

İSLÂM HUKUKUNA GÖRE SATIM SÖZLEŞMESİ AÇISINDAN MAL KAVRAMI

Yrd. Doç. Dr. Nihat DALGIN

I. GİRİŞ

İslâmın meşrû olarak kabul ettiği kazanç yollarından birisi alış-veriştir. İnsanlar ilk devirlerden beri, ihtiyaç duyup da kendilerinde bulunmayan malları, karşılıklı değişme (mübadele) yolu ile temin etmişlerdir. Alışverişin ilk çeşidi olan bu tür mübadele trampa adı ile bilinmektedir¹.

İhtiyaçların farklılaşması ve imkanların değişmesine paralel olarak, satım şekli de değişime uğramıştır. Artık insanlar, ihtiyaç fazlası mallarını satmaları karşılığında, tüketimine ihtiyaç duydukları malları almak yerine, sermaye olarak da bulundurabilecek özellikteki şeyleri arzu etmişlerdir. İşte bu talep, kıymetli madenlerden -altın, gümüş gibi- standart şekillerde basılıp, tedavülde kullanılan paraların (mal-para) icadını gerektirmiştir².

Tüketim fazlası üretime geçildiği ve bu fazlalığın paraya çevrildiği dönemlerde, tedavülde bulunan kıymetli madeni paraları (dinar, dirhem gibi) taşımanın güçlüğü ve bu madenlerin uzun süre tedavülde bulunmaları halinde zâyi olacağı korkusu, kağıt ve bakır gibi, daha bol bu-

* O.M.Ü. İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ Sabri Osman, "İktisat Literatüründe Para, Kredi ve Faiz", Tartışmalı İlmî Toplantılar Dizisi -Para, Faiz ve İslam-, İSAV, İst. ts., s.3 vd.; Beşir Gözübenli, "Para Kavramına İslâmî Yaklaşım", Tartışmalı İlmî Toplantılar Dizisi, -a.g.e., -İSAV, s.70 vd., Ahmet Tabakoğlu, "İslam'da Para Politikası Hakkında Bir Deneme", Tartışmalı İlmî Toplantılar Dizisi, a.g.e. -İSAV, s.79-90; Feridun Ergin, "İktisat", İst. 1964, 560, 570.

² İslam öncesi dönemlerde de bu tür paraların mevcudiyeti ile ilgili bilgi için bkz. Makrizi, *en-Nukûd el-İslâmiyye*, Beyrut 1939, s.30; Osmanlılarda kullanılan paralarla ilgili olarak bkz. Halil Sahillioğlu, "Akçe" DİA, II, 224-226.

lunabilen ve çok değerli olmayan şeylerden oluşan paraların (temsili para) kullanıma arzedilmesini zorunlu kılmıştır³.

Kıtalar arası iletişimin yaygınlaşması ve buna paralel olarak, ticari hayatın yeni arayışlar içine girmesi ile, alışverişlerde malın bedeli olarak; çek, senet⁴, kredi kartı⁵ gibi, yeni oluşturulan araçların kullanıldığı görülmektedir.

A. SATIM SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ MAHİYETİ

1. İslam Hukukunda:

İslam hukuku kaynaklarında, satım sözleşmesi ile ilgili verilen tanımlardaki nüanslar dikkate alınmadığında, satım sözleşmesi hakkında şöyle bir tanım yapmak mümkündür: Satım sözleşmesi, "malın, temlik kasdı ile, mal ile değiştirilmesidir"⁶. Bu mübadele işlemindeki karşılıklı

³ Bu tür mübadelelerin ekonomideki yeri ile ilgili geniş bilgi için bkz. Muhammed Bakır eş-Sadr, *İslâm Ekonomi Sistemi*, Çev. Mehmet Keskin, Sadettin Ergün, Ankara 1993, I, 356-366.

⁴ İslam tarihinde senet şeklinde bir mübadele aracının Mervan b. Hakem zamanında icad edildiği ile ilgili bilgi için bkz. Müslim, *Büyük* 8; Malik, Muvatta, *Büyük* 19. Çek ve senetler bizatihi para olmayıp satın alınan malın bedelinin üzerine yazıldığı, müşterinin borcunu ve bayiin alacağını belgeleyen ve bir anlaşmazlık halinde mahkemelerde delil olarak kullanılan birer evraktır. Ancak günümüzde, çek ve senetlerin bir hayli kağıt paraya benzer bir fonksiyon icra ettikleri, bunların bankalarda alınıp satıldığı da bilinmektedir. Çek ve senet satımı, hukuk dilinde, alacağın satım yoluyla temlik konusu olarak bilinmekte olup İslam hukukçularınca da, belirli şartlarla, kabul görmektedir. Bkz: Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul, 1991, II, 598-602.

⁵ Kredi kartı bir yönüyle paraya benzemekte ise de, asıl itibariyle, bir teminat/kefalet kartıdır. Şöyle ki; kredi kartını veren kurum, kart hamilinin belirli limitte, belirli işyerlerinden mal ya da hizmet satın alarak borçlanması halinde, kart sahibinin borcuna kefil olduğunu ifade etmektedir. Alacaklı işyeri hizmetin karşılığını kurumdan almakta, kurum ise, kart sahibinden anlaşmalar doğrultusunda borcu tahsil etmektedir.

Kredi kartları; kurum, üyeler ve belirli işyerleri ağının dışında, şahsa ülke genelinde her zaman ve zeminde fayda sağlamadığı müddetçe, hukuki para olarak görülemeyeceği kanaatini taşımaktayız.

⁶ Satım sözleşmesi (bey' akdi) ile ilgili değişik tanımlar için bkz. Serahsi, Ebubekir Muhammed, el-Mebcut, Beyrut ts., XI, 108; Derdir, Ebu'l-Berekât Ahmed, eş-Şerhu's-Sağir alâ Akrabi'l-Mesalik, Dârul-mearif 1986, III, 12; Hureşi, Muhammed, eş-Şerh ala Muhtasarı Sidi Halil, Darul-fikr ts., V, 4; Mevsili, Abdullah b. Mahmud, el-İhtiyar li ta'lili'l-Muhtar, İst. 1980, II, 3; Kâsâni, Alaeddin Ebu Bekr b. Mesûd, *Bedâi'u's-sana' fî tertibi's-şera'i*, Beyrut, 1974; V; 133 (Kâsâni satım akdini, "kendisine rağbet edilen şeyin beneri ile değiştirilmesidir" şeklinde tanımlayarak, sözleşmenin kapsamını bugünkü anlayış doğrultusunda genişletmiştir.); İbnü'l-Hümmam, Kemaleddin Muhammed, *Şerhu Fethi'l-kadir*, Bey-

irade beyanı, tarafların rızasını yansıtmaktadır. Bu nedenle, birçok İslam hukukçusu, satım akdini tanımlarken, "rıza ile" şeklinde bir kayıt koymamışlardır. Ancak bazı müellifler tanımlarında, sözleşmede bulunması gerekli olan rızaya da yer vermişler ve satım sözleşmesini; "Satım sözleşmesi, rıza ile, malın mal karşılığındaki değişimidir"⁷ şeklinde tarif etmişlerdir. Bu tanım "bey^c ancak rıza ile olur" meâlindeki hadis⁸ de teyit olunmuştur.

2. Modern Hukukta:

Modern hukukta satım sözleşmesi; "Bir eşyanın para karşılığında değiştirilmesidir"⁹ şeklinde tanımlandığı gibi, Türk Borçlar Kanunu madde 182'de şöyle ifade edilmiştir: "Satım bir akittir ki, onunla satıcı, satılan malı alıcının iltizam ettiği semen mukabilinde alıcıya teslim ve mülkiyeti ona nakleylemek borcunu tahammül eder.

Modern hukuk literatüründe, satım akdi tanımlanırken akdin konusunun "mal" ve "eşya" gibi değişik terimlerle ifade edildiği görülmektedir. Bu durum bazılarının şey, mal ve eşya kavramlarını farklı anlamlarda kullanırken, bazı müelliflerin eşyayı, mal anlamında kullanmalarının neticesidir.

Ancak, her halükarda, modern hukuk çevrelerinde benimsenen görüşe göre, fiziki varlığı olmayan, menfaat, hak, hava, gaz ve enerji gibi varlıkların da satışı mümkündür.¹⁰

rut Daru'l-kutübi'l-ilmiyye, V, 72; Şirbini, Şemseddin Muhammed b. Ahmed, *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti meâni elfazı'l-Minhâc*, Dârûl-Fikr ts., II, 2; Şevkani Muhammed b. Ali b. Muhammed, *Neylül'evtâr Şerhu Muteka'l-ahbâr*, Kahire 1972, V, 142; İbn Abidin Muhammed b. Ömer, *Reddu'l-muhtar ale'd-Dürri'l-muhtâr şerhu Tenvirî'l-ebâr*, Beyrut 1987, IV, 3 vd.; Mecelle, md. 105; Ali Bardakoglu, "Bey", DİA, VI, 14.

⁷ Bkz. Molla Hüsrev, Muhammed b. Fıramüz, *Düreru'l-hukkâm şerhu Gureri'l-ahkâm*, İst. 1302, II, 142; Havarezmi, Celâlüddin b. Şemseddin el-Kurlânî, *el-Kifâye ale'l-Hidaye* (İbnü'l-Hümmam, Fethu'l-kadir ile birlikte), Beyrut ts., V, 404; Şevkani, *Neylül'evtâr*, V, 142; Ayrıca İslamın sözleşmelerde rızaya ne derece önem verdiği ile ilgili bilgi için bkz. Karadağı, Ali Muhyiddin b. Ali, *Mebdeu'r-rıza fi'l-ukûd*, Beyrut 1985, I, 18-23.

⁸ İbn Mace, Ticarât 18; Heysemi, hadisın senedinin sahih ve ravilerinin sika olduğunu belirtir.

⁹ Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku*, İst. 1977, II, 28, 45; F. Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, İst. 1970, I, 55.

¹⁰ Geniş bilgi için bkz: M. Kemal Oğuzman - Özer Seliçi, *Eşya Hukuku*, İstanbul, 1988, s. 6,7; Feyzioğlu, *a.g.e.*, I, 55.

B. SATIM SÖZLEŞMESİNİN ÇEŞİTLERİ

Satım sözleşmesi "trampa", "mutlak satım", ¹¹ "selem" ¹², "istisna" ¹³ ve "sarf" ¹⁴ çeşitlerine ayrılmakla beraber, biz konumuz açısından bunu "mutlak satımla" sınırlandırmayı, gerekli hallerde diğer sözleşme çeşitlerine atıfta bulunmayı tercih ediyoruz.

Mutlak satım sözleşmesi; tedavülde kullanılan bir para veya onun yerini tutan değişme vasıtaları karşılığında malın satımı akdidir.

Günümüzde alışveriş deyince ilk akla gelen bu tür bir akitir. "Trampa" dan para-mal değişimi olan "mutlak satım"a geçilmesi ticari hayata bir canlılık getirmiştir.

C. SATIM SÖZLEŞMESİNİN KONUSU

Buna mahall-i akid veya satılan şey (mebî) ismi de verilmektedir

Bazı İslam hukukçuları, mahallül'-akid kavramını, hem satılan mal, hem de buna karşılık olarak verilen şey (semen) anlamında kullanmışlardır. Hanefiler gibi bazıları ise, yalnız satılan malı akdin konusu olarak kabul etmişlerdir¹⁵.

Satım akdinin konusunun mal olacağına ve şer'an bu malın, üzerinde sözleşme yapılması mübah bir mal (mütekavvim mal) olmasında, İslam hukukçuları hemfikiridir¹⁶. Ancak İslam hukukçularının farklı görü-

¹¹ Geniş bilgi için bkz. *Mecelle* md. 120, 121, 122, 123, 124; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk,ı İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, İst. ts., VI, 5; Hamdi Döndüren, *İslam Hukukuna Göre Alım Satımda Kâr Hadleri*, Balıkesir 1984, s. 71 vd. .

¹² Bkz. Buhari, *Selem* 2,3,4; İbn Mace, *Ticârât* 59; İbn Abbas selem sözleşmesinin Bakara 2/282 ayeti ile helal kılındığı görüşündedir. Ayrıca bkz. Mevsili, *el-İhtiyar*, II, 33, 34; İbn Kudame, Ebu Muhammed Muvaffakuddin Abdullah, *el-Muğni* (eş-Şerhu'l-Kebir ile birlikte), Beyrut 1994, IV, 304; Nevevi, Ebu Zekerriyya Muhyiddin Yahya b. Şeref, *Munhac'u't-talibin*, (Şiribini, Muğni'l-muhtac ile birlikte) Daru'l-fikr ts., II, 102; *Mecelle*, md.123.

¹³ Geniş bilgi için bkz. Kâsâni, *Bedayi*, V, 2; İbrahim Çalışkan, "*Istisna-Akdinin Mahiyeti ve Unsurları*", AUİFD, XXXI, 354 vd.; Sayın Orhan Çeker, İstisna akdinin Kehf 18/94 ayeti ile sabit olduğu görüşündedir. Bkz. Çeker, *Fıkıh Dersleri*, İst. 1994, s.186.

¹⁴ Bkz. *Mecelle*, md. 121.

¹⁵ Kâsâni, *Bedayi*, V, 143 vd.; *el-Fetâva'l-Hindiyye*, Heyet, Bulak 1310'dan ofset, V, 431; *Mecelle*, md. 199; Ali Haydar, Şerhu *Mecelle*, I, 152; Bardakoğlu, "*Bey*", DİA, VI, 15.

¹⁶ Mevsili, *el-İhtiyar*, II, 3; Desuki, Muhammed b. Ahmed, Hâşiye ale's-Şerhi'l-kebir alâ Muhtasari'l-İmam Halil, II, 10; İbn Abidin, *Reddu'l-muhtar*, IV, 101; ez-Zerka, *el-Medhal*, III, 855; Senhuri, *Masadiru'l-hak*, III,93; *el-Mevsuatu'l-Fıkhiyye*, Vezaretü'l-evkaf ve's-Şuûni'l-İslâmiyye, Kuveyt, 1993, IX, 15; Ali Haydar, *Şerhu Mecelle*, I, 152; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 181 vd.

oldukları nokta, "mal"ın ne olduğu ve hangi malların satım sözleşmesi konu olacağıdır¹⁷.

bu araştırmada, İslam hukuku açısından mal kavramının kapsamı fikir vermek ve satım sözleşmesinin bir unsuru olan mebiin, mebiye konu olması hukuken kabul edilmiş bir mal" (mütekavvim) şartından neyin kastedildiğinin tespiti hedeflenmiştir. Bunun malı belirlemek gerekmektedir.

MAL

Mal sözlükte, sahip olunan eşya olarak tanımlanmaktadır¹⁸.

Hukukta itibar edilen mal kavramını tanımlayabilmek için, tabii malımız gerekmektedir.

Malın tabii ve hukukî olmak üzere iki yönü mevcuttur¹⁹. Burada tabii malın hukuka ve İslâm hukukuna göre tabii malı tanımaya çalışırken hukuki mal kavramını inceleyeceğiz.

TABİİ MAL

Tabii mal; bir şahsın kendi serbest iradesiyle faydalanmak arzusuyla elde edebildiği şeydir.

Modern Hukuka Göre Tabii Mal ve Kapsamı:

Modern, İktisat ve Hukuk tarihi içinde mal kavramına yüklenen fevriyetli bir şekilde değinilmeksizin, günümüz iktisat ve hukukun mal anlayışının ne olduğunu vermekle yetinmek istiyoruz.

Özellikle değinilecek olmakla beraber, burada Mecelle'yi ta'dil eden Osmanlı Muhakemat Usûlü Kanunu 64. maddedeki mal tanımını hatırlatmak lazımdır. Mal; "elden ele değiştirilmesi adet haline gelmiş a'yan (eşyalar), hak ve haklardır." Bkz. Mahmasani, Subhi Receb, *en-Nazariyyetü'l-âmme fi'l-ibât ve'l-ukud*, Beyrut 1983, s.10.

Bu konuda, *Lisanü'l-Arap*, Beyrut ts. XI, 635; Firuzâbâdi, *el-Kamusu'l-muhit*, 991, IV, 70; İbnü'l-Esir malı, "Sahipli olan şey" olarak belirtir, *en-Nihaye'l-hadis*, el-Mektebetü'l-İslamiyye, ts., IV, 372; Fahreddin er-Razi, malın herkesin fazlasıyla meyl bulunduğundan "Meyl" kelimesinden türetilir. Bkz. *Mefatihü'l-Gayb* (Tefsir-i Kebir) Mısır 1308, IV, 470. Ayrıca Zehra, *el-Mülkiyye ve Nazariyyetü'l-akid fi's-şeriatü'l-İslâmiyye*, 39, s.43.

Özellikle Zeydan, *İslam Hukukuna Giriş*, çev. Ali Şafak, İst. 1976, s.330 vd.; Şafak, *Türk Eşya Hukuku*, Ankara 1972, s.37 vd; Mal, misli-kıyemî, menkûl ve sahiplerine göre de sınıflandırılmakta ise de biz malın bu yönünü edindik. Malların çeşitli açılardan tasnifi için bkz. H. Mehmet Günay, *Hukukunda Kamu Malları*, MÜSBE 1997 (Doktora Tezi), s.21-81.

Günümüz hukukçuları ve iktisatçıları, tabii malı tanımlarken şu ayrımı kaçınılmaz bulurlar. Alemde mevcut olan, insan dışındaki varlıklar, üçe ayrılmaktadır. Bunlar, şey, mal ve eşyadır²⁰.

Şey; dış alemi oluşturan ve insandan başka her türlü maddi veya maddi olmayan varlıklardır. İnsanlara faydalı oldukları nisbette, şeylere olan alaka ve ihtiyaç artacaktır.

Mal; insanların ihtiyaçlarını gideren ve bu itibarla da faydalı telakki edilen şeylerdir²¹. Yani, insanların faydalı görüp, sahip olmak istedikleri şeyler mal ismini almaktadır. Buna göre, maddi varlığı olup olmaması²² arasında fark gözetilmeksizin, insanların ihtiyaçlarına cevap verdiği için, kendilerine rağbet edilen her şey maldır.

Eşya; insanların ihtiyaçlarını tatmine yarayan, iktisabı mümkün, yani üzerlerinde fiili ve hukuki hakimiyet tesisine müsait olan maddi mallar eşyaları meydana getirir.

Bu tasnife göre, "mal" kavramı, "tabii mal" anlamında kullanılmış olup, bu terim "şey" den özel ve "eşya" dan daha kapsamlıdır. Yani tabii malın kapsamına, eşya (a'yân)ın tamamı ile, şeylerin faydalı olanları girmektedir. Burada eşya, malın maddi ve hukukî olanına verilen isim

²⁰ Selahattin Sulhi Tekinay, *Eşya Hukuku*, İst. 1978, s.3 vd.

²¹ Modern hukukta mal kavramı zaman içinde gelişme kaydetmiştir. Örneğin Türk-İsviçre Medeni Kanununa göre, mal yaklaşık olarak eşya anlamındadır. Ancak sonraları mal kavramı eşyadan çok "şey" kavramına yaklaştırılmıştır. Bkz. M. Kemal Oğuzman-Özer Seliçi, *Türk Eşya Hukuku*, İst. 1978, s.3.4; Ömer Gürkan, *Ekonomi*, Trabzon 1992, s.5 vd.

²² Modern hukukçulara göre maddi olmayan mal denince şu üç ayrı mana anlaşılmaktadır.

1. Elektrik enerjisi gibi, fizik bakımından maddi bir şey olarak telakki edilmeyen şeyler.

2. Hukuken konusu muayyen birşey değilse, bir haktan ibaretse, bu taktirde yine maddi olmayan mallardan bahsedilir. Örneğin, intifa ve rehin hakları, menkul ve gayr-ı menkul haklardan başka haklar üzerinde kurulmuş abilir. Yani bir alacak hakkı üzerinde üçüncü şahsın intifa hakkına sahip bulunması mümkündür. Bu taktirde, alacak üzerinde intifa hakkı, onun gelirine temellük hakkı verir.

3. Ticaret ünvanı, ihtira beratları, markalar, tüccarların müşteriler çevresi üzerindeki hakları.... gibi, konusu maddi eşya kavramı dışında kalan haklara, maddi olmayan şeylere ilişkin haklar denilmektedir. Fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar da bu kategoriye girer.

Birçok modern hukukçu, "maddi olmayan mal" deyimini esas itibarıyla, bu türlü değerler için kullanılmaktadır. Bkz. Tekinay, *Eşya Hukuku*, s.19; Akipek, *Türk Eşya Hukuku*, s.32; Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku*, II, 370; Gürkan, *Ekonomi*, s.5.

olup, şeylerden-maddi olmasa da- faydalı olanlar tabii mal kapsamına dahildir. Bir diğer deyişle, "iktisadî kıymeti olan her şey" maldır²³.

Günümüz hukuk otoritelerinden M. Kemal Oğuzman eşyayı mal anlamında kullanarak, bu ayrımı, hukuki eşya ve fiziki eşya şeklinde yapmaktadır. Hukuki anlamda eşyayı; "üzerinde ferdî hakimiyet sağlanabilecek, iktisadî bir değer taşıyan şahıs dışı cismanî varlıklardır" diye, yukarıdakine benzer bir şekilde tanımlarken, fizikî=tabii eşyayı tanımlamaksızın, bu mananın dışındaki varlıklara hasretmiş görünmektedir.²⁴

Biz araştırmanın bundan sonraki bölümünde eşyayı; maddî varlığı olan anlamında, malı ise iktisadî değeri olan aynî ve gayr-ı aynî şeyler anlamında geniş kapsamlı bir terim olarak kullanacağız.

2. İslam Hukukçularına Göre Tabii Mal ve Kapsamı

İslam hukuk tarihinde de mal kavramı gelişme kaydetmiştir. İslam hukukçuları malın, şâri tarafından tanımlanmış dini bir kavram olmadığını ve değişken nitelikli olduğunda hemfikirler²⁵. Bu nedenle, kavram olarak malı tanımlamada farklı düşünebilmişlerdir.

İslam hukukçularının çoğunluğu mala hukuki bir obje olarak bakmış, bunun için tabii mal kavramını benimsememişlerdir. Yani, onlara göre, hukukun kendisinden istifade edilmesine mücade ettiğİ şeyler maldır, onun dışındakilere ise mal denmez.

Ancak hanefi ekolü hukukçuları malı, modern ayrıma benzer şekilde, mütakavim (hukuki) ve gayr-i mütakavim (hukuk yönünden kıymetli olmayan) mal diye ikiye ayırmışlardır.

Ayrıca, yine hanefi hukukçuları, malın kapsamını, somut varlığı bulunan şeyler (a'yan=eşya) e hasrederken, diğerleri malın kapsamını daha geniş tutmuşlardır.

Modern anlamda mal tasnifini benimsediğimiz için, araştırmamızda bu doğrultuda İslam hukukçularının tabii mal kavramına yükledikleri manayı tespİte çalışacağız.

²³ Mahmasani de bu ifadenin bugünkü kanunların benimsediğİ bir mal tanımı olduğunu belirtmektedir. Bkz: *en-Nazariyyât*, s. 8; Ali el-Hafif, *el-Mülkiyye fî'l-Şeriat'l-İslamiyye*, Beyrut 1990, s.16.

²⁴ Oğuzman-Seliçi, *a.g.e.*, s. 6,7

²⁵ Ebu Zehra, *el-Mülkiyye*, s.44; M. Yusuf Musa, *el-Emval ve Nazariyyetü'l-akid fî'l-fıkhi'l-İslâmî*, Daru'l-fikri'l-Arabi 1987, s.251, 252; Ali el-Hafif, *el-Mülkiyye*, s.13; Fahri Demir, *İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı*, Ankara 1993, s.19.

a. Malın Eşyadan İbarete Olduğu Görüşü:

Bu görüşe göre mal; insan tabiatının kendisine meylettiği, ihtiyaç için biriktirilen ve kendisi ile adet olduğu üzere faydalanılan her ayn (eşya)²⁶dır. Bu, hanefi hukukçularının benimsediği bir görüştür²⁷.

Buna göre mal, eşya ile sınırlandırılmaktadır. Maddi bir varlığı bulunmayan menfaatler ve haklar bu görüşe göre mal değildir.

b. Malın Eşya ile Birlikte Menfaati de Kapsadığı Görüşü:

Bu görüşe göre mal; kendisi ile zaruret dışında da faydalanılması mübah olan ayn (eşya) ve menfaattır. Bu tanım, hanefiler dışındaki İslam hukukçularının çoğunluğunun görüşünü yansıtmaktadır²⁸.

Bu tanım, her ne kadar, hukukî malı açıklıyorsa da, "... mübah olan..." kaydı dışındaki ifadelerle bakıldığında, mal kapsamının genişletilecek, somut varlığı bulunmayan menfaatları da içine aldığı görülmektedir.

Birinci görüşe sahip olan hanefilerle, bu görüşü savunan cumhur arasında, menfaatin mal sayılıp sayılmayacağı ciddi bir şekilde tartışılmıştır. Burada bu tartışmaya kısaca değinmek uygun olacaktır.

Hanefilere göre, menfaatin mal sayılmamasının sebeplerinden birisi, menfaatin kaynağı olan eşyayı kullanma öncesinde menfaatin mevcut olmayışıdır. Yok olan bir şey ise, onlara göre, mal olarak nitelendirilemez. Ayrıca, menfaat kazanılıp biriktirilemeyecektir. Belki menfaat bir vasıf olup, uzun süre bâki kalamayacaktır. Ancak, onlar menfaatin mülk olduğunu kabul etmişlerdir²⁹. Mülk ile malın farkını ise şöyle açıklarlar: Mülkte kişi, tek başına, malik sıfatıyla tasarrufta bulunabilir. Mal ise,

²⁶ Eşya hakkında geniş bilgi için bkz. Hasan Hacak, "Eşya", *İslam'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, İst. 1997, I, 495.

²⁷ Merğınani, Ebu Bekir b. Abdülcelil, el-Hidaye şerhu 'Bidayeti'l-mübtedi, el-Mektebetü'l-İslâmiyye ts, III, 46; İbn Nüceyım, Zeynü'l-âbidin İbrahim; *el-Bahrü'r-raik şerhu Kenzi'd-dakâik*, Kahire ts. V, 277; İbn Abidin, Reddül-muhtar, IV, 100, 103; *Mecelle*, md. 596-599; Ebu Zehra, *el-Mülkiyye*, s.44; Bu tanımın tenkidi için bkz. *ez-Zerka el-Medhal*, III, 114.

²⁸ Şirbini, *Muğni'l-muhtac*, III, 220; Desuki, *Haşiye*, III, 10; Şerhu *Münteha'l-İrâdat*, II, 142; Suyuti, Abdurrahman Celaleddin, *el-Eşbah ve'n-nezair fî kavaid ve furui's-Safiiyye*, Beyrut 1994, s.197; Buhuti, Yusuf b. İdris, *Keşşafu'l-kına Calâ metni'l-İkna*, Beyrut 1982, III, 152; Ayrıca, mal ile ilgili tanımların birçoğunu bir arada görebilmek için bkz. *ez-Zerka, el-Medhal*, 114-118.

²⁹ Sübki, *el-Eşbah ve'n-nezair*, Beyrut 1991, s.232; İbn Abidin, *Reddül-muhtar*, IV, 3; Zeydan, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 333.

ihtiyaç anında faydalanmak için biriktirilir. Onlara göre, mülk maldan kapsamlıdır³⁰.

Ayrıca hanefiler, menfaatlerin peyder pey ortaya çıkmakta olduğunu, bu nedenle de menfaatlerin ihrazının (el altına alınmasının) mümkün olmadığını söylerler.

Yine onlara göre, menfaatler bizzat kıymet ifade etmeyip, ancak ihtiyaç sebebiyle, hukukta, kıyasa aykırı olarak-kira sözleşmesi gibi bazı hallerde- mal kabul edilirler³¹. Yani menfaat, normal hallerde mal değildir.

Menfaatin mal olduğunu kabul eden İslam hukukçularının çoğunluğu³² ise görüşlerini desteklemek üzere şu delilleri kullanmışlardır.

Mal insanın yararına olarak yaratılmış şeylerdir. Menfaatler de böyledir. Eşya (â'yân)dan aslolan da menfaatlarıdır³³. İnsanlar eşyaya menfaatleri sebebiyle rağbet gösterirler. Çünkü maldan yararlanma esastır. Kendisinden istifade edilemeyen şeyler mal sayılmaz. Ayrıca, menfaati bulunmayan, a'yan (eşya) da olsa, mal sayılmamaktadır³⁴.

Bir şeyin mahiyeti, onu insanların edinmeleri (temevvül) ile tayin ediliyorsa, insanlar menfaati da edinmekte, icare sözleşmesi ve benzeri tasarruflarda onu ticaret konusu yapabilmektedir. Buna göre, menfaatin mal olmasında bir engel bulunmamalıdır³⁵.

Ayrıca Hz. Peygamber, menfaatin nikahta mehir olabileceğini belirtmiştir.^{37a} Mehrin ise, mal olması gerektiği Kur'an ayetiyle³⁶ sabittir. Bu durumda, naslara göre menfaatin mal olduğu anlaşılmaktadır

³⁰ ez-Zerka bu tespiti karşı çıkar ve mal olmayan şeyin mülk de olamayacağını savunur. Bkz. ez-Zerka, *el-Medhal*, III, 855, 856, Ayrıca bkz. *Mecelle*, md 125.

³¹ Bkz. Serahsi, Şemsül Eimme Ebu Bekr Muhammed b. Sehl, *el-Mebsut*, İst. 1983, XI, 78; Merğmani, *el-Hidaye*, IV, 120; İbn Abidin, *Reddu'l-muhtar*, IV, 3; Mecelle, md. 596; Ebu Zehra, *el-Mülkiyye*, s.48,51.

³² Şirbini, *Muğni'l-muhtac*, II, 3; İbn Kudame, *el-Muğni*, IV, 39, 40; Buhuti, *Keşşafu'l-kına*, III, 146; Merğmani, *el-Hidaye*, IV, 20.

³³ Mahmasani, *Nazarıyyat*, s.10 (İzz b. Abdisselam Kavaidu'l-ahkam li mesâlih'il-enam, I, 172'den naklen).

³⁴ Benzer bir örnek için bkz. Şirazi, Ebu İshak İbrahim b. Ali el-Firuzâbâdi, *el-Muhezzeb fi fihhi'l-İmam eş-Şafii*, (Nevevi, *el-Mecmu ile birlikte*) Beyrut 1992, IX, 288; Zeylai Fahreddin Oman b. Ali, *Tebyyinü'l-hakaik şerhu Kenzi'd-dekâik*, Bulak 1313, V, 234.

³⁵ Serahsi, *el-Mebsut*, XI, 78; Ali el-Hafif, *el-Mülkiyye*, s.44; M. Yusuf Musa, *el-Emval*, s.252.

^{37a} Hadis için bkz. Buhari, *Nikah* 14; *Fedail-i Kur'an* 22; Müslim, *Nikah* 13; Yorumu için bkz. Ahmed Davudoğlu *Sahih-i Müslim Tercüme ve Şerhi*, İst. 1980, VII, 272, 277; İbnü'l-Kayyim, *Zadü'l-mead*, çev. Mehmet Erdoğan, İst. 1990, v,

Diğer taraftan menfaatin mal sayılamayacağı ile ilgili herhangi bir nass bilinmemektedir.

Biz de, Hanefilerin dahi kira (icare) sözleşmesinde istihsanen menfaati mal kabul etmelerinin, menfaatin mal olduğu yönünde bir delil olacağı kanaatindeyiz. Çünkü, sözleşme eşyanın hakikatını değiştirmez.

Ayrıca birinci görüş, birçok hak kaybına sebep olmaktadır. Bu nedenle, sonraki hanefi hukukçuları, yetim malı, vakıf malı ve kiraya verilmek için hazırlanmış malların menfaatlarını mal sayarak, onları gasbenden şahıslara tazminat öngörmüşlerdir³⁷.

İkinci görüş, günümüz telâkkilerine de uygun düşmektedir³⁸.

c. Malın Eşya ve Menfaat ile Birlikte Hakları da Kapsadığı Görüşü

Bu görüşe göre mal, maddi bir kıymet ifade eden eşya (a'yân), menfaat ve haklardan ibarettir.

Klasik İslam hukuku kaynaklarında, mutlak olarak mal tanımı içine hakların da dahil edildiğine dair bir bilgiye rastlamadık. Ancak, zaman zaman, hakların -bazı şartlarla -mal sayıldığından söz edilmektedir³⁹.

Muasıf hukukçulardan Mahmasani ise, klasik devirde mal kabul edilen menfaatin, iktisâdi kıymeti bulunan haklardan, örfen tedavülü adet haline gelenleri de kapsadığını düşünmektedir⁴⁰ ki, klasik kaynaklarda mevcut örnekler de bu görüşü desteklemektedir.

Burada hakla ilgili özet bilgi vermek, konunun anlaşılmasında faydalı olacaktır.

Hak; şahsa özel olan manevi bir kudrettir ki, insan bununla tasarruf selahiyetini veya bir şeye malik olma özelliğini kazanır⁴¹. Bir diğer

282; Nitekim İslam hukukçularının birçoğu menfaatin mehir olacağını kabul etmişlerdir. Konu ile ilgili bilgi için bkz. Zekiyüddin Şaban, *el-Ahkamü's-Şeriyeye li'l-ahvali's-şahsiyye*, Bingazi 1993, s.264, 265.

³⁶ Nisa 4/24.

³⁷ Bu konudaki mezhep görüşlerinin mukayesesi için bkz. Zuheyli, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, VIII 193-199.

³⁸ ez-Zerka, *el-Medhal*, III, 920; Mahmasani, en-Nazariyyat, s.10; Zeydan, *İslam Hukukuna Giriş*, s.333, 334; Zuheyli, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, V, 39.

³⁹ Suyuti, *el-Eşbah*, s.327; Ali el-Hafif, *el-Mülkiyye*, s.17; Kâsânî, *Bedayi*, VI, 189, 190; İbn Nüceym, *el-Bahrûr-raik*, VI, 43; Şirbini, *Muğni'l-muhtac*, II, 193; Nevevi, *Ravzatü't-talibin*, Beyrut 1992, IV, 219-226.

⁴⁰ Mahmasani, en-Nazariyyat, s.19.

⁴¹ Bilmen, *Kamus*, I, 13; Hilmi Ergüney, *Türk Hukukunda lügat ve Istihlâlar*, İst. 1973, s.142; ez-Zerka, *Medhal*, III, 10, 11.

ifadeyle hak; kanunların sahibi için koruduğu, mâli bir kıymet taşıyan çıkarlardır⁴².

Konusuna göre haklar şöyle sınıflandırılabilir.

a) Mâli hak: Mal ile ilgili olan haklardır. İrtifak hakları, müşterinin veya kiracının kiraladığı eşya üzerindeki hakları gibi.

b) Mâli olmayan hak: Mal dışında bir ilişkiden oluşan hak. Velayet hususunda baba hakkı, annenin hıdane hakkı gibi.

c) Şahsî hak: Zimmette olan şeyi ilgilendiren hak. Borç, nafakalar, telef edilen şeyin tazmini, gasbedilen malın bedelini alma hakkı gibi haklardır.

d) Aynî hak: Aynın bizzat kendisine taalluk eden hak. Malikin sattığı ayn (eşya)ı parasını alıncaya kadar hapsedme hakkı gibi.

e) Mücerred hak: Varlığında ve yokluğunda mahalde değişiklik oluşturmayan haklardır. İnsanın zimmetinde sabit olan bir borçtan alacaklı vazgeçtiğinde, zimmet olduğu gibi kalır. Borcun varlığında ve yokluğunda, zimmette bir değişiklik olmaz. İşte bu alacak hakkı, ve şufa hakkı mücerred hakkın örneklerindendir.

f) Gayr-ı mücerred hak: Varlığı ve yokluğunda mahalde etkisi görülen haktır. Kisas hakkı gibi ki, katilin, kisas hakkının düşmesinden önce kanı hederdir. Maktulün varisleri, katili kisas ettirebilme haklarından vazgeçtiklerinde, katilin kanı masum olur⁴³.

Bu sınıflandırma içinde, "mâli olmayan haklar"ın mal olmadığı, yani mâddi bir kıymetle değiştirilemeyeceği bütün hukukçular tarafından kabul edilmiştir⁴⁴.

Diğer hakların ise, mal olup olmadıkları klasik dönem İslam hukukçuları nezdinde tartışılmıştır.

Bu hakların bazıları, ayn'a tâbi görülerek, bazı hukukçularca mal kabul edilmiş fakat, müstakil olarak mal olduğu benimsenmemiştir⁴⁵.

⁴² Senhuri, *Masadiru'l-hak*, I, 9; Abdülmecid Abdülmumeyd ed-Deybâni, *el-Medhal ilâ diraseti'l-fikhi'l-İslami*, Bingazi 1994, s.302.

⁴³ Şüphesiz hakların farklı sınıflandırılması da mümkündür. Bu hususta değişik sınıflandırmalar için bkz. Ali el-Hafif, *el-Mülkiyye*, s.12,14; ez-Zerka, *el-Medhal*, III, 15-48; Senhuri, *Masadiru'l-hak*, I, 9-38; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, III, 27 vd.; *el-Mevsuatu'l-fikhiyye*, XVI, 40, 42; Nezih Hammad, *İktisadi Fıkıh Terimleri*, çev. Recep Ulusoy, İst. 1996, s.108; Deybani, *el-Medhal*, s.307, 308.

⁴⁴ Abdülkerim Zeydan, *İslam Hukukuna Giriş*, s.332.

Yine, mücerred hakların mal olup olmadıkları da tartışılmıştır⁴⁶.

Bir kısım hakların mal kapsamına dahil olup olmadığı ile ilgili tartışmaların nedenlerinden birisi-kanaatımızca, -konunun tartışıldığı ortamda, insanların bunlara ihtiyacının olmayışıdır. Çünkü, yukarıda değinildiği gibi, şeylerin mal sınıfına girmeleri, insanların onlara gösterdiği ilgi ile paralellik arz etmektedir.

Bu açıklamalardan sonra, üçüncü görüşün, sonraki İslam hukukçuları tarafından benimsenmiş olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü, Mecelle'yi ta'dil eden Osmanlı Hukuk-ı Muhakematı Usulü Kanununun 64. maddesi şöyledir: "Elden ele değiştirilmesi âdet haline gelmiş a'yân, menfaatlar ve haklar mutlak anlamda mütekavvim mal hükmündedir"⁴⁷. Böylece, haklar da mutlak olarak mal kapsamına girmiş bulunmaktadır.

Artık bundan sonraki İslam hukuku ile ilgili çalışmalarda⁴⁸ ve sözlüklerde⁴⁹, malın; eşya, menfaat ve hak üçlüsünden oluştuğunun benimsendiği görülecektir.

Bu konuyu sonuçlandırırken şunlar söylenebilir. Günümüz dünyasında "eşya"lar ve onların menfaatlarında hayli gelişme söz konusu olduğu gibi, eskilerin tanımadığı yeni haklar da zuhur etmiş olup, asrımız insanı bunlardan da istifade etmektedir⁵⁰. Bu nedenle, muasır İslam hukukçuları, bu tür hakların da mal kapsamına dahil olup olmadığını araştırmışlar ve bunların da mal kavramına dahil olduğu kanaatine varmışlar-

⁴⁵ Konu ile ilgili bilgi için bkz. Merginani, *el-Hidaye*, III, 146; Kâsani, *Bedayi*, VI, 189; Adevi, *Haşiye* (Hureşi, Şerhu ala Muhtasarı Halil ile birlikte) Daru'l fikr ts. V, 21; İbn Kudame, *eş-Şerhu'l-Kebir*, V, 481; Şirbini, Muğni'l-muhtac, II, 3; İbn Abidin, *Reddu'l-muhtar*, IV, 101; Bilmen, *Kamus*, VI, 30; *el-Mevsuatu'l-fıkhiyye*, XVI, 40, 42; Zuheyli, *Ansiklopedi*, V, 392.

⁴⁶ Kurtubi, Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed, *el-Cami li ahkâmî'l-Kur'an*, Kahire 1994, V, 403, 404; İbn Rüşt, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed el-Hafid, *Bidayetü'l-müctehid ve Nihayetü'l-muktesid*, Beyrut 1992; Kâsani, *Bedayi*, V, 21, 148; İbn Abidin, *Reddu'l-muhtar*, IV, 14; Deybani, *el-Medhal*, s.308; İbn Kudame, *el-Muğni*, V, 536 vd.; İbn Nüceym, *el-Eşbah*, s.421; Ceziri, Abdurrahman, *Dört Mezhebin Fıkıh Kitabı*, çev. Hasan Ege, Bahar Yayınları İst., III, 214.

⁴⁷ Mahmasani, *ez-Nazariyyat*, s.10; Demir, *İslam Hukukunda Mülkiyet*, s.24.

⁴⁸ Bkz. ez-zerka, *el-Medhal*, III, 857; Mahmasani, *ez-Nazariyyat*, s.19.

⁴⁹ Örneğin, Hukuk Terimleri Sözlüğü hazırlayan Sayın Şafak malı şöyle tanımlamaktadır: "Mal, insan yaratılışının kendisine sahip olmak için meylettiği ve ihtiyaç zamanı kullanılmak üzere biriktirdiği, mülkiyete konu olabilen şeylerdir. Mülkiyete konu olan şeyler, maddî ve manevî mallar ve haklardır. Şafak, s.300; Sayın Ergüney ise, *Türk Hukukunda Lügat ve Istılahlar* adlı sözlüğünde benzer tanım kullanır. Bkz. s.285; Nezih Hamad da, *İktisadi Fıkıh Terimleri*, isimli çalışmasında aynı yolu izlemiştir. Bkz. s.216, 217.

⁵⁰ Kaşılaştırmız. Ali el-Hafif, *el-Mülkiyye*, s.12. vd.

dır. Konuyla ilgili, Mecmeu'l-Fıkhı'l-İslami isimli İslam Hukuku Araştırmaları Enstitüsü'nün 1988'de Kuveyt'de yaptığı toplantıda, görüş birliği ile aldıkları 5 nolu karar şöyledir:

a) Ticarî isimler, ticarî ünvanlar, ticarî markalar, te'lif, keşf ve ibtikar sahiblerine has haklardır. Günümüz örfünde bu haklar, insanların bunlara değer vermeleri sebebiyle, mâli kıymet taşımaktadırlar. Bu haklar, şer'an muteber olup, onları itlaf ve tecavüz caiz değildir.

b) Bu haklarda tasarruf etmek ve onları mâli bedelle nakletmek (satmak) caizdir. Ancak bunlarda ğarar, tedlis ve aldatma bulunmamalıdır. Zira onlar mâli hak gibi görülebilir.

c) Telif, ihtira ve ibtikar hakları, şer'an korunmuştur. Sahiplerinin onlarda tasarruf hakkı olup, onlara teaddi caiz değildir⁵¹.

Görüldüğü gibi, tabiî mal kavramını tanımlamada günümüz hukukçularının, **"insanların mal olarak kabul ettikleri şeyin mal olması gerektiği"** çizgisinde buluştuklarını söylemek mümkündür⁵².

Ancak bir malın hakka konu olabilmesi, üzerine sözleşme (tasarruf) yapılabilmesi, yani kendisinden meşrû bir şekilde yararlanılabilmesi için, hukuk sisteminin de kendisini mal olarak tanıması gerekmektedir⁵³. İşte bu, malın ikinci, yani hukuki yönüdür.

B. HUKUKİ MAL

Bir hukuk sisteminin kendisine değer verdiği, koruduğu ve insanın tasarruflarına konu olmasına mücade ettiği mala hukukî mal denir.

H r hukuk sistemine göre, malın hukuki statüsü deĝişebilmektedir. Biz burada, "İslam hukuku açısından "mal"/ "mütekavvim mal" konusunu incelemek istiyoruz.

1. TANIMI:

Mütekavvim mal, sözlükte kıymet ifade eden, hukuk a korunan mal anlamındadır⁵⁴.

⁵¹ Karar için bkz. Zuheyli, *el-Müstedrek* (İslam Fıkhı Ansiklopedisine ilave olarak yazdığı 9. cilt) IX, 476.

⁵² Bu deĝerlendirmeler için bkz. Mahmasani, *ez-Nazariyyat*, s.10; Zuheyli, *Ansiklopedi*, V, 19 vd.; Demir, *İslam Hukukunda Mülkiyet*, s.25, 26.

⁵³ Serahsi, *el-Mebsut*, XI, 78; Ebu Zehra, *el-Mülkiyye*, s.44; M. Yusuf Musa, *El-Emval*, s.252.

⁵⁴ Ergüney, *Lugat*, s.292; *Bilmen, Kamus*, VI, 10; Şafak, *Hukuk Terimleri S zl ĝ *, s.301; Nezhir Hammad, *İktisadi Fıkh Terimleri*, s.257.

Istılahta; "mütekavvim mal" kavramını hanefiler kullanmış ve şöyle tanımlamışlardır: Mütekavvim mal; "Kendisinden faydalanmanın mümkün olduğu ve dinen bu faydalanmanın mübah görüldüğü maldır"⁵⁵.

Diğer fıkıh ekolleri "mütekavvim mal" kavramını kullanmamışlarsa da, hanefilerin sözleşmeye konu olacak malda aradıkları "hukuken kendisinden istifadenin yasaklanmamış olma" şartını malın mahiyeti için gerekli görmüşlerdir. Yani onlar malı, hukukî ve hukukî olmayan diye ikiye ayırmamışlardır. Ancak, bir şeyin tasarrufa konu edinilebilmesi için, hanefilerin ileri sürdüğü unsurları kabul etmişlerdir. Örneğin Maliki⁵⁶ ve Şafiilere⁵⁷ göre, bir şeyin satım sözleşmesine konu olabilmesi için, "temiz ve kendisinden faydalanılması meşrû olmalıdır". Hanbeliler ise⁵⁸, satım sözleşmesine konu olacak şeyden, ihtiyaç ve zaruret olmaksızın istifadenin yasaklanmamış olmasını şart koşmuşlardır.

Kanaatımızca, hanefilerin dışındaki hukuk ekolleri, mütekavvim mal kavramını kullanmamışlarsa bile, sözleşmeye konu olacak şeyin, hukukun olumlu onayını alması gerektiğini kabul etmişlerdir. Buna göre, bütün İslam hukukçularınca, satım sözleşmesine konu olacak malda şu iki husus bulunmalıdır.

a) Mal, kendisinden yararlanmaya müsait (müntefeun bih) olmalıdır⁵⁹.

b) Maldan yararlanma yasaklanmamış olmalıdır⁶⁰. Zira hukuk (din)un yasakladığı şey, herhangi bir tasarrufa konu edilemeyecek ve kendisi hukukun koruması altında bulunmayacaktır.

Buna göre, mütekavvim malı ifade edebilmek için, muasır bazı hukukçuların da benimsediği, "**dinen kendisinden yararlanılması mübah görülen mal**" şeklinde tanım yapmak mümkündür⁶¹.

⁵⁵ Kâsânî, *Bedayi*, V, 142; Mevsîlî, *el-İhtiyar*, II, 3; Mecelle, md. 127.

⁵⁶ Derdir, *eş-Şerhu's-sağir* III, 10; Karafî, *Şihabeddin* Ahmed b. İdris, *el-Furuk*, Beyrut ts., III, 238.

⁵⁷ Subkî, *el-Eşbah*, s.236; Şirbînî, *Muğni'l-muhtac*, II, 11; İbn Cüzeyl Ebu'l-Kasım Muhammed b. Ahmed, *el-Kavaninu'l-fıkhiyye*, Daru'l-fikr ts. s.163.

⁵⁸ Buhutî, *Keşşafu'l-kıma*, III, 152; İbn Kudame, *eş-Şerhu'l-Kebir*, IV, 8.

⁵⁹ Mevsîlî, *el-İhtiyar*, II, 10; Karafî, *el-Furuk*, III, 238; Şirbînî, *Muğni'l-muhtac*, II, 11, İbn Kudame, *eş-Şerhu'l-Kebir*, IV, 15.

⁶⁰ Kâsânî, *Bedayi*, V, 142; İbn Kudame, *eş-Şerhu'l-Kebir*, IV, 8; Karafî, *el-Furuk*, III, 238; Derdir, *Şerh*, III, 10.

⁶¹ Nitekim muasır İslam hukukçularından Ebu Zehra ve *ez-Zerka* da mütekavvim malı böyle tanımlamışlardır. Bkz. Ebu Zehra, *el-Mülkiyye*, s.47; *ez-Zerka*, *el-Medhal*, III, 124, Mecelle, md. 127. Kısa ve öz olması nedeniyle bu tanımlı benimsemekteyiz. Çünkü, diğer tanımlardaki farklı vasıflar mal kavramı içinde mevcuttur. Burada yalnızca mütekavvim malın özelliğinin belirtilmesi gereklidir.

Şimdi de mütekavvim malın unsurlarını ele alalım.

2. UNSURLARI

a. Kendisinden Yararlanmanın Mümkün Olması:

Yukarıda belirtildiği gibi, kendisinden yararlanılabilecek olan "şeyler"e "mal" denir. Yani, kendisinde yararlanma imkanının bulunması, o şeyin mal olabilmesi için gerekli bir özelliktir⁶². Buna göre, maldan yararlanmanın mümkün olması, hem tabii mal açısından hem de mütekavvim mal olma özelliğini kazanması açısından önemlidir.

Kendisinden yararlanılamayacak şeye doğal olarak değer verilmeyecektir. Ayrıca, tasarrufa konu olacak şeyde kendisinden yararlanma imkanının bulunmasını hukukun da istemesi, insanlar arasında oluşacak haksız kazanç kapılarını kapatmıştır. Çünkü kendisinden yararlanma mümkün olmayan şey üzerinde kurulacak sözleşme, bir tarafa haksız kazanç sağlarken, diğer tarafın parasının boşa gitmesini gerektirecektir.

Yararlanabilme özelliğini taşımayan şey, hem mütekavvim olma (hukukça korunma) hem de mal olma özelliğini kaybetmiş olacaktır.

İslam hukuku maldan yararlanma terimine çok geniş kapsam çizmiştir. Şimdi genel hatları ile bunları görelim.

aa. Maldan Yararlanma Şekilleri:

Maldan istifade etme, zaman ve toplumların değişmesi ile doğru orantılı olarak çeşitlilik arz etmektedir. Teknolojinin hızla gelişme kaydettiği günümüzde, varlıklar (şeyler) dan yararlanma yönleri hayli artış göstermiştir. Buna göre, yararlanma unsuru toplumsal değişime bağlı olarak genişlemekte ve bunun sonucu olarak da, mal kavramı kapsam genişliği kazanmaktadır. Bunun için, malın değişken bir kavram olduğu benimsenmiştir⁶³.

Alım-satım konu olan maldan yararlanabilmenin, sözleşme zamanı ile ilişkisi olup olmadığı da önem arz etmektedir. Bu sebeple burada, satım akdine konu olacak maldan yararlanma zamanı ile ilgili bilgi vermek faydalı olacaktır.

O da, şeriatın kendisinden yararlanmayı uygun görmesidir. Hatta, mütekavvim mal; "Şer'an kendisinden yararlanılması yasaklanmamış olan maldır" şeklinde de tanımlanabilir. Çünkü, delil asıl için değil, arızî bir hal için aranır ki, malda asıl olan mübahlık, arızî hal ise yasaklanmadır. Yasaklanmamış her malın mütekavvim mal olduğu söylenebilir.

⁶² Örnek olarak bkz. Serahsi, *el-Mebsut*, XIII, 25; Nevevi, *el-Mecmu*, IX, 174; Hureşi, Muhammed, *Şerhu alâ Muhtasarı Sidi Halil*, Daru'l-fikr, ts. V, 15; Ali el-Hafif, *el-Mülkiyye*, s.13.

⁶³ Demir, *İslam Hukukunda Mülkiyet*, s.26.

bb. Maldan Yararlanma Zamanı:

Maldan faydalanma imkanının, sözleşme esnasında bulunmasının gerekli olup olmadığı tartışılmıştır.

Satım sözleşmesinin karakteri gereği; akid gerçekleştiğinde, taraflar arasında mülkiyet devri oluşacaktır⁶⁴. Bu şekilde, taraflar dengeli olarak mebi ve semenin mülkiyetine sahip olacaklardır⁶⁵. Bu nedenle, satım sözleşmesinin birer unsuru olan mebi ve semenin mülkiyetinin devrinin - zaruretlar dışında- geleceğe izafesi ve bir şarta ta'liki uygun görülmemiştir⁶⁶.

Maldan yararlanma imkanının satım sözleşmesine etkisini şöyle sınıflandırabiliriz.

1) Sözleşme esnasında ve sonrasında kendisinden yararlanan malın satımı ittifakla caizdir.

2) Sözleşme esnasında ve sonrasında kendilerinden faydalanma imkanı bulunmayan veya kendilerinden faydalanılması büyük risk taşıyan malların satımı caiz değildir. Örneğin, sözleşme esnasında mülkiyette bulunmayan, müşteriye teslimi mümkün olmayan veya teslimi büyük risklere bağlı olan malların satımı caiz görülmemiştir⁶⁷. Çünkü, bu hallerde müşterinin zarar görme ihtimali yüksektir.

3) Satım konusu malın sözleşme sonrasında, kendisinden faydalanmaya imkan vermesinin kesin olarak bilinmesi halinde, satımı caizdir⁶⁸. İşte bu prensip çerçevesinde, sözleşme esnasında kendisinden yararlanma mümkün olmadığı halde, sonradan kesin olarak bu imkanı veren mal mütekavvim sayılmıştır.

Satılan malın ayn (eşya) olması halinde ise, sözleşme esnasında insan veya hayvanların kendisinden istifade edebileceği bir konumda

⁶⁴ Satım akdinin sonuçları ile ilgili bilgi için bkz. Züheyli, *Ansiklopedi*, V, 267 vd.; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 390 vd.

⁶⁵ Satım akdinde taraflar arası dengenin gözetilmesinin gerektiği ile ilgili olarak bkz. Faysal Mevlevi, *Nizamü'l-te'min ve Mevkufu's-şeriatı minh*, Beyrut 1988, s.115, 116.

⁶⁶ Karafi, *el-Furuk*, I, 228; Nevevi, *el-Mecmu*, XI, 34; İbn Kudame, *el-Muğni*, VI, 599; İbn Abidin, *Reddu'l-muhtar*, IV, 308; Ancak İbn Teymiyye ve İbnü'l-Kayyim el-Cevziyye, bey' (satım) akdinin ta'lik ve izafe kabul etmediği görüşüne katılmamışlardır. Bkz. *İ'lamu'l-muvakkûn*, III, 237. Bazı muasır İslam hukukçuları ise, bu konuda İbn Teymiyye ve arkadaşlarının görüşünü benimsemişlerdir. Geniş bilgi için bkz. es-Siddik Muhammed Emin ed-Darir, *el-Ğarar ve eserühü fi'l-ukûd fi'l-fikhi'l-İslami*, Beyrut 1990, s.138, 140; 148, 149.

⁶⁷ Geniş bilgi için bkz. ed-Darir, *el-Ğarar ve eseruhu fi'l-ukud*, s.298-352.

⁶⁸ Karafi, *el-Furuk*, III, 240; Hureşi, *Şerh*, V, 15; Şirbini, *Muğni'l-muhtac*, II, 12; Ali Haydar, *Şerhu Mecelle*, I, 160.

bulunma özelliği aranmaktadır⁶⁹. Bu halden önce, ayn olan bir malın (eş-ya) satılıp satılamayacağı da tartışma konusu edilmiştir. İslam hukukçularının bu konudaki değerlendirmeleri, olgunlaşma öncesindeki meyve ve sebzelerin satımı probleminde daha güzel tespit edilebileceği için, burada bu problem ele alınıp tartışılacaktır.

Olgunlaşma öncesinde meyve veya sebzenin satışının yasaklanması sünnete dayandırılmaktadır. Konu hakkındaki hadis şöyledir: "Olgunlaşmaya kadar yaş meyveyi satmayın"⁷⁰. Konu ile ilgili bu hadis, satılacak malda yararlanma imkanının gerekli olup olmadığı tartışmasının kaynağı durumundadır.

Hadisteki "büdüvvü salah" kavramı ile yasaklama sigasının hangi anlama geldiği hakkında değişik görüşler bulunmaktadır.

i- Salah bulma (büdüvvü salah); ürünün afet ve bozulmadan kurtulmuş olmasıdır. Veya, ürünün insanın yemesine elverişli olması, hayvan yiyeceklerinden ise, onların yemesine elverişli hale gelmesidir. Bu, hanefi hukukçularının benimsediği görüştür⁷¹.

ii- Ürünün salah bulması; ürünün olgunlaşma alameti olarak renge bakılanların, aranan renge dönüşmesi; olgunlaştığı tadı ile belirleyenlerin ise, tadlaşması ve âdeten yenilebilecek hale gelmesi demektir. Her mal için ideal olgunluk rengi örfen bilinen renklerdir. Bu görüş, değişik ifadelerle de olsa, hukukuçuların çoğunluğuna aittir⁷².

Hadisteki nehiy sigası, çoğunluk tarafından, yasaklama (tahrim) olarak kabul edilmiştir⁷³.

Buna göre, ürünün gelişme süresinde iken satımı ile ilgili hükümler şöyle olmaktadır:

1. Ürün vücut bulmuş ve olgunlaşmadan önce satılmıştır. Bu taktirde, kendisinden herhangi bir şekilde (yeme, hayvan yemi olarak

⁶⁹ Şirazi, *el-Mühezzeb*, IX, 285.

⁷⁰ Buhari, *Büyu* 85,86; Müslim, *Büyu* 13; Ebu Davud, *Büyu* 17; Nesai, *Büyu* 28; Tirmizi, *Büyu* 15; Malik, *Büyu* 8.

⁷¹ İbnü'l-Hüman, *Fethu'l-kadir*, V, 102.

⁷² Ayni, *Umde*, XII, 5 vd.; Hattabi, *Mealimü's-sünen* (Ebu Davud'un Süneninin hamışinde) III, 667; Nevevi, *el-Mecmu*, XI, 440; İbn Kadame, *el-Muğni*, IV, 102; Ayrıca bkz. Kamil Miras, *Tecrid-i Sarih Tercemesi*, VI, 500; Ali Osman, *Beyu'l-akâr ve's-simar*, Beyrut 1994, s.265-270.

⁷³ İbn Hazım, Ahmed b. Sâd, *el-Muhalla bi'l-âsâr*, Beyrut ts., VIII, 424; Kâsani, *Bedayi*, V, 173; Ayni, *Umde*, XII, 2; İbn Rüşd, *Bidaye*, II, 149; Şevkani, *Neyl*, V, 276.

İslam hukuku faydalanma kavramına⁸⁴ ve kendisinden faydalanılan mallara bazı kriterler⁸⁵ getirmiştir.

Bu noktada şöyle söylemek mümkündür. İslam hukukunda yasaklanan bazı şeyler dışında, bütün mallardan faydalanmak meşrûdur. Kendisinden faydalanılması meşrû olan malın alım satımı da caizdir. Alım-satımı yapılabilecek mallar sayılamayacak kadar çok olduğundan, burada "kendisinden yararlanılması meşrû olan mallar" şeklinde bir tespite gidilmemiştir. Biz burada, kendisinden istifade edilmesini nasların yasakladığı bazı mallar ile (ki bunlar yasaklanan malların çoğunluğunu oluşturmaktadır), nasların değişik anlaşılması nedeniyle, kendileri hakkında hukukçuların tartıştığı bir kısım malları ele alacağız. İslam hukukunun bu mallar hakkındaki hükmünü tespitte çalışırken, makalenin kapsamını çok genişletmemek düşüncesiyle, teferruattan ve bu malların haram kılınıp illetlerine yer vermekten kaçınacağız.

aa. Yiyecek ve İçecekler:

Burada yalnızca, yemek ve içmek için alım-satımı caiz olmayan veya satım hükmü ihtilafli bulunan mallara genel olarak yer verilecektir. Eti yenip, yenmeyen hayvanlar⁸⁶ tek tek ele alınıp hükümleri sözkonusu edilmeyecektir.

1) Yemekten başka bir amaç için kullanılmadığı halde dinen eti yenmeyen hayvanlar: Bu gruba, domuz, kurt, kartal, çaylak... gibi yenmesi yasaklanan hayvanlar⁸⁷ örnek verilebilir.

Şerî usulle kesilmeyerek, kendisi ölmüş (meyte) hayvandan ve iç yağından⁸⁸ istifade de yasaklanmıştır.

Mecusî veya dinden çıkmış (mürted) ların kestiği⁸⁹ hayvanlar ve Allah'dan başkası adına kesilmiş hayvanlardan yararlanma⁹⁰ yasaklanmıştır.

⁸⁴ Örneğin maldan faydalanmada israf, savurganlık, (En'am 6/141), başkasına zarar verme (Hûd 11/85), başkasının malını gasbederek ondan faydalanma (Bakara 2/188; Nisa 4/29) yasaklanmıştır. Yine insanların birbirlerinden cinsel açıdan istifadeleri de meşrû çizgide olmak kaydı ile sınırlandırılmıştır. (Bkz. Bakara 2/222, 223).

⁸⁵ Örneğin, domuz, ölü hayvan eti. Allah'dan başkası adına kesilmiş hayvanların yenmesi yasaklanmıştır (Bkz. Bakara 2/173).

⁸⁶ Eti yenen ve yenmeyen hayvanlarla ilgili geniş bilgi için bkz. Buhari, Büyü 102, 104; Müslim, *Sayd*, 15, 16; Ebu Davud, *Etime* 32; Tirmizi, *Sayd*, 9, 11; Karafi, *el-Furuk*, III, 238; *el-Mevsuatu'l-fikhiyye*, IX, 148.

⁸⁷ Bkz. Bakara 2/173; Karafi, *ez-Zehira*, V, 239.

⁸⁸ Bakara 2/173; Buhari, *Büyü* 103, 112; Ebu Davud, *Büyü* 64.

⁸⁹ el-Fetava'l-*Hindiyye*, III, 115; Kasani, *Bedayi*, V, 141.

Mümeyyiz olmayan çocuğun, delinin, ihramlı şahsın kestiği hayvanın ve harem bölgesinde ihramsız şahsın kestiği av hayvanının satımı caiz değildir⁹¹.

Murdar hayvanın iç yağı hususunu hukukçular tartışmıştır.

İslam hukukçularının çoğu, bunun satılmasının haram olduğu görüşündedir⁹². Delilleri, Hz. Peygambere, murdar hayvanın iç yağı ile ilgili sorulan soruya onun; "hayır o haramdır"⁹³ şeklindeki cevabıdır. Bazı alimlere göre, murdar hayvanın iç yağından, satma dışında yararlanılabilir. Örneğin, bu yağlar, gemilerin ve derilerin yağlanması ve kandillerde aydınlatma aracı olarak kullanılabilir. Şafii, Malik ve arkadaşlarının birçoğu, Ebu Hanife ve arkadaşları bu görüştedir. Şevkâni de bu görüşü benimsemektedir.⁹⁴

Çoğu İslam hukukçusu ise, Hz. Peygamberin konu ile ilgili ifadesini, bu yağlardan faydalanmanın mutlak olarak haramlığına yorumşlardır. Buna göre, istisnai delil bulunmadıkça, murdar hayvandan faydalanmak, satmak da dahil, caiz değildir⁹⁵.

2) Bizzat aynından (malın kendisinden) yararlanılması caiz olmayan şeyin (necis) satımı caiz değildir⁹⁶. Ancak, temiz (meşrû) bir şeye necis bir şeyin düşmesi sonucu, bunun necis olup olmadığı tartışılmıştır.

aa) Necaset karışan şey camid (katı, donuk) ise, bu mal değişik yollarla temizlenebileceği için temizdir⁹⁷.

bb) Necaset karışan şeyin sıvı olup, kendisine karışan necis maddeden ayrıştırılması mümkün değilse, çoğu hukukçuya göre, bu mal pis olmuş ve mütekavvim (veya mal olma) vasfını kaybetmiştir. Buna göre, bu sıvının satımı da caiz değildir. Ancak hanefilere göre, bu sıvıdan yemek-içmek caiz değilse de, bu haliyle, bir başka iş için -örn. aydınlanma, gemi yağlama gibi- istifade edilebileceğinden mütekavvim sayılır ve bu yerlere kullanılmak üzere satımı da yapılabilir⁹⁸.

⁹⁰ Bakara 2/173.

⁹¹ Kâsâni, *Bedayi*, V, 141.

⁹² Nevevi, *el-Mecmu*, XI, 3, 6-8; İbn Hacer, *Fethu'l-bâri*, IV, 351-353.

⁹³ Buhari, *Büyu* 103; Ebu Davud, *Büyu* 64; Nesâi; *Büyu* 93.

⁹⁴ Şevkâni, *Neylû'l-evtar* (Beyrut 1994 baskısı), V, 220.

⁹⁵ Ayni, *Umde*, XII, 54-56; Mübarekfurî; Ebu Ali Muhammed Abdurrahman, *Tuhfetü'l-ahvezi bi şerhi Camii't-tirmizi*, Endülüs ts., IV, 521, 522; Şevkani, *Neylû'l-evtar*, V, 150-152; Kamil Miras, *Tecrid-i Sarih Tercemesi*, VI, 338-340.

⁹⁶ Derdir, *eş-Şerhu's-Sağir*, III, 22; Karafi, *Tehzibu'l-furuk*, (Karafi, el-Furuk ile birlikte), III, 238; Şirbini, *Muğni'l-muhtac*, II, 11.

⁹⁷ Şirbini, *Muğni'l-muhtac*, II, 11.

⁹⁸ Kâsâni, *Bedayi*, V, 144; *el-Mevsuatu'l-fıkhiyye*, IX, 151.

3) İçki satışının haramlığı sünnetle sabittir⁹⁹. İçki satışının haram olmasının illeti, kendisinden faydalanmayı dinin yasaklamış olmasıdır. Bir şeyden faydalanma imkanı olmadığında, o şey mal olma özelliğini kaybeder. Bu itibarla, içildiğinde sarhoşluk veren her şey, müskir (sarhoş etme) özelliğinde, içki hükmüne tabi olup, kendisinden istifade yasaklandığı için, ticaretinde de aynı hükme tabidir. Yani, eroin, kokain gibi uyuşturucuların da satımı yasaktır¹⁰⁰. Nitekim aynı haram olan bir şeyin bedelinin de haram olacağı-her şey için geçerli bir kural değilse de¹⁰¹ - burada söylenebilir.

Keyiflenmek için içmenin dışında, tedavi amaçlı ve laboratuvar da deney amacıyla, alkolden faydalanılmasının meşrû olması, bu amaçla alkol yapımı ve satımının da caiz olmasını gerektirmektedir¹⁰².

4) Azı faydalı olup, çoğu öldürücü olan yiyecek ve içeceğin satımı caiz, azı ve çoğu öldürücü olanın ise, satımı caiz değildir¹⁰³.

Burada, asırlardır tartışılan sigaranın satıma uygun, mütekavvim bir mal olup olmadığı konusuna atıfta bulunmak isteriz. İslam, insan sağlığını koruma altına aldığı için, ona zarar verilmesini yasaklamıştır. Bu nedenle, sağlık için tehdit unsuru olan yiyecek ve içecekleri yasaklamıştır. Sağlığa zararlı olan yiyecek ve içecekler, bir başka açıdan kendilerinden yararlanmak mümkün olmadığında, mütekavvim mal olma özelliklerini kaybedecekleri için, onların alım-satımı da caiz olmayacaktır.

Sigaranın yalnızca içilmek için imal edildiği ve bundan başka bir amaçla kullanılmadığı malumdur. Ayrıca, sigaranın sağlığa zararlı olduğu, bugün dünyanın kabul ettiği gerçeklerdendir. Tıbbın sigara ile ilgili şu tespitleri dikkat çekicidir: "Sigara akciğer kanserine yakalanma ihtimalini 20 kat artırmaktadır. Kalp enfarktüsü riskini iki katına çıkarmakta ve kronik bronşit ve amfizeme yol açmaktadır." Ancak bunların yanında,

⁹⁹ Konu ile ilgili hadis şöyledir: Hz. Aişe anlatıyor: "Bakara Suresinin sonunda faiz hakkındaki ayetler nazil olunca, Hz. Peygamber onları halka duyurdu ve sonra şarap ticaretini haram kıldı." Bkz. Buhari, Büyu 112; *Tefsiru'l-Kur'an* 2 (no 50); Ebu Davud, *Büyu* 64; Nesai, Büyu 90, 93; İbn Mace, *Ticarât* 11.

¹⁰⁰ Bazı hukukçular ise, bu maddeleri, azı faydalı olup, çoğu öldürücü olanlar arasında sayarak, satım akdine konu olabileceklerini düşünmüşlerdir. Bkz. Şirbini, *Muğni'l-muhtac*, II, 12. Bu maddelerin topluma verdiği zarar sebebiyle alım-satımının yasaklanması ise, şeri siyaseti ilgilendiren ayrı bir konudur.

¹⁰¹ Değerlendirme için bkz. İbn Hacer, *Fethu'l-bâri*, IV, 344 vd.; Aynî, *Umde*, XII, 36 vd.

¹⁰² Ayrıca Ebu Hanife'ye göre, şarap hariç, içilmesi haram olan bütün içeceklerin alım-satımı caizdir. Ebu Yusuf ve Muhammed ise, hiçbir haram içkinin alım-satımının caiz olmadığını benimsemişlerdir. Bkz. el-*Fetava'l-Hindiyye*, III, 116.

¹⁰³ Nevevi, *el-Mecmu*, IX, 307.

bazı insanlara, belirli sayıda içilen sigaranın bir zarar vermediği de tıbben bilinmektedir.

Sigaranın bu farklı yönlerini dikkate alarak, sigara satımının Şafiilerin; "azı faydalı olup çoğu öldürücü olan yiyecek ve içeceğin satımının caiz olduğu" şeklindeki fetvaları kapsamında düşünüleceği kanaatini taşımaktayız. Ancak, bu yaklaşımın, sigaranın satımı ile ilgili olduğu gözardı edilmemelidir¹⁰⁴. Sigara içmenin hükmü ise, araştırma konusundaki maksadımızın dışında kaldığından, burada ele alınmayacaktır.

5) İnsan sütünün satılması hakkında iki farklı görüş mevcuttur.

Şafilere göre, insan sütünün satımı mutlak olarak caizken¹⁰⁵, Ahmet b. Hanbel (ö. 241/855) mekruh olduğu görüşündedir¹⁰⁶.

Hanefi ve Malikiler ise, insan sütünün satılmasını uygun görmemişlerdir¹⁰⁷.

bb. İnsan ve Organları:

İslam düşüncesinde, insanın köleleştirilip alım-satıma konu edilmesi yasaklanmıştır. Bu hükmü ile İslam, köleliğin kalkmasında etkili olmuştur.

Evlilik esnasında, kız velilerinin erkek tarafından başlık parası adı altında birşey almaları meşrû görülmemiştir¹⁰⁸. Çünkü bu, yasak olan insan satımına benzemektedir.

İnsanın kesilmiş bir organının satılması da caiz değildir¹⁰⁹. İslam hukukçuları, insanın kemikleri ve saçının satımının caiz olmadığına ittifak etmişlerdir¹¹⁰. Çünkü insan muhterem bir varlık olup, alım-satıma konu edinildiğinde, saygınlığını yitirebilecektir ki, buna meydan verilmemelidir.

Göz, parça deri gibi, bir başkasının vücudunda kullanabilme imkanı bulunan insan vücudunun parçalarının satımı, Hanbeli ekolü müçtehitleri tarafından meşrû görülmüştür¹¹¹.

¹⁰⁴ Türkiye'de 18 yaşından küçüklere sigara satılmasını yasaklayan kanun, toplum sağlığı açısından yerinde bir karardır. Ancak, kanunun uygulanmasına biraz daha dikkat edilmesi gerekmektedir.

¹⁰⁵ Nevevi, *el-Mecmu*, IX, 305; Şirbini, *Muğni'l-muhtac*, II, 12.

¹⁰⁶ İbn Kudame, *eş-Şerhu'l-Kebir*, IV, 14.

¹⁰⁷ Kâsani, *Bedayi*, V, 145; İbn Kudame, *el-Muğni*, IV, 260; *eş-Şerhu'l-Kebir*, IV, 14.

¹⁰⁸ Hukuku Aile Kararmanesi, md. 89, 90.

¹⁰⁹ İbn Kudame, *eş-Şerhu'l-Kabir*, IV, 14.

¹¹⁰ İbn Abidin, *Reddu'l-muhtar*, IV, 105.

¹¹¹ İbn Kudame, *el-Muğni*, IV, 260.

Kan satımı ile ilgili farklı görüşler mevcuttur. Görüş farklılığının sebebi, konu hakkındaki hadisin¹¹² farklı yorumlanmasıdır. Mezkur hadisteki yasaklamanın, kanın satılıp parasının alınmasına mı, yoksa kan alan şahsın (hacamat yapan=hemşire, uzman) bu işi karşılıklı aldığı paraya mı hamledi-leceği tartışılmıştır. Ancak İbn Hacer'in (ö.852/1447) belirttiğine¹¹³ göre, bu-radaki yasa, kanın satımına karşılık olarak alınan para hakkında olduğuna hükmedilmiş ve kan satımının haramlığında görüş birliğine varılmıştır.

Ancak, kan satımının yasaklandığı günlerde kanın hangi amaçla satıldığı ile ilgili şu bilgi¹¹⁴, bu yasaklamanın illetini belirlemede önemlidir. "Cahiliye devrinde bir zaruret olmadığı halde, insan veya hayvana ait kanı, içme veya pişirerek yemek için satın alanlar vardı." Sıcak iklimde, çok kısa sürede mikropların üreyebileceği necis bir maddenin insan sağlığına ne kadar zararlı olabileceği bilinen bir gerçektir. Günümüzde ise, ağızdan gıda için kan alınması sözkonusu olmamaktadır. Bunun yanında, kan ile insan hayatı kurtarılmaktadır. İşte bu illet farkı ve günümüzde en fazla kendisine ihtiyaç duyulan bir madde olması, hatta zaruret haline gelmesi, gerekçesiyle, bugün muasır İslam hukukçuları kanın satımının caiz olması gerektiği görüşündedirler¹¹⁵.

cc. Hayvanlar:

Yukarıda belirtildiği gibi, insanlar değişik yönlerden hayvanlara rağbet etmişlerdir. Yemek ve içmek şeklinde hayvanlardan faydalanmak bunların yalnızca ikisidir.

Hiçbir şekilde, kendilerinden faydalanma imkanı bulunmayan hayvanların satımı doğru görülmemiştir¹¹⁶. Herhangi bir yol ile kendilerinden faydalanılan hayvanların satımı caiz ise de¹¹⁷, bazı faydalı hayvanların satımında, konu hakkındaki nasların farklı yorumlanmasından kaynaklanan kuşku bulunmaktadır. Şimdi bu tür hayvanlardan hizmet için kullanılan köpek ve kedinin satımı ile ilgili tartışmalar ele alınacaktır.

¹¹² Hadis şöyledir: Ebu Cuhayfe, babasının hacamat yapan (kan alan) bir köle satın aldığını görünce, ona, Hz. Peygamberin; "köpeğin parasını, kanın parasını, yasakladığını" söylemiştir. Bkz. Buhari, Büyu 25, 113; Ebu Davud, Büyu 63.

¹¹³ İbn Hacer, *Fethu'l-bâri*, IV, 354.

¹¹⁴ Döndüren, *Ticaret İlmihali*, s.176.

¹¹⁵ Zuheyli, *Ansiklopedi*, V, 133; *el-Mevsuatu'l-fıkhiyye*, IX, 148.

¹¹⁶ Şafii, *el-Ümm*, III, 11, 12; İbn Kudame, *eş-Şerhu'l-Kebir*, IV, 15.

¹¹⁷ Kâsani, *Bedayi*, IV, 144; *el-Fetava'l-Hindiyye*, III, 114.

1) Köpeğin satımı ile ilgili nasların¹¹⁸ farklı yorumlanmasından, üç ayrı görüş oluşmuştur.

i. Mutlak olarak, köpek cinsinin satımı haramdır. Bu, cumhurun görüşüdür¹¹⁹. Konu ile ilgili hadislerin zahiri ile amel edilmesi ve naslarda herhangi bir lafzi kaydın bulunmayışı, cumhuru bu görüşe sevketmiş görünmektedir.

ii. Sadece av köpeğinin satımı caizdir. Bu, Ata (ö.115/733) ve İbrahim en-Nahai'nin (ö.96/815) görüşü olup, onlar "..... av köpeği hariç..." şeklindeki rivayetle¹²⁰ amel etmişlerdir.

iii. Köpek satımı her türü ile caizdir. Bu görüşü hanefiler benimsemişlerdir¹²¹. Onlara göre, sünnette köpeklerle ilgili iki farklı tutum sergilenmiştir. Hz. Peygamber bir ara köpeklerin öldürülmelerini emretmişse de, sonradan onların öldürülmesini yasaklamıştır. Buna göre, köpek edinme yasağı sonradan kaldırılmıştır. Edinmesi caiz olan bir şeyin alım-satımı da caiz olmalıdır¹²².

2) Kedinin satımı da tartışılmıştır. Kedinin parasını yasaklayan hadis¹²³ mevcutsa da, Hz. Peygamberin kedi ile ilgili iki farklı uygulaması nakledilmektedir. Önceleri kedinin necis olduğu belirtilmişken, sonradan kendisi necis olmakla birlikte artığının temiz olduğu açıklanmıştır¹²⁴.

Diğer taraftan kedinin parasını yasaklayan hadis, bazı alimlere göre, vahşi kediyle ilgilidir. Çoğu İslam alimi ise, hadisin sıhhati hakkında kuşkuvarını belirtmişler ve hadisin zayıf olduğu kanaatine varmışlardır. Yasak içeren nassın zayıf olduğu tesbit edilince, kediden faydalandığı için, satımının meşrû olduğu görüşünde birleşilmiştir¹²⁵.

Hanefi hukukçularının domuzdan başka bütün hayvanların-kendilerinden herhangi bir yolla istifade mümkün olduğunda-satımının

¹¹⁸ Konu ile ilgili bir hadis şöyledir. "Hz. Peygamber köpeğin parasını yasaklamıştır." Bu ve benzeri hadisler için bkz. Buhari, *Büyu* 113; *İcare* 20; *Talak* 51; *Tıb* 46; Müslim, *Musakât* 39; Tirmizi, *Büyu* 46; Nesai, *Büyu* 91; Malik, *Büyu* 29.

¹¹⁹ Şevkani, *Neylû'l-evtâr*, V, 144; İbn Hacer, *Fethu'l-bâri*, IV, 353.

¹²⁰ Nesai, *Büyu* 92 (Bu rivayetin münker olduğu kaydedilmektedir.)

¹²¹ Ancak Ebu Yusuf'dan saldırgan köpeğin satımının caiz olmadığı şeklinde görüş mevcuttur. Bkz. Kâsânî, *Bedâi*, V, 143; Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, III, 9, 10.

¹²² Geniş bilgi için bkz. Aynî, *Umde*, XII, 58; İbrahim Canan, *Küttüb-i Sitte*, XIV, 529.

¹²³ Hadis şöyledir: "Hz. Peygamber kedinin parasını yasakladı." Ebu Davud, *Büyu* 62; Tirmizi, *Büyu* 49; Tirmizi hadisi "ğarib" olarak nitelemiştir. Nesai, *Büyu* 92'de ise hadisin münker olduğu zikredilir.

¹²⁴ Canan, *Küttüb-i Sitte*, XIV, 529.

¹²⁵ Kâsânî, *Bedâi*, V, 143; *el-Fetava'l-Hindiyye*, III, 114; Canan, *Küttüb-i sitte*, XIV, 529; *el-Mevsuatu'l-fıkhiyye*, IX, 154.

caiz olacağını savunmaları¹²⁶, konu hakkında yeter derecede rahatlatıcı bir görüştür¹²⁷.

3) Dini kurallara göre kesilmemiş hayvanın etinin yenmesi¹²⁸ ve satımı caiz değilse de; derisi, yünü, tırnağı, tüyü gibi kısımlardan istifade etmek meşrûdur¹²⁹. Bunlardan istifade, şahsın bizzat bu ürünleri kullanması şeklinde olabileceği gibi, bunların satılarak parasının alınması şeklinde de olabilir.

Bu tür hayvan derilerinden faydalanmanın derinin tabaklanması sonrasında olması görüşü ağırlıkta ise de, Zühri, (ö.124/741) Ebu Hanife (ö.150/767) ve Buhari (ö.256/870) gibi alimler, tabaklanma şartını da aramamışlardır¹³⁰.

dd. Kullanım ve Oyun Aletleri:

1) Altın-Gümüş Kaplar:

Altın ve gümüşten yapılmış kapların alım-satımının caiz olduğu genelde kabul edilmiştir¹³¹. Çünkü bunlarda maksat altın ve gümüş madenidir, bu madenlerin satımı ise caizdir.

2) Oyun ve Çalgı Aletleri:

Dinen meşrû görülen bir oyun ve eğlence için oluşturulan aletlerin satılmalarının caiz olduğunda ihtilaf yoktur¹³². Yasaklanmış bulunan oyun ve çalgı aletlerinin¹³³ alım-satımı konusunda ise birkaç görüş bulunmaktadır.

i. Oyun ve çalgı aletlerinden helal yolla istifade mümkün olduğu hallerde, bunlar mal kapsamında m³:tâlâa edilip, satımları caizdir. Zurna, davul, def burada örnek verilebilir. Bu, Ebu Hanife ve Zahirilerin benim-

¹²⁶ el-Fetava'l- Hindiyye, III, 114.

¹²⁷ Şafii ise bu kuralı, "hinzır (domuz) ve köpek dışında bütün faydalı olan hayvanların satılabileceği" şeklinde tespit etmiştir. Bkz. el-Ümm, III, 11, 12.

¹²⁸ Bakara 2/173.

¹²⁹ Buhari, Büyü 101; Hanefiler domuzun kollarının bile, istifade amacıyla, satımının caiz olduğunu düşünürler. Deri konusundaki görüşleri de şöyledir. Eşek, katır ve vahşi hayvanların derileri, hayvanın kesilmiş ve derinin tabaklanmış olması halinde alım-satımı yapılabilir. Bu konudaki kuralları şöyledir: İnsan ve domuz derisi dışında bütün deriler, hayvanın kesilmesi ve derinin tabaklanması ile dinen temiz (müttekavvim olurlar. Bkz. el-Fetava'l- Hindiyye, III, 115.

¹³⁰ Aynî, Umde, XII, 34; Nevevi, el-Mecmu, IX, 276;

¹³¹ Nevevi, el-Mecmu, IX, 307; Şirbini, Muğni'l-muhtac, II, 12.

¹³² el-Mevsuatu'l-fıkhiyye, IX, 157.

¹³³ Hangi oyunların ve aletlerinin haram olduğunun tespiti, başlı başına bir araştırmaya ihtiyaç duymaktadır. Bu nedenle, konunun bu yönü, makalenin maksadını açacağı için, sözkonusu edilmeyecektir.

sediği görüştür¹³⁴. Hanefi hukukçularının, hocaları Ebu Hanife'den ayrıldıkları yön, oyun için kullanılan def ve davulun satımı konusudur. Ancak, gazileri ve sporcuları coşturmak için kullanılan bu tür aletlerle, çocukların oynaması için kullanılan defin, mal sayıldığı ve satışının caiz olduğunda ihtilaf etmemişlerdir¹³⁵.

ii. Haram olan oyun ve eğlencelerde kullanılan aletler mütekavvim mal olmadığı için satılamaz. Bu, Hanefilerin¹³⁶ mezhep görüşü olup, diğer hukuk ekollerinden de bu görüşü benimseyenler mevcuttur¹³⁷. Onlara göre, bu aletler masiyet için hazırlandığından, içki gibi bunların kıymetlendirilmesi uygun değildir. Çünkü bunlardaki menfaat haramdır.

iii. Bu aletlerden, gelecekte bir meşrû amaçla istifade edilmesi mümkün olduğunda, satılabilecektir. Çünkü, birşeyin oyun aleti olması, onun mal olma vasfını değiştirmez¹³⁸.

Hanefilerden Kâsani (ö.587/1191) bu görüşü benimsemektedir¹³⁹.

ee. Kitap ve Dergiler:

İnsanlara herhangi bir branşta faydalı bilgi aktaran kitap ve dergilerin satımı caizdir. Kur'an'ı Kerim de, kendisinden faydalanılan bir kitap olduğu için satımı meşrûdur¹⁴⁰.

Okuyana hiçbir faydası bulunmayan, insanlık için faydalı bilgiler içermeyen kitap ve dergiler-muzır neşriyat-in satımı ise caiz değildir¹⁴¹.

İnsanları, küfre sokacak, toplumda bidatlar oluşturacak, temiz inanç sahiplerinin inançlarını bozacak olan, içinde uydurma hadisler bulundurup onlar üzerine yanlış hükümler bina eden kitapların satımı da yasaklanmalıdır. Nitekim sahabe, Hz. Osman'ın tertip ettiği mushafa ay-

¹³⁴ Merginani, *el-Hidaye*, IV, 13; İbn Abidin, *Reddu'l-Muhtar*, V, 185; İbn Hazm, *el-Muhalla*, VIII, 559.

¹³⁵ Değerlendirme için bkz. Kâsâni, *Bedayi*, V, 144.

¹³⁶ Kâsâni, *Bedayi*, V, 144.

¹³⁷ Derdin, *Haşiye*, II, 10; Hureşi, *Haşiye*, V, 15; Ayrıca bkz. *el-Mevsuatu'l-fıkhiyye*, IX, 157.

¹³⁸ Nevevi, *el-Mecmu*, IX, 308; Şirbini, *Muğni'l-muhtac*, II, 12; M. Yusuf Musa, *el-Emval*, s.311.

¹³⁹ Kâsani, *Bedayi*, V, 144.

¹⁴⁰ Şirazi, *el-Mühezzeb*, IX, 302; Kur'an'ın satışının cevazı ile ilgili görüş sahipleri hakkında bilgi için bkz. İbn Kudame, *eş-Şerhu'l-Kebir*, IV, 14, 15.

¹⁴¹ Şirazi, *el-Mühezzeb*, IX, 304; Küfür, sihir, yıldızname gibi kitapların satımı da, şafiilere göre caiz değildir. Bkz. Şirbini, *Muğni'l-muhtac*, II, 12; Günümüzde de bu tür neşriyatın satışının hoş karşılanmadığı görülmektedir.

kırı olarak yazılmış (tertip edilmiş) mushafları, ihtilaflara sebep olur korkusuyla yaktırmışlardır¹⁴².

Ancak, günümüzde bu tür kitap, dergi v.b. neşriyattan, kağıt hammeddesi olarak istifade etmek mümkün olduğundan, bu amaçla değerlendirilmeleri, yakılmalarından daha isabetli olacaktır.

ff. Haklar ve Menfaatler:

Haklar ve menfaatlerin satıma konu edilip edilmeyecekleri, bunları mal kabul edip etmemekle ilgili bir husustur. Menfaat ve hakların mal kapsamına girip girmediği ile ilgili İslam hukukçularının görüşlerine yukarıda değinilmişti. Hatırlatmak gerekirse;

i. Menfaatler bizzat mütekavvim birer mal değildir. Ancak kira akdi ile bunlar mütekavvim hale gelirler. Hakların bizzat somut varlığı olmadığı için onlar da mütekavvim mal değildir.

Bu, hanefilerin görüşü olup¹⁴³, menfaat ve hakları mal kabul etmedikleri için, tabii olarak bunların alım satımı yapılamayacaktır. Ancak bazı hallerde, menfaatleri mal kabul etmişlerdir. Haklardan ise, irtifak haklarının, satılan akara tâbi olarak, mal vasfını kazanacağını benimsemişlerdir.

Sonraki dönem hanefi hukukçuları ise, bu temel görüşün verdiği sıkıntıdan, birçok halde-istisnâî olarak-menfaatları mal kabul ederek çıkmışlardır¹⁴⁴.

ii. Menfaatler kendi başına mütekavvim birer maldır. Akara tabi olan irtifak hakları da mütekavvim bir mal niteliğinde olup, satılabilecektir. Bununla birlikte, müstakil olan hakların kendi başına mütekavvim mal olup olmadığı hakkında, klasik dönem hukukçularınca fazla birşey söylenmemiştir¹⁴⁵. Bu suskunluk, hukuk kaynaklarının olduğu dönemde, devri mümkün olan haklara alım-satım açısından rağbet gösterilmemiş olması ile açıklanabileceğini düşünmekteyiz.

¹⁴² Süleyman Muhammed Ahmed, *Damânü'l-mütlefât fi'l-fikhi'l-İslami*, Kahire 1985, s.286.

¹⁴³ Merginani, *el-Hidaye*, III, 46; Ayrıca 29 ve 31. dipnottaki yerler.

¹⁴⁴ Bkz. Serahsi, *el-Mebsut*, XI, 78; Merginani, *el-Hidaye*, IV, 120; İbn Abidin, *Reddu'l-muhtar*, IV, 3; *Mecelle*, md. 596; Ebu Zehra, *el-Mülkiyye*, s.48-51.

¹⁴⁵ Şirbini, *Muğni'l-muhtac*, II, 3; İbn Kudame, *el-Muğni*, IV, 39- 40; Buhuti, *Keşşafu'l-kına*, III, 146; Merginani, *el-Hidaye*, IV, 20. Mahmasani, *Nazariyyat*, s.10 (İzz b. Abdisselam, *Kavaidü'l-ahkam li mesâlihü'l-enam*, I, 172'den naklen). Benzer bir örnek için bkz. Şirazi, Ebu İshak İbrahim b. Ali el-Firuzâbâdi, *el-Mühezzeb fi fikhi'l-İmam eş-Şafii*, (Nevevi, el-Mecmu ile birlikte) Beyrut 1992, IX, 288; Zeylaî *Tebyyinü'l-hakaik şerhu Kenzi'd-dekâik*, V, 234.

iii. Muasır İslâm hukukçuları ise, ihtilafsız bir şekilde, menfaatların ve hakların, maddî olmayan mütekavvim birer mal olduklarını, kabul etmişlerdir¹⁴⁶. Buna göre, müstakil olarak herbirinin alım-satıma konu edilmesine de cevâz vermişlerdir. Örneğin, patent hakkı, telif hakkı gibi hakların satımı yapılabilecektir.

Çalışmamızı bitirirken, güncel bir konu olan devre mülk hakkında kısa bir değerlendirme yapmak istiyoruz.

Günümüzde turistik bölgelerde devre mülk satımı yaygınlaşmıştır.

Devre mülk; “müşterek mülkiyetten kaynaklanan ve pay sahiplerine ev veya oturulabilir yerde belli dönemlerde oturma hakkı veren mülkiyet hakkı”, “ortak mülk meskenden nöbetleşe yararlanma” şeklinde tanımlanabilir.¹⁴⁷

Kat Mülkiyeti Kanunu’nda devre mülk hakkının “...müşterek mülkiyet payına bağlı bir irtifak hakkı” olduğu belirtiliyorsa da¹⁴⁸, asıl itibarıyla, devre mülk bir irtifak hakkı değil mülkiyet hakkıdır.¹⁴⁹

Klasik dönemlerde, ortakları arasında paylaştırılması mümkün olmayan arazi veya ev gibi gayr-i menkulün müşterek malikleri arasında ya zaman veya mekan açısından menfaati bölünmek suretiyle, taraflar arasındaki anlaşmazlık çözülmüyordu.¹⁵⁰

Çağımızda ise, sosyal hayatın oluşturduğu gereksinimler dolayısıyla, mülkiyet hakkının bazı yönleriyle sınırlandırılması pahasına da olsa, aynı mülkü ortaklaşa kullanmaya baştan rıza gösterilerek, devre mülke talip olunmaktadır. Örneğin, tatilini bir kaplıca kenarında geçirmek isteyip kaplıca yakınlarında evi bulunmayanlar 12 kişilik bir grup oluşturuyor, o bölgede yapılmış bir ev/daireyi satın alıyorlar. Bu gayr-i menkulün mülkiyeti 12 şahıs arasında ortak olmakla beraber, devre mülk tapusu şeklinde bir tapu düzenleniyor. Tapuda her şahsın senenin hangi ayında bu gayr-i menkulü kullanacağı da belirtiliyor. Buna göre bu gay-i menkulden yararlanılıyor.

¹⁴⁶ Bkz. M. Selman, *el-İsile*, IV, 3; Mahmasani, *ez-Nazariyyat*, s.10; Demir, *İslam Hukukunda Mülkiyet*, s.24, 25; Ali el-Hafif, *el-Mülkiyye*, s.12; Zuhayli, *el-Müstedrek*, IX, 476.

Değişik tanımlar için bkz: Oğuzman-Seliçi, *a.g.e.*, s. 593; *Kat Mülkiyeti Kanunu*, Madde: 57; Ali Şafak, *Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Ankara 1992, s. 99.

¹⁴⁸ Bkz: Madde: 57.

¹⁴⁹ Bkz: Oğuzman-Seliçi, *a.g.e.*, s. 593.

¹⁵⁰ *Mecelle*, Madde: 1174 vd.; Karaman, *İslam Hukuku*, III, 44-46.

Şahıs, dilediğinde mezkur mülkteki hissesini satarak bir başkasına devredebiliyor. Kendine ait dönemde meskeni kiraya verebiliyor. Kişinin ölümü halinde bu hisse mirasçılara intikal ediyor.

Buraya kadar anlatılanlar, günümüz hukuklarında benimsendiği¹⁵¹ gibi, İslam hukukunda da "muhayee" konusunda ele alınmıştır. Örneğin, Mecelle'nin Şirketler Kitabı'nın 9. faslı, "muhayee" ismi ile buna ayrılmıştır.¹⁵²

Devre mülkle ilgili detay bilgi vermek maksadımızı aşacağından, bu kadarla yetinerek, sonuç olarak şunu söyleyebiliriz. Devre mülkte satıma konu olan şeyin bir gayr-i menkul olması ve satımın mütekavvim bir mal üzere yapılması nedeniyle, devre mülk satımının meşru olduğu görülmektedir.

Ancak devre mülk sözleşmesi, ortaklar veya site yönetimince düzenlenirken, satım akdini fasil kılacak ya da akdin muktezasına aykırı bazı şartlar içermesi nedeniyle akdin fesada uğraması ihtimalini bertaraf etmek için, sözleşme hazırlanırken buna dikkat edilmesinin gerekliliği hatırlatılabilir. Konumuz dışına taşmamak için, biz burada İslam hukuku açısından satım akdi için mahzur teşkil eden şartların neler olduğunu sıralayamıyoruz.

SONUÇ

İslam hukukuna göre, satım sözleşmesi mütekavvim mal zürine kurulmaktadır. Mütekavvim mal kavramı; malın aslî unsuru olan, "kendisinden faydalanılma imkanı" yanı sıra, İslam hukukunun aradığı, "bu faydalanmanın yasaklanmamış olması" vasıflarından oluşmaktadır.

Klasik dönem İslâm hukukçuları mal kavramının kapsamını tartışmışlarsa da, muasır İslâm hukukçuları, kendisine rağbet edilen, hem maddi bir varlığı olan (a'yn) hem de maddi varlığa sahip olmayan (menfaat-hak, enerji, gaz... gibi) şeyleri mal kapsamında mütalâa etmişlerdir. Günümüzde mal kavramı açısından, dinî ve beşeri hukukçuların aynı noktada bulundukları tespit edilmiştir.

İslama göre, eşyadan faydalanma asıl kabul edilmiş ve maldan yararlanma kapsamı hayli geniş tutulmuştur. Ancak bazı mallardan faydalanma, bunların bir kısım mahzurlar oluşturması sebebiyle yasaklanmıştır.

¹⁵¹ Bkz: Oğuzman-Seliçi, *a.g.e.*, s. 593 vd.; *Kat Mülkiyeti Kanunu*, Madde: 57.

¹⁵² Bkz: *Mecelle*, Madde: 1174-1191.

Konu ile ilgili naslardaki kapalılık dolayısı ile, hükmü ihtilaf mevzuu olan malların dahi, meşrû herhangi bir yolla faydalanmak mümkün olması durumunda satışa konu edilebileceğini savunmuşlardır.

İslam, satım sözleşmesine konu olacak malın mütekavvim olması şartını koşmakla, müşterinin karşılıksız bir şekilde mal sarfederek zarara girmesini önlemiş ve bayiin de bu tür malı satarak, haksız kazanç peşine düşmesini engellemiştir. Ayrıca, karşılıklı bir akit olan satım sözleşmesindeki bedeller arasında denge oluşturularak, şahısların gönül huzuru ile alışveriş yapmaları sağlanmıştır.