

Seyyid Haşim Bey'in "İslam Hukuku - Hükmi Şahsiyet" Adlı Makalesi

Cihan Türker*

Bu çalışmanın amacı, Seyyid Haşim Bey'in tüzel kişiliğin mahiyetine ilişkin kaleme aldığı makalenin yazı çevrimini araştırmacıların istifadesine sunmaktır. Haşim Bey 1914 yılında neşrettiği bu makalede, tüzel kişilik mefhumu hakkında 19. asırda Batı'da yoğun biçimde tartışılmış olan teorileri değerlendirmiştir. Makale, Türk hukukunda tüzel kişiliği teorik çerçevede tartışmaya açması bakımından değerlidir. Bu çalışmada söz konusu yazı çevriminden evvel bir giriş de yazılmıştır. Giriş yazısında tüzel kişilik mefhumu ve bu mefhumla ilişkin Türk hukukçuların görüşleri, Haşim Bey'in makalesi ile birlikte değerlendirilmiştir.

Anahtar kelimeler: Tüzel kişi/lik, tüzel kişi/lik teorileri, Seyyid Haşim Bey, İslam hukuku

Seyyid Haşim Bey's "Islamic Law – Legal Personality" Article

The purpose of this study is to offer the transcription of Seyyid Haşim Bey's article regarding the concept of legal personality, for the researcher's interests. In this article published in 1914, Haşim Bey evaluated these intensively discussed theories about concept of legal personality in 19th century in the West. The article is crucial for bringing theoretical framework to legal personality into discussion in the Turkish legal system. Moreover, an introduction has also been given before the mentioned transcription. During introduction text, the concepts of legal personality and Turkish jurists' legal opinions on mentioned subject have been evaluated along Haşim Bey's article.

Key words: Legal persona/lity, legal personality theories, Seyyid Haşim Bey, Islamic law

Bu çalışmanın konusu, Seyyid Haşim Bey'in *İslam Mecmuası*'nda yayınlanmış olan bir makalesidir.¹

1 Arş. Gör., Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Seyyid Haşim Bey, "İslam Hukuku – Hükmi Şahsiyet 1", *İslam Mecmuası*, sy. 4, 28 Rebiü'l-âhir 1332/13 Mart 1330 [26 Mart 1914], s. 101-104; "İslam Hukuku – Hükmi Şahsiyet 2", *İslam Mecmuası*, sy. 5, 13 Cemaziye'l-evvel 1332/27 Mart 1330 [9 Nisan 1914], s. 130-133. Makale, müellifin hayatına dair özet bilgiler sunmak ve makalenin konusu hakkında bazı değerlendirmelerde bulunmak suretiyle tarafımızdan yayına hazırlanmıştır. Yayına hazırlama sırasında yazarın orijinal üslubuna büyük ölçüde sadık kalınarak, sadece anlamayı kolaylaştırmak üzere bazı yerlerde noktalama işaretleri koymak ve tarafımızca ilave edilen dipnotları köşeli parantez ile göstermek gibi tasarruflarda bulunulmuştur.

Haşim Bey, 1882 yılında Humus'ta doğmuştur. Mekteb-i Sultani ve Mekteb-i Hukuk'taki tahsilinin ardından 1909 yılında Adliye Nezareti tarafından Paris'e gönderilmiş ve tahsil hayatını, Paris Hukuk Fakültesi'nde üç yıl kadar sürmüş olan bu evre ile tamamlamıştır. Haşim Bey'in meslek hayatı da ekseriyetle tahsil hayatıyla eş zamanlı olmuştur. Nitekim Mekteb-i Sultani'den mezun olduktan sonra Hariciye Nezareti'nde göreve başlamış olup, bu görevi tahsilini tamamlamak üzere Paris'e gittiği 1909 yılına kadar devam etmiştir. Daha sonra Paris'te talebe olduğu 1912 yılından itibaren (II. Dönem) İttihat ve Terakki'den Hama mebusu ve 1915 yılından itibaren (III. Dönem) Burdur mebusu olarak görev yapmıştır. Bu görevlerinin yanında Mekteb-i Mülkiye ve Mekteb-i Hukuk'ta, Usûl-i Muhâkemât-ı Hukukiye ve Hukuk-ı İdare dersleri vermek suretiyle hukuk muallimliği ve yine Şûrâ-yı Devlet azalığı görevlerini de üstlenmiştir. Nitekim çalışmamızın konusu olan "İslâm Hukuku – Hükmî Şahsiyet" adlı makalesini de "Şûrâ-yı Devlet Azası" ünvanı ile imzalamıştır. Haşim Bey'in bu yoğun mesaisi 7 Ekim 1917'de son bulmuş; henüz 36 yaşında, kanser hastalığı nedeniyle tedavi için gitmiş olduğu İsviçre'de vefat etmiştir.² Tedrisat ve mesai devresinin yoğunluğu içerisinde Haşim Bey kısa süren ömründe bazı eserler de neşretmiştir³. Kalemeye aldığı söz konusu eserlerden birisi de aşağıda yazı çevrimini sunduğumuz "İslam Hukuku – Hükmî Şahsiyet" adlı makalesidir. Söz konusu makalede Haşim Bey, hüküm-i şahsiyet (tüzel kişi/lik) mefhumu⁴ hakkında on dokuzuncu yüzyılda Batı'da yoğun biçimde tartışılmış

2 Haşim Bey'in hayatı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. bu sayıda Mahmud Esad Kalıpçı'nın "Nağmesi Yarıda Susan Erganonun: Son Dönem Osmanlı Hukukçularından Seyyid Haşim Bey" başlıklı makalesi. (Çalışmasının sonuçlarını şahsımla paylaşan değerli Arş. Gör. Mahmud Esad Kalıpçı'ya ve Haşim Bey'in hayatı ile ilgili bu makalenin, hazırlamış olduğumuz makale ile aynı sayıda yer almasının tesadüfi değil iradi olduğunu itiraf ve ilan ile, bu neticeye vesile olan değerli hocamız Prof. Dr. Fethi Gedikli'ye teşekkürlerimi sunarım).

3 Haşim Bey'in başlıca eserleri şunlardır: "Akd ve İn'ikad" (Ahmed Esad Arsebük ile birlikte), *Ceride-i Adliye*, sy. 28 (1326), s. 1343–1348; "Hukuk'a Bir Nazar", *Bilgi Mecmuası*, sy. 3 (1329), s. 283–292; "İslam Hukuku-Hükmî Şahsiyet 1", *İslam Mecmuası*, sy. 4 (1330), s. 101–104; "İslam Hukuku-Hükmî Şahsiyet 2", *İslam Mecmuası*, sy. 5 (1330), s. 130–1330; "Vahdet-i Kaza Meselesi", *Hukuk Mecmuası*, sy. 1 (1331), s. 1–6 ve *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, sy. 10 (1333), s. 787–792; "Kanunların Neshinden Mütevellit Mesâil", *Hukuk Mecmuası*, sy. 1 (1331), s. 52–60; "Jhering Hukukun Usulünde Nasıl Bir Tahavvül Yaptı?", *Hukuk Mecmuası*, sy. 3–4 (1331), s. 197–215; "Hukukun Tekâmülü", *Hukuk Mecmuası*, sy. 3–4 (1331), s. 216–227; "Adliye Encümeni Mazbatası", *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, sy. 10 (1333), s. 792–803. Bu makalelerin kısa tanıtları için bkz. bu sayıda Mahmud Esad Kalıpçı'nın "Nağmesi Yarıda Susan Erganonun: Son Dönem Osmanlı Hukukçularından Seyyid Haşim Bey" başlıklı makalesi.

4 Tüzel kişi/lik mefhumu hakkında bkz. Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuk Tüzelkişileri I*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., İstanbul 1979, s. 1 vd.; Ergun Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., İstanbul 1978, s. 3

olan nazariyeleri (teorileri) ele almış ve değerlendirmiştir⁵. Bu teoriler çerçevesinde "tüzel kişi" mefhumuna hangi nazariye ile bakmak gerektiğine ilişkin bir bakış açısı sunmuştur.

Günümüzde şahıs (kişi) kavramı; gerçek ve tüzel kişi şeklinde olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Dolayısıyla "hak süjesi olma" yönünden kişilik kavramı sadece özel kişiler (fert) ile sınırlı olmayıp tüzel kişiler için de kullanılmaktadır. Esasen "hak süjesi olarak tüzel kişilik" hukuk tarihi bakımından yeni sayılabilecek bir hukuki müessesedir⁶. Ancak bu durum daha eski hukuk düzenlerinde belirli bir gayeyi gerçekleştirmek amacıyla bir araya gelmiş insan ve/veya mal topluluklarının olmadığı anlamına gelmemektedir. Bilakis böyle topluluklar vardır; ancak bu topluluklar, "bir hak süjesi olarak" on dokuzuncu yüzyılda tartışma konusu olmuştur. Esasen hukukun tekâmülü de böyledir: Kurum ve kurallar, genel itibariyle uygulamadan doğan ihtiyaçlardan sonra ihdas edilirler. Nitekim Oğuzoğlu tüzel kişiliğin tekâmülünü şöyle izah etmiştir:

vd.; Teoman Akünel, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*, İstanbul 1995, s. 3 vd.; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 12. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 2012, s. 239 vd.; Doruk Gönen, *Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması*, On İki Levha Yay., İstanbul 2011, s. 5 vd.; Aydın Zevkliler, *Medeni Hukuk*, 6. bs., Seçkin Yay., Ankara 1999, s. 611 vd.; Bülent Köprülü, *Medeni Hukukta Tüzel Kişiler*, İstanbul 1967, s. 2 vd.; Ferit H. Saymen, *Medeni Hukukumuzda Hükmi Şahıslar*, Üniversite Kitabevi, İstanbul 1944, s. 3 vd.; H. Cahit Oğuzoğlu, *Medeni Hukuk I: Şahsın Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., 5. bs., Ankara 1963, s. 324 vd.; *Eski ve Yeni Telâkkilere Göre Hükmi Şahsiyet*, Hapisane Matbaası, Ankara 1937; Esat Arsebük, *Medeni Hukuk*, Tan Matbaası, 1938, s. 182 vd.; Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, 22. bs., Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 234 vd.

- 5 Bu durum, Tanzimat döneminin karakteristik özelliğini de gösterir biçimde, "hak süjesi olarak tüzel kişilik" mefhumunun, Batılı hukukçulardan sonra Osmanlı hukukçularının da gündemine girdiğini göstermiş olması bakımından dikkat çekicidir. Tanzimat döneminin karakteristik özelliğinden kastımız; bu dönemde Batı'daki kurum ve kuralların Osmanlı hukukçuları tarafından takip edilmesi, bu kurum ve kuralların İslam hukuku açısından değerlendirilmesi/tartışılması ve nihayet bazen İslam hukukuna uygun, bazen de aykırı olacak şekilde hukuki düzenlemelere konu olmasıdır. Bu durum, Batılılaşma kavramı ile ifade edilebilir. "Hukuk alanında Batılılaşma, devletin siyasi ve hukuki yapısını Batı şekil ve normlarına uydurma hareketidir." Bkz. M. Âkif Aydın, "Batılılaşma", *DİA*, c. V, s. 162-167, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul 1992, s. 162.
- 6 Tüzel kişilik mefhumunun ve tüzel kişilerin tarihi gelişimi hakkında bkz. Hatemi s. 41 vd., Özsunay, s. 6 vd; Akünel, s. 4-5; Saymen, s. 12-16; Oğuzoğlu, *Eski ve Yeni Telâkkilere Göre Hükmi Şahsiyet*, s. 3 vd.; Gönen, s. 8-11; Hasan Hayri Çırak, *İslam Hukukunda Hükmi Şahsiyet (Tüzel Kişilik)*, (Yayınlanmamış doktora tezi), Erzurum 2001, s. 31 vd.; İslam hukukundaki ve/veya ülkemizdeki tarihi gelişimi hakkında bkz. Hatemi, s. 35 vd.; Çırak, s. 39 vd.; Murteza Köse, "İslam Hukuku ve Modern Hukuka Göre Tüzel Kişilik", *Ekev Akademi Dergisi*, C. 1, sy. 2, s. 221-230, Ankara 1998, s. 226-227; Özsunay, s. 18 vd; Akünel, s. 5-6; Saymen, s. 10-12; Gönen, s. 11-12.

“Muhtelif devletlerde hukuki şahısların geçirmiş oldukları tekâmül safhalarını tetkik eylediğimiz zaman, bu hususta nazariyeden evvel vakalarla karşılaştığımızı görürüz. Zira hukukta müesseseleri sosyal ihtiyaçlar ve zaruretlere vücud getirir, bu müesseseler kendilerinden beklenen pratik neticelere varmak için vücut bulurlar ve inkişaf ederler. Bunların şu veya bu nazariye ile meşru ve doğru gösterilmeleri bidayette düşünülmez. Bilâhare ve umumiyetle çok geç olarak hukuki bir müessesenin hükümleri ve neticeleri teşmil veya tahdit edilmek istenildiği zaman nazariye ortaya konulur. Yani evvela netice sonra prensip: neticeden prensibe varmak, prensibi bulup çıkarmak bütün hukuk binasının esasını teşkil eder.”⁷

Hatemi de bu tekâmülü şöyle izah etmiştir:

“Toplumun gelişmesi ile ortaya çıkan yeni şartlar ve ihtiyaçlar, yeni hukuki ilişki ve kurumların doğmasına sebep olurlar. Hukukçuların bunları çözümlemesi ve açıklaması daha sonra olur. ‘Tüzel kişilik’ nazariyelerinin bu hukuki varlıkları açıklamaya çalışması da tüzel kişilerin ortaya çıkışından çok sonra olmuştur. Kara Avrupa’sı hukukları açısından geçen yüzyıl; hukuk nazariyesinin oldukça geliştiği bir dönemdir. ‘Tüzel kişilik’ kavramı üzerinde de gerektiğinden fazla tartışılmış, bazı görüşler ortaya atılmıştır. Bazı hukukçular, tüzel kişiliğin kanun koyucunun varsayımından başka bir şey olmadığını, gerçek bir varlığa sahip olmadıklarını ileri sürerlerken, diğerleri “gerçeklik” görüşünü savunmuşlardır.”⁸

On dokuzuncu yüzyıl, tüzel kişilik mefhumu üzerine yoğun tartışmaların yaşandığı bir asırdır. Tartışmalar bilhassa şu sorular etrafında yoğunlaşmıştır: Gerçek şahıslar haricinde bazı varlıklar da “hak süjesi” olarak kabul edilebilir mi? Bu minvalde “tüzel kişilik” bir “hak süjesi” midir ve yahut bu mefhum nasıl bir mahiyeti haizdir? Bu tartışmalar nihayetinde tüzel kişiliğin mahiyetini açıklamak üzere Varsayım⁹, Soyutlama¹⁰, Kolektif

7 Oğuzoğlu, *Eski ve Yeni Telâkkilere Göre Hükmi Şahsiyet*, s. 11; benzer ifadeleri için bkz. Oğuzoğlu, *Medeni Hukuk I: Şahsın Hukuku*, s. 335.

8 Hatemi, s. 9.

9 Haşim Bey’in makalesinde “Muvazaa Nazariyesi (Théorie de la personnalité fictivite)” diye ifade edilmiştir. Ayrıca muhtelif eserlerde “Mevhum Şahsiyet, Farazi Şahsiyet, Fiksyon/ Fiction Teorisi” şeklinde de ifade edilmiştir. Bkz. Hatemi, s. 9; Zevkililer, s. 614-615; Köprülü, s. 3-4; Saymen, s. 33; Oğuzoğlu, *Medeni Hukuk I: Şahsın Hukuku*, s. 336; *Eski ve Yeni Telâkkilere Göre Hükmi Şahsiyet*, s. 14 vd.; Bu teörinin savunucuları arasında Tarihçi Okulun kurucusu Friedrich Carl von Savigny (1779-1861, Alman hukukçu) ile Georg Friedrich Puchta (1798-1846, Alman Hukukçu) ve Bernhard Windscheid (1817-1892, Alman Hukukçu) gibi hukukçular vardır. Bu teoriye göre yalnızca gerçek kişiler hak süjesidirler. Gerçek kişiler haricindeki varlıkların, bu bağlamda tüzel kişilerin hak süjesi olarak kabul edilmesi ancak bir düzenleme ile mümkündür ki bu durum varsayımından başka bir şey değildir.

10 Haşim Bey’in makalesinde “Muhassas, Mahbûs Mal Nazariyesi (Théorie du patrimoine d’affectation)” şeklinde ifade edilmiştir. Ayrıca muhtelif eserlerde “Belirli Bir Amaca

Mülkiyet¹¹ ve Gerçeklik¹² teorileri ortaya atılmıştır. Haşim Bey de makalesinde bu teorilere¹³ yer vermiş, ekseriyetle bu teorileri aktarmakla birlikte bazı değerlendirmelerde de bulunmuştur. Buna göre hukukçular hak mefhumunu iki farklı şekilde değerlendirmiştir: Bazı hukukçular hakkı

Özgülenen Malvarlığı Kuramı, Hukuksal Gerçeklik Kuramı ve Eklektik Teori" şeklinde de ifade edilmiştir. Bkz. Zevkliler, s. 615; Bilge, s. 239; Oğuzoğlu, *Medeni Hukuk I: Şahsın Hukuku*, s. 341; Bu teorinin savunucuları arasında Rudolf von Jhering (1818-1892, Alman Hukukçu), Léon Duguit (1859-1928, Fransız Hukukçu) ve Gaston Jéze (1871-1953, Fransız hukukçu) gibi isimler vardır. Esasen bu teori, Varsayım görüşüne karşı geliştirilen "Sujesiz Hak Teorisi"nin bir yansımasıdır. Sujesiz Hak Teorisine göre bir topluluğa ait olan mallar, sahipsiz mal olarak görülmeli ve bu mallar dolayısıyla mevzubahis olan haklar da sujesiz olarak kabul edilmelidir. Bkz. Oğuzoğlu, *Eski ve Yeni Telâkkilere Göre Hükmi Şahsiyet*, s. 20. Soyutlama Teorisi, Varsayım ve Gerçeklik görüşlerindeki savlardan doğru bulduklarını uzlaştırmaya çalışır. Buna göre tüzel kişi ne varsayıma dayanır ne de gerçektir. Tüzel kişi tabii bir varlık olmayıp zihni bir tasarruftur. Herhangi bir gerçek nesneden hareketle soyutlanmış bir varlıktır. Buradaki gerçek nesnelere bütünüyle tüzel kişiliğe ayrılmış veya tahsis edilmiş mallar ve/veya kişilerdir. Örneğin vakıf için vakıftan yararlananlar ve belirli mallar, dernekler için üyeler ve yöneticiler veya devlet için ülke bu gerçekliğe işaret eder.

- 11 Haşim Bey'in makalesinde "Cemâ'atî Mülkiyet Nazariyesi (Théorie de la propriété collective)" şeklinde ifade edilmiştir. Marcel Ferdinand Planiol (1853-1931, Fransız hukukçu) ve Joseph Barthélemy (1874-1945, Fransız Hukukçu), bu teoriyi savunan hukukçulardandır. Nitekim Oğuzoğlu'nun eserinde bu teori "Planiol ve Barthélemy Teorisi" şeklinde ifade edilmiştir (Oğuzoğlu, *Medeni Hukuk I: Şahsın Hukuku*, s. 342). Ayrıca bazı eserlerde "Elbirliği Ortaklığı Kuramı" şeklinde de ifade edilmiştir. Bkz. Zevkliler, s. 616. Kolektif Mülkiyet ve Soyutlama teorileri aynı başlık altında, "Amaç Kişiliği Teorisi ve Belirli Bir Amaca Tahsis Edilen Malvarlığı Teorisi" şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. Oğuzman, s. 244; Saymen, s. 37; Köprülü, s. 4; Bu teori tüzel kişiliği kolektif mülkiyet üzerinden izah etmeye çalışır. Buna göre ferdi mülkiyet yanında bir de kolektif mülkiyet vardır. Tüzel kişiye ait olduğu iddia edilen haklar aslında gerçek kişilere aittir. Gerçek kişiler bu haklarını birlikte kullanırlar.
- 12 Haşim Bey'in makalesinde "Hukuk-ı Şahsiyette Hakikilik Nazariyesi (Théorie de la réalité des personnes morales)" şeklinde ifade edilmiştir. Ayrıca muhtelif eserlerde "Şen'iyet, Hakikî Şahsiyet Teorisi" şeklinde de ifade edilmiştir. Bkz. Oğuzoğlu, *Medeni Hukuk I: Şahsın Hukuku*, s. 338; *Eski ve Yeni Telâkkilere Göre Hükmi Şahsiyet*, s. 29; Saymen, s. 39; Bu teori Alman Hukukçular Carl Georg Christoph Beseler (1809-1888, Prusyalı hukukçu ve siyaset adamı) ve Otto von Gierke (1841-1921, Alman hukukçu ve tarihçi) tarafından savunulmuştur. Bu teoriye göre tüzel kişiler de gerçek kişiler gibi birer hak sujesidir ve bunların kişilikleri tıpkı insanlar gibi gerçektir. Bunlar kendilerini oluşturan gerçek kişilerden ayrı bir kişiliği ve bu kişilerin iradesinden ayrı bir iradeyi haizdir. İnsanlar gibi organlara/uzuvlara sahiptirler. Ancak bu, biyolojik ve maddi anlamda değil; toplumsal, sosyal anlamdadır.
- 13 Bu teoriler hakkında bkz. Hatemi, s. 6 vd.; Özsunay, s. 47 vd.; Akünel, s. 13 vd.; Oğuzman s. 242 vd.; Zevkliler, s. 614 vd.; Köprülü, s. 3 vd.; Saymen, s. 33 vd.; Oğuzoğlu, *Medeni Hukuk I: Şahsın Hukuku*, s. 334 vd.; *Eski ve Yeni Telâkkilere Göre Hükmi Şahsiyet*, s. 8 vd.; Bilge, s. 236 vd.; Ayrıca Maurice Hauriou'ye (1856-1929, Fransız Hukukçu) izafeten "Müessesese Teorisi" ismiyle bir başka teoriye daha yer veren eserler için bkz. Saymen, s. 42 vd.; Sıddık Sami Onar, *Hauriou'nun Müessesese Nazariyesinin İzahı ve Bazı Müesseselerimize Tatbiki*, Hukuk İlmini Yayma Kurumu'nun Konferanslar Serisi: 66, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara 1941; teoriler hakkında ayrıntılı bibliyografya bilgisi için bkz. Hatemi, s. 30 vd.

insanın zatına münhasır kabul etmişken; diğerleri hakkı insanın zatından ayrı kabul etmiştir. Hakkı insanın zatına münhasır kılan hukukçular, “hak süjesi” olarak yalnızca insanı gördükleri ve hukuki ilişkilerde de iki taraf aradıklarından devlet, vakıf, şirket gibi tüzel kişiler söz konusu olunca da durumu “varsayım (fiksiyon-muvazaa)” ile izah etmeye çalışmışlardır. Ancak bu izah felsefe, tarih ve fiili durumla uyuşmadığından yetersiz kalmış, bu nedenle eleştirilmiş ve bu eleştiriler neticesinde başlıca üç teori ortaya çıkmıştır: Kolektif Mülkiyet Teorisi, Soyutlama Teorisi ve Gerçeklik Teorisi.

Haşim Bey her üç teoriyi de ayrı ayrı izah ederek değerlendirmiştir. Makalesini *İslam Mecmuasının* 4. ve 5. sayılarında iki kısım olarak yayınlayan Haşim Bey, ilk kısımda Varsayım, Kolektif Mülkiyet ve Soyutlama teorilerini; ikinci kısımda ise Gerçeklik Teorisini ele almıştır. Evvla Varsayım görüşüne olumlu bakmadığını daha ilk dipnotunda, “Hükmî yerine de “hukukî” demek evlâdır, zîrâ “hükmî” kelimesinde müvâzaa fikri vardır.” şeklinde ilan etmiştir. Ancak bu, Haşim Bey’in Gerçeklik görüşüne yakın olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Esasen O, “manevi şahsiyet”e, yani “hak süjesi olarak tüzel kişilik”e olumsuz bakmaktadır. Değerlendirmelerinde “manevi şahsiyet (tüzel kişilik)”in bir müvâzaa, hayal ve rüya olduğunu; hak mefhumunun doğru bir şekilde anlaşılması halinde “manevi şahsiyet (tüzel kişi)” mefhumuna lüzum kalmayacağını savunmuştur. Görüşünü net biçimde ve doğrudan ifade etmemişse de Haşim Bey’in Soyutlama görüşüne daha yakın olduğunu söyleyebiliriz. Zira Soyutlama Teorisi, ne gerçek ne de varsayım olarak tüzel kişiliği tanıır¹⁴. Üstelik makalesinde atıfta bulunduğu ve “manevi şahsiyet”i kabul etmeyen Soyutlama Teorisinin savunucularından Gaston Jéze ile aynı görüşte olması da Haşim Bey’in Soyutlama görüşüne daha yakın olduğu biçiminde yorumlanabilir¹⁵.

14 Saymen, s. 37.

15 Haşim Bey’in bu makalesi, Türk hukukunda tüzel kişiliği teorik çerçevede tartışmaya açması bakımından önemlidir. Tartışma bugün de sürmektedir. Türk Hukukçularının ekseriyeti Gerçeklik görüşünü savunmuştur. Bu görüşlere ilişkin tüketici bir literatür ve değerlendirme için bkz. Hatemi, s. 16, dn. 21 ve s. 18-19, dn. 23; karşılaştırmalı hukuktaki görüşlere ilişkin bir literatür ve değerlendirme için bkz. Hatemi, s. 19-22 ve s. 19-20, dn. 25; Hatemi, hocalarının Gerçeklik görüşünü daha sevimli bulup bu görüşe eğilmelerinin ve bu görüşün daha demokratik sonuçlar doğurduğunu ileri sürmelerinin tesiri ile meslek hayatının başlangıcında Gerçeklik görüşüne eğilimli olduğunu, ancak daha sonra bu görüşünden vazgeçtiğini ifade etmektedir (Hatemi, s. 13). Yine Hatemi’ye göre: “sözde değil esasta ‘gerçekçi’ davranmak gerekir. Gerçekçi kuramdan ayrılmak antidemokratik sonuçlara götürmez. Bundan korkuluyor ise yapılacak şey maskeyi, perdeyi, paravanayı; bir kelime ile tüzel kişiliği korumak değil, bu perdenin arkasındaki gerçek kişileri korumaktır.

Haşim Bey makalesinin girişinde söze, hükmi şahsiyet kavramından evvel İslam hukukunda hukuki şahsiyet nazariyesinin yer alıp almadığının araştırılmasının gerekli olduğu şeklinde başlamış ve meselenin açığa kavuşturulmasının, konunun şeriat ("şer") nazarında bilinmesine bağlı olduğunu ifade etmiş ise de, meseleyi İslam hukuku bağlamında değerlendirmekten ziyade teorik bir çerçeve sunmuş ve İslam hukukunda hukuki şahsiyet mefhumunun yer alıp almadığı yahut bu mefhumun ne şekilde ele alındığı yönündeki meselenin çözümünü makalesinin son satırındaki "Acaba İslâm'da hangi mahiyeti hâizdir?" suali ile muhataba bırakmıştır.¹⁶ Benzer bir usul, Haşim Bey'in "Akd ve İn'ikad" isimli çalışmasında da mevcuttur. Haşim Bey bu çalışmasında da ele aldığı meseleyi İslam hukuku açısından değerlendirmekten/çıkarımda bulunmaktan kaçınmıştır.¹⁷

Kişiler gerektiği gibi korunmuşsa ayrıca tüzel kişilerin de korunmasına gerek yoktur. Çünkü tüzel kişilik, gerçek kişilerin kullandığı hukuki araçtan başka bir şey değildir." Bkz. Hatemi, s. 22; Alman ve İsviçre doktrinine paralel olarak Türk doktrininde de Varsayım ve Gerçeklik teorilerinin olumlu yönlerini alarak oluşturulan görüşlerin giderek etkinlik kazandığı yönünde bkz. Akünal, s. 16.

16 Haşim Bey'in yukarıdaki satırlarda da geçen, 'hak' mefhumunun doğru şekilde anlaşılması halinde manevi şahsiyete (tüzel kişiliğe) lüzum kalmayacağı şeklindeki değerlendirmesini, İslam'da tüzel kişiliğin olmadığı yönünde bir görüşe sahip olduğu biçiminde yorumlayabiliriz. Ancak İslam'da tüzel kişiliğin olmadığı ya da İslam hukukunun tüzel kişiliğe kapalı olduğu şeklinde açık ve kesin bir görüş beyan etmediğini de tekrardan vurgulamak isteriz.

Timur Kuran, Ortadoğu'nun geri kalma sürecinde İslam hukukunun rolünü irdelediği 'Yollar Ayrılırken' adlı kitabında, İslam hukukunun tüzel kişiliğe kapalı bir yapı taşımasını, geri kalmanın nedenleri arasında göstermekte ve bunu değerlendirmektedir (Timur Kuran, *Yollar Ayrılırken*, Çev.: Nurettin Elhüseyni, Yapı Kredi Yay., İstanbul 2012). Tüzel kişiliğe kapalı bu hukuki yapı Osmanlı Devleti'nde de mevcuttur ve bu durum bilhassa Osmanlı Meclis-i Mebusanı'nın yeniden açıldığı 1908 yılına kadar sürmüştür (Kuran, s. 130).

1913 tarihli 'Eşhas-ı Hükmiyenin Emval-i Gayri Menkuleye Tasarruflarına Mahsus Kanun-ı Muvakkat'ın esbab-ı mucibe mazbatasında (Karakoç Serkez, *Kavanin-i Cedide Külliyyati*, İstanbul 1339/41, tab'-ı sâni s. 636 vd.) beytülmal, hükümet, belediye daireleri, ticaret ve sınaat şirketleri ile cemiyetler gibi kurumların birer tüzel kişi (şahs-ı hükmi) olduğu ifade edilmiştir. İslam hukukunda tüzel kişilik meselesi bu çalışmanın sınırlarını aştığından, burada ayrı bir değerlendirme yapmayı uygun görmüyoruz. İslam hukukunda tüzel kişilik bahsi hakkında bkz. Hasan Hayri Çırak, *İslam Hukukunda Hükmi Şahsiyet (Tüzel Kişilik)*; Köse, "İslam Hukuku ve Modern Hukuka Göre Tüzel Kişilik"; Hatemi, s. 35 vd.

Yine vakıf veya beytülmal gibi kurumlardan hareketle İslam hukukunda tüzel kişilik mefhumuna kısmen yer verildiğini savunan görüşler hakkında bkz. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku*, C. 1, Cüz 2: Şahsın Hukuku, İstanbul 1960, s. 172-173.; Özsunay, s. 18.

Son olarak İslam hukukunun tüzel kişilik mefhumu ile meşgul olmadığı, bu mefhumla hiç yer vermediği hakkında bkz. Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 3. Bası, Ankara 1958, s. 63-64.

17 "anâsır-ı mukâyese elde edildikten sonra lazım gelen hükümlerin istidlâlini, ulûm-ı hazıra meyânında makam-ı ihtisâmını daima muhafaza eden ilm-i celîl-i fıkha müntesib ulemâ-i

Teorik bir içeriğe sahip oluşu ve felsefi ifadelerin varlığı, bilhassa Gerçeklik Teorisi alt başlığında sunulan bölümü, makalenin ilk bakışta güç anlaşılan özellikleri arasında zikredilebilir. Yine Haşim Bey'in görüşlerini doğrudan ifade etmemiş olması, kendisinin ilgili teoriler ve tüzel kişiliğin İslam hukukundaki yeri hakkında tam olarak ne düşündüğünü anlamamızı zorlaştırmıştır. Haşim Bey'in bu yazısının, bildiğimiz kadarıyla İslam hukukunda tüzel kişilik mefhumunu ele alan ilk makale olduğunu belirterek, söz konusu makaleyi Latin harfleriyle aşağıda paylaşıyoruz.

İslâm Hukuku – Hükmi Şahsiyet¹⁸

Şûrâ-yı Devlet A'zâsından Hâşim

İslâm hukukunda hukukî şahsiyet nazariyesinin mevcut olup olmadığını tedkik edeceğiz; son zamanlarda “eşhâs-ı hükmiye” meselesi şâyân-ı kayd bir ehemmiyet kesb ettiği cihetle İslâm hukuku buna ait bir bahsi şâmil midir? Bu cihetin araştırılmasına lüzûm hâsıl oluyor.

Hukukî şahsiyet nazariyesinin fukahâ-i izâm tarafından tedkik edilip edilmediğini tayin için evvel emirde İslâm'da hukukun nasıl telakki olduğunu taharriye ihtiyaç vardır. Fi'l-hakika âtide sâbit olacağı üzere meselenin halli, hukukun şer' nazarındaki mahiyetinin bilinmesine mütevakıftır.

mükerrememizin himemât-ı güzîdelerine terk ediyoruz.” Bkz. *Ceride-i Adliye*, sy. 28, 1326, s. 1343-1348, s. 1343.

18 “Zâtiyet” kelimesi felsefe malûmâtına “şahsiyet” den daha muvâfıktır. Hukukçuların telkinâtına da mülâyim gelir. Nitekim fukahâ bu ma'razda “nefs” ve “zât” kelimelerini kullanırlar. Tâ Romalılar devrinden başlayarak ta'kîp edildiği takdirde Avrupalılar'ın da (*Personne*) kelimesini isti'mâl ettikleri görülür. [Oğuzoğlu'na göre, “persona” kelimesinin eski Türk diline ait bir kelime olduğu kuvvetle muhtemeldir. Bkz. Oğuzoğlu, *Eski ve Yeni Telâkkilere Göre Hükmi Şahsiyet*, s. 4.] Hükmi yerine de “hukukî” demek evlâdır, zîrâ “hükmi” kelimesinde müvâzaa fikri vardır. [Nitekim Haşim Bey “hükmi” kelimesini sadece makalesinin başlığında kullanmış, metnin içeriğinde ise istikrarlı biçimde sadece “hukuki” kelimesini tercih etmiştir. Özsunay'a göre de, İsviçre Medeni Kanunu'nun Almanca metninden ve yerleşmiş İsviçre öğretisinden yararlanarak, “hükmi şahıs” yerine “hukuki şahıs” deyiminin kullanılması daha doğru olur (Özsunay, s. 5). Hatemi'ye göre ise “tüzel kişi” terimi “hukukî şahıs” terimini karşılamaktadır. Zira Hatemi'ye göre “Tüze” kelimesi Türk dilinde hukuk anlamına gelen “töre” kelimesinden gelmektedir (Hatemi, s. 29, dn. 31). Köprülü, “toplu kişiler” ifadesini daha isabetli bulmuştur (Köprülü, s. 6). “Tüzel kişi/lik (hükmi şahsiyet)” terimi ve bu terimin kullanımı hakkında ayrıca bkz. Zevkliler, s. 612; Akünal, s. 13]

Malûmdur ki hukukçular bu bâbda ikiye ayırılarak bazısı hakkı zâtî, enfüsî (*Subjectif*) addetmiş; birtakımı da şey'î, haricî (*Objectif*) olarak tanı-
mıştır. Birinci mezhebe sâlik olanlar, menşe ve esas farklarından kat'-ı nazar,
hakkı insanın zâtına müte'allik ve tafsîle kâim farz, ikinci mezheb erbâbı ise
hukuku, insanın zâtı haricinde mevcut desâtir olmak üzere kabul ederler. Hak-
kın zâtî olduğuna kâil olan hukukçular, hakkı behemehal bir yere isnât etmek
istedikleri ve efrâd-ı insaniyeden gayrısını hak için vahdet (*Unité*) olarak ta-
nımadıkları gibi, hukukî münâsebetlerde fail (*Actif*) ve münfail (*Passif*) olmak
üzere iki taraf aradıkları cihetle devlet, cemiyet, şirket, vakıf gibi mevcudi-
yetler karşısında muvâzaa tarîkine sapmağa mecbur olurlar. Derler ki: Hak,
tefekür ve irâde hassalarını hâiz zâtlarda mütecellîdir; bu sıfatları nefsinde
cem' eden ise insandır. Binâenaleyh hak için yegâne vahdet insanın zâtıdır.
Zâtiyet, icâb ve isticâba ehliyettir; nizâm-ı hukukî de insanlarla kâimdir; yoksa
insanların zâtiyeti, hukukî nizâmın neticesi değildir.

Binâenaleyh hukukî muvâzaalar, kanunlar insana ehil muâmelesi yap-
tığı zaman kendisine zâtiyet bahş etmeyip belki bidâyette mevcut zâtiyeti
tanımlamakla iktifâ ederler. Hâlbuki cemiyet ve emsâli, düşünmek ve istemek
hâssalarından mahrumdurlar. Binâenaleyh zâtiyete mâlik olamayacakları
cihetle kendilerine hakkı isnâda imkân yoktur. Kanun bunlara ehliyet verdi-
ği takdîrde tabî'aten vücûdu lâ-büdd olan bir şartı muvâzaa tarîkiyle var farz
eder.

Nefsü'l-emrde bulunmayan bir şartı mevcut addetmek muvâzaadan baş-
ka bir şey değildir. İşte "hukukî şahsiyet" meselesinde Muvâzaa Nazariyesi
(*Théorie de la personnalité fictive*).¹⁹

Bu nazariye felsefe, tarih ve fiiliyyâta muhalefeti hasebiyle ta'rize dûçâr
olmaktan kurtulamamıştır. Hukukun telâkkiyatında ve tedkik usûllerinde te-
beddül husûlüyle zihnî ameliyeler neticesinde ihdâs edilmiş olan muvâzaa na-
zariyesi, hukukçular tarafından hakâyıkı izaha kâfi addolunmamağa başladı.

19 [Oğuzoğlu'na göre varsayım teorisi (muvâzaa nazariyesi), bizzat ortaçağ başlarında
yaşayan Roma ve Kilise hukuku esaslarına dayanır (Oğuzoğlu, *Eski ve Yeni Telâkkilere Göre
Hükmi Şahsiyet*, s. 8). Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Profesörü Cahit
Oğuzoğlu'nun bu eseri, 1936 yılında *Hukuk İlmîni Yayın Kurumu*'nun desteği ile Ankara
Halkevi'nde sunulmuş bir konferansın metnidir. Oğuzoğlu "hükmi şahsiyet"e dair bu
konuşmasında tamamiyle Kilise, Roma ve Avrupa'daki tekâmül ve teorilerden bahsetmiş;
İslam-Osmanlı hukukundaki duruma değinmeye lüzum görmemiştir. Muhtemeldir ki
Haşim Bey'in bu makalesinden de habersizdi. Esasen, Haşim Bey'in ülkemizde "tüzel
kişilik" mefhumunu kaleme alan/tartışan ilk hukukçu olması nedeniyle, "tüzel kişi/lik"
meselesi hakkında çalışanların Haşim Bey'in bu makalesine de başvurması beklenir/di.]

Nitekim: Cemâ'atî Mülkiyet Nazariyesi (*Théorie de la propriété collective*), Muhassas, Mahbûs Mal Nazariyesi (*Théorie du patrimoine d'affectation*), Hukukî Şahsiyette Hakikîlik Nazariyesi (*Théorie de la réalité des personne morale*) namlarıyla başlıca üç nazariye²⁰ daha zuhûr etti. Sadedden uzaklaşmamak için bunları icmâlen arz ile iktifâ edeceğiz.

Cemâ'atî Mülkiyet Nazariyesi

Emlâke üç suretle tasarruf olunur. Ferden, şâyi'an, an-cemâ'atin²¹. Ferden tasarruf, ihtisâs ve istibdâd tarîkiyle vaki'dir. Bu nev' tasarruf istiklâlî mu-tazammın ve şuyû'u mâni'dir.

Şâyi'an tasarrufta muayyen ve müstakil bir hisse bakîdir; yalnız hisse mülkün kâffe-i zerrâtına sârîdir. Şâyi' mülkiyet ferdi mülkiyetten hukuk itibâriyle farklı değildir. Zira haklarda, hisselerle mâlikiyette istiklâl devam eder. Bu iki tasarrufu yek-diğerinden ayıran maddî ihtilâddan ibarettir. Bununla beraber ihtilât keyfiyeti de ârızı olup maksûd-ı bi'z-zât değildir. İrs tarîkiyle müte'addid vârise intikâl eden emlâkte olduğu gibi. Esasen şuyû' inkısâma müsta'iddir.

An-cemâ'atin tasarrufa gelince hal tamamiyle değişir. Mülkiyet bu takdîrde bir husûsiyet kesb eder; bunda maksûd-ı bi'z-zât mülkün, cemâ'ati teşkil edenlerin kâffesine aidiyetidir. Bir karye halkına mahsûs koru ve orman, âmmenin intifâ ettiği emvâl-i emiriye gibi.

Müşâ' ile cemâ'atî mülkiyet²² yek-diğerinden pek farklıdır. An-cemâ'atin tasarrufta müstakil hisseler yoktur; cemâ'ate mensup olanların mahsus mülkü

20 [Bu teorileri şu şekilde sıralayabiliriz: Kolektif Mülkiyet Teorisi, Soyutlama Teorisi, Gerçeklik Teorisi]

21 [Günümüzdeki ifadeleri ile: Ferdi Mülkiyet - Müşterek Mülkiyet - İştirak Halinde Mülkiyet. 4721 sayılı Medeni Kanunumuz, "Birlikte Mülkiyet" başlığı altında müşterek mülkiyet için "Paylı Mülkiyet" ve iştirak halinde mülkiyet için de "Elbirliği Mülkiyeti" tabirlerini kullanmaktadır. Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4721.html>, MK md. 688 vd., (çevrimiçi) Erişim Tarihi: 03.05.2014]

22 ["cemâ'atî mülkiyet" sehven yazılmış olsa gerektir. Sonraki cümlelerdeki kullanım ve muhtevadan anlaşılacağı üzere doğrusu "an cemâ'atin (iştirak halinde) mülkiyet" olacaktır. Ayrıca "Müşâ" tabiri, "Şâyi'an (müşterek) mülkiyet" yerine kullanılmıştır. Müşâ; paylı hisseleri ihtiva eden müşterek şey demektir. Mesela iki kişinin yarı yarıya müşterek olduğu bir mal müşâdır. Başka bir tarif ile; müşterek bir maldaki 1/2, 1/4, 1/6 gibi. Paylı hisselerden herhangi biridir. Hisselerden her biri bu malın tamamına şamildir. Bkz. Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslamiye ve Istılahat-ı Fıkhiye Kamusu*, c. 6, Bilmen Yay., İstanbul 1970, s. 11]

yalnız isti'mâl etmeye ve ondan intifâ' eylemeye hakları vardır; mezkûr mülk üzerinde müstakilen hiçbir hisseye sahip değildirlere.

Mücmelen arzı sadedinde bulunduğumuz nazariyenin müdâfi'leri bu üç nev' mülkün aynı zamanda mevcudiyetini beyândan sonra derler ki: Muvâzaa nazariyesi, evvela, yanlış bir fikrin mahsûlüdür; zâtîyen, an-cemâ'atin tasarruf edilen emlâkin gizli kalmasına sebep olur. Binâenaleyh hukukî şahsiyet denildiği zaman "ferdî mülkiyetten başka ahkâma tâbî' ve müstakil bir kül halinde an-cemâ'atin tasarruf edilir emlâk" tasavvur olunmalıdır. Zira maddeten vücûdu sâbit olan bir şeyin izahı için muvâzaaya ihtiyaç yoktur. Bir de hukuk yalnız insanlara aittir. Onlara birtakım menâfi' temîni için vaz' edilmiştir. Şu kadar ki birtakım efrâd müctemi'ân bazı emvâle tasarruf ettikleri takdîrde amelî mülâhazâta müstenid olarak "şahs-ı manevî" tabîri kullanılır; bununla "manevî şahsın" hakk-ı mülkiyeti hâiz olması icâb etmez. Nefsü'l-emrde mülkiyet yine cemâ'atı teşkil eden efrâdın hey'et-i mecmû'asına aittir.

Muhassas, Mahbûs Mâl Nazariyesi

Kurûn-ı Vüstada şâyi' doktrinlerden ve Almanların "Gessamte hand" hakkındaki temhîdâtından mülhem olan bu nazariye, Fransa'nın büyük hukukşinâsı müteveffâ M. Saleilles²³ tarafından mazhar-ı müdafaa olmuştur. Hulâsaten şundan ibarettir: Hâdisatın fiilen cereyanı tedkîk edilince sâbit olur ki, hukukî şahsiyet mevzû'-ı bahs olan yerlerde tamamıyla ayrılmış ve muayyen bir cihetle tahsîs edilmiş emvâlden başka bir şey yoktur.

Bazı hukukçular bir mal ayrıldığı ve müstakil bir mülkiyet teşkil edildiği zaman keyfiyeti izah için manevî bir şahsiyetin icadına ihtiyaç var farz ederler. Halbuki efrâda ait emvâl yanında, hukukî râbitası tahsîs ve bir gâye için habs olan ve kava'id-i mahsûsasına tevfikan idare olunan emvâlin bulunabileceğini tasavvura ne mâni' var? Bu vechile ayrılan emvâl muayyen eşhâsın (dâyin, mürtezika) tevsîk-i matlûbâtına veya bir suretle intifâ'ına hizmet eder. Binâenaleyh muvâzaalı manevî şahsiyet fikrini ber-taraf etmek iktizâ eder.

Hukukî Şahsiyette Hakikîlik Nazariyesi

Bu nazariye aslî, hatârî itibâriyle Sosyolojik Mektebinin nokta-i nazarıdır. Malûmdur ki bu mektep insan cemiyetlerini ırk, lisân ve menfaatlerde

23 [Raymond Saleilles (1855-1912); Fransız Hukukçu].

müşâreket ve aynı kanunlara mütâba'at dolayısıyla toplanmış birtakım insan kitlelerinden ibaret addetmek, belki onlarda vücûd-ı insaniyetin terekkübâtına müşâbih zî-hayat bir uzviyet görür.

Manevî şahsiyetlerin maddîliğini, hakikîliğini müdâfaa edenler aynı kaziyeyi kabul ederler ve derler ki: faâl ve hakikî bir hayata mâlik olan yalnız devlet değildir. Devletin ictimâî hayatı, arazisi üzerinde bulunan ictimâî uzviyetlerin kâffesine sârîdir. Siyasî, idarî cemiyet ve müesseselerle iktisadî şirketler hep hakikî şahsiyetlerdir. Fakat hukukçular, cemiyetleri insan gibi dimâğ, a'sâb ve cereyan-ı dem cihâzına mâlik zî-hayat uzviyet addeden ictimâiyatçıları tamamiyle takîb etmezler. Bunlar fizyolojik faraziye yerine ruhî bir esas kabul ederler:

“Gayenin vahdetidir ki her şahs-ı manevîye hakikîliğini veren ruhî vahdeti tevlid eder. Cemiyetlerin, bütün insan kitlelerinin ferdiyeti (*individualité*) takîb ettikleri gaye bâkî kaldıkça devam eyler. Cemâ'atî (*Collectif*) bir vücûdu terkîb eden insanların münâsebetleri iki türlüdür; biri ferdî ve mütehalif; diğeri müterâfık ve ictimâî gaye ile muayyen. İkinci nev' münâsebetler bir vahdet tevlid edecek surette intizâm peyda ederler ve bu suretle müşterek gâyeye mâ'tuf cemâ'atî bir irâde (*Volonté collective*) doğar.”

Mu'allim Mr. Hauriou²⁴ de ikinci mesleki tercih eder: “Manevî şahsın hakikîliği ictimâîdir. Şahs-ı manevî ictimâî birtakım hâdisâtтан müsted hukukî bir inşâdır.”

Bu nazariyeye göre kanun, manevî şahsı icat etmez. O, kanunun sudûrundan evvel hâricî bir mevcudiyeti hâizdir. Cemiyet ve müesseseler bir müddet işledikten sonra âmme nazarında bir zâtiyet iktisâb ederler. Himâye, teâvün ve müsabaka cemiyetleri birkaç sene yaşayınca idareyi der-uhde eden hey'et-i zihinlerden silinerek yerine cemiyet kâim olur; Binâenaleyh bunlara muvâzaa tarîkiyle icat edilmiş denemez, çünkü hakikî mevcudiyetleri vardır. Binalara, eşyaya ve memurlara mâlik olan bu müesseseler kendilerini tanıyanların zihninde yer tutmuşlardır.

Hakkın, zât-ı insan haricinde mevcut desâtîr olduğuna taraftar bulunanlara gelince: Bir kısmı, Tahassus ve Hakikîlik nazariyelerinin mürevvicleri gibi, hakların kâffesi hukukî nizâmdan mütevellid olmaktan nâşî hak için vahdet teşkîl etmek insanın zâtına inhisâr eylemeyererek, ictimâî hâdiselerden

24 [Maurice Hauriou (1856-1929); Fransız Hukukçu. Fransız idare hukukunun, Duguit'le birlikte, kurucusu sayılan Hauriou, Hukuk Sosyolojisinin de kurucularından kabul edilmektedir.]

maddî bir mahiyet iktisâbıyla nizâm-ı hukukînin dâire-i tanzîmine girenlerin de birer "vahdet" olabileceğini iddia, diğer kısmı ise hukukî münasebetlerde cânibeyni tevella için iki zâtın vücûduna daima lüzum olmamasına mebnî bu gibi hususâta manevî bir şahsiyet tasvirine hâcet görmediklerini dermeyân ederler. İkinci kısım müellifler, manevî şahsiyeti külliye münkirdirler. Bu meyanda Gaston Jéze²⁵ der ki: "Manevî Şahsiyet Nazariyesi bir dîndir. Hukukun bugünkü telâkkisi böyle hayalâtın devamına imkân bırakmadığı cihetle ben itikâd etmem".

Medeniyetten nasibedâr ve içinde hukukî nizâm teessüs etmiş olan bir cemiyette hâdiseler ihtiyaç ve garazlara nazaran tasnif edilerek âm ve gayr-ı zâtî kudretler ve muayyen ehliyet ve salâhiyetler ihdâs olunur; yine âm ve gayr-ı zâtî vaz'-ı hukukîler (*Situations juridiques*) icat kılınır; kanunen muayyen şerâitî hâiz olanlar ehliyet, salâhiyet iktisâb eder; hukukî vaz'ın hudûduna girince birtakım haklara nâil ve vazifelerle mükellef olurlar. Zât-ı hak ve vazife, kanun dairesinde isti'mâl-i kudretten sonra tecellî eder. Bunlar bir takım makâsîd ve ağrâzı mutazammındır.

Garaz ve maksatlar muayyen kalıplar vasıtasıyla ifade edilir; bu kalıplar, hukukî fiiller ve akidlerdir. Hukukî fiiller, akidler iki nev'dir: İki taraflı, vahidül-cânib.

Hâricî hak taraftarlarına göre her vaz'-ı hukukîde mutlaka fail (*Actif*) ve münfail (*Passif*) iki zâtın bulunması zarurî değildir. Vâkıa ahvâlin ekserisinde bulunur. Mesela akd-i bey' ile tahassul eden hukukî vaz'da iki taraf mevcuttur: Bayî, müşteri. Fakat hukukçuların çoğu bunu münâsebetlerin kâffesine teşmîl ederek bütün vaz'-ı hukukîlerde cereyanını isterler; Halbuki hukuk-ı âmme münâsebetlerinden olan "vergi" meselesini tedkik edelim: Tahakkuk memûruna kanunen vergiye tâbi tutulanlar zimmetinde deyn ispât etmek salâhiyeti verilmiştir; bu salâhiyeti mûcibince bir mülk sahibini borçlu kılar, artık burada bir dâyin aramak faidesizdir. Birtakım hukukçular behemehal iki taraf bulunmasını zaruri addettiklerinden bu gibi ahvâlde dâyin olarak devleti gösterirler; hakikaten vücûdu olmadığı ve esasen zaruret bulunmadığı halde muvâzaa tarîhiyle manevî bir şahsiyet icat ederler. Halbuki fiiliyatı aynen izah etmek daha basit iken muvâzaalara, hayalâta sapmakta bir faide melhûz değildir. Hukuk vukû'ât ilmidir; hayal ve rüya mecmuası değildir. Me-selede fiilen hal şundan ibarettir: "Tahakkuk memuru kanunun ihdâs ettiği

25 [Gaston Jéze (1871-1953); Hukuk ve İktisat kökenli Fransız düşünür. Fransa'da modern maliye biliminin kurucusu sayılır.]

vaz'-ı hukukîye ait vazifesini ifâ ediyor. Kezalik efrâd da kanunen muhdes vaz'-ı hukukînin külfetini tahammül eyliyor; nitekim mülkiyet itibâriyle birtakım hukuk ve menâfi'den müstefîddir; cemiyet kendisine levâzım-ı emniyeti tehiyye ediyor." İşte hal bundan ibarettir. Bunun hâricinde her ne ilave edilirse hayal olur. Görülüyor ki hak bir kudret, tanzim edilmiş bir salâhiyet addedilince "manevî şahsiyet"e mahal kalmıyor. Acaba İslâm'da hangi mahiyeti hâizdir?