorluk olacağı sebebiyle de bu vücûbun düştüğüne hükmetmiştir. Bir süre biz de bu görüşü benimsedik sonra ise benimsediğimiz başka bir görüşü alarak bu görüşü terk ettik. Pezdevî, *Usûlü’l-Pezdevî*, s. 713.

42 Debûsî buluştan önce gayr-i mümeyyiz çocuğun hikmet gereği, mümeyyiz çocuğun ise rahmet gereği mükellef tutulmadığını söyler. Debûsî, *Takvîmu’l-edille*, s. 420.

43 Debûsî, *Takvîmu’l-edille fi usulî’l-fıkh*, s. 417.

44 İncelediğimiz kadarıyla İmam Muhammed’in *Kitabu’l-asl*’ında buradaki teknik anlamıyla zimmet kavramı yok iken İmam Şafii’nin el-Ümm adlı eserinde “borçların sabit olduğu yer” anlamıyla kullanılmaktadır.

45 Araf 7/172

46 Debûsî, *Takvîmu’l-edille*, s. 417. Ahzab 33/72.

47 Bkz. Ülken, *İslam Düşüncesi*, s. 81, 83. Bkz. Kaya, Hacak, “Zimmet”, s. 425.

hür ve temel haklarına sahip olmadan yaratılmaz, var olmaz.⁴⁸ Bu teori, hem insanın hukuki anlamda kişi olmasına yönelik bir açıklama sunması hem de insanın temel haklarını izah etmesi sebebiyle büyük bir öneme sahiptir.

Bu zimmet teorisi insan aklına dolaylı bir atfı içerir. Buna göre insan elbette akıl sahibidir ancak insan sadece akıldan ibaret değildir. Dolayısıyla insanın bir hukuk öznesi olması ve şâri' in hitabının muhatabı olması için aklının bilfiil olgunluk seviyesine yükselmesi şart olmayıp insan olması ve bu kabiliyete bilmüvve sahip olması yeterlidir.⁴⁹ Dolayısıyla hukukta akli olgunluğa ulaşmasa da “Bezm-i Elest”teki sözleşmede bulunması sebebiyle akli olgunluğa sahip olmayan insanlar için de haklar ve sorumluluklar doğmaktadır.⁵⁰

Bu noktada çözülmesi gereken bir sorun vardır. O da mükellef olmayan kişilerin bir takım hak ve borçlarla yükümlü olmasının şeri hitapla ilişkisinin nasıl kurulacağıdır. Prensip olarak hükümlerin kaynağı şar' idir ve Şâri' in hitabıdır. Mesela bir küçüğün, akıl hastasının vb. yaptığı bir haksız fiil sebebiyle zimmetinde borç sabit olması da nihayetinde şâri' in hitabına bağlıdır. Böyle düşündüğümüzde bundan çıkacak sonuç şâri' in anlamayanlara da hitap ettiğidir. Oysa şâri' anlamayana hitap etmekten münezzehtir, muhatabın güç yetiremeyeceği bir şeyi emretmez.⁵¹ İşte Debüsî bu sorunu da çözecek şekilde bir “sebebe” ve “hüküm” teorisi geliştirir. Buna göre hükümlerin zimmette sabit oluşunu, şeri hitaba, yani “emir”e değil de her bir hüküm için şâri' tarafından konulmuş, alamet kılınmış olan “sebebe”lere bağlıdır.⁵² Bu sebebe vaz'î hükümler içindeki “sebebe”tir. Dolayısıyla mükellef olmayan kişilerin söz konusu hak ve borçlarının doğuşu, teklifi hükümle yani teklif içeren bir hükümle değil vaz'î hükümle, adeta teklif içermeyen bir hükümle olmaktadır. Emir hitabının gelmesi ise

48 Debüsî, *Takvîmu'l-edille fi usulî'l-fıkh*, s. 417; Abdu'l-Azîz el-Buhari, *Keşfu'l-esrar*, IV, s. 238. Bkz. Kaya, Hacak, “Zimmet”, s. 425. Bkz. Hacak, *İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi*, s. 89-90.

49 Bkz. Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, s. 67.

50 Zimmet sözcüğünün bu anlamdaki kullanımı büyük ölçüde sözcüğün daha önceki bir kullanımı olan, İslâm ülkesine girmek veya İslâm ordusuna teslim olmak isteyen bir yabancıya verilen can ve mal güvencesi anlamına gelen emân (bkz. Bozkurt, “Eman”, s.75) ile irtibatlıdır. İslam ülkesinde uzun süreli yaşamak isteyen yabancılarla yapılan vatandaşlık “sözleşmesi”ne “zimmet akdi” ve sözleşme yapılan yabancılarla da “zimmet ehli” denilir. (bkz. Yaman, “Zımmî”, s. 434). Buna göre bir harbî kişi İslam ülkesinden emân almadan yani zimmet sözleşmesi yapmadan önce, İslam ülkesindeki hukuk açısından bir hukuk öznesi yani kişi değildir. İslam ülkesi açısından bir hak ya da borç sahibi olması düşünülemez. Bu kabiliyeti ona düzenli olarak kazandıracak şey İslam ülkesi ile yaptığı zimmet sözleşmesidir ve bu sözleşme ile bir takım borç ve yükümlülükler altına girdiği gibi haklara da sahip olur. İşte Debüsî, teorisinde insanın bezm-i eleste Allah ile sözleşme yaparak haklara sahip ve ödevlere/borçlara ehil olması ile zimmet ehliyle yapılan sözleşmeyi birbirine benzetmiş gidir.

51 Bkz. Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, s. 67. Bu konuda Cessâs da şöyle der: *تعالى والله تعالى أنه لا يجوز تكليف ما ليس في وسعها لأنه سفه وعيب والله تعالى* “İnsanın güç yetiremeyeceği bir şey ile mükellef tutulması caiz/mümkün değildir. Zira bu boş ve anlamsız bir iştir. Allah ise anlamsız ve boş işler yapmaktan münezzehtir.” Benzer yorumlar için bkz. Cessâs, *Ahkâmu'l-Kurân 1/651*, Cessâs, *el-Fusul*, II, 154. Bu “teklifi mâ lâ yutâk” olur ki pek çok İslam hukukçusuna göre bu caiz değildir.

52 Debüsî bunu açıkça belirtir. Ona göre aslu'l-vucub sebebe bağlı olup emre yani şâri' in emir hitabına bağlı değildir. Emre bağlı olan vücûbu'l-edâdır. Bu formül mükellef olmayanlara şâri' in hitap etmesinin doğuracağı fıkhi ve kelâmî zorlukları aşmak için üretilmiştir. Böyle bir formül olmadan mükellef olmayanlar hukukun öznesi olmayacak ve haklarında hiçbir hüküm ve bu hükmün doğuracağı hak ve ödev/borç olmayacaktır.

mükellefin zimmetinde sabit olan hükmün edasını talep etme anlamına gelir.⁵³ Şeri hitap ve teklifi hüküm, yani buradaki emir de sadece mükellef olana yöneltilir.

Debusi görüşünü şöyle temellendirir: “Biz şeri hitabın muhatabı olmaya elverişli olmayan kişiler üzerinde Allah haklarının sabit olabildiğini görüyoruz. Mesela uyuyan, bayılan ya da belirli bir süre için aklını kaybeden kişinin durumu böyledir. Yine yukarıda da belirttiğimiz gibi, mükellef olmayan kişilerin de hakları ve borçları olmaktadır. Bu zikrettiğimiz kişiler şer‘i hitaba muhatap olmaya elverişli olmadıkları halde onlar için bazı hükümler sabit olmaktadır. O halde hükümler hitaba değil sebeplere bağlıdır.”⁵⁴

Debûsî'nin buradaki çekinceleri ve hükümlerin sebeplere bağlı olduğu hususu Gazzâlî tarafından da benimsenmiş gibidir. Gazzâlî teklifi hükümlerin ve teklifin şartının hitabı anlayacak derecede akıllı olmak olduğunu belirtir. Şâri'in anlamayana “anla!” demesi ve işitmeyene hitap etmesi muhaldir. Gazzâlî daha sonra, çocukların zekât vermek, haksız fiilleri tazmin etmek ve nafakaları ödemekle yükümlü olabildiğini, bunların teklife benzer görünse de teklif içermediğini belirtir. Bunları hükümlerin hitaba değil de sebeplere bağlı olması ile açıklamaya çalışır.⁵⁵ Mesela sarhoşun boşamasının geçerli oluşu ve haksız fiillerini ödemesinin nedeni hükümleri sebeplere bağlamak kabilindedir.⁵⁶

Zimmetin tanımı

Hanefi usûl kaynaklarında Debûsî'nin zimmetle ilgili ifadelerini özetleyen, yaygınlaşmış tariflerden birine göre zimmet, “İnsanın hak ve borçlara-ödevlere ehil olmasını sağlayan bir vasıf”tır.⁵⁷ Bu tanımlarda haklar ‘kişinin lehindeki haklar’, borçlar ise ‘aleyhindeki haklar’ ifadesiyle yer alır ve zimmetin hak ve borçlara sahip olma gibi iki yönlü özelliği açıkça vurgulanır.⁵⁸ Diğer bir tanıma göre ise zimmet, “İslam hukukunda, şahsın borç altına girmeye (icab) ve başkalarını borçlandırmaya (isticâb) ehil olmasını sağlayan vasıf” anlamına gelir.⁵⁹ Hanefilere ait başka bir tanımda ise zimmet, “hakiki (fiziksel anlamda) bir varlığı olmamakla birlikte bulunduğu mahalde hukuken varsayılan ve onun hak ve borçlara ehil olmasını sağlayan bir hukuki vasıf” şeklinde tanımlanır.⁶⁰ Bu tanımda yukarıdaki tanımdan farklı olarak hak ve borcu ifade etmek üzere icab ve isticab terimleri yerine ilzâm ve iltizâm tabirleri kullanılmıştır. Diğer mezheplerin tanımları da bu son tanıma benzerdir.⁶¹

53 Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s. 61; Yetkin, *Debûsî ve Usul Anlayışı*, s. 209.

54 Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s. 61; bkz. Yetkin, *Debûsî ve Usul Anlayışı*, s. 210, 227.

55 Gazzâlî, *el-Mustasfa*, s. 67.

56 Gazzâlî, *el-Mustasfa*, s. 68.

57 وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له، وعليه، Teftâzânî, *et-Telviḥ ila keşfi hakaiki't-Tenkih*, II, s. 337; Bkz. Kaya, Hacak, “Zimmet”, s. 425.

58 Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s. 417.

59 هي عبارة في الشرع عن وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب والاستيجاب، Buhârî, *Keşfu'l-esrar*, IV, s. 238; Benzer tanımlar için bkz. Teftâzânî, *et-Telviḥ*, II, s. 358; Emîr Padişah, *Teysîrü't-Tahrîr*, II, s. 273.

60 الذمة أمر شرعي مقدر في المحل يقبل الالتزام والالتزام، Hamevî, *Gamzu uyûni'l-besâir*, IV, s. 6.

61 Tesûlî, *el-Behce fi şerhi't-Tuhfe*, II, s. 257; İbn Müfliḥ, *Kitâbü'l-fürû*, X, s. 453; Ezherî, *Hâşiyetü'l-Cemel*, III, s. 311.

Zimmet dediğimiz hukuki ve itibari vasıf sayesinde fiziksel anlamdaki kişi, hukuki anlamdaki kişiye yani hukukun öznesi durumuna yükselmektedir. Çağdaş araştırmacılardan pek çoğu da zimmet kavramının esas anlamının bu doğrultuda hukuki anlamda kişilik çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir.⁶² Zimmeti zât, nefis veya rakabe diye tanımlayan bir çok fakih ve usulcünün olması da bu hususu pekiştirmektedir.⁶³

Özellikle Hanefiler dışındaki mezheplerin kullanımında zimmet kelimesi yer yer eda ehliyetine sahip “mükellef” olma anlamına yakın bir şekilde kullanılır. Bu anlamıyla metinlerde küçüğün, akıl hastasının, hatta sefihin zimmetinin olmadığı ifade edilir. Bu doğrultuda akıl, buluş ve rüş ile oluştuğu varsayılan zimmet sefihte dahi eksik görülmüştür.⁶⁴ Bu kullanım zimmet kavramının üretilmesinin gerekçeleriyle çelişiktir. Zimmet insanoğlunun doğumundan ölümüne kadar bir hukuk süjesi olduğunu ifade etmek ve vücûb ehliyetinin zemini olmak üzere üretilmiştir. Onu mükellef terimiyle neredeyse eşanlamlı kılmak ise bu kavramı işlevsiz hale getirir.

Zimmet kelimesi hukuki kişilik anlamının yanında ayrıca borçların (deyn) sabit olduğu yeri de gösteren bir kavram olarak literatürde kullanılır. Bu kullanım İmam Şafî'ye kadar geri götürülebilir. Kişilik anlamındaki kullanım ile bu kullanım birbirinden ayırt edilmeli ve birbirine karıştırılmamalıdır. Daha çok fûrû-i fıkıh alanında karşılaştığımız bu anlamda kullanım kişilik teriminin bir türevi ve onun bir fonksiyonu gibidir. Şöyle ki kişilerin sahip oldukları haklar eğer dış dünyada fert olarak belirlenmiş bir nesne (ayn) üzerinde kurulu ise bu durumda hak sahibinin hakkının ayn'a taalluk ettiğiinden yani hakkın konusu olan ayn üzerinde kurulu, sabit ve var olduğundan bahsedilir. Diğer yandan bir kişinin başkasına fert olarak muayyen olmayıp cins olarak muayyen yani deyn niteliğinde bir borcu var ise, bu durumda söz konusu deyn'in var ve sabit olduğu yerin zimmet olduğundan bahsedilir. Zira burada dış dünyada mevcut, taraflarca tayin edilmiş bir borç konusu henüz yoktur. Ancak bu nesne belirlemeye veya karşı tarafa verilmeye ya da borcun gereği yapılmaya kadar bu belirlenmemiş şeye bir varlık zemini bulmak, onun bir şekilde var olduğunu söylemek gerekmektedir. Zira İslam hukukçuları ma'dumun yani olmayan bir şeyin özellikle muâvaza akitlerine konu olmasını

62 Senhuri, *Masâdiru'l-Hak fi'l-Fıkhi'l-İslami: Dirase Mukarane bi'l-Fıkhi'l-Garbi*, I, s. 23-24; Şa'ban, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s. 296; Ebû Ganime, *Tabi'atü hukûki'd-dâinin fi't-terake ve eseruhâ fi ahkâmi't-terikât*, s. 30.

63 Pezdevi, *Usûlü'l-Pezdevî*, s. 710. Bkz. Nevevî, *Tahrîru elfazi't-tenbih*, s. 343; Cürcanî, *Kitabu't-Tarîfat*, s. 107; Hamevî, *Gamzu uyuni'l-besâir fi serhi'l-Eşbah ve'n-nezâir*, IV, s. 6; Ezherî, *Haşiyetü'l-Cemel*, V, s. 205. Menar şarihi Rehâvî bu iki ayrı zimmet tanımı yolunu, ulemanın zimmet tanımında ihtilaf ettiği şeklinde yorumlar. Zira bir grup zimmeti vasıf, bir grup ise zât olarak değerlendirir. Kanaatimizce hernekadar vasıf ve zât terimleri, biri araz diğeri de cevher olmak üzere iki ayrı ontolojik gerçekliği ifade ediyor olsa da anlatılmak istenen şey aynıdır. Bkz. Rehâvî, *Şerhu'l-Menâr*, s. 936.

64 Burada zimmetin lüzum (ilzam) vasfı değil iltizam özelliği eksik görülmüştür. Zira bu sayılanların kendi ihtiyarıyla borç altına girmeleri (iltizamları) muteber olmaz. Karâfi'ye göre balığ ve reşit olan mükellefin bir salahiyeti vardır ve bu sayede bir şey itlaf ettiği zaman kıymeti zimmetinde sabit olur, bir şey sattığında teslim etmesi, satın aldığıda semeni vermesi gerekir. Bu özellik kesin olarak hayvanda ve beşikteki çocukta olmayan bir özelliktir. İşte bu özel salahiyet zimmettir. Bu, Şâri'in bir mahalde var saymayıp başka bir mahalde var saydığı (takdir ettiği), var/sabit olduktan sonra da ölü vb'de ortadan kalkmasına hükmettiği şeri bir sıfattır. Karâfi, *Nefâisü'l-usûl fi şerhi'l-Mahsûl*, VIII, s. 3547-3548.

kabullenemezler.⁶⁵ İşte bu sebepten dolayı İslam hukukçuları bu ara dönemde dahi, alacaklının hakkının ve borçlunun borcunun (deyn) var ve sabit olduğunu belirterek, bu deyn'in borçlunun zimmetinde sabit bir sıfat olduğundan bahsetmişlerdir. Buna göre kişi zimmeti sebebiyle haklara ve borçlara ehil olabildiği gibi, aynı şekilde borçları da ifa edilinceye kadar zimmetinde varlıkta kalmaktadır. Dolayısıyla zimmetin hukuki anlamda kişiliği ifade eden ilk anlamına sıkı bir şekilde bağlı ve onun bir uzantısı ve görünümü niteliğinde ikinci bir anlamı daha ortaya çıkmaktadır ki bu anlamda zimmet, borçların sabit olduğu bir yerdir. Zimmet kavramı bu anlamıyla zaman zaman bir kap olarak da tasvir edilir.⁶⁶

IV. İslam Hukukunda Kişiliğin Başlangıcı ve Sonu

Kişiliğin insan için ne zaman başlayıp bittiği önemli bir husus olup bu konu kişilik ve şahsiyet terimi anlamındaki zimmet bağlamında ele alınır. Genel bir ifadeyle söylemek gerekirse kişilik sağ olarak doğmakla başlar, ölüm ile de sona erer. Zimmetin temeli, insan olma sıfatı ve hayatta bulunmaktır. Klasik kaynaklarda zimmetin özellikle hayatta olan insan, yani gerçek kişiler için geliştirilmiş bir kavram olduğu ve “sağ olarak doğum” ile başladığı belirtilir. Anne karnında iken cenin olarak adlandırılan insan, sağ olarak doğunca “küçük (sağır)” kategorisine geçer ve doğduğu andan itibaren tam bir zimmete sahip olarak haklara ve borçlara sahip olma kapasitesi kazanır. Buna göre sağ olarak doğmadıkça anne karnındaki ceninin zimmeti yoktur. Ancak sağ doğması ihtimali göz önüne alınarak ceninin bir takım malvarlığı hakları istisnai olarak nitelenebileceğimiz bir şekilde koruma altına alınmıştır. Söz konusu malvarlığı hakları, ceninin sağ doğarak bir şahıs haline geldiğinde mülkiyetine geçecek olan mirasçı ya da vasiyet lehtarına olma gibi hususlardır. Buna göre bir kişinin vefatında, onun anne rahminde cenin halinde mirasçısı bulunması durumunda bu cenin için hisse ayrılması yoluyla miras hissesi bekletilir. Burada önemli olan husus ceninin miras vb. durumlarda hak sahibi olabilmesi için mutlaka sağ olarak doğması gerektiğidir. Bundan önce ceninin teknik anlamda bir hakkı doğmamış olup, sadece doğması muhtemel olduğu için belirli bir hisse bekletilmektedir. Bu tür durumları ifade için ceninin sadece birtakım haklar noktasında eksik bir zimmetinin olduğundan bahsedildiği gibi, bazen de bu durumlar istisnai görülerek ceninin bir zimmetinin olmadığından bahsedilir. Bu ikinci çözümün hukuk tekniği açısından daha doğru olduğu söylenebilir.⁶⁷

Zimmet klasik literatürde canlı olması itibarıyla insan için söz konusu olduğundan, kişinin ölümü ile sona erer. Ölüm ile kural olarak “kişi” ortadan kalktığı için kişiliğin yani “zimmet”in ve buna bağlı olarak borçların sabit olduğu mekânın da varlığının son bulması gerekir. Zira zimmetin canlı olarak hayatta olma esası üzerine kurulduğu ilkesinin mantıklı

65 Bkz. Serahsi, *el-Mebsût*, XV, s. 108; Kerâbisi, *Kitabü'l-furuk fi'l-fürû*, II, s. 86.

66 Bkz. Kaya, Hacak, “Zimmet”, s. 425. Zerkâ gibi bazı müellifler zimmeti bu ikinci anlamı üzerinden tanımlayarak onun kişilik anlamını göz ardı etmiş görünmektedir. bkz. Zerka, *el-Fikhu'l-islami fi sevhî'l-cedid*, III, s. 190. Bu tavır özellikle usul-i fıkıh açısından bakıldığında klasik kaynaklardaki genel zimmet anlayışını eksik yansıtmakta, en azından Hanefî mezhebini tümüyle göz ardı etmektedir.

67 Kaya, Hacak, “Zimmet”, s. 426.

sonucunu doğrudan işletirsek zimmetin keskin ve ani bir şekilde ortadan kalkması gerekir ki bu ilkenin bu şekilde uygulanması bazı hakların gözetilmemesi sonucunu doğurabilir. Cenin hakkında, onun menfaatleri düşünülerek, bazı haklarının korunması amacıyla istisnai diyebileğimiz hükümler getirildiği gibi, ölüm ile de zimmetin kural olarak keskin bir şekilde ve aniden sonlanmadığı ilkesi İslam hukukçularının tamamı tarafından benimsenmiştir. Bunun en önemli nedeni kişinin hayattayken yaptığı bazı hak ve borç doğurucu fiillerinin sonuçlarının ölümünden sonra ortaya çıkabilecek olması⁶⁸ ve ayrıca ölen kişinin borçlarına kefil olunmasına imkân verilerek zimmetinin borçtan kurtarılmasının temini gibi bir takım hukuki zorunluluklardır. Bu sebeple tüm mezhepler ölüm ile zimmetin ortadan kalktığı ya da çöktüğünü ifade etme noktasında birbirine benzer görüşler ileri sürerler ve bunun için en yaygın olarak zimmetin “harab” olduğu ifadesini kullanırlar⁶⁹.

Ölen kişinin zimmeti borçların mahalli olma ve bir alacak hakkı davasına muhatap olma özelliğini de kural olarak yitirmiştir. Bu sebeple ölen kişinin bir borcu varsa, o hayattayken zimmetinde sabit olan bu borçlar zimmetin çökmesiyle artık varlıklarını zimmette devam ettiremedikleri gibi, doğrudan varislerin zimmetine de geçmez ve varlıklarını tereke üzerinde, terekeye ilişerek sürdürürler.⁷⁰ Veresenin tereke üzerine ilişen bu borcu, alacaklılar açısından *hakku't-tealluk* terimiyle ifade edilen bir haktır. Verese açısından ise modern hukuklarda eşyaya bağlı borç kategorisine oldukça benzeyen borçtur. Şöyle ki normalde zimmette sabit olan şey olarak tanımlanan borç⁷¹, var olmak için uygun zimmet bulamadığı için belirli bir mal ve ayn üzerinde varlık kazanmış ve o mala taalluk etmiştir. Kişinin iflası durumunda ise zimmetin genel olarak varlığını korumakta olduğu belirtilerek bu durum ölümünden ayrılmıştır.

Sonuç

Türk ve Kara Avrupası hukukunda hukuki ilişkilerin objesi yani konusu haklar ve borçlar; süjesi yani öznesi ise kişilerdir. Bu sebeple kişi/şahıs kavramının, hak ve ödev/borç kavram ikilisiyle birlikte hukukun temelini oluşturduğu söylenebilir. Kişi, hak ve borçlara ehil olan varlıktır. Hukuk kişiler içindir ve kişilere hizmet eder. Hukukun bir varlığı şahıs olarak nitelemesi, onu hukuk süjesi haline getirir, o varlık haklara sahip ve borçlarla yükümlü olma

68 Buna göre İslam hukukçuları mesela kişinin ölmeden önce kurduğu ağa, kendisi öldükten sonra yakalanan balığın maliki olduğunu ve bu malın terekeye dahil olarak mirasçılara geçeceğini; umumi yola açtığı –haklı gerekçesi olmayan– bir çukura düşerek telef olan bir hayvanı da tazmin sorumluluğu altında olduğunu ve yine kişinin ölmeden önce sattığı bir mal hakkında tahakkuk eden ayıp muhayyerliği ile akit feshedildiğinde müşteriye malın bedelini geri verme borcu altında olacağını kabul ederler. Tüm bunlar vefat edenin hayatta iken yaptığı fiillerden doğan hak, borç ve yükümlülüklerdir. Nevevî şöyle der: *فإننا نحكم بثبوت* وهذا كما لو نصب شبكة في حياته وتعلق بها صيد بعد موته، فإننا نحكم بثبوت الملك له “Bu bir kişinin hayatta iken bir ağ atması ya da kurması ve ona bu kişi öldükten sonra bir ağın takılması gibidir. Biz bu durumda ağı atan kişinin malik olacağına (ve mülkiyetin vereseyle intikal edeceğine) hükmediyoruz.” Nevevî, *Ravdatu't-tâlibin*, VI/147. Benzer metinler için bkz. Cüveynî, *Nihayetu'l-matlab*, VIII/421, XI, 222, XVII, 91; Kâsânî, *Bedâiuu's-sanai*, II, 203; Zerkâ, *el-Fıkhü'l-İslamî fî sevbihi'l-cedid*, III, 197-199.

69 Bkz. Serahsi, *el-Mebsût*, VII, s. 209; Ezherî, *Hâşiyetü'l-Cemel*, III, s. 311.

70 Tereke sadece kendi değeri kadar olan borcu taşıyabilir. Fazlası ise ilişebileceği bir varlık bulamadığı için ilke olarak yok olacaktır.

71 bk. Mecelle, md. 158.

kabiliyeti kazanır. Aynı şekilde bir varlığı şahıs olarak kabul etmemek de onu hukuk süjesi olmaktan çıkarır. Kişilerin ehliyet durumları önem taşır. Reşit olan kişiler hem hak hem de fiil ehliyetine sahipken reşit olmayanlar sadece hak ehliyetine sahiptir. Özellikle Anglosaxon kültüründe kimlerin kişi olarak kabul edileceğine ve kişi kavramının hukukun ürettiği bir kavram mı yoksa tabii ve doğal olanı tespit ederek ulaşılabilecek bir kavram mı olduğu ile ilgili önemli tartışmalar ve ekoller bulunmektedir.

İslam hukukunda hukuki kişilik şeklinde bir kavramın bulunup bulunmadığını sorguladığımızda hukuki kişilikle ilgili iki temel ve birbiriyle yarışan kavram üretildiğini tespit ettik. Bunların biri mükellef, diğeri ise zimmet kavramlarıdır. Hukukun öznesini mükellef kavramıyla ifade edenler bu kavrama eda ehliyeti üzerinden bir tanımlama getirmiştir. Buna göre mükellef akıl, buluş ve rüş şartını taşıyan insandır. Hukuk ve şer'î hitap bunların fiilleriyle ilgilidir. Ancak mükellef terimi çocuk, akıl hastası vb. fiillerine sonuç bağlanabilen dolayısıyla hak ve borçlarla muhatap olabilen diğer kişileri adeta hukukun dışında bıraktığından kapsamla ilgili birtakım problemler barındırmaktadır. Özellikle mütekellim yöntemiyle yazılan usul kitaplarında mükellef olmayan insanların bir takım hak ve borçlarının-sorumluluklarının olduğu gerçeğini önemsememiş ya da bu gerçek göz ardı edilmiştir.

Mükellef kavramını ve eda ehliyetini merkeze alarak geliştirilen hukuk öznesi anlayışının barındırdığı boşluğu Hanefi hukukçulardan Ebû Zeyd Debûsî doldurmaya çalışmış ve şer'î hitabın muhatabı ve dolayısıyla hukukun öznesi konusunda yeni bir yaklaşım önermiştir. Debûsî'nin geliştirdiği yeni teoriye göre hukukun öznesi mükellef değil, zimmet sahibi insan olmalıdır. Farklı bir şekilde ifade edecek olursak artık hukukun temel konusu mükellefin fiilleri değil zimmet sahibi varlığın hak ve borçlarıdır. Zira her insan bezm-i eleste Allah ile yaptığı sözleşme sebebiyle hukuki bir kişilik kazanmıştır. Ehliyet de sadece eda ehliyetinden ibaret değildir, bunun yanında vücut ehliyeti de önem taşımaktadır. Vücut ehliyeti zimmet ile yakın anlamlıdır ve her insan doğumundan ölüme kadar zimmete ve dolayısıyla vücut ehliyetine sahiptir. Kısaca kişidir. Akıl sahibi insanla akıl hastası; büyükle küçük arasında kişi olma noktasında temel bir fark yoktur. Küçük, akıl hastası vb. kimselerin vücut ehliyeti bulunmakla birlikte eda ehliyeti yoktur. Debûsî'nin bu teorisi Kara Avrupası sistemindeki ehliyet anlayışıyla birebir aynıdır.

Debûsî'nin teorisinin bir parçası olarak kişilik anlamında zimmet kavramının en iyi diyebileceğimiz tanımının "*İnsanın hak ve borçlara-ödevlere ehil olmasını sağlayan bir vasıf*" şeklindeki olduğu söylenebilir. Tanımda icâb ve isticab ya da ilzam -iltizâm terimlerinin kullanılması zimmeti vücut ehliyeti ile aynı anlamda olmaktan çıkarıp adeta eda ehliyetine yakınlaştırma riski taşımaktadır. Özellikle Hanefilerin dışındaki mezheplerde yaygın olarak zimmet eda ehliyetine neredeyse eş anlamlı olarak tarif edilmiştir ki bu zimmet kavramının geliştiricisi Debûsî'nin bu kavramı üretirken hedeflediği amaçlarına tamamen ters bir durumdur.

İslam Hukukunda da kişilik sağ olarak doğmakla başlar. Kişiliğin temeli, insan olma sıfatı ve hayatta bulunmaktır. Ölüm ile de zimmet ortadan kalkar.

Kaynakça

- Aydın, Tülay. *Kişilik Haklarının Doğum Öncesinde Korunması*. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007.
- Ayiter, Nüşin. *Mamelek Kavramı Üzerine Bir İnceleme*. İstanbul: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968.
- Bâkılânî, el-Kâdi Ebûbekir. *et-Takrib ve'l-İrşâd*. Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1998.
- Bozkurt, Nebi. "Eman". *DİA*, XI, 75-77.
- Buharî, Abdulaziz b. Ahmed. *Keşfu'l-esrar an Usuli Fahri'l-İslam el-Pezdevi*. Dersaadet: Sahafiye-i Osmaniyeye, 1308.
- Büyük Haydar Efendi. *Usul-ü Fıkıh Dersleri*. Sad. Mümin Çevik. İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1966.
- Cessâs, Ahmed b. Ali Ebubekir er-Râzî. *el-Fusûl fi'l-Usûl*. Kuveyt: Vezâratu'l-evkaf el-Kuveytiyye, 1884.
- Cessâs, Ahmed b. Ali Ebubekir er-Râzî. *Ahkâmu'l-Kurân*. Beyrut: Daru'l-kütübü'l-ilmiiyye, 1994.
- Cürcanî, Ali b. Muhammed eş-Şerif. *Kitabu't-Tarifât*. Beyrut: Daru'l-kütübü'l-ilmiiyye, 1403/1983).
- Cüveynî, Abdu'l-melik b. Abdullah İmâmu'l-harameyn. *Nihâyetü'l-matlab fi dirâyeti'l-mezheb*. Dâru'l-minhâc, 2007.
- Cüveynî, Abdu'l-melik b. Abdullah İmâmu'l-harameyn. *Kitâbu't-telhis fi usuli'l-fıkh*, Beyrut: Daru'l-beşâir el-İslâmiyye, ts.
- Debusî, Ubeydullah b. Ömer. *Takvîmu'l-edille fi usuli'l-fıkh*. (nşr. Halil M. Meys). Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiiyye, 2007.
- Dirik, Mehmet. "İslam Hukuku'nda Ceninin Mal Varlığı Hakları". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2012, sy. 20, 211-235.
- Dönmez, İbrahim Kafi. "Şahıs", *DİA*, XXXVIII, 270-273.
- Dural, Mustafa. *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*. İstanbul: İstanl Üniversitesi Yayınları, 1977.
- Ebû Ganime, Abdülaziz. *Tabiatu hukûki'd-dâinin fi't-tereke ve eseruhâ fi ahkâmî't-terikât*. Kahire: Dâru Mercan, 1982.
- Emir Padişah. *Teysîrüt-Tahrîr*. Beyrut: Dârü'l-kütübü'l-ilmiiyye, 1932.
- Ezherî, Süleyman b. Ömer b. Mansur. *Hâşiyetü'l-Cemel ala şerhi'l-menhec*. Beyrut: Dâru'l-Fikr, ts.
- Gazzalî, Hüccetü'l-İslâm Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed. *el-Mustasfâ*. Beyrut: Dârü'l-kütübü'l-ilmiiyye, 1993.
- Hacak, Hasan. *İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi*. (Doktora Tezi, 2000), Marmara Üniversitesi SBE.
- Hafîz, Ali. *el-Hakk ve'z-zimme ve te'siru'l-mevti fihima ve buhusun uhrâ*. Kahire: Darü'l-Fikri'l-Arabi, 1431/2010.
- Hamevî, Ahmed b. Muhammed. *Gamzu uyûni'l-besâir fi şerhi eşbah ve'n-nezâir*, Beyrut: Dârü'l-kütübü'l-ilmiiyye, 1985-1405,.
- Helvacı, Serap. *Gerçek Kişiler*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016
- İbn Müflih, Ebû Abdullah Şemseddin el-Merdâvî. *Kitâbü'l-fürû*. (thk. Abdullah b. Abdulmuhsin et-Turki). Beyrut: Müessesetü'r-Risale, 1424/2003.
- İmre, Zahit. *Medeni Hukuka Giriş*. Üçüncü Basım. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1980.
- Karâfî, Ebû'l-Abbas Şehabeddin Ahmed b. İdris b. Abdürrahim. *Nefaisu'l-usul fi şerhi'l-Mahsul*. (nşr. Adil A. Abdulmevcud, Ali M. Muavvaz). Riyad: Mektebetü Nizâr Mustafa el-Bâz, 1997.
- Kâsânî, Alâuddin Ebûbekir. *Bedâ'iu's-sanâ'î fi tertîbi's-şerâ'î*. Mısır: Matbaatu şeriketu'l-matbûât el-ilmiiyye, 1327.
- Kaya, Eyyüp Said- Hacak, Hasan. "Zimmet". *DİA*, XLIV, 424-428.
- Kerâbisî, Ebû'l-Muzaffer Cemaeddin en-Nisaburî. *Kitâbü'l-füruk fi'l-fürû*. Kuveyt: Vizaretü'l-Evkaf ve'ş-Şuuni'l-İslâmiyye, 1982.

- Köksal, Asım Cüneyd. “Hanefi Usul Düşüncesinde Vücûb-Eda Ehliyeti Ayrımı ve Bu Ayrımla İlişkili İki Mesele”. *İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2011, sy. 25, s. 105-122.
- Naffine, Ngaire. *Law's Meaning of Life, Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person*. Oxford: Hart Publishing, 2009.
- Nevevî, Ebu Zekeriya Muhyiddin Yahyâ b. Şeref. *Tahrîru elfâzi't-tenbih*. (thk. Abdulğani ed-Dakr). Dımaşk: Dâru'l-Kalem, 1408.
- Nevevî, Ebu Zekeriya Muhyiddin Yahyâ b. Şeref. *Ravdatu't-tâlibîn ve umdetü'l-müftîn*. Beyrut: el-Mektebu'l-İslâmî, 1991.
- Öztürk, Osman. *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*. İslami İlimler Araştırma Vakfı, İstanbul, 1973.
- Rehâvî, Yahya. *Haşiye ala Şerhi'l-Menar li-İbn Melek*. İstanbul 1315.
- Sem'anî, Ebu'l-Muzaffer Mansur. *Kavâtu'l-edille*. c. II, (thk. Muhammed Hasen Muhammed) Beyrut: Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1999.
- Pezdevî, Fahrulislam Ali B. Muhammed. *Kenzu'vusûl ilâ marifeti'l-usûl (Usûlü'l-Pezdevi)*. Medine-Lübnan: Dâru'l-beşâir el-İslâmiyye, Dâru's-sirâc, 2016.
- Semerkandî, Ebû Bekr Alâüddin. *Mizânü'l-usûl fi netâici'l-ukûl*. (thk. Muhammed Zeki Abdülber) Katar: Matâbüü'd-Düha el-hadîse, 1984.
- Senhurî, Abdurrezzak Ahmed. *Masadîru'l-Hak fi'l-Fikhi'l-İslâmî: Dirase Mukarane bi'l-Fikhi'l-Garbi*. Beyrut: Daru İhyai't-Türasi'l-Arabi, 1997.
- Serahsî, Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed. *el-Mebsût*. (nşr. Heyet) Beyrut: Darü'l-Marife (Mısır, Matbaatü's-Saâde'den Ofset), 1989.
- Serahsî, Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed. *el-Usûl*. (nşr. Ebû'l-Vefâ el-Efgâni) Haydarâbâd, 1372.
- Serozan, Rona. *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Sinanoglu, Mustafa, “Teklif”, *DİA*, XL, 385-387,
- Şa'ban, Zekiyyuddin. *İslam Hukuk İlminin Esasları*. (trc. İbrahim Kafi Dönmez). Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2011.
- Sübkî, Tâcu'-dîn Abdulvehhâb. *el-Eşbâh ve'n-nezâir*. Beşrut: Dâru'l-kütübi'l-İlmiyye, 1991.
- Şehristanî, Muhammed b. Abdulkerim. *el-Milel ve'n-Nihâl*. Beyrüt: Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1992.
- Teftazanî, Sa'uddin Mesud b. Ömer. *et-Telviḥ ale't-Tavdih li metni't-tenkih fi usûli'l-fikh*. (nşr. Necib el-Mâcidî - Hüseyin el-Mâcid). Lübnan: el-Mektebetü'l-asriyye. 1430/2009.
- Tesulî. Ebû'l-Hasan Ali b. Abdusselam. *el-Behce fi şerhi't-Tuhfe*. (thk. Muhammed Abdulkadir Şahîn). Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1418/1998.
- Urmevi, Mahmud b. Ebubekr. *et-Tahsil mine'l-Mahsul*. (nşr. Abdulhamid Ali Ebu Zenid), Beyrut: Müessesetü'r-Risâle 1988.
- Urmevî, Safiyyüddin Muhammed b. Abdurrahim. *Nihâyetü'l-vusûl fi dirâyeti'l-usûl*. (thk. Salih b. Süleymn Yusuf, Sâd b. Salim Süveyh) Mekke: el-Mektebetü't-Ticâriyye, 1996.
- Ülken, Hilmi Ziya. *İslam Düşüncesi*. İstanbul: Rıza Koşkun Matbaası, 1946.
- Yaman, Ahmet. “Zimmî” *DİA*, XLIV, 434-438.
- Yetkin, Hacer. “Bâkılânî'nin Usul Düşüncesinde Mükellef”. *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt-Sayı 60, Haziran 2021.
- Yetkin, Hacer. *Debûsî ve Usul Anlayışı*. İstanbul: MÜİFV yayınları, 2017.
- Zerka, Mustafa Ahmed. *el-Fikhu'l-İslâmî fi sevbihî'l-cedîd*. Dımaşk: Dâru'l-Fikr, 1967.
- Zerkeşî, Ebû Abdullah Bedrüddin. *el-Bahrü'l-muhît*. yy: Dâru'l-kütübî, 1994.
- Züheyr, Ebu'n-Nûr. *Usûlü'l-fikh*. Kahire: el-Mektebetü'l-Ezheriyyetü li't-türâs, ts.