

T.C.
İSTANBUL 29 MAYIS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLÂM HUKUKU BİLİM DALI

İSLÂM HUKUKUNDA DÂVA VEKÂLETİ

Yüksek Lisans Tezi

ELİF ÇAL

İstanbul 2014

T.C.
İSTANBUL 29 MAYIS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLÂM HUKUKU BİLİM DALI

İSLÂM HUKUKUNDA DÂVA VEKÂLETİ

Yüksek Lisans Tezi

ELİF ÇAL

Danışman

PROF. DR. ALİ BARDAKOĞLU

İstanbul 2014

T.C.
İSTANBUL 29 MAYIS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS TEZ SAVUNMA TUTANAĞI

Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı öğrencilerinden Elif ÇAL'ın Tez Savunması 12 / 09/2014 tarihinde yapılmış ve jüri tarafından oyçokluğu / oybirliği ile

- ☒ Aday üstün başarılı / başarılı bulunmuştur.
- ☐ Aday başarısız bulunmuştur.
- ☐ Düzeltmeler için adaya ek süre tanınmıştır.

Prof. Dr. Ali BARDAKOĞLU
(Tez Danışmanı)

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ
(Jüri Üyesi)

Prof. Dr. Bilal AYBAKAN
(Jüri Üyesi)

İlgili Yönetmelik Maddesi:

Yüksek Lisans Tezinin Sonuçlanması

MADDE 12- a) Tezli yüksek lisans programındaki bir öğrenci, elde ettiği sonuçları ilgili senato tarafından belirlenen yazım kurallarına uygun biçimde yazmak ve tezini jüri önünde sözlü olarak savunmak zorundadır.

b) Yüksek lisans tez jürisi, ilgili enstitü anabilim dalı başkanlığının önerisi ve Enstitü Yönetim Kurulu onayı ile atanır. Jüri, biri öğrencinin tez danışmanı ve en az biri yükseköğretim kurumu içindeki başka bir anabilim dalından veya başka bir yükseköğretim kurumundan olmak üzere üç veya beş kişiden oluşur. Jürinin üç kişiden oluşması durumunda ikinci tez danışmanı jüri üyesi olamaz.

c) Jüri üyeleri, söz konusu tezin kendilerine teslim edildiği tarihten itibaren en geç bir ay içinde toplanarak öğrenciyi tez sınavına alır. Tez sınavı, tez çalışmasının sunulması ve bunu izleyen soru-cevap bölümünden oluşur.

d) (Değişik: RG-6/2/2013-28551) Tez sınavının tamamlanmasından sonra jüri tez hakkında salt çoğunlukla kabul, ret veya düzeltme kararı verir. Bu karar enstitü anabilim dalı başkanlığınca tez sınavını izleyen üç gün içinde ilgili enstitüye tutanakla bildirilir. Tezi hakkında düzeltme kararı verilen öğrenci en geç üç ay içinde gereğini yaparak tezini aynı jüri önünde yeniden savunur. Tezi reddedilen veya düzeltme sonrası savunmada reddedilen öğrenciye yeni bir tez konusu verilir veya öğrencinin talepte bulunması halinde, tezsiz yüksek lisans programının ders kredi yükü, proje yazımı ve benzeri gereklerini yerine getirmiş olmak kaydıyla kendisine tezsiz yüksek lisans diploması verilerek programla ilişkisi sona erdirilir. Kendisine yeni bir tez konusu verilen öğrenci ilgili döneme ait öğrenci katkı payı veya öğrenim ücretlerini ödemek koşulu ile öğrenimlerine devam etmek için kayıt yaptırabilir. Bu durumda, tez ile ilgili şartları yerine getirmek ve sınavlara katılmak hariç, öğrencilere tanınan diğer haklardan yararlanılmaksızın öğrencilik statüleri devam eder.

GENEL BİLGİLER

İsim ve Soyadı	: Elif Çal
Anabilim Dalı	: Temel İslâm Bilimleri
Programı	: İslâm Hukuku
Tez Danışmanı	: Prof. Dr. Ali Bardakoğlu
Tez Türü ve Tarihi	: Yüksek Lisans – Eylül 2014
Anahtar Kelimeler	: temsil, husûmet, dâva vekâleti, müvekkil, vekili.

ÖZET

İSLÂM HUKUKUNDA DÂVA VEKÂLETİ

İslâm borçlar hukukunda önemli ve geniş bir yere sahip olan vekâlet akdinin türlerinden birisi olan dâva vekâleti, dâvanın taraflarından biri olan müvekkilin mahkeme huzurunda temsil edilmek için verdiği vekâlettir. Günümüzde avukatlık adı altında önemli bir yeri olan bu hukuki işlem, çalışmamızda özellikle vekil ve müvekkil arasındaki iç ilişki vurgulanarak incelenmiştir. Dâva vekâleti hakkında literatürde yer alan bilgiler ışığında hem borçlar hem de usul (yargılama) hukuku konusu olan dava vekâletine dair fıkıh âlimlerinin benimsedikleri prensipler anlaşılmaya çalışılmıştır.

Tezde, toplumdaki hukuki ve iktisadi ilişkilerin gelişmesine paralel olarak günümüzde ücretli olarak gerçekleştirilen vekâletin bu türüne dair, İslâm hukukunda da benzer imkanların olduğu ortaya konmuştur. Ayrıca, fıkıhın erken dönem kaynaklarından başlayıp, Osmanlı'da Tanzimat'ın ilanı ile başlayan hukuki reformlara kadar dâva vekâletinin hukuki gelişimi tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda Osmanlı hukukunda dâva vekâletine ilişkin günümüzdeki avukatlığa geçiş mahiyetinde önemli adımlar atıldığı görülmüştür.

GENERAL KNOWLEDGE

Name and Surname : Elif Çal
Field : Theology
Programme : Islamic Law
Supervisor : Professor Ali Bardakoğlu
Degree Awarded and Date : Master – September 2014
Keywords : representation, husûmah, attorneyship, client, proxy

ABSTRACT

ATTORNEYSHIP IN ISLAMIC LAW

Attorneyship (el-wekala bi'l-husumah) which has a substantial and detailed place on Islamic law of obligations, and which is a part of the attorney agreement, is an attorneyship given by client who is one of the parties gave to be represented on the court. This dissertation has examined the aforementioned legal transaction which is called 'advocacy' at the present time, with an emphasis on the internal client-proxy relationship. Adopted principles of the Islamic scholars on attorneyship which is the subject of both obligations and procedural law, have tried to be understood based of the literature on attorneyship.

It has been demonstrated that Islamic law has some similar facilities with today's waged attorneyship in parallel with the development of the legal and economic relations. Moreover, I have aimed to track the legal development of the attorneyship from the sources of the early period of Islamic law to the legal reforms which is began with the Tanzimat. In that sense, it was noted that there was some concrete steps in the relationship of attorneyship in Ottoman law to today's waged attorneyship.

ÖNSÖZ

İslâm hukukunda temsil amacıyla kurulan ve kişiye bir başkası adına hukuki işlem yapma yetkisi veren vekâlet akdinin türlerinden dâva vekâletinin incelendiği bu çalışmada, öncelikli olarak fıkıh eserlerinden istifade etmek suretiyle dâva vekâletinin hukuki mahiyetinin tespiti hedeflenmiştir. Bunun için, fıkıh âlimlerinin İslâm hukuk sistematığı içerisinde, vekâlet akdi özelinde ürettikleri bilgiler ışığında dâva vekâletine dair benimsedikleri prensipler anlaşılmalı çalışılmıştır. Ayrıca hayatın canlı ve değişken meselelerini konu edinen muamelâtın içerisinde yer alan dâva vekâletinin, ilk kaynaklardan başlayarak günümüze kadar gelen süreçte İslâm hukukundaki gelişimini ortaya koymak da tezin başlıca meselelerinden biridir.

Burada öncelikle, çalışmalarım esnasında gösterdiği ilgi ve teşvikleriyle bana daima destek olan saygıdeğer danışman hocam Prof. Dr. Ali Bardakoğlu'na ve konunun belirlenmesinde ilk istişarelerimi kendileriyle yapmak dışında tezin her aşamasında görüş ve desteğini esirgemeyen değerli hocam Prof. Dr. Bilal Aybakan'a teşekkür etmeyi bir borç bilirim. Ayrıca jürimde bulunarak değerli görüş ve katkılarını esirgemeyen Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a, tezin hazırlanmasında huzurlu bir çalışma ortamı sunan Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi'ne (İSAM) ve çeşitli vesilelerle yardımını gördüğüm tüm hoca ve arkadaşlarıma şükranlarımı sunarım. Son olarak, fedakarlık ve sabır gerektiren bu akademik sürecimi benimle birlikte yaşayan ailemi teşekkürle anar, çalışmamın bu alana katkıda bulunmasını temenni ederim.

İstanbul, 2014

Elif Çal

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	I
İÇİNDEKİLER	II
KISALTMALAR	VII
GİRİŞ	1
I. ARAŞTIRMANIN KONUSU ve ÖNEMİ	1
II. ARAŞTIRMANIN AMACI ve METODU	3
III. ARAŞTIRMANIN KAYNAKLARI	4

BİRİNCİ BÖLÜM

DÂVA VEKÂLETİNİN MAHİYETİ

I. VEKÂLET	7
A. VEKÂLETİN SÖZLÜK ve TERİM ANLAMI	7
B. VEKÂLET AKDİNİN UNSUR ve ŞARTLARI	9
1. Tarafların Anlaşması	10
2. Akdın Konusu	14
3. Ücret	18
4. Süre	19
C. VEKÂLET AKDİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	19
D. VEKÂLET TÜRLERİ	21
1. Genel - Özel Vekâlet	21
2. Mutlak - Mukayyet Vekâlet	23
II. DÂVA VEKÂLETİ	24
A. HUSÛMETİN SÖZLÜK VE TERİM ANLAMI	28
B. DÂVA VEKÂLETİNİN TERİM ANLAMI	31

C. DÂVA VEKÂLETİNİN MEŞRUIYETİ.....	33
D. DÂVA VEKÂLETİNİN ŞARTLARI.....	36
1. Dâva Ehliyeti.....	37
2. Hasmın Vekâlete Rızası	39
a. Hasmın Vekâlete Rıza Şartını Kaldıran Mazeretler	44
3. Dâva Vekili İle İlgili Özel Şartlar.....	47
4. Dâva Vekâletinin Konusu İle İlgili Özel Şartlar.....	50
E. ÜCRET KARŞILIĞI DÂVA VEKÂLETİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	53
1. İcâre ve Ücretli Vekâlet.....	54
2. Cuâle ve Ücretli Vekâlet	60
3. Değerlendirme.....	62
F. DÂVA VEKÂLETİNİN MAHKEMECE KABULÜ	64
1. Vekâletin Mahkemede İspatı.....	64
2. Tescil	66

İKİNCİ BÖLÜM

DÂVA VEKÂLETİNİN KAPSAMI VE HÜKÜMLERİ

I. DÂVA VEKÂLETİNİN KAPSAMI.....	68
A. GENEL LAFIZLARLA KURULMUŞ ÖZEL DÂVA VEKÂLETİ	69
B. ÖZEL BİR VEKÂLET TÜRÜ İÇİNDE DÂVA VEKÂLETİ	70
C. MUTLAK DÂVA VEKÂLETİNİN KAPSAMI ve ÖZEL VEKÂLET VERİLMESİNİ GEREKTİREN DURUMLAR.....	71
1. İkrar Yetkisi.....	73
2. Kabz Yetkisi	76
3. Sulh ve İbrâ Yetkisi.....	77
4. Vekilin Vekâlete Yetkisi.....	78

II. DÂVA VEKÂLETİNİN HÜKÜMLERİ	82
A. DÂVA VEKİLİNİN BORÇLARI.....	83
1. Şahsen İfa Borcu.....	84
2. Özen Borcu.....	87
a. İstişâre ve Aydınlatma	90
b. Amaca En Uygun ve En Güvenli Yolu Seçme.....	90
c. Vekâletten Uygun Olmayan Zamanda Çekilmekten Kaçınma.....	91
3. Sadakat Borcu.....	92
a. Akde ve Müvekkilin İradesine Uygun Hareket Etme	93
b. Sır Saklama	94
c. Hesap Verme.....	94
B. DÂVA VEKİLİNİN SORUMLULUĞU	96
C. DÂVA VEKİLİNİN HAKLARI	101
1. Ücret Hakkı.....	101
2. İş Reddetme ve Vekâletten Çekilme Hakkı	102
3. Masraf ve Zararının Karşılanması Hakkı	103

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DÂVA VEKÂLETİNİN SONA ERMESİ

I. DÂVA VEKÂLETİNİ SONA ERDİREN SEBEPLER	105
A. Vekâletin İfası	105
B. Fesih	105
1. Azil	106
2. İnizal	109
C. Ölüm.....	110
D. Tasarruf Ehliyetinin Kaybı.....	111

E. Tasarruf Yetkisinin Kaybı	111
F. İmkansızlık	112
G. Müvekkile Muhalefet.....	113
SONUÇ	115
KAYNAKÇA.....	118



KISALTMALAR

AÜİİF	: Atatürk Üniversitesi İslâmi İlimler Fakültesi
Av.K.	: Avukatlık Kanunu
b.	: Bin
BK	: Türk Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
bs.	: Basım
c.	: Cilt
DİA	: Diyanet İslâm Ansiklopedisi
ed.	: Editör
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İFAV	: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı
md.	: Madde
MK	: Türk Medeni Kanunu
s.	: Sayfa
TDV	: Türkiye Diyanet Vakfı
thk.	: Tahkik eden
trc.	: Tercüme eden
ty.	: Tarih yok
vb.	: ve benzeri
yay. haz.	: Yayına Hazırlayan
yy.	: Yer yok

GİRİŞ

I. ARAŞTIRMANIN KONUSU ve ÖNEMİ

Toplum halinde yaşamanın ve hayatın tabîî akışı içinde kişiler arasında doğan anlaşmazlıkların çözümlenmesi ve giderilmesi, birey ve toplumun huzuru için geçmişte günümüzde hep önemli olmuş, bunun için tarih boyunca sürekli değişen ve gelişen kurumlar ve süreçler ortaya çıkmıştır. Adli mercilere başvuran kişilerin haklarını koruma ve hukuki işlemlerde kendisine yardımcı olması için birtakım kişilere ihtiyaç duyması ve giderek bunun kurumsallaşması da bu sürecin bir parçasıdır. Günümüzde daha da karmaşıklaşan hukukî ilişkiler ağını ve ayrıntıları düşünürsek insanların bu yargılama esnasında dâva vekili/avukat denilen uzman kişilere başvurmaları ve yargı önünde bu kişiler tarafından temsil edilmeleri adeta kaçınılmaz bir ihtiyaç haline gelmiştir.

İnsanların mahkemede kendilerini temsil edecek ve kendilerine yardımcı olacak uzman bir kişiden yararlanma ihtiyacı ve bu ihtiyacın hukuk sistemi içinde karşılanması, İslâm toplumları için de geçerli bir durumdur. İslâm hukukçuları da bu gelişmelere paralel olarak yargılamada tarafların vekil yoluyla temsilini ve haklarının savunulmasını İslâm hukukunun klasik örgüsü içinde sistemleştirip, taraflar arasındaki bu ilişkinin mahiyet ve çerçevesini belirleyen hükümler ortaya koymuşlardır.

İnsanların yargı önünde temsil ihtiyacını karşılayan dâva vekâleti, netice itibariyle dâvanın taraflarından biri olan müvekkilin, mahkeme huzurunda kendisini temsil ettirmek için vekile verdiği vekâlettir. Bu sebeptendir ki, dâva vekâleti, İslâm borçlar hukukunda önemli ve geniş bir yere sahip olan vekâlet akdinin türlerinden birisidir. İslâm hukukunda bir kimsenin diğerine kendi adına hukukî işlem yapma yetkisi vermesini ifade eden vekâlet akdi ise mahiyeti itibariyle hukukun farklı kolları olan aile, şahıs, eşya, borçlar, yargılama ve hatta ceza hukukundaki pek çok tasarrufla bağlantılı üst bir akit olma özelliği taşır. İşte dâva vekâleti onun bu mürekkep hali içinde yer alır ve pek çok vekâlet türünden birini teşkil eder.

Klasik dönemde yazılmış fıkıh eserlerinin pek çoğunda vekâlet akdi ele alınırken vekâlet türlerine ayrı ayrı başlık açılmazken, dâva vekâleti ve alım-satıma vekâlet gibi özel önem taşıyan vekâlet türleri ayrı bir başlık altında ele alınır. Bu da kanaatimizce dâva vekâletinin vekâlet akdi içerisindeki ayrıcalıklı konumunun göstergelerindendir. Hanefîlerin muteber görüşlerinin bir arada toplandığı ilk kaynaklardan biri olan Şemsüleimme Serahsî'nin hacimli telifi *el-Mebsûr*'ta ve yine Şâfiî fikhının kurucu fûru fıkıh eseri olan İmam Şâfiî'nin *el-Ümm* adlı eserinde, vekâlet bölümünün girişinde ilk olarak değinilen vekâlet türünün dâva vekâleti olması da dikkat çekicidir.

Konunun iki hukuk dalının kesiştiği yerde bulunması da onu ayrıca araştırmaya açık hale getirmektedir. Zira adından da belli olduğu üzere dâva vekâleti, hem bir borçlar hukuku hem de usul (yargılama) hukuku konusudur. Zaten muâmelâtın, ilgi alanına giren konular çoğu zaman usul hukukunu da bir yönüyle ilgilendirmekte olup¹ dâva vekâleti akdi bunun iyi bir örneğini sunmaktadır.

Dâva vekâletinin günümüzde bir anlamda avukatlık müessesesinde karşılığını bulmuş olması da iki farklı hukuk sisteminin ürünü olan bu iki hukuki işlemin, İslâm hukukundaki mahiyetini ortaya koymayı gerektirmektedir. Zira on dört asırlık geçmişiyile geniş bir coğrafyada gelişme gösteren İslâm hukuku, hukukun diğer tüm alanlarında olduğu gibi bu konuda da önemli bir birikime sahiptir. Bu birikime ait temel kavramların tespiti ve bunlar arasındaki mantıksal örgünün ortaya çıkarılması, her şeyden önce İslâm hukukunun sağlıklı bir biçimde anlaşılması ve tanıtılması açısından gerekli ve önemli bir çalışma olarak görülmektedir. Ayrıca böyle bir çalışma, alanla ilgili çalışma yapan araştırmacıların ilgili malzemeye ulaşmasını da kolaylaştıracaktır. Nitekim tüm bu özelliklerine rağmen İslâm hukukunda dâva vekâletinin, farklı bağlamlarda ele alınmış iki makale dışında, Türkçe literatürde müstakil olarak hiç çalışılmamış olduğu tespit edilmiştir. İşte tüm bu sebepler konunun müstakil olarak çalışılmasını anlamlı ve gerekli kılmaktadır.

¹ Muâmelât kavramının maddi-usul hukuku açısından değerlendirilmesi için bkz; Aybakan, Bilal, “Fûrû‘ Fıkıh Sistematiği Üzerine”, *M.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 31, (2006/2), s. 19-20.

II. ARAŞTIRMANIN AMACI ve METODU

Araştırmanın asıl amacı, erken dönem fıkıh kaynaklarından yola çıkarak dâva vekâletine dair fıkıh ve edebü'l-kâdî literatüründe kazuistik bir yöntemle ele alınan bilgileri bir araya getirmek suretiyle, işlevsel olarak benzer mahiyette olan bugünün vazgeçilmez bir kurumunun İslâm hukukundaki hukuki mahiyetini ortaya koymaktır. Nitekim toplumda kişilerin bazı hukuki ihtiyaçlarını gidermek için kurduğu ilişkilerden biri de dâva vekili ile müvekkil arasında gerçekleşen, müvekkilin hukuki işlerinde ona yardımcı olma ve onu savunma amaçlı ilişkidir. Ancak bu, her ne kadar ilk bakışta vekil ile müvekkil arasında gerçekleşen iki taraflı bir ilişki olarak görülse de müvekkilin dâvalaştığı karşı taraf ve adaleti temsil eden hâkimle ilişkisi de düşünülürse oldukça karmaşık bir hal almaktadır. Dolayısıyla taraflar arasındaki hukuki münasebetlerin niteliğinin belirlenmesi de bir o kadar zor ve önemli olmaktadır. Bazen müvekkil vekilden beklediği performansı bulamayabilir, dâvadan beklediği sonucu alamayabilir hatta belki dâvayı kaybedebilir. İşte bu noktada vekil ile müvekkil arasındaki sözleşmenin niteliği ve bu sözleşme ile vekilin üstlendiği borçların tespiti gerekmektedir.

Bu çalışma esnasında, İslâm hukukunun başlangıcı, klasik dönemi ve Osmanlı'nın son dönemi bir çizgi olarak düşünülüp, dâva vekâletinin gelişimi, aynı zamanda tarihi süreklilik göz ardı edilmeksizin incelenmiştir. Çalışmanın asıl hedefi, dâva vekâletinin yargılama hukukundaki yerinden ve kurumsal gelişiminden ziyade özel hukukun bir alt dalı olarak borçlar hukukundaki yerinin tespiti olduğundan, müvekkil ve vekil arasında akit kurma sonucu ortaya çıkmış borç ilişkisine göre, dâva vekilinin hak ve borçlarının tespiti de tezle elde edilmek istenen öncelikli amaçlardandır. Her ne kadar araştırmanın amacı, İslâm hukukunda vekâlet akdi içerisinde onun türlerinden biri olarak karşımıza çıkan dâva vekâletinin, Türk hukukundaki karşılığı olarak gösterebileceğimiz avukatlıkla karşılaştırması olmasa da, iki farklı hukuk sisteminin ürünü olan bu iki hukuki işlemin, toplumdaki benzer hukuki ihtiyaçlardan doğduğu düşünüldüğünden, yeri geldikçe avukatlık kurumuna da değinilmiştir.

Tüm bu amaçlara yönelik olarak çalışmanın birinci bölümünde, öncelikle dâva vekâletinin üst başlığı konumundaki vekâlet akdinin anlamı, unsur ve şartları ele alınıp,

akdin hukuki niteliği ve türleri, dâva vekâleti akdine temel teşkil edecek şekilde incelenmiştir. Ardından asıl konu olan dâva vekâletine (el-vekâle bi'l-husûme) geçilerek orijinal terimde anahtar kelime konumundaki 'husûmet' kavramı, konunun üzerine oturduğu düzlemi belirginleştirmek adına ele alınmıştır. Böylece vekâlet ve husûmet kelimeleri açıklandıktan sonra, bir araya gelerek oluşturdukları “el-vekâle bi'l-husûme” teriminden yola çıkarak dâva vekâletine dair yapılan tanımlar incelenmiştir. Dâva vekâleti akdinin meşruiyetine dair bilgiler verildikten sonra, bu akdin yargılama hukuku boyutu da dikkate alınarak, vekil, müvekkil ve vekâletin konusunun kendine has şartlarına yer verilmiştir.

Günümüzde, dâva vekâletinin kural olarak ücret karşılığı yapılan bir vekâlet türü olmasından dolayı, İslâm hukukunda vekâletin ücretli olarak kurulması konusu ayrıntılı olarak ele alınmış ve bu durumda akdin mahiyetinde ortaya çıkacak değişmelere dair literatürde yer alan tartışmalar, benzer akitlerle mukayese edilerek incelenmiştir. Bu bölümde son olarak dâva vekâletinin mahkeme tarafından kabul edilme şartlarına değinilmiştir.

İkinci bölümde, dâva vekâleti akdinin kapsamı, dolayısıyla vekilin yetkileri, akdin kuruluş esnasında kullanılan ifadeler ve kayıtlar dikkate alındığında ortaya çıkan her bir vekâlet türü açısından ayrı ayrı incelenmiştir. Ardından dâva vekilinin sorumluluğu açıklanarak, akit kurma sonucu taraflar arasında ortaya çıkan borç ilişkisi, vekilin hak ve borçları açısından ele alınmıştır. Son olarak üçüncü bölümde ise, dâva vekâletini sona erdiren sebepler açıklanmıştır.

III. ARAŞTIRMANIN KAYNAKLARI

Öncelikle belirtmek gerekir ki dâva vekâleti, klasik fıkıh literatüründe genel vekâlet akdi içerisinde incelendiğinden, kaynaklarda müstakil olarak incelenmemektedir. Bu durum klasik doktrininin oluştuğu dönemin karmaşık olmayan çalışma ve iş hayatı şartlarıyla da bağlantılı olarak, zaten kaynaklarda günümüzdeki kadar şekillenmemiş bir şekilde yer alan akdin araştırılmasında tez boyunca bir zorluk olarak karşımıza çıkmıştır.

Araştırmada dâva vekâleti dört mezhebe göre incelendiğinden, bu mezheplere ait pek çok fûrû kitabından biraz da temsil ettikleri zaman dilimi ve kuşak göz önüne alınarak istifade edilmiştir. Bu eserler arasında Hanefîler'den en çok, Serahsî'nin *Mebûsû'tu*, Kâsânî'nin *Bedâiu's-sanâi'si*, İbn Abidinî'nin, *Hâşiyetu kurretu uyûni'l-ahyar tekmileti Reddi'l-muhtâr'ı* ve Ali Haydar'ın *Dürerü'l-Hükkâm'ına* başvurulmuştur. Şâfiî mezhebinden ise, Nevevî'nin *Ravzatü't-tâlibîn'i*, Nevevî'nin *Mecmû'una* yazılan şerhler arasında yer alan Remlî'nin *Nihâyetü'l-muhtâc'ı* ve Şîrâzî'nin *el-Mühezzebe'i* zikredilmesi gereken eserlerdendir. Mâlikî mezhebine ait olup tezin yazım süresi boyunca kendisine müracaat edilen kaynaklardan belli başlıları ise, İbn Rüşd el-Hafîd'in, *Bidâyetü'l-müctehid'i*, Desûkî'nin *Hâşiyesi*, Hattab Ruaynî'nin *Mevâhibü'l-Celîl'i* ve Derdîr'in *Şerhu'l-kebîr'idir*. Hanbelî kaynaklarından en çok yararlanılanlar ise İbn Kudâme'nin *el-Muğnî'si*, Buhârî'nin *el-Keşşâfû'l-Kinâ'sı* ile İbn Müflih'in *el-Mübdi'* adlı eseridir.

Fıkıh kitapları dışında, konunun yargılama hukuku ile olan alakasından dolayı edebî'l-kâdi ve siyâsetü's-şer'iyye literatürüne ait eserlere de sıkça başvurulmuştur. Bunların Hanefîlere ait olanlarından, Sadrüşşehid'in *Şerhu edebî'l-kadi li'l-hassaf* adıyla Hassaf'ın eserine yazdığı şerhi, Semnânî'nin *Ravzatü'l-Kudât'ı* ve Tarablusî'nin *Muînü'l-Hükkâm'ından* faydalanılmıştır. Mâlikî mezhebenden İbn Ferhûn'un *Tebssiratü'l-Hükkâm* adlı muhakeme usulüne dair önemli eseri ise, tezde bu literatüre dair en çok istifade edilen kaynaktır.

Tezde, konuyla doğrudan veya dolaylı alakalı olarak günümüzde telif edilen kitaplar, tezler ve makalelerden ulaşabildiklerimizden de istifade edilmiştir. Bunlar arasında en önemlisi, Hasan Mahmud Selman tarafından kaleme alınan *el-Muhâmât târihuha fi'n-nizam ve mevki'ü's-şer'iati'l-İslâmiyye minha* isimli, Ürdün Avukatlık Kanunu ile dâva vekâletini mukayeseli olarak ele aldığı doktora çalışmasıdır. Müslim Muhammed Cevdet Yusuf'un *el-Muhâmât fi dav'i's-şer'iati'l-İslâmiyye ve'l-kavânîni'l-Arabiyye: bahsu mukârene* adıyla yayınlanan avukatlıkla mukayeseli bir diğer çalışma da yine istifade ettiğimiz kaynaklar arasındadır. Ancak bu kaynakların temel amacı, günümüzdeki avukatlığın fıkhi hükmünü ortaya koymak olduğundan, İslâm hukukunda dâva vekâleti müstakil ve bütüncül olarak ele alınmak yerine gereken yerlerde ihtiyaç nispetinde incelenmiştir. Muhammed Rıza Abdülcebbar el-Ânî ise İslâm hukukunda

vekâleti genel olarak ele aldıktan sonra konuyu Irak medeni kanunu ile mukayese ettiği *el-Vekâle fi'sşerî'a ve'l-kânûn* adındaki doktora çalışmasında, vekâlet türlerinden sadece dâva vekâletine müstakil olarak yer ayırır. Bunun sebebi olarak ise dâva vekâletinin önemini ve diğer vekâlet türlerine nazaran insanlar arasında daha fazla ihtiyaç duyulmasını gösterir. Bu araştırmada dâva vekâleti, müstakil bir çalışma olarak yer almamasına rağmen diğerlerine nispetle bütüncül ve daha ayrıntılı olarak ele alınmış olsa da, diğerlerinde olduğu gibi burada da klasik kaynakların naklinin ötesine çok fazla geçilmediği görülmektedir. Ayrıca, günümüze uygun olarak dâva vekâletinin ücretli kurulması durumunda İslâm hukuku nazarından akdin mahiyetinin ne olacağına dair bir analize de, Selman'ın çalışmasındaki avukatlık ücretinin İslâm hukukundaki meşruiyetini araştırdığı bir kısımda yer alan bilgiler dışında rastlanmamaktadır. Bu konuda Türkçe olarak kaleme alınmış müstakil sadece iki kaynaktan biri ise Haluk Songür'ün İslâm hukukundaki dâva vekâletini, Türk hukukundaki avukatlıkla mukayeseli olarak incelediği “İslâm Hukukunda Avukatlık Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme” adlı makalesidir. Diğer kaynak ise Mehmet Gayretli'nin sadece internet ortamında yayınlanmış “İslâm Adliye Teşkilatında Avukatlık” isimli makalesidir. Konuyla alakalı Türkçe literatürde derli toplu bilgiler ihtiva eden nadir kaynaklar olması itibarıyla çalışmamızın başlangıcında istifade etmekle birlikte bu iki makale, daha çok ikincil kaynakları kullanmaları ve akdin hukuki niteliğinden ziyade konuya günümüzdeki avukatlık ve adliye teşkilatı nazarından yaklaşılması dolayısıyla bizim açımızdan sınırlı birer kaynak mahiyetindedir. Çünkü bizim tezde öncelikli amacımız, dâva vekâletinin avukatlıkla mukayesesi değil, İslâm hukukundaki mahiyetini ve gelişimini göstermeye çalışmak olmuştur. Konumuzla doğrudan alakalı müstakil bir kaynak olmamasına rağmen Bilal Aybakan'ın *İslâm Hukukunda Vekâlet Sözleşmesi* isimli yüksek lisans tezi ise araştırma boyunca istifade ettiğimiz bir kaynak olmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

DÂVA VEKÂLETİNİN MAHİYETİ

Dâva vekâleti, vekâlet akdinin türlerinden olup, vekâlet akdinde aranan şartların hemen tamamı dâva vekâletinde de aranır. Ayrıca diğer vekâlet türlerinde bulunmayıp dâva vekâletinin özelliklerinden ve mahiyet farklılığından kaynaklanan birtakım özel şartlar da söz konusudur.

Burada öncelikle konunun üst başlığı olan vekâlet hakkında genel olarak bilgi verilecek daha sonra dâva vekâleti (el-vekâle bi'l-husûme) teriminde anahtar kelime konumundaki 'husûmet' kavramına değinilerek dâva vekâletine ve bu akdin kendine has şartlarına geçilecektir.

I. VEKÂLET

A. VEKÂLETİN SÖZLÜK ve TERİM ANLAMI

Vekâlet, sözlükte, “bir şeyi veya bir şeyin sorumluluğunu güvenilir birine bırakmak, devretmek” anlamlarına gelen V-K-L fiilinin tevkîl anlamında bir mastar ismidir. El-vikale şeklinde vav harfi kesreli olarak da gelmektedir.² **Tevkîl** ise, “bir kimseyi vekil tayin etmek” veya “kendi işini göremeyen bir kimsenin, bu işini, yeterliliğine güvendiği bir başkasına tevdî etmesi”³ anlamına gelir. Vekâlet aynı zamanda hıfz, teslim, tefvîz, itimâd, kifâyet, damân, mürâat manalarına da gelmektedir.⁴ Kendisine başkası tarafından bir iş tefvîz edilen kimseye **vekil**, bu işi tefviz edene **müvekkil**, tefviz edilen işe ise **müvekkelün bih** veya **müvekkelün fih** denir.⁵

² İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, tsh. Emin Muhammed Abdülvehhab, Muhammed es-Sadık el-Ubeydi, Beyrut: Dârü'l-ihyâi't-Türâsi'l-Arabi, 1997, XV, 387-8; Cevherî, *es-Sihâh tâcû'l-luga ve sıhâhi'l-Arabiyye*, Beyrut: Dârü'l-İlm li'l-Melayin, 1990, V, 1844.

³ İbn Manzûr, XV, 387.

⁴ Serahsî, Ebû Bekr Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl, *el-Mebsut*, İstanbul: Çağrı Yayınları, 1983/1403, XIX, 2; Kâsânî, Ebû Bekr Alaeddin Ebû Bekr b. Mes'ud b. Ahmed el-Hanefî, *Bedaiü's-sanai' fî tertibi's-şerai'*, thk. Ali Muhammed Muavviz, Adil Ahmed Abdülmevcut, Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1997/1418, VII, 425; Buhûtî, Şeyh Mansur b. Yunus b. Selahiddin el-Hanbelî, *Keşşâfü'l-kına' an metni'l-İkna'*, Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1982, III, 421; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukukî İslâmiyye ve Istulâhatı Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Yayınevi, İstanbul 1970, VI, 311.

⁵ Bilmen, VI, 311.

Fıkıh eserlerinde vekâletin terim anlamına dair çeşitli tanımlar yapılmıştır. Tanımlarda ağırlıklı olarak vekâletin sözlük anlamında yer alan *hıfz*, *teslim*, *tefvîz*, *itimâd* kelimeleri yer almaktadır.⁶ Genel olarak benzer olmakla birlikte, bu tanımların tamamı dâva vekâleti gibi bazı vekâlet türlerinin hepsini içine alacak şekilde kapsamlı değildir. Burada, vekâletin tanımları ayrıntılı olarak verilmek yerine, dâva vekâletine hazırlık olması bakımından Hanefî mezhebi esas alınarak farklı dönemlere ait üç tanım vermekle iktifa edilecektir.

Serahsî (483/1090) vekâleti, ‘Bir şeyi veya bir işi birine tevdî‘ eylemek ve teslim etmek’⁷ olarak tanımlamaktadır. Serahsî’den bir asır sonra yaşamış olan Kâsânî’nin (587/1191) *Bedâi’u’s-sanâi* isimli klasik fûru eserinde ‘tasarruf ve koruma yetkisinin vekile bırakılması’⁸ şeklinde daha kullanışlı bir tanım yer almaktadır. Mecelle’nin 1449. maddesine göre vekâlet, “Bir kimse işi başkasına tefvîz etmek ol işde onu kendi yerine ikâme eylemektir.” Burada tasarruf kelimesi yerine “iş” kullanılmaktadır. Ancak kasıt tasarruftan farklı bir şey değildir.⁹

Son olarak, Hanefî literatüründe klasik sistemle telif edilmiş son eser sayılan Ömer Nasuhi Bilmen’e (1883/1971) ait *Hukukî İslâmiyye ve Istılâhatı Fıkhiyye Kamusu*’nda ise vekâlet, “Bir kimsenin kendisi de yapabileceği muamelâtta bir işini başkasına tefviz etmesi, onu kendi yerine ikâme eylemesi” olarak tanımlanmaktadır.¹⁰

Tanımları genel olarak tahlil edecek olursak; Serahsî’nin tanımında “teslim etme” kaydı yer almaktadır. Ancak ikrara, husûmete vekâlet gibi mali olmayan bir takım tasarruflarda, alıma veya satıma vekâlette olabileceği gibi bir şeyi teslim etmek söz konusu olmayabilir. Bu açıdan tanım kapsayıcı nitelikte görünmemektedir. Kâsânî’nin tanımında yer alan *tasarruf* mutlak olarak zikredildiği halde tasarrufun kapsamına giren bütün fiiller vekâletin konusu olmaya elverişli değildir. Çünkü ister hukuka uygun isterse aykırı olsun kendisine hukuki bir netice bağlanan insana ait kavî veya fiilî her şey tasarruf olarak nitelenebilir.¹¹ Ancak had, kısas ve tazir suçları gibi hukuka aykırı tasarruflar, ilgili kısımda anlatılacağı üzere bazı hallerde vekâlete konu

⁶ Bkz. Serahsî, XIX, 2; Kâsânî, VII, 426; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc ila şerhi'l-minhâc*, Beyrut, Dârü'l-Fikr, 1984, V, 15.

⁷ التوقيض والتسليم Serahsî, XIX, 2.

⁸ توقيض التصرف والحفظ إلى الوكيل Kâsânî, VII, 426.

⁹ Aybakan, Bilal, *İslam Borçlar Hukukunda Vekâlet Sözleşmesi* (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1990, s. 15.

¹⁰ Bilmen, VI, 311.

¹¹ Zeydân, *el-Medhâl li-diraseti's-şeriatî'l-İslâmiyye*, Beyrut, 1986, s. 286.

edilmekle birlikte bunların vekâlete konu olması genelde uygun görülmemiştir. Bilmen'in tanımında yer alan 'muâmelât' kaydı ise, hem hukuka aykırı fiillerin hem de fiilî bir takım tasarrufların vekâlete konu olamayacağını belirtmek üzere konmuş olmaktadır. Zira "muâmelât" kelimesi ilke olarak, hukuka uygun tasarrufların kavli olanlarını belirtmek üzere kullanılır.¹² Bu da define aramak, odun toplamak gibi hukuka uygun olmakla birlikte maddi fiillerin vekâlete konu olamayacağını açıklamaktadır.¹³

Tüm bunlara dayanarak tanımda geçen tasarruftan kastın, modern hukukta tasarrufla ilgili açıklamalardan da hareketle, hukuki bir sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamasını ifade eden hukuki işlemler olduğu söylenebilir.¹⁴ Nitekim *Diyanet İslâm Ansiklopedisi*'nde vekâlet maddesinin müellifi Bilal Aybakan vekâleti, "bir kimsenin birine kendi adına hukuki işlem yapma yetkisi vermesi ve bu yetki" olarak tarif etmektedir.¹⁵

Modern hukukta vekâlet akdinin nasıl tanımlandığına örnek olarak, Türk Borçlar Kanunu'nun (BK) 502/I maddesinde yer alan tanım burada verilebilir. Madde vekâleti, "Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir." şeklinde tanımlar. Türk hukukundaki vekâletin hangi tür işlemleri kapsadığını anlama noktasında aynı maddenin ikinci fıkrasında yer alan "Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde bu kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır." hükmü oldukça önemlidir. Buna göre BK, hizmet ve istisna akitlerinin hükümlerine tabi olmayan iş ve hizmetlerin görülmesini vekâlet akdi kapsamında değerlendirerek İslâm hukukundaki vekâletten ayrılmıştır. Zira İslâm hukukunda yukarıda ifade ettiğimiz üzere sadece hukuki işlemler vekâlete konu edilmiş, hekimlik ve öğretmenlik gibi maddi fiiller icâre akdi içinde "ecîr-i müşterek" başlığı altında ele alınmıştır.¹⁶

B. VEKÂLET AKDİNİN UNSUR ve ŞARTLARI

İslâm hukukunda, bir akdin kurulması (in'ikad) için bazı unsur ve şartların bulunması gerekir. Akdin kurulması için gerekli bu asgari unsurlar (rükün), Hanefîler ve diğer mezhepler arasında ihtilafıdır. Hanefîler'e göre akdin rükünü icab ve kabulden

¹² Aybakan, Bilal, "Muamele", *DİA*, XXX, 319.

¹³ Aybakan, *Vekâlet Sözleşmesi*, s. 15-16.

¹⁴ Bkz. Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, 7. bs., Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011, s. 368-70.

¹⁵ Aybakan, Bilal, "Vekâlet", *DİA*, XLIII, 1.

¹⁶ Aybakan, *Vekâlet Sözleşmesi*, s. 88.

ibarettir. Diğer mezhepler ise, îcab-kabul, konu, taraflar ve bunlara ait vazgeçilmez vasıf ve şartların tümünü birden akdin rüknü kabul edip, bunlardan birinin yokluğu halinde akdin bâtıl olacağı görüşündedirler. Hanefiler, akdin rüknünü sadece îcab ve kabul olarak belirlerken bunlarla akdin kurulabilmesi için ehliyetli tarafların ve akit yapmaya uygun bir konunun mevcudiyetinin zaten îcab ve kabulün zımnında olduğunu düşünürler.¹⁷ Dolayısıyla bunlar da akdin rüknünün şartları diyebileceğimiz kuruluş şartlarıdır (in'ikad şartları). Bunların yokluğu da unsurların yokluğunda olduğu gibi akdin batıl olmasını gerekli kılar.¹⁸

Akdin unsurları hakkında mezhepler arasındaki bu görüş ayrılığı özel bir akit türü olan vekâlet akdi için de geçerlidir. Hanefiler'e göre, vekâlet akdinin tek unsuru karşılıklı irade beyanı olan îcab-kabuldür.¹⁹ Diğer mezhepler ise îcab-kabulün yanı sıra, vekâlet akdinin taraflarını oluşturan müvekkil, vekil, akdin konusu olan müvekkelün fihi ve bunlara ait vazgeçilmez vasıf ve şartların tümünü vekâlet akdinin unsurları arasında saymışlardır.²⁰

Akdin rüknü hakkındaki Hanefiler ile diğer mezhepler arasındaki bu ayrım temelde onların rüknü tarif edişlerine dayanmaktadır. Zira Hanefiler, bir şeyin akdin rüknü olabilmesi için onun akdin mahiyetinden bir cüz olmasını aramışlardır. Cumhur ise, akdin mahiyetinden bir cüz olmasını aramaksızın, akdin oluşmasının onun varlığına bağlı olmasını yeterli görmekte-dirler.²¹

Burada vekâlet akdinin unsur ve şartları, vekâlet akdinin mahiyetini ortaya koymak adına benzer akitlerle olan farklılık ve bağlantılara da dikkat çekilerek akitlerin temel parametreleri üzerinden ele alınacaktır.

1. Tarafların Anlaşması

İslâm hukukunda ilgili ayetin de işareti gereği²² “karşılıklı rıza” akit kurmanın esasıdır. Bütün akit türleri gibi vekâlet akdinde de esas olan akdin taraflarının akdi

¹⁷ Zeydân, s. 288.

¹⁸ Karaman, Hayreddin, “Akid”, *DİA*, II, 253.

¹⁹ Kâsânî, VII, 426. “Tevkilin rüknü icab kabuldür. Şöyle ki; müvekkil şu hususa seni vekil ettim deyip de vekil kabul ettim dese yahud kabulünü müş'ir başka bir söz söylese vekâlet mün'akit olur” (Mecelle, md., 1451)

²⁰ Remlî, V, 16; Derdir, Ebü'l-Berekat Ahmed b. Muhammed b. Ahmed Adevi, *eş-Şerhü'l-kebîr ala Muhtasari Halîl*, thk. Kemaleddin Abdurrahman Kari, Sayda: el-Mektebetü'l-Asriyye, 2006/1427, II, 1146.

²¹ Zuhaylî, Vehbe, *el-Fikhü'l-İslâmî ve edilletuhu*, Dımaşk, 1985, V, 72.

²² en-Nisâ, 4/29.

meydana getirecek şekilde iradelerinin ve kasıtlarının bulunmasıdır. Ancak “bir şeyi yapmaya karar vermek ve ona yönelmek” anlamına gelen *irade* kavramı, kişinin içinde meydana gelen sübjektif bir durum olduğundan kendisine hukukî bir sonuç bağlanabilmesi için dışarı yansıtılması gerekmektedir. İşte bu yüzden iradenin iki safhasından bahsedilir. Birisi, iradenin içte oluşumunu yani aslında gerçek anlamdaki iradeyi ifade eder ki buna iç irade (el-irâdetü'l-bâtine) denir. Diğeri ise içte oluşan iradenin objektif kriterlere tâbi tutulabilmesi için açıklanması olup bu da modern literatürde dış irade (el-irâdetü'z-zâhire) olarak yer almaktadır. İç iradenin klasik kaynaklardaki karşılığı “rıza ve ihtiyar”; dış iradenin karşılığı ise “ehliyetli kişilerin bir hukuki işlemi kurmaya yönelik irade açıklaması” nı ifade eden ve özellikle akitler bağlamında kullanılan îcab-kabul ifadeleri yani “sîgatü'l-akd” dir.²³

Vekâlet akdinde îcab, ilke olarak, müvekkil tarafından yapılır. Müvekkilin vekâlet akdi kurmak için vekâlet veya bu anlama gelen bir lafızla îcapta bulunması yeterlidir. Müvekkil, “şu dairemi satmak için sana izin verdim (izin),²⁴ .. sana bıraktım (tefviz), ...razıyım (rıza), ...istiyorum (istek ve irade), ...yetkili kıldım, ... hayattayken yapman için seni vasî kıldım (vesayet) ve ..sat (emir) gibi lafızlarla îcapta bulunmuş olur. Hatta Mâlikîler'e göre örfen vekâlete delalet eden bir lafızla da vekâlet akdi kurulabilir.²⁵

Vekâlet akdinin kurulabilmesi için vekilin hazır bulunması da şart değildir. Ancak Hanefîler'e göre vekilin müvekkil tarafından yapılan îcaptan haberdar olması gerekmektedir. Vekil ile müvekkil aynı ortamda değillerse müvekkil îcabını karşı tarafa mektup veya haberci vasıtasıyla iletebilir.²⁶ Müvekkilin kendi işini vekile tevdi ettiği haberini iki veya adil bir kişinin haber vermesi, vekilin de buna dayanarak işe başlaması da akdin kurulmuş olması anlamına gelmektedir.²⁷

Kabul ise, “kabul ettim” şeklinde sarîh bir ifadeyle olabileceği gibi vekilin kendisine yapılan vekâlet teklifine kabul veya red beyanında bulunmaksızın teklifin

²³ Apaydın, Yunus, “İrade Beyanı”, *DİA*, XXII, 387; Zeydân, s. 294.

²⁴ “İzin ve icazet tevkîldir.” (Mecelle, md. 1452).

²⁵ Derdir, II, 1148.

²⁶ Kâsânî, VII, 426.

²⁷ Buhûtî, III, 483.

gereğini yapmaya başlaması şeklinde zımni de olabilir.²⁸ Ancak vekâlet akdi bir ücret karşılığında kuruluyorsa Şâfîîler'e göre kabul sarîh olmak zorundadır.²⁹ Ücretli vekâlet konusu ileride ayrıntılı bir şekilde alınacaktır.

BK. md.503 de vekâlet akdinde kabulün zımni bir şekilde olabileceğini ifade eder: “Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi bu işi görme konusunda resmî sığata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereğı ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır.”

Vekâlet verme izin mahiyetinde bir işlem ve izin de rücû edilmediğı sürece devam ediyor hükmünde olduğundan kabulün, îcabın hemen peşinden yapılmayıp daha sonra açıklanması da mümkündür. Bu durum vekâlet akdindeki meclis birliğı şartını ve muhayyerlikleri de ortadan kaldırmaktadır.³⁰

Hanefîler'in akdin rüknü ile ilgili görüşüne uygun olarak îcab-kabulün zımnında yer alan diğeri bir unsur olan taraflar yani müvekkil ve vekil ile ilgili genel şartlara da burada değinmek istiyoruz. Vekâlet akdinde müvekkilde aranan şartlar genel olarak; akit yapma ehliyetinin bulunması ve vekâlet verdiği konuda tasarruf yetkisine sahip olmasıdır.³¹ Müvekkilin tasarruf yetkisi, bizzat kendisi hakkında olabileceğı gibi küçüklük veya kısıtlılık gibi sebeplerle tasarruf ehliyetine sahip olmayan başkaları üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmak şeklinde de olabilir. Tasarruf ehliyetinin şartı ise temyiz kudreti olduğu için akıl (temyiz) şartında mezhepler görüş birliğı halinde olmakla birlikte bülüğ şartı ihtilaflıdır. Hanefî, Mâlikî ve Hanbelîler'e göre müvekkilin mümeyyiz olması yeterli olmakla birlikte ilk ikisine göre müvekkilin hangi konularda vekâlet verebileceğı, mümeyyizlerin hukuki tasarrufları hakkında yapılan üçlü

²⁸ Kâsânî, VII, 426; İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme Cemmâîlî Makdisî, *el-Muğnî*, thk. Abdullah b. Abdülmuhsin Türki, Abdülfettah Muhammed el-Hulv, 4. bs., Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 1999/1419, VII, 203.

²⁹ Remlî, V, 28.

³⁰ Remlî, V, 28; İbn Kudâme, VII, 204.

³¹ Ânî, Muhammed Rıza Abdülcebbar, *el-Vekâle fi's-Şeria ve'l-Kanun*, Bağdat, 1975, s. 135, 152; Selman, Hasan Mahmud, *el-Muhâmât târihuha fi'n-nizam ve mevküfû's-şeriatil-İslâmiyye minha*, Ürdün, 1987, s. 149.

kategoriye tabidir.³² Ancak Şâfiîler'e göre mümeyyiz küçüklerin kavli tasarrufları mutlak olarak geçersizdir. Dolayısıyla vekâlet de veremezler.³³

Genel olarak, vekâlet akdinde vekilin vekâlet konusu tasarrufa bizzat ehliyetli olması ve şahsen belirlenmiş olması gerektiğinde görüş birliği bulunmaktadır.³⁴ Ancak vekilin hangi durumlarda tasarruf ehliyetinin bulunduğu konusu müvekkilde olduğu gibi ihtilaflıdır. Hanefîler'e göre vekilin mümeyyiz olması yeterli olup bülûğ şart değildir. Çünkü onlara göre temyiz kudretine sahip bulunmak, hukuki hüküm doğuracak tasarrufta bulunmak için yeterlidir. Bununla beraber onun kendi malındaki tasarrufları velisinin iznine matuftur. Ama vekil kendi malında değil de müvekkile ait haklar üzerinde tasarrufta bulunacağından dolayı, müvekkil buna rıza gösterdiğini beyan ettiğinde bu kısıtlılık ortadan kalkmış olur. Aynı zamanda eğer vekil edilecek mümeyyiz çocuk müvekkilin oğlu değilse çocuğun babasının izni de gerekmektedir. Yani vekil atamada çocuğu kendi ihtiyacı için kullanma durumu olduğu için baba mümeyyiz çocuğunun vekil olmasına izin vermezse vekil ataması uygun olmaz.³⁵ Ayrıca mümeyyiz vekilin yaptığı hukuki işlemlerin hukuku yani akitten doğan hak ve borçlar müvekkile ait olur.³⁶ Şâfiî ve Hanbelîler ise müvekkilde aradıkları ehliyeti vekilde de ararlar. Çünkü onlara göre kendine ait haklarda işlem yapamayan kimse başkasına ait haklarda da işlem yapamaz.³⁷

Vekile ait bir diğer şart muayyen olması, yani kimin vekil yapıldığının şahsen bilinir olmasıdır. Mesela, bir kişinin bir topluluğa “sizden birini vekil ettim” demesi gibi tayin edilmeden vekil atama durumunda vekâlet geçerli değildir.³⁸

³² Mümeyyizlerin hukuki tasarruflarını Hanefî ve Mâlikiler üç kategoride incelemişlerdir: Buna göre mümeyyiz müvekkil, boşama, sadaka gibi kendisine mutlak olarak zararlı tasarruflara vekâlet veremez. Hibeyi kabul gibi sırf yararına olanlara ise kanuni temsilcilerinin muvafakatine gerek olmaksızın vekâlet verebilir. Ancak alış-veriş gibi hem yarar hem de zarara ihtimali bulunan tasarruflara kanuni temsilcilerinin iznine bağlı olarak vekâlet verebilirler. Kâsânî, VII, 427; Derdir, II, 1146; Buhûti, III, 463; İbn Rüşd, Ebû'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed Kurtubi, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihayetü'l-muktesid*, 6. bs., Beyrut: Darü'l-Marife, 1985/1405, II, 301.

³³ Remlî, V, 16.

³⁴ Fakihler, ‘Kendisi için tasarrufu sahih olan herkesin başkası için tasarrufu da sahih olur.’ demişlerdir. Ânî, s. 156.

³⁵ Serahsî, XIX, 12.

³⁶ Kâsânî, VII, 428; Haydar, Ali, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-ahkâm*, İstanbul: 1330, III, 560.

³⁷ İbn Kudâme, VII, 197-8.

³⁸ Ânî, s. 162; Selman, s. 171.

Vekilin vekâletten haberdar olmasının şart olup olmadığı ise ihtilaflıdır. Bu konuda iki görüş vardır: Hanefî mezhebine göre vekilin vekâletten haberdar olması gerekir. Eğer vekil, vekil olduğunu haber almadan bir tasarrufta bulunursa fuzulinin tasarrufu gibi olur. Tasarrufun sonucunun müvekkil adına nefâz bulması için sonradan icazet verilmesi gerekir. Çünkü başkasının hakkında onun önceden izni olmaksızın tasarrufta bulunulamaz.³⁹ Cumhur ise vekilin vekâleti bilmesinin akdin sıhhati için şart olmadığı görüşündedir. Onlara göre vekilin vekâlet akdinin muktezasına uygun olarak yaptığı her işlem geçerlidir ve müvekkilin icazetine gerek duymaz.⁴⁰ Bazı Şâfiî kaynaklarından vekâlet ücretsiz ise vekilin bilmesinin şart olmadığı, ücretli ise vekilin ücreti hak edebilmesi için vekâletten haberdar olması gerektiği ifade edilir.⁴¹

Günümüzde avukatlığın ücretli olduğu düşünüldüğünde avukatın bu ücreti alabilmesi bunu önceden bilmesini gerektirir. Aynı zamanda bu görüş, insanlar arasında çekişme ve tartışmanın engellenmesine ve düzenin korunmasına da katkı sağlamaktadır.⁴² Bu da Hanefîler'in ve akit ücretli olduğunda vekilin haberdar olmasını şart koşan bazı Şâfiîler'in görüşüne uygundur.

Hanefîler; gayrimüslim, mürted ve kölenin vekil olabileceği görüşündedirler.⁴³ Ancak darü'l-islâmdaki müslümanın darü'l-harbdeki bir gayrimüslimi veya tam tersi olarak darü'l-harbdeki bir gayri müslimin darü'l-islâmdaki müslümanı vekil etmesi geçerli değildir.⁴⁴ Şâfiî ve Hanbelîler'e göre ise ülke farklılığı (ihtilâf-ı dâreyn) vekâlete engel görülmemektedir.⁴⁵ Mâlikîler'e göre, vekilin müslüman ve hür veya ticârete izin verilmiş köle (me'zun) olması gerekmektedir.⁴⁶

2. Akdin Konusu

Vekâlet akdinin konusuyla (müvekkel fih) ilgili şartlar aynı zamanda vekâletin nelerde caiz olduğu ve nelerde olmadığını da açıklar. Vekâlet akdinin konusu ile ilgili

³⁹ Kâsânî, VII, 428.

⁴⁰ Ânî, s. 163.

⁴¹ Selman, s. 174.

⁴² Selman, s. 174.

⁴³ “Müddei ve müdde aleyhden her biri dilediğini tevkîl edebilir” şeklindeki Mecelle 1516. maddede geçen “her biri dilediğini” denmesi de buna işaret etmektedir. (Ali Haydar, III, 560)

⁴⁴ Kâsânî, VII, 428.

⁴⁵ Ânî, s. 166.

⁴⁶ Desûki, Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed b. Ahmed b. Arafе, *Hâşiyetü'd-Desûki ala şerhi'l-kebir*, [y.y.]: Dârü'l-Fikr, [t.y.], III, 386-7.

ilk şart konunun niyabete elverişli olmasıdır. Niyabeti kabul etmeyen işlerde vekâlet sahih olmaz. Yani kişinin doğrudan şahsında taayyün etmeyip bir başkasının yapmasıyla da neticenin doğduğu türden işlerde vekâlet verilmesi geçerlidir.⁴⁷ Mesela şahitlik niyabete elverişli olmadığı için vekâlet caiz değildir. Çünkü şahitlik insanın kendi gördüğü veya duyduğunu haber vermesidir. Bir başkasının yani vekilin yapmasıyla maksat hasıl olmaz. Sırf bedeni olan ibadetler, yapılış maksadı itibariyle ibadetlere benzeyen adak ve ilâ, lian, kasâme gibi yemin türünden işlemler niyabete elverişli değildir. Dâva takibi ise niyabete elverişli bir tasarruf olduğundan vekâleten yapılması ittifakla geçerlidir.⁴⁸

Akit konusuyla ilgili ikinci şart; vekâlet konusunun belirli (muayyen) ve bilinir (mâlum) olmasıdır.⁴⁹ Vekâletin konusunun malum olması, vekilin vekâlet konusunda müvekkilin amacını gerçekleştirecek kadar bilgi sahibi olması demektir.⁵⁰ Bir işle ilgili bütün ayrıntıların belirlenmesi mümkün olmayacağı için burada cehaletin miktarı önemlidir. Vekâlet konusunun malum olması, vekâletin yetki alanına göre yapılan genel-özel vekâlet ayrımıyla da alakalı bir husustur. Mesela alıma ilişkin genel bir vekâlette alınacak şeyin türü, vasfı veya semeni belirtilmemiş şekilde aşırı bilinmez (cehâlet-i fâhişe) olması akdin kuruluşuna engel değildir. Fakat özel vekâlette aşırı bilinmezlik akdin kurulmasına engeldir. Aşırı ve ileri derecede olmayan bilinmezlikler (cehâlet-i yesîra) ise vekâletin geçerliliğine istihsanen mani değildir. Bu konudaki istihsanın dayanağı, Peygamber Efendimiz'in, alınacak kurbanın vasfını belirtmeksizin bir kurbanlık alması için Hakîm b. Hizâm'a bir dinar vermesidir. Çünkü bu tür cehalet kurbanın vasfı ve ücretin belirtilmesiyle ortadan kalkmış olur.⁵¹

Fakihler vekâlet akdinde vekile herhangi bir ücret ödenmeyecekse vekâlet konusunun malum olması şartında daha toleranslı davransalar da vekâlet ücretli olduğunda bu şartta titizlik gösterirler. Nitekim *İbn Nüceym* (970/1563) bu durumu

⁴⁷ Serahsî, XIX, 10; Derdir, II, 1147; İbn Kudâme, VII, 197; Nevevî, Ebû Zekeriyâ Muhyiddin Yahyâ b. Şeref b. Nuri, *Ravzatü't-tâlibîn*, thk. Adil Ahmed Abdülmevcud, Ali Muhammed Muavvaz, Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 2003/1423, III, 523.

⁴⁸ İbn Kudâme, VII, 199; İbn Rüşd, II, 302.

⁴⁹ Nevevî, III, 527.

⁵⁰ Bilmen, VI, 334.

⁵¹ Kâsânî, VII, 434.

“Şayet müvekkil vekile ücret karşılığı iş verirse, eğer malum bir amel üzere ise sahihtir yoksa değildir.”⁵² şeklinde ifade etmektedir.

Akit konusuyla ilgili üçüncü şart, vekâlete konu olan tasarrufun müvekkilin yetkisi dahilinde bulunmasıdır.⁵³ İslâm hukukçuları nelerin vekâlete konu olabileceğini tespit ederken akdin konusu olan tasarrufun kimin hakkı olduğunu da dikkate almışlardır. En genelde vekâlete konu olan tasarruf ya Allah haklarının (hakkullah) ya da kul haklarının (hakkulibâd) sahasına girer. Her ne kadar birebir örtüşmese de kamu menfaatini korumaya yönelik fiiller hakkullah; ferdin özel menfaatlerini korumaya yönelik fiiller ise hakkulibâd olarak isimlendirilmektedir.⁵⁴ Nelerin vekâlete konu olabileceği haklarla ilgili bu temel ayrımla sıkı sıkıya ilişkilidir. Kul haklarının medeni hukuku ilgilendiren kısmında vekâlet verilebileceğinde ittifak olmakla birlikte çoğu kamu hukuku mahiyetindeki Allah haklarını ilgilendiren konularda vekâlet verilmesi, kişi yetkisi dahilinde olmayan bir tasarrufta vekâlet veremeyeceğinden fakihler arasında ihtilaf konusu olmuştur.⁵⁵

Kamu hukuku mahiyetindeki en önemli haklar cezalara ilişkin konulardadır. Cezalara ilişkin vekâleti, ispata vekâlet ve infâza⁵⁶ vekâlet şeklinde ayrı ayrı ele almak gerekmektedir. Bu suçların ispatına vekâlet verilmesi dâva vekâleti ile ilgili görüldüğünden ‘dâva konusu ile ilgili şartlar’ kısmında ele alınacaktır.

Cezaların infazında ise yetki kime aitse infaza o vekâlet verebilir. Yani infaz yetkisi üst yöneticiye (imam) ait olan zina ve içki içme gibi had ve tazir suçlarının cezalarının infazında yönetici bu infazları adeten bizzat gerçekleştiremeyeceği için bir

⁵² İbn Nüceym, Zeynüddin Zeyn b. İbrâhim b. Muhammed Mısri Hanefî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, thk. Muhammed Mutî' Hafız, Dimaşk: Dârü'l-Fikr, 1983/1403, s. 449.

⁵³ Kâsânî, VII, 429.

⁵⁴ Bkz. Aybakan, “*Füru Fıkıh Sistematiği Üzerine*”, s. 11.

⁵⁵ Kâsânî, VII, 429-30.

⁵⁶ Infâz olarak tercüme ettiğimiz kelimenin aslı istîfadır. İstîfa ise; genel olarak alacağın kabzedilmesi anlamına gelir. Ancak cezalarla ilgili olarak kullanıldığında farklı bir duruma işaret etmektedir. Örneğin; kısas, kul hakkı ağır basan karın haklarıdır ve affı mümkündür. Bu açıdan veliyyüddeme infazdan önce son olarak, tekrar kararı sorulur. İşte burada olumlu ya da olumsuz şekilde son kararı bildirmeye istîfa denir. Durumu daha iyi ifade eden bir kelime bulunamadığı ve günümüz kaynaklarında da istîfa bu şekilde karşılandığı için biz de infaz kelimesini tercih ettik. Bkz. Zuhaylî, *Edille*, V, 4068; İbn Abidin zâde, Alaeddin Muhammed b. Muhammed Emin b. Ömer Dimaşki, *Hâşiyetü Kurreti uyûni'l-ahyâr tekmileti Reddi'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr şerhi Tenviri'l-ebâr*, thk. Adil Ahmed Abdülmevcud, Ali Muhammed Muavviz, Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1994/1415, XI, 381.

başkasına vekâlet vermesinin caiz olduğunda ittifak vardır.⁵⁷ Nitekim Hz. Peygamber'in, zina suçu kesinleşen kişiyi recmetmek için ve Halife Osman'ın da Velid b. Ukbe'ye içki içmenin cezasını infaz için Hz. Ali'yi vekil tayin ettiği kaynaklarda geçmektedir.⁵⁸

Kazf ve hırsızlık hadlerinin infazına vekâlet verilebileceği hususunda dört mezhep ittifak halinde olmakla birlikte bunlar şüpheyle cezası düşen suçlar olduğu için çoğunluk, infazı esnasında müvekkilin mahkemede hazır olmasını şart koşturmaktadırlar.⁵⁹ Şâfiî'ye göre ise müvekkilin hazır olmasına gerek olmaksızın kazfın infazını vekil gerçekleştirebilir. Çünkü zaten hadlerde af ve sulh ihtimali yoktur.⁶⁰ Hanefiler, müvekkil dâvada hazır değilse onun af ve sulh edebilme ihtimali olmasa da müvekkil tarafından bir ikrar ve tasdik muhtemel olduğu gerekçesiyle Şâfiîler'in bu deliline itibar etmemişlerdir. Yani müvekkil konumundaki makzûf kişi suçunu itiraf edebilir. Veya malı çalınan kişi de husûmeti terk edip dâvayı iskat edebilir. Dolayısıyla vekâlet yoluyla görülen dâva şüphelerden uzak değildir. Bu tür dâvalarda şüphe ise haddi veya kisası düşürücü bir sebeptir.⁶¹

Hanbelî fakihi İbn Kudâme (620/1223) de bu konuda şöyle bir delil getirmektedir: Peygamber (sav)'in çeşitli bölgelere gönderdiği kadılar gerek mali gerekse hadler ve kisas gibi şüphelerle düşen dâvalarda hükümler veriyor ve hadleri uyguluyorlardı. Halbuki Peygamber vefat etmeden hükümlerin nesh olma ihtimali vardı. Zira nesh ihtimali hadler konusunda bir şüphe içermektedir.⁶² Bu şüphe durumunun vekâlete tesir etmeyeceğine dair diğer bir açıklama ise şu şekildedir. Müvekkil affeder ve vekil de bu aftan haberi olmadan cezayı infaz ederse önceki ilmi bunu gerektirdiği ve af haberini öğrenmesi de gücü dahilinde bulunmadığından vekilin sorumluluğu

⁵⁷ Kâsânî, VII, 431; İbn Rüşd, II, 302; Şîrâzî, Ebû İshak Cemaleddin İbrâhim b. Ali b. Yusuf, *el-Mühezzebe fî fıkhi'l-İmam eş-Şâfiî*, thk. Muhammed Zuhayli, Dımaşk: Dârü'l-Kalem, 1996/1416, III, 345; İbn Kudâme, VII, 200.

⁵⁸ Şîrâzî, III, 345; İbn Kudâme, VII, 200.

⁵⁹ Serahsî, XIX, 9; Kâsânî, VII, 430-431; Aynî, Ebû Muhammed Bedreddin Mahmûd b. Ahmed b. Musa Hanefî, *el-Binaye fî şerhi'l-Hidaye*, tsh. Muhammed Ömer, [y.y.]: Dârü'l-Fikr, 1980/1400, VII, 268; Şîrâzî, III, 346; İbn Rüşd, II, 302; İbn Kudâme, VII, 203.

⁶⁰ Remlî, V, 25.

⁶¹ Kâsânî, VII, 431.

⁶² İbn Kudâme, VII, 203.

bulunmamaktadır. Çünkü Allah (c.c.) ise kişiyi ancak gücünün yettiğiyle sorumlu tutmuştur (el-Bakara 2/286).⁶³

3. Ücret

Vekâlet akdi esas itibariyle ivazsız yani bedel karşılığı olmayan bir akit olmakla birlikte doğan yeni ihtiyaçlara paralel olarak akdin çerçevesi genişlemiş ve fıkıh kaynaklarında belli şartlar altında ücretli vekâletin olabileceği fikri kabul görmüştür. Çünkü vekâlet câiz (bağlayıcı olmayan) bir akittir, yani şahidin şahitlik yapmasının gerekli olduğu gibi, vekil için gerekli olan bir akit değildir. Dolayısıyla şahitlik için ücret alınamazken vekâlet için ücret alınabilmektedir. Zira Peygamber Efendimiz'in zekât memurlarını zekâtı tahsil etmek için ücretli olarak görevlendirmiş olması da vekâletin ücret karşılığında yapılabileceğinin meşruiyetine dair delil olarak zikredilmektedir.⁶⁴

Mecelle'nin 1467. maddesine göre; “Eğer vekâlette ücret şart edilip de vekîl dahî ifâ-yı vekâlet eylese ücrete müstahikk olur. Şart edilmeyip de vekîl dahî ‘ücret ile hizmet eder’ makuleden değilse müteberri olup ücret isteyemez. Amma ‘ücret ile hizmet eder’ makuleden olduğu takdirde ücret şart edilmese dahî ecr-i misl alır.” Buna göre ücret, vekâletin zorunlu bir unsuru olmamakla birlikte, vekil akit kurulurken kararlaştırılmışsa veya bu konuda bir örf varsa ücrete hak kazanır. Yani dâva vekilinin ücret hakkı, ya vekâlet akdi kurulurken anlaşmakla ya da vekilin konumuna göre lazım olur.⁶⁵ Türk hukukunda da durum aynı şekildedir: “Sözleşme veya teâmül varsa vekil, ücrete müstahak olur (BK. md. 502).” Vekâletin kanuni ve zorunlu olmayan ücret unsuruna ilişkin tarihi gelişimi, Tandoğan tarafından şu şekilde özetlenmektedir:

“Roma hukukunda vekilin müvekkile ait hak ve menfaatleri koruması hatır için yapılan onurlu bir hizmet sayılıyordu; vekil bu hizmeti için dâva edilebilir bir ücret alacağına sahip değildi; ancak müvekkil kendiliğinden bir onur parası (honorarium) verirse bunu geri alamıyordu. Vekilin hizmetlerinin çoğu zaman ihtisas gerektiren

⁶³ Seyyid el-Ensâri, *Akdü'l-Vekâle fi'l-Fıkhi'l-İslâmi*, Mekke, 1979, s. 159.

⁶⁴ Buhûtî, III, 489; Selman, s. 60;

⁶⁵ Ayrıca bkz. Hafif, Ali, *Ahkâmü'l-muâmelâti's-şer'iyye*, Dârü'l-Fikri'l-Arabi, [t.y.], s. 279; Desûki, III, 397.

meslekî bir faaliyet şeklinde kendisini göstermesi karşısında, Fransız MK (md. 1709) işin başlangıcında dâva edilebilir bir ücret alacağı kararlaştırılabileceğini, Avusturya MK (1004) bu konudaki anlaşmanın zımnî de olabileceğini kabul ettiler. İsviçre BK bir adım daha ileri giderek, açık veya zımnî anlaşma olmasa bile, teâmül gerektiriyorsa vekilin ücrete hak kazanması olanağını tanıdı. Yeni İtalyan MK’nda ekonomik gerçekler göz önünde tutularak vekâletin ücretli olması karine olarak kabul edildi. (...) Hâlâ Roma hukukundaki vekâlet kavramının etkisinde olan Alman MK da vekâletin ücretli olabileceği kabul edilmediği için, ihtisası gerektiren serbest meslek faaliyetlerine ilişkin sözleşmeler hizmet ve istisna akdi kavramları içine sokulmağa çalışılmaktadır.”⁶⁶

4. Süre

Vekâlet akdinde vekilin üstlendiği işlem yapma borcu, ilke olarak, zaman kaydına bağlı değildir. Bu durum vekâleti, hizmet (icâre-i âdemî) akdinden ayıran önemli bir unsur olmakla birlikte fakihler vekâletin süresinin tayin edilebileceğinde ittifak halindedirler.⁶⁷ Mesela emanetin teslim alınması için vekil tayin eden kimseye “onu bugün teslim al” dendiğinde vekilin ertesi gün teslim alma hakkı yoktur. Müvekkil bugün ile sınırlayınca, bugünün geçmesi ile vekillik biter.⁶⁸

Vekâletin süresi, vekâletin ücretli olup olmaması ile doğrudan alakalıdır. Zira ücretli bir vekâlette vekâlet süresinin belirlenmesi gerekmektedir. Çünkü icârede süre belirlendiğinde akit, sahih ve ücret de ecr-i müsemma olur. Eğer belirli bir süre zikredilmezse akit caiz olmaz.⁶⁹ Ayrıca ücret karşılığı kurulan vekâlet akdinde müvekkilin vekiline, belirlenen süre bitmedikçe vekâleti sona erdirmemesini aksi halde ücret ödemeyeceği şartını koşma hakkı vardır.⁷⁰

C. VEKÂLET AKDİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Vekâlet akdi, ariyet, vasiyet gibi her iki taraf açısından da bağlayıcı olmayan (gayr-i lâzım) bir akitir.⁷¹ Bu ise taraflardan dileyenin karşı tarafın rızasına gerek

⁶⁶ Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, 1977, II, 365 Aktaran: Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1989, II, 204; Aybakan, *Vekâlet Sözleşmesi*, s. 24-25.

⁶⁷ Zuhaylî, *Edille*, V, 4058.

⁶⁸ Serahsî, XIX, 90.

⁶⁹ Ali Haydar, III, 519-20.

⁷⁰ Zuhaylî, *Edille*, V, 4059.

⁷¹ Remlî, V, 52; İbn Rüşd, II, 302; Buhûfî, III, 468.

kalmadan akde tek başına son verebilmesi anlamına gelmektedir. Vekâlet akdinin tarafların menfaatlerine zarar vermeden kendinden beklenen işlevi görmesi ancak akdin bu niteliği sayesinde mümkün olmaktadır. Aksi takdirde esas itibarıyla bedelsiz olarak kurulan ve teberru amaçlı olan bu akdi taraflar için bağlayıcı kabul etmek, insanlar açısından vekillikten uzak durmaya sebep olabilecekken; müvekkil için de vekâletten olası bir vazgeçme durumunda bu hakka sahip olmadığı için zarar görmesine sebep olabilir.⁷²

Vekâlet akdinin hukuki niteliği, modern hukuk doktrinde de farklı adlandırmalar altında benzeri bir yaklaşımla ele alınır. Nitekim bazı akitler taraflardan yalnız birine bazıları da karşılıklı olarak her ikisine borç yükler. Taraflardan yalnız birine borç yükleyen akitlere çok defa “bir taraflı akit”, her ikisini karşılıklı edim yükümleri altına sokan ve bu edimlerin değiş tokuş edilmesini kapsayan akitlere ise “iki taraflı akit” denmektedir. Bazı akitlerde ise temel edim tektir ve bunu taraflardan yalnız biri taahhüt etmiştir; diğer taraf ise bu edimle değiş tokuş edilmek üzere değil, sadece söz konusu edimin amacını gerçekleştirmek ya da bu amacın gerçekleşmesi için lüzumlu giderleri karşılamak için borç altına girer. Bunlara ise eksik iki taraflı akitler denir. Aynı zamanda bazı akitler iki taraflı olabileceği gibi şartlara göre eksik iki taraflı da olabilir. Vekâlet akdi, ücretli olarak kurulup kurulmamasına göre tam veya eksik iki taraflı akit olabildiği için bu türden akitlerdendir. Yani ücretsiz vekâlet vedia ve ariyet gibi eksik iki taraflı akit iken ücretli vekâlet satım veya kira akdinde olduğu gibi tam iki taraflı akit niteliğinde olmaktadır.⁷³

Vekâletin bir diğer önemli özelliği muâvaza niteliği taşımayan emanet akitlerinden olmasıdır. Bu durumda vekil de emîn olmaktadır. Bu yüzden vedia olduğu gibi vekâlet akdinde de vekilin teaddî ve taksiri bulunmadığı sürece helak olan bir malı tazmin sorumluluğu yoktur. Çünkü bedelsiz olarak kurulan vekâlet akdi bunu gerektirmektedir.⁷⁴

Vekâlet akdinin en önemli özelliklerinden birisi vekilin vekâlet konusu işte başarılı bir sonuç elde etme borcunun olmamasıdır. Vekil bir sonuca ulaşmak için akitte belirlenen şekilde hareket eder; ancak sonuç vekilin gerekli özeni göstermesine rağmen

⁷² Aybakan, *Vekâlet Sözleşmesi*, s. 40; ayrıca bkz. İbn Nüceym, s. 448.

⁷³ Serozan, R., H. Hatemi ve A. Arpacı, *Borçlar Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994, III, s. 44-45.

⁷⁴ Aybakan, *Vekâlet Sözleşmesi*, s. 40; Ânî, s. 248.

elde edilemezse, bunun sorumluluğu vekile ait olmayıp müvekkil bu sonuca katlanmalıdır. Çünkü vekilin vekâletle üstlendiği borç bir sonuç borcu değil özen gösterme borcudur.⁷⁵ Diğer bir anlatımla vekil başarılı bir sonuç almakla değil, sonucu elde etmek için gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Vekâletin bu özelliği, onu diğer bir iş görme akdi⁷⁶ olan istisna akdinden ayırmaktadır. Çünkü istisna akdinde müteahhidin borcu başarılı bir sonuç elde etmektir.

Vekil ile müvekkil arasındaki ilişkide nisbî bir bağımsızlığın söz konusu olması da vekâletin ayırt edici bir vasfıdır. İcâre akdindeki işçinin durumundan farklı olarak vekil, işin görülmesi bakımından bağımsız bir duruma sahiptir. Bununla birlikte vekilin bu bağımsızlığının, işin görülmesinde müvekkilin talimatlarına uyma borcu bakımından sınırlandırıldığı söylenebilmektedir. Ancak vekilin talimata uyma borcunu, vekili gördüğü işte tamamen vekâlet verene bağımlı kılması şeklinde anlamamak gerekir.⁷⁷ Müvekkilin talimatları vekili zaman bakımından müvekkile bağımlı kılmamaktadır. Eğer günün belli bir kısmını ya da tamamını müvekkile ayırması söz konusu ise burada icâre akdinin varlığı kabul edilmelidir.⁷⁸

D. VEKÂLET TÜRLERİ

1. Genel - Özel Vekâlet

Vekâlet akdi vekâlete konu olan tasarruflar açısından genel ve özel şeklinde ikiye ayrılmaktadır:

Genel vekâlet, müvekkilin vekili kendi adına her türlü tasarrufta bulunabilmesi için tam yetkili kılmasıdır. Müvekkilin “seni her şeyde veya benim için caiz olan bütün tasarruflarımda vekil atadım, istediğini yap, yaptığın her şey caizdir.” gibi genel bir yetki ifade eden sözlerle vekâlet vermesi durumunda vekâlet genel olarak kurulmuş olur.⁷⁹

⁷⁵ Senhûrî, Abdürrezzâk Ahmed (1391/1971), *Mesâdirü'l-hak fî'l-fikhi'l-İslâmî*, Kahire: Câmiatü'd-Düveli'l-Arabiyye, 1967, VI, 179.

⁷⁶ Türk hukukunda iş görme olarak adlandırılan akitler, İslâm hukukunda yapma borçları doğuran akitler olarak geçmektedir. Buna göre; icârenin bir kısmı, âriyet, vekâlet ile kısmen satım ve kira akitlerinde yapma borçları doğmaktadır. Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İstanbul: İz Yayıncılık, 2009, II, 403.

⁷⁷ Yavuz, II, 207.

⁷⁸ İbn Ferhûn, Ebü'l-Vefa Burhaneddin İbrâhim b. Ali b. Muhammed, *Tefsîratü'l-hükkâm fî usuli'l-akziye ve menâhici'l-ahkâm*, thc. Cemâl Mar'aşli, Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 2003/1423, I, 135.

⁷⁹ Kâsânî, VII, 448; İbn Rüşd, II, 302; Nevevî, III, 527; Ali Haydar, III, 479; Ânî, s. 212.

Hanefîler’de esas olan görüşe ve Mâlikîler’e göre, genel olarak vekâlet vermek geçerlidir. Ancak “seni kendime vekil ettim” diyerek kurulan vekâlet akdi geçerli değildir. Vekâletin genel olması için, “her şeyde, bütün işlerimde vs. gibi” genel bir ifade bulunması gerekir.⁸⁰ Genel olarak kurulmuş vekâlette, her iki mezhebe göre de örf ve müvekkilin maslahatı vekâleti sınırlamaktadır. Buna göre genel vekâlet yalnız muâvaza türünden akitler için geçerli olmakta ve vekil teberruda bulunma, talak, köle azadı, ibra, vakıf, sadaka ve alacak haklarından vazgeçme gibi müvekkilin zararına olan ve özel izin gerektiren tasarruflara yetkili olmamaktadır.⁸¹ Hanefîler’de ki bir diğer görüşe göre ise, müvekkilin yapması caiz olan bütün tasarruflarına izin verildiği için hibe, sadaka ve talak da dahil bütün tasarrufları caizdir.⁸² Ancak mezhepte tercih edilen görüş ilkidir. Şâfiî ve Hanbelîler’e göre ise böyle bir vekâlet geçerli değildir. Çünkü böyle bir vekâlette aşırı garâr ve risk bulunmaktadır. Zira buna hibe ve talak gibi tasarruflar da girmektedir. Bu yüzden vekâlet ancak, belirtilen ve sınırları tayin edilen işlerde caizdir.⁸³

Özel vekâlet ise, belirli bir veya birkaç tasarrufa inhisar ettirilmiş vekâlettir. Özel vekâletin geçerliliği konusunda görüş birliği vardır. Müvekkilin vekile “bana şu evi satın al” veya “şu malımı sat” demesi gibi hususiyeti işaret eden bir söz ile özel bir tasarrufa vekâlet vermesi durumunda özel vekâlet söz konusu olur.⁸⁴ “Evimin satımına, eşimin talakına, kölemin azadına seni vekil ettim” gibi her biri ayrı ayrı zikredilerek birden fazla tasarrufa vekâlet verilmesi de özel vekâlet hükmündedir.⁸⁵ Vekâlet akdi, “hakkımda her bir husûmet için seni vekil ettim” şeklinde, müvekkil genel lafızlar

⁸⁰ İbn Rüşd, II, 302; Ruaynî, Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed b. Muhammed b. Abdurrahman, *Mevâhibü’l-celil li-şerhi Muhtasarı Halil*, thc. Zekeriyyâ Umeyrat, Riyad: Dâru Âlemi’l-Kütüb, 2003/1423, VII, 177.

⁸¹ Kâsânî, VII, 448; Derdir, II, 1148; Ruaynî, VII, 178.

⁸² Bu görüşteki Hanefî fakihlerinden Sadrüşşehid (536/1141), genel vekâlet lafızlarını ikiye ayırarak ele almaktadır. Buna göre, eğer müvekkil “Falan kişi her şeyde vekilimdir.” derse kıyasa göre bu vekillğin geçerli olmaması gerekmele birlikte, istihsana dayalı olarak sadece muhafazaya vekil olacak şekilde yorumlanarak geçerli sayılmıştır. Kıyas (kural), vekâletin meçhul bir şey üzerine olmasına; istihsan ise vekâletin muhafazanın üzerine bina edilmiş olmasına dayanır. Çünkü vekil atamak, aslında bir yardım talep etmektir. Kişi vekilden menfaatine olacak şekilde yardım ister. Ancak müvekkil “falan kişi benim için caiz olan her şeyde vekilimdir” derse hıfza, alım satıma, hibeye, sadakaya, hak ve borçlarının talep edilmesine ve bunun gibi şeylerde vekil olur. Çünkü ona genel olarak tasarruflarını tefviz etmiş olur. Sadrüşşehid, s. 436-7.

⁸³ Şîrâzî, III, 349; İbn Kudâme, VII, 205.

⁸⁴ Kâsânî, VII, 448; Ali Haydar, III, 479; İbn Rüşd, II, 302; Nevevî, III, 527.

⁸⁵ Nevevî, III, 527.

kullanmasına rağmen özel olabilir. Çünkü tasarruf mahalli itibariyle bir genellik bulunsa da vekâlet belli bir tasarruf hakkındadır.⁸⁶

Vekâlette asıl olan özel bir tasarrufla ilgili olmasıdır. Özel vekâlette vekile ne için vekâlet verilmişse sadece onu yapması durumunda vekâleti ifa etmiş olur. Mesela; bir evi kiralamak üzere vekil edilen kişi sadece onu kiralamaya yetkilidir; evi satın alamaz. Özel vekâlette vekil ilgili tasarrufu ifa ettiğinde vekâlet sona erer.⁸⁷

2. Mutlak - Mukayyet Vekâlet

Özel bir vekâlet akdi mutlak ya da mukayyet olarak kurulabilir. Mutlak olması, akdin gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bir olaya bağlanmadan, ileride bir zamana izafe edilmeden ya da bir kayıt ile kayıtlanmadan verilmiş olmasıdır. Mutlak vekâlette vekilin yapacağı tasarrufa ait tür, cins, semen, zaman veya mekan vb. gibi herhangi bir kayıt bulunmaz. Mesela; “bu elbiseyi satmaya seni vekil ettim” şeklindeki özel bir vekâlet aynı zamanda mutlaktır.⁸⁸

Mukayyet vekâlet, belirli bir şart veya zamanla kayıtlı vekâlettir. Şayet vekâlet akdi yapılırken müvekkil vekili, semen, şahıs, zaman ve mekan gibi bazı kayıtlarla sınırlarsa vekilin bu kayıtlar dışına çıkması caiz değildir.⁸⁹ Mesela müvekkil, “bu elbiseyi yarın sat veya çarşıda sat” diyerek vekâlet vermişse vekilin bugün veya yarından sonra ya da çarşı dışında bir yerde satması caiz olmaz. Çünkü müvekkilin böyle bir kayıt koyması o çarşının bol paralı veya emniyetli olması gibi kendisinin menfaatini gerektiren belli bir takım özelliklerinden dolayı olabilir. Bu durum, Allah’ın ibadetler için belli bir vakti tayin etmesi ve o vakitten önce veya sonra ibadetin yerine getirilmesinin geçerli olmaması durumuna benzetilmektedir.⁹⁰

⁸⁶ Her ne kadar bazı kaynaklarda bu şekilde kurulan vekâlet akdi, genel vekâlet gibi değerlendiriliyor olsa da bizce bu durum genel vekâlet tanımına uymamaktadır. Aynı zamanda Şâfiî mezhebinin bu vekâleti geçerli kabul ediyor olması ve kaynaklarda vekâletin gayesine değil cinsine itibar edileceğine dair yer alan ifadelerden dolayı, bu konuda, Ânî’nin genel lafızlar içermekle birlikte belli bir tasarruf için verilmiş vekâletin özel olduğuna dair görüşüne katılıyoruz. Ânî, s. 216; Ayrıca bkz. Ruaynî, VII, 165; Şîrâzî, III, 350.

⁸⁷ Ânî, s. 216.

⁸⁸ Kâsânî, VII, 426.

⁸⁹ Ânî, s. 219.

⁹⁰ İbn Kudâme, VII, 243.

Bir başka açıdan ise vekâletin husûmete vekâlet ve diğer tasarruflardaki vekâlet olarak ikiye ayrıldığını görmekteyiz.⁹¹ Bu ayırımın mantığını anlamak açısından Mecelle şarihi Ali Haydar'ın, Mecelle'nin 1459. maddesinde⁹² vekâlet verilebilecek hususlarla ilgili olarak yaptığı açıklama önemlidir. Ali Haydar, vekâlet verilebilecek hususların, bey', şirâ, icâre, rehin ve hibe gibi akit türlerinden olabileceği gibi husûmet ve mürâfaa gibi akit dışında bir tasarruf da olabileceğini belirtmektedir.⁹³ Yani dâva vekâleti, vekâlet akdi içerisinde vekilin tasarrufu açısından akit niteliğinde olmayan bir tasarrufu içeren nadir türlerden biridir. Ancak akit olmaması onun hukuki bir işlem olmadığı anlamına gelmemektedir. Çünkü gerek kavî gerekse fiilî olsun bir tasarrufun yargıya taşınması üzerine bazı hukukî sonuçlar terettüp eder. Bu tür tasarruflar Türk medeni hukuk literatüründe duygu açıklamaları, ihtar, fesih ihbarı gibi hukuki işlem benzeri tasarruflara benzemektedir. Bu irade açıklamalarına hukuki sonuçlar bağlayan bizzat hukuk düzeni olup, iradesini açıklayan için önemli olan bu hukuki sonuçtur.⁹⁴

II. DÂVA VEKÂLETİ

Dâva vekâletinin, hukukun genel hak kavramıyla ve hakkın gerçekleşmesini sağlama fonksiyonuyla yakından bağlantısı vardır. Hak, hukuk düzenince korunan ve yararlanılması hak sahibinin iradesine bağlı bulunan menfaat ya da yetkililerdir. Bu menfaat ve yetkiyi kullanmak, hak sahibinin iradesine bağlı bulunduğundan, hak sahibinin iradesinin bu sonuca yönelmesi gerekir. Yani hak sahibinin hakkını ileri sürmesi, basit deyimıyla hakkını araması gerekir. Hak sahibinin iradesi genellikle başka kişilerden müspet ya da menfî bir davranış istemeye yöneliktir. Kendisinden hak talep edilen kişinin hakkı tanıyıp yerine getirmesi isteğe uygun davranmış olması anlamına gelir. Ancak kişi bu hakları kendiliğinden yerine getirmezse hukuk düzenince hak sahibine tanınan ve onun başvuracağı ilk imkân talep hakkını kullanmaktır. Talep hakkını kullanmasına karşın bir sonuca ulaşamayan hak sahibi dâva hakkını kullanarak

⁹¹ Kayapınar, Hüseyin, “Vekâlet”, *Şamil İslam Ansiklopedisi*, İstanbul: Şamil Yayınevi, 1991, VI, 331.

⁹² “Bir kimse bizzat yapabileceği hususlarda ve muâmelâta dair olan her hakkın ifâ ve istifâsında başkasını tevkil edebilir. Fakat müvekkelnun bihin malum olması şarttır.” (Mecelle, md., 1459)

⁹³ Ali Haydar, III, 483.

⁹⁴ Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, 3. bs., İstanbul: Sermet Matbaası, 1976, I, 131-134; Aktaran: Böke, Emine Gümüş, *İslâm Hukukunda Tek Taraflı Hukuki İşlemler*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2013.

sonuca ulaşmaya çalışır. Yani dâva açarak hâkimden borçluya karşı hakkın yerine getirilmesi konusunda karar vermesini ister.⁹⁵

Kural olarak bir dâvada karşılıklı iki taraf vardır ve bu taraflar dâvalı ve dâvacı olarak adlandırılır. Bir dâvada iddia, taraflardan her birinin dâvada kendisinin haklı olduğunu göstermek üzere bazı olaylar ileri sürmesine denir. Savunma ise, iddialar karşısında diğer tarafın bu iddiaların doğru olmadığını ya da ileri sürülen hakkın doğmamış olduğu veya ortadan kalktığını belirterek iddiayı tümüyle reddetmek veya sonucunu kabul etmemektir.⁹⁶

Diğer bütün hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslâm hukukunda da dâvanın tarafları mahkemede bizzat bulunmak suretiyle dâvalarını takip edebilecekleri gibi başka birisine temsil yetkisi vererek, kendisini dâvada temsil ettirme hakkına da sahiptir. İşte kişinin bu hakkını kullanmasına imkân sağlayan dâva vekâleti klasik fıkıh literatüründeki ifadesiyle “husûmete vekâlet (الوكالة بالخصومة)”, İslâm hukukunda hukuki temsilin en kapsamlısı ve en yaygını olan iradi temsil yani vekâlet altında onun türlerinden biri olarak işlenmektedir. Ayrıca aralarındaki sıkı irtibattan dolayı vekâlet akdi dışında ayrı bir hukuki temsilden bahsedilmez.

Türk hukukunda ise temsil ve vekâlet sözleşmesi birbirinden farklı kurumlardır. Temsil, vekâlet yetkisini ifade eden tek taraflı bir hukuki işlem iken vekâlet sözleşmesi yapmak iki taraflı bir hukuki işlemdir. Buna göre, dâvasını vekil ile takip etmek isteyen tarafın vekile vekâlet vermesi gerekmektedir. Ancak buradaki vekâletten kasıt vekile temsil yetkisi vermek olup, vekâlet sözleşmesi yapması kastedilmemektedir. Çünkü Türk hukukunda dâvaya vekâlet, gerek usul hukuku gerekse borçlar hukuku bağlamında bir takım hükümlere bağlanmıştır. Bu bağlamda, Avukatlık Kanunu’nda avukatın hak ve yükümlülükleri, cezai hükümleri gibi dâvada taraf olan müvekkil ile onun vekili arasındaki iç ilişkiyi düzenleyen hususlar düzenlenmiştir. Dolayısıyla taraflar arasında yapılmış olan bir avukatlık sözleşmesine ilk olarak Avukatlık Kanunu hükümleri, burada hüküm bulunmayan hallerde ise, Borçlar Kanunu’nun vekâlete ilişkin hükümleri uygulanmaktadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri

⁹⁵ Zevkliler, Aydın, *Medeni Hukuk Medeni hukuk: giriş ve başlangıç hükümleri, kişiler hukuku: gerçek kişiler - tüzel kişiler, aile hukuku*, 3. bs., Ankara: Savaş Yayınları, 1992, s. 150-1.

⁹⁶ Nevevî, III, 550.

Kanunu (HUMK) ise, vekil ile müvekkil arasındaki iç ilişkiden ziyade taraflar ile mahkeme arasındaki dış ilişkiyi düzenlemektedir. Dâvaya vekâlette HUMK'nın koyduğu hükümler özel hüküm, Borçlar Kanunu'ndaki vekâlet sözleşmesine dair hükümler ise genel hüküm niteliğindedir.⁹⁷ Tezde ağırlıklı olarak vekil ile müvekkil arasındaki iç ilişki incelendiğinden, daha çok Avukatlık Kanunu ve Borçlar Kanunu'ndaki hükümlere atıfta bulunulacak, ancak yeri geldikçe HUMK'dan da istifade edilecektir.

Vekâlet akdinin fıkıh kitaplarındaki yerine dönecek olursak, vekâletin genelde şahitlik ve dâva bahislerinin arasında ya da onlarla bir arada yer alması onun bu bahislerle olan yakın ilişkisini ortaya koymaktadır. Nitekim Kadızâde Şemseddin (988/1580) İbnü'l-Hümâm'ın (861/1457) *Fethu'l-kadîr* adlı eserine yazdığı tekmilede, bu ilişkiyi şu şekilde açıklamaktadır: “Şahitlik bölümünün ardından vekâlet bölümünün gelmesi şahit ve vekilin başkasının muradını elde etmeye çalışmasından kaynaklanmaktadır. Şahit dâvacıya, vekil ise müvekkile dayanır.”⁹⁸ Aynı müellif, dâva bölümünün girişinde, husûmete vekâletin vekâlet türlerinin en meşhuru olduğu ve onun da dâvaya yol açan bir sebep olduğunu zikrederek, müsebbebin sebebi takip etmesi kaidesine binaen kitapta (el-Hidâye) dâva bölümünün vekâlet bölümünün hemen peşinden gelme sebebini açıklamaktadır.⁹⁹

Husûmete vekâlet, Hanefîler'in ilk kaynakları niteliğindeki Zahirürrivaye'de sonraki kaynaklarda olduğu gibi el-vekâle bi'l-husume/et-tevkîl fi'l-husûme¹⁰⁰ veya el-vekâle fi'd-dâva¹⁰¹ şeklinde müstakil başlıklarda yer almasa da erken dönem eserlerinin genel karakteristiğine ve fıkıhın tedviniyle ilgili tarihi sürece uygun olarak, ilgili kısımlarda dağınık bir şekilde yer almıştır. İmam Muhammed'in (189/805) *el- Asl* isimli eserinde “Ehl-i zimmetin kendi aralarındaki satışları” başlıklı kısmında¹⁰²; *el-Câmiü's-*

⁹⁷ Börü, Levent, *Medeni Usul Hukukunda Dâva Vekâlet Ehliyeti*, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2006, 12-13.

⁹⁸ Kadızâde, Ahmed Şemseddin, *Netâ'icü'l-efkâr fi keşfi'r-rumûz ve'l-esrâr*, [y.y.]: Mustafa el-Babi el-Halebi, 1970/1389, VII, 499.

⁹⁹ Kadızâde, VIII, 152.

¹⁰⁰ Bkz; Nevevî, III, 526.

¹⁰¹ Bkz; Tarablusî, Ebü'l-Hasan Alaeddin Ali b. Halil, *Muînü'l-hükkâm fî mâ yeterreddu beyne'l-hasmeyn mine'l-ahkâm*, 2. bs., Kahire: Mustafa el-Babi el-Halebi, 1973, s. 63.

¹⁰² Şeybânî, Muhammed b. Hasan b. Ferkad el-Hanefî, *Kitâbü'l-Asl*, tsh. Ebü'l-Vefa Efgani, Beyrut: Âlemü'l-Kütüb, 1990/1410, V, 205.

sağır’de ise kabze vekâlet ve rehin ile ilgili başlıklar altında dâvaya vekil atamakla ilgili bilgiler yer almaktadır.¹⁰³ Husûmete vekâlet, Hanbelî literatüründe “et-tevkîl fî mutâlebeti’l-hukuk, et-tevkîl fî isbâti’l-hak, et-tevkîl fî’l-muhâkeme/muhâseme” şeklinde de geçmektedir.¹⁰⁴

Hanefî fikhının klasik kaynaklarından biri olan *Bedâi’u’s-sanâi*’de Kâsânî, vekâlet konusunun girişinde şunları kaydetmektedir:

“Vekil tayin etmek ya yüce Allah’ın hakları ile ilgili konularda olur ya da kul hakları ile ilgili olur. Yüce Allah’ın hakları hususunda vekâlet vermek iki şekilde olur; birisi ispat için vekâlet, diğeri ise istîfaya vekâlettir. (...) Kul hakları ise ikiye ayrılır: bir kısım haklar vardır ki –kısasta olduğu gibi- şüphenin varlığı halinde istifa edilmeleri caiz değildir. Diğer kısım ise şüphenin varlığı ile istîfâ edilmeleri caizdir. (...) Şüphenin varlığı ile istifa edilmeleri caiz olan ikinci tür haklar; borçlar, aylar ve kısasın dışındaki diğer haklardır. (...) Bu tür hakların hükmü şudur: Hanefîler’in ittifakı ile bunların ispat edilmeleri için de istîfâ edilmeleri için de husûmete (dâvaya) vekâlet vermek karşı tarafın rızasıyla caizdir”¹⁰⁵

Bu metinde görüldüğü üzere dâva vekâleti konusu vekâlet akdinin her bir türüyle ilişkilidir. Onun bu özelliği vekâlet akdi içinde ona ayrıcalıklı bir konum kazandırmakta ve adeta akdin merkezinde duran bir vekâlet türü olarak görülebilmesini sağlamaktadır. Zira Kâsânî’nin ifadelerini açacak olursak; insanlar arasında meydana gelen alış-veriş, borç, rehin, cuâle, kira, şirket, nafaka gibi çeşitli mâli işlerde, zihâr, îlâ, lian dışında eşler arasında meydana gelen nikah, boşama gibi çeşitli hukuki işlerin tamamında şahıslar kendi yerlerine onlar adına işlem yapmak üzere vekil tayin edebilmektedirler. Aynı zamanda yukarda saydığımız tüm hukuki işlemler hakkında ortaya çıkan anlaşmazlıklar sonucu meydana gelen dâvalarda da kişiler vekâlet verip kendi yerine vekilin dâvaya bakmasını talep edebilmektedirler. Her ne kadar Kâsânî’nin yukarıdaki ifadelerinden Allah haklarıyla ilgili hususlar, dâvaya vekâletin kapsamı

¹⁰³ Şeybânî, Muhammed b. Hasan b. Ferkad el-Hanefî, *Câmiü’s-sâğır*, yay. haz. Mehmet Boynukalın, İstanbul: Ocak Yayıncılık, 2009, 224-5, 266.

¹⁰⁴ İbn Kudâme, VII, 199; Buhûfî, III, 464.

¹⁰⁵ Kâsânî, VII, 429- 431.

dışında kalıyor gibi görünse de bunların bir kısmında da bazı şartlarla dâvalarda vekâlet verilebildiğini görmekteyiz.

Bu giriş mahiyetindeki açıklamalardan sonra kaynaklarda dâva vekâleti daha çok “el-vekâle bi'l-husume (husûmete vekâlet)” şeklinde yer aldığı için husûmet kavramına ayrıca değinmek gerekmektedir.

A. HUSÛMETİN SÖZLÜK VE TERİM ANLAMI

Husûmet (الخصومة) sözlükte, “cedel, tartışmada delil ile rakibini mağlup etmek” anlamındaki H-S-M (خصم) fiilinin ‘hasm’ masdarından isimdir.¹⁰⁶ Ayrıca fiilin mufâale babının “çekişme (münâzaa), münâkaşa etmek gibi anlamları da bulunmaktadır.¹⁰⁷

Hasm, vekil ve dâva naibi için de kullanılır.¹⁰⁸ Diletiler, hasm ve hasım arasında fark gözetirler. Buna göre; hasm, “kendi hasımlaşmasa da husûmete getirilendir. Hasım ise, bir başkasıyla muhâseme halinde olandır.”¹⁰⁹ Dâvada taraf anlamında hasım ise, “dâva konusunu ikrarı halinde aleyhine hüküm verilmesi mümkün olan kimse” şeklinde tanımlanmaktadır.¹¹⁰

Kur'an'da husûmet kelimesi geçmemekle birlikte hasm kökünün çeşitli türevleri kelimenin sözlük ve örfteki anlamı çerçevesinde yer almaktadır.¹¹¹ Bunlar şu şekildedir: Bir yerde اِخْتَصِمُوا¹¹², bir yerde لَا تَخْتَصِمُوا¹¹³, bir yerde تَخْتَصِمُونَ¹¹⁴ dört yerde اِخْتَصِمُوا¹¹⁵, اِخْتَصِمُوا¹¹⁶, اِخْتَصِمُوا¹¹⁷, اِخْتَصِمُوا¹¹⁸, iki yerde اِخْتَصِمُوا¹¹⁹, اِخْتَصِمُوا¹²⁰, iki yerde

¹⁰⁶ İbn Manzûr, IV, 114; Zebîdî, Ebû'l-Feyz Murtaza Muhammed b. Muhammed b. Muhammed, *Tâcû'l-arûs min cevâhiri'l-Kâmûs*, Kahire: el-Matbaatü'l-Hayriyye, [t.y.], VIII, 278.

¹⁰⁷ Pieter, Reinhart ve Anne Dozy, *Tekmiletü'l-meacimi'l-Arabiyye*, trc. Muhammed Selim Nuaymi, Kahire: Vizaretü's-Sekâfe ve'l-İ'lâm, 1981, IV, 111.

¹⁰⁸ Pieter, R., A. Dozy, IV, 111.

¹⁰⁹ Zebîdî, VIII, 279.

¹¹⁰ Akgündüz, Ahmet, “Husumet”, *DİA*, XVIII, 417.

¹¹¹ Bk. M.F. Abdülbâki, “h-s-m”, *el-Mu'cemü'l-müfrehes li-ayati'l-Kur'âni'l-hâkim*, İstanbul, 1982, s. 234.

¹¹² el-Hac, 22/19 هَٰذَا خَصْمَانِ اخْتَصِمُوا فِي رَبِّهِمَا (Şu iki gurup, Rableri hakkında çekişen iki hasımdır.)

¹¹³ el-Kâf, 50/28 قُلْ لَا تَخْتَصِمُوا لَدَيَّ وَقَدْ قَدَّمْتُ إِلَيْكُم بِالْوَعِيدِ (Allah, şöyle der: Benim huzurumda çekişmeyin.

Çünkü ben bu (konudaki) uyarıyı size önceden yaptım)

¹¹⁴ ez-Zümer 39/31. Sonra şüphesiz, siz de kıyamet günü, Rabbinizin huzurunda dâvalaşacaksınız.

¹¹⁵ Âl-i İmrân 3/44; eş-Şuârâ 26/96; en-Neml 27/45; Sâd 38/69.

¹¹⁶ Yâsîn 36/49 Onlar, birbirleriyle çekişip dururken kendilerini ansızın yakalayacak korkunç bir sesi bekliyorlar.

¹¹⁷ Sâd 38/64 İşte bu, cehennem ehlinin tartışması, şüphesiz bir gerçektir.

¹¹⁸ Sâd, 38/21 (Ey Muhammed!), Sana dâvacıların haberi ulaştı mı? Mabedin duvarına tırmanmışlardı.

¹²¹ خَصِيمٌ, ¹²² خَصِيمًا, ¹²³ الْخِصَامُ şeklinde iki veya daha fazla taraf arasında herhangi bir dini veya dünyevi konuda cereyan eden, genelde bilgisizliğe, inat ve ön kabule dayalı tartışma ve cedelleşme, inkarcıların düşmanlık derecesine varan tavırları ve körü körüne tarafgirlikleri anlamındadır. Bazı ayetlerde de “hukuki bir ihtilafın giderilmesi için yargı mercii önünde taraf olma ve çekişme”¹²⁴ anlamlarında kullanılır.

Hadislerde de husûmet kelimesinin ve ayrıca hasm kökünden türemiş çeşitli kelimelerin sıkça geçtiği ve Kur’an’da olduğu gibi çekişme ana fikri etrafında yoğunlaşan zengin bir anlama sahip olduğu ifade edilmektedir. Bu zenginlik sahabe arasında cereyan eden hukuki ihtilaflarda Hz. Peygamber’in yargı mercii olması ve bu çekişmelerin hadislerde genellikle husûmet ve bu kökten gelen kelimelerle ifade edilmesinden kaynaklanmaktadır.¹²⁵

Zamanla kelime ıstılahî bir anlam kazanarak fıkıh kitaplarında belli bir durumu karşılamak üzere kullanılmaya başlanmıştır. **Serahsî** husûmeti, ‘iki kişi arasında çekişme (münâzaa) ve tartışma (müşâcere) yoluyla meydana gelen söz’ şeklinde sözlük anlamına yakın bir şekilde tarif etmiştir.¹²⁶ **Aynî**’nin (855/1451) de bu tanımı tercih ettiği görülmektedir.¹²⁷

Gazzâlî (505/1111) ise husûmeti, bir mal veya hak iddiası ile alakalı sözünde ısrar ve inat etmek şeklinde tarif etmektedir. Bu ısrar ve inat bazen başlangıçta olur,

¹¹⁹ el-Hac 22/19; es-Sad, 38/22

¹²⁰ ez-Zuhrûf 43/58. *Bizim tanrılarımız mı hayırlı, yoksa o mu? dediler. Bunu sana ancak tartışmak için söylediler. Doğrusu onlar kavgacı bir toplumdur.*

¹²¹ en-Nahl 16/4; Yasin 36/77.

¹²² en-Nisâ 4/105. *Allah’ın sana gösterdiği şekilde insanlar arasında hükmedesin diye sana Kitab’ı hak ile indirdik; hainlerden taraf olma!*

¹²³ el-Bakara 2/204; ez-Zuhrûf 43/18.

¹²⁴ es-Sâd, 38/21-24.

وَهَلْ أَتَيْكَ نَبِيُّ الْخَصْمِ إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ إِذْ دَخَلُوا عَلَى دَاوُدَ فَفَزِعَ مِنْهُمْ قَالُوا لَا تَخَفْ خَصْمَانِ بَغَى بَعْضُنَا عَلَى بَعْضٍ فَاجْتَمَعْنَا بِالْحَقِّ وَلَا تُشْطِطْ وَاهْدِنَا إِلَى سَوَاءِ الصِّرَاطِ إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَجْعَةً وَلِيَ نَجْعَةٌ وَاحِدَةٌ فَقَالَ أَكْفِلْنِيهَا وَعَزَّنِي فِي الْخِطَابِ Sana dâvacıların haberi geldi mi? Hani onlar duvarı aşarak mabede girmişlerdi. Hani Dâvûd’un yanına girmişlerdi de Dâvûd onlardan korkmuştu. Onlar, “Korkma! Biz, iki dâvacı grubuz. Birimiz diğerine haksızlık etmiştir. Aramızda adaletle hükmet. Zulmetme ve bizi hak yola ilet” dediler. İçlerinden biri şöyle dedi: “Bu benim kardeşimdir. Onun doksan dokuz koyunu var. Benim ise bir tek koyunum var. Böyle iken ‘Onu da bana ver’ dedi ve tartışmada beni bastırdı.”

¹²⁵ Akgündüz, “Husumet”, *DİA*, XVIII, 417.

¹²⁶ Serahsî, el-Mebsût, XIX, 5. والخصومة اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المنازعة والمشاحة

¹²⁷ Aynî, VII, 360.

bazen de karşısındakinin tavır ve davranışından kaynaklanır.¹²⁸ Bu tarîfin hukukî bir durumu karşılama kaygısı olmamakla birlikte biz burada vermeyi uygun gördük. Çünkü meselenin ahlakî boyutunu da içine alacak şekilde daha geniş bir anlamı karşılamak üzere kullanıldığı anlaşılmaktadır.

İbn Abidin'e (1252/1836) göre husûmet; “sahih dâva veya evet ya da hayır diyerek sarîh cevaptır.”¹²⁹ Aynı eserde başka bir yerde ise, “Husûmetle örfen mutlak olarak cevap verme kastedilir. Çünkü husûmet cevabın sebebidir. Sebebin (husûmetin) zikredilip müsebbebin (cevap verme) kastedilmesi ise yaygındır.”¹³⁰ şeklinde bir açıklama yer almaktadır.

Mecelle şârihi **Ali Haydar** (1853/1935) ise ‘hasma ikrar veya inkar ile cevap vermek’ şeklinde daha kısa bir tanım tercih etmektedir.¹³¹

Bilmen (1883/1971), konuyu müstakîl bir başlıkta derli toplu olarak ele aldığı *İstîlâhat-ı Fıkhiyye Kamusu* adlı eserinde husûmeti, “ikrar veya inkar ve bir hakkı müdafaa suretiyle muhakemede bulunmak” şeklinde öncekilere nispetle daha açık bir tarif vermektedir.¹³²

Ahmet Akgündüz'e göre, **husûmet ve hasm** kelimeleri, İslâm toplumunda muhakeme teşkilatının ortaya çıkmaya başladığı ilk dönemlerde yargıya intikal etmiş bir hukukî çekişmeyi ifade ederken fıkîh literatürünün tedviniyle birlikte, *açılan bir dâvada, dâvacı ile dâvalının mahkeme huzurundaki hukukî konum ve sıfatını, dâvaya taraf olma ehliyetini* ifade etmeye başlamıştır.¹³³ Fahrettin Atar da aynı şekilde husûmetin, tarafların açılan bir dâvada dâvacı veya dâvalı olma sıfatlarını ifade ettiğini belirtmektedir. Buna göre, bir dâvada dâvacı ve dâvalı, açılan dâvayla ilişkilerinin bulunması şartıyla biri diğeri hasmı olarak kabul edilebilmektedir.¹³⁴

¹²⁸ Gazzâlî, Ebû Hamîd Huccetü'l-İslâm Muhammed b. Muhammed, *İhyâ-ü 'Ulumi'd-dîn*, Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, 1983, III, 118.

¹²⁹ İbn Âbidinzâde, XI, 485.

¹³⁰ İbn Âbidinzâde, XI, 490.

¹³¹ Ali Haydar, III, 559.

¹³² Bilmen, VI, 346.

¹³³ Akgündüz, “Husumet”, *DİA*, XVIII, 417

¹³⁴ Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, s. 138.

Hanefîler'in husûmet tarifleri, onların bu konudaki farklı yaklaşımlarını da yansıtmaktadır. Çünkü husûmetin kelime anlamı da göz önünde bulundurulduğunda onun gerçek anlamının aslında sadece inkarı ifade etmesi gerektiği açıktır. Ancak Hanefîler, husûmete vekâlet için mutlak ifade kullanıldığında husûmetin mecazen cevap vermek anlamına geldiğini, mecazın da genel oluşundan dolayı husûmetin inkarla birlikte ikrarı da ifade ettiğini iddia etmektedirler.¹³⁵ Yani onlar mutlak bir vekâlette kelimenin gerçek anlamını terk edip bir çeşit mecaz anlama göre amel etmektedirler. Ancak maksat mecaz olan cevap olmayıp dâvalaşmanın gerçek anlamı olduğunda ise ikrarın istisnâ edilmesi gerekmektedir.¹³⁶

B. DÂVA VEKÂLETİNİN TERİM ANLAMI

Yukarıda görüldüğü üzere, husûmetin sözlük ve terim anlamlarında, direkt dâva kelimesi yer almamaktadır. Nitekim husûmet ve dâva kelimeleri esas itibarıyla de tam olarak birbirine denk düşmemektedir. Kelime anlamı ile Serahsî ve Gazzalî'nin tanımlarından yola çıkarak, husûmetin kısaca, hukukî bir çekişmeyi ifade ettiğini söyleyebiliriz. Kelimenin bu anlamını, günümüzdeki tabiriyle “uyuşmazlık” olarak karşılamak daha doğru olacaktır. Nitekim uyuşmazlık, “bir hakkın varlığı, kapsamı ya da sonuçları bakımından ortaya çıkan anlaşmazlık”¹³⁷ olarak tarif edilmektedir. Dâva ise, duâ kelimesinden türemiştir ve sözlükte talep mânâsındadır. Terim olarak ise bir hakkın elde edilebilmesi veya hukuki nizamın sağlanabilmesi için yargı organlarına yapılan fiili başvuru demektir.¹³⁸ Mecelle’de dâva, *bir kimsenin başka bir kimseden hâkim huzurunda hakkını istemesi*¹³⁹ şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla husûmette taraflar arasındaki çekişme durumuna vurgu varken, dâva kelimesinde taraflar arasındaki durumun yargıya taşınması ve bir hak talebi anlamının baskın olduğunu söylemek mümkündür. Ancak yukarıda verdiğimiz diğer tanımları da dikkate aldığımızda husûmet kelimesinin anlamında zamanla bir genişleme meydana geldiğini söyleyebiliriz. Örneğin; İbn Âbidin, Ali Haydar ve Bilmen’in tanımlarında daha çok, tarafların mahkeme huzurundaki konumlarına vurgu yapılmaktadır. Dolayısıyla

¹³⁵ Serahsî, XIX, 6.

¹³⁶ Serahsî, XIX, 6. İkrarın istisna edilmesi için bkz. tezde s. 75-76.

¹³⁷ Bağdatlı, Selahattin, *Hukuk Sözlüğü*, İstanbul 1997, s. 452.

¹³⁸ Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, s.135.

¹³⁹ Mecelle, md. 1613.

aralarındaki sebep-sonuç ilişkisine binaen husûmet kelimesini konumuzla ilgili olarak dâva ile karşılamak mümkündür. Nitekim “el-vekâle bi’l-husûme” kavramının bazı klasik kaynaklarda “el-vekâle bi’d-dâva” olarak yer aldığını görmekteyiz.¹⁴⁰ Ayrıca modern hukukta da uyuşmazlık teriminin sözlüklerde dâva terimi ile karşılanabildiği görülmektedir.¹⁴¹

Husûmete vekâlet için ise, klasik kaynaklarda tanım mahiyetinde bir tarif yer almamakla birlikte, Buhûti husûmete vekâleti; hakkın ispatına vekâlet¹⁴² olarak kısa bir şekilde tarif etmektedir.

Ahmet Akgündüz ise, “dâvada taraflardan birinin mahkeme huzurunda vekil tarafından temsil edilmesi”¹⁴³ şeklinde bir tarif vermektedir.

Yine günümüz araştırmacılarından Hasan Mahmud Selman, avukatlıkla ilgili çalışmasında husûmet ve vekâlet tariflerinden yola çıkarak, *el-vekâle bi’l husume* için şöyle bir tanım yapmaktadır:

“Bir kimsenin, niyabete elverişli ve yapılması kendisine ait bulunan malum bir tasarruf hakkında hayattayken yapılmak üzere mahkemeler önünde kendisi için dâva ikame etmesi veya (açılan bir dâvada) cevap vermesi için bir başkasını tefviz etmesidir.”¹⁴⁴ Şefik el- Ânî ise, bir kimsenin başka birini özel mahkemeler önünde kendi yerine geçmesi için vekil, temsilci yapması olarak tarif etmektedir.¹⁴⁵

Tanımlar içerisinde Selman’ın tanımı efradını cami ağıyarını manî‘ olması bakımından tercihe şayandır. Ayrıca bu tanım mezhepler arasındaki farklılıkları da dikkate alarak herkesin kabul edebileceği ortak hususları içermesi bakımından da kullanışlıdır. Kendisinin de ifade ettiği üzere bu tanım, vekâlet ve husûmet kelimelerinin terim anlamları kullanılarak oluşturulmuştur. Bu bakımdan tanımdaki vekâletle ilgili kayıtları geçerek, husûmete özgü kısımları biraz açmak gerekmektedir.

¹⁴⁰ Bkz. Tarablusî, s. 63; Ruaynî, VII, 164.

¹⁴¹ Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, 2005, s. 1282.

¹⁴² “el-Vekâle fi isbâti’l-hak” Buhûti, III, 483.

¹⁴³ Akgündüz, “Husumet”, XVIII, 417.

¹⁴⁴ هي تفويض شخص آخر ليقوم مقام نفسه بالدعوى ابتداء أو الجواب عنها اعتراضا امام المحكمة المختصة في تصرف معلوم قابل Selman, s. 65.

¹⁴⁵ Şefik el-Ânî, *Usûlü’l-Murâfaa*, 1965, s. 50 Aktaran: Selman, s. 65.

Tanımda geçen “*kendisi yerine geçmesi üzere*” kaydı, vekilin elinden gelen bütün çabayı sarf etmesini ifade etmektedir. Çünkü insan kendisini savunurken bütün gayretini sarf eder. Vekil de müvekkilin yerine geçtiği için böyle olması gerekir. Diğer taraftan ise bu tasarrufun sonuçları vekile değil asil olan müvekkile döner.¹⁴⁶

“*dâva ikâme etmesi*” kaydıyla müvekkilin hakkını başkasından dâvayla talep etmesi kastedilmektedir. Müvekkil dâvacı ise vekil dâvacı konumunda olur. Dâva açılır, deliller getirilir, yemin edilir, hükmü ve kazayı talep eder. Kısacası ispat için gereken her şey yapılır.¹⁴⁷

“*veya (açılan bir dâvada) cevap vermesi için*” kaydıyla müvekkilin dâvalı olması halinde itirazın müvekkil konumundaki vekilden olması kastedilmektedir. Vekil, karşı tarafın iddiasını inkar eder, şahitlerin aksini ispat eder (ta’n), elindeki bütün imkânlarla dâvayı def’e çalışır.¹⁴⁸

“*mahkemeler önünde*” denmesi ise, vekâletin konusu olan husûmetin ancak bu konuda yetkili yerlerde yerine getirilebileceğini ifade etmektedir. Buralar ise kadı meclisleri yani mahkemelerdir. Zerkâ, sadece tescil ve tasdik edilmiş vekillere mahkemede itibar edilebileceğini ifade eder.¹⁴⁹ Bu hakkın mahkemeye tahsis edilmesinin gerekçesi, vekilin gerçekte dâva vekili olmasıdır. Çünkü mahkeme dışındaki yerler vekâletin konusu olan husûmetin mahalli değildir.¹⁵⁰

C. DÂVA VEKÂLETİNİN MEŞRUIYETİ

Hukuki anlaşmazlıkların ve hak ihlallerinin karşılıklı anlayış çerçevesinde barış yoluyla çözülmesi tercihe şayan olsa da bu mümkün olmadığında kişilerin haklarını yargı yoluyla talep edebilmelerinin veya savunabilmelerinin de kaçınılmaz bir yol ve ihtiyaç olduğu açıktır. Hukuk devleti ve düzeninin temel fonksiyonlarından birisi de bireylerin devlete ve diğer şahıslara karşı haklarını belli bir hukuk düzeni ve güvencesi içinde koruyacak bir kamu gücü ve yaptırımının bulunması demektir. Böyle olduğu için

¹⁴⁶ Selman, s. 65.

¹⁴⁷ Nevevî, III, 550.

¹⁴⁸ Nevevî, III, 550.

¹⁴⁹ Zerkâ, *el-Fıkhü'l-İslâmî fî sevbihi'l-cedid*, Dımaşk: Dârü'l-Fıkr, 1967, I, 576.

¹⁵⁰ İbn Âbidinzâde, XI, 491.

de İslâm alimleri bir taraftan husûmetten kaçınmanın gerekliliği¹⁵¹ ve faziletine dair açıklamalarda bulunurken diğer taraftan hayatın gerçeklerini göz ardı etmeyerek husûmet durumunda neler yapılabileceğini düzenlemişlerdir.

Şâfiî fakihi Gazzâlî, *İhyâ-u Ulûmi'd-Din* adlı eserinin dil afetleri adını verdiği bölümünde husûmet konusunu ahlaki ve hukuki yönlerini kapsayacak şekilde ele almakta ve husûmetten kaçınmanın gerekliliğini anlattıktan sonra kendisine yöneltilen bir soru üzerinden meseleye açıklık getirmektedir. Soru şöyledir: “Bir kimse haksızlığa uğradığı zaman, hakkını aramak ve korumak için elbette dâva açması gerekir. Bu bakımdan bu kimsenin hükmü ne olur ve bu kimsenin husûmeti nasıl kötü olabilir?” Bunun üzerine Gazzâlî, husûmetten kaçınma uyarısının bâtil yolda ve ilimsiz husûmet edenleri kapsadığını ifade etmektedir. Buna da kadının atadığı vekilleri örnek göstermektedir. Zira onlar meseleyi bilmeden ve hangi tarafın haklı olduğunu öğrenmeden önce -hangi taraf olursa olsun- bir tarafın vekili olur ve ilimsiz onu savunurlar. Aynı zamanda husûmet konusunda ısrarcı ve inatçı olan, delil mahiyeti olmadığı halde mahkemede kötü sözler sarf eden, amacı, hakkını elde etmekten ziyade karşı tarafı mağlup etmek olanlar da bu hükmün kapsamında değerlendirilmektedir. Israr, inat ve eziyet maksadı olmaksızın sadece şer’î yoldan delil getiren mazluma gelince, onun yaptığı haram değildir.¹⁵²

Hanefiler, husûmet ve muhâsemenin meşruiyetini, konuya farklı bir açıdan yaklaşarak açıklamaktadırlar. Onlara göre de aslında tarafların mahkeme önünde birbirleriyle karşı karşıya gelip çekişmesi (muhâseme) şer’an helal görülmemekte ancak bir iddiaya cevap verme, kural olarak caiz görüldüğünden hareketle husûmette buna hamledilerek istihsanen helal sayılmaktadır. Bir iddiaya cevap vermenin ise mutlak olarak kullanıldığında inkar ve ikrarı içine aldığı belirtilmektedir.¹⁵³

Husûmet ve dolayısıyla kişinin hakkını aramak için dâvalaşmasının meşruiyeti hakkındaki bu ifadeler, fikhın aynı zamanda ahlaki duyarlılıkları ve değerleri de yakından ilgilendirmesi sebebiyle, fakihlerin fıkhi konulara genel yaklaşımlarının bir devamı mahiyetindedir. Bir dâvanın, kişinin kendisi tarafından değil de vekili

¹⁵¹ Seleften biri şöyle demiştir: “Husumetten sakın! Çünkü husumet, dini mahveder” Gazzâlî, III, 119.

¹⁵² Gazzâlî, III, 119.

¹⁵³ İbn Âbidinzâde, XI, 491.

aracılığıyla takip edilmesinin meşruiyetine gelince, kaynaklarda bazı ayrıntılarda farklı görüşler bulunsa dahi, dâvalara vekil tutmanın meşru olduğunda ittifak olup bu konuda pek çok rivayet de bulunmaktadır.

Fakihler dâva vekâletinin meşruiyetine dair gerek şer'î gerekse aklî açıdan deliller getirirler. Dâva için vekil tutmanın caiz olduğuna dair şer'î deliller genelde ahabın başkalarını vekil tuttuklarına dair gelen haberlerdir. Bunlardan en çok zikredilene Abdullah b. Cafer'den nakledilen Hz. Ali'nin hiçbir dâvada hazır bulunmadığı, mallarıyla ilgili bir şey hakkında dâvası olduğu takdirde zeki ve hazır cevap olması nedeniyle kardeşi Akîl'i vekil olarak kendi yerine gönderdiğine dair rivayettir. Ayrıca onun “şeytan dâvalarda bulunur, dâvalar tehlikeli yerlerdir” dediği de rivayet edilmiştir. Yine rivayetlere göre Hz. Ali, Akîl'in yaşı ilerleyince ya yaşlılığından dolayı ağır hareket etmesi nedeniyle ya da artık belleğinin zayıflaması yüzünden onun yerine Abdullah b. Ca'fer (r.a)'i vekil olarak görevlendirmiş ve şöyle demiştir: “O benim vekilimdir. Onun lehine hükmedilen, benim lehime hükmedilmiştir.”¹⁵⁴ İmam Şâfiî de bu rivayetleri vekâletin ahkamına dair hadislerle birlikte zikretmektedir.¹⁵⁵

Fatıma binti Kays'dan nakledilen bir başka rivayete göre ise; Fatıma şöyle dedi: “Kocam beni üç talakla boşadı, sonra Yemen'e gitti. Nafaka hususunda ise kardeşini vekili olarak tayin etti. Peygamber (a.s) önünde dâvalaştık. Peygamber (a.s) benim için ne nafaka ne de ev için hüküm verdi.”¹⁵⁶

Ebu Hureyre'den rivayet edilen bir diğer delil ise şu şekildedir: Hz. Peygamber'e getirilen bir dâvada taraflardan biri muhakeme usulünü ve dâvada nasıl davranılacağını iyi bilmesine karşılık, diğer tarafın bu hususta hiçbir bilgisi yoktu. Sonuç olarak muhakeme usulünü iyi bilen taraf müdafaasını iyi yapıp dâvayı kazandı ve gitti. Diğerisi ise kendisini müdafa edemediği için dâvayı kaybetmiş oldu. Dâvayı kaybeden taraf, ‘Ya Resulullah, kendisinden başka ilah olmayan Allah'a yemin ederim ki benim hakkım haktır’ dedi. Bu durum üzerine Resulullah (a.s) ‘o gideni bana getirin’ buyurdu ve adam getirildi. Peygamber (a.s) ona dâvalının kendisine yemin ettiğini haber verdi. O kişi ‘Ey Allah'ın Resûlü, istersen yeniden mahkeme olurum’ dedi. Peygamber

¹⁵⁴ Serahsî, XIX, 3; İbn Kudâme, VII, 199-200; Şîrâzî, III, 344; İbn Rüşd, II, 302; Sadrüşşehid, Ebu Hafs Hüsâmüddin Sadru'sşehid Ömer b. Abdilaziz b. Ömer b. Maze Buhari, *Şerhu edebi'l-kadi li'l-hassaf*, thk. Ebû'l-Vefa Efgani, Ebû Bekr Muhammed Haşimi, Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1994/1414, 428.

¹⁵⁵ Bkz. Şâfiî, Ebû Abdullah Muhammed b. İdris b. Abbas, *el- Ümm*, Beyrut: Dârü'l-marife, 1393, III, 233.

¹⁵⁶ Serahsî, XIX, 2,3.

de ‘ol’ buyurdu ve o kimse yeniden mahkeme oldu. Ancak tekrar aynı şekilde kazandı ama bu sefer Resulullah şöyle buyurdu: “Kim dâvada güzel konuşmasıyla ve iyi savunmasıyla dâvayı kazanır ve kardeşinin hakkını alırsa cehennemden bir ateş parçası almış olur.”¹⁵⁷ Bunun üzerine dâvayı kazanan kişi gerçeği itiraf etti ve hak sahibine hakkı verildi. Hz. Peygamber yaslanmış durumda iken doğruldu ve aynı sözü daha sert bir şekilde tekrarladı.¹⁵⁸

Serahsî böylelikle, dâvalar için vekil tutmanın insanlar için bir ihtiyaç olduğunu belirterek akli yönden de dâva vekâletinin meşruiyetini gerekçelendirir. Çünkü insanlar tecrübesizlikleri veya mahkemede küçük düşürülmekten korktukları için kendilerine ait olan bu yetkiyi kendi yerine geçecek başka birisine tevdi edebilir. Serahsî ayrıca, dâvalar için vekil tayin etmeyi, Hz. Peygamber’den günümüze kadar hiçbir kimsenin yadırgamadığını ve buna karşı çıkmadığını da belirterek zımni bir şekilde bu konuda icma olduğuna da işaret eder.¹⁵⁹ İbn Kudâme ise dâvalarda vekil atamanın icmayla sabit olduğunu açık bir şekilde belirtmektedir.¹⁶⁰ Semnânî de husûmete vekâletin meşruiyetine hâkimlerin fiili ile sahabe ve tâbiûnun görüşlerini delil getirmekte ayrıca “bu bütün şehirlerdeki insanların amelidir” demektedir.¹⁶¹

D. DÂVA VEKÂLETİNİN ŞARTLARI

Dâvada tarafların temsili, borçlar hukukundaki vekâletin usûl (yargılama) hukukunu ilgilendiren bir çeşidi olduğundan meseleyi sadece borçlar hukukunun bir konusu olarak ele almak yeterli olmayacaktır. Nitekim dâva vekâletinde vekil ile müvekkil arasındaki iç ilişki kadar taraflar ile mahkeme arasındaki dış ilişki de önem arz etmektedir. Bu bakımdan dâvanın tarafları (dâvacı ve dâvalı), konusu (müddea bih) ve seyri (usûlü) de dâva vekâleti konusunda göz önünde bulundurulması gerekli meselelerdir. Daha önce genel olarak vekâletle ilgili şartlardan bahsetmiştik. Bu kısımda ise diğer vekâlet türlerinde aranmayıp sadece dâva vekâletinde söz konusu olan bir takım özel şart ve durumlardan bahsedilecektir.

¹⁵⁷ Hadis kaynaklarında “güzel konuşması ve cedeliyle ifadesi yerine “yeminiyle” ifadesi yer almaktadır. Bkz. Buhârî, “Müsâkât”, 4; Müslim, “İman”, 218; Müsned, I/188.

¹⁵⁸ Serahsî, XIX, 86.

¹⁵⁹ Serahsî, XIX, 4.

¹⁶⁰ İbn Kudâme, VII, 199.

¹⁶¹ Semnânî, Ebü'l-Kâsım Ali b. Muhammed b. Ahmed er-Rahb, *Ravzatü'l-Kudât ve tarikü'n-necat*, thk. Selahaddin Abdüllatif en-Nahi, 2. bs., Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1984, I, 181.

1. Dâva Ehliyeti

Dâva ehliyeti, bir kimsenin bir dâvayı, dâvacı veya dâvalı olarak bizzat veya bir temsilci vasıtasıyla yürütebilmesi ehliyetidir.¹⁶² Dâva vekâletinde müvekkil ve onun kendi yerine dâva ikame etmek üzere vekâlet verdiği vekil, aslında mahkeme önünde dâvalı ya da dâvacı konumunda olan kişilerdir. Müvekkilin vekâlet verdiği konuda tasarruf yetkisine sahip olması gerektiğinden bahsetmiştik. Dolayısıyla dâva için vekil tutacak müvekkilin dâva ehliyetine de sahip olması gerekmektedir.

İslâm hukukunda dâva ehliyeti için, yani mahkemede bizzat iddia ve savunmada bulunabilmek ve gerekli diğer işlemleri yürütebilmek için kişilerin en az eksik edâ ehliyetinin olması yani temyiz gerekmektedir.¹⁶³ Aslında dâva ehliyeti maddi hukuktaki müvekkilin ehliyeti kapsamındadır. Yani dâva ehliyeti, eda ehliyetinin medeni usul hukukunda büründüğü şekildir. Dolayısıyla dâva açmak ve takip etmek, satım, kira vb. gibi yarar ve zarara eşit ihtimali olan üçüncü kategorideki tasarruflardan olduğundan, mümeyyiz ve mümeyyiz hükmünde olanlar, velileri tarafından izin verilmesi şartıyla dâva ehliyetine sahip olurlar.¹⁶⁴ Dâvacı ve dâvalının baliğ olması şartı aranmayıp akıllı olmasıyla yetinilmesi de bu sebeptir (Mecelle, md. 1616).

Ancak dâvada taraf olabilmek için eda ehliyeti şart değildir, vücut ehliyeti bulunan kişiler dâvada taraf olabilir. Bu sebeple, cenin, küçük, deli, kısıtlı kimseler dâvada taraf olabilirse de eda ehliyetleri bulunmadığından bunları hâkim huzurunda kanuni temsilcileri (vasî) temsil eder.¹⁶⁵ Zahirürrivaye’de geçtiği üzere vasî baba yerinde olduğundan onun bizzat kendisinin dâva hakkı olduğu gibi vasînin yetimler için dâva vekili atama hakkı da vardır. Bizzat kendisi dâvada bulunmaktan aciz olan küçük çocuğun vasisi ya dâvada bizzat bulunmak ya da bunun için vekil atamak suretiyle çocuğa gelecek zararı önlemeye çalışır.¹⁶⁶

Dâva vekâletinde vekil, müvekkilin yerine geçen kişi olduğu için onun da dâva vekâleti ehliyetinin bulunması gereklidir. Dâva vekâleti ehliyeti ise, dâvanın tarafları

¹⁶² Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, s. 138.

¹⁶³ Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, s. 138.

¹⁶⁴ Bkz. Tezde “Tarafların Anlaşması” s. 10.

¹⁶⁵ Ali Haydar, IV, 122.

¹⁶⁶ Serahsî, XIX, 16.

dışında üçüncü bir kişi olan bir kimsenin vekil sıfatıyla bir dâvayı yürütebilmesi için sahip olması gereken ehliyettir. İslâm hukuku açısından, maddi hukuktaki vekilin ehliyeti ile dâva vekâleti ehliyeti genel olarak birbiriyle örtüşmektedir. Ancak genel vekâletteki durumun aksine fuzulinin dâva ehliyeti bulunmadığı için herhangi bir şahıs, bir diğeri adına onun izni ve isteği olmaksızın dâva açma ve takip etme yetkisine sahip olmamaktadır.¹⁶⁷ Dolayısıyla bu konuda ilk kısımda “ tarafların anlaşması” başlığı altında vekilin şartları konusunda verdiğimiz bilgiler geçerlidir.¹⁶⁸ Çünkü İslâm hukukunda dâva vekâleti ehliyeti belli kişilere hasredilmemiştir.

Ancak Tanzimat’ın ilanı ile başlayan hukuki reformlar sürecinde, Osmanlı hukukunda dâva vekâletine ilişkin önemli adımlar atılmıştır. 1293/1876 (16 Zilhicce 1293) tarihinde çıkarılan *Mehakimi Nizamiye Dâva Vekilleri Hakkında Nizamname*’de, vekâlet işlerini üstlenenler için “dâva vekili” unvanı kullanılmış, ayrıca dâva vekilliği yapabilmek için gerekli şartlar, görev ve sorumluluklar sıralanıp, vekâlet ücreti düzenlenmiştir.¹⁶⁹ Bu Nizamname’nin birinci maddesi gereğince; dâvasını kendisi takip etmek istemeyenlerin Nizamiye mahkemelerinde kendi yerine dâvayı takip etmesi üzere tayin edeceği vekilin, Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye Nezaretinden ruhsat alması gerekmektedir. Bu kuraldan, sadece, müvekkilin akraba, hasım ve ortaklarından birini vekil etmesi durumu istisna edilmiştir. Ayrıca bu Nizamname’de dâva vekilliği için hukuk fakültesi mezunu olma, ruus imtihanını kazanma şartı konulmuştur. Dâva vekili olacak kişinin ayrıca, yirmi bir yaşına girmiş olması, devlet memuru olmaması, mahkum olarak ceza görmemiş olması ve daha önce ticâretle uğraşmış ise iflas etmemiş veya iflas ettikten sonra kanunen iade-i itibar etmiş olması gerekmektedir (Madde 2).¹⁷⁰

Günümüzde HUMK’ya göre, dâva ehliyeti bulunan herkes, dâvasını kendisi veya tayin ettiği vekil aracılığıyla açabilir ve takip edebilir. Dâvaya vekâlet ise borçlar hukukundaki vekâlet kurumundan ayrı ve bağımsız bir hukuki kurum olarak düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle bir kimse dilediği kimseye temsil yetkisi vererek, kendinin dâvada temsil ettiremeyecektir. Çünkü dâva vekâleti ehliyetine sadece kanunda belirlenmiş kimseler sahiptir. Bunun sebebi dâvaya ehil kişilerin sadece

¹⁶⁷ Yavuz, Cevdet, “Dâva”, *DİA*, IX, 13.

¹⁶⁸ Bkz. Tezde s. 10-14.

¹⁶⁹ *Düstur*, Birinci Tertip, c. III, s. 198 vd.

¹⁷⁰ *Düstur*, Birinci Tertip, c. III, s. 198.

tarafların temsilcisi değil aynı zamanda adaletin ve hukukun da yardımcıları olma gibi bir işlevleri olmasıdır.¹⁷¹

2. Hasmın Vekâlete Rızası

İslâm hukukunda dâva vekâletinde en önemli hususlardan biri, vekil ile müvekkil arasındaki ilişki olmakla birlikte müvekkil ile hasım (karşı taraf) arasındaki ilişki de diğer vekâlet türlerinin aksine dâva vekâletinde önem arz etmektedir. Zira hukuk dâvalarında kişinin kendi yerine dâvayı takip etmesi için verilen vekâlette diğer vekâlet türlerinde söz konusu olmayan bir şart söz konusu olabilmektedir. O da karşı tarafın rızası şartıdır. Bu tür dâvalarda tarafların vekil tayin edebilmesi için müvekkilin bir takım mazeretlerinin olması, böyle bir mazeret yoksa karşı tarafın rızasının aranıp aranmayacağı konusunda fakihler arasında farklı görüşler mevcuttur. Bir başka deyişle, karşı tarafın rızası gerekmeden vekil tayin edilebileceği görüşünün aksine müvekkilin ancak bazı mazeretleri bulunması durumunda karşı tarafın rızası aranmaksızın dâva vekili tayin edilebileceği, değilse karşı tarafın rızasının aranacağı şeklinde bir görüş de mevcuttur. Bu konuda ortaya çıkan görüşler dört grupta toplanabilir:

Birinci görüş; müvekkilin hastalık ve yolculuk gibi geçerli bir mazeretinin bulunması durumu hariç hasmın rızası olmadan tevkilin geçerli olmayacağı görüşüdür.¹⁷² Bu görüşün sahibi Ebu Hanife olmakla birlikte Mâlikîler'den Sahnûn'un da bu görüşte olduğuna dair rivayetler bulunmaktadır.¹⁷³ Ancak müvekkil vekili ile birlikte mahkemede hazır bulunacak olursa rıza aranmadan vekâlet verebilmektedir. Ebu Hanife, duruşmaya vekilin değil asilin katılmasını hem adaletin gerçekleşmesinde daha güvenilir bir yol, hem de karşı tarafın hakkına taalluk eden bir husus olarak gördüğünden, müvekkil sağlıklı ise ve mahkemenin olduğu şehirde ise dâvası için vekil tayin etmesini hasmın rızası şartına bağlamıştır.¹⁷⁴

İkinci görüş, kişinin dâvaya vekil tayin edebilmesi için karşı tarafın rızasının şart olmadığını savunan çoğunluğa aittir. Şâfiîler¹⁷⁵, Hanbelîler¹⁷⁶ ve Hanefîler'den Ebu

¹⁷¹ Börü, s. 25.

¹⁷² Sadrüşşehid, s. 429; Kâsânî, VII, 431.

¹⁷³ İbn Ferhûn, I, 133.

¹⁷⁴ Şeybanî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 485.

¹⁷⁵ Şîrâzî, III, 345.

¹⁷⁶ İbn Kudâme, VII, 199.

Yusuf ile İmam Muhammed'in¹⁷⁷ dahil olduğu bu gruptaki fukahaya göre, karşı taraf razı olmasa bile vekâlet geçerli ve lâzım olup böyle bir vekâlet hasmın isteği ile reddedilemez. Bu konuda müvekkilin mahkemede hazır olup olmaması, mukim veya seferi olması, sağlıklı ya da hasta halde bulunması, kadın veya erkek olması önemli değildir.¹⁷⁸

Bu konuda rızayı gerekli görmeyenler şöyle deliller getirmektedirler. Müvekkil burada tamamen kendisine ait olan ve hasmıyla ilgisi bulunmayan bir hakkı kullanmaktadır. Çünkü vekâlet, kişinin kendi haklarından olan ve onun sayesinde karşı tarafın iddiasını def edeceği cevap verme ve muhâseme (dâvalaşma) konusundadır. Dolayısıyla müvekkilin kendine ait hakkında yaptığı bir tasarruf için başkasının rızasına gerek yoktur. Yani dâva vekâleti de alacağı teslim alma, borcu ödeme vs. konularda olduğu gibi karşı tarafın rızası olmaksızın geçerlidir.¹⁷⁹ Ayrıca bu görüşün sahipleri, dâva vekâletinin meşruiyeti ile ilgili kısımda verdiğimiz sahabeye ait haberleri delil göstererek rızanın gerekmediği konusunda sahabenin icmaı olduğunu da ifade ederler. Buna göre, Hz. Ali, dâva esnasında olan bazı olumsuzluklar sebebiyle dâvalarda bulunmaktan hoşlanmadığını ifade etmiş bu yüzden Hz. Ebubekir zamanında Akil'i, Hz. Osman zamanında da Abdullah b. Cafer'i karşı tarafın rızası gerekmeksizin kendi dâvalarına vekil yapmıştır. Hanefiler ise bu rivayetin, dâvaya ilişkin vekâlet verileceği zaman karşı tarafın rızasının gerekli olmadığına değil, aksine rızanın şart olduğuna delil olabileceğini ileri sürmüşlerdir. Çünkü Hz. Ali kendisine ait bir dâvaya başkasını vekil edince hiçbir hasım ona karşı duyduğu saygıdan dolayı onun bu tasarrufuna itiraz etmez.¹⁸⁰

Ebu Hanife'nin bu konudaki görüşünün sünnetten dayanağı ise; "Ey Ali! Diğeri de (mahkemede) hazır bulunmadıkça; iki hasımdan biri lehinde hüküm verme." şeklindeki hadisi şeriftir.¹⁸¹ Ebu Hanife, müvekkilin dâva için vekil atamaya hakkı olduğunu inkar etmemektedir. Ancak o, müvekkilin hakkı olan bu hususta karşı tarafa

¹⁷⁷ Şeybânî, *Kitâbü'l-Asl*, IV, 483; Kâsânî, VII, 432.

¹⁷⁸ Ali Haydar, III, 560.

¹⁷⁹ Serahsî, XIX, 7; Şîrâzî, III, 345; İbn Kudâme, VII, 199.

¹⁸⁰ Aybakan, *Vekâlet Sözleşmesi*, s. 33-34; İbn Kudâme, VII, 199-200; Sadruşşehid, s. 428.

¹⁸¹ Mevsilî, Ebü'l-Fazl Mecdüddin Abdullah b. Mahmûd b. Mevdud, *el-İhtiyar li-ta'lili'l-muhtar*, thk. Şuayb el-Arnaut, Ahmed Muhammed Berhum, Abdüllatif Hırzullah, Dımaşk: Darü'r-Risaleti'l-Alemiyye, 2009/1430, II, 383.

zarar verme maksadının olabileceği, dolayısıyla borcun havale edilmesinde olduğu gibi bunda da ancak karşı tarafın rızasıyla vekillik verilebileceğini söylemektedir. Çünkü dâvacının dâvası doğru ve yanlış, yanlgı ve dikkatsizliğe muhtemel bir haber olabileceği gibi dâvalının inkarı da aynı şekilde olabilir. Dolayısıyla karşı tarafın rızası şart koşularak, muhtemel bir zararın karşı tarafın iltizamının yani kendi rızasının sonucu olması sağlanmış olur.¹⁸² Ayrıca Ebu Hanife bu görüşe zamanındaki mevcut duruma bakarak ulaşmaktadır. Zira insanlar bu vekâlet ile vekilin müvekkil adına karşı tarafın hakkını reddetmek için birtakım doğru olmayan hilelerle uğraşmasını amaçlamaktadırlar. Bir başka delili de vekilin müvekkili adına yerine getirmekle yükümlü olduğu cevap verme hususunda insanların birbirinden farklı farklı olduğudur.¹⁸³ Çünkü pek çok haksız kimse sırf güzel ifade ve iddiaya, çeşitli muhakeme yöntemine yetenekli oldukları için bâtılı hak suretinde tasvir edebilirler. Bu yüzden hakikat yerini bulamayabilir. Hasım da bunlara karşı ayrıca vekil tutma külfetine mecbur olur.¹⁸⁴ Zararın yasaklanmış olduğunu ifade eden kaideler de bu görüşü desteklemektedir.¹⁸⁵

Hanefiler'den Merginânî (593/1197), Ebu Hanife'nin karşı tarafın rızası olmaksızın caiz olmadığına dair görüşü hakkında bir yorum getirmektedir. Ona göre dâvaya vekil atamanın geçerliliği konusunda bir şüphe yoktur ancak karşı tarafın rızasına bağlı olarak vekâlet gayr-i lazımdır. Buna göre, dâva vekâleti başta karşı tarafın rızasına bağlı olmaksızın müvekkil ile vekil arasında kurulur. Ancak karşı taraf bu vekâleti reddettiğinde vekâlet geçersiz olur.¹⁸⁶ Çünkü hasmın, müvekkilin dâvada bulunmasını talep etme hakkı ve dâvalı müvekkilin de hasma cevap verme gerekliliğine binaen mahkemede hazır bulunması dâvanın geçerlilik şartlarındandır.¹⁸⁷ İbn Nüceym, müvekkilin hazır olmasıyla gâib olması arasındaki farkı, müvekkilin gâib olması halinde hazır olmasının aksine telbis (karıştırma) töhmetinin ortaya çıkması olarak ifade eder.¹⁸⁸

¹⁸² Kâsânî, VII, 432.

¹⁸³ Serahsî, XIX, 7.

¹⁸⁴ Bilmen, VI, 347.

¹⁸⁵ Bkz. Mecelle, md. 19.

¹⁸⁶ Merginânî, Ebü'l-Hasan Burhaneddin Ali b. Ebî Bekr, *el-Hidâye şerhu bedayeti'l-mübtedi*, Kahire: Mustafa el-Babi el-Halebi, 1936/1355, III, 100; Aynî, VII, 270.

¹⁸⁷ Serahsî, XIX, 8; Kadızâde, VIII, 153; Ali Haydar, III, 560.

¹⁸⁸ İbn Nüceym, Zeynüddin Zeyn b. İbrâhim b. Muhammed Mısri Hanefî, *el-Eşbah ve'n-nezair*, thk. Muhammed Muti' Hafız, Dimaşk: Dârü'l-Fikr, 1983/1403, s. 500.

Vekâletin geçerliliğini hâkimin iznine bağlayan üçüncü görüş ise başta Serahsî olmak üzere müteahhirîn Hanefî alimlerine aittir. Esas itibariyle Serahsî de bu konuda Ebu Hanife gibi düşünmekte ve dâva takibinin, hakkın bütün nitelikleriyle belli olduğu ve karşı tarafa bir zarar verme amacı olmayan alacağı teslim alma (kabz) veya borç ödemede (karz) olduğu gibi diğer tasarruflarda vekil atamaktan farklı olduğunu belirterek karşı tarafın rızasını gerekli görmektedir. Ayrıca dâva esnasında vekilin vekâlet yetkisini aştığı durumların tespiti ve engellenmesi de sübjektif kriterlere bağlı olduğundan karşı tarafın rızasının alınması ona zarar vermiş olma ihtimalini kaldırması bakımından yerindedir.¹⁸⁹ Ancak o bu konuda farklı bir yol tutarak, hâkimin kişinin yerine vekil tayin etmesini hasmına zarar vermek gibi kötü amaçlı bir girişim olarak değerlendirmesi durumunda buna izin vermeme yetkisi olduğunu belirtmektedir. Aynı şekilde karşı tarafın da, müvekkilin vekil tayin etmesine, makul bir sebebi olmaksızın inadından karşı çıktığını düşünüyorsa, hâkim buna da itibar etmez ve vekili kabul eder.¹⁹⁰

Son olarak, esas itibariyle ikinci gruptakilerle aynı görüşte olan Mâlikîler'e göre mahkemenin başlangıcında hasmın rızası aranmamakla birlikte iki halde karşı tarafın rızası şarttır. Kişi birden fazla vekil tayin ederse veya herhangi birini vekil tayin etmeksizin üç celsede hasmıyla beraber duruşmaya katılsa, bundan sonrasında özürlü olmaksızın vekil tayin etmesinde hasmın rızası şarttır. Hastalık, sefer gibi bir özürlü söz konusu olursa karşı tarafın muvafakatı gerekmez.¹⁹¹ Ancak yolcudan veya yola çıkmak isteyen bu durumunun doğruluğuna binaen yemin etmesi istenir. Yeminden yüz çevirirse vekâleti ancak karşı taraf izin verirse geçerlidir.¹⁹² Müvekkilin bizzat üç celseye katılmış olması hakkın ortaya çıkması için yeterli görülmüş ve bundan sonra vekil atamak tartışmanın yeniden başlamasını ve şerrin çoğalmasına sebep olacağı düşüncesiyle rıza şartı getirilmiştir.¹⁹³ Ayrıca Mâlikîler'den İbn Ferhûn (799/1397), taraflardan birinin azledilmiş vekili, karşı tarafın vekili olmak istediğinde vekil dâvanın

¹⁸⁹ Serahsî, XIX, 8.

¹⁹⁰ Serahsî, XIX, 8; Ali Haydar, III, 560.

¹⁹¹ Derdir, II, 1146; Desûki, Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed b. Ahmed b. Arafê, *Hâşiyetü'd-Desûki ala şerhi'l-kebir*, [y.y.]: Dârü'l-Fikr, [t.y.], III, 378.

¹⁹² İbn Ferhûn, I, 133.

¹⁹³ Ânî, s. 392.

gizliklerini ve sırlarını bildiği için ancak önceki müvekkilin rızası ile vekâletinin kabul edileceğini savunmaktadır.¹⁹⁴

Görüldüğü üzere Hanefî mezhebi içerisinde, hasmın rızası aranmadan yapılan tevkîlin sahih olduğunda ittifak olmakla birlikte bağlayıcılığı tartışmalıdır. İmameyn'e göre hiçbir şart aranmadan akit bağlayıcı olurken, Ebu Hanife'ye göre tevkîl ancak üç şartla lazım olur Bu şartlar, ya hasım razı olacak ya müvekkil dâva meclisinde olmaya güç yetiremeyecek kadar hasta olacak ya da sefer mesafesinde yolcu olacak.¹⁹⁵ Karşı taraf hasmının vekil tutmasına razı olursa hâkim dâvayı dinlemeden önce, bu kararından dönme hakkına sahiptir. Fakat hâkim dâvayı dinledikten sonra bu hakkı ortadan kalkmaktadır.¹⁹⁶

Son dönem fakihlerinden Ö. Nasuhi Bilmen de hem haklarını savunma konusunda ifade kabiliyetine hem de vekil tutmak için yeterli mâlî imkânlara sahip olmadığı için karşı tarafın vekili sebebiyle dâvaları aleyhlerine neticelenecek kimseler bulunabileceğini söylemektedir. Bu sebeple Ebu Hanife'nin görüşünden yana olup, vekil tâyinine rızaları olmadıkça her iki tarafı baş başa bırakmayı adaletin gereği olarak görmektedir.¹⁹⁷

Vekâletle ilgili çalışmasında konuya yer veren modern dönem araştırmacılarından Muhammed Rıza Abdülcebbar el-Ânî ise, bu konudaki görüşleri sıraladıktan sonra, hasmın rızasının gerekmediğine dair cumhura ait olan görüşü tercih ettiğini belirtir. Bu konudaki tercihinin sebeplerini açıklamaya ise, Ebu Hanife'nin “dâvacının dâvasının doğru ve yanlışa ihtimalli olmasından dolayı ortaya çıkabilecek bir haksızlığa engel olmak adına karşı tarafın rızasının gerekmesi” şeklindeki delilini çürütmeye çalışmakla başlar. Ona göre bu, müvekkilin sahip olduğu vekil atama hakkını iptal etme konusunda delil olamaz. Çünkü hakikat ne olursa olsun müvekkil her zaman kendisinin haklı olduğu düşüncesiyle dâva açar. Yani bu durumda onun haksız olma ihtimaline binaen vekil tutma konusundaki hakkını hasmın rızasına bağlamak uygun değildir. Ebu Hanife'ye ait “vekil tutan kişinin vekilinin dâvalaşma hususundaki

¹⁹⁴ İbn Ferhûn, I, 133.

¹⁹⁵ Sadrüşşehid, s. 430.

¹⁹⁶ İbn Âbidinzâde, XI, 379.

¹⁹⁷ Bilmen, VI, 347.

kabiliyeti sayesinde batılı hak gösterebileceği” şeklindeki bir diğer delilin ise cumhur için de aynı şekilde delil olabileceğini ifade etmektedir. Nitekim müvekkilin de, hasmının dâvalaşma hususundaki kabiliyetinden dolayı, onun karşısında haklı olduğu halde hakkını savunamayıp bir vekilden yardım alması gerekebilir. Bu durumda onun vekil tutmasını yasaklamak, ona zarar vermek anlamına gelir.¹⁹⁸

Tüm bunlardan sonra, Ebu Hanife’nin temsil ettiği hasmın vekâlete rızasının gerekliliğine dair görüşünün, mahkemelerde taraflar adına savunma yapan vekillerin, dâvalarda hak ve adaletin ortaya çıkmasına olumsuz etki edebilecekleri endişesinden kaynaklanmış olabileceğini söyleyebiliriz. Nitekim mahkemelerde başvurduğu hile ve desiseler sebebiyle, kaynaklarda ilk dönemlerden itibaren dâva vekilleri hakkında tenkitler yer almaktadır.¹⁹⁹

a. Hasmın Vekâlete Rıza Şartını Kaldıran Mazeretler

Dâvayı vekil aracılığı ile takipte rıza şartını ortadan kaldıran mazeretler başta hastalık ve yolculuk olarak gösterilirken zamanla çeşitlenerek artmıştır. Mesela taraflardan birinin yargılama sırasında uygun olmayan hal ve davranışlarda bulunması, kendisi üç duruşmaya bizzat katıldığı durumlarda müvekkilin ancak bir mazeretten dolayı hasmın rızası aranmadan vekil atama hakkının olduğunu savunan Mâlikîler’e göre böyle bir mazeret sayılmaktadır. Buna göre, taraflardan birinin hasmına karşı dâva esnasında dâvanın gidişatını zora sokacak uygun olmayan sözler söylemesi durumunda rıza aranmadan hasmın vekil tutma hakkı doğmaktadır. Tarafların birbirlerine kötü sözler sarf etmeleri gibi durumlardan dolayı kişinin dâvasını bizzat takip etmemek üzere yemin etmesi de aynı şekilde mazeret olarak kabul edilmiştir. Ancak üç duruşmadan sonra yemin gerektirecek bir mazeret olmaksızın dâvayı bizzat takip etmeyeceklerine dair yemin ederlerse vekâlet kabul edilmez.²⁰⁰

Türk hukukuna gelince, HUMK’nın 79/2 maddesi hükmü gereğince hâkim duruşmada uygun olmayan davranışlarda bulunmakta direnen tarafın dışarıya

¹⁹⁸ Ânî, s. 394.

¹⁹⁹ Vekiller hakkında yapılan eleştiriler için bkz.; Gayretli, Mehmet, “İslâm Adliye Teşkilatında Avukatlık”, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mgayretli-1.pdf>, (11.08.14), s. 17-18.

²⁰⁰ İbn Ferhûn, I, 133.

çıkarılmasını emreder, gerekirse vekil tutmaya zorlayabilir. Aksi takdirde yargılama yokluğunda yapılır ve yokluğunda hüküm verilir. Bu durum Türk Usul hukuku açısından dâvanın vekil ile takibini gerekli kılarak dâva vekili tayin etmenin zorunlu olmamasının istisnasını oluştururken²⁰¹, İslâm Hukuku'nda Malikîler açısından dâvanın vekil ile takibini mümkün kılan bir mazeret olmaktadır. Her iki hukuk sisteminde de aslında aynı yönde hizmet etmekte ama birinde zorunlu olmayan vekil tutmayı zorunlu hale getirirken diğerinde yasak olan vekil tutmayı karşı tarafın rızası aranmaksızın mümkün hale getirmektedir.

Hanefî literatüründe erkekler arasında maksadını ifade etmeye alışık olmayan bir bayanın da karşı tarafın rızası gerekmeksizin dâvasına vekil tayin edebileceği belirtilmiştir. Kâsânî, Cessas'tan (370/981), Zahirürrivaye'de kadın-erkek, bekar-dul ayrımı yapılmaksızın rızanın arandığını ancak müteahhirîn Hanefî alimlerinin erkeklerle bir araya gelmeyen bir bayanın rıza aranmadan vekâlet vermesini istihsanen geçerli gördüklerini nakletmektedir. İbn Ebi Leyla'dan nakledildiğine göre o, bekar kızın hasmın rızası aranmaksızın dâvaya vekil tayin edebileceğini söyler. Çünkü eğer kendisinin dâvaya gelmesi şart koşulsa kızın utanıp konuşamama ihtimalinden dolayı maksat gerçekleşmeyebilir.²⁰² Ancak Kâsânî, İbn Ebi Leyla'nın bu hakkı sadece bekar kızlarla sınırlamasının isabetli bir görüş olmadığını ifade eder.²⁰³ Dolayısıyla mahremi olmayan erkeklerin içine çıkmayan kadınların da (muhaddere) rıza şartı aranmaksızın vekil tutabileceği kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere bu meseledeki illet aslında mahkemede maksadın yerine gelmemesi endişesinin bulunmasıdır.²⁰⁴ Bu durumda kadının hakimine ona gönderdiği ikisi şahit olan üç adil kişinin huzurunda erkeklerin içine çıkmadığına dair yemin etmesi gerekmektedir.²⁰⁵

Kaynaklarda dâvanın camide görülüyor ve de müvekkilin camiye girmesine engel olacak özel hali bulunan bir kadın olması durumunda, müvekkilin belli şartlarda

²⁰¹ Börü, s. 16.

²⁰² Serahsî, XIX, 8; Semnânî, I, 172.

²⁰³ Kâsânî, VII, 432.

²⁰⁴ Hatta, taraflardan birinin genç ve güzel bir kadın olması durumunda dâvayı bizzat takip etmesinden kaynaklanabilecek mahzurlar dolayısıyla bazı alimler hakimine kadına vekil tayin etmesini emredebileceğini belirtmektedirler. Bu durumda karşı tarafın kadının mahkemede hazır olmasını isteme hakkı da bulunmamaktadır. Kadının görüşlerine ihtiyaç duyulduğunda ise, kadının evine hakim tarafından güvenilir biri gönderilerek, bir engel arkasından onunla konuşulacağı belirtilmektedir. Tarablusî, s. 22

²⁰⁵ Aynî, VII, 272.

rıza gerekmezsin vekil tutmasına izin verilmiştir. Hayız veya nifas gibi bu haller, müvekkilin dâvacı konumunda olması şartıyla mazeret sayılmaktadır. Eğer müvekkil dâvalı konumunda ise hâkim, mahkeme yeri olan mescitten çıkana kadar dâvacıdan tehir talep edilir. Tehir gerçekleşirse vekâlet vermesi kabul edilemez. Eğer müvekkil kadın bu dâvayı erteleyemezse hâkim vekâletini kabul eder.²⁰⁶

Müvekkil hapiste ise dâvanın görüldüğü mahkemeye bağlı hapisanede değil de başka bir hâkim tarafından hapsedilmişse ve çıkması mümkün değilse karşı tarafın rızası gerekmeden müvekkil vekâlet verebilmektedir. Şayet müvekkil dâvanın gerçekleşeceği mahkemenin hapisanesinde ise hâkim vekâletini kabul etmez.²⁰⁷

Müvekkilin yolculukta olması gibi yolculuğa çıkmayı istiyor olması da rızayı kaldıran bir mazeret olarak görülmüştür. Çünkü her iki durumda da zaruret manası vardır. Ancak yolculuk durumunun hasmın rızasının aranması şartını kaldırması için hasmın müvekkilin yolculuk yapmak istediğini tasdik etmesi gerekir. Hâkim onun yol kıyafetlerine ve sefer müddetine bakar, kiminle gideceğini sorar. Yol arkadaşlarına da sorar ve onlar da bunu doğrularsa mazereti kabul edilir.²⁰⁸ Mâlikî fakihî İbn Ferhûn da tarafların yolculuktan alıkonamayacağını ama yolcunun başkasını vekil etmek için yola çıkmadığına dair yemin etmesi gerektiğini söylemektedir. Müvekkil yemin etmek istemezse vekâleti ancak karşı taraf izin verirse geçerlidir.²⁰⁹

Tanzimat döneminde Osmanlı hukukunda yapılan düzenlemelerde ise bu mazeretlere gerek kalmaksızın tarafların vekil tutabildiği hatta bizzat bulunmayacaksa vekil tutmak zorunda olduğu görülmektedir. 1861 tarihli Usul-i Muhâkeme-i Ticâret Nizamnamesi'nde, avukatlığa geçişte önemli adımlardan biri olarak, vekâlete ilişkin hükümlere yer verilerek, tarafların mahkemeye bizzat gelmek veya muteber bir vekâlet ile vekil tayin etmek zorunda oldukları belirtilmiştir.²¹⁰

²⁰⁶ *el-Fetâva'l-Hindiyye, Fetava-yı-Alemgiriyye*, haz. Burhanpurlu Şeyh Nizam, Şeyh Vecihüddin, Şeyh Celaeddin Muhammed, Kadı Muhammed Hüseyin, Molla Hamid, Kahire: Matbaatü'l-Meymeniyye, [t.y.], III, 672-673.

²⁰⁷ İbn Âbidinzâde, XI, 377-378; *Fetâva'l-Hindiyye*, III, 673.

²⁰⁸ Sadrüşşehid, s. 430.

²⁰⁹ İbn Ferhûn, I, 133.

²¹⁰ *Düstur*, Birinci Tertip, c. I, s. 780 vd.

Şûrâ-yı Devlet Dâhili Nizamnâmesi'nin 6. maddesinde müddeinin mahkemeye gelmediği durumlarda vekille temsil edilmesinin mümkün olduğu ifade edilirken²¹¹, Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye Nizamnamesi'nin 28. maddesinde de yine dilekçe sahibinden ve vekilinden bahsedilmektedir.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin vekâlet kısmında ise dâva vekâletini düzenleyen hükümlere yer verilerek 1516. maddesinde dâvalı ve dâvacıdan her birinin dilediğini vekil tayin edebileceği, diğerinin rızasının şart olmadığı belirtilmiştir.²¹²

3. Dâva Vekili İle İlgili Özel Şartlar

İslâm hukukçuları yargılamanın her türlü şaibeden uzak olmasını temin gayesiyle dâva vekilinde ilave bazı şartlar aramışlardır. Bu İslâm hukukunun dini karaktere de sahip olmasının tabii sonucudur. İlk olarak dâva vekilinin, diğer tasarruflardaki vekillerden farklı olarak vekâlet konusunu kabul etmeden önce müvekkilinin haklı mı haksız mı olduğuna dair bir araştırma yapması şartı aranmaktadır. Vekilin batıl, haksız veya yalan bir hususta zalim biri adına dâvayı yürütmeme sorumluluğu vardır. Zira Allah (c.c.) “hainlere vekillik yapma” (en-Nisâ 4/105) buyurmuştur. Hanbelî fakihlerinden Ebu Ya'la'nın bu ayeti şöyle yorumladığı rivayet edilmektedir. “Kimsenin bir başkasının durumunun hakikatini bilmeksizin onun hakkını ispat veya nefy etmek için dâvalaşması caiz değildir.”²¹³ Peygamberden şöyle rivayet edilmiştir: “Her kim zulüm ederek husûmete destek olursa Allahın gazabını üzerine çekmiş olur.” Bir başka rivayette ise; “Kim ilimsiz olarak bir husûmette mücadele ederse, o mücadeleden vazgeçinceye kadar Allah'ın öfkesine maruz kalır.”²¹⁴ Ulemanın icmâsı da bu yöndedir. “Müslüman bir iş yaptığı zaman bu işin şer'in emir ve nehiyelerine muvafık olması gerekir.”²¹⁵

Nitekim Serahsî, karşı tarafın haklı olduğunun bilindiği durumlarda müvekkilin dinen inkar hakkı olmadığını dolayısıyla müvekkilin kendisinin bile sahip olmadığı bir

²¹¹ *Düstur*, Birinci Tertip, c. I, s. 707 vd.

²¹² Ali Haydar, III, 560.

²¹³ İbn Müflih, Ebû İshak Burhaneddin İbrâhim b. Muhammed, *el-Mübdi' şerhu'l-Mukni'*, Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 2003/1423, IV, 257; Buhûtî, III, 483.

²¹⁴ من جادل في خصومة بغير علم لم يزل في سخط الله حتى ينزع Semnânî, I, 122.

²¹⁵ Ânî, s. 397, Selman, s. 180.

hakta vekil atamasının da dinen caiz olmadığını belirtmektedir.²¹⁶ Çünkü vekil, müvekkilin temsilcisi ve fer'idir. Asıl için caiz olmayan dâva fer' için de caiz değildir. Vekil ancak bilmediği ve haklı olduğunu zannettiği zaman dâvalaşabilir.²¹⁷ Zaten cumhurun aksine Hanefîler'in mutlak vekâlette vekile ikrar yetkisi vermelerinin gerekçelerinden birinin de hakkın ve haklının ortaya çıkmasının öncelenmesi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Hanbelîlerden İbn Müflih (884/1479) de müvekkilin yalancılığı ve başkalarının malında gözü olmasıyla bilinen biri olması durumunda vekilin vekâleti kabul etmesinin geçersiz olduğunu ifade eder. Buna göre, dâva vekilinin gerek savunduğu kişinin gerekse konunun hakikatının ne olduğunu bilmeden dâvalaşmasının caiz olmadığına ittifak vardır.²¹⁸ Ancak araştırma neticesinde kesin bir kanaatin hasıl olmadığı zan durumunda ise Buhûti'ye (1051/1641) göre vekilin müvekkilin haksız olduğuna dair zannı da kesin bilgisi gibidir. Çünkü zan üzerine iş yapmak kesin bilgi yerine geçer.²¹⁹ Ama İbn Müflih'e göre vekil müvekkilin haksız olduğunu kesin olarak bilmediğinde ya da sadece zannettiğinde vekâletin geçerli olması gerekir. Çünkü her iki ihtimalin de olması şüphesiyle yasak ortadan kalkar.²²⁰ Mâlikîler'den Kârâfî (684/1285) de aynı şekilde taraflardan biri zalim ve arabozucu ise vekilin akdi hemen bozması gerektiğini söyler.²²¹

Türk hukukunda da İslâm hukukundaki bu kaideye paralel olarak, Avukatlık Kanunu'nun 38. maddesinde avukatın işi reddetme zorunluluğu olan durumlar arasında "kendisine yapılan teklifi yolsuz veya haksız görür yahut sonradan yolsuz veya haksız olduğu kanısına varırsa" ibaresi yer almaktadır.

Dâvada töhmet sebebinin de bulunmaması gerekir. Bunun için dâva vekili ile ilgili olarak bir diğer şart; vekil, müvekkil, karşı taraf ve hâkim arasındaki yakınlık ve özel durumların dikkate alınması gerekmesidir. Zira dâva konusu hakların kazanılması

²¹⁶ Serahsî, XIX, 5.

²¹⁷ İbn Müflih, Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed b. Müflih b. Muhammed, *el-Âdâbü's-şer'iyye*, thk. Şuayb el-Arnaut, Ömer Hasan Kıyyam, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1996/1416, I, 34.

²¹⁸ Buhûti, III, 483; Gazzâlî, III, 119; İbn Müflih, Burhaneddin, IV, 257.

²¹⁹ Buhûti, III, 483.

²²⁰ İbn Müflih, Burhaneddin, IV, 257.

²²¹ Kârâfî, Ebû'l-Abbâs Şehabeddin Ahmed b. İdris b. Abdürrahim, *Zahîre*, thk. Muhammed Bu Hubze, Beyrut: Dârü'l-Garbi'l-İslâmî, 1994, VIII, 14.

ve kaybıyla direk bağlantılı olduğu için töhmet durumları dâvanın sıhhatini etkileyebilmektedir. Bunun için kişinin babasını dâvaya vekil tutması geçerli görülmemiştir. Ayrıca taraflardan birinin azledilmiş vekili karşı tarafın vekili olmak istese, vekil dâvanın gizliklerini ve müvekkilin sırlarını bildiği için ancak önceki müvekkilin rızası ile vekâleti kabul edilir. Aynı şekilde vekilin karşı tarafa dair bir düşmanlığı olduğu biliniyorsa vekâleti geçerli değildir. Ama bu şartın insanların vekil tutmasını engelleyecek bir şekilde kullanılmasını engellemek için vekilin düşmanlığına dair bilginin kesin olması şart koşulmuştur.²²²

Vekilin hâkimin oğlu, kölesi veya mükatep kölesi olduğu durumlarda; hâkimin vekil lehine karşı taraf aleyhine hüküm vermesi, hâkimin kendi lehine hüküm vermesi gibi görüldüğünden cevaz verilmemiştir. Ancak hâkim karşı taraf lehine vekil aleyhine hüküm verirse, bu durum hâkimin oğlu veya kölesi aleyhine hüküm vermesi gibi görüldüğünden ve bunda bir töhmet oluşmadığı için caizdir.²²³ Günümüzde de bir hâkim veya Cumhuriyet Savcısının eşi, sebep veya nesep itibariyle usul ve fûrundan veya ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlarından olan avukatın, o hakim veya Cumhuriyet Savcısının baktığı dâva ve işlerde avukatlık edemediği görülmektedir (Av.K. md. 13).

Vekil hâkimin boşanmış olduğu karısının vekili olduğunda ise; ancak kadının kocasıyla bağlarının kesin olarak sona erdiği iddet süresinin bitiminde hâkimin vekil lehine hüküm vermesi geçerlidir. Yani burada dikkate alınacak zaman vekil atama zamanı değil, hâkimin hüküm verdiği zamandır.²²⁴

İki tarafın vekâletinin tek kişide birleşmemesi; yani tarafların kendilerini mahkemede savunmak üzere aynı kişiyi dâvaya vekil tayin etmeleri de caiz değildir. Çünkü vekil bir taraftan dâvacı diğer taraftan dâvalı olmuş olur ki bu da hükümlerin bozulmasına sebep olur. Bu durum aynı kişinin bir taraf için alıma diğer taraf için ise satıma vekil olmasının geçerli olmaması gibi birbirine zıt iki amaç birleştiği için geçerli değildir. Ancak bir kimsenin üçüncü bir kişiye karşı iki kişi adına dâva vekili olmasında bir sakınca yoktur. Zira vekilin bir kişi adına konuşması geçerli olduğu gibi, iki kişi

²²² İbn Ferhûn, I, 133-4.

²²³ Serahsî, XIX, 28.

²²⁴ Serahsî, XIX, 29.

adına konuşması da geçerlidir.²²⁵ Modern hukukta avukatlık meslek kurallarının 35. maddesinde aynı şekilde, “Avukat aynı dâvada birinin savunması öbürünün savunmasına zarar verebilecek durumda olan iki kişinin birden vekâletini kabul edemez.” denmektedir.²²⁶

Hâkimin dâva için vekil tayin etmesi gerektiği durumlarda ise; Hanefî fakihlerinden Semnânî (499/1106), hâkimin adaletli, namuslu ve orta yaşlı kişileri vekil olarak kabul etmesi gerektiğini ifade etmektedir.²²⁷

4. Dâva Vekâletinin Konusu İle İlgili Özel Şartlar

Husûmet tariflerinden yola çıkarak dâva vekâleti akdinin mahallini “bir mal veya hakkın mahkemede ispat ve istîfası (elde edilmesi)” şeklinde belirlemek mümkündür. Vekâletin ve dolayısıyla vekâlet verilecek dâvanın da konusunu teşkil eden bu mal ve hakkın müvekkilin yetkisi dahilinde, niyabete elverişli ve malum olması gerektiği daha önce kural olarak zikredilmişti. Ancak dâva vekâletinin konusunun malum olması şartında farklı görüşler mevcuttur.

Dâva vekâletiyle ilgili özel şartlar yukarıdaki genel şartların bu konuya uyarlanması niteliğindedir. Bu cümleden olarak; Hanefîler’e göre; dâva vekâletinin sıhhati için vekilin hangi konuda kime karşı muhakemede bulunacağı tayin edilmelidir. Aksi takdirde “seni dâvama vekil ediyorum” der de hangi konuda olduğunu söylemezse, o şahıs vekil olamaz. Çünkü dâva çok çeşitli türden işlem hakkında olabilir.²²⁸ Serahsî, müvekkil “Seni başkalarıyla aramda olan dâvaya vekil eyledim veya vekil kıldım.” der veya buna benzer şeyler söylerse vekâletin geçerli olmadığını söylemiştir. Ama *el-Fetâva'l-Hindiyye*'de bazı şeyhülislâmların bu şekildeki vekâleti kabul ettiği de kaydedilmektedir.²²⁹ Eğer müvekkil dâva konusunu ve dâvalaşacağı kişiyi tayin etmeksizin vekâlet vermek istiyorsa, müvekkilinin herhangi hasmıyla veya müvekkilin her bir hakkını talep ve dâvaya vekilin murafaada bulunmaya izinli olduğu şeklinde

²²⁵ Serahsî, XIX, 15; Şîrâzî, III, 357.

²²⁶ Erem, Faruk, *Avukatlık Meslek Kuralları*, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2007, s. 154. A.K.'nın 38/b maddesine göre de aynı işte menfaati zıt tarafa avukatlık edilmiş veya mütalaa verilmiş olursa, avukatın teklif edilen işi reddetmek mecburiyeti vardır.

²²⁷ Semnânî, I, 122.

²²⁸ Ali Haydar, III, 562.

²²⁹ *el-Fetâva'l-Hindiyye*, III, 674.

genel lafızlarla vekâlet vermelidir. Böyle olmazsa vekâlet geçerli değildir.²³⁰ Şâfîîler’de de dâva vekâletinin kısas, mal, ayn, deyn gibi konulardan hangisi hakkında olduğunun açıklanmasının gerekliliği konusunda iki görüş vardır. Sahih görüşe göre “seni hasımlarımla dâvalaşmaya vekil ettim” şeklinde mutlak olarak vekâlet verilmesi geçerlidir. Vekil müvekkilin bütün dâvalarında vekil olma hakkını elde eder. Çünkü konu zaten husûmet denilerek malum hale getirilmiştir. Zayıf görüş ise, hedef değişeceği için kiminle dâvalaşılacağıнын tayin edilmesinin şart olmasıdır. Ayrıca dâvalar sayıca az ya da çok olabilir. Bu durum ise garâra yol açar. Ancak mezhepte tercih edilen görüş ilkidir.²³¹

Mâlikî mezhebinde de aynı şekilde müvekkil vekile “seni hasımla dâvalaşmaya vekil ettim” der ve hasmı tayin etmese de bu tevkil geçerlidir. Çünkü akdin konusu muhâseme olarak belirlenmiş olup bu yeterlidir. Ayrıca hedefinin bilinmesi gerekli değildir.²³² Ancak ücretli vekâlette müvekkilin dâvanın karşı tarafının kim olduğunu beyan etmesi gerektiği yer almaktadır. Mesela; “seni falanca ile olan dâvama şu ücret karşılığında vekil ettim” gibi. Çünkü karşı tarafın kim olduğunun bilinmesi dâva konusuyla doğrudan bağlantılı ve akdin malumiyeti için de gerekli bir husustur.²³³

Dâva vekâletinin konusunun belli olmasıyla bağlantılı olarak sürenin ve dâva esnasında vekilin yapacağı işin en ince ayrıntısına kadar belirlenmesinin mümkün olmadığını yukarıda belirtmiştik. Ancak fakihler vekilin sarf edeceği kelimelerin ve dâvanın devam edeceği zamanın miktarının bilinmemesi gibi kaçınılması zor olan bu tür bilinmezliğin az miktarda cehalet olduğundan hareketle akde tesir etmeyeceğini ifade etmektedirler. Nitekim dellallık ve sultanın meclisinde ona gözcülük etme işlerinde de bu şekilde belirsizlikler bulunmakla birlikte bunlara dair vekâlet geçerli görülmüştür.²³⁴

İslâm hukukundaki hakların Allah hakkı-kul hakkı şeklindeki hak ayırımına paralel olarak dâvalar da, şahsî hukuku ilgilendiren dâvalar ve kamu dâvaları şeklinde ikili bir tasnife tabi tutulmuştur. Borçlar, ahval-i şahsiye, aile, miras, eşya hukuku, gibi özel hukukla ve şahsi haklarla ilgili dâvalar, kamu düzenini ilgilendirmedikleri sürece

²³⁰ İbn Âbidinzâde, XI, 374; Bilmen, VI, 346.

²³¹ Nevevî, III, 550; Şîrâzî, III, 350.

²³² Ruaynî, VII, 165.

²³³ Desûki, III, 397.

²³⁴ İbn Ferhûn, I, 136.

şahsî dâva görünümündedir. Bu şekilde hukuk dâvaları ile ilgili vekâlet verilebileceğinde görüş birliği vardır.²³⁵ Kamu dâvası niteliğindeki dâvalarda ise aslolan hâkimin vekil tutmasıdır. Mesela; mescid, vakıf gibi yerlere dâva açıldıysa hâkimin bunları savunması için vekil ataması gerekmektedir.²³⁶

Kamu dâvası niteliğindeki bazı ceza dâvalarında mağdurun vekil tutması konusu ise ihtilaflıdır. İster hırsızlık ve kazf gibi kul hakkının da taalluk ettiği hadler olsun isterse adam öldürme gibi tamamen şahsî hak niteliğinde görülen kısas cezasını gerektiren suçlar olsun, hakkı ihlal edilen kişi tarafından dâva açılmadığı sürece cezanın terettüp etmediği suçların ispatına ilişkin mağdur kişinin vekâlet vermesi çoğunluk tarafından geçerli kabul edilmiştir.²³⁷ İmam Ebu Yusuf'a göre ise bu suçların gerektirdiği cezaların infazına vekâlet verilemediğine göre onların ispatına ilişkin de vekâlet verilememesi gerekmektedir. Ancak Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre ispat ve infaz arasında fark vardır. İnfazda müvekkil hazır olmadan vekâletin caiz olmamasının sebebi şüphenin varlığıdır. Ebu Hanife'nin şu sözleri onun bu konudaki görüşünü açıklama noktasında dikkate değer görülmektedir: "Dâvacı olmak (husûmet) cezanın sadece şartıdır. Cezanın gerekliliği suça, suçun ortaya çıkması ise şahitliğe dayandığından diğer haklarda olduğu gibi hadler ve kısas konusunda da vekil tutmak geçerlidir."²³⁸ Ebu Yusuf'a göre ise, bu cezaların ispat edilmesi infazını da gerekli kılar. Çünkü bunlar şüphelerle düşen cezalardır. Bir kimsenin bir başkasının yerini alması durumunda genellikle bir çeşit şüphe bulunmaktadır. Ayrıca dâvacı bunları ispat etmeye çare bulması için başkasını vekil kılmayı istemektedir. Halbuki cezanın ispatlanması için değil düşürülmesi için çare aranır.²³⁹

Merginânî, bu konuda Ebu Hanife'nin görüşünün delillere daha uygun olduğunu çünkü vekil tutma halinde ortaya çıkan şüphenin ceza ve kısasın ortadan kalkmasına engel olmadığını ifade etmektedir.²⁴⁰ Yani vekilin dâvada ispat için çalışması onu her halükarda ispat edeceği ve hadlerin şüphelerle düşmesinin önleneceği anlamına gelmemektedir.

²³⁵ Kâsânî, VII, 429-30.

²³⁶ İbn Ferhûn, I, 136.

²³⁷ Kâsânî, VII, 430; Şîrâzî, III, 345; İbn Kudâme, VII, 199, Nevevî, III, 526.

²³⁸ Aybakan, *Vekâlet Sözleşmesi*, s. 30; Aynî, VII, 268.

²³⁹ Serahsî, XIX, 106; Kâsânî, VII, 430.

²⁴⁰ Aynî, VII, 269.

Osmanlı Tanzimat dönemi hukukuna baktığımızda, şahsi hukuku ilgilendiren ceza dâvalarında tarafların vekil tayin edebildiğini görmekteyiz. Ancak sanık olan tarafın kendisini savunması üzere vekil tayin etmesi için kendisinin de mahkemede hazır bulunması şartı vardır.²⁴¹

E. ÜCRET KARŞILIĞI DÂVA VEKÂLETİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Vekâletle ilgili ilk kısımda vekâlet akdinin bedelsiz olarak kurulabileceği gibi bir bedel karşılığında da kurulabileceğini belirtmiştik. Bu konuda İslâm hukuku ile modern Türk hukuku paralellik arz etmektedir. Ne var ki bazı vekâlet türleri zamanla uzmanlık gerektirecek birer meslek haline geldiğinden ücretli olarak yapılmaları kural haline gelmiştir. Nitekim dâva vekâleti günümüzde avukatlık adı altında ayrı bir sözleşmenin konusunu oluşturmaktadır.

Avukatlık sözleşmesinin belli bir meblağı yahut değeri kapsaması gerekmektedir (Av.K. md.163). Zira avukatlık sözleşmesi yeni bir terim olup iki tarafa borç yükleyen ücret karşılığı yapılan bir sözleşmedir. Bu yüzden eğer taraflar arasında avukatlık sözleşmesi bulunmasına rağmen ücretle ilgili yazılı bir sözleşme bulunmuyorsa, ücret, avukatlık asgari ücret tarifesine göre tespit edilmektedir. Eğer taraflar arasında avukatlık sözleşmesi de bulunmuyorsa avukat sadece vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanarak ücretini isteyebilmektedir. Ayrıca avukatlık ücretinin alt ve üst sınırı kanun tarafından belirlenmiş olup sınırı aşan sözleşmeler, bu kanunda belirtilen üst miktarında geçerlidir. Avukatlık asgari ücret tarifesinde belirlenmiş miktarın altındaki avukatlık sözleşmesinde de ücret avukatlık asgari ücret tarifesine göre tespit edilmektedir. Avukatlık mesleğine özgü iş görmenin karşılıksız yapılması istisnai olup avukatın bunu baro yönetim kuruluna bildirmesi gerekmektedir (Av.K. md.164).²⁴²

Görüldüğü üzere Türk hukukunda avukat ile müvekkil arasında asıl olan ücret kararlaştırılması iken İslâm hukukunda genel vekâletin hükümlerine tabi olarak

²⁴¹Dersaadet ve Mülhakat-ı İdarei Zabıta ve Mülkiyye ve Mehakim-i Nizamiyesine Dair Nizamnamenin 76. maddesinde, “Cinayetten münbais hukuku şahsiye dâvalarında müddei ve müddeaaaleyh taraflarından vekil tayin edilebilir. Mevaddı cezaiye muhakemesinde müttehim bizzat hazır bulunmak şartı ile lieclilmüdafaa bir vekil bulundurabilecektir.” ifadesi yer almıştır.

²⁴²Mert, Abdülkadir, “Avukatlık Sözleşmesi ile Vekâlet Sözleşmesinin Farklılıkları”, <http://www.abdulkadirmert.av.tr/files/sozlesme.pdf>, 28.03.2014; Ayrıca bkz. Erem, s. 197.

gerçekleştirilen dâva vekâleti, Türk hukukundaki vekâlet hükümlerine benzer şekilde asıl olan ücretsiz olmakla birlikte istisnaen -sözleşme veya teamül olması durumunda- ücret alınabilmektedir.

Ancak her ne kadar İslâm hukukunda dâva vekâletinin, genel vekâlete tabi olarak, karşılıksız olması esas olsa da teamülde giderek ücretli olarak yapılması yaygınlaşmış vekâlet türlerinden olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim Serahsî'nin ücretli vekâletle ilgili kısımda saydığı birkaç vekâletten birinin dâva vekâleti olması²⁴³; aynı şekilde Mecelle'nin vekâlette ücretin şart edilebileceğini belirten 1467. maddesinin şerhinde Ali Haydar'ın ücretli olarak yapılabilecek dört vekâlet örneğinden biri olarak muhâkeme ve muhâsemeye (dâva) vekâleti vermesi bu görüşümüzü destekler niteliktedir.²⁴⁴

İslâm hukukunda vekâlet akdinin bir bedel karşılığında kurulabileceğinde ihtilaf olmamasına rağmen bu şekilde kurulan vekâlet akdinin mahiyetinin ne olacağı yani borçlar hukukundaki özel akit türleri arasındaki yeri tartışmalıdır. Ücretli dâva vekâletinin mahiyetinin tam olarak anlaşılabilmesi için onun diğer akitlerle benzerlik ve farklılıklarının tespit edilerek sınırlarının net bir şekilde çizilmesi gerekmektedir. Vekâletin akit kurulurken bir bedel karşılığında kurulması halinde kaynaklarda iki durumdan söz edilmektedir. Ya işin zamanı veya niteliği tayin edilerek icâre-i âdemî akdi şeklinde ya da cuâle (ödül vaadi) şeklinde bir bedel şartıyla ama işin zamanı ve niteliği belirlenmeksizin kurulmuştur.²⁴⁵ İslâm hukukçuları arasında her iki görüş de bulunmaktadır. Bu nedenle bedelli vekâleti bu iki hukuki işlemle mukayeseli olarak ele almak gerekmektedir. Bu mukayese tezin asıl araştırma konusu olan dâva vekâleti üzerinden yapılacaktır.

1. İcâre ve Ücretli Vekâlet

İslâm borçlar hukukunda menfaatin ücret karşılığında temlik edilmesini konu alan akde “icâre” denmektedir. İcâre, modern hukuktaki kira (ayn icâresi) ve iş/hizmet

²⁴³ Serahsî, XIX, 91.

²⁴⁴ Diğerleri ise; bir köyün ahalisinin köyün işleri için malum miktarda semenle birini vekil etmesi, vedîayı kabzde ve muayyen bir vakitte deyni kabzde ücret şart koşularak vekâlet verilmesidir. Ali Haydar, III, 519-20.

²⁴⁵ Ali el-Hafîf ücretli vekâletin sadece icâre şeklinde kurulabildiği görüşündedir. Bkz. Hafîf, s. 279.

(insan icâresi) sözleşmeleri başta olmak üzere menfaat ve emeğin ücret karşılığında süreli olarak temlik ve tahsisini konu alan sözleşme türlerini de kapsayan özel bir akdin adı olmuştur.²⁴⁶ İcârenin önemli bir kısmını teşkil eden insan icâresi, ya süre ya da muayyen bir işin görülmesi üzerine kurulduğunda, buna göre ikili ayırıma tabi tutulur. Buna göre İslâm hukukunda insan icâresi, hem işçinin belli bir süre zarfında çalışmasını hem de belli bir işi ifa etmesini konu almakta olup modern hukuka göre daha kapsamlıdır. Akit konusu işin mahiyetinin de belirleyici olduğu bu ayırıma göre eğer akit, işçinin belli bir süre zarfında işverenin emir ve denetimi altında çalışmasını konu alıyorsa, daha doğrusu işçinin belli bir zaman biriminde hasıl edeceği emeğini işverene tahsis etmesi söz konusu ise bu işçiye *ecîr-i hâs* denilmektedir. Bu şekilde kurulmuş iş akdi, iş, ücret ve bağımlılık unsurlarına dayanır. *Ecîr-i müşterek* ise belli bir işi görmek üzere tutulan işçidir.²⁴⁷ Görüldüğü üzere iki ecîr şeklinin ortak noktası ‘ücretle iş görme’ unsurudur. Ücretli vekâlet ile icâre akdinin en belirgin kesişim noktalarından birisi de budur. Zira her ikisi de kişinin bir başkası adına bir şey yapmasını içermektedir. Ancak vekâlet akdi karşılığında bir ücret belirlenmediği sürece teberru; icâre ise muâvaza niteliğindedir. Vekâlet, ücretli olarak kurulduğunda ise bu fark da ortadan kalkmakta ve ücretli vekâlet, Hanefî²⁴⁸ ve Mâlikîler’e²⁴⁹ göre akit kuruluş sigalarına bakılmaksızın manasına itibarla icâre akdine dönüşmektedir.

Ücretli vekâletin icâre ahkamına dahil olması için icâre akdinin şartlarını taşıması gerekmektedir. İcâre akdinin ilk şartı, işçinin sarf edeceği emeğin bilinmesidir. Bu da ecîr-i hâsta çalışma süresinin; ecîr-i müşterekte ise göreceği işin tespitiyle olur.²⁵⁰ Dâva vekâletinin bir ücret karşılığı ifa edildiğini esas aldığımızda akdin, ya ecîr-i has istihdamı şeklinde süre üzerine ya da ecîr-i müşterek istihdamı olarak belli bir işin ifâsı üzerine kurulması gerekmektedir. Nitekim Serahsî, müvekkilin dâva açmak ve takip etmek üzere vekâlet verildiğinde bu vekâlet için ücret belirlendiği takdirde akdin belirli günler ile sınırlanması gerektiğini belirtir. Çünkü akdin belirli hale gelmesi ancak

²⁴⁶ Bardakoğlu, Ali, “İcâre”, *DİA*, XXI, 380; Ayrıca bkz. İbn Rüşd, II, 227.

²⁴⁷ Bardakoğlu, “İcâre”, *DİA*, XXI, 384.

²⁴⁸ Mecelle 1467. Md: “Eğer vekâlette ücret şart edilip de vekil dahi ifa-yı vekâlet eylerse ücrete müstahık olur. İcâre-i sahihada müsemma ücrete ve icâre-i fasidede ecr-i misle müstehak olur.”

²⁴⁹ İbn Ferhûn, I, 133; İbn Cüzey, Ebû'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kelbî, *el-Kavânînu'l-fikhiyye*, Beyrut: Dârü'l-Kalem, [t.y.], s. 216.

²⁵⁰ Bardakoğlu, “İcâre”, *DİA*, XXI, 384.

sürenin belirlenmesi ile mümkün olacaktır.²⁵¹ Ancak aynı konuyu dâva vekâleti alanına taşıdığımızda vekâlete konu olan dâvanın ne kadar süreceği ve ne zaman biteceği dâvanın seyrine bağlı olarak önceden kestirilemeyebileceğinden sürenin tayini mümkün görülmemektedir. Bu yüzden ücretli vekâlette dâva vekilinin durumunun ilk bakışta ecîr-i has değil ecîr-i müşterek olması gerektiği öne çıkmaktadır. Çünkü ecîr-i müşterekte, işin ifası esas olup bağımlılık unsuru ve zaman faktörü ikinci derecededir. Nitekim Şâfiî fakihlerinden Hulvânî'nin görüşü bu şekildedir.²⁵² Ancak ecîr-i müşterekte neyin ne şekilde yapılması gerektiğinin belli olması da gerekmektedir. Dâva vekâletinde ise, vekilin çeşitlilik arz eden farklı nitelikteki ve önceden tahmini zor filleri dolayısıyla yapacağı işlemin ayrıntısı belli değildir. Ayrıca icâre akdinde akit konusuyla ilgili bir diğer şart, yapılacak işin ifasının hukuken ve fiilen mümkün olmasıdır. Bundan dolayı sonucun elde edilmesinin sadece işçinin gayretine bağlı olmadığı, üçüncü şahısların uygun fillerine ve harici unsurlara da ihtiyaç hissedilen işlerin ifasının iş akdine konu edilmesi caiz görülmemiştir. Mesela bir şahsı satış için, komisyoncu olarak ücretle tutup akdi iş (satış) üzerine kurmak, ustanın bir sanatı, öğretmenin bir ilmi öğretmesini iş akdi konusu yapmak veya hastayı iyileştirmek üzere akitleşme caiz görülmemiştir. Bunun sebebi ise İslâm borçlar hukukunda önemli fesâd sebeplerinden biri olan garârdan uzak durmaya çalışmaktır. Garâr, Hanefî kaynaklarında daha çok “âkıbeti/neticesi meçhûl, var olup olmayacağı bilinmeyen şey” olarak tarif edilmektedir.²⁵³ Buna göre ücret karşılığında dâvayı kazanması üzerine kurulan bir akitte dâvanın sonucu belirsiz olduğundan, bu durum fakihlerin garâr tariflerine uymaktadır. Bu tür işlerde beklenmedik zararların önlenmesi ve tarafların haklarının korunması açısından akdin süre üzerine kurulması önerilmiştir.²⁵⁴ Ancak daha önce belirttiğimiz üzere ücretli olarak kurulan dâva vekâleti akdinin süre üzerine kurulması durumunda icâre ahkamına uygun olması gerektiğinden, süre konusundaki cehalet dolayısıyla mümkün görülmemektedir.

²⁵¹ Serahsî, XIX, 91.

²⁵² Kaffâl, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed Şaşı, *Hilyetü'l-ulema fî ma'rifeti mezahibi'l-fukaha*, thk. Yasin Ahmed İbrâhim Deradeke, Amman: Mektebetü'r-Risâleti'l-Hadise, 1988, V, 155.

²⁵³ لا الغرر ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا Güney, Necmettin, *İslâm Hukuku'na Göre Satım Akdinde Garar ve Sonuçları* (Basılmamış Doktora Tezi), Konya, 2013, s. 37.

²⁵⁴ Bardakoğlu, Ali, *İslâm Hukukunda ve Modern Hukukta İcâre Akdi*, (Basılmamış Doktora Tezi), Erzurum: Atatürk Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi, 1982, s. 183; ayrıca bkz. Şîrâzî, III, 517.

Ürdün Avukatlık Kanunu ile dâva vekâletini mukayeseli olarak ele aldığı araştırmasında Hasan Mahmud Selman ücretli dâvaya vekâlet verildiği takdirde ücretin her halükarda belirlenmesi baştan belirlenmesi gerektiğini ve bu ücretin vekilin cehdi karşılığında olup gaybî/belirsiz bir neticeye bağlı olmadığını belirtir. Ona göre fakihlerin ekserisi de sonucu meçhul olan pek çok işin ücret karşılığında yapılmasını meşru saymışlardır. Çünkü onlar ücretin alınmasına illet olarak *çaba harcanması ve özen gösterilmesini* belirlemişlerdir.²⁵⁵

Şâfiî fakihlerinden Remlî (1004/1596), haksız yere hapsedilen veya malı yenen kişinin maddi ve manevi zararlarını gidermek ve onu hapisten kurtarmak için mubah bir cuâle karşılığında konuşan kişinin ücretini almasının helal olduğunu belirtmektedir. Remlî buradaki “karşılığında konuşan” ifadesini, hapistekinin salınmasını başaramasa da o yönde konuşmasıyla ücrete hak kazanacağı şeklinde yorumlamaktadır. Ayrıca Şâfiî fakihlerinden bu külfetin örfen ücret karşılığında olduğunu ifade edenler de bulunmaktadır.²⁵⁶

İcâre akdine dâir bir diğer şart ise işçinin alacağı ücretin sonradan tarafları anlaşmazlığa ve mağduriyete düşürmeyecek ölçüde açık ve bilinir olmasıdır.²⁵⁷ Ücretli vekâlette de icâre ahkâmına uygun olması için ücretin malum olması gerekmektedir.²⁵⁸ Buna göre dâva vekâletinde müvekkilin vereceği ücreti ve dâvanın karşı tarafının kim olduğunu beyan etmesi gerekir. Mesela; “seni falanca ile olan dâvama şu ücret mukabilinde vekil ettim” gibi. Çünkü karşı tarafın kim olduğunun bilinmesi dâva konusuyla doğrudan bağlantılı ve akdin malumiyeti için de gerekli bir husustur.²⁵⁹

Modern hukukta avukatlık sözleşmesi yapıldığında İslâm hukukundaki icâre şartlarına paralel olacak şekilde ücretin dâvanın başında belirlenmesi gerekmektedir. Müvekkilin artık başka bir avukata başvurma olanağı kalmadığı durumda ücreti belirlemesi, baskı dolayısıyla meslekî bir kusur sayılmaktadır.²⁶⁰

²⁵⁵ Selman, s. 122

²⁵⁶ Remlî, V, 472.

²⁵⁷ Bardakoğlu, “İcâre”, *DİA*, XXI, 385.

²⁵⁸ İbn Nüceym, s. 449; İbn Müflih, Burhaneddin, IV, 263.

²⁵⁹ Desûki, III, 397.

²⁶⁰ Erem, s. 197.

Ayrıca icâre akdinde ecîrin iradesi dışında bir imkânsızlık hali ortaya çıkarsa, iş tamamen bitmese de ecîr yaptığı kadarının ücretine hak kazanmaktadır.²⁶¹ Bu yönüyle, icâre akdi avukatlık sözleşmesiyle uyum arz etmektedir. Çünkü avukatlık asgari ücret tarifesine göre vekilin iradesi dışında bir imkânsızlık hali meydana gelirse tarifeye göre ücretin bir kısmına hak kazanmaktadır.²⁶²

Avukatlık ücretinde esas, serbestçe belirleme olmakla birlikte; kanun ücret için alt ve üst sınır tayin etmiştir. Buna göre yüzde yirmi beşi aşmamak üzere, dâva veya hükmolunacak şeyin değerinin yahut paranın belli bir yüzdesi olarak kararlaştırılması kanun tarafından tavsiye edilmiştir. Bu orandan fazla olduğunda ise mahkemenin kararlaştırılan ücreti sınıra indirme hakkı vardır (Av.K. md.163 ve 164).

İslâm hukukunda ise vekâlet akdi ücretli olarak kurulduğunda vekilin alacağı ücretin icâre ahkâmına uygun şekilde belirli ve sınırlandırılmış (mübeyyen ve muhadded) olması herhangi bir cehalet veya garâr içermemesi gerekmektedir. Buna göre ücret müvekkel bihin bir parçası olacak şekilde oran üzerinden belirlendiğinde cehalet içerdiğinden geçerli olmamaktadır. Mesela: “Seni bu elbiseyi semeninin onda biri senin olmak üzere ya da her yüz dirhemden biri senin olmak üzere satmaya vekil ettim” denirse vekilin alacağı ücretin belli olmamasından dolayı vekâlet akdi fasit ama satım sahih olur. Vekâletin fasit olmasının anlamı müsemma ecrin sakıt olması ve ecîr-i misle rücu edilmesidir. Bu tıpkı nikahtaki fasit şartın mehr-i müsemmayı ifsat edip mehr-i misli gerektirmesi ama nikah akdinin sıhhatine tesir etmemesi gibidir.²⁶³

Ücretli vekâletin bağlayıcılığı konusunda ise Hasan Mahmud Selman, ister ücret isterse cu’l karşılığında olsun vekâletin bağlayıcı olduğunu ve vekilin de ecîr hükmünde olduğunu, tarafların artık tek başlarına akdi sona erdiremeyeceklerini ifade

²⁶¹Cemili, Hâlid Reşid, *el-Cuâle ve ahkâmuha fi’ş-şeriatil’l-İslâmiyye ve’l-kanun*, 2. bs., Beyrut: Dârü’n-Nedveti’l-Cedide, 1986, s. 54.

²⁶² Madde, 6/1: “Anlaşmazlık, dâvanın konusuz kalması, feragat, kabul, sulh veya herhangi bir nedenle; ön inceleme tutanağı imzalanıncaya kadar giderilirse, tarife hükümleriyle belirlenen ücretlerin yarısına, ön inceleme tutanağı imzalandıktan sonra giderilirse tamamına hükmolunur.” <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/12/20131228-8.htm>, 2014-04-29.

²⁶³ Nevevî, III, 534-5; İbn Müflih, Burhaneddin, IV, 263.

etmektedir. Dolayısıyla ona göre vekil artık işi yapmamasını mübah kılacak bir özür ortaya çıkmadığı sürece vekâlet ile üstlendiği işi yerine getirmelidir.²⁶⁴

Ancak kaynaklarda ücretli vekâletin bağlayıcı olması durumu Hasan Mahmud Selman'ın belirttiği gibi net ve tartışmasız bir konu gibi durmamaktadır. Bir kısım Mâlikîler'e göre akit bağlayıcı olur ve müvekkilin aynı icâre akdinde olduğu gibi vekili azil hakkı kalmaz.²⁶⁵ Hanefîler'de ise akdin bağlayıcılığı konusunda açık bir ifade bulunmamaktadır. Zira kaynaklarda vekâlet akdinin ancak gayrın hakkına taalluk ettiği durumlarda lazım olacağı geçmekte ayrıca ücretten söz edilmemektedir.²⁶⁶ Mecelle'nin 1512. maddesinde yer alan "... Ve eğer vekil bi'l-ücre ise, o malı bey' ile âmirin deynini eda eylemek üzere cebrolunur" ifadesini Ali Haydar, ücretli vekilin ecîr olduğunu icârenin ise lazım akit olduğundan ecîrin amelden kaçınması üzerine icbar edileceği şeklinde açıklamaktadır. Ne var ki burada icbarın müvekkilin değil eğer isterse karşı tarafın hakkı olduğu ifade edilmektedir.²⁶⁷ Benzer bir görüş Mâlikîler'de de vardır. Buna göre vekâlet ücretli ise vekili azil hakkı artık üçüncü bir kişinin hakkı olmakta ve hak sahibi, müvekkili vekili azilden menedebilmektedir.²⁶⁸

İbn Ferhûn'un bu konuda farklı bir görüşü bulunmaktadır. İbn Ferhûn, ücretsiz vekâletin de vekil açısından bir iyilik ve ihsan olduğunu, kabul etmesi ve mahkemede üç veya daha fazla duruşmaya katılması halinde dâvaya hile ve tuzak karıştırmadığı sürece müvekkilin onu azil yetkisi olmadığını ifade eder. Aynı şekilde vekil de üç duruşmadan sonra vekâleti terk edememekte ancak yeminle birlikte bir özür beyan ederse azil gerçekleşmektedir.²⁶⁹

Şâfiî ve Hanbelîlerde ise esas olan, akdin manası değil vekâlet lafızlarıyla kurulmuş olmasıdır. Bu yüzden vekâlet sîgasıyla kurulmuş bir akit, ücretli olarak da kurulsa vekâlet hükümlerine tabi olmakta ve bağlayıcı olmama özelliğini devam ettirmektedir.²⁷⁰ Çünkü müvekkil vekâlet verdiği konudan maslahatı gereği vazgeçebilir ya da vekilde istemediği durumlar ortaya çıktığı için başka birini vekil etmek isteyebilir.

²⁶⁴ Selman, s. 61.

²⁶⁵ Desûki, III, 397; İbn Ferhûn, I, 133.

²⁶⁶ Kâsânî, VII, 461.

²⁶⁷ Ali Haydar, III, 558.

²⁶⁸ İbn Ferhûn, I, 133

²⁶⁹ Bkz. İbn Ferhûn, I, 133,135.

²⁷⁰ Buhûtî, III, 468; Ânî, s. 223.

Dolayısıyla bu durumda vekâletin bağlayıcı olması müvekkilin zarar görmesine neden olmaktadır.²⁷¹ Bu görüşün devamı olarak da akit ücretli dahi olsa emanet akdi özelliklerini devam ettirmekte teaddî ve taksir olmadıkça vekilin elinde telef olanların tazmini gerekmemektedir.²⁷² Ancak Şâfiîler’de de ücret karşılığında kurulan bir vekâlette vekilin ecîr-i müşterek gibi olacağına dair bir rivayetin yer aldığını daha önce belirtmiştik.

Öyle görülüyor ki vekâlet ücretli olduğu takdirde çoğu şartlarında icâreye uyulurken sonuçlar itibariyle farklılaşmaktadır. Fakihlerin çoğu vekâlet akdi ücretli dahi kurulsu onun vekâletin ahkamına tabi olarak bağlayıcı olmayacağı görüşündedirler. Bu durum bir bedel karşılığı da olsa vekâletin icâreden farklı yönlerinin olduğunu göstermektedir. Bunun sebebi müvekkilin istediğinde vekilini azletme veya vekilin istediği zaman vekâleti terk etme hakkının ellerinden alınmaması olarak görülmektedir.²⁷³ Ayrıca vekâlet akdinde icâre ve diğer yapma borcu doğuran akitlerinden farklı olarak vekil ile müvekkil arasındaki güven ilişkisi önemli bir yere sahiptir. Bu, akdin emanet niteliğinde olmasıyla da açıklanabilecek bir durumdur. Vekil ile müvekkil arasındaki bu güven ilişkisi ortadan kalktığında tarafları bu ilişkiyi devam ettirmeye zorlamak onların zarar görmesine sebep olabilir.

Nitekim Türk hukukunda da avukat-müvekkil ilişkisi güvene dayanan bir ilişki olduğundan gerek avukatın gerekse müvekkilin istediği zaman vekâlete son verme hakkı mevcuttur. Ancak kanun gereği avukatlığı bıraktığı haberinin müvekkile ulaşmasından itibaren avukatın on beş gün daha vekâlet görevi devam etmektedir (Av.K. md. 41).

2. Cuâle ve Ücretli Vekâlet

Cuâle, yapılacak bir iş karşılığında ücret taahhüt etme, mükâfat vaad etme, vaad edilen ücret ve mükâfât anlamında kullanılan fıkıh terimidir.²⁷⁴ Mâlikî eserlerinde cuâle, icâre akdi üzerinden şu şekilde tanımlanmaktadır: Cuâle; ortaya çıkması şüpheli

²⁷¹ Remlî, V, 52.

²⁷² Nevevî, III, 554.

²⁷³ Ânî, s. 223.

²⁷⁴ Aydın, M. Akif, “Cuâle”, *DİA*, VIII, 77.

bir menfaat üzerine yapılan icâredir.²⁷⁵ Cuâlenin en tipik örnekleri, kaçan bir kölenin bulunması için birine, bir sanatı veya bilimi öğretmek için öğretmene veya hastayı iyileştirmek üzere doktora ücret vaad etme şeklindedir. Cuâlenin geçerli olabilmesi için irade beyanının, yapılacak işi, alınacak ücreti ve borçlanma taahhüdünü ortaya koyacak şekilde açık ve kesin olması gerekmektedir. Ancak âmilin kabul ettiğini belirtmesi gerekli değildir. Bu yönüyle icâre-i âdemi ve istisna akitlerinden ayrılır.²⁷⁶ Hanefiler kaçak kölenin sahibine geri getirilmesi karşılığında ödenen ücret dışında cuâleyi kabul etmemektedirler. Diğer mezhepler ise ihtiyaç sebebiyle diğer cuâle tiplerini de geçerli kabul etmişlerdir.²⁷⁷

Kaynaklarda vekâlet akdinin cuâle şeklinde bir bedel verilmek üzere kurulabildiği görülmektedir. Cu'l karşılığı vekâleti caiz görenler onu doktorun hastayı iyileştirmesi karşılığında bedel almasına benzetmişlerdir.²⁷⁸ Cuâlede cu'lün miktarının malum olması gerektiğinden bu şekilde kurulmuş vekâlette de aynı şekilde cu'lün belli olması şart koşulmuştur.²⁷⁹

Cuâlede ancak işin tamamlanmasından sonra vaad edilen ücrete hak kazanılır. Ücretin peşin olarak ödenmesi talep edilemez, peşin ödemenin şart koşulması ise cuâleyi geçersiz kılar.²⁸⁰ Buna göre cuâle şeklinde kurulmuş bir dâva vekâleti akdini düşünersek, vekil ancak dâvayı kazanırsa ücreti alacak kazanamazsa alamayacaktır. Yani dâvayı nasıl olursa olsun kazanmak için mücadele etmesi gerekecektir. Bu durum dâvanın ve husûmetin uzamasına sebep olacağı gibi sonuçta yine de müvekkilin faydasına bir şekilde sonuçlanmayabilir. Dolayısıyla vekilin emekleri de boşa gitmiş olur. Bu yüzden İmam Mâlik'den gelen bir rivayete göre vekâlet akdinin cuâle şeklinde kurulması caiz ama mekruhtur. İbn Ferhûn, vekâletin cuâle şeklinde kurulmasının insanların ihtiyacına binaen zarureten dolayı caiz görüldüğünü ifade etmektedir.

²⁷⁵ الجعل هو الإجارة علي منفعة مظنون حصولها İbn Rüşd, II, 235.

²⁷⁶ İbn Rüşd, II, 235.

²⁷⁷ Aydın, "Cuâle", *DİA*, VIII, 77.

²⁷⁸ İbn Ferhûn, 135.

²⁷⁹ Desûki, III, 397.

²⁸⁰ İbn Rüşd, II, 235.

Mâlikîler'den İbn Kasım ise cuâle şeklinde kurulan vekâlet akdinde eğer sonuç elde edilemezse vekilin ecr-i misle hak kazanacağı görüşündedir.²⁸¹

Çoğunluğa göre bu şekilde kurulmuş vekâlet akdi, cuâle ahkamına uygun olarak,²⁸² tarafları bağlayıcı olmayıp gayrı lazım özelliğini devam ettirmektedir. Şâfiîler ise daha önce belirtildiği üzere akit, vekâlet adı altında kurulmuşsa, ister bir bedel karşılığında cuâle şeklinde isterse icâre akdinin şartlarını taşıyacak şekilde kurulsun akdin her iki taraf için de gayr-i lazım niteliğini korumaya devam ettiği görüşündedirler.²⁸³

Ücretli vekâletin cu'1 şeklinde kurulmasının gerekliliği aslında işin nasıl ve hangi metotlarla yapılacağı ve ne kadar süreceğinin belirsizlik içermesinden dolayıdır. Yoksa cuâlede vekâletin aksine kime vaadde bulunulduğu çoğu kez belli değildir. Çünkü cuâle geçerliliği için herhangi bir muhataba yöneltilmesi gerekmeyen bir muamele türüdür.²⁸⁴ Ama vekâlette belli bir kişiyle karşılıklı bir akit kurulur.

Modern hukukta da cuâle şeklinde kurulan ücretli vekâlet hakkındaki fakihlerin endişelerine uygun olarak, dâvanın aleyhe sonuçlanması halinde ücretin tamamının veya bir kısmının alınmayacağı hakkındaki anlaşmalar yasaklanmıştır. Aynı şekilde dâva sonucunun taahhüt edilmesi de kanuna aykırıdır.²⁸⁵

3. Değerlendirme

Yukarıda verilen bilgilerden anlaşıldığı üzere dâva vekâletinin en baştan ne şekilde kurulduğu sonuçları açısından önem arz etmektedir. İcâre şeklinde akdin niteliği belirlenerek kurulmuşsa vekil işlem bittiğinde sonuç ne olursa olsun ücreti hak

²⁸¹ İbn Ferhûn, I, 135-136.

²⁸² Cuâle, Şâfiî, Hanbelî ve Mâlikîler'deki hâkim görüşe göre işe başlanmadan önce her iki taraf için de bağlayıcı olmayan bir hukuki işlemdir. Her iki taraf da işten vazgeçebilir. İmam Mâlik'e göre ise işe başlandıktan sonra taahhütte bulunan açısından akit, bağlayıcıdır. Mâlikîler'deki diğer bir görüş ise, işi yapan için değil ama vaadde bulunan için bağlayıcı olduğu şeklindedir. Bunun sonucu olarak âmil yarım bıraktığı işi tamamlamaya zorlanamaz. Ancak çalıştığı süre için de cailden ücret talep edemez. Şâfiî ve Hanbelîler'e göre ise vaadde bulunan da tek taraflı olarak işe başladıktan sonra dönebilir. Ama bu durumda âmil, çalıştığı dönem için ecr-i misle hak kazanır. Aydın, "Cuâle", *DİA*, VIII, 78; Hafif, Ali, s. 424.

²⁸³ Zuhaylî, *Edille*, V, 4059; Nevevî, III, 560.

²⁸⁴ Hafif, s. 424; Ayrıca bkz. İbn Rüşd, II, 235.

²⁸⁵ Erem, s. 196- 197.

etmektedir. Cuâle şeklinde kurulmuş ise ancak dâva kazanıldığı takdirde vekil bedele hak kazanacaktır.

Dâva vekâleti akdi, ücretli olarak kurulduğunda her ne kadar icâre ve cuâle işlemlerine benzetilmişse de vekâlete konu olan işin mahiyeti açısından bu iki hukuki işlemin hükümlerinin bu konuya uygun ve yeterli olmadığı görülmektedir. Zira icâre şeklinde kurulan ücretli vekâlette dâva vekilinin, ne ecîr-i has gibi belirli bir süre üzerine ne de ecîr-i müşterek gibi nitelikleri belli bir işi yapmak üzere tutulması mümkün değildir. Ayrıca bağlayıcılık açısından da ücretli dahi olsa vekâlet ve icâre akitlerinin birbirinden farklı olduğu görülmektedir. Çünkü vekil, asıl olan müvekkilin haklarını savunmaktadır. Müvekkil, dâvacı olan taraf durumunda ise ve bir süre sonra dâva konusu hakkından vazgeçerse, vekilin dâvayı devam ettirme imkânı bulunmamaktadır. Şayet biz ücret karşılığı yapılan vekâleti, icâre akdi olarak düşünersek, akit gereği vekilin, müvekkiline rağmen dâvayı sürdürüp tamamlaması gerekir. Halbuki dâvacı husûmeti sürdürmeye icbar edilemez. Bundan dolayı ücret karşılığı yapılan vekâlet akdinin, fakihlerin çoğunluğunun da belirttiği gibi bağlayıcı olmadığını kabul etmek gerekir.

İcâre akdi şeklinde kurulduğunda ortaya çıkan bir takım mahzurlardan dolayı cuâle şeklinde kurulması düşünülmüş bir vekâlet akdinde, müvekkili için çalışmış bir vekilin, bütün gayretine rağmen dâvayı kazanamamış olmasından dolayı, cu'l olarak kararlaştırılan ücrete hak kazanmadığının söylenmesi de uygun değildir. Çünkü cuâledeki bedel akitte şart koşulduğu üzere ancak işin tamamen görülmesinden sonra gerekir.²⁸⁶

Dolayısıyla İslâm Hukuku'nda ücretli dâva vekâletinde, oluşum şartlarında icâre veya cuâle; sonuçlarında ise vekâletin esas alındığını söylemek yanlış olmayacaktır. Tüm bunlardan sonra dâva vekâletinin klasik fıkıh literatüründe genel vekâlet altında dolayısıyla da ücretsiz bir hizmet olarak ele alınması, İslâm hukukunun klasik doktrininin olduğu dönemin karmaşık olmayan iktisadi ve hukuki hayatı şartlarıyla bağlantılı olduğu söylenebilir. Ancak Tanzimat'ın ilanı ile başlayan yenilenme sürecinde yapılan düzenlemelerle, vekâletin bu türü gelişme göstererek

²⁸⁶ İbn Rüşd, II, 235.

uzmanların ücret karşılığı yerine getirdikleri bir meslek olarak karşımıza çıkmıştır. Dâva vekâletinin hukuki mahiyetinin, bağlayıcılığının, şartlarının ve diğer hususların da bu yeni durum karşısında ele alınması gerekmektedir.

1293/1876 tarihinde kabul edilen Dâva Vekilleri Hakkındaki Nizamname'nin üçüncü faslında dâva vekillerinin alacakları ücret tanımlanmış, sınırları ve tahsiline dair hükümler yer almıştır.²⁸⁷

F. DÂVA VEKÂLETİNİN MAHKEMECE KABULÜ

Klasik dönem İslâm hukuku literatüründe ayrıca herhangi bir belgeleme veya şekil şartı aranmaksızın, vekâletin îcab ve kabul ile taraflar arasında borç doğurucu bir işlem olarak tamamlanmaktadır. Ancak dâvaya vekâlet verildiği takdirde vekil ile müvekkil arasındaki hukuki ilişki hâkim huzurunda ispat edilmek durumundadır. Çünkü dâva vekâleti borçlar hukukunun kapsamında değerlendirilen diğer vekâlet türlerinden farklı olarak usûl (yargılama) hukukunu da ilgilendirmektedir. Ayrıca dâva vekâleti sadece vekil ile müvekkil arasındaki bir ilişki olmaktan ziyade karşı tarafın haklarını da doğrudan ilgilendirdiği için dâvanın taraflarının ve/veya temsilcilerin açık kimlik ve adreslerinin mahkemece bilinmesi gerekmektedir. Vekâletin tespitinden önce hâkimin dâvayı dinlemesi geçerli değildir.²⁸⁸

Vekâletin tespiti, vekil ile müvekkil arasındaki iç ilişkiyle alakalı olmayıp taraflarla mahkeme arasındaki dış ilişkiyi ilgilendiren bir şart olsa da dâva vekâletinin başlaması açısından önem arzettiği için burada ele alınacaktır.

1. Vekâletin Mahkemede İspatı

Dâva mahalli hâkimin meclisi olduğu için vekil ile müvekkilin irade beyanlarının mahkemede ispat edilmesi gerekmektedir. Vekâletin mahkemede ispat edilme yollarını vekâleti iddia eden kişi veya kişiler açısından üç grupta ele alabiliriz.

²⁸⁷ Nizamname'nin 20. maddesinde “Ruhsatnameli dâva vekilleri Mehâkim-i Nizâmiyede icrâ-yı vekâlet için makâle-i mahsûsaya müsterûd olmayarak müvekkillerinden alacakları ücretleri işbu Nizamname'ye ve merbut tarifeye tevfi kan istihsal edeceklerdir.” denmektedir. *Düstur*, Birinci Tertip, c. III, s. 202.

²⁸⁸ Bkz. Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, s. 142.

Birincisi; müvekkil hasmı ve vekili ile beraber mahkemede hazır bulunmak suretiyle bir kimseye vekâlet verdiğini ispat edebilir. Şöyle ki; müvekkil tayin edeceği vekil ile birlikte hâkimin huzuruna varıp da “filan şahıs ile murâfaaya bu kimseyi vekil ettim” dediğinde o şahıs da hâkimin huzurunda hazırsa hâkim müvekkilin isim ve nesebini bilmesee dahi vekâleti kabul ve tescil eder. Çünkü bu durumda hasım mahkemede kendisine karşı dâvacı veya dâvalı olacak kimsenin şahsına ve onun tayin edeceği vekili görüp tanıdığı için herhangi bir aldatma şüphesi kalmamıştır.²⁸⁹

İkincisi; karşı tarafın gâib olması durumudur. Karşı taraf mahkemede hazır değil ise hâkim ancak vekil tayin edecek müvekkilin isim ve nesebini bilir ise tevkili kabul eder. Çünkü hâkimin vekâleti bilmesi müvekkili tanıdığı takdirde tamamlanmış olur. Hâkimin bilmesi, onun yanında şahitlerin tanıklık etmesinden daha güçlüdür. Eğer hâkim müvekkili tanımıyorsa, Hanefî mezhebinde Zahirürrivaye’ye göre, iki şahit vekil lehine vekilliğe tanıklıkta bulunmadıkça bu vekâlet kabul edilmez. Hâkim, müvekkil bu iki şahit ile vekâleti ispat ederse vekâleti kabul eder. Zira müvekkil karşı tarafın isim ve nesebini kullanarak onun malını almak istemiş olabilir.²⁹⁰ Serahsî, bu durumu şöyle açıklamaktadır: “Bir taraf dâvada hazır bulunur, vekil de o taraftan müvekkilin mal alacağı olduğunu iddia eder de bu taraf onun vekilliğini inkar ederse, hâkim vekile şöyle der: ‘Ben birisinin seni vekil tayin ettiğini biliyorum. Fakat ben, onun alacaklısı olduğunu iddia ettiği kimsenin bu adam olup olmadığını bilmiyorum. Çünkü ben bu adamı tanımıyorum.’ Bunun için vekil alacaklı olduğunu iddia ettiği kişi tarafından vekillik üzerine delil ortaya koymak zorundadır.”²⁹¹

Vekilin kendisi de mahkemede vekâletini beyyine ile ispat edebilmektedir. Mesela; vekil müvekkilin bir alacağı bulunan kişinin önünde “Ben filan şahıs tarafından dâvaya vekilim” diye dâva ederse o alacaklı karşı taraf vekâleti ister ikrar isterse inkar etsin, vekil vekâleti ispat için delil getirebilir. Vekil karşı taraf önünde müvekkilin onu vekil ettiğini ispat ettiğinde bundan sonra vekil müvekkilin başka bir şahıstaki hakkını talep edecek olduğunda tekrar beyyine ikame etmek zorunda değildir. Ancak bunun için Hanefiler, karşı tarafın da mahkemede hazır olmasını gerekli görürler. Bu yüzden hâkim

²⁸⁹ Serahsî, XIX, 16; Ali Haydar, III, 560; Bilmen, VI, 346.

²⁹⁰ Serahsî, XIX, 16; Ali Haydar, III, 560; Bilmen, VI, 346.

²⁹¹ Serahsî, XIX, 16.

karşı taraf gelmeden şahitleri dinlemez. Çünkü delilin kabul edilmesinin koşulu iddia ve inkardır. İddianın bulunmaması delilin kabul edilmesine engel olduğu gibi, inkarın bulunmaması da aynı şekilde engeldir. İnkâr ise ancak dâvada hazır olunması durumunda yapılabilir. Çünkü dâvacı vekil doğru veya yanlış olma ihtimali olan bir haber getirmiştir.²⁹² Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelîler ise karşı tarafın hazır olmasını gerekli görmezken hâkimin gaip olan karşı tarafı temsil edecek birini ataması gerektiğini söylemektedirler.²⁹³

Ancak sadece karşı tarafın onayı ile husûmete vekâlet sabit olmaz. Şöyle ki bir kimse diğer bir kimse ile hâkimin huzuruna çıkıp da “bu kimse gaip filanın husûmete vekilidir.” diyerek tasdik ettikten sonra dâvacı olan karşı taraf bu vekil nazarında gaip müvekkilden alacağını iddia ettiğinde geçerli olmaz. Hatta dâvacı alacağını beyyine ikame ederek ispat edecek olsa kabul edilmez. Vekilin vekâletine dair beyyine ikame etmesi gerekir.²⁹⁴

Vekâletin ispatının bir başka türü de iki şahidin vekâlete dair tanıklık etmesidir. Vekil müvekkilin kendisini vekil tayin edip etmediğini bilmesede iki şahit onun vekil olduğuna tanıklık etseler bu vekâlet eğer vekil tarafından inkar edilmezse hâkim tarafından kabul edilir. Ancak vekil, vekâleti inkar ederse, iddia edilen vekâlette vekil dâvacı tarafın vekili ise bu tanıklık kabul edilmez. Dâvalı tarafın vekili olduğu durumda ise şahitlerin tanıklığına bakılır. Eğer şahitler “falan bunu vekil etti bu da kabul etti” derlerse tanıklıkları kabul edilip vekil vekâleti ifaya zorlanır. Ama sadece falanın vekil ettiğine dair tanıklıkta bulunup vekilin vekâleti kabul ettiğine dair tanıklık etmezlerse vekil vekâleti ifaya zorlanmaz.²⁹⁵

2. Tescil

Klasik dönem kaynaklarda yer almamakla birlikte Mecelle ve sonrası literatürde vekâletin ispatı yanında tescilinin de gerekli olduğunu görmekteyiz. Buna göre dâva vekâletinin dâvanın arz olunduğu mahkemede ya da başka bir mahkemede tescil edilmesi, başka bir mahkemede tescil edilir ise tescili açıklayan şer’î bir hüccetin

²⁹² Serahsî, XIX, 11; Sadrüşşehîd, s. 430.

²⁹³ Nevevî, III, 552; İbn Kudâme, VII, s. 258.

²⁹⁴ Ruaynî, VII, 163; Ali Haydar, III, 561.

²⁹⁵ Serahsî, XIX, 18; Ali Haydar, III, 561.

fetvâhânen tasdik edilerek dâvanın arz edildiği mahkemeye ibraz edilmesi gerekmektedir.²⁹⁶

Tanzimat döneminde kabul edilen Dâva Vekilleri Hakkında Nizamname'ye göre, gerekli şartları sağlayan ve bakanlıktan ruhsatname alan vekillerin, girecekleri dâvaların görüleceği mahkemeye vekâletnamelerini vermeleri gerekmektedir. Buna göre, vekilin vekâleti özel ise mahkemeye duruşmadan önce vekâletnamesinin aslını; genel ise tasdikli suretini vermesi şarttır.²⁹⁷ Ancak zamanla bu işlem yetkili resmî bir daire vasıtasıyla tescil edilmeye ve vekile vekâlete dair bir belge (hüccet) verilmeye başlamıştır. Bu belgeye sahip vekile vekil-i müseccel denmektedir.²⁹⁸

Şer'iyeye sicillerindeki anlamıyla hüccet, hâkimin hükmünü ihtiva etmeyen, taraflardan birinin ikrarıyla diğerinin tasdikini içeren ve üzerinde bunu düzenleyen hâkimin mühür ve imzasını taşıyan senet demektir. Esasen noterlik çalışmalarının ürünü olan ve taraflara verilen bu hüccetlerin bir sureti de sicile kaydedilmektedir.²⁹⁹

Bir vekâlet hüccetinde, her konunun kendine has hükümleri dışında; müvekkilin ismi ve adresi, vekilin ismi, vekâletin konusu, vekilin yetkili olduğu hususlar, müvekkil ile vekilin vekâlet konusunda anlaştıkları ve vekilin görevi kabul ettiği, bu muamelenin yapıldığı tarih, şahitlerin isimleri hususların bulunması gerekir.³⁰⁰

Dâva Vekilleri Hakkında Nizamname'nin 9. maddesinde, bir vekâletnamenin içeriğinde olması gerekenler, “Vekillerin müvekkillerinden alacakları vekâletnamelere isim ve şöhret ve mahalli ikametlerini ve vekili oldukları dâvanın aslını ve mercii ru'yetini derc ve tahrîr ve eğer diğerini tevkîle me'zun olurlar ise ânı dahî tasrih ettirmeleri lazım gelir.” şeklinde ifade edilmiştir.³⁰¹

²⁹⁶ Ali Haydar, III, 560.

²⁹⁷ *Düstur*, Birinci Tertip, c. III, s. 199.

²⁹⁸ Bilmen, VI, 346.

²⁹⁹ Bayındır, Abdülaziz, *İslâm Muhakeme Hukuku: Osmanlı Devri Uygulaması*, İstanbul: İslami İlimler Araştırma Vakfı, 1986, s. 12.

³⁰⁰ Bayındır, s. 16.

³⁰¹ *Düstur*, Birinci Tertip, c. III, s. 200.

İKİNCİ BÖLÜM

DÂVA VEKÂLETİNİN KAPSAMI VE HÜKÜMLERİ

I. DÂVA VEKÂLETİNİN KAPSAMI

Vekâlet akdinde müvekkil tarafından vekile verilen yetkinin kapsamının bilinmesi son derece önemlidir. Dâva vekâleti akdi, vekil ile müvekkil arasında akit kurulurken kullanılan lafızlara göre genel veya özel, mutlak veya mukayyet olarak farklı şekillerde kurulabilir. Bunların her biri, aynı zamanda vekilin farklı kapsamda yetkilere sahip olduğunu ifade eder.

Genel vekâlet söz konusu olduğunda vekilin dâva açma ve takip etme yetkisinin bulunup bulunmadığı, genel vekâlet akdiyle ilgili görüş ayrılığıyla bağlantılı olarak ihtilaflıdır. Hanefilere göre genel bir vekâlet, vekile müvekkilin haklarını dâva etme ve ona karşı açılan dâvaları da takip yetkisi vermektedir.³⁰² Ancak Şâfiî ve Hanbelîler’de genel vekâlet, garârdan dolayı caiz olmadığından dâva için özel olarak vekâlet verilmesi gerekmektedir. Nitekim Türk hukukunda da durum böyledir. Çünkü Türk Borçlar Kanunu’na göre, dâva açmak özel yetki gerektiren bir hukuki işlemdir (BK. md. 504).

İslâm hukukunda, özel vekâlet şeklinde kurulmuş bir dâva vekâletine gelince, bu akit birtakım kayıtlarla mukayyet hale getirilmiş olabileceği gibi mutlak şekilde de kurulmuş olabilir. Ayrıca dâva vekâleti, veriliş itibariyle genel ve özel vekâlet dışında kendine has konumu itibariyle diğer işlemlere ilişkin verilmiş özel vekâletlerin kapsamında da yer alabilmektedir.

Daha önce belirttiğimiz üzere genel lafızlar içermekle birlikte belli bir tasarruf adı zikredilen vekâlette özel vekâlet söz konusu olmakla birlikte o tasarrufun ne kadarının vekâletin kapsamına girdiği kısmen belirsizlik içerebilmektedir. Bu bakımdan aşağıda ilk olarak özel vekâletin genel lafızlarla kurulması durumunda vekilin müvekkiline ait hangi dâvalarda yetkili olduğu konusuna yer verilecektir. Ardından diğer işlemlere ilişkin verilmiş vekâletlerde dâva vekâletinin durumu incelenecek, son

³⁰² İbn Âbidinzâde, XI, 374.

olarak da dâvaya ilişkin verilmiş mutlak vekâletin kapsamı belirlenip özel vekâlet verilmesini gerektiren durumlar sıralanacaktır.

A. GENEL LAFIZLARLA KURULMUŞ ÖZEL DÂVA VEKÂLETİ

Vekâlet verilirken önemli olan vekilin hangi tür tasarrufta vekil edildiğinin bildirilmesidir. Herhangi bir tasarruf adı zikredilmeksizin verilen genel vekâletin ihtilâflı olduğunu daha önce belirtmiştik. Ancak müvekkilin “hakkımda her bir husûmet ve dâvaya seni vekil tayin ettim”³⁰³ şeklinde vekâlet vermesi durumunda ise genel değil özel vekâletten bahsedileceğini belirtmiştik.³⁰⁴

Hanefiler, müvekkilin her hakkı için ve hakkındaki her dâvası için vekâlet vermesini istihsâna göre geçerli kabul ederler. Ayrıca bu şekilde kurulmuş dâva vekâleti akdinde vekilin kiminle ve hangi konuda dâvaya vekil edildiğinin tayin edilmesi de şart değildir.³⁰⁵ Mesela; “seni belde ahalisi tarafından hakkımda açılan her bir dâvaya vekil tayin ettim”³⁰⁶ şeklinde vekâlet verilmesi durumunda vekil, müvekkilin, tevkilden önce mevcut olan ve tevkilden sonra ortaya çıkan o beldedekilerde bulunan bütün haklarında vekil olmuş olur. Bu şekilde verilmiş bir vekâlette, dâvanın karşı tarafının ve konunun tayini de şart değildir. Ancak müvekkilin, “filan kimsede olan her bir hakkımda dâvaya seni vekil ettim”³⁰⁷ şeklinde vekâlet vermesi durumunda sadece vekil olduğu günde o kimsede mevcut bütün haklarına vekil olmuş olur. Ancak tevkilden sonra ortaya çıkan dâvalarda müvekkilin hakkını talep edemez.³⁰⁸

Mâlikî mezhebinde de kiminle veya hangi konuda dâvalaşaacağına dair bir şey zikredilmeden kurulmuş bir dâva vekâletinin vekili, aynı müvekkilin seneler sonra başka bir dâvasında, vekâletin yenilenmesine ihtiyaç olmaksızın vekil olabilmektedir. Ancak bunun için ikinci dâvadaki hasmın ilkinin yakını, dâvanın öncekiyle ilişkili ve müvekkilin de gaib olması gibi şartlar bulunmaktadır. Ancak belli bir veya iki dâvaya vekil edilmişse bunlardan başkasında dâva takip yetkisi yoktur. Bu gibi durumlarda vekâletin yenilenmesi gerekmektedir.³⁰⁹

³⁰³ وَكَانَتْ بِالْخُصُومَةِ فِي كُلِّ حَقٍّ لِي

³⁰⁴ Bkz. Tezde 86. dipnot.

³⁰⁵ İbn Âbidinzâde, XI, 374; Ali Haydar, III, 560.

³⁰⁶ وَكَانَتْ بِالْخُصُومَةِ فِي كُلِّ حَقٍّ لِي قَبْلَ أَهْلِ الْبَلَدَةِ

³⁰⁷ وَكَانَتْ بِالْخُصُومَةِ فِي كُلِّ حَقٍّ لِي قَبْلَ فُلَانٍ

³⁰⁸ Ali Haydar, III, 561-2.

³⁰⁹ İbn Ferhûn, I, 134.

B. ÖZEL BİR VEKÂLET TÜRÜ İÇİNDE DÂVA VEKÂLETİ

Dâva vekâleti, doğrudan özel bir vekâlet şeklinde kurulabileceği gibi başka bir hukuki işlem için verilmiş vekâletin kapsamında da yer alabilir. Mesela; bir deyni kabzetmek üzere verilmiş vekâlette borçlunun borcunu inkar veya ödediğini iddia etmesi gibi anlaşmazlık durumlarında, Ebu Hanife'ye göre vekil ayrıca belirtilmemiş olsa bile aynı zamanda dâvaya da vekildir.³¹⁰ Ancak Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre deyni kabza vekâlet, dâva vekâletini içermemektedir. Onlara göre deyn alacağının kabzına ilişkin vekâlet vermek, taayyün etmiş bir hakkın alınmasına dair vekâlet vermek anlamına gelir. Taayyün etmiş olan böyle bir hakkın ise ayn alacağından farklı bir yanı yoktur. Ancak deynin kabz edilmesi, aynın kabz edilmesi gibi düşünmek doğru değildir. Çünkü deyn ya bir malın teslimi gibi bir fiili ya da zimmetteki bir borcu ifade eder. Bundan dolayı Ebu Hanife, deynin kabzına vekâletin tıpkı alışverişe vekâlet verilmesi gibi mübadele (değiş-tokuş) niteliğinde olduğunu, mübadele şeklindeki bir işlemde doğan hak ve borçların ise o işlemi yapana ait olduğunu ifade eder. Dolayısıyla gerektiğinde dâva açmak da bu hak ve borçlar içerisine girdiğinden kabz vekilinin bu yetkiye sahip olduğunu ifade eder.³¹¹ Buna göre, borçlu borcunu inkar ettiğinde vekil de deyni almayı isteyerek beyyine ikame ederse beyyinesi Ebu Hanife'ye göre kabul edilir ancak Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre edilmez. Mecelle'de Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in görüşü kabul edilmiştir.³¹²

Her emin olan kimse, dâva ve savunmaya yetenekli olmayabileceğinden ayn alacağının kabzına ilişkin vekâletin, dâva vekâletini içermediği konusunda görüş birliği vardır.³¹³ Bu konuda aslolan, vekâlet, müvekkilin milkindekini kabz etme hakkında özel bir vekâlet şeklinde verilmişse vekilin hakkın ispatına vekil olmamasıdır. Eğer genel vekâlet ile vekil edilmişse dâvaya da hakkı olur.³¹⁴ Aynı şekilde sulh yapmak üzere vekil atanan kişi de dâva konusunda vekil olamaz. Çünkü sulh husûmetin aksine karşılıklı anlaşma ve uzlaşma esasına dayalıdır.³¹⁵

³¹⁰ Kâsânî, VII, 437; *el-Fetâva'l-Hindiyye*, III, 674.

³¹¹ Kâsânî, VII, 437.

³¹² Mecelle, md. 1520; Ali Haydar, III, 565.

³¹³ Bilmen, VI, 349; *el-Fetâva'l-Hindiyye*, III, 673.

³¹⁴ *el-Fetâva'l-Hindiyye*, III, 674.

³¹⁵ Serahsî, XIX, 143.

Şâfiîler, dâva açmanın özel izne tabi olduğu, dâva vekâletinin kabzı içermediği gibi kabza ilişkin vekâletin de dâva açma yetkisini içine almayacağı görüşünü ileri sürmüşlerdir.³¹⁶ Hanbelîler de ilke olarak Şâfiîlere katılmakla birlikte, müvekkilin, alacaklısı bulunduğu kimsenin inkar veya temerrütte bulunabileceğini sezerek vekâlet vermesini, vekilin dâva açmaya yetkili sayılması gerektiği hususunda karine saymışlardır.³¹⁷

Hanefîlere göre, şüf'ayı talep, hibeden rücû, ortak malın taksimi, mebîn ayıp muhayyerliği ile satıcıya iadesi gibi konularda vekil olan kişi, bu hususlarda dâva açma ve açılan dâvada müvekkili adına taraf olma hakkına sahiptir.³¹⁸ Örnek vermek gerekirse; şüf'ayı talep için vekil edilmiş kişi, müşteriden meşfû' malı talep ettiğinde müşteri, müvekkilin şüf'a hakkından vazgeçtiğini iddia etse ve bu iddiasına da beyyine ikame edecek olsa bu iddia vekil tarafından dinlenilir. Müşteri adil beyyine ile vekile karşı iddiasını ispat ettiğinde buna göre hüküm verilir ve şüf'a batıl olur. Bir diğer örnekte ise, mebî'in ayıp muhayyerliği ile satıcıya iade edilmesine vekil edilmiş kişinin huzurunda satıcı, müvekkilin bu ayıba razı olduğunu iddia ve beyyine ikame edecek olsa vekilin, müvekkili temsilen iddiayı dinlemesi geçerlidir.³¹⁹ Ancak bazı Şâfiîler, bu gibi hususlarda verilen vekâletin dâva vekâletini içermediği gerekçesiyle, vekilin dâvaya yetkisinin olmadığını ifade etmişlerdir.³²⁰

C. MUTLAK DÂVA VEKÂLETİNİN KAPSAMI ve ÖZEL VEKÂLET VERİLMESİNİ GEREKTİREN DURUMLAR

Takyid edilmiş bir vekâlette vekil her türlü kayda uymak zorundadır. Çünkü vekilin tasarrufu emre mevkuftur. Emredildiği şey dışında tasarruf hakkı yoktur. Müvekkilin ileri sürdüğü kayıtlar, vekilin kendisiyle muamele yapacağı üçüncü kimselerle olabilir. Örneğin; müvekkilin Ahmet ile olan dâvasına vekil ettiği kişinin müvekkilin Ahmet dışındaki başka biriyle olan dâvasında vekil olma yetkisi yoktur.³²¹

³¹⁶ Şîrâzî, III, 354.

³¹⁷ İbn Kudâme, VII, 211-212.

³¹⁸ Kâsânî, VII, 438; Şîrâzî, III, 354.

³¹⁹ Ali Haydar, III, 566.

³²⁰ İbn Kudâme, VII, 213.

³²¹ Kâsânî, VII, 439; Semnânî, I, 184.

Mukayyet vekâletle ilgili ayrıntılı bilgiler “vekilin akde ve müvekkilin iradesine uygun hareket etme borcu” kısmında geleceği için burada bu kadar bilgi ile yetiniyoruz.

Müvekkilin takyid etmediği mutlak bir vekâletin kapsamı ise vekâlet akdinin türüne göre farklı değerlendirmelere tabi tutulmuştur. Çoğunluğa göre mutlak bir vekâlette cehalet olacağından vekâletin sınırları örf ve müvekkilin maslahatı dikkate alınarak belirlenir. Yani onlara göre mutlak vekâlet, örfle takyid edildiği için vekil, müvekkile uygun ve faydasına olmayan şekilde tasarruf yetkisini kullanamaz. Mesela; mutlak olarak verilmiş evlendirme vekâletinde vekil, kadını emsal mehirden fazla bir mehirle evlendirse, içlerinde Ebu Yusuf ve İmam Muhammed’in de bulunduğu cumhura göre bu tasarruf caiz değildir.³²² Ebu Hanife’ye göre ise mutlak vekil, kayıtlamaya dair bir delil bulunmadığı sürece mutlak ifadeye göre hareket eder, takyid edilmez. Aynı örnek üzerinden gidecek olursak, müvekkilin kendisi nasıl ki şartlar gerektirdiğinde, emsal mehirden fazlasına evlenebiliyorsa onun vekili de aynı şekilde bu yetkiye sahiptir. Zira mal sahibi ona kendi yetkisini vermiştir. Aynı şekilde satım akdi için tutulmuş vekil, müvekkile ait malı yüksek bir fiyata satabileceği gibi düşük bir fiyata da satabilir; hatta onu başka bir malla takas da edebilir. Örfte istikrar olmadığı için örfün bu konuda takyid edici bir rolü yoktur.³²³ Ancak Ebu Hanife’ye göre vekilin mutlak vekâlette herhangi bir kayda tabi olmamasının, onun müvekkilin zararına tasarruflarda bulunabileceği anlamına gelmediği burada hatırlanmalıdır. Zira onun temel görevi müvekkilinin menfaatine uygun olacak şekilde hukuki işlem yapmaktır. Bu açıdan, Ebu Hanife’nin görüşünü, modern hukuktaki avukatın vekâlet görevini yerine getirirken en uygun ve en güvenli yolu seçme borcu ile birlikte düşünmek daha doğru olacaktır. Çünkü hukuki bir meselenin çözümünde, işin başında akla gelmeyen pek çok riskle karşılaşılması mümkündür. Buna göre vekilin görevi, müvekkilinin menfaatine en uygun ve en güvenli olan yolu seçmektir.³²⁴ Bu açıdan düşünüldüğünde, çoğunluk mutlak vekâlette örfü dikkate alarak vekilin yetki ve sorumluluk alanını belirleme yolunu tercih ederken; Hanefîlerin bu konuda yetkiyi vekile bıraktığı görülmektedir.

³²² Serahsî, XIX, 43; Desûki, III, 381; İbn Rüşd, II, 303; İbn Kudâme, VII, 243.

³²³ Serahsî, XIX, 43; Merginânî, III, 104,105; Kâsânî, Bedâi’, VII, 441.

³²⁴ Yusuf, Müslim Muhammed Cevdet, *el-Muhamat fî dav’i’ş-şeriatî’l-İslâmiyye ve’l-kavanini’l-Arabiyye: bahsu mukârene*, Beyrut: Müessesetü’r-reyyan, 2001, s. 179; Selman, s. 53.

Mutlak bir şekilde kurulmuş dâva vekâleti akdinde, dâva vekilinin malik olduğu tasarruf yetkisinin sınırları, literatürde vekâletle ilgili en fazla tartışılan konulardan biridir. Bir başka deyişle; bazılarına göre bir takım işlemler özel olarak belirtilmese de mutlak dâva vekâletinin kapsamında yer alırken, diğerleri bu işlemlerin husûmetin anlamıyla çeliştiğini ve özel olarak vekâleti gerektirdiği görüşündedirler.

İslâm hukukunda mutlak bir vekâletin kapsamında yer alıp almadığında ihtilaf edilen ve çoğunluk tarafından özel yetki verilmesini gerektiren tasarruflar, büyük oranda Türk hukuku ile paralellik arz eder.³²⁵ Bu tasarrufları müstakil başlıklarda incelemek gerekmektedir.

1. İkrar Yetkisi

İkrar fikhî bir terim olarak, kişinin kendisi aleyhine başkasına ait bir hakkı haber vermesini ifade eder.³²⁶ Ayrıca ikrar, bir itiraf demek olduğundan uzlaşma (müsâlemet) manasına da gelip muhâsemenin zıddıdır.³²⁷ Bir şey zıddını içine alamayacağı için vekâlet akdinin dâva vekiline müvekkili aleyhine ikrar yetkisi verip vermediği konusunda fakihler arasında farklı görüşler bulunmaktadır.

Kaynaklarda ikrar ve inkar yetkisinin akitte bulunup bulunmamasına göre beş şekilde dâva vekili tayin edilebileceği zikredilmektedir. Bunlar; mutlak olarak, ikrarı geçerli olmayacak şekilde, inkarı geçerli olmayacak şekilde, aleyhine ikrarı caiz olacak şekilde ve ne inkarı ne de ikrarı geçerli olacak şekilde vekâlet vermektir.³²⁸

Hanefîlerin dışında kalan ve çoğunluğu teşkil eden fakihler, mutlak olarak dâvaya vekil edilen kişinin ister mahkemede isterse mahkeme dışında müvekkili aleyhine ikrarda bulunmasını geçerli görmemektedirler.³²⁹ Bu aynı zamanda Hanefîlerden Züfer'in ve Ebu Yusuf'un ilk görüşüdür. Ancak Ebu Yusuf daha sonra bu görüşünü terk ederek vekilin hem mahkemede hem de dışarıda ikrar yetkisinin

³²⁵ HUMK'nın dâvaya vekâlette özel yetki verilmesini gerektiren hâllerle ilgili 74. maddesine göre "Açıkça yetki verilmemiş ise vekil; sulh olamaz, hâkimi reddemez, dâvanın tamamını ıslah edemez, yemin teklif edemez, yemini kabul, iade veya reddedemez, başkasını tevkil edemez, haczi kaldıramaz, müvekkilin iflasını isteyemez, tahkim ve hakem sözleşmesi yapamaz, konkordato veya sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması teklifinde bulunamaz ve bunlara muvafakat veremez, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuramaz, dâvadan veya kanun yollarından feragat edemez, karşı tarafı ıbra ve dâvasını kabul edemez, yargılamanın iadesi yoluna gidemez, hâkimlerin fiilleri sebebiyle devlet aleyhine tazminat dâvası açamaz, hangileri hakkında yetki verildiği açıklanmadıkça kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili dâvaları açamaz ve takip edemez."

³²⁶ Koca, Ferhat "İkrar", *DİA*, XXII, 38.

³²⁷ İbn Kudâme, VII, 262.

³²⁸ *el-Fetâva'l-Hindiyye*, III, 674; Tarablusî, s. 64.

³²⁹ Şîrâzî, III, 354; İbn Rüşd, II, 302; İbn Kudâme, VII, 211.

olduğunu söylemiştir. Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre ise, vekilin kısas ve hadlerin dışında müvekkili aleyhine yapacağı ikrarlar geçerlidir. Ancak bu ikrarın mahkemede olması şarttır.³³⁰ Mâlikîler ise iki durumda fukahanın cumhurundan ayrılarak vekilin müvekkili aleyhine ikrarını caiz görürler. Birincisi; vekâlet akdi genel olup müvekkil vekile bu yetkiyi açıkça tanımışsa, ikincisi de hasım şart koşmuşsa; bu iki durumda vekil müvekkili aleyhine ikrarda bulunabilir.³³¹ Mâlikîlerde vekilin müvekkilin aleyhinde ikrarda bulunabilmesi için müvekkilin de mahkemede bulunması gerektiğine dair bir görüş de yer almaktadır.³³²

İkrâr yetkisini kabul etmeyenlerin gerekçesi şöyledir: Müvekkil bu kişiyi sadece dâva (husûmet) hususunda vekil olarak görevlendirmiştir. Husûmet, iki kişi arasında çekişme ve tartışma yoluyla meydana gelen sözdür. İkrar ise karşılıklı barış ve uzlaşma yoluyla, dâvaya zıt ve husûmeti kesen bir sözdür. Dolayısıyla ikrarda müvekkilin emrettiği şeyin zıttı meydana gelmektedir.³³³

Ebu Hanife ve İmam Muhammed, husûmetin gerçek anlamının onların dediği gibi olduğunu kabul etmekle birlikte bu gerçek anlamı terk edip husûmete vekâleti mecazen cevap vermeye vekâlet olarak görmekte dirler. Bu da inkar ve ikrarla olur. Çünkü vekilin görevi, tartışıp her ne pahasına olursa olsun müvekkilinin haklı olduğunu ispat etmek değil, karşı tarafın iddialarına cevap vermek ve hak olanın ortaya çıkmasını sağlamaktır.³³⁴ Ebu Yusuf'a göre ise; müvekkil vekili mutlak olarak kendi yerine geçirmiştir. Bu, vekilin müvekkilin sahip olduğu yetkiye sahip olmasını gerektirir. Müvekkil ise gerek mahkemede gerek başka bir mecliste kendisi hakkında ikrarda bulunabilir. Vekilin mahkeme dışında da bu yetkiye sahip olmasının delili ise, ikrarın diğer ispat vasıtalarından farklı olmasıdır. Yani ikrar, yemin etmek ve beyyine ikame etmek gibi hükmün mesnedini teşkil eden ispat vasıtalarının aksine bizzat hakkı kabullenmeyi ifade etmekte; dolayısıyla mahkeme ile diğer meclisler bu konuda eşit konumda olmaktadır.³³⁵ Mecelle'de Ebu Hanife ve İmam Muhammed'in görüşü esas alınarak mahkemede olmak şartıyla ikrar geçerli kabul edilmiştir.³³⁶

³³⁰ Şeybani, Camiu's-sağır, 224; Kâsânî, VII, 437; İbn Âbidinzâde, XI, 374.

³³¹ Zuhaylî, *Edille*, V, 4082; Derdir, II, 1147.

³³² İbn Ferhûn, I, 132.

³³³ Kâsânî, VII, 436; İbn Kudâme, VII, 211; Ali Haydar, III, 562.

³³⁴ Serahsî, XIX, 5; Kâsânî, VII, 436.

³³⁵ Serahsî, XIX, 5.

³³⁶ Bkz. Mecelle, md., 1518; Ali Haydar, III, 563.

Zuhaylî, bu konudaki görüş ayrılığının küllî mutlak bir emrin cüzlerini gerektirip, gerektirmediği ile ilgili kaideye dayandığını ifade etmektedir. Buna göre Hanefiler, küllinin cüzlerini zorunlu olarak içerdiği kaidesinden hareketle husûmete vekil olan kişinin de husûmetin cüzlerinden olan ikrar yetkisine sahip olduğunu söylerler. Diğerleri ise, cinsin çeşitlerinden bir çeşide ya da fertlerinden bir ferde ihtisası olmayacağı kaidesinden hareketle husûmet vekilini ikrara yetkili görmemektedirler. Çünkü örfî bir karine olmadığı müddetçe mutlak lafız tahsis edilemez.³³⁷

Vekâlette ikrarın istisnâ edilmesi, Zâhirürrivaye'ye göre gerek dâvalı gerekse dâvacı tarafından muteberdir. Her ne kadar İmam Muhammed'den sadece dâvacının vekâlet akdinde ikrarı istisnâ edebileceği dâvalının ikrar etmesi gerekebileceği için bu hakkı olmadığı şeklinde bir rivayet bulunsa da bu görüş, Zâhirürrivaye ile çeliştiği ve ikrarın istisnâ edilmesinin genel olarak müvekkil için bir ihtiyaç olduğu gibi gerekçelerle doğru bulunmamıştır.³³⁸ Çünkü Hanefilere göre ikrar istisnâ edilmeden mutlak olarak kurulan bir vekâlet akdi, ikrar yetkisini de içermektedir. Eğer dâvalı konumundaki müvekkile istisnâ hakkı verilmezse bu onun zarar görmesine sebep olabilir. Ancak İmam Muhammed ikrarın akit esnasında istisnâ edilmesini gerekli görürken Ebu Hanife'ye göre akitten sonra ayrı bir sözle de istisnâ edilebilir. İkrar istisna edilerek verilen bir vekâlette artık, müvekkilin aleyhine vekilin ikrarı geçerli olmaz.³³⁹

İmam Ebû Yusuf'a göre bu istisnâ sahih değildir. Çünkü müvekkil kendisi için her zaman ikrara yetkili olduğundan onun yerine geçmiş olan vekilin de bu yetkisi olmalıdır. Bu yetki, vekâletin muktezası olup istisna edilmesi geçerli değildir. Buna cevaben, husûmete tevkil ile mecaz anlamda hasma cevap verilmesi kastedilmeyip husûmetin gerçek anlamının kast edildiği, dolayısıyla husûmetin mecazi anlamında bulunan ve husûmete zıt olan ikrarın istisnâ edilebileceği ifade edilmektedir.³⁴⁰

İkrar yetkisinin akitte bulunup bulunmadığı tartışmasında bir diğer durum ise hem inkarı hem de ikrarı geçerli olmayacak şekilde dâva vekili tayini olup bu konuda da

³³⁷ Zuhayli, *Edille*, V, 4082.

³³⁸ Merginânî, III, 111.

³³⁹ Kâsânî, VII, 432-3.

³⁴⁰ Serahsî, XIX, 5; Bilmen, VI, 348.

farklı görüşler vardır. Bazıları, böyle bir vekâleti geçerli saymakta ve bu vekilin mahkemede beyyine dinlemek üzere, sükuta vekil edilmiş olduğunu nakletmektedir.³⁴¹ Diğer bir grup ise, vekâletin, kişinin işlerine bir başkasını tefviz etmek anlamına geldiğini, böyle bir vekâletin ise tefviz değil ta'til olacağını söyleyerek kesinlikle geçerli görmemektedir. Çünkü hasma cevap vermek inkar ve ikrarı içerir. İkisini birden istisna etmek ise vekili atıl bırakmak anlamına gelir.³⁴²

2. Kabz Yetkisi

Mahkeme tarafından müvekkil lehine bir alacak hakkı sabit olduğunda vekilin bunu kabzetme yetkisi bulunup bulunmadığı konusunda fakihler arasında farklı görüşler bulunmaktadır. Ebu Hanife, Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre, vekilin kabzetme yetkisi vardır. Kabz, vekile verilen görevin içinde ve onu tamamlayan bir tasarruf olduğundan vekilin dâva vekâletine dair görevinin sona ermesi ancak, malı teslim almakla olur. Bir dâva için iki vekil atıldığı durumlarda ise herhangi birinin tek başına malı teslim alma hakkı yoktur. Çünkü müvekkilin o ikisini birlikte dâvaya vekil etmesi, güvenilirlik ve koruma noktasında onlara ancak birlikte olduklarında razı olduğunu göstermektedir.³⁴³

Mâlikî, Şâfiî, Hanbelî ve Hanefîlerden İmam Züfer'e ait görüşe göre ise vekilin kabzetme yetkisi bulunmamaktadır. Çünkü gerek açıkça gerekse örfen vekil buna yetkili kılınmamıştır. Nitekim vekilin bir hakkı ispat etme konusundaki yetkisi kabza yetkili olduğu anlamına gelmemektedir.³⁴⁴ Züfer'e göre dâva vekiliyle kabz vekilinde aranan kriterler farklıdır. Müvekkil vekil tutarken dâvada önemli olan müvekkilin hakkının korunması veya elde edilmesi olduğu için kendisini en iyi savunabilecek kimseyi, malı teslim almada ise önemli olan güvenilir olmak olduğu için buna uygun kişiyi tercih eder. Çünkü her emin kimseye dâva tevdî edilemez, her dâvaya ehil görülene de mal teslimi konusunda güvenilemeyebilir.³⁴⁵

Hanefîlerde fetvaya esas olan görüş mutlak bir vekâlette dâva vekilinin kabze yetkili olmayacağı şeklindeki Züfer'in görüşüdür. Bunun gerekçesi ise vekillerin artık eskisi gibi güvenilir kimseler olmadığı şeklinde açıklanmaktadır. Zira mahkeme

³⁴¹ *el-Fetâva'l- Hindiyye*, III, 674.

³⁴² Tarablusî, s. 64.

³⁴³ Şeybani, *el-Câmiü's-sağir*, 225; Serahsî, XIX, 11.

³⁴⁴ Serahsî, XIX, 11; Şîrâzî, III, 354; İbn Kudâme, VII, 211; Buhûtî, III, 483.

³⁴⁵ Serahsî, XIX, 11; Kâsânî, VII, 437.

kapılarında bekleyen dâva vekillerinin insanların mallarına karşı yaptıkları hainlikler, onların töhmet altına girmelerine sebep olmuştur.³⁴⁶ Mecelle'nin 1519. maddesinde de “Husûmete vekâlet kabze vekâleti müstelzim olmaz” denilerek aralarında Züfer'in de bulunduğu fukahanın çoğunluğunun görüşü kabul edilmiştir.

3. Sulh ve İbrâ Yetkisi

Borçlar hukukunda, “iki taraf arasında mevcut bir anlaşmazlığın karşılıklı rıza ile ortadan kaldırılması”; yargılama hukukunda ise “görülmekte olan bir dâvanın anlaşmayla sona erdirilmesi” anlamındaki sulh, hem maddi hukuk hem de usul hukukunu ilgilendiren bir işlemdir.³⁴⁷ Fıkıh terimi olarak ibrâ ise, “bir kimsenin başkasının zimmetinde veya nezdinde olan alacak hakkından karşılıksız olarak vazgeçmesi”ni ifade eden hukuki işlemdir.³⁴⁸ Sulh, sulh konusu karşılığında bir bedel gerektirmesi yönüyle karşılıksız olarak hakkın tamamından feragat anlamına gelen ibradan ayrılmaktadır. Dolayısıyla ibrâ, hakkın dâva konusu olmaktan çıkarılmasını da ifade eder. Dâva vekili, genel vekâletle dahi olsa özel olarak yetki verilmediği sürece hasım ile sulh yapma, hasmı ibrâ etme ve dâva konusu olan şeyi hasma bağışlama yetkisine sahip değildir. Bunlar husûmet cinsinden olmayıp husûmete zıt, onu iptal edici türden tasarruflar olduğu için vekâlete dahil olamazlar. Bu konuda mezhepler arasında görüş birliği bulunmaktadır.³⁴⁹

Vekil kendisine sulh konusunda izin verilmeksizin karşı tarafla sulh yapsa, hâkim huzurunda dahi olsa vekil fuzuli konumunda olduğundan bu tasarruf mevkuf olup, müvekkil buna izin verene kadar dâva devam eder.³⁵⁰ Ancak bu durumda vekilin sulh esnasında kullandığı lafız ve davranışlarına göre sulhun hükmü değişmektedir. Buna göre, vekil eğer, sulhu kendine veya malına izafe eder³⁵¹ ya da müvekkiline izafe etmekle birlikte sulh bedelini ödeme sorumluluğunu (damân) üzerine alırsa³⁵² sulh geçerli olup, vekil izinsiz olarak bu tasarrufu gerçekleştirdiği için müvekkiline rücu edemez ve sulh bedelini teberru etmiş kabul edilir. Ayrıca vekilin kendine izafe

³⁴⁶ Kâsânî, VII, 437; İbn Âbidinzâde, XI, 485.

³⁴⁷ Atar, Fahrettin, “Sulh”, *DİA*, XXXVII, 482.

³⁴⁸ Apaydın, Yunus, “İbrâ”, *DİA*, XXI, 263.

³⁴⁹ Serahsî, XIX, 12; Şîrâzî, III, 354; İbn Kudâme, VII, 211.

³⁵⁰ “Husumete vekâlet, sulhta vekâleti müstelzim olmaz. Binaenaleyh, bir kimse âhar kimesneyi dâvasına vekil edip de o dahi bilâ-izn ol dâvadan sulh olsa sahih yani nafiz olmaz.” Mecelle, md. 1542.

³⁵¹ “Falan ile olan dâvanda benimle bin liraya sulh ol” gibi.

³⁵² “Falan ile olan dâvanda mezkur meblağı ödeme sorumluluğu bana ait olmak üzere, onunla bin liraya sulh ol” gibi.

etmeksizin veya ödeme sorumluluğunu almaksızın, ortamda bulunan belli bir meblağa, ticâret eşyasına vb. işaret etmesi ya da bunların hiçbirini yapmaksızın akit esnasında mutlak olarak zikrettiği sulh miktarını teslim etmesiyle de sulh geçerli ve vekil de teberru etmiş olur. Ancak izafetin, damanın ve işaretin bulunmadığı bu son durumda vekil sulh bedelini teslim etmezse, sulh müvekkilin icazetine bağlı olarak mevkuf olur. Eğer müvekkil, icazet verirse sulh, sahih ve sulh bedeli müvekkil üzerine lazım olur; icazet vermezse sulh batıl olur (Mecelle, md. 1544).³⁵³

Müvekkilin izninden sonra bu sulhtan doğan hak ve borçların kime ait olduğu ise, dâvanın konusuna göre değişiklik arz eder. Eğer bu sulh, vekilin akdi müvekkile izafe etmesi gereken nikah, talak gibi hukuki işlemlerde ise sulh bedelini müvekkilin ödemesi gerekir. Çünkü ıskat akitlerinde vekil sadece resul/elçi konumunda bulunur. Bu sulh eğer mâli muavaza akitlerinde ise, vekil akdi kendisine izafe edince sulh bedelini vekilin ödemesi gerekir; vekil de daha sonra müvekkiline rücu eder. Çünkü muavaza akitleri hakkında yapılan sulhlar satım akdi niteliğinde olup, satım akdinden doğan hak ve borçlar ise o akdi yapana (mübâşir) ait olur. Ancak bu tür sulhta da vekil akdi müvekkiline izafe ederse sulh bedeli yine müvekkile lazım gelir.³⁵⁴

4. Vekilin Vekâlete Yetkisi

Vekâlet akdi şahsî bir borç niteliğinde olduğundan, vekilin dâva için yerine bir başkasına vekâlet vermesi çoğunluk tarafından aksini gerektirecek bir durum olmadığı sürece, geçerli kabul edilmemiştir.³⁵⁵ Ancak bazı durumlarda vekil, yerine başkasına vekâlet verebilmektedir. İbn Kudâme, *el-Muğnî*'de konuyu oldukça sistematik ve ayrıntılı bir şekilde ele almaktadır. Bu sebeple, meseleyi İbn Kudâme'nin tasnifini esas alarak açıklamayı konunun anlaşılması bakımından gerekli görüyoruz.

Bu tasnife göre vekil, yerine başkasına vekâlet verme yetkisi bakımından, üç halde bulunabilir. Birincisi, müvekkilin vekile ikinci bir vekil atamasını yasaklamasıdır ki bu durumda elbette vekilin yerine bir vekil ataması caiz değildir. İkincisi, müvekkilin

³⁵³ Ali Haydar, IV, 17-19.

³⁵⁴ Ali Haydar, IV, 15-16.

³⁵⁵ Serahsî, 11; İbn Kudâme, VII, 207; İbn Ferhûn, I, 136.

vekile bu hususta izin ve yetki vermiş olmasıdır ki ittifakla vekilin yerine birini ataması caizdir.³⁵⁶

Üçüncü durum ise müvekkilin vekâlet akdini mutlak olarak kurmasıdır ki burada üç durum söz konusudur: İlkinde; yapılacak işlem vekilin yetenekli olmadığı, aciz olduğu veya statüsüne yakışmayan basit bir işlem ise, vekil yerine ikinci bir vekil atayabilir. İkincisine göre; hukuki işlem vekilin yapabileceği hatta en iyi bir biçimde ifa edebileceği bir şey olmasına rağmen vekil işlerinin yoğun olmasından dolayı yetiştiremeyecekse yine başka bir vekil atayabilir. Bu iki durum Mâlikîlerde de bu şekildedir. Mâlikîler ayrıca, bu durumda vekilin başka birine vekâlet verebilmesi için, müvekkilin vekilin bu durumundan haberdar olmasını da gerekli görmektedirler. Çünkü müvekkilin bu konudaki bilgisi, vekile yerine başka bir vekil ataması hususunda zımnen bir yetki verme olarak yorumlanabilmektedir.³⁵⁷ Bu iki duruma da dahil olmayan, yani mutlak olarak verilmiş bir vekâlet bulunmakla birlikte vekilin, yerine başkasını vekil atamasını gerektirecek bir mazeretinin olmadığı durumlarda ise fakihler farklı görüşler beyan etmişlerdir. Ebu Hanife, Ebu Yusuf ve Şâfiî ikinci vekil atanamayacağını çünkü vekâlet akdi bunu kapsamadığı gibi müvekkilin de bu hususta açık bir izni olmadığını belirtmektedirler. Bu durumda sanki müvekkil vekile bunu yasaklamış gibidir. İbn Ebî Leylâ ve Hanbelîler ise vekâletin diğer bir vekile naklini kabul etmektedirler. Onların delili şöyledir: Vekil, müvekkil hasta veya şehir dışında olduğunda onun adına tasarruf yetkisine sahip bulunduğu göre, niyabeten birini atama konusunda da asilde olduğu gibi yetkilidir. İbn Kudâme bunları sıraladıktan sonra, vekil asil gibi olmadığından, mutlak vekâlette yerine birini atayamayacağı görüşünün daha doğru olduğunu belirtir. Çünkü asil olan müvekkil malından istediği gibi tasarrufta bulunabilirken vekil ancak müvekkilin istekleri doğrultusunda ve onun yetkilendirdiği kadar müvekkilin malında tasarruf edebilmektedir.³⁵⁸

Mâlikîlerde vekilin vekâlet konusunun başka bir vekile tefvizine dair farklı bir tasnif mevcuttur. Buna göre; vekil eğer kendisine tam yetki verilmemiş (gayr-i

³⁵⁶ Ayrıca bkz; Serahsî, XIX, 12; Merginânî, III, 109. Mecelle, 1466. maddede; “Bir kimse vekil olduğu hususta başkasını tevkîl edemez. Müvekkil ona izin vermiş ve yahud re’yinle amel et demiş olsa ol hâlde vekîl başkasını tevkîl edebilir...” denilerek vekilin vekil olduğu konuda bir üçüncü şahsı vekil tayin etmesi, müvekkilin iznine veya vekilin dilediği gibi hareket edebilmesi için serbest bırakılmış olmasına bağlanmıştır.

³⁵⁷ Derdir, II, 1152-1153; İbn Ferhûn, I, 136.

³⁵⁸ İbn Kudâme, VII, 208-9.

müfevvaz) ise müvekkilin izni ve rızası olmaksızın ikinci bir vekili tefviz edemezken tam yetki verilmiş (müfevvaz) ise rıza aranmadan tevkil işlemi gerçekleşebilmektedir.³⁵⁹ Konuyla alakalı olarak Mâlikî literatüründe yer alan müfevvaz-gayr-i müfevvaz ıstılahlarının, ilk bakışta genel-özel vekâlet ayrımına denk düştüğü söylenebilse de bu ikili kavramların birbirini tam olarak karşıladığını söylemek mümkün değildir. Benzerlikleri ele alacak olursak; Mâlikîler'den İbn Ferhûn'da yer alan özel vekâletle görevlendirilmiş vekilin yerine başkasını tayin etmesinin geçerli olmadığı ifadesi ile yukarıdaki gayr-i müfevvaz vekille ilgili geçen ifadeyi birlikte düşündüğümüzde gayr-i müfevvazın özel vekile denk düştüğünü söylemek mümkündür. Ayrıca müfevvaz vekâlet, vekile her türlü tasarrufa dair tam yetki vermek olarak açıklanmakla birlikte, genel vekâlete uygun olarak, teberru kabilinden olan tasarrufları ve müvekkilin oturduğu evi satmak, karısını boşamak gibi bir takım tasarrufları içine almadığı belirtilmiştir.³⁶⁰ Ancak genel vekâletin, tefviz kelimesi kullanılmadan genelliği ifade eden başka kelimelerle de kurulabileceğini ifade etmiştik. Ayrıca Mâlikîler müvekkilin belli bazı tasarruflarda vekile tefviz yetkisi vererek onun sadece bu tasarruflar açısından inisiyatif sahibi olabileceğini belirtmektedirler.³⁶¹ Dolayısıyla özel vekâlette de vekâlet-i müfevvaza olabileceği anlaşılmaktadır. Tüm bunlara dayanarak, her genel vekâletin aynı zamanda bir vekâlet-i müfevvaza olduğunu; ama her tefvizin genel vekâlet anlamına gelmediğini söylemek şimdilik mümkün görünmektedir. Ancak burada bu bilgilerle iktifa edip bu konunun derinlemesine bir araştırmayı gerektirdiğini ifade etmeliyiz.

Kısaca vekilin vekâlete yetkisiyle alakalı olarak fakihler; müvekkilin razı olması veya “bu vekillik konusunda yaptığın şeyler caizdir” diyerek genel bir izin vermesi durumlarında ittifakla vekilin yerine başkasına vekâlet vermesini kabul etmektedirler. Ancak vekâlet mutlak olduğunda, çok azı dışında fakihler, vekilin şanına yakışmayan basit bir işlem olması, vekilin vekâlet konusunu yerine getiremeyecek olması veya en iyi şekilde ifa edebilecek olmasına rağmen işlerinin yoğunluğundan dolayı işi yetiştiremeyecek olması gibi mazeretler olmaksızın vekile bu yetkiyi tanımamaktadırlar. Ayrıca, Hanefîlere göre dâva vekili atama karşı tarafın rızasına bağlı

³⁵⁹ Desûki, III, 388.

³⁶⁰ Ruaynî, VII, 177-8.

³⁶¹ Ruaynî, VII, 178.

olduğundan vekilin ikinci bir vekil ataması hakkına da buna dayalı olarak bazı sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre, müvekkil dâva vekiline istediğini vekil etme hakkı verir; ancak dâvalı olan karşı taraf dâvacının mahkemede hazır olmadığı yerde vekilin başkasını vekil etmesini yasaklarsa bu İmam Muhammed’e göre caizdir.³⁶²

İkinci vekilin akitteki konumuna gelince; ikinci vekil birinci vekilin değil, asıl müvekkilin vekili olur. Dolayısıyla birinci vekil ölse, azledilse, cinnet geçirse veya irtidat edip dârü’l-harbe geçse ikinci vekil azledilmiş olmaz. Ama vekâleti sonlandıran bu durumlardan biri asıl müvekkilin başına gelse her iki vekil de azledilmiş olur. Ayrıca ilk vekilin ikinciye azil yetkisi bulunmayıp, ancak asıl müvekkilin azli geçerlidir.³⁶³ Dolayısıyla İslâm hukukunda alt vekillik değil ikame vekillik sisteminin olduğunu söylemek mümkündür. Çünkü alt vekâlette ilk vekil ile müvekkil arasında vekâlet sözleşmesi devam etmekle birlikte alt vekil ile müvekkil arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. İkame vekâlette ise; ilk vekil ile ikame vekil arasında bir sözleşme ilişkisi doğmazken; müvekkil ile ikame vekil arasında bir sözleşme ilişkisi kurulur.³⁶⁴ Ancak İslam hukukunda vekil, müvekkilin izin ve yetkisi olmaksızın yerine bir başkasını vekil yaptığında yetki sınırını aştığı için kendi adına tasarrufta bulunmuş olur ve bu akit, asıl müvekkil adına değil kendisi için bağlayıcı olur.³⁶⁵ Dolayısıyla bu durumda taraflar arasındaki ilişki alt vekâlet ilişkisine benzemektedir.

Günümüzde Av.K. md.171’in hükmü, genel anlamdaki vekil için düzenleme getiren BK. md.506’nın özel bir düzenlemesi niteliğinde olsa da vekâlettekinin aksine tevkil imkânı sadece vekâletnamede “tevkil yetkisi” bulunması hali ile sınırlandırılmıştır.³⁶⁶ Avukatlık Kanunu’nun aynı maddesinin ikinci fıkrasına göre, avukata tevkil yetkisi tanınması onun kendi adına bir diğer avukatı vekil tayin edebilmesi (alt vekâlet) anlamına geldiği gibi, müvekkil adına bir diğer avukatı tayin edebilmesini (ikame vekâlet) de içermektedir.

³⁶² *el-Fetâva’l-Hindiyye*, III, 676.

³⁶³ *el-Fetâva’l-Hindiyye*, III, 676.

³⁶⁴ Yavuz, II, 234-5.

³⁶⁵ Serahsî, XIX, 58. “...Ve bu vecihle vekîlin tevkîl ettiği kimse müvekkilin vekîli olur yoksa ol vekîlin vekîli olmaz. Hatta vefatiyle vekîl-i sâni mün’azil olmaz. (Mecelle, md.1466)”

³⁶⁶ BK.m.390/III’e göre vekilin şahsen îfâsı kuralının üç istisnası bulunmaktadır: müvekkilin açık veya zımnî rızası, örf ve adetin izin vermesi durumu ve halin gereklerine göre vekilin mecbur kalması.

II. DÂVA VEKÂLETİNİN HÜKÜMLERİ

İslâm hukukunda diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak akdin hukuki sonuçları akdin hükmü ve akdin hukuku olarak ikiye ayrılmaktadır. Akdin hükmü, bir akit ile tarafların asıl kastettiği şey, yani akdin esas gayesidir. Örneğin; satım akdinin hükmü, malın mülkiyetinin alıcıya, semenin de satıcıya intikalidir. Akdin hukuku ise, akdin hükmünü destekleyen, ona istikrar kazandıran ve onu tamamlayan yükümlülükleri ifade etmektedir. Mesela bir satım akdinde satıcının semeni talep hakkı ve mebî teslim borcu, müşterinin semeni ödeme borcu ve mebî teslimini talep hakkı akdin hukukundandır.³⁶⁷ Buna göre, fakihler, vekil ister akdi müvekkile izafe etsin ister etmesin vekâlet akdinin hükmünün müvekkile ait olduğunda ittifak etmiştir. Ancak Hanefîler, burada çoğunluktan farklı bir görüşü benimsemekteler. Onlara göre, vekâlet akdinin hükmü tevkîl gereği önce vekile ardından hemen müvekkile geçer. Çünkü vekil akitte bizzat taraftır ve akit onun sözleriyle kurulur. Bir kimsenin (müvekkil) başka birinin (vekil) fiiliyle fail olması ise mümkün değildir. Ancak kanunen hüküm müvekkile geçer.³⁶⁸ Fukahanın cumhuru ise akdin hükmünün doğrudan müvekkile geçtiği görüşündedir.³⁶⁹

Akdin hükmü ve hukuku ayrımı Hanefîlerde olduğu kadar net olmayan Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelîlere göre akdin hukuku da doğrudan müvekkile geçer.³⁷⁰ Hanefîler ise burada işlemleri intikale elverişli olup olmamalarına göre iki ayrı kategoride incelemektedirler. Buna göre Hanefîler, alım-satım, kira gibi intikale elverişli akitleri vekil eğer kendine izafe ederse bunların hukukunun vekile, müvekkile izafe ederse müvekkile ait olduğunu belirtirken; nikah, muhâlaa, mal karşılığında azat (mükâtebe) gibi müvekkile izafe edilmesi gereken intikale elverişsiz işlemlerin hukukunun müvekkile ait olduğunu ifade ederler.³⁷¹ Vekâlet vermekten maksatın talep, teslim tesellüm, dâva gibi akdin hukukunda müvekkilin külfetten kurtulmak için vekilden yardım istemesi olduğu düşünülürse, ilk kategorideki tasarruflarda vekilin bunlardan

³⁶⁷ Karaman, Hayreddin, “Akid”, *DİA*, II, 255; Hafif, s. 347.

³⁶⁸ “Bir fiilin hükmü failine muzaf kılınır ve mücbir olmadıkça amirine muzaf kılınmaz.” Mecelle, md. 89. Ayrıca bkz. Kâsânî, VII, 453.

³⁶⁹ Zeydân, Medhal, s. 345; ayrıca bkz. Buhûtî, III, 382.

³⁷⁰ Buhûtî, III, 382; Şâfiîiler’de de akdin hukukunun vekilin şahsını ilgilendirmesi hakkında Bkz. Aybakan, *Vekâlet Sözleşmesi*, s. 65.

³⁷¹ Kâsânî, VII, 452-3.

kaçınmak için akdi müvekkiline izafesinin caiz olup olmadığı Hanefîlerde ihtilaflıdır.³⁷² Bu konuda mezhep içinde olumlu ve olumsuz her iki yönde ictehad da bulunmakla birlikte Mecelle’de bunun caiz ve geçerli olduğu kabul edilmiştir (Mecelle, md. 1461).

Dâva vekâleti akdinin hükmüne bağlı olarak, mahkeme sonucunda verilen karar, vekil tarafından temsil edilen müvekkili bağlayıcıdır. Dâva konusu hak karşı taraf lehine sabit olduğunda bunun ifası ve tazmini dâva vekiline değil müvekkiline aittir. Bu açıdan vekil genel vekâletle yetkilendirilmiş olsa dahi hapsedilemez, hakkın ifasıyla sorumlu tutulamaz.³⁷³ Ayrıca mahkeme sonucunda ortaya çıkan hak ve borçlar bakımından dâva vekâleti, yukarıda bahsettiğimiz ikinci kategorideki işlemler arasında görülmektedir.³⁷⁴ Nitekim dâva vekili vekâlet akdi dolayısıyla yapmış olduğu harcamalar için müvekkiline rücû eder. Aynı şekilde daha önce geçtiği üzere akdin hukuku arasında sayılan hükmolunan şeyi kabz etmek de çoğunluk tarafından vekilin sorumluluğunda görülmemiştir.

Vekâlet akdi gereği tarafların bir takım hak ve borçlara sahip olduğunu söylemiştik. Diğer birçok akit gibi vekâlet akdinde de taraflardan birinin hakkı/yetkisi genelde diğerinin borcu/sorumluluğu şeklinde ifade edilebilir. Dâva vekâleti akdinde, konumu dolayısıyla vekilin hak ve borçları akitte daha belirleyici olduğundan biz burada akitten doğan hak ve borçları vekil açısından ele almayı uygun gördük.

A. DÂVA VEKİLİNİN BORÇLARI

Bir borç ilişkisinin genel olarak alacaklı, borçlu ve edim şeklinde üç unsuru vardır. *Alacaklı*, borç ilişkisine dayanarak borçludan bir şey talep etme yani bir edimi elde etme hakkına sahip olan kimsedir. Bu nedenle alacaklı ilişkinin aktif tarafında yer alır. Vekâlet akdi de bir borç ilişkisi doğurduğuna göre bu akitte müvekkilin alacaklı taraf olduğu söylenebilir. *Borçlu*, borç ilişkisinde talep hakkına konu olan şeyi yerine getirmekle yükümlü olan taraftır. Bu da vekâlet akdinde vekil olan kişidir. *Edim* ise, alacaklının elde etmek hakkına sahip bulunduğu borçlunun da yerine getirmekle

³⁷² Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 349.

³⁷³ Ali Haydar, III, 559.

³⁷⁴ Selman, s. 245.

yükümlü bulunduğu davranıştan ibarettir. Bu davranış bir şeyi verme, yapma veya yapmama şeklinde tezahür edebilir.³⁷⁵

Vekâlet akdi taraflardan birine diğeri namına bir işlem yapma, onu temsil etme borcunu yüklediği için, vekilin borcu temelde yapma edimi niteliğindedir. Bu kısımda, vekâlet akdi gereğince dâva vekilinin müvekkiline karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu edimlerine yer verilecektir. Bu konuda fıkıh eserlerindeki muhteva, inceleme kolaylığı sağlaması açısından modern hukuktaki tasnifler dikkate alınarak ele alınacaktır.

1. Şahsen İfa Borcu

Vekilin vekâlet akdiyle yüklendiği işi görme borcu aksini gerektirecek bir durum olmadığı sürece şahsî bir borç niteliğinde olup vekil bu işi bizzat göreceğini söylemese bile zımnen bunu kabul etmiş sayılır. Çünkü vekâlette güven unsurunun taşıdığı önem dolayısıyla, vekilin şahsı ön planda olup, akit kurulurken bunun özellikle belirtilmesi gerekmemektedir.³⁷⁶

Peygamber Efendimiz'den yapılan bazı rivayetler de bu durumu destekler niteliktedir: “Kiminiz delilini ifade etme bakımından kiminizden daha güçlü olabilir.”³⁷⁷ Bu hadisin de ifade ettiği gibi herkes dâvada bir hakkı savunma konusunda aynı bilgi ve kabiliyete sahip değildir. Dolayısıyla müvekkilin vekil atadığı kişinin görüşlerine razı olması, onun vekilin yerine atadığı diğer vekilin görüşlerine de razı olacağı anlamına gelmemektedir.

Ancak daha önce ele aldığımız gibi, müvekkilin vekilin başkasını tevkil etmesine açıkça veya zımnen rıza göstermesi durumunda şahsen ifa borcu ortadan kalkar ve vekil yerine başkasına vekâlet verme yetkisine sahip olur. Bunun yanı sıra, vekâlet konusunun vekilin şanına yakışmayan basit bir işlem olması, vekilin vekâlet konusunu yerine getiremeyecek olması ve müvekkilin de bunu bilmesi veya vekilin vekâleti en güzel bir biçimde ifade edebilecek olmasına rağmen işlerinin yoğun

³⁷⁵ Aybakan, *İslam Hukukunda Borçların İfası*, s. 30-1.

³⁷⁶ Aybakan, *Vekâlet Sözleşmesi*, s. 52; Ayrıca bkz. İbn Ferhûn, I, 136.

³⁷⁷ Buhârî, “Hiyel”, 10; Müslim, “Akdiye”, 3; Müsned, II, 332; İbn Mâce, “Ahkâm”, 5.

olmasından dolayı işi yetiştiremeyecek olması durumlarında vekile, yerine başka birini atama hakkı tanınmaktadır.³⁷⁸

Günümüzde avukat da kanun gereği şahsen ifa ile yükümlüdür. Nitekim Av.K. md.171’de “Avukat, üzerine aldığı işi kanun hükümleri ve yazılı sözleşme şartlarına göre sonuna kadar takip eder” hükmü yer almaktadır. Ayrıca aynı kanun maddesi, avukatın şahsen ifa yükümlülüğünün istisnası olarak, sadece vekâletnamede “tevkil yetkisi” nin bulunması durumunu zikretmektedir.

İslâm hukukunda, şahsen ifa borcu kapsamında değerlendirilebilecek bir diğer borç, birden fazla vekilin beraber hareket etme borcudur. Müvekkilin vekâlete birden fazla vekil tayin etmesi, Mâlikîlerin bu konuda karşı tarafın rızasını gerekli görmesi dışında, ittifakla kabul edilmiştir.³⁷⁹ Fakihler, birden fazla vekil olması durumunda bunların müstakil olarak görevi ifa edip edemeyecekleri konusunda öncelikli olarak müvekkilin iradesini dikkate almaktadırlar. Eğer müvekkil, vekillerin beraber hareket etmelerini şart koşmuşsa, vekiller tek başlarına görevi ifa edemezler. Bunda ittifak vardır.³⁸⁰ Ancak müvekkilin bu konuda bir şey söylemeden mutlak vekâlet vermesi durumunda Hanefîler, vekâlet verilme şekline dikkat ederler. Farklı zamanlarda, farklı akitlerle vekâlet verilmesi durumunda, akitlerin ayrı olması, bu konuda müvekkilin iznine bir karine sayılarak vekillerin tek başlarına hareket etmeleri geçerli görülmüştür. Ancak vekiller, aynı anda tek bir akitle vekil edilmişlerse bu durumda Hanefîler vekillerin durumunu yapılacak işin mahiyetine göre tespit etmektedirler. Eğer vekâlet, vekillerin müşterek görüş ve kanaatlerinin önemli olduğu bir hususta ise vekiller tek başlarına hareket edemezler. Ancak vedianın veya ariyetin reddi, hibenin teslim edilmesi, borcun ödenmesi gibi görüşe pek fazla gerek bulunmayan işlemlerde Hanefîler vekillerin tek başlarına bu işlemleri yapabileceğini belirtirler.³⁸¹

Dâva vekâleti ilk gruba dahil olmakla birlikte, bu konuda Hanefîler arasında ihtilaf bulunmaktadır. Bir dâvaya atanan iki vekil Hanefîlerden Ebu Hanife, Ebu Yusuf ve İmam Muhammed’e göre dâvayı tek başlarına takip yetkisine sahiptirler. Züfer ise

³⁷⁸ İbn Kudâme, VII, 208-9; Serahsî, 11; İbn Ferhûn, I, 136.

³⁷⁹ Derdir, II, 1146; Desûki, III, 378.

³⁸⁰ İbn Kudâme, VII, 206.

³⁸¹ İbn Abidin zâde, XI, s. 466-7; Ali Haydar, III, s. 516.

bunun aksini savunmaktadır. Çünkü ona göre dâva vekillerin görüşlerinin önemli olduğu bir hukuki işlemdir ve müvekkil de ancak ikisinin birden vereceği görüşe razı olmuştur. Çünkü iki kişinin görüşü bir kişinin görüşü gibi değildir. Bundan dolayı onlardan biri diğer vekil olmadan dâvaya vekillik yapamaz.³⁸² Diğerleri ise, dâva vekilliğinde amacın vekilin hâkime taraflar hakkında bildiği ve duyduğu şeyleri bildirmesi olduğundan, ikisinin birden mahkemede konuşması halinde ise karışıklık çıkacağı ve hâkimin bir şey anlayamayacağı endişesiyle, vekillerin beraber hareket etmek zorunda olmadıklarını savunmuşlardır. Müvekkilin bunu bilmesine rağmen iki vekil tutması ise, herhangi birinin dâvaya bakmasına razı olduğu anlamına gelir. Ama dâva sonucunda bir şeyi teslim almak gerekiyorsa bunu tek başına bir vekilin yapmasına izin verilmemiştir. Çünkü müvekkil ancak ikisinin birden emanetine razı olmuştur.³⁸³

Hanefî mezhebini esas olarak düzenlenen Mecelle, bu konuda “Bir kimse iki kişiyi birden tevkil etse vekil oldukları hususta yalnız birisi tasarruf yani ifâyı vekâlet edemez” şeklinde genel bir kural zikredildikten sonra aynı maddenin devamında bu kuralın istisnaları verilmiştir. Mecelle “Fakat husûmete yahut redd-i vediaya veya kaza-i deyne vekil iseler yalnız birisi ifâ-yı vekâlet edebilir” diyerek üç Hanefî imamın görüşünü benimsemektedir (Mecelle, md. 1465). Ali Haydar, bu maddenin şerhinde iki vekilden birinin diğerinin görüşünü alarak dâvaya çıkabileceğini belirtmektedir.³⁸⁴

Diğer mezheplerin bu konuda işin mahiyetine göre bir ayrıma gitmediği, müvekkilin bu konuda açık bir rızasının bilinmemesinden dolayı, kural olarak vekillerin beraber hareket etmeleri gerektiğini savundukları görülmektedir.³⁸⁵ Ancak dâva vekâleti konusunda Şâfiîlerde ve örften dolayı Hanbelîlerde, birden fazla vekilin ayrı ayrı tasarrufla bulunabileceklerine dair görüşler de bulunmaktadır.³⁸⁶ Ancak her iki mezhepte de kabul edilen müvekkilin izin vermediği sürece vekillerin tek başına tasarrufla bulunmalarının caiz olmadığıdır.³⁸⁷

³⁸² Serahsî, XIX, 11; Hidaye, III, 109; İbn Abidin zâde, XI, 464.

³⁸³ Kâsânî, VII, 451-2

³⁸⁴ Ali Haydar, III, s. 516.

³⁸⁵ İbn Kudâme, VII, 207.

³⁸⁶ Nevevi, III, 551; İbn Kudâme, VII, 207.

³⁸⁷ İbn Müflih, Burhaneddin, IV, 245.

Türk hukukunda da HUMK'nın 75. maddesinde dâva için birden fazla vekil görevlendirildiği takdirde vekillerden her birinin vekâletten kaynaklanan yetkileri diğerinden bağımsız olarak kullanabileceği, aksi yöndeki sınırlamaların karşı taraf bakımından geçersiz olacağına hükmedilmiştir.

2. Özen Borcu

Türk hukukunda kanuni bir tanımı yer almayan özen borcu, mesela Belçika mevzuatında Roma hukukundan itibaren bilinen bir ölçütü kullanarak şu şekilde tarif edilmiştir: “İşçi işini, zaman, yer ve kararlaştırılan şartlara uygun olarak bir aile babası ihtimamı ile yapar.”³⁸⁸ Kanunda özen borcunun tanımı ile ilgili bir hüküm getirilmemiş olmasına rağmen, özen borcu, çeşitli sözleşmelerde asıl borç ilişkisi ile beraber bir önem ifade etmektedir. Her bir iş görme sözleşmesi için farklı şekilde anlamlandırılabilen özen borcu, vekâlet sözleşmesi bakımından, vekilin iş görme ile hedeflenen sonucun başarılı olması için yaşam deneyimlerine ve işlerin olağan akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması, başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınması olarak tarif edilmektedir.³⁸⁹ Başka bir ifadeyle; vekilin vekâlet verenin yararına sonuç doğuracak biçimde tasarrufta bulunup zararına sonuç doğuracak durumlardan kaçınması demektir.

Avukat müvekkil ilişkisi de vekâlet ilişkisi niteliğinde olduğundan, avukatın en önemli borçlarından biri, vekâlet kanunu yanında Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesinde de düzenlenen özen borcudur.³⁹⁰ Avukatlık yönünden özen, avukatın üstlendiği mesleki işin sonuçlandırılması için gerekli olan hukuki çabanın gösterilmesini anlatır. Bu çabanın içine yapılmaması gerekenlerden kaçınma borcu da girer.³⁹¹ Diğer taraftan hakkında özel hüküm bulunmayan durumlarda avukatlık sözleşmesine vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekeceğinden, avukatın buradaki sorumluluğu, sonucun elde edilememesinden değil, bu sonuca ilişkin yaptığı

³⁸⁸ Topuz, Seçkin, *Türk Hukukunda Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcu* (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale, 2001, s. 31.

³⁸⁹ Yavuz, II, 231.

³⁹⁰ Av.K. 34. maddesine göre, “Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.”

³⁹¹ İyimaya, Ahmet, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları*, Ankara: Afşaroğlu Matbaası, 1995, II, 292.

Çalışmaların özenle yerine getirilememesinden kaynaklanan sorumluluk olarak belirlenmektedir.³⁹²

İslâm hukukuna gelince, klasik dönem fıkıh literatüründe her ne kadar özen borcu şeklinde bir adlandırma olmasa da modern dönem İslâm hukukçularından Senhûrî, sonuçlandırma borcu içermeyen, sonuca erişmek için yapılan faaliyetin özenle görülmesinin önemli olduğu vasıta borçlarını karşılamak için, sözlükte karşılığı itina, özen olan “el-’inâye” kelimesini kullanmaktadır.³⁹³ Hayrettin Karaman’ın ise bu kavramı Türkçe’de “gayret sarfetme borçları” olarak karşıladığını görmekteyiz.³⁹⁴ Nitekim genel nitelikli naslar ve vekâlet akdinin mahiyeti dolayısıyla, İslam hukukunda da vekilin görevini özenle ifa etmesinin önemli olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca Hz. Peygamber (s.a) “Allah, sizden birinizin yaptığı işi, ameli ve görevi sağlam ve iyi yapmasından hoşnut olur.”³⁹⁵ buyurmuştur.

Vekâlet akdi özü itibariyle kişinin kendisine ait bir işte yerine bir başkasını koyması demek olduğundan, müvekkilin, vekilin bu işi onun menfaatine en uygun şekilde görebileceği kanaatinde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim vekâlet kelimesinin sözlük anlamlarında tefvîz ve tevdî’ kelimeleriyle birlikte sık sık geçen “hıfz (koruma) ve i’timâd (güven)”³⁹⁶ kelimelerinden de anlaşılağı üzere müvekkilin bu kimseyi vekil tayin etmesinde, ona karşı beslediğı güven duygusu önemli bir yere sahiptir. Bu yüzden vekil, vekâlet akdini kabul etmekle bu güven duygusuna uygun biçimde özen göstererek hareket etmeye de söz vermiş demektir. Vekâlet akdinin, emanet akitleri arasında yer alması ve vekilin emin olması da özen borcunun vekâlet akdinin muktezasından olmasını gerekli kılmaktadır.

Vekilin göstermesi gereken özenin ölçüsü ise hukuka, akde ve o tür işlerde insanlar arasında hâkim örf ve adete göre belirlenebilmektedir. Bu belirlemede ilk olarak akit esas alınmaktadır. Çünkü akitte aranan özenin derecesi, mutad özenin

³⁹² Topuz, s. 81.

³⁹³ Senhûrî, VI, 160.

³⁹⁴ Karaman, II, 419.

³⁹⁵ Taberânî, “el-Mu’cemü’l-Evsat”, I/275; Beyhakî, “Şuabü’l-İman”, 4/334.

³⁹⁶ İbn Manzûr, XV, 387-8.

üstünde veya altında olabilir.³⁹⁷ Zühaylî, vekâlet ücretsiz olduğunda vekilin kendi özel işlerinde gösterdiği özeni; ücretli olması durumunda ise mutad bir özen göstermesi gerekeceğini belirtmektedir. Belçika mevzuatında ‘aile babasının ihtimamı’ olarak ifade edilen mutad özeni belirlemede ise, vekâletin emanet akitleri arasında yer almasından dolayı, İslâm hukukundaki emanetlerin korunmasındaki ölçü esas alınmaktadır. Emanet hükümlerini en tipik şekilde vedâ akdi teşkil ettiğinden, vekâletin hükmü vedâanın hükmüne dayandırılır.³⁹⁸ Vedâanın hükmü ise vedî’in, vedâyı kendi malını korur gibi korumasıdır.³⁹⁹

Kaynaklarda dâva vekili ile ilgili olarak me’mun (güvenilir) olma vasfı vurgulanmaktadır.⁴⁰⁰ Buna göre, dâva vekilinin vekâlete dair görevini yapmış sayılabilmesi için, dâvayı yürütürken gereken özeni göstermiş olması gereklidir. Aksi takdirde vekâlet akdinin kendisine yüklediği güvenilirliği yerine getirmemiş ve akde aykırı davranmış olur. Dâva konusunda gerekli bütün hassasiyetin gösterilmesi durumunda ise vekil özen borcunu yerine getirmiş dolayısıyla da görevini yapmış sayılmaktadır. Tüm bunlara rağmen müvekkilin istemediği şeylerin ortaya çıkması hatta dâvayı kaybetmesinden ise vekil sorumlu tutulmamaktadır.⁴⁰¹ Çünkü vekil bir sonuca ulaşmak için belli bir yönde tasarrufta bulunur, ancak gerekli özeni göstermesine rağmen sonucun elde edilememesi riski, istisna akdindeki müteahhidin durumundan farklı olarak vekile ait değildir. Sonucun elde edilememesi riskine müvekkil katlanır. Bu durum aynı hekimin hastayı tedavi etmek için elinden gelen her şeyi yapmakla yükümlü olması ama iyileştirme garantisi verememesi gibidir.⁴⁰² Hekim, gücü dâhilindeki bütün işlemleri yaptığında buna rağmen beklenmeyen zararlar ortaya çıksa da görevini ihmal etmiş olarak görülemez. Hatta hastayı mutlaka iyileştirmek gibi bir şart koymak, sözleşmeyi fasit kılan bir sebep olarak değerlendirilir.⁴⁰³ Buna göre dâva vekilinin de müvekkile karşı herhangi bir sonuç garantisi vermesi mümkün değildir. Çünkü ister

³⁹⁷ Tunçomağ, II, 421-2.

³⁹⁸ bkz. Zühaylî, Vehbe, *el-Ukûdü'l-musammât fî kanuni'l-muâmelâti'l-medeniyyei'l-im*, 4. bs., Dimaşk: Dârü'l-Fikr, 1987, s. 287.

³⁹⁹ “Müstevda vedâyı kendi malı gibi bizzat hıfz eder yahut emini olan kimseye hıfz ettirir.” Mecelle, md. 780.

⁴⁰⁰ Semnânî, I, 122.

⁴⁰¹ Senhûrî, VI, 179

⁴⁰² Serahsî, XVI, 11, 15.

⁴⁰³ Bkz. Valiyev, Aıvaz, *İslâm Hukuku Açısından Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu*, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya: SÜİF, 2010, s. 18.

ücretli olsun ister ücretsiz, vekilin sözleşme ile üstendiği asıl borç sonuçlandırma değil özen borcudur.⁴⁰⁴

Dâva vekilinin özen borcu kapsamında değerlendirilebilecek bir takım yan borçları da bulunmaktadır. İstişâre ve aydınlatma (yol gösterip tavsiyede bulunma), amaca en uygun ve en güvenli yolu seçme ve vekâletten uygun olmayan zamanda çekilmekten kaçınma borçları bunlar arasında sayılabilir.

a. İstişâre ve Aydınlatma

İstişâre ve aydınlatma borcunun gereği olarak avukatın müvekkiline, ulaşılmaya çalışılan hedefe yönelik adımlar atmasını tavsiye etmesi ve müvekkil için doğabilecek önceden tahmin edilebilir ve kaçınılabılır nitelikteki sakıncaları bertaraf etmesi gerekir. Avukatın istişâre borcunun en önemli yönlerinden birisi, dâvanın başarı olasılığına ilişkin bir tahmin ve tavsiyede bulunma borcudur. Avukat, dâvanın başarı şansını şüpheli gördüğü hallerde müvekkilini bu hususta tereddüt içinde bırakmamalı, ona bu konuda gerekli açıklamayı mutlaka yapmalıdır.⁴⁰⁵

İslâm Hukukunda, dâva vekilinin vekâlet konusuna dair müvekkilinin haklı mı haksız mı olduğuna dair araştırma yapması gerekmesi ve batıl, haksız, yalan bir hususta veya zalim biri adına dâvayı yürütmeme sorumluluğunun bulunmasını, istişâre borcu kapsamında değerlendirmek mümkündür. Buna göre dâva vekili dâvayı ve müvekkili araştırdıktan ve onun hakkında tam bir fikir sahibi olduktan sonra eğer müvekkilin haksız olduğunu düşünüyorsa, dâva sahibini hakikate yönlendirmesi ve bu dâvayı takip etmemesi gerekmektedir.⁴⁰⁶ Nitekim Peygamber Efendimiz (s.a), “Kişi zalim olsun mazlum olsun kardeşine yardım etsin. Mazlumsa ona yardım etsin, zalimse onu zulmünden nehyetsin” buyurmaktadır.⁴⁰⁷

b. Amaca En Uygun ve En Güvenli Yolu Seçme

⁴⁰⁴ Bilal, *Vekâlet Sözleşmesi*, s. 49.

⁴⁰⁵ Topuz, s. 87-8.

⁴⁰⁶ Buhûtî, III, 483.

⁴⁰⁷ Lafız farklılıklarıyla birlikte geçtiği kaynaklardan bazıları şöyledir. Buhârî, “Mezâlim”, 4; Müslim, “Bir”, 62; Tirmizî, “Fiten”, 68; Müsned, III, 99, 301, 224.

Dâva takibinde avukatın görevi, müvekkilin menfaatine en uygun ve en güvenli yolu izlemektir. Bu borç, müvekkilin avukatı dilediği gibi ifa ile yetkili kılması durumunda da devam eder. Çünkü bu şekilde bir yetkilendirme, avukatın emin olmayan yolları keyfi olarak tercih edebileceği anlamında yorumlanamaz.⁴⁰⁸

İslâm hukukuna gelince, fakihlerin çoğunluğunun, mutlak vekâlette vekâlet yetkisini örf ve müvekkilin maslahatı ile sınırlamaları günümüzde avukatın amaca en uygun ve en güvenli yolu seçme borcu ile paralellik taşımaktadır. Hanefî fakihlerinden Semnânî, vekilin dâva konusunda güvenilir olması gerektiğini belirttikten sonra bu güvenilirliğin hangi konularda olması gerektiğini açıklar şekilde vekilin bir takım yükümlülüklerine işaret eder. Buna göre, dâva vekili, hasmın iddialarına cevap olacak şekilde uygun ispat vasıtaları kullanmalı, aynı delilde çakılıp kalmamalıdır. Ayrıca vekilin, küçük olsun büyük olsun hakkında konuştuğu her şey için delil göstermesi gerekmektedir.⁴⁰⁹

c. Vekâletten Uygun Olmayan Zamanda Çekilmekten Kaçınma

Vekilin özen borcu kapsamında ifade edilebilecek son borcu ise, vekâletten uygun olmayan zamanda çekilmekten kaçınma borcudur. Vekâlet akdi, normal şartlarda bağlayıcı olmadığı için vekilin istediği zaman vekâletten çekilme hakkı bulunmakla birlikte, dâva vekilinin bu konuda zamanlamaya dikkat etmesi gerekmektedir. Mesela; günümüzde avukatın dâvada varlığının çok önemli olduğu bir aşamada (haklı sebep olmaksızın) vekâletten çekilmesi müvekkilin zararına yol açacağı ve vekâlet akdindeki güven esasını zedeleyeceği için özensiz bir davranış olarak görülmektedir.⁴¹⁰ Avukatlık Meslek Kurallarının 38. maddesinde de avukatın dâvayı almaktan ve kovuşturmadan çekinme hakkını müvekkiline zarar vermeyecek biçimde kullanmaya dikkat edeceği belirtilmektedir.⁴¹¹

Osmanlı hukukunda dâva vekâletinin kurumsallaşması ve gelişimi sürecinde çıkarılan Dâva Vekilleri Hakkında Nizamname'nin 16. maddesinde bu kurala paralel olarak, meşru bir sebep olmaksızın istifa eden vekilin istifası sebebiyle ortaya çıkan gecikmeden dolayı müvekkilin uğradığı zararın ve masrafların vekilden tahsil edilmesi

⁴⁰⁸ Topuz, s. 91.

⁴⁰⁹ Semnânî, I, 122.

⁴¹⁰ Topuz, s. 98.

⁴¹¹ Erem, s. 171.

hükmü yer almaktadır.⁴¹² İslâm hukukunda Mâlikîler'in dâva vekilinin, dâvayı en az üç duruşma takip etmesinden sonra ancak bir mazeret beyanıyla birlikte yemin etmesi şartıyla vekâletten çekilebileceğini belirtmeleri bu bağlamda düşünülebilir.⁴¹³ Ayrıca Mâlikî kaynaklarında dâvanın sonuçlanmak üzere olmaması şartıyla müvekkilin vekili azil hakkı olduğu ifadesini, yine aynı yerde geçen müvekkilin vekili azledemediği yerlerde vekilin de kendisini azledemeyeceği kaidesi ile birlikte düşündüğümüzde bu konuda İslâm Hukuku ile modern hukukun paralellik arz ettiğini söyleyebiliriz.⁴¹⁴ Nitekim benzer kaygılarla müvekkil öldüğünde vekilin dâva yetkisi sona ermesine rağmen eğer müvekkilin ölümü, dâvanın bitmesine yakın kritik bir zamanda ise vekilin dâvayı tamamlaması gerekeceği, varislerin de onu görevden alma yetkisinin bulunmadığı ifade edilmiştir.⁴¹⁵

3. Sadakat Borcu

Dâva vekilinin özen borcu kadar önemli bir diğer borcu da sadakat borcudur. Sadakat borcu gereği olarak günümüzde avukatların, vekâletin ifası sırasında ve vekâlet bittikten sonra kendisine karşı duyulan güvene uygun olarak, müvekkilin menfaatlerini akit ile güdülen amaç çerçevesinde koruması gerekir.⁴¹⁶ Sadakat borcu, müvekkilin talimatlarıyla alakalı bir borç olmayıp, müvekkilin vekâletin nasıl yerine getirileceği konusunda açık bir talimatı olmasa dahi zorunlu olarak akitten doğmaktadır. Sadakat borcu da özen borcu gibi akdin ifa edilip edilmediğini anlamada kullanılan bir kriter olmakla birlikte, özen borcu, işin görülmesi sona erince ortadan kalktığı halde sadakat borcu ve bu borçtan doğan sır saklama borcu işlem bittikten sonra da devam etmektedir.⁴¹⁷

İslâm hukukunun klasik dönem kaynaklarında dâva vekili ile ilgili olarak, sıklıkla müvekkile karşı dürüst olması, onu aldatmaması gerektiği, karşı tarafla işbirliği yapması halinde günahkar olacağı ifadeleri yer almaktadır. Tüm bunlar vekilin sadakat

⁴¹² *Düstur*, Birinci Tertip, c. III, s. 201.

⁴¹³ İbn Ferhûn, I, 133.

⁴¹⁴ İbn Rüşd, II, 302.

⁴¹⁵ İbn Ferhûn, I, 134.

⁴¹⁶ Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakatle yürütür (Avukatlık Meslek Kuralları, md. 3).

⁴¹⁷ Yavuz, II, 243.

borcu gereğidir.⁴¹⁸ Müvekkil iradesine uymak, sır saklamak ve hesap vermek gibi borçlar vekilin sadakat borcu kapsamında değerlendirilmektedir.⁴¹⁹

a. Akde ve Müvekkilin İradesine Uygun Hareket Etme

Vekâlet akdinde öncelikli borç, vekilin müvekkil adına yerine getirmeyi üstlendiği hukuki işlem yapma borcudur. Vekil, vekil edildiği konuda müvekkilin emir ve talimatlarına uymakla ve akdin sınırlarını aşmamakla yükümlüdür.⁴²⁰ Vekâlet akdinin velayet değil de niyabet niteliğinde bir akit olması da, vekilin -daha iyi bir sonuç elde edeceğini düşünmeksizin- müvekkilin talimatlarına muhalefet etmesinin yasak olduğunun delilidir. Çünkü velayette veli, velisi olduğu kişiye ihtilaf ederek dahi olsa tasarrufla bulunma yetkisine sahiptir. Halbuki vekâlet akdinde müvekkilin yararına olmadığı sürece ihtilaf caiz değildir.⁴²¹

Vekilin akde ve müvekkilin iradesine uygun hareket edip etmediğini tespit etmek için öncelikle vekâlet akdi gereği vekilin sahip olduğu tasarruf yetkisinin sınırlarına yani akdin kapsamına bakmak gerekmektedir. Burada öncelikli olarak akit sırasında müvekkilin işin nasıl görülmesi gerektiğine dair yaptığı açıklamalar ve koyduğu kayıtlar önemlidir. Çünkü takyid edilmiş bir vekâlette vekil her türlü kayda uymakla yükümlüdür.⁴²²

Mesela, bir dâva vekâletinde müvekkil, vekâlet akdini hasım veya hâkim gibi bazı yönlerden kayıtlamış olabilir. Buna göre vekâlet akdinde bir isim verilmişse, vekilin ismi belirtilen kişiden başkasına karşı müvekkili dâvada temsil hakkı yoktur. Çünkü müvekkil, insanlar mahkemede hakkı savunmada farklılık arz ettiği için onun bizzat vekil olmasına razı olmuştur. Nitekim vekil bazen bir insanın dâvasını def etmeye güç yetirebilirken bazen aldatma şekillerinde daha başarılı olan bir başkasının dâvasını def edemeyebilir.⁴²³ Aynı şekilde dâva vekâleti mahkemede verildiyse ve müvekkil hâkimin ismini açıkça belirtirse vekilin başka bir hâkimin huzurunda dâva için konuşması geçerli değildir. Ancak vekâlet mücmel ise dilediği yerde

⁴¹⁸ Semnânî, I, 122; İbn Ferhûn, I, 134.

⁴¹⁹ İyimaya, II, 297

⁴²⁰ Kâsânî, VII, 439.

⁴²¹ Ânî, s. 234-6.

⁴²² Kâsânî, VII, 441.

⁴²³ Serahsî, XIX, 28.

dâvalaşıabilir.⁴²⁴ Müvekkilin menfaatini en iyi kendisi bilebileceği düşüncesinden hareketle vekilin bu kayıtlara aykırı davranması akdin sınırlarını ihlal anlamına gelir.

Ancak müvekkilin bu kayıtları ileri sürmesinde önemli bir amacının bulunmadığı ya da yanılarak veya yanıltılarak böyle bir talimat verdiği anlaşılıyorsa vekil bunlarla bağlı değildir. Bu gibi durumlarda vekil, müvekkilin amacını gerçekleştirmekle birlikte daha iyi ve üstün bir sonuç elde edeceğini düşündüğü durumlarda sadakat ve özen borcu çerçevesinde, müvekkilin talimatlarına muhalefet edebilir.⁴²⁵ Zaten bu durumda vekâlet konusunda gerçek anlamda bir muhalefet değil sadece müvekkilin muhtemel iradesi yönünde bir sonuç elde etme söz konusudur.

Vekilin, müvekkilin emrine uymaması durumunda bu muhalefet, müvekkilin menfaatine ise caiz ve vekilin tasarrufu müvekkil adına geçerlidir. Ama müvekkilin zararına ise bu tasarruf, müvekkil adına değil kendi adına geçerlidir.⁴²⁶

b. Sır Saklama

Karşılıklı güven ilişkisinin ve sadakat borcunun bir sonucu olarak, vekil vekâletin icrası dolayısıyla öğrendiği müvekkile ait sırları saklı tutmakla yükümlüdür. İslâm hukukunda vekilin bu borcunun sadakate uygun olarak vekâletten sonra da devam ettiğine yönelik en iyi örnek, azledilmiş vekilin karşı tarafa vekil olmak istediğinde ilk müvekkilin buna dair rızasının aranması gerekliliğidir. Vekil, dâvanın gizliklerini ve sırlarını bildiği için müvekkil buna razı olmazsa vekâlet kabul edilmemektedir.⁴²⁷

c. Hesap Verme

Günümüzde vekilin sadakat bağlamındaki yükümlülüklerinin kapsamında görülen bir diğer borcu ise, “hesap verme borcu” dur (BK.md.392).⁴²⁸ Bu borç genel vekille ilgili olmakla birlikte avukat da bu borç gereğince, müvekkilin talebi üzerine yapmış olduğu işin hesabını verme ve vekâlet ilişkisi çerçevesinde gerek müvekkilden gerekse üçüncü kişilerden aldığı para, mal vs. yi geciktirmeksizin müvekkile duyurma

⁴²⁴ İbn Ferhûn, I, 134.

⁴²⁵ Kâsânî, VII, 441; İbn Kudâme, VII, 244.

⁴²⁶ Ânî, s. 236

⁴²⁷ İbn Ferhûn, I, 134.

⁴²⁸ Hatemi/Serozan/Arpacı, III, 420; Topuz, s. 90.

ve teslim etme borcu altındadır.⁴²⁹ Vekil, hesap verme borcunu yerine getirmemesi durumunda müvekkil hem bu borcun yerine getirilmesini, hem vekilin vekâlet nedeniyle kendisine vermesi gereken para ve diğer şeylerin iadesini hem de vekâletin gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zararın tazmin edilmesini talep edebilecektir. Ancak hesap verme borcunu, bu dar anlamı dışında geniş anlamda da düşünmek mümkündür. Geniş anlamda hesap verme borcu, genel bir bilgi verme yükümlülüğü olarak kendisini göstermektedir. Bu bağlamda müvekkilin işe başlanıp başlanmadığını, işin nasıl yürütüldüğünü ve sonuçlandırıldığını bilmeye ihtiyacı vardır.⁴³⁰

İslâm Hukukunda vekil, hesap verme borcunun dar anlamına paralel olarak, gerek vekâletin ifası için verilmiş gerekse vekâletin ifasından dolayı eline geçmiş malları işi gördükten sonra müvekkile teslim etmelidir. Hanefîler dâva vekiline hükmolunan şeyi kabz hakkı tanıdığından vekilin hesap verme borcunun onlar açısından ayrı bir öneme sahip olduğunu söyleyebiliriz. Buna göre dâva vekili, vekâletin ifasından dolayı eline geçen müvekkile ait para veya malı vekâlet sona erdikten sonra ona teslim etmelidir.⁴³¹

Taraflar arasında teslim konusunda bir anlaşmazlık çıktığında, dâva vekâletinin ücretli ve ücretsiz olarak iki şekilde de kurulabilmesine dayalı olarak farklı görüşler vardır. Vekil parayı veya malı müvekkile teslim ettiğini iddia edip müvekkil bunu inkar ederse, vekâlet ücretsiz ise vekilin sözü kabul edilir. Çünkü ücretsiz vekâlette vekil, mal veya parayı sahibi olan müvekkilin menfaati için kabz etmektedir. Vekâletin ücretli olması durumunda ise ücretsizdeki gibi olacağı görüşünün yanı sıra ücretli vekilin kendi menfaati için kabz etmesinden dolayı sözünün kabul edilmeyeceği şeklinde bir görüş de vardır.⁴³²

Bu konuda İslâm hukuku ile Türk hukuku arasındaki en önemli fark, vekilin yaptığı işlem gereği eline geçen malların müvekkile intikali konusudur. Türk hukukunda dolaylı temsilci sıfatıyla vekilin yaptığı işlem gereği eline geçen malların mülkiyeti vekilin şahsında doğar. Bu malların müvekkile teslim edilmesi için ise ikinci

⁴²⁹ Meslek Kuralları, md. 43.

⁴³⁰ Yavuz, II, 244-5.

⁴³¹ Serahsî, XIX, 11.

⁴³² İbn Kudâme, VII, 214-5.

bir işleme gerek vardır. İslâm hukukunda ise, vekil gerek vasıtasız gerekse dolaylı temsilci sıfatıyla işlem yapsın mülkiyet her halükarda doğrudan müvekkile intikal eder.⁴³³

Osmanlı hukukunda da, Tanzimat döneminde çıkarılan Dâva Vekilleri Hakkında Nizamname'nin 12. maddesinde, dâva vekilinin hesap verme borcuna dair hükümler düzenlenmiştir.⁴³⁴

B. DÂVA VEKİLİNİN SORUMLULUĞU

Dâva vekilinin yukarıda ele alınan borçlarının ve bu borçları ifa etmediğinde karşılaşılabilecek sorumluluğun kaynağına kısaca değinmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Müvekkil ile dâva vekili arasında genel olarak sorumluluk kaynakları dikkate alındığında akitten doğan sorumluluk, haksız fiilden doğan sorumluluk⁴³⁵ ve vekâletsiz işlem yapmadan doğan sorumluluk (kanunî sorumluluk)⁴³⁶ şeklinde üç çeşit sorumluluk da söz konusu olabilir. Ancak çalışmamızın esasını akde dayalı bir hukuki ilişki oluşturduğu için vekilin akit sorumluluğundan söz etmek gerekmektedir.

Müvekkil ile dâva vekili arasındaki ilişki İslâm hukukunda müstakil olarak değil vekâlet akdi içerisinde düzenlendiğinden akdin mahiyetini değiştirecek bir takım şartlar oluşmadıkça dâva vekâleti, vekâlet akdinin genel hükümlerine tabidir. Dolayısıyla vekilin akit sorumluluğundan bahsedebilmek için dört unsura ihtiyaç vardır: Geçerli olarak kurulmuş ve ifası gerekli bir akit mevcut iken taraflardan birinin borcunu

⁴³³ Aybakan, *Vekâlet Sözleşmesi*, s. 53.

⁴³⁴ “Her dâva vekili müteahhid olduğu dâvadan dolayı müvekkilinden ne kadar akçe almış ise hitamı vekâletde anın hesabını vermeğe ve müvekkili tarafından veya anın namına almış olduğu nukud ve evrak ve senedatı iade ve teslim etmeğe mecburdur.” *Düstur*, Birinci Tertip, c. III, s. 200.

⁴³⁵ Kişiler arasında hukuki ilişki olmaksızın bir zarar vuku bulduğunda, zarar veren kimsenin sorumluluğuna haksız fiil sorumluluğu denmektedir. Yıldız, Kemal, “Sorumluluk”, *DİA*, XXXVII, 381.

⁴³⁶ Evlilik, velayet, vesayet ve vekâletsiz işlem yapma gibi hallerde ise taraflar arasında kanun tarafından düzenlenmiş bir hukuki ilişki düşünüldüğünden buna kanunî sorumluluk denmektedir. Tanzimat döneminde çıkarılan *Dâva Vekilleri Hakkında Nizamname*'de vekâletsiz işlem yapan vekilin sorumluluğunu düzenleyen 8. madde şu şekildedir: “Bir dâvaya tayin olunan vekilin umumi veya hususi vekâletnamesi bulunmadığı veya kablelmuhakeme müvekkili mahkeme huzurunda anı tevkil etmiş olmadığı halde andan evvel bila vekâlet icra eylediği kâffe muâmelât keenlemyekün addolunacağı gibi bundan mutazarrır olan tarafın istidası üzerine tebeyyün eden zarar ve ziyan ve masarifi saire ol vekile tazmin ettirilecek ve bu misillulardan derece-i muamelâta göre bir adedden üç aded Osmanlı altınına kadar ceza-yı nakdî alınacaktır ve eğer vekil dâva vekâlet silkine dahil olanlardan ise tazminat ve ceza-yı nakdiden başka icrayı vekâlet istihkakının sekiz günden altı aya kadar muvakkaten ref'ile mücazat olunacaktır.” Yıldız, “Sorumluluk”, *DİA*, XXXVII, 381; *Düstur*, Birinci Tertip, c. III, s. 200.

yerine getirmemesi şeklinde ortaya çıkan akdin ihlali, karşı tarafın bundan zarar görmesi, kusur, kusur ile zarar arasında illiyet bağı.⁴³⁷

Akdin ihlalden maksat, borçlunun akitten doğan borcunu yerine getirmemesi, borcu ifa etmemesidir. İfa ise borçlanılan edimin gereği gibi yerine getirilmesi olduğuna göre, edimin konu, şahıs, yer, zaman bakımından borca uygun olması gerekir.⁴³⁸ Buna göre, borçlu, borçlanmış olduğu edimi hiç ifa etmez (temerrüd) veya gereği gibi yerine getirmez ya da vaktinde ifada bulunmazsa, borca aykırı davranmış olur.⁴³⁹ Borcun ifa edilmemesi yani borçlunun temerrüdü durumu, borçlunun kusuru nedeni ile borcun devamlı ve kesin olarak imkânsız duruma girmiş olmasına yol açıyorsa, bu duruma borçlunun sorumlu olduğu sübjektif ifa imkânsızlığı da denir.⁴⁴⁰

Borcun ifa edilip edilmediğine hükmedebilmek için borcun mahiyetinin belirlenmesi önemlidir. Fransız hukuku bu bakımdan borçları iki gruba ayırmış, birincisine “sonuçlandırma borcu (obligation de résultat), ikincisine de “vasıta borcu (obligation de moyen)” demiştir.⁴⁴¹ Sonuçlandırma borcu doğuran akitlerde borçlunun edimi ‘edim sonucu’na yönelik olup alacaklı akit ile arzulanan sonucun gerçekleşmesi ile tatmin edilir. Bu sonuç fiilen gerçekleşmediği sürece, borçlunun bu amaçla her türlü gayret ve özeni göstermiş olması, borcun ifa edildiği anlamına gelmez. Bir malı teslim, bir binayı yapma veya rekabet etmemek, belli mesafede bina yapmamak gibi verme, yapma ve yapmamakla gerçekleşen borçlar sonuçlandırma borcudur. Ancak kiralanmış, ariyeten veya emaneten alınmış malın korunması için gerekenin yapılması, bir doktorun hastasını tedavi için elinden geleni yapması ikinci türden borçlardandır. Vasıta borcu doğuran akitlerde borçlunun asıl edimi, ‘edim fiili’ne yönelik olup borçlu edime uygun bir davranış borçlanır. Yani hastayı iyileştirmek, malın her halükarda zarar görmesine mani olmak gibi mutlaka başarılı bir sonuç söz konusu değildir. Bunlarda borç, örf, adete ve kanunlara göre yapılması gerekeni mutad şekilde yapmaktan ibarettir. Elden

⁴³⁷ Karaman, II, 413; Senhûrî, VI, 120.

⁴³⁸ Aybakan, *İslâm Hukukunda Borçların İfası*, İstanbul: İFAV Yayınları, 1998, s. 45.

⁴³⁹ Yıldız, “Sorumluluk”, *DİA*, XXXVII, 381.

⁴⁴⁰ Hatemi/Serozan/Arpacı, III, 133-134.

⁴⁴¹ Karaman, II, 419.

gelen yapıldığı, gayret sarf edildiği takdirde sonuç alacaklının istediği şekilde gerçekleşmese de borçlu borcunu ifa etmiş sayılır.⁴⁴²

Buna göre daha önce ayrı bir başlık altında ele aldığımız üzere vekilden beklenen alacaklıyı tatmin eden başarılı bir sonuç değil de göstermesi gereken özen olduğu için, dâva vekilinin borcu vasıta borcu mahiyetindedir. Dolayısıyla bu durumda, sonuçlandırma borcunun karşısına vasıta borcu yerine özen borcu kavramını da koymak mümkündür. Dolayısıyla, vekâlet akdindeki ifa imkânsızlığını, örneğin; bir sonuçlandırma borcu niteliğindeki teslim borcuna ilişkin ifa imkânsızlığı ile aynı şekilde değerlendirmemek gerekir.⁴⁴³

Özensizlik yoluyla hiç ifa edilmeyen borcun sonradan ifası ise vekâlet verende meydana gelen zararı hiçbir şekilde telafi edemeyeceği için imkânsızlaşmıştır. Mesela; vekil dâva meclisinde hazır bulunsa ama karşı taraf dâvaya gelmese, vekil duruşmanın sonuna kadar bekler ve giderse görevini yerine getirmiş olur. Ama duruşmanın daha başında beklemeden giderse, dâva vaktinde dâva meclisinde bulunmadığı için özensizlik yoluyla akde aykırı davranmış olur. Eğer vekâlet ücretli ise ücret hakkını kaybeder ve başka bir gün dâvalaşma hakkı da kalmaz. Çünkü onun dâvayı görmesi gereken gün geçmiştir ve bunda kendisinin de kusuru vardır.⁴⁴⁴

Vekâlet akdinin ihlali, ifa imkânsızlığından ziyade gereği gibi ifa etmeme yani görülen işin kötü ifası şeklinde gerçekleşir. Eğer vekil, vekâlet akdine konu olan işi görmüş; ancak gereği gibi özenle görmemişse ortada kötü bir ifa vardır. Kötü ifada vekil ifa imkânsızlığından farklı olarak bir ifada ya da ifa teşebbüsünde bulunmakta ancak bu ifâ, vekilin özen borcuna aykırılık teşkil etmektedir. Dâva vekâleti akdi ile dâva vekili, müvekkili mahkemede temsil, onun haklarını savunma ve özen gösterme borcu altına girmektedir. Bu bakımdan dâva vekili savunma sanatını en güzel bir biçimde kullanarak müvekkilinin haklarını kazanmaya ya da kaybetmemesini sağlamaya çalışmalıdır. Bunlardan birini yapmamak akdin gereği gibi ifa edilmemesi ve akdin ihlali anlamına gelir ki böyle bir durumda vekil sorumlu olur. Dâva esnasında

⁴⁴² Topuz, s. 36; Senhûrî, VI, 160-161.

⁴⁴³ Topuz, s. 36.

⁴⁴⁴ İbn Ferhûn, I, 135-6.

gerekli cevapları ve ispat vasıtalarını yerine getirmemek, anlaşılır ve etkili bir üslup kullanmamak da bu ihlaller arasında sayılabilir.⁴⁴⁵

Vekilin akit sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için gereki ikinci şart vekilin kusurlu olmasıdır. Çünkü bu alanda kusura dayanmayan objektif sorumluluk değil, kusur sorumluluğu esastır. Kusur nazariyesine göre; sorumluluğun esası kusurlu bir fiilin bulunmasıdır. Diğer bir anlatımla kişi, faaliyetlerinde başkasına zarar vermiş olsa bile kusuru yoksa sorumlu olmamalıdır.⁴⁴⁶ Eğer kusuruna bakılmaksızın sorumlu tutulursa faaliyetleri sınırlandırılmış olur ki bu durum vekâlete dayalı hukuki işlem yapan kimseleri caydırıcı bir işlev görür.

Kusur, borçlunun ihmali, kası veya ihmal ve kasıt olmaksızın fiili neticesinde meydana gelen bir imkânsızlık hali olabilir. Kasıt, bir kimsenin istek ve iradesinin bir fiile ait sonuca yönelmesi anlamına gelmektedir.⁴⁴⁷ Vekilin, dâva vekâletinde müvekkilinin sırrını ifşa etmesi veya karşı tarafla iş birliği yapması kasıt içeren bir kusur örneğidir.⁴⁴⁸ İhmal ise, vekilin hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte böyle bir sonucun meydana gelmemesi için şartların gerekli kıldığı özeni göstermemesidir.⁴⁴⁹ İhmalin derecesi, toplumun medeni ve kültürel durumu ile beraber şahsın fikri kabiliyet ve zekası, uzmanlık ve bilgi derecesi de göz önüne alınarak ortalama bir insanın davranışına göre belirlenir.⁴⁵⁰ Osmanlı hukukunda vekilin ihmali ve tembelliği veya iade etmesi gereken para ve evrakların geciktirilmesi durumları dâva vekilinin kusurlu davranışları olarak görülmektedir.⁴⁵¹

Vekilin sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için kusurun ispatlanması gerekmektedir. Kural olarak, kusuru ispat yükü alacaklı konumundaki müvekkile aittir. Vekilin görevi ise ya ifa ettiğini ispat etmek, ya harici bir imkânsızlık hali göstererek sorumluluktan kurtulmak ya da kusuru ve bunun neticelerini kabullenmektir. Ancak ispat yükünün daima borçluya ait olduğu görüşünde olan hukukçular da vardır. Bunlara

⁴⁴⁵ Selman, s. 175.

⁴⁴⁶ İbn Müflih, Burhaneddin, IV, 259-60; Ânî, s. 248.

⁴⁴⁷ Şafak, Ali, “Kasıt”, *DİA*, XXIV, 559.

⁴⁴⁸ Semnânî, I, 122.

⁴⁴⁹ Topuz, s. 166.

⁴⁵⁰ Karaman, II, 413, 498.

⁴⁵¹ Dâva Vekilleri Hakkında Nizamname, md. 13. *Düstur*, Birinci Tertip, c. III, s. 200.

göre alacaklı, yalnızca borcun kaynağını ispat edecek borçlu ise borcunu yerine getirdiğini yani kusursuzluğunu ispat edemezse kusuru sabit olacaktır.⁴⁵²

Vekilin akdî sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için borca aykırılık ve kusur şartlarının yanında bir de zararın bulunması gerekir. Zarar, maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Maddi zarar, borca aykırı davranış olmasaydı, alacaklının malvarlığının göstereceği durum ile hali hazırdaki durumu arasındaki farktan ibarettir. Mal varlığı kayıpları, yoksun kalınan kâr, kaçırılan kazanç, müvekkilin yaptığı ek masraflar ve yoksun kalınan kullanma, vekilin müvekkiline verebileceği maddi zararlardır.⁴⁵³

Vekilin sorumlu tutulabilmesi için, maddi ve manevi zararın varlığı ispat edilmelidir. Bu konuda da ispat yükü müvekkile aittir. Ancak müvekkil sadece zararı ispatlayarak bu külfetini yerine getirmiş olmaz; ayrıca bu zararın vekilin kusurlu davranışından kaynaklandığını da ispat etmesi gerekmektedir.⁴⁵⁴ Çünkü vekil emîn olduğundan mûdi' gibi onun da ispat mükellefiyeti olmayıp yeminle birlikte sözü kabul edilir. Baba, vasî, şerîk, mudârib, mürtehin, müste'cir, ecîri müşterek vs. gibi emanet vasfıyla başkasına ait bir şeyi elinde bulunduran veya bir işi gören kimseler de aynı şekildedir. Çünkü bu kişiler eğer ispat ile mükellef tutulsalar, çokça ihtiyaç olmasına rağmen insanlar emanet vasıflı işleri kabul etmek istemezler. Bu durum da toplum hayatında bir çıkmaza sebep olur.⁴⁵⁵

Vekilin borca aykırılık nedeni ile akde bağlı sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için gerekli son şart, vekilin kusurlu davranışı ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Burada ispat yükü borçlu konumundaki vekile aittir. Vekil, ancak kusursuz olduğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir. Vekilin tazmin borcundan kurtulması için, zararın ya mücbir sebepten ya başkasının kusurundan ya da müvekkilin kusurundan doğduğunu ispat etmesi gerekir.⁴⁵⁶

⁴⁵² Karaman, II, 414.

⁴⁵³ Şenocak, Zârife, "Avukatın Akdî Sorumluluğunun Şartları", *Ankara Barosu Dergisi*, 1998/2, s. 29-30.

⁴⁵⁴ Karaman, II, 415-6.

⁴⁵⁵ İbn Kudâme, VII, s. 214.

⁴⁵⁶ Karaman, II, 433.

C. DÂVA VEKİLİNİN HAKLARI

1. Ücret Hakkı

İslâm hukukunda, vekâletin ücret karşılığında olabileceği gibi teberru kabilinden ücretsiz de olabileceğini belirtmiştik. Şayet akit esnasında ücret şart koşulmuşsa vekil vekâletin gereğini ifa ettikten sonra ücreti hak etmiş olur. Şayet akit esnasında ücret şart koşulmamışsa bakılır; eğer vekil avukat, komisyoncu gibi ücretle iş yapan birisi ise işin ecr-i mislini alır. Ama ücretle yapan birisi değilse yaptığı işi teberruen yapmış sayılır (Mecelle, md.1467.).

Vekâlet ücretli olarak kurulduğunda vekil vekâleti ifa ettiğinde ücrete hak kazanır. Vekilin yaptığı tasarruf teslimi gerektiriyorsa, vekil ancak teslimle ücrete hak kazanır. Çünkü ücret bir bedeldir ve ancak karşılığındaki bedelin teslimiyle hak kazanılır.⁴⁵⁷ Vekâlet teslim edilebilecek bir şeye ilişkin bulunmuyorsa, vekil işlemi tamamladığı an ücrete hak kazanır.⁴⁵⁸

Dâva vekâletinde, vekilin dâvayı kazandığı takdirde ücret almaya hak kazanacağı şeklinde bir şartın geçerli olmadığını belirtmiştik. Dâva vekili, gerekli özeni gösterdiği takdirde dâva sonunda sonuç ne olursa olsun vekâlet ücretini almaya hak kazanır.⁴⁵⁹

Belli bir uzmanlığı gerektiren dâva vekâleti, toplumda ekonomik ilişkilerin değişip yeni biçimlere dönüşmesiyle ücret karşılığında yapılma zorunluluğunu doğurmuştur. Avukatlık ücretinde tarafların serbestçe belirlemesi esas olmakla birlikte; kanun ücret için alt ve üst sınır tayin etmiştir. Buna göre avukata yaptığı iş için verilecek ücret, ‘Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi’nin altında olamamakta ve dâva veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın yüzde yirmi beşini de aşmaması gerekmektedir. Bu orandan fazla olduğunda ise mahkemenin kararlaştırılan ücreti sınıra indirme hakkı vardır (Av.K. md. 163 ve 164).

⁴⁵⁷ Ânî, s. 327.

⁴⁵⁸ İbn Kudâme, VII, 205.

⁴⁵⁹ Remlî, V, 472.

2. İşi Reddetme ve Vekâletten Çekilme Hakkı

Roma hukukunda avukatlar hukuk dâvalarına başlarken doğruluk yemini ettiklerinden avukatın dâvanın haksızlığını anlayınca dâvadan çekilmek zorunda olduğu nakledilir. Dâvadan çekilme hakkının doğuşu da bu dönemden başlatılır.⁴⁶⁰

Nitekim günümüzde avukat, kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden reddetme ve üzerine aldığı işi takipten vazgeçme hakkına sahiptir. Ancak reddetme durumunda iş sahibine gecikmeden bildirilmesi gerekmektedir (Av.K. md.37 ve 41).

İslâm Hukukunda ilke olarak vekilin istediği zaman vekâletten çekilme hakkı bulunmakla birlikte, Ebu Hanife dâva görülmeye başlandıktan sonra müvekkil hazır olmadan vekilin vekâleti terk etme hakkı olmadığını savunur.⁴⁶¹ Bu durum müvekkilin vekilin üzerindeki hakkından dolayıdır. Hanefîler ayrıca, müvekkilin bir zarar görmesine engel olmak maksadıyla vekilin vekâletten çekildiği haberi müvekkile ulaşınca dek vekillğin devam edeceği görüşündedirler.⁴⁶² Nitekim günümüzde avukatların da avukatlığı bıraktığı haberinin müvekkile ulaşmasından itibaren on beş gün daha vekâlet görevi devam etmektedir.⁴⁶³

Mâlikîlerden İbn Ferhûn'un bu konuda farklı bir görüşü bulunmaktadır. Ona göre vekil mahkemede üç veya daha fazla duruşmaya katılırsa dâvaya hile karıştırmadığı sürece müvekkilin onu azil yetkisi olmadığı gibi vekil de ancak yeminle birlikte bir özür beyan etmesi şartıyla vekâleti bırakma hakkına sahip olur.⁴⁶⁴

Şâfiî ve Hanbelîlere göre, vekil ister dâva başladıktan sonra isterse önce, müvekkil hazır olsun gaib olsun vekillikten çekilme (in'izal) hakkına sahiptir. Çünkü vekâlet, izin verme mahiyetinde bir tasarruftur. Aynı şekilde müvekkilin de vekilini istediği zaman görevden alma hakkı vardır.⁴⁶⁵

⁴⁶⁰ Erem, s. 24.

⁴⁶¹ Kâsânî, VII, 460; Kaffâl, V, 155; İbn Kudâme, VII, 243.

⁴⁶² Serahsî, XIX, 15.

⁴⁶³ Belli bir işi takipten veya savunmadan isteği ile çekilen avukatın o işe ait vekâlet görevi, durumu müvekkiline tebliğinden itibaren on beş gün süre ile devam eder. (Av.K. md.41)

⁴⁶⁴ İbn Ferhûn, I, 133

⁴⁶⁵ Remlî, V, 52; İbn Kudâme, VII, 234.

3. Masraf ve Zararının Karşılanması Hakkı

Günümüzde Avukatlık Kanunu gereğince avukat, ücreti ve yapmış olduğu giderler, kendisine ödenmedikçe, elinde bulunan evrakı sahibine vermemek hakkına sahiptir (Av.K. md. 39). Tanzimat dönemi Osmanlı hukukunda da dâva vekilinin, dâva için yapmış olduğu gerekli masrafları müvekkilinden talep etme hakkı ve elde edinceye kadar müvekkile ait elinde bulunan para ve evrakları hapis etme yetkisi bulunmaktadır.⁴⁶⁶

İslâm hukukunda da buna paralel olarak vekilin vekâlet akdi gereğince müvekkil adına gördüğü işte yaptığı masrafların müvekkil tarafından karşılanması gerekmektedir. Çünkü bu masraflar müvekkile ait bir işin görülmesi amacıyla yapılmıştır. Mesela; alıma ilişkin bir vekâlette alınacak şeyin semenini müvekkil henüz ödememişse vekilin ödemede bulunması halinde, vekil ödediği semeni müvekkilden tahsil eder.⁴⁶⁷ Vekilin, müvekkile ait işi görmesi yüzünden herhangi bir zarara uğraması durumunda da aynı şekilde bu zararı müvekkilin karşılaması gerekmektedir.⁴⁶⁸ Vekilin uğradığı zararı müvekkilin karşılaması için, vekilin zarar görmüş olması, bu zararın vekâletin ifası yüzünden meydana gelmiş olması ve vekilin bu konuda kusurunun bulunmamış olması gerekmektedir.⁴⁶⁹

⁴⁶⁶ Tanzimat döneminde çıkarılan Dâva Vekilleri Hakkında Nizamname'nin 14. maddesinde "Bir kimsenin icrayı vekâlet vermiş olduğu dâvada nizamen şayanı kabul olan masarifini müvekkilinden mutalebeye hakkı ve bunun istihsaline kadar on ikinci madde mucibince yedinde bulunacak akçe ve senedatı tevkife salâhiyeti vardır." *Düstur*, Birinci Tertip, c. III, s. 201.

⁴⁶⁷ Remlî, V, 50.

⁴⁶⁸ Serahsî, XIX, 107.

⁴⁶⁹ Remlî, V, 51.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DÂVA VEKÂLETİNİN SONA ERMESİ

Klasik fıkıh literatüründe dâva vekâleti genel vekâletten ayrı düşünülmediğinden, vekâleti sona erdiren sebepler dâva vekâleti için de geçerli olmaktadır. Dâva vekâletinin kendine has şartlarından kaynaklanan özel sona erme durumları dahi, ileride ele alınacağı üzere, vekâlet akdini sona erdiren genel sebeplerin altına yerleştirilebilmektedir. Nitekim Tanzimat döneminde ilan edilen Dâva Vekilleri Hakkındaki Nizamname’de, dâva vekilinin vekâlet hakkını sona erdiren hususlarla ilgili olarak Mecelle’nin Kitâbü’l-vekâlesinde zikredilen sebeplere atıf yapılmaktadır.⁴⁷⁰ Aşağıda ayrıntılı olarak ele alacağımız bu sebepler, müvekkilin vekili azli⁴⁷¹, vekilin vekâletten inizali⁴⁷², vekâlet konusu için müvekkil veya vekil tarafından ifa edilmesi⁴⁷³, müvekkilin ölümü⁴⁷⁴, vekilin ölümü⁴⁷⁵ ve müvekkilin veya vekilin akıl hastalığı geçirmek suretiyle eda ehliyetini kaybetmesi⁴⁷⁶ şeklindedir.

Ancak aynı maddenin devamında, Osmanlı hukukunda dâva vekâletine dair görülen değişme ve gelişmeler neticesinde, bazı durumlarda mahkemelere de vekili azil yetkisi tanınmış olduğu görülmektedir.⁴⁷⁷ Buna göre mahkemede dâva görülürken gerek yazılı gerekse sözlü olarak mahkemenin ve devletin şan ve şerefini zedeleyecek söz ve fiillerde bulunan dâva vekilleri sorumlu tutulmaktadır (Nizamname, md. 17).

Aşağıda dâva vekâletini sona erdiren durumlar, dâva vekâleti hakkında kabul edilen Nizamname’nin atıfta bulunduğu Mecelle’nin ilgili maddelerinde yer alan yukarıdaki sebepler ve bu maddelerin şerhi sadedinde Ali Haydar tarafından yapılan

⁴⁷⁰ “Bir dâva vekilinin sahip olduğu hakkı vekâletin hitamı, kitabü’l-vekâlede münderic esbabın vücuduna ...” *Düstur*, Birinci Tertip, c. III, s. 201.

⁴⁷¹ Mecelle, md. 1521.

⁴⁷² Mecelle, md. 1522.

⁴⁷³ Mecelle, md. 1526.

⁴⁷⁴ Mecelle, md. 1527.

⁴⁷⁵ Mecelle, md. 1529.

⁴⁷⁶ Mecelle, md. 1530.

⁴⁷⁷ “...ve eğer ruhsatnameli vekillerden ise on yedinci maddede muharrer ahvalden dolayı mahkemece azli veyahut üç aydan ziyade mezuniyetinin mahkeme kararı ile ref’i maddelerinden birinin vukuuna mevkuftur.” *Düstur*, Birinci Tertip, c. III, s. 201.

açıklamalar ışığında ele alınacaktır. Burada takip edeceğimiz yöntem, vekâlet akdinin ve içerdiği münferit borçların, genel hükümler çerçevesinde sona erdiği durumları zikretmek ve peşinden bu durumla ilgili dâva vekâletine dair literatürde yer alan örnekleri zikretmek şeklinde olacaktır.

I. DÂVA VEKÂLETİNİ SONA ERDİREN SEBEPLER

A. Vekâletin İfası

Vekâlet konusu işlemin vekil tarafından ifa edilmesi ile vekâlet sona ermektedir.⁴⁷⁸ Ancak bunun için vekâletin genel değil özel vekâlet şeklinde verilmiş olması gerekmektedir. Özel vekâlette ne için vekâlet verilmişse vekilin onu yapması durumunda vekâlet ifa edilmiş olur ve vekâlet sona erer.⁴⁷⁹ Bu durum Mecelle'nin 1526. maddesinde “Müvekkelün bihin hitâmı ile vekâlet nihayet bulur. Vekil dahi bi't-tabi vekâletten münazil olur” kaidesi içeriğinde ifade edilmektedir.

Vekâletin gereği gibi ifa edilmesi, akit ile yönelinen sonuca ulaşılmış olmasa da vekâlet akdini sona erdirir. Bundan sonra vekâleti sona erdiren sebeplere başvurmayla veya böyle bir sebebin ortaya çıkmasını beklemeye de gerek kalmaz. Vekâletin ifasının sonucu itibariyle iki ihtimalden söz edilebilir:

- i. Vekâletin yöneldiği sonuç, vekilin ifasıyla tamamen elde edilirse, ifanın gereği gibi ve tam olarak gerçekleştiği kabul edilir; vekilin özen borcunu yerine getirip getirmediğini ayrıca araştırmaya gerek kalmaz. Yani başarılı sonuç, özen eksikliğini giderir.
- ii. Vekil, özen borcunu gereği gibi ve tam olarak yerine getirmiş olmakla birlikte vekâletin yöneldiği başarılı sonuç elde edilememiş olabilir. Bu durum da, vekâletin gereği gibi ifası olarak değerlendirilmelidir.⁴⁸⁰

B. Fesih

Fesih, hukuki varlık kazanmış bir akit veya hukuki işlemin taraflarının iki veya tek taraflı iradesiyle yahut yargı hükmüyle geriye dönüşlü veya dönüşsüz olarak bozulmasını ifade eder. Bu şekilde bir bozma iradesi yahut beyanı gerekmeksizin

⁴⁷⁸ Ali Haydar, III, 572.

⁴⁷⁹ Ânî, s. 216.

⁴⁸⁰ Yavuz, II, 256-257.

hukuki işlemin kendiliğinden sona erme durumuna ise *infisah* denmektedir.⁴⁸¹ Diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslâm hukukunda da, akde bağlılık ve tarafların akitten doğan borçlarını yerine getirmesi ilkesi esas olmakla birlikte, tarafların beklemedikleri ve akitle üstlenmedikleri zarar ve yükümlülüklerle karşı korunmaları gereğinden hareketle, bazı durumlarda gerek taraflara gerekse hukuk düzenine fesih hakkı tanınmıştır.

Her bir akit türüyle ilgili farklı fesih sebepleri bulunmakla birlikte feshin en önemli sebeplerinden biri akdin bağlayıcılığıdır.⁴⁸² Vekâlet akdi karşı tarafın onayı gerekmeksizin, taraflara tek başına akdi feshetme hakkı verdiğinden, bağlayıcı olmayan (gayr-i lâzım) bir akitir. Yukarıda tanımını verdiğimiz fesih-infisah kavram ikilisi, vekâlet akdinde aynı içerikte fakat azil-inizal şeklinde farklı bir kavram ikilisiyle karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple burada, aslına uygun olarak vekâlet akdinin taraflarca ortadan kaldırılması, azil ve inizal başlıkları altında ele alınacaktır.

1. Azil

Vekâlet akdinde vekil, müvekkilin ona duyduğu güvenden dolayı verdiği yetkiyle müvekkil adına hukuki tasarrufta bulunmakta olup ve bu ilişkide güven unsuru oldukça önemli bir yer tutmaktadır. Dolayısıyla müvekkilin vekile duyduğu güvenin ortadan kalkması gibi durumlarda bu ilişkiyi devam ettirmek ve vekili hala müvekkil adına tasarrufta bulunmaya yetkili saymak müvekkilin rızasının dışında olup bu durum borç ilişkilerin kuruluş ve devamında karşılıklı rızasının esas olması⁴⁸³ kaidesine aykırıdır. Nitekim vekâletin bağlayıcı olmayan (gayr-i lâzım) ve izin verme mahiyetinde bir akit olması da bu maslahata binaendir. Dolayısıyla ister vekile karşı duyduğu güvenin kaybolması veya işinin görülmesinden beklediği menfaatin kalmaması durumunda isterse haklı bir gerekçeye dayanmadan, müvekkil dilediği zaman vekili azletme hakkına sahiptir.⁴⁸⁴ Akit yapıldığı sırada vekilin azledilmeyeceği şart koşulsa veya “seni her azlettiğimde tekrar vekilimsin” diyerek literatürde vekâlet-i devriye olarak geçen şekilde vekâlet verilse dahi müvekkilin vekili azil hakkı devam etmektedir.

⁴⁸¹ Bardakoğlu, “Fesih”, *DİA*, XII, 428.

⁴⁸² Bkz. Bardakoğlu, “Fesih”, *DİA*, XII, 429.

⁴⁸³ en-Nisâ, 4/29.

⁴⁸⁴ Aybakan, *Vekâlet Sözleşmesi*, s. 70; Ayrıca bkz. Kâsânî, VII, 460; İbn Kudâme, VII, 234; Remlî, V, 52.

Çünkü vekâlet müvekkilin hakkı olduğundan onun bu hakkını kullanamaması uygun görülmemiştir.⁴⁸⁵ İslâm hukukunda müvekkil, vekile karşı “seni vekil etmedim” şeklinde vekâleti inkar ettiğinde de vekili azletmiş kabul edilmektedir.⁴⁸⁶

Ancak azlin hangi şartlarda ve ne zaman hüküm ifade ettiği hususu mezhepler arasında tartışmalıdır. Hanefilere göre, vekil eğer azil anında mecliste hazır değilse, azledildiğini öğreninceye kadar vekilliği devam eder ve yaptığı tasarruflar geçerlidir. Bu konuda Hanefiler, “hitabın hükmünün hitap edilen bunu bilmedikçe hitap edilen hakkında sabit olmadığı” kaidesini zikretmektedirler. Çünkü bir yandan tasarruf yetkisinin elinden alınması öte yandan ise yaptığı tasarruflardan doğan haklardan sorumlu olması nedeniyle vekillikten azledilmek vekile zarar verebilir.⁴⁸⁷ Vekile azil haberinin bildirilmesi, mektup, elçi veya haberci vasıtasıyla olur.⁴⁸⁸ Bu durum BK’da da aynı şekildedir.⁴⁸⁹

Mâlikîler’den İbn Ferhûn da bu konuda Hanefiler gibi düşünmektedir. Ona göre, müvekkilin vekili azli ancak dâvanın başlamasından önce ve vekile bildirilmiş olursa geçerlidir. Vekile yapılacak bildirimde geç kalınmamalıdır. Çünkü dâvadan önce vekilin azilden haberdar olması gerekir. Dâva başladıktan sonra vekilden habersiz yapılan azil geçerli değildir.⁴⁹⁰ Ahmed b. Hanbel’den yapılan iki rivayetten birine ve Şâfiî mezhebinde geçerli olan diğer görüşe göre, gıyabında vekâlet verildiğinde vekâletin kurulmuş olması için vekilin haberdar olması gerekmediği gibi, azlin hüküm ifade etmesi için de vekilin haberdar olması şart değildir. Çünkü vekâletin geçerli oluşu müvekkilin hakkı nedeniyledir. Müvekkilin kendi hakkını kullanmasında ise kişinin eşini boşamasında veya kölesini azat etmesinde olduğu gibi tek başına hareket edebileceğini savunurlar.⁴⁹¹

İslâm hukukunda müvekkile tanınan vekâlete son verme hakkı, vekâlete vekilin ve başkasının haklarının taalluk etmesi durumlarıyla sınırlandırılmıştır. Bu durumda,

⁴⁸⁵ Ali Haydar, III, 566.

⁴⁸⁶ Ali Haydar, III, 566.

⁴⁸⁷ Serahsî, XIX, 15-16; Merginânî, III, 112.

⁴⁸⁸ Kâsânî, VII, 460; İbn Kudâme, VII, 235.

⁴⁸⁹ “Vekilin vekâletinin nihayet bulduğuna dair ıttıla peyda eylemeden evvel yaptığı işlerden müvekkil veya mirasçıları, vekâlet baki imiş gibi mesuldürler.” (BK md. 398)

⁴⁹⁰ İbn Ferhûn, I, 135.

⁴⁹¹ Remlî, V, 53; İbn Kudâme, VII, 234.

ancak ilgili hak sahibinin izni şartıyla müvekkil bu hakkını kullanabilir. Mesela Mâlikîlere göre, vekâlet ücretli ise ya da vekil için vekâletin görülmesi sonucunda muavaza dışında bir menfaat bulunması durumunda, vekilin vekâlete hakkı taalluk etmiştir. Çünkü akit icâreye dönüşeceğinden müvekkilin vekili azil yetkisi kalmaz. Vekâlet ücretli olduğunda, ancak ücretin aşırı olması durumunda müvekkil için bu durum bir ayıp sebebi sayılarak, müvekkile vekâleti fesih hakkı verilmiştir.⁴⁹² Dâvacının talebi üzerine dâvalının vekil tayin etmesi ise, vekâlete başkasının hakkının taalluk etmesi durumuna dair kaynaklarda sıkça verilen bir örnektir. Bu durumda tayin edilen vekil, dâvacı hazır bulunmadıkça, dâvalı müvekkil tarafından azledilememektedir. Böyle bir durumda müvekkilin azli, kendisinin olmayan bir hakkın iptali anlamına gelir.⁴⁹³ Çünkü dâvacı dâvalının vekili huzurunda hakkını istediği zaman ispat edebileceğine güvendiğinden, dâvalının onun haberi olmadan vekili azletmesi, onun hakkını ispat etme imkânından mahrum kalarak zarar görmesi anlamına gelebilir. Burada dikkat çekilmesi gereken nokta, dâvacının azil anında hazır bulunması yeterli olup rızasının şart olmadığıdır. Dâvacının kendisine vekil tayin etmesi durumunda ise zaten hak sahibi kendisi olduğundan vekili dilediği şekilde azletme hakkına sahiptir.⁴⁹⁴

Mâlikîler’de genel kuralın bir istisnası olarak, dâva vekâletinde müvekkil ancak vekil dâvaya başlamadığı ya da en fazla iki duruşmaya katıldığı sürece vekili azletme yetkisine sahiptir.⁴⁹⁵ Vekilin mahkemede üç veya daha fazla duruşmaya katılması halinde ise müvekkilin onu azil hakkı kalmamakla birlikte eğer vekil, müvekkile zarar verecek şekilde karşı tarafa bir yakınlık gösterirse, müvekkilin bu hakkının devam ettiği ifade edilmektedir. Müvekkilin bu şartlar gerçekleşmeden vekilini azletmesi durumunda ise vekilin ilk müvekkiline düşman olmaması şartıyla karşı tarafın onu vekil tutma hakkı doğmaktadır.⁴⁹⁶ Ancak Mâlikîler’de de dâvanın sonuçlanmak üzere olmaması şartıyla, müvekkilin vekili diğer vekâlet türlerinde olduğu gibi her zaman azil hakkı olduğuna dair görüşler de yer almaktadır.⁴⁹⁷

⁴⁹² İbn Ferhûn, I, 133.

⁴⁹³ Serahsî, XIX, 7; Kâsânî, VII, 461.

⁴⁹⁴ Ali Haydar, III, 567.

⁴⁹⁵ Kârâfî, VIII, 14-15.

⁴⁹⁶ İbn Ferhûn, I, s. 133.

⁴⁹⁷ İbn Rüşd, II, 302.

2. İnizal

Vekâlet akdi bağlayıcı bir akit olmadığından müvekkil dilediği zaman vekili azletme hakkına sahip olduğu gibi vekil de aynı şekilde vekâletten çekilme hakkına sahiptir.⁴⁹⁸ Ancak daha önce ifade ettiğimiz üzere vekâletle müvekkile karşı yüklenen özen borcu dolayısıyla, dâva vekilinin vekâletten çekilme hakkını müvekkile zarar vermeyecek bir zamanda kullanması gerekmektedir.⁴⁹⁹ Vekilin vekâletten çekilmesi durumunda da Hanefîler ile diğer mezhepler arasındaki müvekkilin azlinin hüküm ifade ettiği an konusundaki ihtilaf geçerlidir.⁵⁰⁰ Buna göre, müvekkilin rızası veya hazır olması gerekmemekle birlikte vekilin vekâletten çekildiği haberinin müvekkile ulaşması gerekmektedir. Çünkü müvekkil, vekilim dâvayı takip ediyor düşüncesiyle dâvayı bizzat takip etmediğinde zaman aşımı gibi durumlardan dolayı zarar görebilir.⁵⁰¹ Günümüzde avukatların, avukatlığı bıraktığı haberinin müvekkile ulaşması gerekmesi, hatta haberin ulaşmasından itibaren on beş gün daha vekâlet görevinin devam ettiği hükmü⁵⁰² dikkate alınır, bu konuda Hanefîlerin görüşü tercihe şayan görülmektedir.

Müvekkilin vekili azledemediği yerlerde vekilin de kendisini azledemeyeceği⁵⁰³ kaidesine binaen Mâlikîlere göre dâva vekili de en az üç duruşma geçmesi durumunda ancak yeminle birlikte bir özür beyan ederek vekâletten çekilebilir.⁵⁰⁴ Hanefîler’de de yine bu kaide gereğince dâvacının talebi üzerine dâvalı tarafından tayin edilen vekil, ancak karşı tarafın rızası ile kendisini azledilmektedir.⁵⁰⁵ Çünkü bu durumda, karşı taraf dilediği zaman vekile karşı hakkını ispat etme imkânı olduğu fikrine dayanmaktadır.⁵⁰⁶ Ayrıca Mâlikîler’den İbn Ferhûn’a göre; vekâlet ücretsiz olduğunda dahi vekâlet konusuna göre eğer üçüncü kişilerin hakkını ilgilendiriyorsa vekil vekâletten sadece kendi isteğiyle çekilememektedir. Çünkü o

⁴⁹⁸ Kâsânî, VII, 460; İbn Kudâme, VII, 234; Remlî, V, 52.

⁴⁹⁹ Bkz. Tezde s. 96-97.

⁵⁰⁰ Kâsânî, VII, 460; İbn Kudâme, VII, 235; Remlî, V, 53; İbn Kudâme, VII, 234

⁵⁰¹ Ali Haydar, III, 568,570.

⁵⁰² Belli bir işi takipten veya savunmadan isteği ile çekilen avukatın o işe ait vekâlet görevi, durumu müvekkiline tebliğinden itibaren on beş gün süre ile devam eder. (Av.K. md.41)

⁵⁰³ İbn Rüşd, II, 302.

⁵⁰⁴ İbn Ferhûn, I, 133.

⁵⁰⁵ Ali Haydar, III, 569.

⁵⁰⁶ Serahsî, XIX, 6.

ücretsiz vekâleti en başta kabul ederek gördüğü işten elde edilen menfaati teberru etmiş sayılmaktadır.⁵⁰⁷

C. Ölüm

Müvekkilin ölümü ile kural olarak vekilin vekâleti düşer ve vekâlet akdi ittifakla son bulur. Çünkü müvekkilin ölümü ile bütün mal varlığı varislerine geçmiş olduğundan, artık bu mal ve haklar üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi de onlara geçmiştir. Bu durumda tarafların bundan haberdar olması da şart değildir.⁵⁰⁸ Ancak vekâlete başkasının hakkının taalluk ettiği bazı durumlarda müvekkil ölmesine rağmen vekâlet devam etmektedir. Mesela; râhin, rehni satmak üzere birini vekil tayin ettikten sonra ölse vekil vekâletten çıkmış olmaz. Ancak dâvacının talebi üzerine dâvalı tarafından tayin edilen vekil, başkasının hakkı taalluk etmesine rağmen, istisna olarak, müvekkilin ölümü halinde vekâletten çıkmış sayılır. Çünkü müvekkilin ölümüyle husûmet imkânsızlaştığı gibi anlaşmazlık konusu olan mal da varislere intikal ettiğinden ancak onların yeni bir dâva açması durumunda husûmet yenilenir. Bu durumda da varisler vekile tekrar vekâlet verene kadar vekil değildir.⁵⁰⁹ Ancak İbn Ferhûn dâva vekâletine ilişkin olarak bu konuda bir istisnaya gitmektedir. Ona göre, müvekkilin ölümü, dâvanın bitmesine yakın bir zamanda ise vekilin dâvayı tamamlaması gerekmekte olup varislerin de onu görevden alma yetkisi bulunmaz.⁵¹⁰ Müvekkilin ölümüyle vekil vekâletten çıkmış olduğu gibi vekilin vekili de vekâletten çıkmış olur.⁵¹¹

Vekâlet akdi vekilin ölümü ile de son bulur. Çünkü vekâlet konusunda vekilin varisleri onun yerine geçmez. Bunda fakihler ittifak halindedir.⁵¹² Ayrıca daha önce belirttiğimiz gibi vekâlet akdi hayatta olmak şartı ile kurulduğundan vekilin bu konuda bir başkasına vasiyette bulunması da geçerli değildir. Bu durum, vekâletin şahsen ifası önemli bir akit olması ile de alakalıdır. Çünkü müvekkilin vekile o işi tevdi etmesi ona olan güveni ile yakından irtibatlıdır.⁵¹³ Bu durumda vekâletin vekilin varislerine

⁵⁰⁷ İbn Ferhûn, I, 135.

⁵⁰⁸ Kâsânî, VII, 462-3; İbn Kudâme, VII, 234.

⁵⁰⁹ Ali Haydar, III, 572.

⁵¹⁰ İbn Ferhûn, I, 134.

⁵¹¹ Mecelle, md. 1528.

⁵¹² Kâsânî, VII, 462-3; İbn Kudâme, VII, 234; Ali Haydar, III, 573.

⁵¹³ İbn Ferhûn, I, 136.

geçtiğini söylemek de doğru değildir. Ancak birden fazla vekil olması durumunda ilk vekilin ölümüyle diğerleri vekâletten çıkmış olmaz ve vekâlet devam eder.⁵¹⁴

D. Tasarruf Ehliyetinin Kaybı

Müvekkilin veya vekilin ölümü ile vekâlet sona erdiği gibi akıl hastası olmaları (cünûn) sebebiyle de vekâlet sona erer. Çünkü temyiz kudretlerini yitirerek tasarruf (eda) ehliyetlerini kaybetmişlerdir. Vekâlet akdi bağlayıcı olmayan bir akit olduğundan akdin kuruluşunda gereken şartlar, akdin devam etmesi için de gereklidir.⁵¹⁵

Hanefîler akıl hastalığını, uzun ve kısa süreli olmasına göre farklı değerlendirmişlerdir. Onlara göre kısa süreli akıl hastalığı (cünûn-ı gayri mutbık) baygınlık hükmünde sayılmakta ve vekâlete tesir etmemektedir. Vekâleti sona erdiren akıl hastalığı ise uzun süreli (cünûn-ı mutbık) olanıdır. Ancak vekâleti sona erdiren bu tür akıl hastalığının müddeti konusunda farklı görüşler vardır. Ebu Yusuf'a ve Ebu Hanife'nin de bir görüşüne göre bu müddet bir aydır. Ebu Hanife'nin diğer bir görüşüne ve İmam Muhammed'e göre ise tam bir yıldır; çünkü bu sürede bütün ibadetler sakıt olur. Nitekim tasarruflar konusunda mezhepte tercih edilen görüş de budur.⁵¹⁶

Vekâlete başkasının hakkının taalluk ettiği bazı durumlarda, müvekkilin akıl hastası olması halinde vekâlet sona ermemektedir. Ancak vekilin akıl hastası olması halinde, vekil tasarruf ehliyetini kaybettiğinden, vekâlete başkasının hakkı taalluk etmiş olsa bile vekâlet sona erer.⁵¹⁷ Dâva vekâleti ise bu durumun bir istisnasıdır. Yani, müvekkilin aklını yitirmesi halinde, tıpkı ölmesinde olduğu gibi vekil, dâvacının talebi üzerine dâvalı müvekkil tarafından tayin edilmiş olsa dahi vekâletten çıkmış sayılır. Çünkü artık dâvanın tarafı olan müvekkil ehliyetini yitirmiştir ve kendisine veli belirlenmesi gerekmektedir.⁵¹⁸

E. Tasarruf Yetkisinin Kaybı

⁵¹⁴ Ali Haydar, III, 573.

⁵¹⁵ Ali Haydar, III, 573.

⁵¹⁶ Serahsî, XIX, 13.

⁵¹⁷ Ali Haydar, III, 573.

⁵¹⁸ Serahsî, XIX, 12.

Vekâlet, müvekkilin iflastan dolayı hacr altına alınması durumunda da son bulur.⁵¹⁹ Ancak iflastan dolayı müvekkilin hacr altına alınmasıyla vekâletin sona ermesi için vekâletin, müvekkilin artık tasarruf yetkisine sahip olmadığı mallarına ilişkin olması gerekmektedir. Dolayısıyla içlerinde dâvanın da yer aldığı talak, kıyas gibi mali olmayan bir takım tasarruflarda müvekkilin hacr altına alınması vekâleti etkilememektedir.⁵²⁰

Vekilin iflası ise, kendi mallarındaki tasarruf yetkisi ile ilgili olup müvekkilden elde ettiği tasarruf yetkisine tesir etmeyeceği için vekâlete son vermez.⁵²¹

F. İmkansızlık

Bazı durumlarda vekâlet imkansızlık yüzünden sona erer. Vekâlet akdinde ilişkin imkânsızlığı edim fiilinin gerçekleşmesinin imkânsız olması durumları ile açıklamak gerekir. Vekâlet akdindeki edim fiili niteliğindeki borcun imkansızlaşması ise, vekâletin ifasının edim dışındaki yollardan gerçekleşmesi veya konu yok olduğu için vekâletin amacının ortadan kalkması hallerinde olabilir.⁵²² Müvekkil, kendine ait bir hak üzerinde tasarrufta bulunma yetkisini vekile tevdi ettiğinde, kendisi de bu yetkiye sahip olmaya devam ettiği için, dâva vekili tutan müvekkilin dâvayı kendisi görmesi halinde, vekâletin ifası edim dışındaki bir yolla gerçekleştiği için vekâlet imkansızlaşmış ve buna bağlı olarak da sona ermiş olur.⁵²³ Ancak müvekkilin bizzat tasarrufta bulunduğundan haberi olmadığı için kendisi de işi gören ve bundan dolayı zarar gören vekilin zararını müvekkil karşılamak zorundadır.⁵²⁴

Aynı şekilde müvekkilin dâva konusunda feragat, kabul veya sulhta bulunması vekâletin amacını ortadan kaldıran dolayısıyla vekâlete son veren imkansızlıklardır. Çünkü bu gibi durumlarda vekâlet gereği hakkında tasarrufta bulunulacak konu yok olmuştur.⁵²⁵

⁵¹⁹ Kâsânî, VII, 462-3; İbn Kudâme, VII, 234.

⁵²⁰ İbn Kudâme, VII, 235.

⁵²¹ İbn Kudâme, VII, 235.

⁵²² Karaman, II, 427.

⁵²³ Mecelle, md. 1526. Ayrıca bkz. Aybakan, *Vekâlet Sözleşmesi*, s. 85.

⁵²⁴ Merginânî, III, s. 113; Kâsânî, VII, 463-4.

⁵²⁵ Kâsânî, VII, 464; İbn Kudâme, VII, s. 238.

G. Müvekkile Muhalefet

Vekilin müvekkilin emir ve talimatlarına muhalefet etmesi, borçlanmış olduğu edimi gereği gibi yerine getirmemek anlamına gelir. Bu durum borca aykırı bir davranış olup, vekil için zımni bir azil sebebi sayılmaktadır. Mesela; müvekkil vekili yüz lira karşılığında bir mal satın almaya vekil etse ancak vekil yüz on lira karşılığında satın alsa, vekil vekâletten çıkmış olup satın aldığı mal da kendine kalmış olur.⁵²⁶

Hanefilere göre, dâva vekilinin, mahkemede müvekkili aleyhine ikrar yetkisinin bulunduğu daha önce belirtilmişti. Buna göre, dâva vekilinin mahkeme dışında yaptığı ikrarı da borca aykırı bir davranış olup, hâkimin huzurunda iki şahid ile ispat edilse de, ikrar ettiği hak sabit olmamakta fakat kendisi bu ikrarından dolayı vekâletten çıkmış sayılmaktadır.⁵²⁷ Vekil, yetki alanı dışında yaptığı bu ikrarıyla artık ikrara vekil olmuş gibi olacağı ve ondan inkar beklenmesi çelişki olacağı için, bundan sonra vekâlet iddiasında bulunarak dâva konusunda beyyine ikame etmek istese de beyyinesi dinlenmemektedir.⁵²⁸ İkrar yetkisinin istisna edilmesi halinde ise, vekil mahkemede dahi ikrar etse, müvekkile muhalefet ettiğinden aynı şekilde vekâletten çıkmış olur.⁵²⁹

Vekilin görevi vaktinde ifa etmemesi de onun için bir azil sebebi sayılmaktadır. Vekâletin ardından uzun bir süre geçmesine rağmen dâva vekilinin vekâleti yerine getirmemesi halinde vekâlet sona ermiş kabul edilmektedir. Bazı Mâlikîler bu durumda hakimın müvekkile vekâletin devam edip etmediğini sorması için elçi göndereceğini, müvekkilin gaib olması halinde vekâletin devam edeceğini belirtirler. Mâlikîlerdeki meşhur olan görüşe göre, dâva vekâletinde altı ay geçmesine rağmen vekil hala vekâleti yerine getirmemişse, vekâletin sona erdiğine hükmedilir ve tevkilin yenilenmesine ihtiyaç duyulur. Ancak dâva vekili göreve başlamış ancak dâvanın uzaması sebebiyle

⁵²⁶ Ali Haydar, III, 568.

⁵²⁷ “İkrara vekil olan kimsenin müvekkili aleyhine ikrarı eğer huzur-ı hakimde ise mu’teber olur. huzur-ı hakimde değilse muteber olmaz, ve kendisi vekâletten mün’azil olur (Mecelle, md. 1517).”

⁵²⁸ Kâsânî, VII, 437; Bilmen, VI, 348.

⁵²⁹ “Bir kimse âharı husumete tevkil edip de kendi aleyhine ikrarı istisnâ eylese, bu surette müvekkilin aleyhine vekilin ikrarı sahih olmaz. Ve vekil böyle ikrara me’zun değilken huzur-ı hakimde ikrar ettiği surette vekâletten mün’azil olur (Mecelle, md. 1518).”

uzun bir süre geçmişse, mahkeme sonuçlanana, hakim hüküm verene kadar vekâlet sona ermemektedir.⁵³⁰



⁵³⁰ İbn Ferhûn, I, 133; Ruaynî, VII, s. 170.

SONUÇ

İslâm hukuku sosyal hayatta insanların ihtiyaçlarını giderme ve karşılıklı ilişkilerde yardımlaşma, güven ve kolaylık ilkelerini esas aldığından, belli şartlar çerçevesinde hukuki işlemlerde başkalarını temsil ve onlar adına hareket etme imkanı tanımıştır. Davâ vekâletinin, kişilere hukuki işlemlerde başkalarını temsil etme ve onlar adına hareket etme imkânını veren vekâlet akdi içerisinde bir bölüm olarak ele alınması ve doktrinde giderek güçlü bir zemin kazanması İslâm hukukunun bu karakterine iyi bir örnek teşkil etmektedir. Diğer bir anlatımla, dâvanın taraflarının başka birisine temsil yetkisi vererek kendisini dâvada temsil ettirme hakkı, klasik fıkıh literatüründeki ifadesiyle husûmete vekâlet (الوكالة بالخصومة), İslâm hukukunda hukuki temsilin en kapsamlısı ve en yaygını olan iradî temsil yani vekâlet altında onun türlerinden biri olarak özenle incelenmiştir. Klasik fıkıh literatüründe dâva vekâletine ilişkin zengin doktriner tartışmalar bir yönüyle uygulamadaki ihtiyaçları ve çeşitliliği yansıtmakta, bir yönüyle de uygulamaya yön verip onun İslâm hukukunun genel sistemi içinde yerini almasına hizmet etmektedir.

Dâva vekâletinin hukukun en canlı alanlarından olan muamelâtın temel akitlerinden biri olan vekâlet akdi içerisinde ilk kaynaklardan itibaren yerini almış olması ve giderek geliştirilmesi, İslâm hukukunun toplumun ihtiyaçlarına cevap verme konusundaki yeterliliğine dair fikir vermektedir. Klasik fıkıh doktrinde dâva vekâleti hak ve yetkisinin, modern dönemdeki gibi belli şartları taşıyan kanunda belirlenmiş kişilere hasredilmemiş olması, fikhın oluşum dönemindeki sosyal, ekonomik ve hukuki hayatla bağlantılı bir durumdur. Ancak şart ve ihtiyaçların gerektirmesi ve hukukun da bu gelişmelere uygun çözüm üretme zorunluluğu sebebiyledir ki Osmanlı'da Tanzimat'ın ilanı ile başlayan hukuki reformlar sonunda, Osmanlı hukukunda dâva vekâletine ilişkin günümüzdeki avukatlığa geçiş mahiyetinde önemli adımlar atıldığı görülmektedir. İslâm ülkelerinde fikhın klasik doktrindeki vekâlet akdi ile modern dönem avukatlık hukuku arasında karşılaştırmaları konu alan yayınlar da adetâ bu geçişi ve değişimi normalleştirme çabaları olarak yorumlanabilir.

Diğer hukuk ekollerinin aksine Hanefi mezhebinde, hukuk dâvalarında kişinin kendi yerine dâvayı takip etmesi üzere birini vekil tayin edebilmesi için vekâlet

vermesini gerektirecek bir mazeretinin bulunması şeklinde bir görüş bulunmaktadır. Aksi takdirde diğer vekâlet türlerinde söz konusu olmayan bir şekilde karşı tarafın rızası gerekmektedir. İslâm hukukunun en temel kaidelerinden olan zarar vermeme ilkesi bakımından dikkat çekici olan bu şartın aynı zamanda haklının hakkını elde etmesi ve haksızın ortaya çıkarılması konusundaki titizlikten kaynaklandığı da söylenebilir. Ayrıca İslâm hukukunun dini karakterinin de bulunmasının tabii sonucu olarak, İslâm hukukçuları yargılamanın her türlü şaibeden uzak olmasını temin etmek gayesiyle dâva vekâletinde genel vekâlet akdine göre bir kısmı dinî ve ahlâkî mahiyette ilave şartlar eklemişlerdir.

Türk hukukunda avukat ile müvekkil arasında asıl olan ücret kararlaştırılması iken İslâm hukukunda dâva vekâletinin, genel vekâlete tabi olarak, sözleşme veya teamül olması durumları dışında karşılıksız kurulması esas alınmış, ancak teamülde davâ vekâletinin kurumsallaşmasına ve ücretli olarak yapılmasının örfte yerleşmesine paralel olarak doktrinde buna uygun gelişmeler ve bakış açıları ortaya çıkmıştır. İslâm hukukunun klasik doktrininin oluştuğu dönemin şartları ve karmaşık olmayan hukuki hayat sebebiyle ücretli dâva vekâleti formuna ciddi bir ihtiyaç olmadığı, onun için de doktrinde yeterince işlenmediği söylenebilir. Dolayısıyla İslâm Hukuku'nda ücretli dâva vekâletinin oluşum şartlarında icâre veya cuâle, sonuçlarında ise vekâletin esas alındığını söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak Tanzimat'ın ilanı ile başlayan süreçte yapılan düzenlemelerle, vekâletin bu türü gelişme göstererek uzmanların ücret karşılığı yerine getirdikleri bir meslek olarak kurumsal bir nitelik kazanmış, buna özgü mevzuat oluşmuştur. Dâva vekâletinin hukuki mahiyetinin, bağlayıcılığının, şartlarının ve diğer hususların bu yeni durum karşısında ele alınması İslâm hukukunun genel karakterine yabancı bir durum değildir.

İslâm hukukunda dâva vekiline verilen mutlak vekâletin kapsamında yer alıp almadığında ihtilaf edilen tasarruflar, büyük oranda Türk hukuku ile paralellik arz eder. Buna göre dâva vekilinin, özel olarak vekâlet verilmedikçe, ikrar, kabz, ibrâ, sulh ve yerine başka birine vekâlet verme gibi tasarruflara yetkili olmadığı görülmektedir.

Esas itibariyle karşılıksız akitlerden olan vekâlet akdinde vekilin görmeyi taahhüt ettiği borç, müvekkil adına hukuki işlem yapma borcudur. Ancak gerek vekâlet

akdinin gerekse dâva vekâletinin mahiyeti gereği dâva vekilinden beklenen belli bir sonuç değil sadece yaptığı işte göstermesi gereken özen olmaktadır. Bir başka ifadeyle vekil, vekâlet akdi ile üstlendiği işi özenle görme borcu altına girerken, vekâlet akdine konu olan işi arzu edildiği gibi sonuçlandırmaktan, yani dâvayı kazanmaktan sorumlu değildir. Bu bağlamda, bir dâva vekili yürüttüğü bir dâvada gerekli özeni göstermişse, dâva sonucu itibariyle başarılı olmasa bile, borcunu yerine getirmiş olur. Vekilin özen borcunun somutlaştığı yükümlülükleri ise, istişâre ve aydınlatma, amaca en uygun ve en güvenli yolu seçme ve vekâletten uygun olmayan zamanda çekilmekten kaçınma olarak tespit edilmiştir. Dâva vekilinin diğer temel borcu olan sadakat borcu ise akitte, akde ve müvekkilin iradesine uygun hareket etme, sır saklama ve hesap verme şeklindeki yükümlülüklerle ifade edilmektedir.

Diğer taraftan İslâm hukukunda dâva vekilinin hakları, ücret, işi reddetme, dâva vekilliğinden çekilme, masraf ve zararının karşılanması şeklinde düzenlenirken, zaman zaman istisnâî hükümlerle vekil ile müvekkil arasında haklar ve borçlar açısından bir denge kurulmuş, davâ vekâleti akdini sona erdiren sebepler ele alınırken de üçüncü şahısların haklarına taalluk eden durumlarda genel kuraldan ayrılarak yine hak ve borçlar arası dengenin korunmasına özen gösterilmiştir.

KAYNAKÇA

- Abdûlbâki, Muhammed Fuad, *el-Mu'cemü'l-müfehres li-ayati'l-Kur'âni'l-hâkim*, İstanbul, 1982.
- Akgündüz, Ahmet, “Husumet”, *DİA*, İstanbul: TDV, 1998, XVIII, 417-418.
- Ânî, Muhammed Rıza Abdülcebbar, *el- Vekâle fi’ş-Şeria ve’l-Kanun*, Bağdat, 1975.
- Apaydın, H. Yunus, “İbrâ”, *DİA*, İstanbul: TDV, 2000, XXI, 263-266.
- _____, “İrade Beyanı”, *DİA*, İstanbul: TDV, 2000, XXII, s. 387-391.
- Atar, Fahrettin, “Sulh”, *DİA*, İstanbul: TDV, 2009, XXXVII, 482.
- _____, *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları*, 1.bs., İstanbul: İFAV Yayınları, 2013.
- Aybakan, Bilal, “Fürû‘ Fıkıh Sistematiği Üzerine”, *M.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 31, (2006/2), 5-32.
- _____, *İslâm Borçlar Hukukunda Vekâlet Sözleşmesi* (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1990.
- _____, *İslâm Hukukunda Borçların İfası*, İstanbul: İFAV Yayınları, 1998.
- _____, “Muamele”, *DİA*, İstanbul: TDV, 2005, XXX, 319.
- _____, “Vekâlet”, *DİA*, İstanbul: TDV, 2013, XLIII, 1-6.
- Aydın, M. Akif, “Cuâle”, *DİA*, İstanbul: TDV, 1996, VIII, 77-78.
- Aynî, Ebû Muhammed Bedreddin Mahmûd b. Ahmed b. Musa Hanefî (855/1451), *el-Binâye fî şerhi'l-Hidâye*, tsh. Muhammed Ömer, [y.y.]: Dârü'l-Fikr, 1980/1400.
- Bağdatlı, Selahattin, *Hukuk Sözlüğü*, İstanbul: Der Yayınları, 1997.
- Bardakoğlu, “Fesih”, *DİA*, İstanbul: TDV, 1995, XII, 427-436.
- _____, “İcâre”, *DİA*, İstanbul: TDV, 2000, XXI, 379-388.

_____, *İslâm Hukukunda ve Modern Hukukta İcâre Akdi* (Basılmamış Doktora Tezi), AÜİİF, Erzurum, 1982.

Bayındır, Abdülaziz, *İslâm Muhakeme Hukuku: Osmanlı Devri Uygulaması*, İstanbul: İslâmi İlimler Araştırma Vakfı, 1986

Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukukî İslâmiyye ve Istilâhâtı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1970.

Böke, Emine Gümüş, *İslâm Hukukunda Tek Taraflı Hukukî İşlemler*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2013.

Börü, Levent, *Medeni Usul Hukukunda Dâva Vekâlet Ehliyeti*, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.

Buhûtî, Şeyh Mansur b. Yunus b. Selahiddin el-Hanbelî (1051/1641), *Keşşâfü'l-kınâ' an metni'l-İknâ'*, Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1982.

Cemîlî, Hâlid Reşid, *el-Cuâle ve ahkâmuha fi's-şeriatî'l-İslâmiyye ve'l-kanun*, 2. bs., Beyrut: Dârü'n-Nedveti'l-Cedide, 1986.

Cevherî, *es-Sihâh tâcü'l-luga ve sıhahi'l-Arabîyye*, Beyrut: Dârü'l-İlm li'l-Melayin, 1990.

Derdir, Ebü'l-Berekat Ahmed b. Muhammed b. Ahmed Adevi (1201/1786), *eş-Şerhü'l-kebîr ala Muhtasari Halil*, thk. Kemaleddin Abdurrahman Kari, Sayda: el-Mektebetü'l-Asriyye, 2006/1427.

Desûki, Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed b. Ahmed b. Arafe (1230/1815), *Hâşiyetü'd-Desûki ala şerhi'l-kebir*, [y.y.]: Dârü'l-Fikr, [t.y.].

Düstur, Birinci Tertip, İstanbul-Ankara: Başvekâlet Neşriyat ve Müdevvenat Dairesi Müdürlüğü, 1289-1322, c. III, s. 198 vd.

el-Fetâva'l-Hindiyye, Fetâvâ-yı-Alemgiriyye, haz. Burhanpurlu Şeyh Nizam, Şeyh Vecihüddin, Şeyh Celaledin Muhammed, Kadı Muhammed Hüseyin, Molla Hamid, Kahire: Matbaatü'l-Meymeniyye, [t.y.].

Ensâri, Seyyid, *Akdü'l- vekâle fî'l-fikhi'l-İslâmi*, Mekke, 1979.

Erem, Faruk, *Avukatlık Meslek Kuralları*, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2007.

Gayretli, Mehmet, “İslâm Adliye Teşkilatında Avukatlık”, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mgayretli-1.pdf>, (11.08.14).

Gazzâlî, Ebû Hamid Hucetü'l-İslâm Muhammed b. Muhammed (505/1111), *İhyâ-ü Ulumi'd-dîn*, Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, 1983.

Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, 7. bs., Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011.

Güney, Necmeddin, *İslâm Hukuku'na Göre Satım Akdinde Garâr ve Sonuçları* (Basılmamış Doktora Tezi), Konya 2013.

Hafif, Ali, *Ahkâmü'l-muâmelâtî's-şer'iyye*, Dârü'l-Fikri'l-Arabi, [t.y.].

Haydar, Ali, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-ahkâm*, İstanbul: 1330.

İbn Âbidînzâde, Alaeddin Muhammed b. Muhammed Emin b. Ömer Dımaşki (1306/1889), *Hâşiyetü Kurreti uyûni'l-ahyâr tekmlletü Reddi'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr şerhi Tenviri'l-ebşâr*, thk. Adil Ahmed Abdülmevcud, Ali Muhammed Muavviz, Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1994/1415.

İbn Cüzey, Ebü'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kelbî (741/1340), *el-Kavânînü'l-fikhiyye*, Beyrut: Dârü'l-Kalem, [t.y.].

İbn Ferhûn, Ebü'l-Vefa Burhaneddin İbrâhim b. Ali b. Muhammed (799/1397), *Tebşiratü'l-hükkâm fî usûli'l-akziye ve menâhici'l-ahkâm*, thc. Cemâl Mar'aşlı, Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 2003/1423.

İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme Cemmâilî Makdisî (620/1223), *el-Muğnî*, thk. Abdullah b. Abdülmuhsin Türki, Abdülfettah Muhammed el-Hulv, 4. bs., Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 1999/1419.

İbn Manzûr, *Lisânü'l-arab*, tsh. Emin Muhammed Abdülvehhab, Muhammed es-Sadık el-Ubeydi, Beyrut: Dârü'l-ihyâi't-Türasi'l-Arabi, 1997.

İbn Müflih, Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed b. Müflih b. Muhammed (763/1362), *el-Âdâbü's-şer'iyye*, thk. Şuayb el-Arnaut, Ömer Hasan Kıyyam, Beyrut: Müessesetü'l-Risâle, 1996/1416.

İbn Müflih, Ebû İshak Burhaneddin İbrâhim b. Muhammed (884/1479), *el-Mübdi'* şerhu'l-Mukni', Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 2003/1423.

İbn Nuceym, Zeynüddin Zeyn b. İbrâhim b. Muhammed Mısri Hanefî (970/1563), *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, thk. Muhammed Muti' Hafız, Dimaşk: Dârü'l-Fikr, 1983/1403.

İbn Rüşd el-Hafîd, Ebü'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed Kurtubi (595/1198), *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*, 6. bs., Beyrut: Darü'l-Ma'rife, 1985/1405.

İyimaya, Ahmet, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları*, Ankara: Afşaroğlu Matbaası, 1995.

Kadıẓâde, Ahmed Şemseddin (988/1580), *Netâ'icü'l-efkâr fî keşfi'r-rumûz ve'l-esrâr*, [y.y.]: Mustafa el-Babi el-Halebi, 1970/1389, VII, 499. (Fethu'l-Kadir içinde)

Kaffâl, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed Şâşî (507/1114), *Hilyetü'l-ulemâ fî ma'rifeti mezâhibi'l-fukaha*, thk. Yasin Ahmed İbrâhim Deradeke, Amman: Mektebetü'r-Risâleti'l-Hadise, 1988.

Kârâfî, Ebü'l-Abbas Şehabeddin Ahmed b. İdris b. Abdürrahim (684/1285), *Zâhire*, thk. Muhammed Haccî, Beyrut: Dârü'l-Garbi'l-İslâmî, 1994.

Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İstanbul: İz Yayıncılık, 2009.

_____, “Akid”, *DİA*, İstanbul: TDV, II, 1989, 251-256.

Kâsânî, Ebû Bekr Alaeddin Ebû Bekr b. Mes'ud b. Ahmed el-Hanefî (587/1191), *Bedâiü's-sanâi' fî tertîbi's-şerâi'*, thk. Ali Muhammed Muavviz, Adil Ahmed Abdülmevcut, Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1997/1418.

Kayapınar, Hüseyin, “Vekâlet”, *Şâmil İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul: Şamil Yayınevi, 1991.

Koca, Ferhat “İkrar”, *DİA*, İstanbul: TDV, 2000, XXII, 38-40.

- Merginânî, Ebü'l-Hasan Burhaneddin Ali b. Ebî Bekr (593/1197), *el-Hidâye şerhu bidayeti'l-mübtedi*, Kahire: Mustafa el-Babi el-Halebi, 1936/1355.
- Mert, Abdülkadir, “Avukatlık Sözleşmesi İle Vekâlet Sözleşmesinin Farklılıkları”, <http://www.abdulkadirmert.av.tr/files/sozlesme.pdf>, 28.03.2014.
- Mevahibü'l-celil li-şerhi Muhtasarı Halil, thc. Zekerıyyâ Umeyrat, Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 2003/1423.
- Mevsılî, Ebü'l-Fazl Mecdüddin Abdullah b. Mahmûd b. Mevdud (683/1284), *el-İhtiyâr li-ta'lili'l-muhtâr*, thk. Şuayb el-Arnaut, Ahmed Muhammed Berhum, Abdüllatif Hırzullah, Dimaşk: Darü'r-Risaleti'l-Alemiyye, 2009/1430.
- Nevevî, Ebû Zekerıyyâ Muhyiddin Yahyâ b. Şeref b. Nuri (676/1277), *Ravzatü't-tâlibin*, thk. Adil Ahmed Abdülmevcud, Ali Muhammed Muavvaz, Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 2003/1423.
- Pieter, Reinhart ve Anne Dozy, *Tekmiletü'l-meacimi'l-Arabiyye*, trc. Muhammed Selim Nuaymi, Kahire: Vizaretü's-Sekâfe ve'l-İ'lâm, 1981.
- Remlî, Şemseddin Muhammed b. Ahmed b. Hamza el-Ensârî (1004/1596), *Nihayetü'l-muhtac ila şerhi'l-minhac*, Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1984.
- Ruaynî, Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed b. Muhammed b. Abdurrahman (954/1547),
- Sadrüşşehid, Ebu Hafs Hüsâ müddin Sadrü's-şehid Ömer b. Abdilaziz b. Ömer b. Maze Buhari (536/1141), *Şerhu edebi'l-kadi li'l-hassaf*, thk. Ebü'l-Vefa Efgani, Ebû Bekr Muhammed Haşimi, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1994/1414.
- Selman, Hasan Mahmud, *el-Muhâmât târîhuha fi'n-nizam ve mevkıfû's-şeriatı'l-İslâmiyye minha*, Ürdün 1987.
- Semnânî, Ebü'l-Kâsım Ali b. Muhammed b. Ahmed er-Rahb (499/1106), *Ravzatü'l-Kudât ve tarikü'n-necat*, thk. Selahaddin Abdüllatif en-Nahi, 2. bs., Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1984.

Senhûrî, Abdürrezzâk Ahmed Senhuri (1391/1971), *Mesadirü'l-hak fî'l-fikhi'l-İslâmî*, Kahire: Câmiatü'd-Düveli'l-Arabiyye, 1967.

Serahsî, Ebû Bekr Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl (483/1090), *el-Mebsût*, trc. Hey'et, ed. Mustafa Cevat Akşit, İstanbul: Gümüşev Yayınları, 2008.

Serahsî, Ebû Bekr Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl (483/1090), *el-Mebsut*, İstanbul: Çağrı yayınları, 1983/1403.

Serozan, R., H. Hatemi ve A. Arpacı, *Borçlar Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.

Songür, Haluk, “İslâm Hukukunda Avukatlık Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 1994/1, 225-256

Şafak, Ali, “Kasıt”, *DİA*, İstanbul: TDV, XXIV, 2001, 559-561.

Şâfiî, Ebû Abdullah Muhammed b. İdris b. Abbas (204/820), *el- Ümm*, Beyrut: Darü'l-marife, 1393.

Şenocak, Zarife, “Avukatın Akdi Sorumluluğunun Şartları”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1998/2, 5-33.

Şeybanî, Muhammed b. Hasan b. Ferkad el-Hanefî (189/805), *Kitâbü'l-Asl = el-Mebsut*, tsh. Ebû'l-Vefa Efgani, Beyrut: Âlemü'l-Kütüb, 1990/1410.

_____, *el-Câmiu's-sagîr*, nşr., Mehmet Boynukalın, İstanbul: Ocak Yayıncılık, 2009.

Şîrâzî, Ebû İshak Cemaleddin İbrâhim b. Ali b. Yusuf (476/1083), *el-Mühezzeb fî fikhi'l-İmam eş-Şâfiî*, thk. Muhammed Zuhayli, Dımaşk: Dârü'l-Kalem, 1996/1416.

Tarablusî, Ebû'l-Hasan Alaeddin Ali b. Halil (844/1440), *Muînü'l-hükkâm fî mâ yeterreddedu beyne'l-hasmeyn mine'l-ahkâm*, 2. bs., Kahire: Mustafa el-Babi el-Halebi, 1973.

Topuz, Seçkin, *Türk Hukukunda Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcu* (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001.

Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, 3. bs., İstanbul: Sermet Matbaası, 1977.

Valiyev, Aıvaz, *İslâm Hukuku Açısından Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu* (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2010.

Yavuz, Cevdet, “Dâva”, *DİA*, İstanbul: TDV, 1994, IX, 12-16.

Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, c. II, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1989.

Yıldız, Kemal, “Sorumluluk”, *DİA*, İstanbul: TDV, 2009, XXXVII, 380-382.

Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, İstanbul: Yetkin Yayınları, 2005.

Yusuf, Müslim Muhammed Cevdet, *el-Muhamat fî dav'i 'ş-şeriatî'l-İslâmiyye ve 'l-kavanini'l-Arabiyye: bahsu mukârene*, Beyrut: Müessesetü'r-reyyan, 2001.

Zebîdî, Ebü'l-Feyz Murtaza Muhammed b. Muhammed b. Muhammed (1205/1791), *Tâcül-arûs min cevâhiri'l-Kâmûs*, Kahire: el-Matbaatü'l-Hayriyye, [t.y.].

Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Fikhü'l-İslâmî fî sevbihî'l-cedid: el-medhalü'l-fıkhiyyi'l-am*, Dımaşk: Dârü'l-Fikr, 1967.

Zevkliler, Aydın, *Medeni Hukuk: giriş ve başlangıç hükümleri, kişiler hukuku: gerçek kişiler - tüzel kişiler, aile hukuku*, 3. bs., Ankara: Savaş Yayınları, 1992.

Zeydan, *el-Medhal li-diraseti's-şeriatî'l-İslâmiyye*, 9. bs., Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1986.

Zühaylî, Vehbe, *el-Fikhü'l-İslâmî ve edilletuhu*, 2. bs., Dımaşk: Dârü'l-Fikr, 1985.

_____, *el-Ukûdü'l-musammât fî kanuni'l-muâmelâti'l-medeniyyei'l-âm*, 4. bs., Dımaşk: Dârü'l-Fikr, 1987.