



**T.C.
ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

İSLAM HUKUKUNDA MAL TÜRLERİNİN HUKUKİ İŞLEMLERE ETKİSİ

Yüksek Lisans

Mehmet BARUTÇU

Kamu Hukuku

Ağustos 2022



**T.C.
ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

İSLAM HUKUKUNDA MAL TÜRLERİNİN HUKUKİ İŞLEMLERE ETKİSİ

Yüksek Lisans

Mehmet BARUTÇU

Kamu Hukuku

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Mustafa AVCI**

Ağustos 2022



T.C.
ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



TEZ ONAYI

Enstitümüzün Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı 205422203 numaralı öğrencisi Mehmet Barutçu'nun hazırladığı “**İslam Hukukunda Mal Türlerinin Hukuki İşlemlere Etkisi**” başlıklı tezi ile ilgili tez savunma sınavı, Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nin ilgili maddeleri gereğince 22/08/2022 Pazartesi günü saat 11:00'da yapılmış, tezin onayına

oğ. birliği ile karar verilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. Şamil DAĞCI

Jüri Üyesi : Prof. Dr. Mustafa AVCI
(Danışman)

Jüri Üyesi : Dr. Öğr. Üyesi Yasemin GÜLLÜOĞLU ALTUN

ONAY:

Bu tezin kabulü, Enstitü Yönetim Kurulu'nun / / tarih ve sayılı Enstitü Yönetim Kurulu Kararı ile onaylanmıştır.

..... / /

Prof. Dr.
Müdür

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
------------------	---

İSLAM HUKUKUNDA MAL TÜRLERİNİN HUKUKİ İŞLEMLERE ETKİSİ.....	iv
--	----

THE EFFECT OF TYPES OF GOODS ON LEGAL TRANSACTIONS IN ISLAMIC LAW	v
--	---

KISALTMALAR	vi
-------------------	----

BİRİNCİ BÖLÜM

MAL KAVRAMI

GİRİŞ	1
-------------	---

1.1. KAVRAMSAL TESPİT	3
-----------------------------	---

1.1.1. Mal Kelimesinin Sözlük Anlamı.....	3
---	---

1.1.2. Mal Kelimesinin Terim Anlamı.....	6
--	---

1.2. MAL KAVRAMININ UNSURLARI	14
-------------------------------------	----

1.2.1. Ekonomik Değer	14
-----------------------------	----

1.2.2. Maddi Varlık.....	17
--------------------------	----

1.2.2.1. Menfaat.....	18
-----------------------	----

a. Mal ve Menfaat Ayrımında Nakli Deliller	20
--	----

b. Mal ve Menfaat Ayrımında Akli Deliller	24
---	----

c. Mal ve Menfaat Ayrımında Örfi Deliller.....	30
1.2.2.2. Mal ve Menfaat Ayrımına Bağlanan Hukuki Sonuçlar.....	31
a. Gasp ve İtlaf Fiillerinde Tazmin Sorumluluğu	31
b. Taşınmaz Satışında Bedel Olarak Menfaatin Tayin Edilmesinde Şüfa Hakkının Doğuşu	35
c. Menfaat Milkiyetinin Devrini Konu Edinen Sözleşmelerde Beklenmeyen Hal (Özür) Sebebiyle Sözleşmenin Sona Ermesi.....	36
1.2.2.3. Deyn	38
1.2.2.4. Mal-Deyn Ayrımına Bağlanan Hukuki Sonuçlar.....	40
a. Ortaklığın Sona Erdirilmesi	40
b. İbranın Borç Düşürücü Etkisi	42
c. Takas.....	44
d. Borcun Havalesi.....	45

İKİNCİ BÖLÜM

MAL TÜRLERİNİN HUKUKİ İŞLEMLERE ETKİSİ

GİRİŞ	46
2.1. HUKUKİ DEĞER TAŞIMAK	47
2.1.1. Mütakavvim ve Gayri Mütakavvim Mal	49
2.1.2. Mütakavvim ve Gayri Mütakavvim Mal Ayrımının Hukuki İşlemlere Etkisi.....	51
2.1.2.1. Milkiyete Konu Olmak.....	52
2.1.2.2. İki Tarafa Borç Yükleyen Mali Nitelikteki Akitlere Konu Olmak ...	53
2.1.2.3. Tazmin Edilebilirlik	54
2.2. PİYASADA DEĞER FARKI OLMAKSIZIN MEVCUDİYET	55

2.2.1. Misli ve Kıyemi Mal.....	55
2.2.2. Misli ve Kıyemi Mal Ayrımının Hukuki İşlemlere Etkisi	56
2.2.2.1. Sözleşmelerde Faiz Unsuru	58
2.2.2.2. Tazmin Sorumluluğunda Borcun İfa Şekli.....	58
2.2.2.3. Müşterek Milkiyetin Sona Erdirilmesi: Taksim.....	59
2.2.2.4. Deyn Borcunun Konusu	60
2.3. TAŞINABİLİRLİK.....	62
2.3.1. Taşınmaz ve Taşınır Mal.....	63
2.3.2. Taşınmaz ve Taşınır Mal Ayrımının Hukuki İşlemlere Etkisi	67
2.3.2.1. Vakıf Sözleşmesinin Konusu	67
2.3.2.2. Satış Sözleşmesi Konusunun Kabzedilmeden Önce Yeni Bir Satış İşlemine Konu Edilmesi.....	68
2.3.2.3. Hukuki Temsilcinin Küçüklerin veya Kısıtlıların Malvarlığındaki Tasarrufunun Sınırları	73
2.3.2.4. Borçluya Ait Malların Cebri Satışı.....	75
2.3.2.5. Şüfa Hakkının Konusu	77
2.3.2.6. Gasp Fiilinin Konusu	78
2.3.2.7. İrtifak Haklarının Tesisi	80
SONUÇ.....	82
KAYNAKLAR.....	85

İSLAM HUKUKUNDA MAL TÜRLERİNİN HUKUKİ İŞLEMLERE ETKİSİ

İslam borçlar ve eşya hukukunun temel terimlerinden biri olan mal kavramının mahiyeti, bu kavramla ilişkili olan menfaat ve deyn kavramlarının mal kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, İslam hukuk mezhepleri arasında temel tartışma konularından olmuştur. Kaynaklarda mal kavramının mahiyeti, mal-menfaat ve mal-deyn ilişkisi; mal türleri ve bu ayrımlara bağlanan hukuki işlemlere ait yeterli malumat mevcut olmakla birlikte bunların toplu olarak Türk hukukçularına sunulması gerekmektedir. Zira İslam hukukunun kendine özgü sistematüğinden kaynaklı olarak mal kavramını ve mal türlerini, tek bir başlık altında bulmak mümkün değildir. Mevzubahis sorunlar hakkında günümüz İslam hukukçuları tarafından yapılan çalışmalar incelendiğinde Arapça kaynaklarda görülen zenginliğı, Türkçe kaleme alınan çalışmalarda müşahede etmek mümkün değildir. Çalışma boyunca genel olarak – hususen birinci bölümde- Hanefi mezhebine ait fıkıh ve usul kaynakları incelenmiştir. Bu kaynakların yanında hem Arapça hem de -gerek Osmanlı döneminde gerekse sonraki dönemlerde- Türkçe yazılmış makale, tez ve kitaplar araştırılmıştır. Özellikle Mecelle ve Mürşidü’l-hayrân’ın ilgili düzenlemeleri mukayese edilmiştir. Yer yer bazı meselelerin pratikteki karşılığı için fetva ve mahkeme kararı örnekleri zikredilmiştir. Neticede mal kavramının maddi/cismani ve ekonomik unsurdan oluştuğuna ve buna bağılı olarak menfaat ve deynin mal olarak değıerlendirilemeyeceğıine kanaat getirilmiştir. Mal kavramının ekonomik değıere sahip ayn, yani maddi/cismani varlığıa sahip bir şey olduğıu tespit edildikten sonra mal türleri, üç temel başlıkta toplanmış ve bu başlıklar hukuki değıer taşımak, piyasada değıer farkı olmaksızın mevcudiyet ve nakledilebilirlik olmak üzere genelden  zele doğıru sıralanmıştır.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Mal, Menfaat, Deyn, Mal T rleri, Hukuki İşlemler.

THE EFFECT OF TYPES OF GOODS ON LEGAL TRANSACTIONS IN ISLAMIC LAW

The nature of the concept of goods, which is one of the basic terms of Islamic debt and property law, and whether the concepts of interest and dayn related to this concept can be evaluated within the scope of goods have been among the main debates among Islamic law sects. The nature of the concept of goods in the sources, the relationship between goods-benefits and goods-dayn; Although there is sufficient information about the types of goods and the legal transactions related to these distinctions, these should be presented to Turkish lawyers collectively. Because of the unique systematic of Islamic law, it is not possible to find the concept of goods and types of goods under a single heading. When the studies conducted by today's Islamic jurists on the aforementioned problems are examined, it is not possible to observe the richness seen in Arabic sources in studies written in Turkish. Throughout the study, in general, especially in the first part, the sources of fiqh and method belonging to the Hanafi sect were examined. In addition to these sources, articles, theses and books written in both Arabic and Turkish - both in the Ottoman period and in the later periods - were searched. In particular, the relevant regulations of Majallaa and Murshidu'l-hayraan were compared. From time to time, examples of fatwas and court decisions are mentioned for the practical response of some issues. As a result, it has been concluded that the concept of goods consists of material/corporeal and economic elements, and accordingly, benefit and dayn cannot be considered as goods. After it has been determined that the concept of goods is something that has economic value, that is, something that has tangible / tangible assets, the types of goods are grouped under three main headings, and these headings are listed from general to specific as having legal value, availability in the market without any difference in value, and transportability.

Keywords: Islamic Law, Possessions, Benefits, Dayn, Types of Goods, Legal Transactions.

KISALTMALAR

AŞ: Ahvâlü’ş-şahsiyye

b.: bin

Bkz.: Bakınız

b.y.: Basım yeri yok

DÜHFD: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

EBYÜHFD: Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

H.: Hicri

Haz.: Hazırlayan

İÜHFM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

MAA: Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye

MH: Mürşidü’l-hayrân

MÜİFAV: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı

TDV: Türkiye Diyanet Vakfı

Trc.: Tercüme eden

ts.: Basım tarihi yok

vs.: Vesair

BİRİNCİ BÖLÜM

MAL KAVRAMI

GİRİŞ

Borçlar ve eşya hukukunun temel kavramlarından biri olan mal terimi ve mal türlerinin hukuki işlemlere etkisi; menfaat ve deynin mal olarak kabul edilip edilmeyeceği, İslam hukuk mezhepleri tarafından tartışılmıştır. Mal kavramı, başta borçlar ve eşya hukuku olmak üzere hukukun birçok alanıyla alakalıdır. Bu öneminden dolayı öncelikle mal kavramının mahiyeti ve mal türlerinin tespiti önem arz etmektedir. Kaynaklarda mal kavramına ve mal türlerine ait yeterli malumat mevcut olmakla birlikte bunların bir arada toplu olarak Türk hukukçularına sunulması gerekmektedir. Zira İslam hukukunun kendine özgü sistematüğinden kaynaklı olarak mal kavramını ve mal türlerini, tek bir başlık altında bulmak mümkün değildir. Bu noktada, ortak kavram tespitinde İslam hukukunun mezhepler ekseninde şekillenmiş olması, ciddi bir yer işgal etmektedir. Mevzubahis sorunlar hakkında günümüz İslam hukukçuları tarafından yapılan çalışmalar incelendiğinde Arapça kaynaklarda görülen zenginliğı, Türkçe kaleme alınan çalışmalarda müşahede etmek mümkün değildir.

İslam hukukunun günümüze kadar sistematik bir şekilde gelişerek ulaşmasının temelinde yatan nokta, mezhep merkezli bir usul takip edilmesidir. Mezheplerin bu ehemmiyetli konumuna rağmen günümüzde daha çok mezhepler üstü veya mezhepler karması bir yöntem izlenmektedir. Bu durum ise İslam hukukunun öğretilmesinde ve öğrenilmesinde eksiklikler meydana getirmektedir. Netice itibariyle sorun, sadece kavram kargaşasıyla sınırlı kalmamakta, bu kavramlar üzerine bina edilen hukuki hükümler birbirinden farklı olmakta ve asırlardır süzöle gelen hukuki bir düzen ortadan kalkmaya doğru yüz tutmaktadır. Mal kavramı da bu noktada göze çarpan örneklerden biridir. Güncel çalışmaların çoğunda mal kavramı tanımında bir mezhep doktrini çizgisi takip edilmemiş ve hatta bazı yerlerde İslam hukukunun dışında Kıta Avrupa'sı

hukukundaki kavramlara yaklaştıracak tanımlar kullanılmıştır. Ancak bu çalışmada mümkün oldukça Hanefi hukukçularca belirlenen kural ve kaideler ışığında hareket edilmiştir. Böylelikle İslam hukukunun temel hukuk mezheplerinden birindeki mal kavramı ve mal türlerine bağlanan hukuki neticeleri öğrenmek daha kolay olacaktır. Bu ğrenim kolaylığı, sadece mal kavramı ve mal türlerine bağlanan hukuki sonuçlarla sınırlı kalmayacak; diğer hukuki meseleler karşısında Hanefi mezhebi doktrininin bakış açısının ne olacağının bilinmesine de yardımcı olacaktır.

Çalışma iki bölüm olup birinci bölümde mal kavramının unsurlarına temas edilmiştir. Özellikle mal kavramına ait unsurların tespitinde İslam hukukçuları tarafından zikredilen tanımlar, ortak bir çatı altında toplanmıştır. Mezkûr tanımları kayıt altına alırken birinci el kaynaklara ulaşılmıştır. Genel bir kaynak taraması yapıldıktan sonra mal kavramı için uygun görülen tanıma yer verilmiştir. “Tarif, efrdını cmi; ağyrını mani olmalıdır.” düsturuyla mal kabul edilen ve mal kavramı dışında kalan menfaat ve deyn izah edilmiştir. Mal-menfaat ve mal-deyn kavramları arasındaki farklılıklar ve bu farklılıklardan doğan hukuki hükümler açıklanmıştır. İkinici bölümde malın hangi türlere ayrıldığına ve bu ayrıma bağlanan hukuki sonuçların neler olduğuna değinilmiştir. Mevzubahis mal türlerinin başlıklandırılmasında borçlar ve eşya hukuku merkezli ve çoğulcu bir yöntem takip edilmiştir. Bundan dolayı idare hukuku alanıyla ilgili olan kamu-özel; pratik sonuçları oldukça dar olan tüketilebilir-kullanılabilir ve bölünebilir-bölünemez mal ayrımlarına yer verilmemiştir. Araştırma, muasır çoğu İslam hukukçusunun da esas aldığı hukuki değer taşıma noktasında mütekavvim-gayri mütekavvim mal; piyasada değer farkı olmaksızın mevcudiyet açısından misli-kıyemi mal ve son olarak nakledilebilirlik cihetinden taşınmaz-taşınır mal ayrımları doğrultusunda şekillenmiştir. Bu ayrımların hukuki neticelerinin serdedilmesinde de külli değil; çoğulcu bir yöntem takip edilmiştir. Bu yüzden İslam hukukunda çoğunlukla karşılaşılabilecek ve ayrımların temel mantığını yansıtabilecek hükümler zikredilmiştir. Ayrıca fikri ve sınai mülkiyet alanına giren haklar da çalışma dışında tutulmuştur. Çalışma boyunca genel olarak –hususen birinci bölümde- Hanefi mezhebi doktrinine ait fıkıh ve usul kaynakları incelenmiştir. Bu kaynakların yanında hem yabancı dilde hem de -gerek Osmanlı döneminde gerekse sonraki dönemlerde- Türkçe yazılmış makale, tez ve kitaplar tetkik edilmiştir. Özellikle Mecelle ve Mürşidü’l-hayrân’ın ilgili düzenlemeleri mukayese edilmiştir. Yer yer bazı meselelerin pratikteki karşılığı için

fetva örnekleri zikredilmiştir. Ayrıca Türk doktrinindeki bazı çalışmalara yönelik eleştirilere de dipnotlarda yer verilmiştir.

1.1. KAVRAMSAL TESPİT

1.1.1. Mal Kelimesinin Sözlük Anlamı

Mal kelimesi, sözlüklerde “aslında altın ve gümüş için kullanılmakla beraber zamanla, elde edilen ve şahsi hakimiyete geçirilen eşyalar; milkiyete¹ konu olan her şey için kullanılan kelime” manalarını ifade eder.² Arap toplumunda mutlak olarak mal

¹ İslam hukuku kaynaklarında mülkiyet kelimesi yerine milk ifadesi kullanılır. Ancak milk, mülkiyete nispeten daha geniş kapsamlı bir manaya sahiptir. Zira İslam hukukunda eşya (aynlar) gibi menfaatler de milkin konusu olur. Buna binaen milk ifadesi mülkiyeti de kapsayacak şekilde “milkü’l-ayn ve’l-menfaa, el-milkü’l-kamil, el-milkü’l mutlak, el-milkü’t-tâm” şeklinde ifadelerle zikredilir. Ancak “Mutlak kemale sarf edilir.” kaidesi gereğince sadece milk ifadesi kullanıldığında malik için en fazla hak sağlayan mülkiyet hakkı anlaşılır. Bkz. Hasan Hacak, "Mülkiyet," *TDV İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2006), 541

Başta eşya ve borçlar hukuku olmak üzere fıkıhın muamelat alanın üzerine bina edildiği milk kavramının mülkiyetle ifade edilmesi birçok sorun yaratacaktır. Zira milk, hukuk düzeni tarafından kişiye tanınmış olan hakları ifade etmektedir. İslam hukukunun son dönemlerdeki ilk kanunlaştırma faaliyetlerinden biri olan Mürşidü’l-hayrân’da da milk veya milkiyyet kavramları kullanılmıştır. Buna bağlı olarak biz çalışmamızda milk veya bu kelimenin ya-ı masdarlı hali olan milkiyet ifadesini kullanacağız. Milk kavramına yönelik değerlendirmeler için bkz. Hasan Hacak, "İslam Hukukunun Klasik Kaynakların Hak Kavramının Analizi" (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2000), 144-65; Fahri Demir de gerek fıkıh kaynaklarında gerek İslam hukukuna dair yapılan modern çalışmalarda mülkiyet kavramının kullanılmadığını belirtmekle beraber dilimizde bir karışıklık vaki olmayacağı için mülkiyet kavramını kullanmayı tercih etmektedir. Bkz. Fahri Demir, *İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı* (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2012), 118 (6 numaralı dipnot).

Milk ve mülk kelimesi arasındaki farka temas etmek de yerinde olacaktır. Milk, kişinin malik olduğu şeyleri -gerek ayn olsun gerekse menfaat olsun- ifade eden fıkhi bir kavramdır. Mülk ise, kişinin hukuken malik olup olmadığına bakılmaksızın bir eşya üzerindeki maddi hakimiyeti için kullanılır. Hacı Ahmed Reşid Paşa, *Ruhu'l-mecelle* (İstanbul: Tercümân-ı Hakikat, H. 1327), cilt 2, 26; Hacak, "Hak Kavramı," 147.

² Muhammed b. Muhammed b. Abdurrezzâk Zebîdî, *Tâcü'l-arûs min Cevâhiri'l-kâmûs* (Kuveyt: Matbaatü Hükûmeti'l-Kuveyt, 1965), cilt 30, 428; Ebû'l-fadl Cemâlüddin b. Muhammed b. Mükrim İbni Manzûr, *Lisânü'l-arab* (Beyrut: Dârü Sâdır, H. 1414), cilt 11, 636; Mütercim Asım Efendi,

kelimesi kullanıldığında “deve” anlaşıldı. Çünkü bu toplumda en önemli mal olarak develerin hususi bir yeri vardı.³ Rağıb İsfehânî ise mal kelimesinin “meyl” kökünden türetildiğini söyledikten sonra “Mal kavramına bu ismin verilmesinin sebebi, ‘bir kişinin hakimiyetinde sabit olmayıp sürekli olarak birinden diğerine meyleden ve zail olan’ manasına vurgu içindir.” ifadelerini zikreder.⁴ Nitekim ayetler incelendiğinde mal kavramının “geçici ve sabit olmama” manasına işaret edecek şekilde insanlar için bir imtihan sebebi,⁵ kendi aralarında bir övünme vesilesi ve dünya hayatının ziyneti⁶ olduğuna vurgu yapılmıştır. Tefsir ve hadis şerhlerine bakıldığında “ihtiyaçların karşılanması ve arzulanan şeylere ulaşılması için kalplerin kendisine meylettiği,”⁷ “çabuk zeval bulmasına ve helak üzeri olmasına rağmen herkesin kendisine yöneldiği”⁸ ve “kalpleri bir tarafa doğru meylettiren”⁹ ifadelerinin de mal kavramı için kullanıldığı müşahade edilmektedir.¹⁰ Bütün bu tariflere binaen, sözlüklerde mal kelimesi için sabit

Kâmusu'l-muhît Tercümesi (İstanbul: Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, 2013), cilt 5, 4770; Mecdüddin Ebu's-seâdât b. Muhammed b. Muhammed b. Muhammed b. Abdülkerim İbnü'l-esîr, *en-Nihâye fî Ğarîbi'l-hadîs ve'l-eser* (Beyrut: el-Mektebetü'l-ilmîyye, 1979), cilt 4, 373.

³ Zebîdî, *Tâcü'l-arûs*, 30:429; İbni Manzûr, *Lisânu'l-arab*, 11:636; İbnü'l-esîr, *en-Nihâye fî Ğarîbi'l-hadîs ve'l-eser*, 4:373.

⁴ Râğıb İsfehânî, *Müfredâtu Elfâzi'l-kurân* (Beyrut: Dâru'l-kalem, 2014), 784.

⁵ *Bilin ki mallarınız ve çoluk çocuğunuz birer deneme aracıdır. Allah katında ise büyük bir mükâfat vardır.* el-Enfâl 8/28.

⁶ *Bilin ki, dünya hayatı ancak bir oyun, bir eğlence, bir süs, aranızda karşılıklı bir övünme, çok mal ve evlat sahibi olma yarışından ibarettir (Nihayet hepsi yok olur gider). Tıpkı şöyle: Bir yağmur ki, bitirdiği bitki çiftçilerin hoşuna gider. Sonra kurumaya yüz tutar da sen onu sararmış olarak görürsün. Sonra da çer çöp olur. Ahirette ise (dünyadaki amele göre ya) çetin bir azap ve(ya) Allah'ın mağfiret ve rızası vardır. Dünya hayatı, aldaniş metaından başka bir şey değildir.* el-Hadîd 57/20; *Mallar ve evlatlar, dünya hayatının süsüdür. Baki kalacak salih ameller ise, Rabbinin katında, sevap olarak da ümit olarak da daha hayırlıdır.* el-Kehf 18/46.

⁷ İsmail Hakkı Bursevî, *Rûhu'l-beyân* (Beyrut: Dâru'l-fikr, ts.), cilt 5, 320 ve cilt 9, 356.

⁸ Nizamuddin Kummî Nisâbü'rî, *Ğarâibü'l-Kur'ân ve Reğâibü'l-furkân*, haz. Şeyh Zekerîyya Umeyrât (Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, H. 1416), cilt 3, 494; Fahreddin Râzî, *Mefâtihu'l-ğayb* (Beyrut: Dâru İhyâi't-turâsi'l-arabi, 1999), cilt 16, 78.

⁹ Ebu Muhammed Hüseyin b. Mesud b. Muhammed b. Ferrâ Beğâvî, *Şerhü's-sünne* (Beyrut: el-Mektebül-İslâmî, 1983), cilt 14, 253.

¹⁰ İmam Nevevî, mal kavramının manası için “meyletmek” veya “meylettirmek” ifadelerinin kullanılmasının, mana noktasına vurgu için olduğunu; gramer kuralları açısından mal kelimesinin

bir tanımlamanın olmadığını, değişen şartlar doğrultusunda örfe bağlı olarak farklı tanımların ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Bu noktada Misbah-ı Münîr müellifi Feyyûmî de malın herkesçe maruf olduğunu ve örfte mal olarak addolunan şeylerin bu kelimenin içeriğine girdiğini belirtmektedir.¹¹ Kuran ve hadislerde mal kavramı için müstakil bir tanımın verilmemesi de mal kavramından anlaşılması gerekenin, örfe bırakıldığına işaret etmektedir.

Sözlüklerde zikredilen manalar doğrultusunda mal kavramının, milkiyetin konusu olan şeyleri ifade ettiğini ve buna bağlı olarak da cismani varlığa sahip eşyalar gibi menfaatlerin de mal olduğu söylenebilir.¹² Zira milkü'l-menfaa, yani kişinin, sahip olduğu şeyin menfaatleri üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunmasını ve üçüncü kişilerin tecavüzünü engelleyebilmesini sağlayan hukuki ilişki¹³ İslam hukukçuları arasında ittifakla kabul görmüş bir kurumdur. Ancak fakihlerin mal kelimesi için ıstılahi olarak yaptıkları tarifler incelendiğinde meselenin böyle olmadığı ortaya çıkacaktır. Şimdi mal kavramı için fıkıh kitaplarında yapılan tanımları inceleyebiliriz.

“meyl” kökünden türetilmesinin mümkün olmadığını söyler. Zira Arapça’da kelime türetilmesi (iştikak) yapılırken asıl harflerde bir değişiklik olmamalıdır. Eğer mal kelimesi meyl kökünden gelmiş olsaydı bu kelimenin çoğulu “emval” veya tasgir (küçültme) kalıbı “müveyl” olarak gelemezdi. Bkz. Ebu Zekerîyya Muhyiddin Yahya b. Şeref Nevevî, *Tehzîbü'l-esmâ ve'l-lügât* (Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, ts.), cilt 4, 147.

¹¹ Ahmed b. Muhammed b. Ali Feyûmî, *el-Misbâhu'l-münîr fî-ğarîbi's-şerhi'l-kebîr* (Beyrut: el-Mektebetü'l-ilmîyye, ts.), cilt 2, 586.

¹² Mecelle’nin 125. maddesinde “İnsanın mâlik olduğu şeydir; gerek ayân olsun gerek menâfî olsun.” ifadeleriyle milkiyetin konusunun ne olduğu belirtilmiştir. Ancak burada milkiyetin tanımına yer verilmeksizin sadece konusu zikredilmiştir. Bu maddede milkin tanımına, yani malik olmak sıfatının ne demek olduğuna temas edilmemiştir. Bu ise Mecelle metni için eksikliklerdir. Milk, sözlükte iki manada kullanılır: Mastar anlamında milk, bir şeyi üçüncü kişilerden alıkoyacak ve onda tasarrufta bulunulabilecek şekilde hakimiyet altına almaktır (milkin ihtisâs-ı şerî veya ihtisâs-ı haciz oluşu). İkincisi ise meful manasında olarak ilk tarifte açıklandığı üzere tasarruf ve hakimiyet altına alınan şey demektir. Dilimizde mastar manasını ifade etmek için milk kelimesinin sonuna “ya-ı masdariye” getirilerek milkiyet halini almıştır. Bkz. Seyyid Bey, “Milk, Mal ve Bey’in Mâhiyet-i Hukûkiyeleri,” *Dârul-fünûn Hukûk Mecmûası* 1, no. 2 (1916), 131-2.

¹³ Ali b. Muhammed b. Ali Cürcânî, *Kitâbü't-ta'rîfât* (Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 1983), 229.

1.1.2. Mal Kelimesinin Terim Anlamı

Asıl olan, kelimenin sözlük manası değil, ıstılahi manasıdır. Kelimeye ait sözlük anlamlarını bilmek önemliyse de temel gaye değildir. Ancak sözlüklerde zikredilen manaların, kelimelerin ıstılahi anlamlarının şekillenmesinde etkisiz olduğu iddiası da yerinde olmayacaktır. İstılahi anlamda, kelimenin sözlükteki manasından uzaklaşmakla beraber iki mana arasındaki ilgi devam edebilmektedir. Bu gibi kelimelere “menkul” lafız denilir. Sözlük ve ıstılah manaları arasındaki anlam ilgisinin ortadan kalktığı kelimelere ise “mürtecel” lafız denilir.¹⁴ Binaenaleyh, mal kavramının menkul bir lafız olduğunu söylemek gerekecektir. Zira sözlüklerde vurgu yapılan “milkiyete konu olabilirlik” ifadesi bağlamında malların da milkiyete konu olduğu, ancak milkiyete nispeten daha dar manada kullanıldığı görülmektedir.¹⁵

İslam hukukçuları mal kavramını, fûru fıkıh kitaplarının gasp, itlaf, satış, icâre ve zekât gibi farklı bölümlerinde tanımlamışlardır. Aynı şekilde usul-i fıkıh eserlerinde kaza ve kıyas başlıkları altında da mal kavramına ait tanımlarla karşılaşmak mümkündür. Yapılan tanımların merkezinde, mal kavramı ile menfaatin aynı olmadığı üzerinde durulmuş, tanımlardaki ihtirazi kayıtlarda bu iki kavramı birbirinden ayırt edecek ifadeler yer verilmiştir. Bu iki kavram üzerinde yapılacak değerlendirmelerde ise icâre, gasp ve itlaf bölümlerinin hususi bir yerinin olduğu söylenebilir.

Şemsüleimme Serahsî, Meksûr adlı eserinde menfaatlerin tazmin edileceğini söyleyen Şafîîlerin görüşüne yer verirken, “Mal, kendisiyle maslahatlarımızı temin etmemiz için yaratılmış olan şeylerin adıdır.” der.¹⁶ Şafîîlere ait bu tanıma yaptıktan

¹⁴ Halim Öznurhan, "İstılah," *TDV İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2020), 576.

¹⁵ Bu anlamda milkiyet ve mal arasında umum ve husus mutlak ilişkisi vardır. Ancak mal kavramıyla kastedilen bilfiil milkiyete konu olan şeyse bu iki kelime arasında umum ve husus min-vechin vardır. Yani her bir kelime diğerinden bir açıdan daha kapsamlı olurken bir diğer noktada daha dar anlamdadır. Zira herhangi bir kimsenin milkiyetinde olmayan mübah mallar, mal kavramının içerisindeyken milkiyet kavramının kapsamında değildirler. Keza mal kavramı menfaatleri kapsamazken menfaatler milkiyete konu oldukları için bu kavramın içerisindeyler. Kuyucaklızâde Atıf Bey, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Şerh-i Kitâbü'l-büyû* (İstanbul: Mahmud Bey Matbaası, H. 1318), 16.

¹⁶ Muhammed b. Ahmed b. Ebu Sehl Şemsu'l-e'imme Serahsî, *el-Meksûr* (Beyrut: Dâru'l-marife, 1993), cilt 11, 78.

biraz sonra “Mal, kendisiyle maslahatlarımızı temin etmemiz için yaratılmış olan şeyin adıdır. Ancak bu şey temevvül (bir şeyi muhafaza etmek ve ihtiyaç anı için saklayabilmek) ve ihraz¹⁷ sıfatları sebebiyle mal olarak kabul edilmiştir.”¹⁸ ifadelerini zikrederek mal kavramı için üzerinde hakimiyet tesis edilebilecek maddi bir yapıya sahip olma kaydına vurgu yapar.

Teftâzânî, Telvîh isimli eserinde menfaatlerin milkiyete konu olabileceğini ancak mal olarak kabul edilemeyeceğini belirttiikten sonra “Mal, ihtiyaç vaktinde kendisinden faydalanılması için saklanabilecek bir hususiyete sahip olmalıdır.” diyerek, malın temel özelliği olan maddi mevcudiyete temas etmiştir.¹⁹

Abdulaziz Buhârî, Pezdevî’nin usul-i fıkıhla ilgili eserine yaptığı şerhte mal kavramı için “İnsan tabiatın meylettiği ve ihtiyaç anı için saklanabilmesi (iddiharı) mümkün olan şeydir.” tarifini zikreder.²⁰ Bahr-ı Râik sahibi İbn Nüceym, satış sözleşmesinin tarifini “Karşılıklı rızayla malın mal mukabilinde değiştirilmesidir.”²¹ olarak zikrettikten sonra mal kavramını açıklar ve o da mal için yukarıdaki tanımları zikreder.²² Eşbâh şarihi Hamevî, deyn bahsinde mal kavramının tanımına aynı ifadelerle

¹⁷ İhraz milkiyetin illetidir. Yani milkiyet ihrazın neticesi ve hükmüdür. Eşyada mübahlık asıl olduğu için mübah mallar üzerinde milkiyet tesisinde herkes eşit hakka sahiptir. Buna bağlı olarak mübah bir malı ilk olarak ihraz eden, onun üzerinde ilk milkiyet tesis eden kişi olmuştur. Mübah malda milkiyet tesis eden malike karşı artık üçüncü kişilerin müdahalesi söz konusu olamaz. İhrazın geçerli ve meşru olabilmesi için mübah bir malda, yani başkasının milkiyetiyle meşgul olmayan bir malda söz konusu olması gerekmektedir. Çünkü bir şeyde, aynı anda iki farklı milkiyetin kurulması mümkün değildir. Seyyid Bey, "Milk, Mal ve Bey'in Mâhiyet-i Hukûkiyeleri," 132; Recep Özdemir, *İslam Hukukunda Mülkiyet* (İstanbul: Hiper Yayın, 2018), 153-4.

¹⁸ Serahsî, *Mebsût*, 11:79.

¹⁹ Sadeddîn Mesûd b. Ömer Teftâzânî, *Şerhü't-telvîh alâ't-tavzîh* (Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, ts.), cilt 1, 327.

²⁰ Abdulaziz b. Ahmed b. Muhammed Alâüddin Buhârî, *Keşfü'l-esrâr an-Usûli Fahri'l-İslâm el-Pezdevî* (Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1997), cilt 1, 393.

²¹ Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed İbni Nüceym, *el-Bahru'r-râik Şerhü Kenzi'd-dekâik* (Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1997), cilt 5, 430.

²² İbni Nüceym, *Bahr*, 5:430.

yer verir.²³ İbn Âbidin mal, milk ve mütekavvim kavramları için açtığı hususi matlapta bu tanımı zikreder.²⁴ Mecelle’de de “Tab-ı insânî mâil olup da vakt-i hâcet için iddihâr olunabilen şeydir (MAA/126).” ifadeleriyle bu tanım kanunlaştırılmıştır.

Molla Hüsrev, fasit satış sözleşmesi için açtığı başlıkta, satışı batıl olan eşyalar için kan, hür kimse, meyte ve madum şeyleri saydıktan sonra gerekçe olarak bunların mal olmadığını söyler.²⁵ Bir şeyin mal olması için “İnsan tabiatının meylettği ve hakkında bezl (harcama) ve tamahın (üçüncü kişilerden alıkoyma) söz konusu olduğu mevcut şeydir.” şeklinde yapılan tanımın kapsamına girmesi gerektiğini belirtir.²⁶ Haskefi de Dürr-i Muhtâr adlı eserinde bu tanıma yer verir.²⁷ Aynı yazar Mültekâ şerhinde bu tanımı ihtisar ederek “Mal kavramıyla kastedilen şey kendisinde ibtizal (harcama, tüketim) ve tenafüsün (arzulamak, rağbet etmek) vaki olduğu ayndır.” ifadesini zikreder.²⁸ İbn Âbidin de bu tanımın, en uygun tanım olduğunu belirtir.²⁹

İbn Hümam, kat milkiyetinin (hakk-ı tealli) satışı bahsinde “Mal, ihraz edilmesi ve üzerinde hakimiyet tesisi mümkün olan ayndır.” sözleri ile malı tarif eder.³⁰ İbn Âbidin de kat milkiyetinin satışa konu olmamasını aynı ifadelerle gerekçelendirir.³¹ Emîr Hâc ise İbn Hümam’ın usul-i fıkıh eserine yazdığı şerhte “Mal, korunabilen ve ihtiyaç vakti için saklanabilen şeydir.” diyerek mal kavramını benzer şekilde tanımlar.³²

²³ Ahmed b. Muhammed Hamevî, *Ğamzu Uyûni'l-besâir* (Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1985), cilt 4, 5.

²⁴ Muhammed Emin b. Ömer b. Abdulaziz Âbidin İbni Âbidin, *Reddü'l-muhtar ala-dürri'l-muhtar* (Beyrut: Daru'l-fikir, 1992), cilt 4, 501.

²⁵ Muḥammed b Ferâmurz Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm Şerhü Ğureri'l-ahkâm* (b.y.: Daru İhyâi'l-kütübi'l-arabiyye, ts.), cilt 2, 168.

²⁶ Molla Hüsrev, *Dürer*, 2:168.

²⁷ Alâüddîn Haskefi, *ed-Dürrü'l-muhtâr* (Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2002), 413.

²⁸ Alâüddîn Haskefi, *ed-Dürrü'l-müntekâ fi-şerhi'l-mültekâ* (Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1998), cilt 3, 4.

²⁹ İbni Âbidin, *Reddü'l-muhtar*, 5:51.

³⁰ Kemaleddin Muhammed b. Abdulvahid es-Sivasî İbni Hümmâm, *Fethu'l-kadîr* (Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye), cilt 6, 393.

³¹ İbni Âbidin, *Reddü'l-muhtar*, 5:52.

³² Ebu Abdullah Şemsüddin Muhammed b. Muhammed Emîr Hâc, *et-Takrîr ve't-tahbîr alâ't-tahrîr fî Usûli'l-fikh* (Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1999), cilt 3, 167.

Kadri Paşa da Mürşidü'l-hayrân'ında mal kavramı için "Mal, ihtiyaç vakti için saklanması mümkün olan şeydir (MH/1)." tanımını verir.³³

Bazı fakihlerin Ğaznevî'nin el-Hâvî'l-kudsî adlı eserinden alıntı yaparak verdikleri tarifte mal şu şekilde tanımlanmaktadır: "Mal, insanoğlunun maslahatları için yaratılmış; ihraz edilebilen ve iradî olarak tasarruflara konu olabilen insan dışındaki şeylerdir."³⁴ Muasır dönem İslam hukukçularından Muhammed Ebu Zehrâ da bu tarifi tercih eder.³⁵

³³ Muhammed Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân ilâ-marifeti Ahvâli'l-insân fi'l-muâmeleti's-şer'iyye alâ-mezhebi Ebî Hanîfete'n-numân Mülâimen li-örfi'd-diyâri'l-misriyyeti ve Sâiri'l-ümemi'l-islâmiyye* (el-Mektebetü'l-misriyye, H. 1338), 3.

³⁴ İbni Nüceym, *Bahr*, 5:431; Hamevî, *Şerhü'l-eşbâh*, 4:6; İbni Âbidin, *Reddü'l-muhtar*, 4:502.

³⁵ Muhammed Ebu Zehrâ, *el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-akdi fi's-şer'ati'l-islâmiyye* (Kahire: Dâru'l-fikri'l-arabî, 1996), 48; Fahri Demir, menfaatlerin mal kapsamına girdiğini zikrederek bu tanımı, en uygun tanım olarak belirtir. Bkz. Demir, *İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı*, 30. Ancak yazar hem Hanefi mezhebinin sistematik bakış açısını hem de tanımdaki ihraz kavramını göz ardı etmiştir. Zira Hanefi mezhebine bütüncül bir bakışla bakıldığında mal kavramının sadece cismani varlıklara sahip şeyler için kullanıldığı görülecektir. Keza yazarın kullandığı tanımın aslındaki "ihraz" kavramı da cismani varlıkların koruma altına alınmasını ifade etmektedir. Nitekim ıstılahe sözlükler incelendiğinde ihraz kelimesinin, sarıh bir şekilde malların muhafaza altına alınmasını ifade ettiği görülmektedir. Bkz. Ebû Hafs Ömer b. Muhammed b. Ahmed b. İsmail Necmüddîn Nesefî, *Tılbetü't-talebe* (b.y.: Matbaa-yı Âmire, H. 1311), 77; Muhammed b. Ali b. Kâdı Muhammed Hamid b. Muhammed Sabır Tehânevî, *Mevsûatü Keşşâfi Istilâhâti'l-fünûn ve'l-ulûm* (Beyrut: Mektebetü Lübnan Nâşirûn, 1996), cilt 1, 643; Muhammed Amîmü'l-ihsân el-Müceddidî Bereketî, *et-Ta'rîfatü'l-fıkhiyye* (Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, 2003), 17. Dahası Külliyyât sahibi ihraz kelimesi için "ihtiyaç vakti için korumak (siyanet) ve muhafaza altına almak (iddihar)" tarifini zikreder ki bu tarif, açıkça cismani varlıkların ihraz fiilinin konusu olduğunu göstermektedir. Eyyüb b. Musa el-kefevî Ebu'l-Bekâ, *Külliyyât* (Beyrut: Müessesetü'r-risâle, 1998), 57. Demir tarafından yapılan değerlendirmenin bir benzerini, İbrahim Özpolat da yapmıştır. Demir'den farklı olarak Özpolat, İbni Nüceym'in bu tanıma itiraz etmediğini ve mezhep içinde mal kavramı için şart koşulan maddi varlık unsurunun, bu tanımda zikredilmediğini ve buna bağlı olarak menfaat ve hakların da mal kavramının içerisinde değerlendirilebileceğini iddia etmektedir. Bkz. İbrahim Özpolat, "Klasik ve Modern Yaklaşımlar Çerçevesinde Mütakavvim Mal" (2017), 11-12. Ancak yazarın dediğinin aksine İbni Nüceym, birçok yerde mal kavramı için maddi varlığa sahip olma unsuruna temas etmiş ve mezkûr tarif haricinde mal kavramının mezhep doğrultusunda genel kabul gören görüşünü yansıtabak tanımlara yer vermiştir. Nitekim bazı yerlerde açık bir şekilde mal kavramından kastedilenin aynlar olduğunu vurgulamıştır. Bkz. İbni Nüceym, *Bahr*, 2:353 ve 5:430. Ayrıca Demir'in yaptığı gibi Özpolat da zikri geçen tanımda

Fıkıh kitaplarının zekât bölümü içerisinde mal kavramı için yapılan tarifler, sâime hayvanların,³⁶ “Mallarınızın kırkta birini (zekât olarak) getirin!”³⁷ hadisinde nisabı kırkta bir olarak tayin edilen zekât malı içerisinde olmadığını ifade sadedindedir.³⁸ Bu tariflere bakıldığında mal kelimesi tek başına kullanıldığında insanların nukûd (gümüş ve dirhem, para), ticari eşya, hayvan vs. malik oldukları her şeyi kapsadığı ancak örften kaynaklı olarak isim tamlaması halinde, yani "malların zekâtı" ifadesinde ilk olarak nakit ve ticari eşyanın akla geldiği hususunun vurgulandığı görülecektir.³⁹ Keza zekât yükümlülüğünün ancak mütekavvim olan bir eşyanın milkiyetinin devriyle kalkacağı kaidesi izah edilirken “Mal, temevvül edilen, yani muhafaza edilebilecek ve ihtiyaç anı için saklanabilecek nitelikte olan şeydir.” açıklaması yapılır.⁴⁰ Bu özellik ise ancak ayna aittir. Böylelikle menfaatin milkiyetinin devredilmesiyle zekât sorumluluğunun düşmeyeceğine vurgu yapılmıştır.⁴¹

Hanefî hukukçulara ait kaynaklarda yapılan bu tanımlar, doktrinde eleştirilere muhatap olmuştur. Temel olarak eleştirilerin odağındaki husus, bir şeyin mal sayılabilmesi için maddi varlığa sahip olmasının şart koşulmasıdır. Gerek diğer mezheplerde gerekse muasır İslam hukukçularına ait ifadelerde bu eleştirileri görmek

önemli bir kayıt olan ihraz ifadesini yanlış anlamıştır. Buna rağmen çalışmasının temelini İbni Nüceym'den alıntılacağı bu tanıma bina ederek şekillendirmiştir.

³⁶ Süt, üreme ve besi için senenin çoğunu yaylaklarda otlayarak geçiren hayvanlar için kullanılan fıkhi kavramdır. Bereketî, *et-Ta'rifatü'l-fikhiyye*, 110; İmam Malik dışındaki İslam hukukçularına göre deve, sığır ve koyun cinsi hayvanların zekâta tabi olması için saime sıfatına sahip olması gerektiği belirtilmiştir. Bkz: Mehmet Erkal, "Zekât," *TDV İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2013), 201.

³⁷ Ebu Davud, *Sünen*, Kitabü'z-zekât, Babu fi Zekâti's-sâime, hadis no: 1573-1572; İbni Mâce, *Sünen*, Kitabü'z-zekât, Babu fi Zekâti'l-verik ve'z-zeheb, hadis no: 1790; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, hadis no: 1097.

³⁸ Burada sâime hayvanların mal olduğu ancak hadisle nisap miktarı tayin edilen kırkta birlik zekât mallarından olmadığı vurgulanmaktadır.

³⁹ İbni Nüceym, *Bahr*, cilt 2, 393; Sirâcüddin Ömer b. İbrahim İbni Nüceym, *en-Nehrü'l-fâik Şerhü Kenzi'd-dekâik* (Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2002), cilt 1, 436; Osman b. Ali Fahrüddin Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik Şerhü Kenzi'd-dekâik* (Kahire: el-Matbaatü'l-kübra'l-emiriyye, H. 1313), cilt 1, 276.

⁴⁰ İbni Nüceym, *Bahr*, 2:352.

⁴¹ İbni Nüceym, *Bahr*, 2:352.

mümkündür. Bu minvalde örnek olmak üzere özellikle Mecelle'deki tanıma yöneltilen temel eleştirilerin zikredilmesi faydalı olacaktır.⁴²

İlk itiraz, "insan tabiatının meyletmesi" kaydı üzerindedir. İnsan tabiatının yeknesak olmadığı, değişkenlik arz ettiği herkesçe malumdur. Bunun için insan tabiatının meyletmesi şartı, bir tanım için mihver noktası teşkil edemez. Zira bunu kabul etmek, mal kavramı hususunda farklılıkların doğmasına sebep olacaktır. İnsan tabiatının bölgelere, zamanlara veya kişilere göre değişiklik göstereceği inkar edilemez bir gerçektir. Bazı durumlarda aynı kişi veya millet için bir zamanda ilgi çekici olan bir şey, farklı bir zamanda nefret ve tiksinti kaynağı olabilir. Binaenaleyh, mal ve mal olmayan şeyler birbirinden ayırt edilemeyecektir.⁴³ Hususen Mecelle'de olduğu gibi bu şekilde sabit ve objektif olmayan bir ifadenin, bağlayıcı bir metinde düzenlenmiş olması ciddi sorunlar yaratacaktır. Zira kanundaki birçok madde hükmü, mal kavramı esas alınarak konulmuştur.⁴⁴ Keza Mecelle'nin mehazi olan Hanefi fıkında sülük, gübre gibi bazı şeyler, mal olmasına rağmen insan tabiatının hoşuna gitmez; bilakis insan tabiatı o şeyleri kerih görür.⁴⁵ Buna rağmen bu şeylerin mal olduğu hususunda Hanefi hukukçular indinde ihtilaf yoktur.⁴⁶

⁴² Bu tanımlara yönelik değerlendirmeler için bkz: Ebu Zehrâ, *Milkiyye*, 47-8; Mustafa Ahmed Zerkâ, *el-Medhal ilâ-nazariyyeti'l-iltizâmî'l-âmme fî'l-fikhi'l-islâmî* (Dimeşk: Dâru'l-kalem, 1999), 123-6; Salih b. Abdullah Lüheydân, "el-Anâsirü'l-mükevvinetü li-sıfati'l-mâliyye inde'l-fukahâ," *Mecelletü'l-buhûsi'l-islâmiyye*, no. 73, 168-82; Salih b. Abdullah Lüheydân, "el-Eşyâü'l-muhtelifetü fî Mâliyetihâ inde'l-fukahâ," *Mecelletü'l-buhûsi'l-islâmiyye*, no. 76, 309-17.

⁴³ Zerkâ, *Medhal*, 124; Ebu Zehrâ, *Milkiyye*, 47; Seyyid Bey, "Milk, Mal ve Bey'in Mâhiyet-i Hukûkiyeleri," 133-4; Ayetullah Uzma Muhammed Hüseyin Kâşifü'l-ğitâ, *Tahrîrü'l-mecelle*, haz. Muhammed Sâidî (el-Mecmeu'l-âlemî li't-takrîbi beyne'l-mezâhibi'l-islâmiyye, H. 1422), cilt 1, 316-8.

⁴⁴ Seyyid Bey, "Milk, Mal ve Bey'in Mâhiyet-i Hukûkiyeleri," 134-5.

⁴⁵ Zerkâ, *Medhal*, 124; Ebu Zehrâ, *Milkiyye*, 47; Abdulkerim Zeydân, *el-Medhal li-dirâseti's-şer'iati'l-islâmiyye* (Beyrut: Müessesetü'r-risâle, 2005), 305; Yunus Araz, "İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini" (Doktora Tezi, Erzurum Atatürk Üniversitesi, 2016), 75-6; Seyyid Bey, "Milk, Mal ve Bey'in Mâhiyet-i Hukûkiyeleri," 133-4.

⁴⁶ Seyyid Bey'e göre Mecelle'deki bu kayıt Hanefi mezhebinde sadece Telvîh ve Keşfu'l-esrar'da zikredilmiş olup Hanefi hukukçular tarafından da kabul görmemiştir. Ancak yazarın bu tespiti yerinde olmayıp diğer birçok kaynakta da aynı kayda rastlamak mümkündür. Örnek için bkz. İbni Nüceym, *Bahr*, 5:277; Hamevî, *Şerhü'l-eşbâh*, 4:5; Molla Hüsrev, *Dürer*, 2:168; Haskefi, *Dürri'l-muhtar*, 413; İbni Âbidin, *Reddü'l-muhtar*, 5:51. Yazar öneri olarak mal kavramına ait bu tanımın, tamamen veya

Bu itirazların halledilmesi için Hanefî hukukçuların mal kavramına ait muhtelif tanımlarındaki “insan tabiatının meyletmesi” kaydı, o şeyin ekonomik bir değere sahip olması şeklinde anlaşılmalıdır.⁴⁷ Zira ıstılahi bir kavramın tanımında geçen ifadelerin, mümkün mertebe objektifliği sağlayacak şekilde ele alınması gerekmektedir. Bu ise tanımlarda kullanılan kelimeleri değişik anlayışlara sebep verecek tarzda yorumlamayıp objektif bir kanaat hasıl olacak şekilde değerlendirmekten geçmektedir.⁴⁸ Bu hususa “ekonomik değer” başlığı altında daha detaylı olarak değinilecektir.

sadece tanımdaki “insan tabiatının meyletmesi” kaydının kanun maddesinden çıkarılmasını önermektedir. Mısır’da Kadri Paşa tarafından medeni hukuk alanında Hanefî mezhebine dayanılarak hazırlanan Mürşidü’l-hayrân’daki düzenleme de Seyyid Bey’in eleştirilerini desteklemektedir. Zira Kadri Paşa, “insan tabiatının meylettiği” kaydına yer vermemiştir. Bkz. Seyyid Seyyid Bey, "Milk, Mal ve Bey'in Mâhiyet-i Hukûkiyeleri," 135-6 ve 141; Abdurrahman Münib Bey de mal tanımının kanun metninden çıkarılması hususunda şu ifadelere yer verir:

“Mala müteallik işbu tarif ya tamamıyla Mecelle’den hazfedilmeli -o vakit mal ne olduğu örfen taayyün eder-. Zaten kanunlara tarif yaptırmak muvafık değildir; bunu kanunu tefsirle iştiğal edecek olan hukuk-şinasâna terk etmelidir. Kanun, hükmü beyan eder; kanunu tefsir edecek hakimler vesair hukuk-şinaslardır. Malın tarifini Mecelle’den büsbütün kaldırmak doğru değilse bu halde mâliyetin örfle taayyün edeceğini gösterecek bir tarif yazmak doğru olur.” Abdurrahman Münib Bey, *Hukûk-ı Medeniye Dersleri: Kitâbu'l-büyük* (İstanbul: Dâru'l-fünûn Matbaası, H. 1337-1338), 12.

⁴⁷ Abdurrahman Münib Bey, malda bulunması gereken ekonomik değer unsuruna şöyle işaret etmiştir: “Tab-ı insânîyetin mâil olup olmaması keyfiyeti, bazen zamanın bazen mekanın şekline göre tehâlûf (değişkenlik) eder, demiştik. Bir mekanda bu vasıfla muttasıf olan (nitelenen) şey diğer bir mekanda o vasıftan âridir. Bu sebeple mâliyeti tarif ederken fukahâdan bir kısım, Mecelle’nin kabul ettiği tarifi zikretmemiş; onlar da mâliyeti örfle terk etmiştir. Yani örfen mal addolunan şeye, mal ıtlak olunur; mâliyet örfle tabidir. Mâliyet maksud-ı esas (temel amaç) bir şeyin alışverişe mevzu olması meselesidir. Tabir-i âharla o şeyin kıymeti olması lazımdır. Nâs (insanlar), o şeyin mübâdelesini örfen kabul ediyor bir kıymeti varsa o şeye mal ıtlak olunur. Beyne’n-nâs (insanlar arasında) o şey hakkında alışveriş olmazsa, kıymeti yoksa o şeye mal ıtlak olunmaz. Bu tarif, zamanın ihtiyacına tamamıyla muvafıktır.” Abdurrahman Münib Bey, *Hukûk-ı Medeniye Dersleri: Kitâbu'l-büyük*, 6-7.

⁴⁸ Ancak lafızlarda esas olan hakikat manasıdır, hakikat manası müteazzir olmadıkça mecaza gidilmez (MAA/61). Özellikle her tabakadan halkın anlayabileceği şekilde olması gereken kanun metinlerinde bu hususa daha fazla dikkat edilmelidir. Bizi, Mecelle’nin mal kavramında zikredilen bu kaydı “ekonomik değer taşıma” unsurunun içerisine dahil etmeye yönlendiren sebep, Hanefî kaynaklarda muhtelif şekillerde zikredilmiş olan tarifleri ortak bir kayıt altında toplamak ve objektifliği temin etmek düşüncesidir.

Mecelle'deki mal tanımına yöneltlen ikinci eleştiri, bir şeyin mal olması için "biriktirilme ve saklanma (iddihâr)," unsuru taşımasıdır. Taze meyve ve sebzeler gibi bazı malların ihtiyaç vaktine kadar saklanması ve muhafaza altına alınması mümkün değildir. Halbuki bunların mal olduğu noktasında bir ihtilaf yoktur.⁴⁹

Bu itiraza şu şekilde cevap verilmektedir: Bir şeyin mal olarak kabul görmesinde asıl olan, o şeyin bağımsız olarak mevcudiyet ve devamlılık sıfatını haiz olmasıdır. Bu sıfatlardaki miktar farklılığı muteber değildir.⁵⁰ Eğer mevcudiyet ve devamlılık sıfatı, esas kabul edilmemiş olsaydı ticari hayatta sorunlar meydana gelirdi. Mesela bir elbiseyle bedeli olan para arasında devamlılık sıfatının süresinin farklılığı inkar edilemez. Ancak bu farklılık asılda, yani bağımsız olarak mevcudiyet ve bekada olmayıp miktardadır. Buna binaen meyve ve sebzeler gibi bazı malların uzun süre saklanması ve muhafaza altına alınması mümkün olmasa da bu gibi şeyler kendi başlarına kaimdirler, menfaatler gibi araz değildirler. Zira menfaatler mutlaka bir cevhere tabi olmalıdır. İtiraza konu olan mallarla bir başkasına tabi olarak varlığını devam ettiren ve varlık alemine gelmekle beraber devamlılığı sağlayamayan menfaatler, bir tutulamaz.⁵¹

Buraya kadar aktarılan tanımlardan ve bunlara yöneltlen itirazlardan ortaya çıkan netice şudur: Mal, ekonomik bir değere sahip olan maddi/cismani varlıktır (ayndır). Bir şeyin mal olarak itibar görmesi için iki unsura birlikte sahip olması gerekmektedir. Bunlar, ekonomik değer ve maddi bir varlığa sahip olmaktır.

⁴⁹ Zerkâ, *Medhal*, 124; Ebu Zehrâ, *Milkiyye*, 47; Zeydân, *Medhal*, 305; Araz, "İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini," 75-6.

⁵⁰ Alâüddin Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 1:258; Emîr Hâc, *Takrîr*, 3:166; Zeynel Âbidinzâde Seyyid Nesib, "Zamân-ı Menfaat Meselesinde Hanefiyye ile Şâfiyye'nin Münâzara-i İctihadiyesi ve Müctehidîn-i Hanefiyyeden Kemal İbni Hümâm'ın Galebe-i Gaspta Menâfiin Ale'l-ıtlak Mazmûniyeti ile İftânın Lüzûmu Hakkındaki Kavli-3," *Ceride-i Adliye*, no. 33 (1911), 1708.

⁵¹ Alâüddin Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 1:258; Emîr Hâc, *Takrîr*, 3:166.

1.2. MAL KAVRAMININ UNSURLARI

1.2.1. Ekonomik Değer

Hanefi hukukçular tarafından mal kavramı için yapılan tanımlar incelendiği vakit, ekonomik değere işaret eden bazı kelimelerin ön plana çıktığı görülmektedir. Bu kelimelere temas etmek, mal kavramı için gerekli olan ekonomik değer şartının daha iyi anlaşılmasına yardımcı olacaktır. Zira bu alanda yapılan çalışmalarda, ekonomik değer unsuruna yer verilmemiş veya verilse dahi bu unsurun kabul edilmesinin gerekçesi, nakli olarak temellendirilmemiştir. Çalışmanın bu kısmında, mezkûr tanımlardaki kelimelerin, ekonomik değere işaret ettikleri yönler ele alınmıştır. Böylece Hanefi hukukçulara ait mal tanımına yöneltilen eleştirilerilerin yerindeliği sorgulanmış ve mal kavramı için yapılan tanımların ortak noktası tespit edilmiş olunacaktır.

Hanefi hukukçuların mal tanımlarında ekonomik değere işaret eden kelimelerin ilki, “şuhh” kelimesidir. Şuhh,⁵² cimrilikle birlikte bir şeye hırslı olmak,⁵³ cimrilikte aşırıya gitmek demektir.⁵⁴ Nitekim bu kelime ayetlerde cimri davranmak,⁵⁵ bir şeye aşırı düşkün olmak,⁵⁶ kıskançlık ve bencil tutkular⁵⁷ gibi manalara gelmektedir. Keza hadisler incelendiğinde de aynı manalarla karşılaşılmaktadır.⁵⁸ Şuhh ile birlikte

⁵² Hüseyin b. Ali b. Haccâc b. Ali Hüsâmuddîn Sîgnâkî, *el-Kâfi Şerhü'l-Pezdevî*, haz. Fahreddîn Seyyid Muhammed Kant (Riyâd: Mektebetü'r-rüşd, 2001), cilt 2, 621; Alâüddin Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 1:393; Muhammed b. Mahmud Ekmeleddin Bâbertî, *el-Înâye Şerhü'l-hidâye* (b.y.: Dâru'l-fikir, ts.), cilt 8, 366; Ebu'l-meali Burhanuddin İbni Maze, *el-Muhitu'l-burhanî fî-l'fikhi'n-numânî* (Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 2004), cilt 5, 385; Teftâzânî, *Telvîh*, 1:421.

⁵³ Mütercim Asım Efendi, *Kâmusu'l-muhît Tercümesi*, 2:1156; Vankulu Mehmed Efendi, *Vankulu Luğatı* (İstanbul: Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Yayınları, 2014), Cilt 1, 434;

⁵⁴ Muhammed b. Muhammed b. Abdurrezzâk Zebîdî, *Tâcü'l-arûs min Cevâhiri'l-kâmûs*, 6:497-8; Ebû'l-fadl Cemâlüddin b. Muhammed b. Mükrim İbni Manzûr, *Lisânü'l-arab*, 2:495.

⁵⁵ *Size katkıda cimri davranarak savaşa pek az gelirler. el-Ahzâb 33/19; Kim nefsinin cimriliğinden, hırsından korunursa, işte onlar kurtuluşa erenlerin ta kendileridir. el-Haşr 59/9.*

⁵⁶ *Korku gidince de ganimete karşı aşırı düşkünlük göstererek sizi keskin dillerle incitirler. el-Ahzâb 33/19.*

⁵⁷ *Nefisler ise kıskançlığa ve bencil tutkulara hazır (elverişli) kılınmıştır. en-Nisâ 4/128.*

⁵⁸ Örnek için bkz. Buhârî, *el-Câmiü's-sahîh*, Kitâbü'l-edeb, Bâbu Hüsni'l-hulk ve's-sehâ, hadis no: 6037 ve Kitâbü'l-fiten, Babu Zuhûri'l-fiten, hadis no: 7061; Müslim, *el-Câmiü's-sahîh*, Kitâbü'l-birr ve's-

kullanılan bir diğer kelime “dınne”dir. Dınne,⁵⁹ esirgemek, kişiye ait olup üçüncü kişilere vermek istemediği kıymetli şeydir.⁶⁰ Bu kelime, maddi kıymete sahip şeylerde cimri davranmak için kullanıldığı gibi Kur’an-ı Kerim’de manevi bir değer ifade eden ilahi davet için de kullanılmıştır.⁶¹ Hadislerde de dirhem ve dinara düşkünlüğü ifade etmek için bu kelimenin kullanıldığı görülmektedir.⁶²

Hanefi mezhebinde bir nesnenin mal kabul edilmesi için gerekli olan ekonomik değer unsuruna işaret eden bir başka kelime “bezl”dir. Bezl,⁶³ gönül hoşluğuyla ve ihsan yoluyla bir şeyler vermektir.⁶⁴ Aynı kelime kökünden türetilmiş olan “ibtizal”⁶⁵ ise bir şeyi tüketmek, kullanmak demektir.⁶⁶ Bezl ile beraber mal tanımlarında kullanılan “tenâfûs (münâfese),”⁶⁷ kıymetli bir nesneyi kazanmak için bir şeye yönelmek demektir.⁶⁸ Ayetler incelendiğinde bu kelimenin, manevi değer taşıyan şeyler için de istimal edildiği müşahade edilmektedir.⁶⁹ Mecelle Tadil Komisyonu mal

sılâ ve’l-âdâb, Babu tahrîmi’z-zulm, hadis no: 2578 ve Kitâbü’l-ilm, Babu Ref’i’l-ilm, hadis no: 157; Nesâî, *Sünen*, Kitâbü’l-istiâze, hadis no: 5482 ve Kitâbü’l-cihâd, hadis no: 3110-3112.

⁵⁹ Siğnâkî, *el-Kâfî Şerhü'l-Pezdevî*, 2:621; Alâüddin Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 1:393; Bâbertî, *el-Înâye*, 8:366; İbni Maze, *Muhît*, 5:385; Teftâzânî, *Telvîh*, 1:421.

⁶⁰ Mütercim Asım Efendi, *Kâmusu'l-muhît Tercümesi*, 6:5421; Vankulu Mehmed Efendi, *Vankulu Luğatı*, 2:2278.

⁶¹ *O, gayb hakkında cimri değildir.* et-Tekvîr 81/29.

⁶² Bkz. Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, hadis no: 4285; Buhârî, *el-Edebü'l-müfred*, hadis no: 275.

⁶³ Molla Hüsrev, *Dürer*, 2:168; Haskefî, *Dürrü'l-muhtar*, 413; Tehânevî, *Mevsûatü Keşşâfî Istılâhâtü'l-fünûn ve'l-ulûm*, 2:1422; Bereketî, *et-Ta'rîfatü'l-fıkhiyye*. 191.

⁶⁴ Mütercim Asım Efendi, *Kâmusu'l-muhît Tercümesi*, 6:4346; Vankulu Mehmed Efendi, *Vankulu Luğatı*, 2:1776.

⁶⁵ Haskefî, *ed-Dürrü'l-müntekâ*, 3:4; Ebû Muhammed Ğânim b. Muhammed Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât* (Kâhire: Dâru's-selâm, 1999), cilt 1, 479.

⁶⁶ Mütercim Asım Efendi, *Kâmusu'l-muhît Tercümesi*, 6:4346; Vankulu Mehmed Efendi, *Vankulu Luğatı*, 2:1777.

⁶⁷ Haskefî, *ed-Dürrü'l-müntekâ*, 3:4; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, 1:479.

⁶⁸ Zebidî, *Tâcü'l-arûs*, 16:570; İbni Manzûr, *Lisânü'l-arab*, 6:238.

⁶⁹ *İşte yarışanlar, bunun için yarışınlar!* el-Mutaffîfîn 83/26.

kavramı için “tenâfûs (münâfese) ve bezl” kelimelerini kullanmış ve “Mal, onda münâfese ve bezl câri olan şeydir.” ifadeleriyle malı tanımlamıştır.⁷⁰

Ekonomik değere işaret eden son kelime “rağbet”tir. Rağbet, bir şeyi dilemek, arzulamak manasındadır.⁷¹ Bazı fukaha bey (satış) sözleşmesini tanımlarken şu ifadelerle yer verir: “Rağbet edilen (merğûb) iki şeyin karşılıklı değiştirilmesidir.”⁷² Kâsânî, malın rağbet edilen şey olmasını, herhangi bir bedel ve karşılık olmaksızın meccanen alınamaması şeklinde açıklamıştır.⁷³ Bu ifade de göstermektedir ki mal, ekonomik değere sahip olmalıdır.

Buraya kadar verilen bilgiler doğrultusunda varılacak netice, ekonomik bir değere sahip olmanın, mal kavramı için olmazsa olmaz bir unsur olduğudur. İslam hukukçularının bu noktada bir ihtilaflarının olmadığı, sadece kullandıkları kelimelerde farklılıkların vaki olduğu görülmüştür. Bazı fakihler tarafından mal kavramı için

⁷⁰ Komisyon, "Mecelle Komisyonunca Kitâbü'l-büyûun Tadilatına Dair İhzâr Olunan Layiha-i Kanuniye ile Esbâb-ı Mucibesi," *Ceride-i Adliye* Sene 1, no. 2 (1922), 93. Komisyon, yapılan tadilin gerekçesi olarak şu cümlelere yer verir: “126. maddenin tadili, malın tarifine düyûn (deynler) ile menâfiin (menfaatlerin) idhâline mebnidir. Çünkü fi-zamâninâ (günümüzde) gerek düyunun gerek menâfiin mal addolunması lüzûmu mütehakkık (gerekli) görüldü. Kütüb-i hanefiyyeden Mecmau'l-enhur'un Kitâbu'l-eymân'ında “Kişi, müflis veya zengin bir kimsede deyni olduğu haldeyken malının olmadığına yemin ederse hânis (yeminini bozan) olmaz. Çünkü örfen deyn mal değildir, sadece zimmette bir vasıftır. Diğer üç imama göre ise hânis olur.” diye Kütüb-i şâfiyyeden Minhâc'ın Kitâbu'l-eymân'ında (muharrer olduğu üzere) mezheb-i hanefiyyede mal olmayan deynin mezheb-i şâfiî, mâlikî ve hanbelîde mal olduğu anlaşıldığı gibi yine Mecmau'l-enhur'un Kitâbu'l-ğasb'ında “Gâsıp, gasp ettiği şeyin menfaatlerini –ister gasp ettiği şeyde ikamet etsin isterse onu atıl bıraksın– tazmin etmez. Bu hüküm bize göredir. Ancak Şâfiî ve Ahmed'e göre tazmin eder ve ecrimisil lazım gelir. Zira menfaatler, akitler sebebiyle aynlar gibi mütekavvim ve tazmin edilen mal hükmünde olurlar. Mâlik'e göre ise gasp ettiği şeyde ikamet ederse tazmin eder, atıl bırakırsa tazmin etmez.” diye kütüb-i şâfiyyeden Veciz'in Kitâbu'l-ğasb'ında “Menfaatler atıl bırakmakla ve kullanmakla tazmin edilir,” diye muharrer olmasından Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinde menâfiin, mal-ı mazmûn olduğu münfehim olmakla bu hususta mezheb-i Şâfiî ihtiyâr olundu.” Komisyon, "Mecelle Tadilatı," 93.

⁷¹ Mütercim Asım Efendi, *Kâmusu'l-muhît Tercümesi*, 1:426.

⁷² Ebû Bekir b. Mesud Kâsânî, *Bedâiu's-senâi fi-tertibi's-şerai*, haz. Ali Muhammed Muavvaz ve Adil Ahmed Abdulmevcud (Beyrut: Daru'l-kütüb-i-ilmîyye, 2002), 6:528; Haskefi, *Dürrü'l-muhtar*, 394.

⁷³ Kâsânî, *Bedâi*, 7:378.

yukarıda serdedilen ve Mecelle'nin de kabul etmiş olduğu “tab-ı insanî mâil olup” kaydı da ekonomik değere işaret etmektedir. Zira tarifteki “insan tabiatının meylettiği” ifadesiyle anlatılmak istenen, malın iktisadi bir değerinin olmasıdır. Genelde insan, – manevi değeri olan şeylerin kişiler nezdinde farklı değeri olsa da- iktisadi bir değeri olan şeye meyleder.⁷⁴ Böylelikle kullanılan farklı kelimelerin ortak bir gayeyi hedeflediği görülmüştür ki o da ekonomik değerdir. Bu unsurun kabul edilmiş olmasıyla mal kavramının tespitinde objektiflik de temin edilecektir.

1.2.2. Maddi Varlık

Hanefi hukukçuların mal tanımlarında öne çıkan husus, “maddi varlık” kaydının şart koşulmasıdır. Bazı tanımlarda “ayn”⁷⁵ ve “mevcut”⁷⁶ gibi kelimeler ile doğrudan bu husus belirtilmişken bazılarında buna işaret edecek ifadeler kullanılmıştır. Koruma ve muhafaza altına alınabilme manasında olmak üzere iddihâr⁷⁷ ve sıyânet;⁷⁸ mevcut bir şey üzerinde hakimiyet tesis etmek manasında ihraz⁷⁹ kavramları, bu ifadelere örnek verilebilir. Mecelle ve Mürşidü'l-hayrân'da da iddihâr kelimesi ön planda tutulmuştur.⁸⁰

Doktrinde Hanefi hukukçulara ait mal tanımına yöneltilen eleştiriler en çok “maddi varlık” unsuru üzerinde olmuştur. Zira ihtirazi bir kayıt olan “maddi varlık” unsuruyla menfaatler ve deynler, mal kavramının dışında bırakılmıştır. Başlıklar halinde

⁷⁴ Abdurrahman Münib Bey, *Hukûk-ı Medeniye Dersleri: Kitâbu'l-büyû*, 6-7; Zerkâ, *Medhal*, 126-7; Demir, *İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı*, 27-8; Mustafa Kisbet, *İslam Hukukuna Göre Satım Akdinde Malın Kabzı ve Teslimi* (İstanbul: Nizamiye Akademi, 2015), 36; Mehmet Âkif Aydın, "İslam Hukukunda Gasp," *İslâm Tetkikleri Dergisi* 9 (1995), 169 (23 numaralı dipnot); Hasan Hacak, "Mal," *TDV İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2003), 462.

⁷⁵ İbni Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6:393; Haskefi, *ed-Dürrü'l-müntekâ*, 3:4.

⁷⁶ Molla Hüsrev, *Dürer*, 2:168.

⁷⁷ Serahsî, *Mebsût*, 11:79; Teftâzânî, *Şerhü't-telvîh*, 1:327; Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 1:393; İbni Nüceym, *Bahr*, 5:430; Hamevî, *Ğamzu Uyûni'l-besâir*, 4:5; İbni Âbidin, *Reddü'l-muhtar*, 4:501; Emîr Hâc, *et-Takrîr ve't-tahbîr*, 3:167.

⁷⁸ Serahsî, *Mebsût*, 11:79; Teftâzânî, *Şerhü't-telvîh*, 1:327; Emîr Hâc, *et-Takrîr ve't-tahbîr*, 3:167.

⁷⁹ İbni Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6:393; İbni Âbidin, *Reddü'l-muhtar*, 5:52.

⁸⁰ “Mal, tab-ı insanî mâil olup da vakt-i hâcet için iddihâr olunabilen şeydir ki, menkûle ve gayr-i menkûle şâmil olur (MAA/126)”; “Mal, ihtiyaç vakti için biriktirilebilen (iddihâr) şeydir; taşınmaz ve taşınır olmak üzere iki türdür (MH/1).”

bu kavramların mal tanımı dışında bırakılmasına yönelik itirazları ve cevapları görmek yerinde olacaktır.

1.2.2.1. Menfaat

Serahsî menfaati, “Ayn ile kaim olan bir arazdır, ayn ise arazın kendisine bağlı olduğu cevherdir.”⁸¹ şeklinde belirtmiş ve menfaatin fer’î nitelikte oluşuna vurgu yapmıştır.⁸² Menfaat evde ikamet etmek, araca binmek, elbise giymek, işçinin çalışması⁸³ gibi aynların kullanılması suretiyle ortaya çıkan arazî faydalardır.⁸⁴ Bir aynın kullanılması ve ondan istifade edilmesi nihayi olarak hareket ve fiilden ibarettir. Binaenaleyh, menfaatlerin fiil olduğu söylenilebilir.⁸⁵ Menfaat süt, meyve, gelir gibi maddi yapısı olan faydaları kapsamaz.⁸⁶ İslam hukukunda eşyanın aynı ve menfaatleri iki ayrı hukuki varlık olarak itibar görmüştür. Hanefî mezhebinde eşyaya asıl değerini veren onun cevheri, yani aynıdır. Menfaatler madum olduklarından dolayı bir kıymete sahip değillerdir. Bir şeyin kıymet kazanması için öncelikle var olması gerekir. Varlık alemine geldikten sonra ise ihraz edilmesi, yani üzerinde şahsi hakimiyet tesis edilmesi lazımdır. İhraz edilmiş olma sıfatını kazanmamış bir şeyin hukuki değer taşıması ve

⁸¹ Serahsî, *Mebsût*, 11:80.

⁸² Yunus Araz, “İslam Hukuku Açısından Menfaat ve Menfaat İçerikli Bazı Tasarruflar,” *İlahiyat Tetkikleri Dergisi*, no. 46 (2016/2), 105.

⁸³ İslam hukukunda kişinin emeğinden istifade etmek, onun menfaatlerinden faydalanmaktır. İcâre-i âdemi olarak adlandırılan hizmet sözleşmesinin konusu kişinin emeği, yani menfaatleridir. Zira emek de neticede bir fiilden ibarettir. Bu sözleşmede borçlu olan taraf hizmet alacaklısına menfaatlerini bir ücret mukabilinde devretmiştir. Hasan Hacak, “Menfaat,” *TDV İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2004), 132.

⁸⁴ Abdurrahman Münîb Bey, *Hukûk-ı Medeniye Dersleri: Kitâbu'l-büyük*, 8; Hasan Hacak, *Atomcu Evren Anlayışının İslam Hukukuna Etkisi* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2007), 95.

⁸⁵ Hacak, *Atomcu Evren Anlayışının İslam Hukukuna Etkisi*, 96. Hanefî mezhebinde menfaatlerin fiil olduğu zikredilmekle beraber diğer mezheb doktrinlerinde aynı durum müşahade edilmemektedir. Bu mezheplerde fiil yerine daha çok, yine araz kategorisinde değerlendirilen heyet kavramını kullanılmaktadırlar. Menfaatlerin fiil değil de heyet olarak tasavvur edilmesi, menfaatlerin akit anında madum olmasından doğan çıkmazın üstesinden gelmekten kaynaklanmaktadır. Hacak, *Atomcu Evren Anlayışının İslam Hukukuna Etkisi*, 97.

⁸⁶ Ali Hafîf, *Buhûs ve Makâlât fi't-teşrîi'l-islâmî* (Kâhire: Dâru'l-fikri'l-arabî, 2010), 179; Özdemir, *İslam Hukukunda Mülkiyet*, 238.

hukuki işlemlere konu olması mümkün olmaz. Netice itibariyle cevher olan ayn ile araz olan menfaat arasında mutlak bir eşitsizlik vardır. Ancak ihtiyaca ve zarurete binaen menfaatler, kira ve ariyet gibi bazı akitlere konu olabilmıştır.⁸⁷ Hanefi mezhebi dışındaki mezheplerde, ayn ve menfaat için zikredilen cevher-araz ayrımı kabul edilmekle beraber bir hukuk düzeninde kavramların şerî ve örfî manasının asıl olduğuna vurgu yapılır. Hanefî hukukçuların bu ayrımı, her ne kadar mantık açısından makul görülse de hukuk sahasında tatbik edilmesi aşırılık olarak değerlendirilmiştir.⁸⁸

Yukarıda menfaatlerin milkiyete konu olduğu hususunda bir ihtilafın olmadığına temas edilmişti. Nitekim Mecelle’de “Milk, insanın malik olduğu şeydir. Gerek ayân olsun gerek menâfi olsun.” ifadeleriyle aynlar gibi menfaatlerin de milkiyete konu olduğuna işaret edilmiştir.⁸⁹ Keza Mürşidü’l-hayrân’da eşya üzerinde tasarruf ve eşyanın aynından faydalanma yetkisi veren haklar, üçe ayrılmıştır: Birinci sınıfta eşyanın hem rakabesi hem de menfaatleri üzerinde tesis edilen milkiyet hakkına; ikinci sınıfta eşyanın sadece menfaatleri üzerinde tesis edilen milkiyet hakkına yer verilmiştir. Üçüncü olarak da irtifak hakları zikredilmiştir.⁹⁰ Ancak menfaatlerin mal olarak kabul edilmeleri noktasında ihtilaf vardır. Hanefî fukahası menfaatleri mal olarak kabul etmez iken diğer fakihler kabul ederler. Hanefî mezhebi dışındaki fakihler, menfaatlerin mal olarak kabul edilmesi gerektiğine dair nakli, akli ve örfî olarak bazı deliller serdederler.⁹¹ Hanefî fukahası da bu delillere hem cevap vermiş hem de kendi delillerini aynı minvalde nakli, akli ve örfî olarak zikretmişlerdir.⁹²

⁸⁷ Hacak, "Menfaat," 132.

⁸⁸ Mahmud b. Ahmed b. Mahmud b. Bahtiyar Ebu'l-menâkıb Şihabuddîn Zencânî, *Tahrîcû'l-fürû alâ'l-usûl* (Beyrut: Müessesetü'r-risâle, H. 1398), 226.

⁸⁹ MAA/125.

⁹⁰ MH/4.

⁹¹ Keşfü'l-esrâr müellif Abdulaziz Buhârî bu itirazları “hüküm, hakikat ve örf” doğrultusunda zikretmektedir. Bkz. Alâüddin Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 1:254.

⁹² Diğer mezheplerde menfaatlerin mal olarak kabul edilmesi gerektiğine dair deliller için bu mezheplerin kitaplarında araştırma yapıldığında Hanefî mezhebine ait kitaplardaki kadar yoğunlukta olmadığını görüyoruz. Buna binaen muasır dönem İslam hukukçularından Casim Acîl Neşemî “Serahsî, cumhurun da görüşü olan Şafiîlerin görüşü için o kadar tafsilatlı deliller zikrediyor ki Şâfiîlere ait kitaplar da dahi bunu göremiyoruz.” ifadeleriyle takdirini ortaya koyuyor. Acîl Câsim Neşemî, "Beyu'l-ismi't-ticârî," *Mecelletü Mecmeai'l-fikhi'l-islâmî* 5, no. 3 (1988), 2311 (1 numaralı

a. Mal ve Menfaat Ayrımında Nakli Deliller

Menfaatlere mal hükmünü veren hukukçuların nakli delillerinden biri, menfaatlerin mehir olabilmesidir. Mehir, evlilik öncesinde veya esnasında ödenen para veya maldır. Ayet-i kerimede, “*Bunların dışında kalanlar ise, iffetli yaşamak ve zina etmemek ve mallarınızla (mehirlerini verip) istemeniz şartıyla size helâl kılındı.*”⁹³ buyurulmuştur. Ayetteki “mallarınızla” kelimesinden kastedilen, mehirdir. Burada doğrudan mehir yerine, mal kelimesinin kullanılması, dolaylı olarak mehrin mal olması gerektiğini göstermektedir. Hz. Musa ve Hz. Şuayb’ın –aleyhimâ’s-selâm- kızı arasındaki nikah hadisesini aktaran ayette⁹⁴ ve hadislerde⁹⁵ de menfaatlerin mehir olarak tayin edildiği görülmektedir. Binaenaleyh, menfaatlerin mal olduğu zahirdir.⁹⁶ Ancak Hanefî fakihlere göre ayette Hz. Şuayb –aleyhi’s-selâm- menfaat olan iş gücünün alacaklısı olarak kendisini göstermiştir; menfaati kızının mehri olarak tayin etmemiştir. Bu durum, adikonulmuş mehir (mehr-i müsemma) olmaksızın nikah kıyıp kocaya ait menfaatleri belirli bir müddet kadının velisi için şart koşturur. Burada, yani menfaatlerin velayet hakkı sahibi için şart kılınmasında, nikah akdinin gerektirmediği bir unsurun şart koşulmasıyla akdin fasit olmayacağına delil vardır.⁹⁷ Keza nikah akdinin önceki hukuk düzenlerinde mehir olmaksızın geçerli olabileceği de

dipnot). Biz de mümkün oldukça diğer mezheplerin delillerine, kendilerine ait kitaplardan ulaşmaya gayret ettikse de daha çok Hanefî kaynaklarda zikredilen argümanları kullanmak zorunda kaldık.

⁹³ en-Nisâ 4/24.

⁹⁴ Şu’ayb, “*Ben, sekiz yıl bana çalışmana karşılık, şu iki kızımdan birisini sana nikâhlamak istiyorum. Eğer sen bunu on yıla tamamlarsan, o da senden olur. Ben seni zora koşturmak da istemiyorum. İnşâallah beni salih kimselerden bulacaksın*” dedi. el-Kasas 28/27.

⁹⁵ Bkz. Buhârî, *el-Câmiu’s-sahîh*, Kitâbü’n-nikâh, Bâbu Tezvîci’l-Mu’sir, hadis no: 5087; Müslim, *el-Câmiu’s-sahîh*, Kitâbü’n-nikâh, Bâbu’s-sadâk ve Cevâzü Kevnihi Ta’lîme’l-Kur’ân, hadis no: 1425.

⁹⁶ Tâcüddîn Abdulvehhâb b. Takiyyüddîn Sübkî, *el-Eşbâh ve’n-nezâir* (Beyrut: Dâru’l-kütübi’l-ilmiyye, 1991), cilt 2, 278-9; Zencânî, *Tahrîcü’l-fürû alâ’l-usûl*, 227-8; Serahsî, *Mebûsût*, 11:78; Zeylâî, *Tebyînu’l-hakâik*, 5:234; Muhammed b. Hamza b. Muhammed Şemsüddîn Fenârî, *Fûsûlü’l-bedâi’ fi Usûli’s-şerâi’* (Beyrut: Dâru’l-kütübi’l-ilmiyye, 2006), cilt 1, 214-5; Zeynel Âbidinzâde Seyyid Nesib, “Zamân-ı Menfaat Meselesinde Hanefiyye ile Şâfiyye’nin Münâzara-i İctihadiyesi ve Müctehidîn-i Hanefiyyeden Kemal İbni Hümâm’ın Galebe-i Gaspta Menâfiin Ale’l-ıtlak Mazmûniyeti ile İftânın Lüzûmu Hakkındaki Kavli-2,” *Ceride-i Adliye*, no. 31 (1911), 1577.

⁹⁷ Ebu Bekir er-Râzî Cessâs, *Ahkâmu’l-Kurân* (Beyrut: Dâru’l-kütübi’l-ilmiyye, 1994), cilt 3, 452.

muhtemeldir.⁹⁸ Menfaatlerin mal kabul edilerek mehir tayin edilmesi durumunda şöyle bir sorunla daha karşılaşılacaktır: Ayette cinsi münasebetten önce boşama vaki olursa mehrin yarısının verilmesi gerektiği zikredilmiştir.⁹⁹ İtiraz sahiplerinin delil getirdikleri hususlara dayanarak menfaatler mal kabul edilmiş olursa mehrin yarısının nasıl tayin edileceği problemiyle karşılaşılacaktır. Binaenaleyh, mehir mütekavvim bir mal olmalıdır.¹⁰⁰

Menfaatlerin mal olduğu iddiasında olanlar tarafından zikredilen delillerin en önemlilerinde biri, menfaatlerin icâre akdine konu olmasıdır. İcâre akdi, iki tarafa borç yükleyen mali nitelikteki akitlerdendir. Nasslarda Hz. Musa'nın –aleyhi's-selâm- ücret mukabilinde çobanlık yapması,¹⁰¹ çocuğun bakımı için sütanneyle hizmet sözleşmesi kurulması¹⁰² ve işçinin ücretini geciktirmeksizin ödenmesine temas edilmesi, menfaatlerin iki tara borç yükleyen mali nitelikteki sözleşmelere konu olduğunun göstergesidir. Eğer menfaatin mal olmadığı kabul edilseydi mali nitelikteki akitlere konu olması mümkün olmazdı. Zira akitler eşyanın hakikatini değiştirmezler, bilakis eşyanın sahip olduğu hususiyetleri teyit ederler. Akitler sebebiyle mal olmayan bir şey mal kabul edilemeyeceği gibi mütekavvim olmayan bir şey de mütekavvim kabul

⁹⁸ Cessâs, *Ahkâmu'l-Kurân*, 3:452.

⁹⁹ *Eğer onlara mehir tespit eder de kendilerine el sürmeden boşarsanız, tespit ettiğiniz mehrin yarısı onlarındır.* el-Bakara 2/237.

¹⁰⁰ Kâsânî, *Bedâi*, 3:491. Şu hususu da vurgulamak gerekir ki, asıl olan mehrin mütekavvim bir mal olmasıdır. Ancak karşılığında bedel olarak mal alınabilecek aynlara ait menfaatlerinin de mehir olarak tesmiye edilmesi mümkündür. Nitekim Kadri Paşa'nın *Ahval-i Şahsiye*'sinde şu hüküm zikredilmektedir:

“Taşınmazlar, ticari eşyalar, mücevherat, küçükbaş veya büyükbaş hayvanlar, keyli/ölçülebilir ve vezni/tartılabilir mallar ve karşılığında mal alınabilecek aynaların menfaatleri mehir olarak belirlenebilir (AŞ/71).” Muhammed Kadri Paşa, *el-Ahkâmu's-şer'iyye fi'l-ahvâl-i's-şahsiyye alâ Mezhebi Ebî Hanîfete'n-nu'mân* (Beyrut: Dâru İbni Hazm, 2007), 42-3. Detaylı bilgi için bkz. İbni Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 3:326-8; Bâbertî, *el-İnâye*, 3:339-42; Bedreddin Aynî, *el-Binâye Şerhü'l-hidâye* (Beyrut: Daru'l-kütübi'l-ilmîyye, 2000), cilt 5, 158-61.

¹⁰¹ el-Kasas 28/27.

¹⁰² *Eğer çocuklarınızı (bir sütanneye) emzirtmek isterseniz örfe uygun olarak vereceğiniz ücreti güzelce ödediğiniz takdirde size bir günah yoktur.* el-Bakara 2/233.

edilemez. Nitekim meyte veya hamr (şarap) akdin konusu oldukları vakit bunların akit sebebiyle mala yahut mütekavvime dönüştükleri iddia edilemez.¹⁰³

Hanefi hukukçular tarafından bu hususa dair cevaben yapılan açıklamanın temelinde icâre akdinin kıyasa¹⁰⁴ aykırı olarak sabit olduğu gerekçesi yatmaktadır. Zira akitlerin bir konusunun olması gerektiği gibi bu konu, aynı zamanda mevcut bir şey olmalıdır. Hukuk düzeninde (şer-i şerifte) mevcut olmayan şeyin akitlere konu olması batıldır.¹⁰⁵ Ancak insanların ihtiyaçlarına¹⁰⁶ binaen, zaruret¹⁰⁷ gereği icâre akdi, kanun

¹⁰³ Bâbertî, *el-Înâye*, 9:355; Aynî, *el-Binâye*, 11:249; İzzeddin Abdullatif b. Abdulaziz İbni Melek, *Şerhü'l-menâr ve Havâşihî min-ilmî'l-usûl* (Dersââdet: Matbaa-yı Osmâniye, H. 1315), 186-7.

¹⁰⁴ Buradaki kıyastan maksat, şerî bir hükmü ortaya çıkarma esnasında başvuru yöntemidir. Kıyasın bir diğer manası genel ilke ve kaideler demektir ki burada kullanılan mana da budur. Yunus Apaydın, "Kıyas," *TDV İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2002), 528; Zekiyyüddin Şaban, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, trc. İbrahim Kâfi Dönmez (Ankara: TDV Yayınları, 2019), 236.

¹⁰⁵ "Mebîin mevcûd olması lazımdır (MAA/197)." Ali Haydar Efendi bu maddeyi şu şekilde kayıtlamıştır: "Mebîin (satış konusunun) mevcûd olması in'ikâd-ı bey'de (sözleşmenin kuruluşunda) şart ve lazımdır." Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm Şerhü Mecelleti'l-ahkâm* (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017), cilt 1, 292. Yine Mecelle'nin 205. maddesinde "Ma'dûmun bey'i bâtıldır." düzenlemesiyle mevcut olmayan şeyin sözleşmeye konu olamayacağına işaret edilmiştir. Ali Haydar Efendi, 205. maddeyi de şu şekilde takyit etmiştir: "Evvelâ hakikaten ma'dûmun; sâniyen (ikinci olarak) örfe ma'dûmun, yani ittisâl-i halk (yaratılış ve varlık itibarıyla bir şeye bağlı olmak) ile muttasılın bey'i bâtıldır." Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1:299. Mürşidü'l-hayrân'da da sözleşmenin konusunun mevcut olması gerektiğine dair şu düzenleme mevcuttur: "İleride vücut bulacak olan madum şeyin, zikredilen akde konu olması sahih değildir. Ancak şartlarını taşıyan selem akdi bundan müstesnadır (MH/304)." Aynı eserde İslam hukukunda akitlerin prototipi olan satış sözleşmesi için de şu düzenleme zikredilir: "Satış sözleşmesinin konusu mevcut, mütekavvim, teslim edilebilir ve fahiş cehaleti ortadan kaldıracak şekilde müşteri tarafından bilinir olmalıdır (MH/367)." Aksi görüş için bkz. İsmail Bilgili, *İslam Hukukunda Ma'dûmun Satımı* (Konya: Desen Ofset Matbaacılık, 2011), 141-64.

¹⁰⁶ İcâre sözleşmesinin ihtiyaca binaen meşru kılınması şu şekildedir: Hem kiraya verenin hem de kiracının bu sözleşmeye ihtiyacı vardır. Bazı durumlarda kişi, malvarlığının satın almak için yeterli olmadığı eşyaların menfaatlerine muhtaç olabilir. Mesela herkes oturacağı bir eve, işletip gelir kazanacağı bir hamama veya eşyasının nakliyesi için gerekli olan taşıma araçlarına sahip olamaz. Binaenaleyh, bu eşyaları kiralamaya mecbur kalır. Keza icâre sözleşmesinin meşruiyetiyle halkın refahı ve şehirlerin imarı mümkün olabilmektedir. Bir şirket milyonlarca lira harcayarak şimendifer ve gemi inşa eder. Daha sonra halkın yolculuğunu ve eşyaların naklini deruhte eder ve bu hizmetinin

koyucu tarafından meşru kabul edilmiştir. Kıyasa aykırı olarak sabit olan bir hükmün, genişletici yoruma tabi tutularak sair sözleşmelere sirayet etmesi mümkün değildir.¹⁰⁸ Zira istisnalar dar yoruma tabi tutulur ve sadece istisna edildikleri hususa hasredilirler.¹⁰⁹ Kanun koyucu, icâre akdinde menfaatlerin mal gibi itibar görerek hukuken ihraz edilmiş olmasına cevaz vermiştir. Menfaatinden istifade edilecek ayn, akdın konusu olmuş ve akit ona izafe edilmiştir. Sözleşmenin taraflarından sadır olan icap ve kabulle birlikte icâre akdi kurulmuştur. Ancak akdın hükmü, yani neticesi menfaatlerin ortaya çıktığı ana ertelenmiştir. İcâre akdinin hükmü de kiraya verenin ücrete, kiracının ise menfaate anbean malik olmasıdır. Menfaat ortaya çıktıkça akit sürekli yenilenmiş olacak ve bir sözleşmeler silsilesi meydana gelecektir.¹¹⁰ Böylelikle madum olan menfaatlere mevcut hükmü de verilmemiş olacak, sadece akdın hükmü ertelenecektir. Eğer muhaliflerin dediği gibi menfaatler, hükmen mevcut sayılıp baştan itibaren akdın menfaat üzerine inikad ettiği söylenirse bu hakikati ters yüz etmek olur. Ancak Hanefi mezhebinde izah edildiği üzere menfaatin sebebi olan aynın, müsebbeb olan menfaat makamına kaim olması ve akdın ayna izafe edilerek kurulmasıyla beraber hükmünün ertelenmesi hukuk düzeninin mantığına daha uygundur. Zira İslam hukukunda sebebin müsebbeb makamına kaim olması ve akitlerin hükmünün ertelenmesi sıkça görülürken madum olan bir şeyi mevcut kılma durumu için aynı şey söylenemez.¹¹¹ Bir bahçedeki ağaçların vereceği meyvelerin vasiyet sözleşmesine konu

karşılığında ücret alır. Bazı durumlarda aynlara sahip olan malik de icâre sözleşmesine ihtiyaç duyar. Zira malvarlığındaki eşyaları satmaksızın onlardan gelir kazanmak isteyebilir. Bu da ancak icâre sözleşmesiyle vakidir. İcârenin bir türü olan hizmet sözleşmesinde ise ihtiyaç unsuru şu şekilde ortaya çıkmaktadır: Fakir kimsenin mala ve zengin kimsenin işgücüne ihtiyacı vardır. Bu durumda da ihtiyacın giderilmesi için menfaat olan işgücünün icâre sözleşmesine konu olması gerekir. Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1:604.

¹⁰⁷ “Hâcet umûmî olsun husûsî olsun zarûret menzilesine tenzîl olunur (MAA/32).” Detaylı bilgi için bkz. Abdurrahman Münib Bey, *Hukûk-ı Medeniye Dersleri: Kitâbu'l-büyük*, 9.

¹⁰⁸ “Âlâ-hilâfî'l-kıyâs sâbit olan bir şey sâire makîsun-aleyh olamaz (MAA/15).”

¹⁰⁹ “Zarûretler, kendi mikdârlarınca takdîr olunur (MAA/22).”

¹¹⁰ Serahsî, *Mebûsât*, 15:109; Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, 5:107; Hacak, *Atomcu Evren Anlayışının İslam Hukukuna Etkisi*, 116-7; Seyyid Nesib, “Zamân-ı Menfaat II,” 1579-80.

¹¹¹ Seferin meşakkat, bülüğ yaşının akli olgunluk, uykunun hades makamına kaim olması örneklerinde olduğu gibi.

olmasında sözleşmenin hükmü, ağaçların meyve vereceği vakte kadar ertelendiği gibi menfaatler üzerindeki milkiyet de ayndan istifade edilerek menfaatlerin ortaya çıkmasına ertelenmiştir.¹¹²

b. Mal ve Menfaat Ayrımında Akli Deliller

Menfaati mal olarak kabul edenlerin akli delillerinden biri şudur: “Mal, insanın maslahatı için yaratılmış insan dışındaki varlıklardır. Menfaatler de -ister insandan sadır olsun isterse bir başka şeyden- bu hususiyete sahiptir. Mala asıl kıymetini veren ve değer katan menfaatlerdir. Menfaat olmaksızın mallardan faydalanmak mümkün değildir. Zira ayn, menfaatleriyle birlikte kıymet kazanır. Öyleyse evleviyetle menfaatler de kıymet sahibi (mütekavvim) olmalıdır. Nitekim insanların bir şeye yönelmesindeki asıl gaye, o şeyin menfaatleridir. Menfaati olmayan bir şeyi mal kabul etmek mümkün değildir.”¹¹³ Ancak menfaatlerin mala kıymet kazandırmış olması mal olduklarına delil teşkil etmez. Nitekim bir miske kıymet veren onun kokusudur ve sahip olduğu kokuya binaen miskin kıymeti değişmektedir. Bu durumda kokunun da mal olduğunu iddia etmek kabul edilemez. Zira bir miskin kokusu için kira akdine konu olmayacağı fakihler arasında ihtilaflı olmayan meselelerdendir.¹¹⁴

Doktrinde menfaatlerin mal olarak kabul edilmesi gerektiğini savunanlar tarafından ileri sürülen bir diğer itiraz, menfaatin mal kabul edilmemesinde zorba ve tamahkar kimseler için meşru bir zemin hazırlamak olduğu iddiasıdır.¹¹⁵ Zira aynların sahip olduğu hukuki koruma, menfaatlere nispeten daha fazladır. Eğer menfaatleri de

¹¹² Serahsî, *Mebûsût*, 15:109; Alâüddin Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 1:257; Seyyid Nesib, "Zamân-ı Menfaat II," 1580.

¹¹³ Sübkî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, 2:278; Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, 5:234; Alâüddin Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 1:254; Fenârî, *Füsûlü'l-bedâi' fî Usûli's-şerâi'*, 1:214; Zeynel Âbidinzâde Seyyid Nesib, "Zamân-ı Menfaat Meselesinde Hanefiyye ile Şâfiyye'nin Münâzara-i İctihadiyesi ve Müctehidîn-i Hanefiyyeden Kemal İbni Hümâm'ın Galebe-i Gaspta Menâfiin Ale'l-ıtlak Mazmûniyeti ile İftânın Lüzûmu Hakkındaki Kavli-1," *Ceride-i Adliye*, no. 30 (1911), 1501.

¹¹⁴ Serahsî, *Mebûsût*, 11:79.

¹¹⁵ Ebû Zeyd Ubeydullah b. Ömer b. İsa Debûsî, *Takvîmü'l-edille fî-usûli'l-fıkh* (Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, 2001), 93; Serahsî, *Mebûsût*, 11:80; Alâüddin Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 1:258-9; Muhammed Emin b. Mahmud el-Buhârî Emîr Padişah, *Teysîru't-tahrîr* (Beyrut Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, 1996), cilt 2, 206; Seyyid Nesib, "Zamân-ı Menfaat III," 1709.

ayn gibi kabul edip onlara mal hükmünü vermezsek menfaatlerin gasp ve itlaf gibi haksız fiillere konu oldukları durumlarda tazmin sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Bu durumun sebep olacağı netice ise haksızlıkların artmasıdır.¹¹⁶ Keza mevzumuz çerçevesinde haksız fiillerde tazminat sorumluluğu noktasında iki durumla karşı karşıya kalınır: Menfaatleri mal olarak kabul edip haksız fiil failini tazminle yükümlü tutmak veya menfaatlere mal olarak itibar etmeyip mağdur olan menfaat malikini tazminat alacağından mahrum bırakmak. Bu iki seçenek arasında hukuk düzeninin gereği, haksız fiil failini tazminle yükümlü tutarak mağdur durumda olan menfaat malikinin zararını gidermek olmalıdır.¹¹⁷

Hanefi hukukçular tarafından bu iki itiraza şu şekilde cevap verilir: Zorba ve tamahkar kimseler için caydırıcılık temin etmek, tazminatla sağlanabildiği gibi tazir ve hapis cezalarıyla da mümkündür. Nitekim Hanefi mezhebinde mevzubahis hususlardaki haksız fiil faileri için siyasi otoritenin tazir ve hapis cezası vaz etmesi mümkündür.¹¹⁸

¹¹⁶ Debûsî, *Takvîmü'l-edille fî-usûli'l-fıkh*, 93 ve 346; Serahsî, *Mebûsût*, 11:80; Muhammed b. Ahmed b. Ebu Sehl Şemsu'l-e'imme Serahsî, *Usûlü's-serahsî* (Beyrut: Dâru'l-marife, ts.), cilt 2, 259-60; Alâüddin Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 1:258-9; Emîr Padişah, *Teyşîru't-tahrîr*, 2:206; Seyyid Nesib, "Zamân-ı Menfaat III," 1710.

¹¹⁷ Debûsî, *Takvîmü'l-edille fî-usûli'l-fıkh*, 346 Serahsî, *Mebûsût*, 11:80; Alâüddin Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 1:259; Seyyid Nesib, "Zamân-ı Menfaat III," 1709. Serahsî, usul eserinde bu itirazı şu şekilde ele almaktadır: "İmam Şâfiî mevzubahis meselede (menfaatlerin tazmin edilmesi gerektiği meselesi) iki gerekçeye dayanarak kendi görüşünün daha kuvvetli olduğunu sanmaktadır. Bunlardan birincisi: Eğer iki taraftan birine zarar verilecekse mağduru korumak suretiyle tazminatta şart olan denklik miktarından fazlasıyla zarar vereni sorumlu tutarak haksız fiil failini zarara uğratmak daha evladır. İkincisi: Bu meselede haksız fiil faili aleyhine tazminata karar verdiğimizde sadece aynlar ve menfaatler arasındaki beka vasfını ortadan kaldırmış oluruz. Halbuki hakikatte ikisi de kendilerinden faydalanılan şeylerdir. Zarar veren tarafında vasıfta (beka sıfatı olarak aynların mevcudiyeti) bir fazlalık; mağdur tarafında ise asıl olan maliyette, yani ayniyette bir hak kaybı vardır. Öyleyse mağdur lehine tazminata karar verildiğinde asıl olan korunmuştur. Vafın asıldan alt mertebede olduğunda da şüphe yoktur." Serahsî, *Usûlü's-serahsî*, 2:259-60.

¹¹⁸ Serahsî, *Mebûsût*, 11:80; Alâüddin Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 1:258; Emîr Hâc, *Tahrîr*, 3:168; Emîr Padişah, *Teyşîru't-tahrîr*, 2:206; Seyyid Nesib, "Zamân-ı Menfaat III," 1710. Bu konuda yapılmış bazı çalışmalar incelendiğinde Hanefi mezhebinde gasp fiiline tazir ve hapis cezasının verilmesi gerektiği belirtilmediği için bu gibi haksız fiil faillerinin, hiçbir yaptırıma muhatap olmadıkları ve kanunun da bunun önünü açtığı gibi yanlış anlaşılmalara doğmaktadır. Bkz. Demir, *İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı*, 29; Ahmet Akgündüz, "Ecrimisil Müessesesi," *DÜHFD* 2, no. 2 (1984),

İkinci yapılan itirazın kabul edilmesi durumunda ise hukuk düzenine (şer-i şerife) haksızlık isnadında bulunulmuş olunacaktır. Halbuki hukuk düzeni, zulüm ve haksızlık isnadından beridir. Şöyle ki, haksız fiil failinin malvarlığının dokunulmazlığı vardır ve bu dokunulmazlık, failin haksız fiilinden dolayı ortadan kalkmamaktadır. Sadece failin tazmin yükümlülüğü miktarınca malvarlığındaki dokunulmazlık ortadan kalkar. Ancak haksız fiillerde asıl olan denkliktir (mümâselettir). Menfaatler ve aynlar arasındaysa denkliğin olmadığı aşıkardır. Bu denkliği sağlamak kanun uygulayıcılarının takatinin üstündedir.¹¹⁹ Uygulayıcılar olarak bu denkliği göz önüne almayarak haksız fiil failinin dokunulmaz olan malvarlığına müdahalede bulunmak, ikinci bir haksızlıktır. Bu ise haksızlığın meşruiyet zeminini, hukuk düzenine atfetmektir ki kanun koyucu (Şâri-i Hakîm) bundan münezzehtir.¹²⁰ Hanefî hukukçulardan Debûsî, bu meseleleri sistematik olarak ilk ele alan kişidir. Bu noktada onun şu açıklamalarına yer vermek faydalı olacaktır:

“Haksız fiillerden doğan tazmin yükümlülüğünde asıl olan, denkliktir (mümâselet). Ayn ve menfaat arasında denkliğin olmadığı açık olduğu için bu denkliği haksız fiil faili aleyhine bozmak ikinci bir zulümdür. Bu durum, muhalifimizin belirttiği “mazlumnun mağduriyetini gidermek için denklik şartı ortadan kaldırılmalıdır.” görüşünden daha makul ve şer-i şerife (hukuk düzenine) uygundur. Zira şer-i şerifte mütekavvim malların itlaf edilmiş olmasına rağmen tazmin edilmediği durumlar mevcuttur. Bağilerin veya kafirlerin malvarlığımıza yönelik yaptıkları itlafalarda olduğu gibi. Tazminde şart olan denkliğin üzerine fazlalık gerektirecek hüküm için ise aynı ifadeleri kullanmak mümkün değildir. Bilakis denklik üzerine yapılan ziyade, zulümdür ve buna hiçbir şekilde çıkar yol yoktur. Zira denklik üzerine ziyadede haksızlık ve zulüm varken ayn ve menfaatler arasında denkliğin olmadığını kabul ederek haksız fiillerde tazmin yükümlülüğünü düşürmekte, sorumluluğu asıl ceza yurdu olan ahirete

362. Halbuki Hanefi mezhebinde sadece tazminata karar verilemeyeceği belirtilmiştir; failerin mutlak olarak yaptırma muhatap olmayacakları gibi hakkaniyete aykırı bir görüş kesinlikle kabul edilmemiştir.

¹¹⁹ Debûsî, *Takvîmü'l-edille fî-usûli'l-fikh*, 346; Ebû Zeyd Ubeydullah b. Ömer b. İsa Debûsî, *el-Esrâr fî'l-usûl ve'l-fürû fî Takvîmi Edilleti's-şer'i*, haz. Mahmud Tevfik Abdullah el-Avâtîlî er-Rifâî (Ammân: Vizâratü'l-evkâf ve's-şûûn ve'l-mukaddesâti'l-islâmiyye, 1999), 3:20-1.

¹²⁰ Debûsî, *Takvîmü'l-edille fî-usûli'l-fikh*, 346; Serahsî, *Mebûsût*, 11:80; Serahsî, *Usûlü's-serahsî*, 2:260; Alâüddin Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 1:259; Seyyid Nesib, "Zamân-ı Menfaat III," 1710.

erteleme vardır. Mağdurun tazminat hakkını tehir etmek, zalimin malvarlığı dokunulmazlığını iptalden daha evladır. Çünkü tazminde şart olan denklik üzerine yapılan ziyadenin kaynağı, kanun koyucunun (Allah'ın) hükmüdür. Kanun koyucunun hükümleriyse haksızlıktan masundur, korunmuştur. Binaenaleyh, mağdurun tazmin hakkı denklik sağlanamayacağı, tabir-i diğerle uygulayıcıların acziyetine binaen ahirete ertelenmiştir. Ayrıca haksız fiil faili, kendisine ait haklarda mağdur kadar dokunulmazlığa sahiptir. Malvarlığındaki dokunulmazlık -denkliği sağlamak şartıyla- sadece tazmin sorumluluğu kadar ortadan kalkar. Bizler kudretimiz nispetinde vacip olan şeyleri yerine getirmekle bağlıyız. Bunun neticesinde de takatimizin üstünde olan şeylerin ifası hükümden düşer. Nihai olarak biz, şer-i şerife dayanarak hiçbir yerde denkliğin üzerine herhangi bir ziyade vacip kılmış olmadık.”¹²¹

Netice olarak şunu belirtmek gerekir ki Hanefi mezhebinde malvarlığındaki aynların menfaatleri ihlal edilen mağdurun hakkı iptal edilmemiş, sadece asıl ceza yeri olan ahirete ertelenmiştir.¹²² Bir şeyi ertelemek, iptal edip ortadan kaldırmaktan daha ehvendir¹²³ ve ehven-i şerreyn ihtiyar olunur.¹²⁴

Menfaatlerin mal olmadığının bir diğer delili de şudur: Denklik karşılıklıdır. Yani A, B'ye denkse B de A'ya denk olmalıdır. Eğer menfaatler de maldır denilirse ikisi birbirinin misli, dengi olmuştur. Halbuki haksız fiilden kaynaklı tazminat sorumluluğunda menfaatlerin, tazminat bedeli olamayacağına kimsenin ihtilafı yoktur.¹²⁵ Zira haksız fiilden kaynaklı tazminat sorumluluğunda asıl kural, misliyle edadır, yani bedeller arasında denkliktir. Bu hüküm, “O hâlde kim size saldırırsa, size saldırdığı gibi siz de ona saldırın, (fakat ileri gitmeyin).”¹²⁶ “Eğer ceza verecekseniz,

¹²¹ Debûsî, *Takvîmü'l-edille fî-usûli'l-fikh*, 346; Debûsî, *el-Esrâr fî'l-usûl ve'l-fürû fî Takvîmi Edilleti's-şer'i*, 3:20-1.

¹²² Debûsî, *Takvîmü'l-edille fî-usûli'l-fikh*, 346; Serahsî, *Mebûsût*, 11:80; Serahsî, *Usûlü's-serahsî*, 2:260; Şeyh Yahya Ruhâvî, *Hâşiyetü'r-ruhâvî* (Dersâadet: Matbaa-yı Osmânî, H. 1315), 188; Seyyid Nesib, "Zamân-ı Menfaat III," 1710.

¹²³ Debûsî, *Takvîmü'l-edille fî-usûli'l-fikh*, 93 ve 346; Serahsî, *Mebûsût*, 11:80; Serahsî, *Usûlü's-serahsî*, 2:260; Alâüddin Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 1:259.

¹²⁴ MAA/29.

¹²⁵ Debûsî, *Takvîmü'l-edille fî-usûli'l-fikh*, 92; Serahsî, *Mebûsût*, 11:80.

¹²⁶ el-Bakara 2/194.

size yapılanın misliyle cezalandırın.”¹²⁷ ve “Bir kötülüğün karşılığı, onun gibi bir kötülüktür (ona denk bir cezadır).”¹²⁸ ayetlerinin gereğidir. Bu ayetlerde -gerek cezai olsun gerekse tazminat içerikli yaptırımlar olsun- haksızlığın giderilmesinde denkliğin esas olduğu ortadadır. Menfaatlerin, menfaatlerle tazmin edilmediği malum olduğuna göre ayların menfaatlerle tazmin edilemeyeceği daha zahirdir. Buna binaen menfaatlerin aylara denk olmadığı ve dolayısıyla da mal olmadıkları ortaya çıkmıştır.¹²⁹

Hanefi mezhebinde menfaatlerin mal olmadığına dair zikredilen en önemli delil cevher-araz ayırımına dayanmaktadır. Kelamî bir kökene dayanan bu ayırım, özellikle Hanefi hukukçuları tarafından ilmi bir temele oturtulup fıkıh kitaplarında yerini almıştır.¹³⁰ Bu teoriye göre menfaatler arazdırlar,¹³¹ yani bir cevhere¹³² tabi olarak

¹²⁷ en-Nahl 16/126.

¹²⁸ eş-Şûrâ 42/40.

¹²⁹ Debûsî, *Takvîmü'l-edille fî-usûli'l-fıkh*, 92; Debûsî, *el-Esrâr fî'l-usûl ve'l-fürû fî Takvîmi Edilleti's-şer'i*, 1:133-4. Müellif bu noktada şu ifadeleri zikreder: “Menfaatlerin birbirine misil olmayacağı zahirdir ve bunda icma vardır. Zira menfaatler bir ayndan peyderpey ve mütefavit (değişken ve birbirinden farklı) olarak meydana gelir. Aynı şekilde aynın farklılığıyla menfaatler de farklılaşır. Menfaatlerin aylara misil olamayacağına gelecek olursak, aylar zat olarak menfaatlardan daha makbuldür. Çünkü aylar cevher cümlesinden; menfaatlerse araz cümlesindendir. Cevher, zat olarak arazdan daha makbuldür. Zira arazın varlığı başkasına bağlıdır ama cevher kendi başına kaimdir. Böylelikle cevher ve arazın durumu metbu (tabi olunan) ve tabinin durumu gibi olmuş olur.” Debûsî, *Takvîmü'l-edille fî-usûli'l-fıkh*, 92 ve 345-6; Debûsî, *el-Esrâr fî'l-usûl ve'l-fürû fî Takvîmi Edilleti's-şer'i*, 3:20; Serahsî, *Mebûsât*, 11:80.

¹³⁰ Hanefî mezhebi diğer mezheplere nispeten daha erken dönemde kurumsallaşmıştır. Bu noktada kelamî konuların fıkıh alanındaki etkisinin Kadı Ebu Zeyd Debûsî, Serahsî, Kâsânî ve Pezdevî'nin eserlerinde sistematik bir şekilde incelendiği görülmektedir. Özellikle konumuzla alakalı olan menfaatlerin akitlere konu olması, gasp veya itlaf durumunda tazmin edilebilirliği gibi fûru-ı fıkha ait bazı meselelerin fıkıh usulü eserlerinde temellendirilmesinde kelamî argümanlara sıklıkla başvurulmuştur. Bu argüman ve fıkıh alanında sebep olduğu neticeleri konu edinen müstakil bir çalışma için bkz. Hacak, *Atomcu Evren Anlayışının İslam Hukukuna Etkisi*, 109-68.

¹³¹ İslam alimleri genellikle cevherin zıddı saydıkları arazı kısaca, durum veya fiil şeklinde tarif etmişlerdir. Gülmek (araz-ı has) ve bir renk olarak beyaz (araz-ı âm) gibi. Araz, cevherin zıddı olarak var olmayan, ancak cevhere dayanan ve ona bağlı olarak var olabilen, onun yok olmasıyla ortadan kalkan şeydir. Yusuf Şevki Yavuz, “Araz,” *TDV İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 1991), 337-8.

anbean ortaya çıkarlar, sürekli olarak mevcudiyetleri düşünülemez. Bekası olmayan ve sadece kullanılmakla meydana çıkan şeylerin muhafaza altına alınması ve ihraz edilmeleri mümkün değildir. Bunlar, sürekli var olan ve varlığı kullanılmaya bağlı olmayan cevherlerle bir tutulamazlar.¹³³ Bu ayrıma bağlı olarak menfaatler, asli olarak maliyet ve mütekavvim sıfatına sahip olmadığı gibi maliyetin sabit olması hususunda da maldan ayrılmaktadır. İlk olarak menfaat, aslen hem mal hem de mütekavvim olmadığı için meyte veya şarap gibi itlaf edilmesi durumunda malla tazmin edilmez. Çünkü bir şeyin mal olması için kullanılmak suretiyle ondan faydalanmanın mümkün olması değil; o şeyin temevvülü, yani ihtiyaç vakti için muhafaza altına alınabilmesi ve korunabilmesi gerekir.¹³⁴ Menfaatler ise devamlılığa sahip olmayıp varlık alemine gelir gelmez yok olmaktadır. Böyle bir varlığın mütekavvim sıfatını kazanması mümkün değildir. Keza tazminat için şart olan tekavvümün vaki olması da var olmayı gerektirir; mevcut olmayan bir şey mütekavvim olarak adlandırılmaz. Zira mevcut olmayan şey, yok hükmündedir. Bir şeyin vücut bulmasından sonra mütekavvim sıfatını kazanması da ihraz edilmesine tabidir. Sürekli var olmayıp farklı vakitlerde ortaya çıkıp kaybolan şeylerde ihraz tasavvur edilemez. Binaenaleyh, menfaatlerin mala denk tutulması mümkün değildir.¹³⁵ Diğer mezhep doktrinlerinde menfaatlerin, ayna tabi olarak muhrez sıfatını kazanacağı savunulmuştur. Aynın ihraz edilmesiyle menfaatler de vücuda gelecek ve mütekavvim sıfatını kazanacaktır. Ancak bu tespit yerinde değildir. Çünkü menfaatler, gasıbın zilyetliğinde meydana gelirler, malı gasp edilmiş kişinin zilyetliğinde değil. Binaenaleyh, menfaatleri ihraz eden, gasıptır ve gasıbın ihraz fiili, kendisi aleyhinde bir tazmin sorumluluğu doğurmaz. Nitekim gaspa konu malın zevaidi için de durum böyledir. Bunlar, gasıbın zilyetliğinde meydana geldiğinden dolayı malı gasp edilmiş kişinin zilyetliğinde değil, gasıbın haksız zilyetliğindedir. Netice olarak

¹³² Cevher, kadîm olsun hâdis olsun kendi başına kaim olan varlıktır. Hiçbir şeye dayanmayıp bütün arazların kendisine tabi olduğu temel kategoridir. Cevher hakkında detaylı bilgi için bkz. Hacak, *Atomcu Evren Anlayışının İslam Hukukuna Etkisi*, 34-7; Kutluer, "Cevher," *TDV İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 1993), 450.

¹³³ Debûsî, *Takvîmü'l-edille fî-usûli'l-fikh*, 283.

¹³⁴ Serahsî, *Mebûsât*, 11:79-80; Alâüddin Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 1:254; Fenârî, *Füsûlü'l-bedâi' fî Usûli's-şerâi'*, 1:214; Muhammed Abdulhay Leknevî, *Kamerü'l-akmâr alâ-nûri'l-envâr* (Karaçi: Mektebetü'l-büşrâ, 2017), cilt 1, 132; Seyyid Nesib, "Zamân-ı Menfaat I," 1500.

¹³⁵ Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, 5:234; Seyyid Nesib, "Zamân-ı Menfaat I," 1500.

bunlar, gasıp için muhrez sıfatını alırlar. Ancak mağdurun milkiyetinin hâlâ devam etmesi sebebiyle gasıbın teaddi ve taksirinden dolayı zevaidin telef olması halinde gasıbın tazmin sorumluluğu vardır. Gasıbın zilyetliğindeki zevaidin mağdur için ihraz edildiği kabul edilse dahi buradaki ihraz, kasdi olmayıp örtülüdür. Örtülü ihrazda kasıt unsuru olmadığından tazmin sorumluluğu meydana gelmez. Mesela bir arazide, malikinin dahli olmaksızın kendiliğinde bitmiş otlar mübah mallardandır ve üçüncü bir kişi bu otları tüketirse tazminle sorumlu tutulmaz. Zira bu otlar, her ne kadar arazinin milkiyetine ve ihrazına tabi olarak örtülü ihrazla muhrez sıfatını kazanmışsalar da ihrazda kasıt olmadığı için tazmin edilmezler. Çünkü tazmin sorumluluğunda ihraz, kasıtle birlikte meydana gelmelidir; örtülü ihraz yeterli değildir.¹³⁶

c. Mal ve Menfaat Ayrımında Örfi Deliller

Örfe dayanarak menfaatlerin mal olduğunu iddia edenler şu ifadeleri kullanırlar: Örfte menfaatlerin ticarete konu edildikleri ve mal olarak kabul gördükleri malumdur. Piyasa menfaatler ve mallarla kaimdir. Beton ve demirden inşa edilmiş konaklama yerleri, bu halleriyle bir kıymet ifade etmezler. Ancak birilerinin kullanmasıyla, yani menfaatleriyle piyasada yer işgal ederler. Kişi, toplu olarak mal alıp perakende sattığı gibi bir binayı tamamıyla kiralayarak katlarını veya odalarını kiraya verebilir. Bu durumdaki kişinin sermayesi kiraladığı ev, yani evin menfaatleri de olsa örfen o kişi için mal sahibi ifadesi kullanılır.¹³⁷

Bu iddialara karşı Hanefi hukukçular şöyle cevap vermektedir: Bir kişi bir şeyler yediği veya içtiği için onun mal sahibi olduğunu belirtecek şekilde ‘mütemevvil’ ifadesi kullanılamaz. Zira bir şeyin mal olması için muhafaza altına alınması (iddihar) ve ihraz edilmesi gerekmektedir. Yemek veya içmek fiilinde olduğu gibi menfaatlerin de ihraz edilmeleri ve muhafaza altına alınmaları mümkün değildir.¹³⁸

¹³⁶ Bkz. MAA/1250; Seyyid Nesib, "Zamân-ı Menfaat I," 1500; Şevket Topal, *İslâm Hukukunda Zilyedlik: Mülkiyet İlişkileri ve Fiilî Hâkimiyet* (İstanbul: Nizamiye Akademi, 2016), 63-4.

¹³⁷ Debûsî, *Takvîmü'l-edille fi-usûli'l-fıkh*, 93; Serahsî, *Mebûsât*, 11:78; Mustafa b. Pir Ali b. Muhammed Azmîzâde, *Hâşiyetu Azmîzâde* (Dersâadet: Matbaa-yı Osmânî, H. 1315), 186-7; Seyyid Nesib, "Zamân-ı Menfaat I," 1502.

¹³⁸ Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, 5:234.

1.2.2.2. Mal ve Menfaat Ayrımına Bağlanan Hukuki Sonuçlar

İslam hukukunda mal ve menfaat ayrımına bağlı olarak hukukun birçok alanında farklı hükümler vaz edilmiştir. Hususen haksız fiil neticesinde menfaatlerin tazmin edilmesinin gerekliliği noktası, tartışmaların ve eleştirilerin merkezinde olmuştur. Hanefi mezhebini esas alan Mecelle ve Mürşidü'l-hayrân'da kural olarak haksız fiil sebebiyle menfaatlerin tazmin edilmeyeceği kabul edilmiştir. Çalışmanın bu kısmında mal-menfaat ayrımına bağlanan bazı temel sonuçlara yer verilecektir.

a. Gasp ve İtlaf Fiillerinde Tazmin Sorumluluğu

Gasp ve itlaf fiillerinin konusu mal olmalıdır. Menfaatler mevcut değildir ve buna bağlı olarak gasp ve itlaf gibi fiillerin, madum olan menfaatlerde meydana gelmesi tasavvur edilemez. Zira menfaatler, varlık alemine gelir gelmez ortadan kaybolmaktadır; sadece ayna tabi olarak, aynın kullanılmasıyla birlikte var olmaktadır. Gasp ve itlaf fiillerinin ise yok olmak ve zeval bulmak üzere olan (telâşi hali) menfaatlerde meydana gelmesi mümkün değildir.¹³⁹ Hanefi mezhebinde menfaatlerin, gasp ve itlaf halinde tazmin edilmemesine dair farklı sebepler zikredilmiştir. Bu minvalden olmak üzere menfaatlerin gasp fiilinde tazmin edilmemesinin bir diğer gerekçesi, menfaatlerin aynın zevaidine¹⁴⁰ kıyas edilerek üzerinde haklı zilyetliğin tesis edilememesidir. İtlaf fiilinde menfaatlerin aynlar gibi tazmin edilmemesi ise, menfaatlerin ayna denk olmamasına bağlı olarak haksız fiillerde tazmin için şart olan denkliği sağlayamamaktan dolayıdır.¹⁴¹

Gasp fiilinin vaki olması için haklı zilyetliğin izalesiyle birlikte haksız zilyetliğin tesis edilmiş olması lazımdır.¹⁴² Çalışmada izah edildiği üzere menfaatler

¹³⁹ Serahsî, *Usûlü's-serahsî*, 1:56.

¹⁴⁰ Borcun konusundaki artışın mahiyeti ve ne zaman meydana geldiği mezkûr ilişkiden kaynaklanan hak ve borçlarda etki doğurduğu için fıkıh kaynaklarında zevâid kavramı detaylı olarak ele alınmıştır. Terim anlamı olarak bir eşyada sonradan ortaya çıkan fazlalık, semere ve değer artışını ifade etmektedir. Mehmet Boynukalın, "Zevâid," *TDV İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2013), 302.

¹⁴¹ Alâüddin Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 1:253.

¹⁴² İmam Muhammed'e göre gasp, sadece haklı zilyetliğin izalesidir. Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 2:1575.

araz olduklarından dolayı sürekli varlık halinde olmayıp tabi oldukları ayndan istifade edilmekle ortaya çıkmaktadırlar. Gasp fiilinin unsuru olan haklı zilyetliğin izalesi, menfaatlerde söz konusu olmadığı için gasp fiilinden bahsetmek de mümkün değildir. Şöyle ki gasp fiilinin meydana geldiği ana kadar menfaatler, haklı zilyedin hakimiyetinde varlık alemine gelip yok olmaktayken gasıbın haksız fiiliyle birlikte artık gasıbın haksız zilyetliğinde meydana gelebilecek duruma geçmişlerdir. Böylece madum olan menfaatler üzerinde henüz bir haklı zilyetlik tesis edilmemiştir; sadece gasp fiiliyle haksız zilyetlik kurulmuştur. Zevaidde olduğu gibi menfaatler de gasıbın zilyetliğinde meydana gelmiştir. Buna binaen menfaatlerin gasbından bahsedilemeyeceği gibi tazmininden de söz edilemez.¹⁴³

Menfaatler, zevaidde kıyas edilerek hükmen zevaid gibi kabul edilince itlaf halinde tazmin edilmesi gerekirdi. Zira itlaf fiilinin konusu zevaid olduğu vakit tazmin sorumluluğunun doğacağında bir ihtilaf yoktur. Ancak tazmin yükümlülüğündeki denklik şartına bağlı olarak menfaatler ile ayn arasında denklik sağlanamayacağından dolayı menfaatlerin itlaf edilmesinde de tazmin yoluna gidilemez.¹⁴⁴ Çünkü haksız fiillerden doğan tazmin sorumluluğunda genel kaide, misliyle edadır (denklik şartı). Bu hüküm, hem nassla¹⁴⁵ hem de sahabe icmasıyla¹⁴⁶ sabit olmuştur. Diğer mezhep doktrinlerinde menfaatler de aynlar gibi kabul edildiği için menfaatlerin gasp ve itlafı halinde tazmin yükümlülüğü doğar.¹⁴⁷

Menfaatlerin tazmini hususunda son dönem Hanefî hukukçuları, üç istisna öngörmüşlerdir. Bu istisnalar, haksız fiile konu olan malın, vakfa¹⁴⁸ veya yetime ait

¹⁴³ Aydın, "İslam Hukukunda Gasp," 168-9.

¹⁴⁴ Alâüddin Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 1:253.

¹⁴⁵ el-Bakara 2/194; en-Nahl 16/126; eş-Şûrâ 42/40.

¹⁴⁶ Ahmed b. Muhammed Ebu'l-hüseyn Kudûrî, *et-Tecrîd* (Kâhire: Dâru's-selâm, 2006), cilt 7, 3325-6.

¹⁴⁷ Zencânî, *Tahrîcû'l-fürû alâ'l-usûl*, 227; Sübkî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, 1:278.

¹⁴⁸ "Zeyd, bir vakıf menzili teğallüben zabt ve dâini Amr'a deyni mukâbelesinde rehin ve teslîm edip Amr dahi bir müddet sâkin olsa mütevellisi menzili vakıf için zabtettikde müddet-i mezbûrede süknâsı için menzilin ecr-i mislini Amr'dan almağa kadir olur mu? el-Cevab: Olur." Şeyhülislam Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziye* (İstanbul: Klasik, 2009), 380 (fetva no: 2266).

olması¹⁴⁹ ya da gelir getirmesi için kiraya tahsis edilmiş (muaddün li'l-istiğlâl)¹⁵⁰ olmasıdır.¹⁵¹ Bazı hukukçular malvarlığının dokunulmazlığı hususunda herkesin eşit

¹⁴⁹ “Zeyd, üvey oğlu Amr-ı sağîrin mülk menziline teğallüben zevcesi Hind ile bir müddet sâkin olsa sağîr bâliğ oldukda sığârında süknâsı için Zeyd'den menzilin ecr-i mislini almağa kadir olur mu? el-Cevab: Olur.” Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziye*, 380 (fetva no: 2267).

¹⁵⁰ Bir malın gelir getirmesi için kiraya tahsis edilmiş olması üç şekilde söz konusu olabilir: Kiraya vermek için inşa edilmiş olması veya satın alınmış olması, ardışık üç yıl boyunca kiraya verilmiş olması ve son olarak ilan yoluyla malın kiraya verildiğini duyurmak. Bkz. MAA/417.

“Zeyd, Amr-ı mükârinin muaddün li'l-istiğlâl olan bargirini Amr'dan izinsiz bir müddet istimâl eylese Amr müddet-i mezbûrede bargirin ecr-i mislini Zeyd'den talep ettikde Zeyd mücerred "Ücret kavlolunmadı" deyu vermemeğe kadir olur mu? el-Cevab: Olmaz.” Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetâvâ* (İstanbul: Klasik, 2011), 484 (fetva no: 2516).

¹⁵¹ MAA/596; MH/644. Mecelle'nin 417. maddesinin iptalini kararlaştıran komisyon, kararın gerekçesinde şu ifadelere yer vermiştir:

“Ta'tîl (atıl bırakılan) veya itlâf edilen menâfiin (menfaatlerin) mazmûn (tazmin edilir) olup olmaması erbâb-ı hukûk arasında muhtelefun-fihtir (tartışmalıdır). Erbâb-ı hukûktan bazılarının re'yine göre ta'tîl veya itlâf olunan menâfi' mazmûn değildir. Çünkü ta'tîl sûretinde izâle-i yed-i muhikka (haklı zilyetliğin ortadan kaldırılması) tahakkuk etmediği gibi itlâf takdirinde dahi itlâf edilen menfaatla bedel-i zamân (tazminat bedeli) olacak ayn arasında ne sûreten ve ne de manen mümâselet (denklik) mevcût değildir. Ta'bîr-i âharla menfaat mâl-ı mütekavvim olmadığından gerek ta'tîl ve gerek itlâf sûretinde tazmîn lâzım gelmez. Şu kadar ki son zamanlarda fesâd-ı ahlâk (ahlak bozukluğu) ve hırs-ı intifâ' (faydalanmak arzusu) şevkiyle halkın emvâl-i eytâm ve evkâfa (yetim ve vakıf mallarına) vâki olan tecâvüz ve taarruzlarını men ve bu sûretle hukûk-ı eytâm ve evkâfı muhâfaza için bu mesleği sâlik olanların müteahhirîni (bu yolu, yani menfaatlerin tazmin edilmeyeceğini tercih edenlerin son dönem hukukçuları) emvâl-i mezkûreye (zikri geçen mallara) âit menâfiin gerek ta'tîl ve gerek itlâf sebebiyle tazmînî lüzûmunu kabûl ettikleri gibi ve kimsenin bir malı muaddün li'l-istiğlâl olduğunu ve binâenaleyh ücret ile istimâl olunduğunu bilerek te'vîl-i mülk ve akiddan birine müstenit olmaksızın onu zabtile istîfâ-yı menfaat etmesini (menfaatlerinden faydalanması) istihsânen icâreye muvâfakat telakkî ederek (bir icâre sözleşmesi kurulduğu kabul edilerek) menfaat-ı mütlefenin (itlaf edilen menfaatin) ücret-i misil ile tazmînini muvâfık görmüşlerdir. Ekser-i erbâb-ı hukûkun re'yine göre ta'tîl veya itlâf olunan menâfi ale'l-ittlâk (genel olarak) tazmîn lâzımdır. Zîrâ ta'tîl sebebiyle lüzûm-ı tazminde yed-i muhikkının (haklı zilyetliğin) izâlesi şart olmayıp yalnız yed-i mübtelenin (haksız zilyetliğin) isbâtı kâfidir. İtlâf sûretine gelince hadd-i zâtında (gerçekte) a'yânın tekavvümü (aynaların mütekavvim sıfatını kazanmaları) kendilerinden maksûd olan menâfia istinâd eder. Nasıl ki hiç bu sûretle a'yânın mâliyet ve tekavvümünde mâ-bihî'l-istinâd olan (kendisiyle ayakta durulan) menfaati mâl-ı mütekavvim telakki etmemek doğru değildir; husûsuyla birçok ukûdda menfaatin mevrîd-i akid addolunması ve ukûd-ı sahîha ve fâsidede tazmînî lüzûmunun aliyye bulunması bu ciheti te'yîd

haklara sahip olduğunu ve menfaatlerin artık mal gibi değer kazandığı gerekçesine dayanarak her durumda menfaatlerin tazmini yoluna gidilmesi gerektiğini söylemişlerdir.¹⁵² Hanefi hukukçulardan İbn Hümâm da gasp fiilinin yaygınlaştığı zamanlarda Şâfiî mezhebi doğrultusunda fetva verilerek mutlak olarak menfaatlerin tazmin edilebileceğini söylemiştir.¹⁵³ Nitekim Mecelle Tadil Komisyonu da bu noktada düzenlemeye giderek menfaatlerin tazmini hususunda Şâfiî mezhebindeki görüşün alınması gerektiğini belirtmiştir.¹⁵⁴ Burada şunu da belirtmek gerekir ki, Hanefi

etmektedir. Mecelle birinci re'yi kabûl ederek gerek kitâbü'l-icâre ve gerek kitâbü'l-gasbda bu esâsa göre ahkâm vaz eylemiştir. Halbuki menfaatin gayr-ı mütekavvim addolunması zamânımızın telakkiyât-ı iktisâdiyesiyle (iktisadi anlayışıyla) gayr-ı kâbil-i tevfi (uyuşturulamaz) olduğu gibi ta'tîl veya itlâf olunan menâfiin mazmûn olmaması kavilere (zorbalara) zu'afânın (zayıfların) emvâlini gasb ve zabtla teşvik mâhiyetini tazammun eylemekte (barındırmakta) ve gasb davâlarının temâdisinde (devamlılığında) bir âmil-i mühim teşkil etmekte bulunduğundan komisyonumuz ikinci re'yi tercih eylemiştir. Binâenaleyh gasb ve itlâf olunan menâfiin mazmûniyetinde aynın muaddûn li'l-istiğlâl olup olmaması hâiz-i ehemmiyet olmadığından Mecelle'nin "417"inci maddesinin tayyına (kaldırılmasına) karar verilmiştir." Ahmet Akgündüz, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyâtı Özel Hukuk-II* (İstanbul: ORSAV Vakfı, 2012), 364-5.

¹⁵² Bkz. Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1:842; Ali Hafif, *İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri*, trc. Rahmi Yaran (Ankara: TDV Yayınları, 2018), 61; Zerkâ, *Medhal*, 218-9; Seyyid Nesib, "Zamân-ı Menfaat III," 1712-3; Mahkeme-i Temyiz Reis-i Evveli Osman, "Menâfi-i Mağsûbun Zamânına Dair," *Ceride-i Adliye*, no. 144 (1915), 7124-7.

¹⁵³ Emîr Hâc, *Takrîr*, 3:260. Dârülfünûn medeni hukuk hocalarından Seyyid Nesib Bey de menfaatlerin tazminine dair üç makale yazmış ve nihâi olarak İbn Hümâm'ın bu görüşüne dayanarak menfaatlerin tazmin edilebileceğini söylemiştir.

¹⁵⁴ Menâfi-i mağsûbe (gasp edilen malın menfaatleri) inde's-şâfiyye (şafii hukukçulara göre) –muaddun li'l-istiğlâl olsun olmasın- ale'l-ıtlâk (mutlak olarak) mazmun (tazmin edilir) ve inde'l-hanefiyye gayr-i mazmûn olduğu halde müteahhirîn-i fukahâ-yı hanefiyye (son dönem hanefi hukukçuları) nâsın etmâ-ı fâsidesine (insanların kötü arzularına) binâen ancak emvâl-i selâsenin (üç malın) damân-ı menâfiini (menfaatlerinin tazmin edilebileceğini) alâ-tarîki'l-istihsân (istihsan yoluyla) tecviz etmiştir (geçerli saymıştır). Fî-zamâninâ (günümüzde) menâfin (menfaatlerin) a'yân (aynlar) kadar kıymeti olup etmâ-i fâside ise hayret-âver-i ukûl olacak (akılları hayrette bırakacak) derecede günden güne tezâyüd ederek (artarak) beyne'n-nâs (insanlar arasında) gasb-ı menâfi pek ziyâde tekessür etmekte (çoğalmakta) bulunmuş olmakla menâfi-i mağsûbenin mazmûn olması hakkında mezheb-i şâfiî, nâsa (insalara) erfak (daha yumuşak) ve maslahat-ı hâzırâya (çağdaş maslahatlara) evfak (daha muvafık) görülerek heyetimizce müşârûn-ileyhin ihtiyârı ve Mecelle'nin mevâdd-ı müteallikasının (ilgili maddelerinin) ona

hukukçulardan İmam Züfer, menfaatlerin kendi başlarına mütekavvim oldukları görüşündedir. Nitekim fasit icare neticesinde ecri misil bedelinin ecr-i müsemmadan fazla olup olamayacağına dair tartışmada İmam Züfer'in Şâfiler gibi düşünerek menfaatlerin mütekavvimliği kanaatinde olduğu zikredilmiştir.¹⁵⁵ İmam Züfer'in bu görüşüne dayanarak da menfaatlerin mütekavvim olduğu ve buna bağlı olarak da tazmin edilmesi gerektiğine dair karar verilmesi mümkündür.

b. Taşınmaz Satışında Bedel Olarak Menfaatin Tayin Edilmesinde Şüfa Hakkının Doğuşu

Şüfa hakkı, mal olan bir bedel karşılığında taşınmaza malik olunduğunda sabit olur.¹⁵⁶ Şüfa hakkına dayanarak talepte bulunmak için taşınmazın satış bedeli mal olmalıdır. Hibe,¹⁵⁷ sadaka, miras ve vasiyet gibi karşılıksız kazandırmalarda şüfa hakkı doğmaz. Mürşidü'l-hayrân'da "... satış bedellerinin mal olması şarttır."¹⁵⁸ ve "Ev veya dükkan mukabilinde bir şey kiralamadaki gibi mal olmayan bedel karşılığında taşınmaz milkiyetinin devrinde şüfa hakkı söz konusu olmaz."¹⁵⁹ maddeleriyle bir menfaat

göre tadîli takarrür etti." Komisyon, "Mecelle Encümeni'nin Kitâbü'l-icâreye Dâir Tedkikâtı," *Dârulfinûn Hukûk Mecmûası* Sene 2, no. 13 (H. 1342), 179.

¹⁵⁵ Menfaatler, üç imamımıza göre hukuken (şeran) kendi başlarına mütekavvim değildir. Ancak akit vasıtasıyla tarafların değer biçmesi sonucunda mütekavvim olur. Taraflar menfaatlere müsemma miktarınca değer biçmişlerdir. Eğer ecr-i müsemmaya bir ziyade yapılırsa, bu ziyade akit olmaksızın meydana gelmiştir. Menfaatler ise akit dışında mütekavvim sıfatını kazanamazlar. Bu durum fasit bey gibi değildir. Çünkü fasit beyle satılan mebi –kıymeti ne olursa olsun- kendi değeriyle mazmundur. Zira buradaki daman ayn karşılığındadır ve aynlar da kendi başlarına mütekavvimdir. Bundan dolayı aynın kıymeti tam olarak vacip olur. İmam Züfer'in kavline göre ise –ki Şâfî de bu görüştedir- menfaatler de aynlar gibi kendi başlarına mütekavvimdir ve neticede menfaatler de aynlar gibi tam kıymetiyle mazmundurlar. Kâsânî, *Bedâi*, 6:70. Ayrıca bkz. Aynî, *el-Binâye*, 10:270; Bâbertî, *el-İnâye*, 9:92.

¹⁵⁶ Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd Mevsîlî, *el-ihyâir li-ta'lîli'l-muhtâr* (Beyrut: Dâru'l-feyhâ, 2020), cilt 1, 476.

¹⁵⁷ Ancak başlangıç itibariyle hibe olup nihayette bey' mahiyetine bürünecek olan ivaz şartlı hibede şüfa hakkı sabit olur. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, "Evvelki Hukukumuzda (Mecelle'de) Şufa Hakkı," *İÜHFM* 16, no. 3-4 (1950), 960.

¹⁵⁸ MH/106.

¹⁵⁹ MH/108.

karşılığında devredilen taşınmazlarda şüfa hakkının sabit olmayacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu şarta dair Mecelle’de açık bir hüküm olmayıp dolaylı olarak işaret vardır: “Şüf’a ancak akd-i bey’ ile sâbit olur.”¹⁶⁰ Malum olduğu üzere satış (bey’) akdi malı mal mukabilinde değiştirmekten, yani mali nitelikli ivazlı bir akitten ibarettir. Buna bağlı olarak Hanefî mezhebinde satış sözleşmesi veya satış sözleşmesi hükmünde olan ivazlı akitlerde bedelin mal dışında bir şey olması durumunda şüfa hakkı meydana gelmez. Mesela kısas gerektiren öldürme fiili karşılığında sulh bedeli veya mehir olarak verilen taşınmazda şüfa hakkı doğmaz. Çünkü mezkûr örneklerde taşınmazın bedeli olan kanın dokunulmazlığı veya eşlerin birbirinden faydalanması olan menfaat mal değildir.¹⁶¹

c. Menfaat Milkiyetinin Devrini Konu Edinen Sözleşmelerde Beklenmeyen Hal (Özür) Sebebiyle Sözleşmenin Sona Ermesi

Hanefî hukukçular, konusu menfaat olan sözleşmelerde taraflardan birinin ölümü gibi beklenmeyen hal (özür) dolayısıyla akdin sona ereceğini söyler. Bu mezhepte menfaat milkiyetinin devri sonucunu doğuran akitler, sürekli olarak yenilenen birer akitler silsilesinden oluşmaktadır. Aynın kullanılmasına bağlı olarak peyderpey ortaya çıkan menfaat aynın malikinin ölümüyle artık mirasçılarının milkiyetinde meydana gelmiş olacaktır. Mirasçılar ise sözleşmenin tarafı olmadıkları gibi akde rıza da göstermemişlerdir.¹⁶² Dolayısıyla miras bırakanın yaptığı kira sözleşmesi varisler için bağlayıcı nitelikte olmadığından kiracının bir talep hakkı yoktur.¹⁶³ Kiracının vefatı durumunda ise şöyle bir tasavvur vardır: Menfaatler, araz kategorisinde olmalarına bağlı olarak iki vakitte devamlılığı sağlayamazlar. Ortaya

¹⁶⁰ MAA/1021.

¹⁶¹ Feyzioğlu, "Evvelki Hukukumuzda (Mecelle'de) Şüfa Hakkı," 961.

¹⁶² Mirasçılar akde rıza gösterirlerse aynı şartlarda yeni bir akit kurulmuş olur. Mesela mirasçılar, miras bırakanın kiracıyla yaptığı sözleşmedeki ücreti talep ettiklerinde kiracı sükut ederek sözleşme konusundan istifade etmeye devam ederse ücret, eciri müsemma olarak tayin eder. Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1:664; Ali Haydar Efendi, *Risâle fî-hakki Ademi İnfisâhi'l-icâre bi'l-mevt* (İstanbul: Necm-i İstikbâl, 1335), 16.

¹⁶³ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1:664; Ali Haydar Efendi, *Risâle fî-hakki Ademi İnfisâhi'l-icâre bi'l-mevt*, 16; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahât-ı Fıkhiyye Kamusu* (İstanbul: Ravza Yayınları, 2018), cilt 6, 182.

çıkar çıkmaz tekrardan kaybolurlar. Kiracının sözleşmeyle malik olduğu menfaatler, kendisinin vefatıyla birlikte yok olacaktır, yani kiracının milkiyetinde sabit olmayacaktır. Mevcut olmayan bir şeyin varislere intikali de mümkün değildir.¹⁶⁴

Mecelle’de “Mûceb-i akdin icrâsına mâni bir özür zuhûr ettikte icâre münfesihi olur.”¹⁶⁵ hükmünü içeren maddede mezkûr sûtanne veya çocuktan birinin ölmesiyle bakım sözleşmesinin feshedilmiş kabul edileceği örneğinden, konusu menfaat olan sözleşmelerin taraflardan birinin ölümü gibi beklenmeyen hale (özüre) bağlı olarak kendiliğinden sona ereceği anlaşılmaktadır.¹⁶⁶ Bu konuda Mürşidü’l-hayrân’da sarîh bir hüküm vardır: “İcâre akdi, menfaat milkiyetini devreden malikin veya sözleşmeyi vekalet yoluyla üçüncü kişi lehine değil de kendisi için kurmuş olmak kaydıyla sözleşmeyle menfaat milkiyetine malik olanın ölümüyle kendiliğinden sona erer.”¹⁶⁷

¹⁶⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1:664; Ali Haydar Efendi, *Risâle fî-hakki Ademi İnfişâhi'l-icâre bi'l-mevt*, 16; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahât-ı Fıkhiyye Kamusu*, 6:182-3. İslam hukukunda menfaatlerin bedelsiz temlikî olan ariyet sözleşmesi için de aynı durum geçerlidir. Bkz. Abdurrahman Münib Bey, *Hukûk-ı Medeniye Dersleri Kitâbü'l-iâre* (İstanbul: Dâru'l-fünûn Matbaası, H. 1338-1339), 259-62

¹⁶⁵ MAA/443.

¹⁶⁶ Osmanlı’da vakıflar ve miri arazilerde taşınmazlar ashab-ı intikalin milkiyetine geçmekteydi, yani bu taşınmazlarda icâre sözleşmesi, taraflarından birinin vefatıyla sona ermemekteydi. 1284 tarihinde neşredilen Kontrato Nizamnamesi’nin birinci maddesinde icâre sözleşmesinin taraflardan birinin vefatıyla kendiliğinden sona ereceği sarahaten zikredilmişti. 10 Rebiülevvel 1291’de yürürlüğe konulan İcâr-ı Akâr Nizamnamesi’nin yirmi birinci maddesinde taraflardan birisinin veya ikisinin vefatıyla icârenin infisahı davasının mahkemelerde dinlenmeyeceği hükme bağlanmıştır. 1299’da yayınlanan İcâr-ı Akâr Nizamnamesi’nde bu konuya dair hiçbir hüküm zikredilmemiştir. Zira bu tarihte Mecelle’nin kitabü’l-icâresi yürürlüğe girerek bu konudaki esas mevzuat haline gelmiştir. Mecelle’de de Hanefî mezhebi esas alındığı için taraflardan birinin ölümüyle icâre akdinin kendiliğinden sona ereceğinin kabul edilmiş olduğunu söylemek gerekecektir. Ancak 1332’de mezkûr nizamnamenin on yedinci maddesi tadil edilerek şu ek fıkra ilave edilmiştir: “Müeccirin ne de müstecirin vefatıyla icâre münfesihi olmaz.” Yani neticede Hanefî mezhebi değil, diğer mezheplerdeki görüş tercih edilmiştir. Ancak taşınmazlar dışında menfaat milkiyetinin devrini konu edinen icâre akitlerinde Hanefî mezhebi gereği taraflardan birinin vefatıyla sözleşme kendiliğinden sona erer. Ali Haydar Efendi, *Risâle fî-hakki Ademi İnfişâhi'l-icâre bi'l-mevt* 18-9.

¹⁶⁷ MH/647.

Hanefi mezhebi dışındaki mezheplerde icâre akdi, satış sözleşmesi gibi bağlayıcı niteliktedir. Akit, taraflardan birinin vefatıyla sona ermeyeceği gibi ikisinin vefat etmesi durumunda dahi kendiliğinden sona ermez (infisah). Tarafların mirasçıları, akitte miras bırakanlarının yerine geçerler. Ayna malik olan tarafın mirasçıları, akde rıza göstermeseler akdin sona ermesine kadar başvurabilecekleri hukuki bir yol yoktur. Zira ayn, kendilerine menfaat milkiyetinden bağımsız olarak intikal ettiği için akitte tayin edilen sürenin sona ermesini beklemek zorundadırlar.¹⁶⁸ Bu mezheplerde menfaatler, ayn gibi itibar gördüğü için aşırı sayılabilecek bazı hükümler ortaya çıkmıştır. Mesela kiracı, sözleşme devam ederken oturduğu evi satın alırsa kira sözleşmesi sona ermeyip devam etmektedir. Keza kiracı, oturduğu evi kira sözleşmesi süresi içerisinde ev sahibine dahi kiralayabilir.¹⁶⁹

Beklenmeyen hal (özür), taraflardan birinin ölümü olacağı gibi dış ağrısı için dışıyla sözleşme yapıldıktan sonra ağrının kendiliğinden kesilmesi; tayin dolayısıyla evin nakliyesini konu edinen sözleşmenin tayinin iptal edilmesiyle konusuz kalması örneklerinde de söz konusudur.

1.2.2.3. Deyn

Ayn-menfaat ayrımı ve buna bağlı olan hukuki sonuçlar hem borçlar hem de eşya hukukunda görülmekle birlikte ayn-deyn ayrımı, daha çok borçlar hukukuna özgü bir ayrımdır. İslam hukukçularının kullandığı kelami bir argüman olan cevher-araz taksiminin, ayn-deyn ayrımında da esas alındığını söylemek mümkündür. Burada cevherin yerini zimmet, arazinkini deyn almıştır.¹⁷⁰ Deyn için yapılan tanımlar iki

¹⁶⁸ Şemsüddin Muhammed b. Ahmed el-Hatîb Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc ilâ-marifeti Meânî Elfâzi'l-minhâc* (Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1994), cilt 3, 485.

¹⁶⁹ Hacak, *Atomcu Evren Anlayışının İslam Hukukuna Etkisi*, 131-2.

¹⁷⁰ Vasıfların talep fiiline konu olması mümkün değildir. Deyn de bir vasıftan ibaret olduğu için zimmet, yani borçlu kişinin kendisi talep fiiline konu olur. Reşid Paşa, *Ruhu'l-mecelle*, 2:42. Kâsânî de zimmetin ihtiyaca binaen sabit olduğunu belirtmiştir:

“... Çünkü deyn, malın teslimi demek olan vacip bir fiilin adıdır. Mal ise zimmette hükmi bir şeydir. Bunların hepsi de hakikatte madumdur, yoktur. Ancak insanların ihtiyacına binaen deyne mevcut hükmü verildi. Zira herkes, müstakil olarak mevcut olan aynlara ihtiyacını karşılayacak şeylere malik olmayabilir. Bundan dolayı ödünç (karz) almaya ve deynin semeniyle alışveriş yapmaya mecbur kalır. İşte bu ihtiyaca binaen deyne mevcut hükmü verildi.” Kâsânî, *Bedâi*, 10:147.

şekilde olmaktadır. Birinci tanım deynin teslim ve temlik fiili olması; ikincisi ise zimmette sabit hükmi bir mal olmasıdır.¹⁷¹ Deynin teslim ve temlik fiilinden ibaret olması onun araz kategorisinde bir varlığa sahip olduğunu göstermektedir. Buna göre deyn, hukuki ve itibari bir mal olmaktan ziyade ayn ve menfaat gibi varlık olarak mevcut olan bir şeyin adıdır. Deynin fiil olmasının önemli bir göstergesi vacip sıfatıyla nitelenmesidir. Zira vacip sıfatı şeri bir hükümdür ve şeri hükümler de ancak fiilleri niteler; cevherlerin bizzat kendisi bu tür hükümlerle nitelenmez.¹⁷² İkinci tanımda deyn, madum olmakla beraber hükmi veya hukuki bir mal statüsündedir. Zira İslam hukukunda akitlerin mutlaka bir mahalle izafe edilmesi, yani konusunun olması lazımdır. Bu konunun mevcudiyeti hakikaten veya hükmen olabilir; madum bir şeyin akde konu olması mümkün değildir. Buna binaen deyne hükmi bir mal muamelesi yapılarak akitlere konu olması temin edilmiştir.¹⁷³

Neticede iki mana itibariyle de deynin ayna denk olmadığını söylemek gerekecektir. Buna bağlı olarak deynin de menfaatler gibi mal olmadığı sonucuna ulaşılabilecektir. Ali Haydar Efendi, Mecelle'nin deyn tanımını¹⁷⁴ "Deyn, ... zimmet-i

¹⁷¹ Bu hükmi malın taraflarına göre iki ayrı konumu ve görüntüsü vardır: Alacak ve borç. Türkçe'de alacaklı ve borçlu şeklinde ifade edilen kavramlar Arapça'da "dâin/lehu deyn" şeklinde alacaklıyı; "medîn/medyun/aleyhi deyn" şeklinde ise borçluyu karşılar. Mehmet Âkif Aydın, "Deyn," *TDV İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 1994), 267.

¹⁷² Deynin hakikatte bir fiil olması, ondan asıl beklenen fayda olan borcun edasıdır. Onun fiil olduğuna delil ise vücup sıfatıyla nitelenmesidir. Vücup fiillerin sıfatıdır, aynların değil. Vacip olan şey de yapılmaması durumunda kişinin sorumlu tutulmasının gerektiğini ifade eden şeri hükümdür. Bütün bunlar fiillerde tasavvur edilir. Netice olarak da deynin vacip bir fiil olduğu ortaya çıkmış olur. Bâbertî, *el-İnâye*, 7:205; Aynî, *el-Binâye*, 8:455; İbni Nüceym, *Nehrü'l-fâik*, 3:571; Muhammed b. Abdulhamid Üsmendî, *Tarikatü'l-hilâf fi'l-fıkhi beyne'l-eimmeti'l-eslâf* (Kâhire: Dâru't-türâs, 2007), 420.

¹⁷³ Hacak, *Atomcu Evren Anlayışının İslam Hukukuna Etkisi*, 146.

¹⁷⁴ Mecelle'nin deyn tanımı "Deyn, zimmette sâbit olan şeydir." şeklindedir ve burada deyn en geniş anlamında kullanılmıştır. Zira bu tanım mali hakları içerdiği gibi namaz, oruç, zekât gibi ibadetleri de kapsamaktadır. Ancak maddenin devamında serdedilen "Meselâ bir kimsenin zimmetinde şu kadar kuruş borcu ve meydânda mevcûd olmayan şu kadar kuruş ve meydanda mevcûd olan akçenin yahut bir yığın buğdayın kable'l-ifrâz bir mikdâr-ı mu'ayyeni hep deyn kabîlindendir (MAA/158)." örnekler ile deynin tanımı daraltılmıştır. Netice olarak Mecelle'de deyn için üç tanım zikredilmiştir denilebilir. Bu tanımların ilki zimmette sabit olan, ikincisi mevcut ve işaret edilebilecek durumda olmayan ve son

medyunda sâbit ve misli olan şeydir, yani mal-ı hükmîdir.” olarak izah edip deynin hükmi bir mal olduğuna vurgu yapmıştır. Bu yargısının devamında deynin gerçek manada mal olmadığına temas etmiş ve buna gerekçe olarak da deynde maddi (iddihar) unsurun yokluğunu zikretmiştir. Deyne hükmi mal denilmesi ise teslim ve temlik fiiliyle gelecekte gerçek manada mala dönüşeceğinden dolayıdır.¹⁷⁵

1.2.2.4. Mal-Deyn Ayrımına Bağlanan Hukuki Sonuçlar

Deyn, teslim ve temlik fiili gerçekleşinceye kadar zimmette sabit olan hükmi bir maldır. İvazlı bir akitten veya haksız fiilden doğan deyn, ifa vaktine kadar gerçek bir varlığa sahip olmamakla beraber hükmen var kabul edilmiştir. İşte bu süreçte deynin hükmen de olsa varlığını devam ettireceği bir mahal gerekir ki o da zimmettir. Arazların varlık kazanması için cevherlere olan ihtiyacı gibi deyn de zimmete muhtaçtır. Bu mahalde muamelat alanına ilişkin hükümlerle karşılaşmak mümkün olduğu gibi ibadet alanına ait hükümlerle de karşılaşılabilir. Dolayısıyla ibadetlerin de zimmetle ve bunun neticesinde de deynle alakalı olduğu görülebilir. Namazın veya orucun zimmette sabit olması gibi. Ancak çalışmada ayn-deyn ayrımının hukukla ilişkisi olan muamelat alanındaki görünümüne yer verilecektir.

a. Ortaklığın Sona Erdirilmesi

Deyn borçlarının kabzedilmeden önce taksim edilmesi mümkün değildir. Taksime konu eşyanın ayn olması, taksimın sıhhat şartlarındandır.¹⁷⁶ Zira taksim, ortaklık konusu malda hakların tam olarak alınması (ifraz) ve hisseler üzerinde hak

olarak mevcut olmakla beraber henüz ifraz edilmemiş, yani hak sahiplerinin milkiyetleri tamamen ayrılmamış durumda olan misli mallardır. Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1:226; Aydın, "Deyn," 266. Kıyemi malların istisnâi olarak zimmette sabit olmalarına dair bkz. Muhammed Serrâc ve Muhammed Ahmed Bedrân, *Şerhü Mürşidi'l-hayrân ilâ-marifeti Ahvâli'l-insân fi'l-muâmeleti's-şeriyye alâ-mezhebi Ebî Hanîfete'n-numân Mülâimen li-sâiri'l-ektâri'l-islâmiyye* (Kâhire: Dâru's-selâm, 2011), cilt 2, 453; "Deyn," *El-Mevsûatü'l-fıkhiyyetü'l-kuveytiyye* (Kuveyt: Vizâretü'l-evkâf ve's-şüûni'l-islâmiyye, H. 1404-1427), 103-5.

¹⁷⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1:226; Muhammed Saîd Mühâsinî, *Şerhü Mecelleti'l-ahkâmi'l-adliyye*. (Dimeşk: Matbaatu't-terakkî, 1927), cilt 1, 138.

¹⁷⁶ "Maksûmun ayn olması şarttır. Binâenaleyh, deyn-i müşterekin kable'l-kabz taksimi sahih olmaz (MAA/1123)."

sahiplerinin hakimiyet (hiyazet) tesis etmesidir.¹⁷⁷ Mecelle'deki şu hüküm de taksimin hissi, yani maddi varlıklar üzerinde cereyan edeceğini göstermektedir: “Kısmet, hisse-i şâyiâyı tayin etmektir. Yani keyl ve vezin ve zirâ gibi bir mikyâs ile hisseleri yekdiğerinden temyîz ve ifrâz eylemektir.”¹⁷⁸ Binaenaleyh taksim, misli veya kıyemi mallarda olur.¹⁷⁹ Bunlar ise maddi varlığa sahip olan aynların özellikleridir. Taksim, ortaklık konusu maddi varlıklardaki hisselerin temyizi olduğu için zimmette sabit olan bir şeyde meydana gelmez. Çünkü hissi olan taksim, kendisi gibi hissi olan bir mahalli gerektirir. Deyn ise zimmette vaki hükmi bir mal olduğu için taksimi mümkün değildir.¹⁸⁰ Taksimin manası, hisselerle ayrılmış kısımlar üzerinde ihtisas, yani hakimiyet kurmak ve tasarrufta bulunmaktır. Deynin kabızdan önce taksimi caiz değildir. Çünkü deyn, malın teslimi demek olan vacip bir fiilin adıdır. Bu mal, zimmetteki hükmi bir şeydir. Hem deyn hem de zimmet, hakikatte madumdur, yoktur. Ancak insanların ihtiyacına binaen deyne mevcut hükmü verilmiştir. Zira herkes, müstakil olarak mevcut olan aynlara ihtiyacını karşılayacak şeylere malik olmayabilir. Bundan dolayı ödünç (karz) almaya ve deynin semeniyle alışveriş yapmaya mecbur kalır. İşte bu ihtiyaç, deyne mevcut hükmünün verilmesinin gerekçesidir. Deynin taksiminde ise aynı ihtiyaçtan bahsetmek mümkün değildir ve dolayısıyla taksim hususunda deyn, asıl olan yokluk halinde kalmaya devam eder. Var olmayan bir şeyin de taksimi mümkün değildir.¹⁸¹

Deyn ortaklığının kabızdan önce taksiminin geçerli olmamasının bir diğer gerekçesi de deynin borçlu dışında üçüncü kişiye devri yasağına sebep olmasıdır. Çünkü taksim, mülkiyetin devri manasını taşımaktadır. Müsterek ortaklığa konu malın her cüzünde tüm ortakların payı vardır. Taksimden sonra herbirinin mülkü diğerinin mülkünün bir kısmı olurken bir diğer kısım bunun bedeli olacaktır. Bu durumda deynin taksimi, borçlu dışındaki üçüncü kişiye deynin temlik edilmesi olacaktır. Bu ise caiz değildir.¹⁸²

¹⁷⁷ MAA/1124.

¹⁷⁸ MAA/1114.

¹⁷⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 3:2046; Mühâsinî, *Şerhü Mecelleti'l-ahkâmî'l-adliyye*, 3:34-5.

¹⁸⁰ Kâsânî, *Bedâi*, 7:523.

¹⁸¹ Kâsânî, *Bedâi*, 10:147.

¹⁸² Kâsânî, *Bedâi*, 7:523; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 3:2059.

Deyndeki ortaklık, deynin kabzından önce taksim edilemeyeceğinden dolayı alacaklılardan birine yapılmış olan ödemeye borç ortadan kalkmadığı gibi bir alacaklıya yapılan ödemede alacaklılar, hisseleri oranında ortaklırlar.¹⁸³

b. İbranın Borç Düşürücü Etkisi

İbra ikiye ayrılmaktadır: İskat¹⁸⁴ ibrası ve ifa (istifa)¹⁸⁵ ibrası. Doktrinde ibra, borç sebebiyle bir kişinin zimmetinde sabit olan deynin, hak sahibi tarafından düşürülmesidir. Borçlunun, zimmetindeki bu hakkın tamamından veya bir kısmından ibrası mümkündür.¹⁸⁶ İşte bu işleme ıskat ibrası denilir ve ibradan asıl maksat da budur.¹⁸⁷ İskat ibrasında netice açısından bir bağış yönünün olduğu söylenebilir. Çünkü

¹⁸³ Bkz. MAA/1101; MH/173.

¹⁸⁴ İskat, bir malike veya hak sahibine nakledilmeksizin milkiyetin veya hakkın düşürülmesidir. İskat, hem ibrada olduğu gibi zimmetteki bir hakkın hem de kanundan doğan bir hak olan şüfa hakkının düşürülmesindeki gibi zimmette sabit olmayan haklarda meydana gelebilir. Buna binaen ibra, ıskattan daha dar alanda tatbik edilen bir işlemdir. Diğer bir ifadeyle ıskat ve ibra arasında umum ve husus min-vechin vardır, yani her ibra bir ıskattır ancak aksi doğru değildir. "İbrâ," *El-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-kuveytiyye* (Kuveyt: Vizâretü'l-evkâf ve's-şüûni'l-islâmiyye, H. 1404-1427), 143; "İskat," *El-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-kuveytiyye* (Kuveyt: Vizâretü'l-evkâf ve's-şüûni'l-islâmiyye, H. 1404-1427), 226.

¹⁸⁵ Doktrinde ibranın ikinci türü, alacaklının borcun kendisine eda ve ifa edildiğini ifade edecek şekilde istifa ibrası olarak geçer. Ancak biz çalışmamızda Türkçeye uygunluk açısından ve karışıklığa mahal vermemesi için ifa kelimesini tercih ettik.

¹⁸⁶ Bkz. MAA/1536; MH/232.

¹⁸⁷ Hanefi mezhebinde borcun edasından sonra ibra lafzı mutlak olarak -ifa ibrası veya ıskat ibrası şeklinde tamlama olmaksızın- kullanıldığında hangi ibra türüne ait hükmün meydana geleceği ihtilafıdır. Birinci görüşe göre ibra lafzı, kabız açısından hüküm doğuracak olan ifa ibrası şeklinde yorumlanmalıdır. Çünkü ifa ibrası daha dar alanda ve kesin (yakîn) bir hüküm doğurur. İskat ibrası, ifa ibrasına nispeten daha şümullüdür ve burada şüphe (şek) vardır. Binaenaleyh, mutlak ibrayı kesin (yakîn) olan ifa ibrası şeklinde yorumlamak gerekir. İkinci görüş ise mutlak ibranın ıskat ibrasına hamledileceğidir. Bu ihtilafın meyvesi, borç ödendikten sonra ibra lafzının kullanılmasında ortaya çıkmaktadır. Zira ibra, ıskat ibrası olursa hükümden düşen talep hakkıdır, borcun aslı değildir. Bunun neticesinde alacaklı, eda edilen miktar dışında tekrar borçludan talepte bulunabilir. Ama ifa ibrası olursa alacaklı için rücu hakkı doğmaz ve taraflar arasında uyuşmazlığın kalmadığına karar verilir. Ancak doktrinde tercih edilen görüş, birinci görüştür. Çünkü ikinci görüşe göre amel edilmesi halinde alacaklı, kabzettiği miktar ve yeniden talep edeceği alacakla borçluya başvurabilecektir. Bu ise hakkaniyete aykırıdır. Keza borcun edasından sonra yapılan ibranın ıskat ibrası olduğu da nadir

alacaklı olan kişi, borçlusunun zimmetinde sabit olmuş hükmi malını talep hakkından vazgeçmektedir.¹⁸⁸ İfa ibrası, mahiyet itibariyle ibra olmayıp bir tür ikrardır. Burada borçlusunun zimmetindeki deynin ifa edildiğine dair hak sahibinin ikrarı vardır. Nitekim hem Mecelle’de hem de Mürşidü’l-hayrân’da açık bir şekilde bu noktaya temas edilmiştir.¹⁸⁹ Aralarındaki farklılığa rağmen ibranın bu şekilde iki kısma ayrılmasının gerekçesi, ikisinde de temel gayenin, taraflar arasındaki çekişmeyi ve uyuşmazlığı sona erdirmek olmasıdır.¹⁹⁰

İbranın tanımından da anlaşıldığı gibi ibranın konusu deyndir; ayn olamaz. Çünkü aynın gerçek manada ıskatı mümkün değildir. Mesela “Bu evim üzerindeki milkiyetimi falan kimse için ıskat ettim.” diyen malikin bu sözü bir hüküm

görülen bir şeydir. Borç ödendikten sonra yapılan ibranın ıskat ibrası olduğu ispat edilmediği müddetçe asıl olan birinci görüştür, yani mutlak ibrayı ifa ibrasına yorumlamaktır. Nitekim ibranın borç ödendikten sonra yapılması da ifa ibrası için bir karinedir. Bu hüküm farklılığının sebebi, Hanefi mezhebiine hakim olan cevher-araz ayrımıdır. Deyn, zimmette sabit olan hükmi bir şeydir. Borçlunun ödediği şey ayndır. Deyn ve aynın farklı olduğu, ikisinin birbirine denk olmadığı malumdur. Deyn, misli olan deynle hükümden düşer ve sonrasında zimmet, takasla sorumluluktan kurtulur, ifadesinden kastedilen de budur. Bkz. Hamevî, *Şerhü'l-eşbâh*, 3:93-4; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 4:2651; Zeynel Âbidinzâde Seyyid Nesib, *Fıkıh-ı Hanefiyyenin Esâsâtı: Kıyâs ve Deyne Müteallik Mesâil* (İstanbul: Evkâf Matbaası, H. 1339), 42.

¹⁸⁸ Borcun edasından sonra veya önce yapılan ıskat ibrasının doğurduğu hüküm açısından bir fark yoktur. Bir nevi bağış manası taşıyan bu ibrayı yapmaya hakları olanlar diledikleri vakit bunu kullanabilir. İbranın borçtan sonra da yapılabilirliğinin sahih olmasının sebebi zimmette sabit olan deyndir. İzah edildiği üzere borcun edasıyla alacaklının talep hakkı düşmektedir; deyn yine borçlunun zimmetinde kalmaya devam eder. İskat ibrası borcun edasından sonra yapıldığında alacaklı, eda edilen miktarı borçluya iade etmek zorundadır. Burada şu soru da tartışılabilir: Kişi, borcun edasından sonra ıskat ibrasıyla ibrada bulunmuşken ifa ibrasıyla ibrada bulunduğunu iddia ederse ne olacaktır? Doktrinde hukuki istikrarın temini için alacaklının iddiasının dinlenmeyeceği kabul edilmektedir. Çünkü alacaklı, bu iddiasıyla hem kendi tasarrufunu inkar etmekte hem de ıskat ve bağıştan rücu etmektedir. Halbuki ıskatı kabil olan bir hak, düştükten sonra avdet etmez. Seyyid Nesib, *Kıyâs ve Deyne Müteallik Mesâil*, 52.

¹⁸⁹ Bkz. MAA/1536; MH/232.

¹⁹⁰ Serrâc ve Bedrân, *Şerhü Mürşidi'l-hayrân*, 2:508; Bereketî, *et-Ta'rîfatü'l-fıkhiyye*, 15. İbranın bu iki türü arasındaki farklar için bkz. Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 4:2651; Reşid Paşa, *Ruhu'l-mecelle*, 7:88-9; Mühâsinî, *Şerhü Mecelleti'l-ahkâmi'l-adliyye*, 2:214.

doğurmaz.¹⁹¹ Bir ayn, ibraya konu olursa yapılan tasarruf işlemi, mahalline izafe edilmediği için batıldır.¹⁹² Ancak ifa ibrası bir tür ikrar olduğu için konusu ayn olabilir.¹⁹³ Eğer bir ayn ıskata veya ibraya konu olursa hüküm, ayndan doğan sorumluluğun, dava hakkının veya alacak hakkının ıskatı veya ibrasıdır. Mesela malik, malını gasp eden kişiyi malından ıskat ettiğini söylediğinde bu sözüne terettüp edecek hüküm, gasptan doğan tazmin sorumluluğundan ibra veya ıskattır.¹⁹⁴

c. Takas

Takas bir kimsenin, borçlusundaki alacağını, borçlusunun kendisinde olan alacağı mukabilinde düşürmesidir.¹⁹⁵ Borcun ifası gibi hüküm doğuran takasta, birbirleri için hem alacaklı hem de borçlu olan kişilerin alacakları karşılıklı olarak az olan borç miktarınca ifa edilmiş sayılır. Mesela A'nın B'den 110 TL alacağı, B'nin de A'ya 100 TL borcu olduğunda alacaklar, 100 TL miktarında karşılıklı olarak takas edilir ve kalan 10 TL'lik alacak hakkı devam eder.¹⁹⁶

Borcu sona erdiren bir sebep olan takas, aynların karşılıklı değiştirilmesi olan trampadan (mukayaza) farklıdır. Bir satış (bey') türü olan trampa, malın mal karşılığında değiştirilmesidir, yani bedellerin ikisi de ayndır. Takasta ise iki bedel de deyn olmalıdır.¹⁹⁷ Deyn ancak kendisi gibi bir başka deynle hükümden düşer.¹⁹⁸ Bu

¹⁹¹ "İbrâ," 160; "Iskat," 245.

¹⁹² Serahsî, *Mebsût*, 11:107.

¹⁹³ Yunus Apaydın, "İbrâ," *TDV İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2000), 266.

¹⁹⁴ "İbrâ," 160-1; "Iskat," 245.

¹⁹⁵ MH/224. Borcun edasıyla borçlunun hakkı takas edilerek sadece alacağı talep hakkı ortadan kaldırılır, borç alameti olarak zimmetteki sabit bir vasıf, yani deyn ortadan kaldırılamaz. Kanunlar ve kanun uygulayıcıları tarafından alacak hakkının yokluğuna bağlı olarak uyuşmazlıklara son verilir. Zimmetteki bu vasıf, ancak hak sahibi tarafından silinebilir, hukuk düzeni kişilerin hakkı üzerinde tasarruf edemez. Hakkın düşürülmesi (ıskat-ı hak) müessesesi, kişilere tanınmış son derece önemli bir yetkidir. Bundan dolayıdır ki, alacaklı kişi borcun edasından sonra borçluyu ıskat ibrasıyla ibra ederse edaya konu miktarı iade etmesi gerekir. Seyyid Nesib, *Kıyâs ve Deyne Mûteallik Mesâil*, 50-1.

¹⁹⁶ Serrâc ve Bedrân, *Şerhü Mürşidi'l-hayrân*, 2:501.

¹⁹⁷ Takas akdinde konunun deyn olduğunda ittifak olmakla birlikte deyn ve ayn arasında takasın vuku bulması ihtilaflıdır. Hanefilerce istihsanen ayn ve deyn arasında da takasın meydana geleceği kabul

durumu şöyle örneklendirebiliriz: Müşteri satıcıdan 10 TL fiyatında bir gömlek aldığı anda gömleğin bedeli, satıcı lehine müşterinin zimmetinde sabit olur. Müşteri satış bedelini satıcıya verdiği anda ise satıcının zimmetinde müşteri lehine 10 TL sabit olur. İşte zimmetlerdeki bu deynler karşılıklı olarak takas edilerek tarafların sorumluluğu ortadan kaldırılır.¹⁹⁹

d. Borcun Havalesi

Havale akdinin konusu zimmete taalluk eden deyn borcudur; ayn borcu havale akdine konu olmaz. Zira havale akdinde borcun bir zimmetten diğer bir zimmete nakledilmesi söz konusudur.²⁰⁰ Ayn borçlarında ise borç, ayna taalluk ettiği için havale akdindeki zimmet unsuru mevcut değildir. Nitekim Mecelle'nin 673. maddesinde havale akdinin konusunun deyn olduğu "Havâle, deyni bir zimmetten diğer zimmete nakletmektir." ifadesiyle sarîh bir şekilde belirtilmiştir. Mürşidü'l-hayrân'daki ilgili düzenleme ise "Havale, deynin ve alacağı talep hakkının havale edenin zimmetinden havale edilenin zimmetine nakledilmesidir." şeklindedir. Bu iki düzenlemede açıkça görüldüğü üzere havale akdinin konusu deyn borcudur, ayn borçları havale akdine konu olamaz.²⁰¹ Mecelle'de sadece deynin naklinden bahsederken Mürşidü'l-hayrân'daki düzenlemede deynin ve talep hakkının nakli mezkûrdur. Mecelle'de yalnız deynin (melzûm) zikredilmesi, onun ayrılmaz parçası olan talep hakkının (lâzım) da zikredilmiş sayılmasından dolayıdır. Binaenaleyh, iki düzenleme arasında bir fark yoktur.²⁰²

edilmiştir. Bâbertî, *el-Înâye*, 7:151; Abdullah Kahraman, "Takas," *TDV İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2010), 451.

¹⁹⁸ Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed İbni Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiye, 1999), 225. Bu kaideye bağlanan hükümler için bkz. İbni Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, 95-9.

¹⁹⁹ Seyyid Nesib, *Kıyâs ve Deyne Mûteallik Mesâil*, 39.

²⁰⁰ Bkz. MAA/673; MH/859.

²⁰¹ Ali Bardakoğlu, "Havâle," *TDV İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 1997), 509.

²⁰² Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, 2:1038-9.

İKİNCİ BÖLÜM

MAL TÜRLERİ VE HUKUKİ İŞLEMLERE ETKİSİ

GİRİŞ

Çalışmanın bu kısmında mal türlerinin sınıflandırılmasında esas alınan kriterler ve bu ayrımın hukuki işlemlere etkisi üzerinde durulmuştur. Doktrindeki eserler incelendiğinde mal türlerine yer verilmekle birlikte ya hukuki neticelerine temas edilmemiş ya da sadece başlıklar halinde değinilmekle yetinilmiştir. Bu çalışmada mal türlerinin sınıflandırılmasındaki temel kriterler tespit edilmeye çalışılmış ve bu kriterler üst başlıklar halinde verilerek mal türleri zikredilmiştir. Çalışmada, mal türleri için esas alınan başlıklar üç tanedir: Hukuki değer taşıma, piyasada değer farkı olmaksızın mevcudiyet ve son olarak nakledilebilirlik. Bir mal, hukuken bir değer taşıdıktan, yani mütekavvim sıfatını kazandıktan sonra diğer mal taksimlerinden birine dahil olabilir. Binaenaleyh, bir malın misli-kıyemi veya taşınmaz-taşınır mal ayrımındaki yeri tespit edilmeden evvel mütekavvim sıfatına sahip olup olmadığı ortaya konulmalıdır. Bunun için ilk olarak mütekavvim-gayri mütekavvim mal ayrımı ele alınmalıdır. Bu noktada tespitite bulunduktan sonra öncelikli olarak misli-kıyemi mal ayrımını açıklamak gerekir. Zira taşınmazlar mutlak olarak kıyemi mal statüsündeyken taşınır mallar hem misli hem de kıyemi mal statüsünde olabilir. Bu sıra halinde konuların işlenmesi, genelden özele doğru bir yöntem takibi olup alt derecedeki ayrımların daha iyi kavranmasını temin edecektir.

Şüphesiz bu çalışmada yapılanın haricinde de mal taksimatları görülebilir. Kamu-özel, bölünebilir-bölünemez, tüketilebilir-tüketilemez, asıl-semere, sahipsiz-sahipli mal ayrımı gibi taksimatlar, buna örnek verilebilir.²⁰³ Kamu-özel mal ayrımı daha çok idare hukukunun uygulama alanına ait bir ayrım olduğu için çalışmada yer

²⁰³ Bkz. Zerkâ, *Medhal*, 133-79 ve 221-44.

almadı. Kalan ayrımlar ise oldukça sınırlı alanlarda uygulanmaktadır ve bazılarına çalışmadaki başlıklar içerisinde de temas edilmiştir. Buna binaen bu araştırmada hukuki değer taşıma noktasında mütekavvim-gayri müteakavvim; piyasada değer farkı olmaksızın mevcudiyet açısından misli-kıyemi ve son olarak nakledilebilirlik cihetinden taşınmaz-taşınır mal ayrımıyla iktifa edildi.²⁰⁴

2.1. HUKUKİ DEĞER TAŞIMAK

İslam hukuku, ilahi kaynaklı bir hukuk sistemi olduğu için bazı düzenlemelerde İslam dininin doğrudan temel alındığı görülmektedir. İlahi kuralların İslam hukukunda doğrudan etki gösterdiği düzenleme alanlarından biri de mal kavramıdır. Mutlak kanun koyucu olan Allah –azze ve celle-, bazı malların Müslümanlar tarafından kullanılmasını, milkiyete ve hukuki işlemlere konu edilmesini yasaklamıştır. Bu yasağa binaen Hanefi mezhebinde mutlak mal kavramına bir sınır getirilmiş ve mal iki kısma ayrılmıştır: Mütekavvim ve gayri mütekavvim mal.

Çalışmanın birinci bölümünde mal kavramının tanımına yönelik yapılan değerlendirmeler, genel olarak mal-menfaat, mal-deyn ve mal-hak ayrımı noktasında yapılmıştır. Bu ayrımlarda İslam hukukunun ilahi kaynaklı oluşunun bir tesirinin olmasından çok akli ve örfi unsurlar ön planda tutulmuştur. Bunun neticesinde meydana gelen tanım, herhangi bir din mensubuna göre farklılık arz etmeyip tamamen objektif niteliktedir ve normal şartlarda bütün malların mütekavvim olması gerekir. Zira eşyada asıl olan mübahlıktır. Ancak kanun koyucu, bu kurala açık nasslarla bazı istisnalar getirmiştir.²⁰⁵ Mütekavvim-gayri mütekavvim mal taksiminde inanç merkezli bir ayrım yattığından dolayı bir malın mütekavvim olması izafi bir durumdur. Mesela şarap bir Müslüman için mütekavvim mal değilken semavi dinlerden Hristiyanlığa tabi olan bir gayrimüslime göre mütekavvimdir. Ali Haydar Efendi, Mecelle’nin 210. maddesindeki “beyne’n-nâs (insanlar arasında) mal olmayan” kaydını, “ilahi dinlere mensup hiçbir

²⁰⁴ Muasır İslam hukukçularından Ebu Zehrâ ve Abdulkerim Zeydan da malın kısımları noktasında çalışmamızda olduğu şekliyle iktifa etmişlerdir. Bkz. Ebu Zehrâ, *Milkiyye*, 48-63; Zeydân, *Medhal*, 209-11.

²⁰⁵ Zerkâ, *Medhal*, 134.

insan arasında” olarak açıklamış ve mütekavvim-gayri mütekavvim mal ayrımında esas alınan unsurun, inanç olduğuna işaret etmiştir.²⁰⁶

Kaynaklar genel bir incelemeye tabi tutulduğunda mal kavramının birçok yerde tanımlandığı görülecektir. Ancak bu tanımların, çalışmanın birinci bölümündeki değerlendirmeler neticesinde varılan mutlak mal kavramından ziyade mütekavvim mal tanımına yönelik olduğunu söylemek gerekmektedir. “Mutlak kemâle sarfedilir,” kaidesince mal kavramı herhangi bir kayıtle birlikte zikredilmediğinde bu ifadeden mütekavvim mal anlaşılmalıdır. Bunun içindir ki doktrinde bazı yazarlar tarafından mütekavvim mal ifadesiyle kastedilenin asıl manada mal olduğu söylenmiş, gayri mütekavvim sınıfındaki malların, gerçek manada mal olmadığı iddia edilmiştir.²⁰⁷ Mal kavramına yönelik yapılan tanımların siyak ve sibakı incelenmeksizin varılacak neticeler, Hanefi mezhebindeki mal kavramının kapsamının genişlemesine ve yanlış anlaşılmasına sebebiyet verecektir. Bu yanlış anlaşılmanın önüne geçmek için maddi varlığa ve ekonomik değere sahip olan şeylerin, Hanefi hukukçular tarafından mutlak manada mal kabul edildiğini bilmek gerekir. Kaynaklarda “Çünkü mal, hukuken herhangi bir şekilde kendisinden faydalanmanın geçerli olduğu şeydir.” şeklinde gelen ifadeler ise mütekavvim malı tanımlamaktadır.²⁰⁸

²⁰⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1:304.

²⁰⁷ Hacak, "Mal," 464.

²⁰⁸ Mesela İlknur Yaşar Bilicioğlu, *Kâsânî'nin mal kavramını “bilfiil istifade edilen ve şâriin faydalanılması mübah kılınan şeyler”* (ifadede sorun olmasına rağmen yazarın cümlelerini olduğu gibi aldık) şeklinde tanımladığını söylemiş ve Kâsânî ve diğer Hanefî uleması arasında bir kavram çatışması olduğunu iddia etmiştir. Bilicioğlu'na göre şeran faydalanılması mübah olan nesneler maldır; diğer Hanefi hukukçulara göre ise bunlar mütekavvim maldır. Bkz. İlknur Yaşar Bilicioğlu, "İslam Hukukunda Nitelikleri İtibariyle Satım Akdine Konu Olamayan Mallar" (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2009), 34 (174 numaralı dipnot). Bilicioğlu ifadelerinin devamında Kâsânî'nin “şarap ve domuz Müslümanlar için mal değildir.” ifadesindeki mal kavramının mütekavvim mala hamledilebileceğini söyledikten sonra Kâsânî ve diğer Hanefî fakihler arasında kavramsal bir farklılığın olabileceğini tekrar eder. Ancak Bilicioğlu, metinde izah edildiği üzere Hanefi mezhebindeki sistematik bakış açısına dikkat etmemiş, siyak ve sibak değerlendirmesini yapmamıştır. Örneğin Kâsânî, vasiyet konusu olacak şeyde bulunması gereken şartları sayarken ilk şartın mal, ikinci şartın ise bu malın mütekavvim olması gerektiğini söylemiştir. Bkz. Kâsânî, *Bedâi*, 10:522. Dahası Kitabü'l-eşribe'de şarabın hükümlerini açıklarken sarih bir şekilde “Şarap her ne kadar mütekavvim olmasa da bize göre maldır.” ve “Şarap bir Müslümana ait olursa onu itlaf eden tazminle

2.1.1. Mütakavvim ve Gayri Mütakavvim Mal

Mütakavvim malın hukuki ve örfi olmak üzere iki anlamı vardır. Hukuki yönden mütakavvim mal, hukuk düzeni tarafından korunmuş ve herhangi bir yolla kendisinden faydalanmanın geçerli olduğu kabul edilmiş maldır. Örfi açıdan mütakavvim mal, üzerinde zilyetlik tesis edilerek bir kişinin mülkiyetine girmiş olan maldır.²⁰⁹ Mütakavvim sıfatı, bu iki mana arasında daha çok ilkiyle ilişki içerisinde. Şarap, domuz ve boğulmak suretiyle öldürülen hayvan bir Müslüman için gayri mütakavvimdir. Çünkü kanun koyucu, Müslümanların bu malları kullanmasını, akitlere konu etmesini yasaklamıştır. Ancak mezkûr mallar bir Hristiyan veya Mecusi için mütakavvimdir. Mütakavvim malın hukuki açıdan anlamı olan “bir şeyin hukuk düzeni tarafından korunmuş ve herhangi bir yolla kendisinden faydalanmanın geçerli olduğunun kabul edilmiş olması,” sadece mallar gibi eşyaya ait bir hususiyet değildir; canlıların da mütakavvim sıfatını haiz olması mümkündür. Nitekim bir insanın öldürülmesinde diyet sorumluluğunun gündeme gelmesi için o insanın mütakavvim sıfatına sahip olması gerekmektedir. Fıkıh kaynaklarının siyer bahsinde kafir bir kişinin kanının ancak eman ile mütakavvim sıfatını kazanacağını zikredilmesi bunun bir göstergesidir.²¹⁰

Mütakavvim malın ikinci (örfi) manası bir malın ihraz edilmiş, yani sahihsiz (mübah) bir mal üzerinde zilyetlik tesis edilmiş olmasıdır.²¹¹ İhraz, hakikaten veya

yükümlü olmaz. Çünkü şarap Müslüman için her ne kadar mal olsa da mütakavvim değildir.” ifadelerini zikretmiştir. Bkz. Kâsânî, *Bedâi*.6:437. Buradan anlaşılmaktadır ki mal ve mütakavvim kavramları aynı değildir. “Mutlak, kemâle sarfedilir.” kuralınca “mütakavvim mal” şeklinde sıfat tamlaması halinde kullanılmayan mal ifadesinden kastedilen mütakavvim maldır. Kâsânî, birçok yerde şarap ve domuz için açık bir şekilde “mütakavvim mal değildir” ifadesini kullanmıştır. Örnek için bkz. Kâsânî, *Bedâi*, 10:18 ve 522, 6:126. Bu da göstermektedir ki Bilicioğlu’nun “Kâsânî’nin ‘şarap ve domuz mal değildir.’ cümlesindeki ‘mal’ kavramı mütakavvim mala da hamledilebilir.” şeklindeki tespiti, yerinde değildir.

²⁰⁹ “Mal-ı mütakavvim iki manaya istimal olunur: Biri intifâi mübâh olan şeydir; diğeri mal-ı muhrez demektir. Mesela denizde iken balık, gayr-i mütakavvim olup istiyâd ile ihrâz olundukta mal-ı mütakavvim olur (MAA/127).”

²¹⁰ Kâsânî, *Bedâi*, 9:400; Haskefî, *Dürrü'l-muhtar*, 331.

²¹¹ Ebu Zehrâ, Mecelle’nin ihraz edilmemiş mübah malları gayri mütakavvim olarak görmesine itiraz etmekte ve bunların mütakavvim olması gerektiğine dair şu açıklamayı yapmaktadır:

hükmen olabilir. Hakikaten ihraz bir nehirden su almak, ormandan odun toplamak gibi sahihsiz bir mal üzerinde doğrudan zilyetlik tesis etmektir. Hükmen ihraz ise yağmur suyunu biriktirmek için evin damına bir kap bırakmakta veya av hayvanının yakalanması için tuzak kurmakta olduğu gibi zilyetlik tesisinin sebebini hazırlamaktır.²¹² Öyleyse henüz tutulmamış bir balık veya kuş, mütekavvim mal olarak değerlendirilemez. Mezkûr şeyler her ne kadar mal olsalar da -zira bir şeyin mal olabilmesi için bilfiil değil bilkuvve ihraz edilebilir nitelikte olması lazımdır- mütekavvim sıfatını haiz değildirler. Hakikaten ihrazda fiil, kasıt yerine geçer ve zilyetliğin tesis edilmesiyle birlikte milkiyet de kurulmuş olur. Hükmi ihrazda ise ihraza konu mal üzerinde zayıf bir milkiyet hakkı vardır ve bu hakkın kuvvet kazanarak tam manasıyla milkiyet ifade etmesi için kasıt unsuruna ihtiyaç vardır. Buna bağlı olarak hükmi ihrazda bahçedeki ağa takılan av hayvanı kaçarsa veya bir kapta birikmiş yağmur suyuna üçüncü kişi el koyarsa milkiyet üçüncü kişi lehine sabit olur.²¹³

“Mecelle’yi ihraz edilmemiş mübah malları, gayri mütekavvim mal saymaya iten sebep şu olsa gerek: Hukuk düzenince korunma ve herhangi bir şekilde kendisinden faydalanılmanın geçerli kabul edilmesi, tekavvümün sebebi olduğu gibi ihraz da mütekavvim sıfatını kazanmak için bir sebeptir. Bunun için kendiliğinden bitmiş ot veya av hayvanı gibi ihraz altına alınmamış şeyler mütekavvim mal kabul edilmemiştir. İhrazın, mütekavvim sıfatı için bir sebep olması, mübah malların itlaf edilmeleri halinde tazmin edilmemeleri ve akitlere konu olamamasındandır. İşte bu durum, mübah malların mütekavvim olmadığının delilidir. Kanaatimce kanun koyucu tarafından mübah mallar, herhangi bir şekilde kendisinden faydalanmak geçerli oldukça; mübah mala ilk olarak el koyan ve üzerinde zilyetlik tesis edenin milkiyeti dokunulmaz kabul edildikçe mütekavvim mal olarak itibar görmelidir. Mübah mallar bu cihetten değerlendirildiğinde gayri mütekavvim olamazlar. Çünkü gayri mütekavvim mal, kanun koyucu tarafından milkiyeti tanınmayan ve korunmayan, herhangi bir şekilde kendisinden faydalanmanın geçerli kabul edilmediği maldır. Bu açıklamalardan sonra mübah malların itlaf edilmeleri halinde tazmin edilemeyeceği meselesine gelirse, bunun sebebi mübah malların malikinin olmamasıdır. Zira tazmin sorumluluğu ancak onu talep edecek bir malikin varlığıyla mümkündür. Aynı şekilde mübah malların hukuki tasarruf işlemlerine konu olmaması da malikinin yokluğundan dolayıdır. Çünkü mübah mallar, kamu için sahihsiz kılınmasından ve insanların onu ihraz etmesi ve üzerlerinde hakimiyet kurması için bırakılmış olmasından dolayı doğal ortaklık halinde kalır. Bu mallar, ihraz sebebiyle birinin milkiyetine girer ve malik olmaktan kaynaklanan bütün haklar ihraz edilen mala taalluk eder.” Ebu Zehrâ, *Milkiyye*, 50-1.

²¹² Bkz. MAA/1248.

²¹³ Hamza Aktan, "İhrâz," *TDV İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2000), 543.

Örfi manası itibariyle ihraz, ancak mevcut olan ve bu mevcudiyeti bir şeye bağlı olmaksızın devam edebilir nitelikteki şeylerde meydana gelir. Mevcut olmayan veya mevcut olmakla birlikte bu mevcudiyetinin bir devamlılığı olmayan şeyler için mütekavvim mal ifadesi kullanılamaz. Buna binaen menfaatler, mütekavvim sıfatını kazanamaz. Menfaatler, ancak akit vasıtasıyla mütekavvim sıfatını alırlar; akitten bağımsız olarak mütekavvim olarak değerlendirilemezler.²¹⁴ Mecelle Tadil Komisyonu “menfaatlerin ancak akitlerde taraflarca mütekavvim kılınabileceği” kuralı yerine “menfaatlerin de aynlar gibi kendiliğinden mütekavvim olduğunu” kabul etmiştir. Usûl-ı Muhâkeme-i Hukûkiye Kanunu’nda da menfaatlerin mütekavvim olduğu kabul edilmiştir: *Mal-ı mütekavvim olan her şey makûdun-aleyh olabilir. Ale’l-ıtlâk tedâvülü müteârif olan â’yân ve menâfi’ ve hukuk, mal-ı mütekavvim hükmündedir. Âtiyen mevcut olacak eşya üzerine akdedilecek mukâvelât dahi muteberdir.*²¹⁵ Komisyon mevzuattaki bu düzenlemeye de işaret ederek mütekavvim malı tanımlayan 127. maddeyi yürürlükten kaldırmıştır.²¹⁶

Netice itibariyle bir şeyin mütekavvim mal olabilmesi için öncelikle ekonomik değer ve maddi/cismani varlığa sahip olması gerekir. Bu unsurlar var olduktan sonra mütekavvim sıfatının hukuki ve örfi manalarının gerçekleştiği mallar, mütekavvim maldır.

2.1.2. Mütekavvim ve Gayri Mütekavvim Mal Ayrımının Hukuki İşlemlere Etkisi

Mütekavvim ve gayri mütekavvim mal ayrımı, İslam borçlar ve eşya hukukunun esasını oluşturmaktadır. Bir malın milkiyete ve hukuki işlemlere konu olması, hukuk düzeni tarafından korunması ve bu korumaya bağlı olarak haksız fiiller neticesinde zarar görmesi halinde tazmin sorumluluğunun doğması bu ayrımın temel sonuçlarındandır.

²¹⁴ Araz, "İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini," 91-2.

²¹⁵ Usûl-ı Muhâkeme-i Hukûkiye Kanûnu 64/2. maddedeki mütekavvimden maksat ihraz edilmiş maldır (şerî olarak kendisinden faydalanmanın mübah kılındığı mal değildir). Maddenin gerek bu fıkrasında ve gerek üçüncü fıkrasında kanun koyucu, zamanın ihtiyacını, dönemin iktisadi ve sosyal şartlarını göz önüne alarak bir yeniliğe gitmiştir. Trabzon İstinâf Mahkemesi Reisi Ahmed Ziya, *Yeni ve Mufasssal Usûl-ı Muhâkeme-i Hukûkiye Kanûnu Şerhi* (İstanbul: Cihân Matbaası, H. 1339), 267.

²¹⁶ Akgündüz, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyâtı Özel Hukuk-II*, 301-2. Komisyon ayrıca mütekavvim malla ilişkili olan 211 ve 212. maddeleri de yürürlükten kaldırmıştır. Akgündüz, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyâtı Özel Hukuk-II*, 321.

Hususen milkiyete ve hukuki işlemlere konu olabilirlik sonucu, bu ayrımın önemini göstermektedir. Zira gerek borçlar hukuku gerekse eşya hukuku, milkiyet kavramı ve hukuki işlemler üzerinde şekillenmiştir.

2.1.2.1. Milkiyete Konu Olmak

Milkiyet, kişi ve bir şey arasında, o şeyde mutlak tasarrufta bulunmayı sağlayan ve üçüncü kişilerin tecavüzünü engelleyen hukuki bağıdır.²¹⁷ Maddi bir varlığa sahip olan mallar milkiyete konu olduğu gibi menfaatler veya deynler de milkiyete konu olabilir. Bir malın mütekavvim sıfatını taşınamaması, onun milkiyete konu olmayacağı manasına gelmez. Çünkü gayri mütekavvimlik milkiyete engel değildir, gayri mütekavvim de olsa sonuç itibarıyla ortada bir mal vardır ve mallar, milkiyete konu olabilir. Nitekim gayri müslim biri, şarap ve domuza malik olduğu haldeyken İslamiyet'e girdiğinde veya şarap ve domuzu, miras yoluyla Müslüman mirasçılarına intikal ettiğinde veyahut Müslüman birine ait üzüm suyu kendiliğinden şarap haline geldiğine bu gayri mütekavvim mallar üzerindeki milkiyet ortadan kalkmaz.²¹⁸ Ancak Müslüman malik, bu mallarda mülkiyetin devri sonucunu doğuran herhangi bir işlem yapamaz. Müslümanın milkiyetindeki gayri mütekavvim mallar, hukuk düzenince de korunmadığından ortada adeta pasif bir milkiyet durumu vardır. Milkiyetin malike bahsettiği tasarruf kudreti ve üçüncü kişilerin tecavüzlerini engelleme unsuru, gayri mütekavvim mallarda cereyan etmediği için malikin yapacağı şey, şarabı dökmek veya sirke haline getirmek; domuzu ise serbest bırakmaktır.²¹⁹

Hanefi mezhebinde bir Müslümanın, bir gayri müslimi, şarap veya domuz gibi gayri mütekavvim malları satmak veya almak için vekil tayin etmesi meselesi tartışılmıştır. İmam Azam, bu vekaletin geçerli olduğunu söylerken Ebu Yusuf ve İmam Muhammed, geçerli kabul etmemiştir. İmam Azam'a göre vekalet sahih olsa dahi gayri mütekavvim malların satışından elde edilen meblağ sadaka verilmeli, müvekkil ondan faydalanmamalıdır. Eğer gayri mütekavvim mallar satın alınmış ise bu durumda şarap dökülmelidir ve domuz salıverilmelidir. İki durumda da yapılan tasarrufun bir faydası kalmaz ve böyle bir işlem de meşru kabul edilemez. Nitekim Ebu Hanife'den gelen bir

²¹⁷ Cürçânî, *Kitâbü't-ta'rîfât*, 229.

²¹⁸ Zerkâ, *Medhal*, 133.

²¹⁹ Zerkâ, *Medhal*, 133.

başka rivayette söz konusu vekalet, harama yakın derecede olan bir yasaktır. Dolayısıyla bu vekaletin sahih olması hukuki bir anlam ifade etmez. Bu açıklamalar da göstermektedir ki gayri mütekavvim mal üzerindeki milkiyet, yoklukla özdeşleşmiş gibidir.²²⁰

2.1.2.2. İki Tarafa Borç Yükleyen Mali Nitelikteki Akitlere Konu Olmak

Satış sözleşmesinin amacı bir bedel karşılığında akit konusu olan mala malik olmaktır. Bunun için sözleşmenin temel unsuru akit konusudur; akitte bedel olan semen, sadece bir araç ve vesiledir.²²¹ Yani mahiyet itibariyle akitte bedel olan semenin bir kıymeti yoktur; semen, sadece malların tedavülünü sağlayacak olan bir vasıtaadır. İşte bu noktada akit konusunun ve semenin mütekavvim veya gayri mütekavvim mal olmasına farklı sonuçlar bağlanmıştır.

Akit konusu mutlaka mütekavvim bir mal olmalıdır.²²² Mütekavvim olmayan bir malın konu edildiği akit batıldır, hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. Zira kanun koyucu, mütekavvim olmayan mala bir kıymet vermemiş, onu kullanmayı ve ondan faydalanmayı yasaklamıştır. Bu yasağa rağmen taraflar akit konusu olarak gayri mütekavvim bir malı tayin ederlerse kanun koyucunun açık emrine aykırılık sebebiyle söz konusu işlem batıldır.²²³ Ancak akit konusunun bedeli olan semen, gayri mütekavvim bir mal olarak tayin edilirse ilk durumdaki gibi ağır bir yaptırım uygulanmaz. Bu durumda mütekavvim olmayan mal, semen hükmündedir. Satış

²²⁰ İbni Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6:404.

²²¹ İslam hukukunda mallar, akitlerdeki durumuna göre dört grupta toplanır: a) Altın ve gümüş gibi bazı mallar daima tüm akitlerde semendir -ister semen olduklarına işaret eden “be harf-i cerri” bunlara dahil olsun ister olmasın; kendi cinsleriyle veya başkasıyla mübadele edilmesinde de bir fark yoktur-. b) Bazı mallar daima akit konusudur (mebidir). Bu mallar kıyemi mallardır. c) Bir başka grup mallar, ölçülebilir ve tartılabilir mallar gibi misli mallardır. Bunlar bir açıdan semen bir diğer açıdan akit konusudur. Eğer akitte tayin edilerek belirtilmişlerse akdin konusu olurlar. Bir tayin olmayıp semen olduğuna işaret eden “be harf-i cerri” dahil olur ve bir akit konusuyla mübadele edilirlerse semen olurlar. d) Son grup ise itibari olarak semendir. Bu mallar hakikatte bir eşyadır. Eğer piyasada yürürlükte olur, revaç bulursa semendir; piyasadan kalkar, kesada uğrarsa eşyadır. Kasım b. Abdullah b. Emir Konevî, *Enîsü'l-fukahâ fî-ta'rîfâti'l-elfâzi'l-mütedâvile beyne'l-fukahâ* (Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, 2004), 71.

²²² Bilicioğlu, "Satım Akdine Konu Olamayan Mallar," 25-6.

²²³ Bkz. MAA/199, 211 ve 363; MH/305 ve 367.

sözleşmesinden beklenen fayda sözleşme konusu olan maldır, semen ise sadece bir mübadele aracıdır. Bunun için semenin gayri mütekavvim bir mal olması sözleşmeyi batıl kılmaz, fasit/geçersiz kılar. Çünkü burada satış sözleşmesinin kurucu unsuru olan mübadele mevcuttur ve sözleşmenin temelinde iptal edici bir sebep yoktur. Geçersizlik sebebi sadece vasıftadır. Vasıftaki geçersizlik de akdi iptal etmez, geçersiz kılar (ifsat eder).²²⁴ Zira semen, akitlerde asıl gaye değildir. Mesela bir koyun karşılığında semen olarak domuz gösterilmişse akit koyun için geçerli olmakla birlikte domuz hakkında geçersizdir. Eğer taraflar, bedelleri kabzetmeden evvel semen olan domuzun yerine mütekavvim bir mal ikame ederlerse akit geçerli hale döner. Zira semen gayri mütekavvim bir mal olursa akit fasittir.²²⁵ Fasit akit ise kabız ile hüküm doğurur. Çünkü akdin hükmü olan milkiyet, zayıf bir sebep olan fasit akitle meydana gelmez. Bu zayıflık, kabız ile kuvvetlenmiş olur ve milkiyete netice verir.²²⁶

İki tarafa borç yükleyen mali nitelikteki akitlerde durum böyle olmakla birlikte rehin, hibe, sulh ve vasiyet gibi hukuki işlemlerde de akit konusu mütekavvim mal olmalıdır.²²⁷

2.1.2.3. Tazmin Edilebilirlik

Hukuken korunmuş olan bir mal, haksız fiil neticesinde zarar görürse bu zararın tazmin edilmesi lazımdır. Ancak hukuk düzeni tarafından kıymet atfedilmeyen ve koruma altına alınmayan bir mal, tazmin edilemez. Binaenaleyh, haksız bir fiilin konusu gayri mütekavvim bir mal olursa fail için tazmin yükümlülüğü doğmaz.²²⁸ Bir malın mütekavvim sıfatını haiz olması ise görecelidir. Malikin mensup olduğu inanç doğrultusunda o malın hukuk düzeni tarafından korunması ve bunun neticesinde haksız bir fiil sebebiyle telef edilmesi durumunda tazmin yükümlülüğü gündeme gelir. Şarap

²²⁴ Reşid Paşa, *Ruhu'l-mecelle*, 2:82.

²²⁵ “Mütekavvim olmayan mal ile bir mal satın almak fâsiddir (MAA/212).”

²²⁶ “Bey-i fâsid (geçersiz satış sözleşmesi) inde'l-kabz (satış konusunun kabzedilmesiyle) nâfiz olur (hüküm doğurur) (MAA/366)”; “Bey-i fâsid inde'l-kabz hüküm ifade eder. Yani müşteri bâyiin izniyle mebîi kabzettiğinde ona mâlik olur (MAA/377).”

²²⁷ Hafif, *İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri*, 67.

²²⁸ Araz, “İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini,” 46; Mustafa Ünal, *İslâm Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 111.

veya domuz, bir gayri müslim için mütekavvim iken Müslüman için mütekavvim sıfatını taşımamaktadır. Müslüman bir kimse, gayri müslim birine ait şarabı dökerse veya domuzlarını itlaf ederse bunların bedelini tazmin etmekle yükümlüdür.²²⁹ Ancak bir Müslümana ait şarap veya domuz, hukuken koruma altında değildir. Bu malları telef eden kişi -ister Müslüman ister gayri müslim olsun- tazmin yükümlülüğüyle muhatap olmaz.²³⁰ Görüldüğü üzere tazmin yükümlülüğünde mağdur merkezli bir düzenleme yapılmış ve haksız fiil konusu mal, mağdur açısından mütekavvim sıfatına sahipse tazmin yükümlülüğünün doğduğu kabul edilmiştir.

2.2. PİYASADA DEĞER FARKI OLMAKSIZIN MEVCUDİYET

2.2.1. Misli ve Kıyemi Mal

Misli mal, piyasada değer farkı olmaksızın benzeri bulunan maldır. Bu mallar, birbirinin yerine ikame edilebilir ve maddi bakımdan aralarında gözle görülür bir fark yoktur.²³¹ Kıyemi mal ise piyasada bir benzeri bulunmayan veya bulunsa dahi aralarında büyük bir değer farkı mevcut olan maldır.²³² Misli bir mal karışım (ihtilat), kullanım, el sanatı veya benzerlerinin piyasadan kalkması gibi sebeplerle kıyemi mal statüsüne geçebilir.²³³ Keza piyasada benzeri olmayan kıyemi bir malın benzerleri

²²⁹ Haksız fiilden kaynaklanan tazmin sorumluluğunda asıl olan misli mallarda misliyle, kıyemi mallarda kıymetiyle tazmin etmektir. Ancak bir Müslüman şaraba malik olamayacağı için gayri müslim birinin misli mal olan şarabını telef ederse onun da kıymetini verir, misli olan şarabı alıp gayri müslime teslim edemez. Olayda haksız fiil faili Müslüman değil de bir gayri müslim olsaydı şarabın misli olan bir başka şarabı teslimle tazmin yükümlülüğünden kurtulurdu. Aydın, “İslam Hukukunda Gasp,” 201.

²³⁰ Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, 1:315.

²³¹ “Misli, çarşı ve pazarda mu‘teddün-bih, yani bahanın ihtilâfını mûcib bir tefâvütsüz misli bulunan şeydir (MAA/145); “Misli mal, gözle görülür bir değişiklik olmaksızın piyasada kendisinin bir benzeri olan maldır. Değer noktasında fertleri arasında bir fark olmayan adediyât-ı mütekârîbe mallar bu türdendir (MH/399).”

²³² “Kıyemî, çarşı ve pazarda misli bulunmayan veyahut bulunursa da fiyatça mütefâvit olan şeydir (MAA/146); “Kıyemi mal, piyasada benzeri olmayan veya mevcut olsa dahi değer hususunda aralarında fark olan şeydir. Değer noktasında fertleri arasında fark olan adediyât-ı mütefâvite bu türdendir (MH/399).”

²³³ Bkz. MAA/1119.

çoğalmaya başlar ve aralarındaki değer farkı da gözle görülür derecede ortadan kalkarsa artık kıyemi bir maldan değil, misli bir maldan bahsetmek gerekir.²³⁴

İslam hukukçuları, mümkün görülmediği için kıyemi malların türlerini belirlememişlerdir. Yani kıyemi mal olarak zikredilenler genellikle tadadidir. Ancak bazı hususiyetler doğrultusunda misli malları alt başlıklara ayırmak mümkündür. Buna binaen misli mallar, tür olarak tahdididir denilebilir.²³⁵ Misli mal kısımları, temelde miktar ve nicelik üzerinden şekillenmiştir. Eşyadaki miktar ve nicelik ağırlık, hacim, sayı ve uzunluk olarak ölçülür. Miktarı ağırlıkla belirlenenlere tartılabilir/vezni, hacim olarak tespit edilenlere ölçülebilir/keyli, adet olarak belirlenebilenlere sayılabilir/adedi ve uzunluk olarak tespit edilenlere ise mezruât mal denilir.²³⁶ Aynı cins eşyaların tartılabilir/vezni ve ölçülebilir/keyli malları mutlak olarak mislidir. Mezruât türü mallar, parçaları herhangi bir farklılık arz etmeyecek şekilde benzer olduklarında misli olurlar. Günümüzde fabrika ürünü olan kumaş topları gibi. Ancak bu kumaş, el dokuması olsaydı misli mal sıfatını kazanamazdı.²³⁷ Sayılabilir/adedi malların misli olması için ise yumurta, ceviz, elma vs. gibi adetleri arasında gözle görülür bir fark olmaması gerekir. Sayılabilir/adedi mallar karpuz, lahana gibi sayıyla satılan türden olduklarında kıyemi olurlar. Toplum içerisinde karpuz ve lahana gibi sayılabilir/adedi mallar kiloyla satılıyorsa artık tartılabilir/vezni maldan bahsedilecektir. Bu durum göstermektedir ki bir malın misli veya kıyemi olmasında örfün etkisi bulunmaktadır.²³⁸

2.2.2. Misli ve Kıyemi Mal Ayrımının Hukuki İşlemlere Etkisi

Misli ve kıyemi mal ayrımı üzerine bina edilen hukuki neticeler, en fazla borçlar hukuku alanında görülmektedir. Sözleşmelerde faiz unsuru, cins-parça borcu ayrımı, selem ve karz akitleri, haksız fiilden doğan borcun ifası gibi hukuki işlemler, misli-kıyemi mal ayrımına bağlanan temel sonuçlardır. Yapılan ayrımlar ana hatlarıyla

²³⁴ Zerkâ, *Medhal*, 142.

²³⁵ Zerkâ, *Medhal*, 143.

²³⁶ “Mekîlât ve mevzûnât ile ceviz ve yumurta gibi adediyyât-ı mütekâribe hep misliyyâtır (MAA/1119).”

²³⁷ “Fakat el işi olan evânî (kaplar) gibi ihtilâf-ı sanat (el emeğinin farklılığı) hasebiyle muhtelif ve mütefâvit (değişken) olan mevzûnat kıyemîdir (MAA/1119).”

²³⁸ Zerkâ, *Medhal*, 144.

incelendiği vakit İslam hukukundaki sedd-i zera'i ilkesi gereğince hareket edildiği görülecektir. Örneğin ortaklık konusu misli mallarda taksime gidildiğinde tarafların rızası veya taksim esnasında hazır bulunması gerekmeksizin her bir ortak kendi hissesine düşen payı alabilir. Çünkü ortaklık konusu misli mal, tür ve nitelik itibarıyla aynı özelliklere sahip olduğu için taraflar arasında bir uyuşmazlık ve çekişmeye sebebiyet vermeyecektir. Ancak ortaklık konusunun kıyemi bir mal olması durumunda aynı ifadeleri kullanmak mümkün görülmemektedir. Her kıyemi malın değeri farklı olduğundan dolayı diğer ortakların rızası veya hazır bulunmaları olmaksızın yapılan taksimat, şüphesizdir ki tartışma ve uyuşmazlığa yol açacaktır. Kıyemi mallarda taraflar arasında rızaya dayalı bir taksimat yapılamadığında mahkeme kararıyla cebri taksimata gidilmesi de meydana gelebilecek tartışma ve uyuşmazlıkların, devlet otoritesince önünü alma düşüncesinden dolayıdır. Mezkûr neticeyi, yani sedd-i zera'i ilkesince taraflar arasında öngürülebilir nitelikteki uyuşmazlık ve çekişmezliği, meydana gelmeden önce engellenme düşüncesini, tazmin yükümlülüğünde de görmek mümkündür. Zira tazmin sorumluluğu neticesinde haksız tarafa yüklenen ifa ediminin temel gayesi, zarar gören tarafın mağduriyetini en adil ve hakkaniyetli şekilde gidermektir. Böylelikle taraflar arasında ileride meydana geleceği muhtemel tartışmaların önü alınmış olacak ve mahkemelerin iş yükünde ciddi bir azalma meydana gelecektir. Misli-kıyemi mal ayırımından kaynaklanan hukuki hükümlerin temelinde yatan bir diğer düşünce, misli malların zimmette sabit olabilme niteliğinden dolayı ticari hayatta bir süreklilik temini gayesidir. Mesela konusu misli mal olan ve iflas etmiş kişilerin satışı denilen selem akdi veya ödünç alınması ve tüketilmesi gereken bir mala ihtiyaçtan dolayı meşru kılınan karz akdi gibi bazı kurumlar bu anlayışın ürünüdür.²³⁹

Araştırmanın bu kısmında sözleşmelerde faiz unsuru, tazmin yükümlülüğünde borcun ifa şekli, ortaklığın sona erdirilmesi ve deyn borcu gibi misli-kıyemi mal ayırımına bağlanan temel sonuçlar ele alınmıştır. Belirtmek gerekir ki bu taksimat dışında da misli-kıyemi mal ayırımının doğurduğu neticeler vardır. Ancak doktrinde incelen temel eserler doğrultusunda sadece bu dördüyle iktifa edilmiştir.²⁴⁰ Zikri geçen

²³⁹ Hasan Hacak, "Misli," *TDV İslâm Ansiklopedisi* (TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2005), 187.

²⁴⁰ Bkz. Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2014), cilt 3, 24-6; "Misliyat," *el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-kuveytiyye* (Kuveyt: Vizâretü'l-evkâf ve'-ş-şüûnî'l-islâmiyye, 1996), 112-6; Hacak, "Mal," 464.

başlıklar, mevzubahis mal ayrımına bağlanan hukuki neticelerin kavranması noktasında okuyucunun zihninde yeterli derecede bir tablo oluşturacaktır.

2.2.2.1. Sözleşmelerde Faiz Unsuru

Faiz, bir sözleşmede taraflardan birinin lehine ve diğerinin aleyhine karşılıksız şart kılınan fazlalıktır. Faizin cereyan ettiği malların tespitinde bu hukuksuzluğu önleme düşüncesi yatmaktadır. Hanefi hukukçulara göre faiz yasağının illeti, cins birliği ve misli malın alt türü olan ölçülebilir/keyli ve tartılabilir/vezni mal olmaktır.²⁴¹ Malum olduğu üzere misli mallar birbirinin yerine ikame edilebilen ve fertleri arasında değer farkının olmadığı mallardır. Bu bakımdan misli mallarda objektiflik unsuru göze çarpmaktadır. Ancak kıyemi mallarda bir türe ait fertler arasındaki değer farkına bağlı olarak birbirinin yerine ikame edilme söz konusu değildir. Bu nokta nazarından kıyemi mallarda sübjektif değer atfının daha baskın olduğu söylenebilir. Mesela el yazması bir kitap, koleksiyoner biri için ciddi bir ekonomik değer ifade eder. Ancak aynı kitap, koleksiyonere nispeten bir terzi veya tamirci için ekonomik kıymet ifade etmeyebilir. İslam hukukundaki faiz yasağının hikmeti, taraflar arasındaki karşılıksız kazandırmayı önleme düşüncesi olduğu için bu yasak objektif nitelik arz eden misli mallarda cereyan eder; kıyemi mallarda aynı yasak geçerli olmaz. Çünkü kıyemi malların değeri, tamamen sübjektif nitelikli olup tarafların iradesine bırakılmıştır. Çiftlik sahibi A şahsının yağız bir ata vereceği fiyat, şehirde yaşayan B şahsının teklif edeceği fiyattan farklıdır. Ama sözleşme konusu buğday, arpa, süt vs. gibi misli bir mal olsaydı tarafların teklif edeceği fiyat hemen hemen aynı olacaktır. İşte bu objektif-subjektif değer atfı yargısından dolayı kıyemi mallar kendi aralarında faiz yasağı endişesi olmaksızın değiştirilebilir. Ancak aralarında cins birliği olan misli malların kendi aralarında değiştirilmesinde faiz yasağına dikkat edilmelidir.²⁴²

2.2.2.2. Tazmin Sorumluluğunda Borcun İfa Şekli

Tazminatta kural, öncelikli olarak zarara uğrayan şeye benzer ve denk olanla tazmindir. Çünkü zarar, imkanlar doğrultusunda ölçülü olarak ortadan kaldırılır²⁴³ ve

²⁴¹ İsmail Özsoy, “Faiz,” *TDV İslâm Ansiklopedisi* (TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2005), 116.

²⁴² Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 3:25-6.

²⁴³ “Zarar bi-kadri’l-imkân def olunur (MAA/31).”

asilla, yani zarar gören şeyin kendisiyle ifa imkansız olmadıkça misline ve bedeline başvurulamaz.²⁴⁴ Öyleyse misli mallarda asıl olan o malın misliyle tazmin; kıyemi mallarda bedeliyle tazmindir.²⁴⁵ Zira itlaf edilmiş misli bir malın misli, hem şeklen hem de değer olarak ona en yakın olanıdır. Bu şekilde ifa edilen tazmin borcu, mağdur için en hakkaniyetli neticeyi doğurur. Kıyemi bir malın şeklen benzeri olamayacağından manen benzeri, yani değeri ödenir. Mağdur, elde ettiği bedel mukabilinde zarar görmüş veya helak olmuş kıyemi malına benzer bir mal alabileceği gibi maddi tazminat için ödenen bedelle de iktifa edebilir.

Gasp ve itlaf gibi haksız fiillerde mal mevcutsa aynen iade edilmelidir. Ancak mal yok olmuş veya kendisinden beklenen faydayı temin edemeyecek miktarda değer kaybına uğramışsa malın bedeli, tazminat olarak ödenir.²⁴⁶ Burada ise şu sorunla karşılaşılmaktadır: Malın ne zamanki kıymeti ödenecektir? Bu husus, Hanefi hukukçular tarafından tartışılmıştır. Burada da misli-kıyemi mal ayrımından kaynaklı farklı hükümler konulmuştur. İmam Azam, misli malın mağdur tarafından mahkemeye başvuru yapıp uyuşmazlık hakkında karar verildiği tarihteki; Ebu Yusuf, haksız fiilin meydana geldiği andaki; İmam Muhammed ise, piyasadan kalktığı vakitteki bedelinin ödenmesi gerektiği görüşündedir. Misli mallarda durum böyleyken kıyemi mallarda ittifakla, malın haksız fiilin meydana geldiği andaki değeri ödenir.²⁴⁷ Mecelle de haksız fiilin meydana geldiği zamandaki bedelin ödenmesi gerektiğini söyleyen görüşü kanunlaştırmıştır.²⁴⁸

2.2.2.3. Müşterek Milkiyetin Sona Erdirilmesi: Taksim

Ortaklığın nihayete erdirilmesinde iki cihet vardır. Bu iki noktada taksim bir anlamda ifraz, yani her ortağın kendi payını almasıdır; bir diğer anlamda ise ortakların

²⁴⁴ “Aslın ifâsı kâbil olmadığı halde bedeli ifâ olunur (MAA/53).”

²⁴⁵ “Zamân bir şeyin misliyâtta ise mîlsini ve kıyemiyâtta ise kıymetini vermektir (MAA/416).”

²⁴⁶ Topal, *İslâm Hukukunda Zilyedlik*, 208. Gasp edilen malın iadesi esnasında gereken masraflar, gasp fiilinin failine aittir ve iade yeri, haksız fiilin meydana geldiği yerdir. Topal, *İslâm Hukukunda Zilyedlik*, 208.

²⁴⁷ Aydın, “İslam Hukukunda Gasp,” 201-2.

²⁴⁸ “... Şöyle ki kıyemiyâtta ise zaman ve mekân-ı gasptaki kıymetini ve misliyâtta ise mîlsini vermesi lazımdır (MAA/891).”

karşılıklı olarak hisselerini değiştirmesidir. Misli mallarda ifraz noktası önceliklidir. Bundan dolayı ortaklardan her biri, hissesine düşen payı diğer ortaklar rıza göstermese veya taksimde hazır bulunmasalar dahi alabilir. Zira bu durumdaki ortak, tamamen kendine ait olan hakkı almaktadır ve taksime konu mal, misli mal olduğu için taraflar arasında uyuşmazlık çıkma ihtimali de yoktur.²⁴⁹ Misli mallarda ifraz hususu ön plandayken kıyemi mallarda ortakların kendilerine düşen payı karşılıklı değiştirmesi anlamı daha önceliklidir. Ortaklık payının karşılıklı değiştirilmesi olayı olan mübadele, bir nevi milkiyet devridir ve malikin rızası veya bir diğer hukuki meşruiyet olmaksızın başkasının malında tasarrufta bulunmak, hukuken geçerli değildir.²⁵⁰ Bunun için kıyemi mallarda taksime başvurulduğunda ortakların rızası veya hakim kararı olmalıdır. Herhangi bir ortak taksime rıza göstermez veya mahkemede hazır bulunmazsa taksim gerçekleşemez.²⁵¹

2.2.2.4. Deyn Borcunun Konusu

İnsanlar ticaretlerini devam ettirmek için yeterli miktarda mal varlığına sahip olmayabilir veya aynı anda birden fazla kişiyle borç ilişkisi kurmak zorunda kalabilir. İşte bu noktada kişinin hak (ilzam) ve borçlara (iltizam) ehil olmasını sağlayan bir vasfa ihtiyaç duyulur ki bu vasıf, zimmettir. Kişi, hukuki bir vasıf olan zimmet vasıtasıyla hukuki bir varlık haline gelir. Zimmet sayesinde kişi, malvarlığını aşan tasarruflarda bulunabilir, malik olmadığı şeyi ifa etme külfeti altına girebilir, ödeme vakti gelmemiş veya geçmiş borçlarını ödeyebilir.²⁵²

Misli mallar genel itibarıyla zimmette sübut bulurlar, ancak kıyemi mallar zimmette sabit olmazlar.²⁵³ Kişi, zimmetinde sabit olan misli malın tür ve nitelik

²⁴⁹ "Misliyât," 113-4.

²⁵⁰ "Ğayrin mülkünde tasarrufla emretmek bâtıldır (MAA/95)"; "Bir kimsenin mülkünde onun izni olmaksızın âhar bir kimsenin (üçüncü kişinin) tasarruf etmesi câiz değildir (MAA/96)"; "Bilâ-sebeb-i meşru" (hukuki bir gerekçe olmaksızın) birinin malını bir kimsenin ahz eylemesi (alması) câiz olmaz (MAA/97)."

²⁵¹ "Misliyât," 114.

²⁵² Kaya, Eyyüp Said ve Hasan Hacak, "Zimmet," *TDV İslâm Ansiklopedisi* (TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2013), 427.

²⁵³ Bunun için ayn-deyn ayırımına bağlanan sonuçlardan biri olan takas işlemi, misli mallarda cereyan ederken kıyemi malların takas işlemine konu olması mümkün değildir. Zerkâ, *Medhal*, 145.

itibariyle bir benzerini alacaklıya ifa ederek zimmetini temizler. Çünkü taraflar arasındaki borç ilişkisinin konusu deyndir, yani mevcut ilişki eşyaya bağlı değildir. Borç ilişkisinin mevzusu muayyen bir ayn olmadığından dolayı borçlu taraf, tür ve nitelikleri aynı olan piyasadaki herhangi bir misli malı alacaklıya ifa edebilir.²⁵⁴ Eğer borç altına giren kişinin zimmetinde kıyemi bir mal sabit olacak olsaydı, bu mal muayyen olmamış olurdu. Bu durumda borçlu, o malın misli olan herhangi bir malla zimmetini temizleyebilirdi. Halbuki kıyemi malların mislinin olmadığı, her birinin farklı sıfat ve değerinde olduğu malumdur. Bu kabulün sebep olacağı netice ise taraflar arasında uyumsuzluğun artması; ticari ve sosyal hayatın merkezinde olan borç ilişkilerinin ortadan kalkmasıdır.²⁵⁵ Bu sosyal ve ticari hayatın gerektirdiği ihtiyaca bağlı olarak meşru kılınan karz ve selem akitleri, misli malların zimmette sabit olarak deyn borcunun konusunu oluşturmasının örnekleridir. Bir miktar buğday, arpa veya süte ihtiyacı olan kişi, bunları komşusundan ödünç alma mecburiyetinde kalabilir. Mezkûr mecburiyeti giderecek hukuki çare karz akdidir. Karz akdi vasıtasıyla komşudan alınan buğday, arpa, süt vs. misli malların tür ve nitelik itibariyle benzeri, ödünç alan kişinin zimmetinde deyn olarak sabit olur. Kişi, ödeme kolaylığını elde ettiğinde piyasada bu malların mislini temin edip komşusuna vererek zimmetindeki deyn borcundan kurtulur.²⁵⁶ İflas etmiş kişilerin satışı demek olan selem akdinin konusu da misli mal olmalıdır;²⁵⁷ kıyemi mallar selem akdine konu olmaz.²⁵⁸ Bu açıdan selem akdinin İslam hukukunda cins borcunun prototipi olduğunu söylemek mümkündür. Bir diğer ifadeyle

²⁵⁴ Şeyma Boyalık, “İslam Hukukunda Cins Borcu” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi, 2015), 35.

²⁵⁵ Zerkâ, *Medhal*, 145.

²⁵⁶ Karz akdinin konusu misli mal olmalıdır. Ancak taraflar kıyemi bir malı karz akdine konu ederlerse ne olacaktır? Bu durumda taraflar arasındaki ilişki karz akdi değil, ariyet akdidir. Aynı durum ariyet akdi için de geçerlidir. Yani ariyet akdinin konusu tartılabilir/vezni, ölçülebilir/keyli veya para gibi misli mallar olmamalıdır. Bkz. MH/22.

²⁵⁷ Ancak misli mal olmasına rağmen para, selem akdinin konusu olamaz. Bilgili, *İslam Hukukunda Ma'dûmun Satımı*, 219-20.

²⁵⁸ Bilgili, *İslam Hukukunda Ma'dûmun Satımı*, 220.

genel kural cins borçlarının konusunun misli mal; parça borçlarının konusunun ise kıyemi mal olmasıdır.²⁵⁹

2.3. TAŞINABİLİRLİK

İslam hukukunda konusuna göre milkiyet hakkı, taşınmaz ve taşınır milkiyeti olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kamu mallarının kural olarak taşınmazlardan oluşması, milkiyet hakkının sahibine bahsettiği mutlak tasarruf yetkisi ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilirlik; milkiyet hakkının sınırlandırılmasını gerektiren sebepler gibi önemli hususların genel olarak taşınmaz mallar üzerinden şekillendirilmesi ve örneklendirilmesi taşınmaz ve taşınır mal ayrımının önemine işaret etmektedir.²⁶⁰

Taşınmaz-taşınır mal ayrımı vakıf sözleşmesi, şüfa hakkı ve irtifak hakları gibi hukuki işlemlerde merkezi bir yer teşkil eder. Bu işlemlerde taşınmaz-taşınır ayrımına bağlı olarak gerekli şartların sağlanamaması durumunda işlem, yokluk gibi ağır bir yaptırıma tabi tutulabilir. Mesela vakıf sözleşmesinde hukuki işlemin konusu taşınmaz olmalıdır; taşınır bir malın vakıf işlemine konu olması durumunda vakfın kurulmuş olduğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır.²⁶¹ Mevzubahis ayırım satış sözleşmesi, kanuni temsilcinin küçüğün veya kısıtlının malvarlığındaki tasarruflarında göstermesi gereken özen yükümlülüğü ve borçların edası gibi bazı işlemlerde ikincil nitelikte bir konumda olmaktadır. Bu işlemlerde ilk meseledeki ağırlıkta olmamakla beraber yapılan hukuki işlemlerde bazı sakatlıklar meydana gelebilmektedir. Örneğin taşınır bir mal, satış sözleşmesinde kabzedilmeden evvel ikinci bir satış sözleşmesine konu edilirse ortadan kaldırılabilir nitelikte bir sakatlıktan bahsedilir. Çalışmanın bu kısmında taşınmaz ve taşınır malların tanımları yapılacak, bu ayrımın esas alınan temel noktalara değinilecektir. Bu ayrıma bağlı ortaya çıkan farklılıkların pratik olarak hukuki işlemlerdeki görünümüne yer verilecektir.

²⁵⁹ İslam hukukundaki deyn borcu ve Roma hukukundaki cins borcu arasında her ne kadar benzerlik mevcut olsa da iki kurum birbirinden farklıdır. Şöyle ki deyn borcunun konusu mutlaka misli mallardan müteşekkil iken, cins borcunun konusu hem misli hem de kıyemi bir mal olabilir. Boyalık, “İslam Hukukunda Cins Borcu,” 28.

²⁶⁰ Hacak, "Mülkiyet," 544.

²⁶¹ Vakıf sözleşmesinin konusunun taşınmaz olması genel kural olmakla beraber bazı istisnai durumlarda taşınır mallar da sözleşmenin konusu olabilir. Nitekim bu istisnalara ilgili başlık altında değinilecektir.

2.3.1. Taşınmaz ve Taşınır Mal

İslam hukuku kaynaklarında taşınmaz yerine daha çok akar kavramı geçmektedir. Biz Mecelle'ye tabi olarak ve dilimizde de yerleşmiş haliyle taşınmaz ifadesini kullanacağız. Taşınmaz kavramı arazi, bahçe, arsa, hurmalık ve hane gibi anlamlara gelmektedir.²⁶² Mecelle'de taşınmaz şu şekilde tarif edilmiştir: *Akâr denilen hane ve arazi gibi mahall-i âhara nakli mümkün olmayan şeydir.*²⁶³ Mürşidü'l-hayrân'da ise şu tanıma yer verilmiştir: *Sabit bir aslı olup nakledilmesi ve tahvili mümkün olmayan her şey, taşınmazdır.*²⁶⁴ Mecelle'den farklı olarak Mürşidü'l-

²⁶² Akar kelimesine ait bu manaların tahlili için bkz. Demir, *İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı*, 51-2.

²⁶³ MAA/129.

²⁶⁴ MH/2. Hanefi mezhebinde bir şeyin taşınmaz kabul edilmesindeki ölçüt, mutlak olarak bir yerden başka bir yere nakledilememektir. Bir malın, mevcut hali değişerek dahi olsa nakli mümkünse o mal taşınmaz değil, taşınır maldır. Buna binaen arazi üzerindeki yapılar ve ağaçlar, taşınır maldır. Diğer mezheplerde de durum böyle olmakla beraber Maliki hukukçulara göre taşınmaz mal, sahip olduğu heyet ve sureti değiştirilmeksizin bir yerden başka bir yere nakledilemeyen maldır. Bu tarife göre binalar taşınmazdır. Bkz. Serrâc ve Bedrân, *Şerhü Mürşidi'l-hayrân*, 1:32 (3 numaralı dipnot); Osman Kaşıkçı, "Eski Hukukumuzda Üst Hakkı," *EBYÜHFD* 3, no. 1 (1999), 53. Mürşidü'l-hayrân metnini tercüme eden Ahmet Akgündüz, Hanefi mezhebine aykırı olarak ilgili maddeyi şöyle tercüme etmiştir: *Yerinde sâbit olan ve bir yerden bir yere nakledilmesi ve özüne dokunmadan değiştirilmesi (tahvili) mümkün olmayan her şey akar (gayrimenkuldür).* Bkz. Akgündüz, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyâtı Özel Hukuk-II*, 919. Akgündüz'e ait bu tanım Hanefi hukukçulardan ziyade Maliki hukukçulara ait görüşü ifade etmektedir. Tanımda görüldüğü gibi "tahvil" kelimesi "özüne dokunmadan değiştirmek" olarak tercüme edilmiştir ki kaynaklarımızda tahvil kelimesine bu anlam yüklenmediği gibi nakil kelimesiyle aynı manada veyahut nakil kelimesine nispeten daha dar manada olduğu zikredilmiştir. İbni Nüceym, *Bahr*, 8:201; Bâbertî, *el-Înâye*, 9:323; Aynî, *el-Binâye*, 11:190; Ebû Bekir b. Ali b. Muhammed Haddâdî, *el-Cevheretü'n-neyyira* (Ammân: Erika li'd-dirâsât ve'n-neşr, 2015), cilt 4, 121. Nitekim aynı yazar vakıflar hukukuna dair kaleme aldığı eserinde de şu ifadelerle de yer vermiştir:

"Hanefi hukukçularına göre, akar, bir yerden bir yere nakledilmesi mümkün olmayan şeylerdir. Arazi ve arsalardan ibarettir. Aslında akar, gayrimenkul demek ise de, günümüz hukuku ve Osmanlı Devletindeki örfün anladığı manada gayrimenkul değildir. Örf ve bugünkü hukukun anladığı manada gayrimenkul olarak akarı tarif eden Maliki hukukçulardır. O halde Hanefi hukukçularına göre, arsasına tabi olarak gayrimenkul (akar) sayılan bina ve ağaçlar, tek başına gayrimenkul sayılmamaktadır. Vakıf hukukunda da gayrimenkul veya akar tabirinden kasıt, Hanefi hukukçuların anladığı manada olduğundan bina ve ağaçların müstakil olarak vakfi münakaşa edilmiştir. Mecelle'nin

hayrân'da “sabit bir asla sahip olmak” ve “tahvil” kelimelerinin zikredildiği görülmektedir. Ancak iki tanım arasındaki fark sadece kullanılan kelimelerin sayısında olup anlam noktasında hiçbir fark doğmamaktadır. Zira doktrinde nakil ve tahvil kelimelerinin aynı manada olduğu veya nakil kelimesinin daha kapsamlı olduğu zikredilmektedir. Tahvil kelimesi bir şeyi bir yerden taşıyıp bir başka yere bırakmaktır. Nakil kelimesinde ise bir yere bırakılmasına bakılmaksızın sadece bir şeyi bir yerden taşımak manası vardır.²⁶⁵ Netice olarak iki mana itibariyle de Mecelle ve Mürşidü'l-hayrân'daki tanımların aynı olduğu söylenebilir. Nitekim Ali Haydar Efendi de Mecelle'nin tanımını “mahall-i âhara tahvili ve nakli mümkün olmayan şeydir.” olarak kayıtlamış ve tahvil kelimesini eklemiştir.²⁶⁶

Yapı ve ağaçlar, taşınmazdan bağımsız olarak değerlendirildiğinde taşınır statüsündedirler. Ancak taşınmaza tabi olarak hukuki işlemlere konu olmaları durumunda hükmen taşınmazdırlar.²⁶⁷ Yani bir malın taşınmaz olarak adlandırılması hakikaten veya hükmedir. Arazi, arsa, bahçe gibi mallar hakikaten; bir taşınmaza tabi olan ağaç ve yapılar hükmen taşınmazdır.

Taşınmaz-taşınır ayrımı noktasında üst hakkının (hakk-ı karar)²⁶⁸ bir alt türü olan kat milkiyetinin (hakk-ı teallî) hükmüne değinmek yerinde olacaktır. Medeni

yaptığı tarif, Hanefî mezhebine değil, Maliki mezhebine uygun bir tariftir.” Bkz. Ahmet Akgündüz, *İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi* (Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1988), 140.

²⁶⁵ İbni Nüceym, *Bahr*, 8:201; Bâbertî, *el-Înâye*, 9:323; Aynî, *el-Binâye*, 11:190; Haddâdî, *el-Cevheretü'n-neyyira*, 4:121.

²⁶⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1:214.

²⁶⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1:213-4; Reşid Paşa, *Ruhu'l-mecelle*, 2:29; Mühâsinî, *Şerhü Mecelleti'l-ahkâmî'l-adliyye*, 1:133. Ancak miri ve vakıf arazideki yapı ve ağaçlar hiçbir şekilde taşınmaz hükmünde olamaz. Mecelle'nin 1019. maddesinde şu ifadelerle buna temas edilmiştir: “*Vakıf yer yahut arazi-i emiriye üzerindeki eşcâr (ağaçlar) ve ebniye (binalar) menkul hükmünde olarak ...*” Çünkü bu iki arazideki ağaç ve binalar için sürekli varlıklarını temin edecekleri bir hak söz konusu değildir. Ağaç ve yapı sahipleri, vakıf araziyi kullanmaları karşılığında sözleşmeyle adı konulmuş olan icare bedelini ödemediklerinde ağaç ve yapılar kaldırılır. Miri arazide de aynı durum geçerlidir.

²⁶⁸ Üst hakkı kavramının İslam hukukunda olmadığı iddiası için bkz. Kaşıkçı, “Eski Hukukumuzda Üst Hakkı,” 49. Kaşıkçı, sadece teallî hakkını değerlendirerek bir üst kavram olan karar hakkına temas etmemiş ve teallî hakkı için de üst hakkı veya kat milkiyeti kavramlarının kullanılabileceğini

hukuktaki üst hakkı, kapsam bakımından bazı farklılıklar olmakla birlikte karar hakkının mukabilidir, denilebilir. Karar hakkı, hak sahibine bir başkasına ait taşınmazda inşaat yapma, ağaç dikme veya bu gibi mevcut şeylerin devamlılığını koruma hakkı tanır. Görüldüğü üzere karar hakkının kapsamı medeni hukuktaki üst hakkına nispeten daha şümullüdür. Medeni hukuktaki üst hakkı, başkasına ait bir arazi üzerinde veya altında bulunan bir yapının maliki olma veya mevcut yapıyı muhafaza yetkisi veren irtifak hakkıdır. Karar hakkı, bir başkasına ait taşınmaz üzerinde yapı yapma hakkı tanımakla beraber ağaç dikme veyahut balkon gibi çıkıntıları yapma ve bunları muhafaza etme hakkını da kapsamaktadır. Netice itibarıyla Hanefi mezhebine göre karar hakkının konusu taşınır yapılar ve ağaçlardır. Sahibine bahsettiği yetkiden dolayı karar hakkı, taşınmaz maliki için hak sahibi lehine bir katlanma borcu doğurur.²⁶⁹ Mesela iki katlı bir evin alt katındaki malikin evini yıkmasından dolayı üst kat da zarar görecektir. Bu durumda üst kat maliki, karar hakkına dayanarak alt kat malikini evini tekrardan yapmaya zorlayabilir.²⁷⁰ Keza cumbası, çıkmaz sokağa veya komşulara ait araziye taşan ev maliki, cumbasının yıkılması durumunda tekrardan cumbasını yapabilir. Bu cumbanın öteden beri devam eden karar hakkından dolayı komşular inşaaata mani olmaz.²⁷¹

Karar hakkının bir alt türü olan kat milkiyeti, iki veya daha fazla kata sahip olan bir yapıdaki katların farklı kişilerin milkiyetinde olmasıdır. Malikler, sahip oldukları bölümler üzerinde milkiyet hakkının kendilerine bahsettiği yetkileri kullanırlar.²⁷² Kat milkiyeti hakkı, maddi olarak mevcut olmasa da vücut-ı karar, yani hukuken kazanılmış bir hak olarak vardır.²⁷³ Hanefi mezhebinde kat milkiyeti hakkı, taşınmaz hükmündedir.

söylemekle birlikte kat milkiyeti ifadesinin daha münasip olduğunu belirtmiştir. Kaşıkçı, "Eski Hukukumuzda Üst Hakkı," 49. Biz de çalışmamızda bir taşınmaz milkiyeti çeşidi olan kat milkiyeti ifadesini kullanacağız.

²⁶⁹ Hasan Hacak, "İslam Hukukunda İrtifak Hakları ve İlgili Kavramların Gelişimi" (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 1993), 60-1.

²⁷⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 3:2158.

²⁷¹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 3:2178.

²⁷² Bkz. MAA/1192 ve 1315; MH/64-68.

²⁷³ Kaşıkçı, "Eski Hukukumuzda Üst Hakkı," 53. Hanefi hukukçulara göre kat milkiyeti hakkı mal olarak kabul edilmediği için satışı caiz görülmemiştir. Bir şeyin satışa konu olacak mal kavramının kapsamına girmesi için ihrazı mümkün olan bir ayn veya böyle bir ayna tabi olması lazımdır. Kat

Çünkü bu hak, karar hakkı kapsamında olduğu için bir süreklilik ve devamlılığa sahiptir. Tabi olduğu yapı yıkılsa dahi varlığını korumaya devam eder. Bu süreklilik ve devamlılığa binaen, kat milkiyeti taşınmaz hükmünü almıştır. Nitekim şüfa hakkını doğuran sebeplerden biri olarak kat milkiyeti hakkının zikredilmesi de bunu teyit etmektedir.²⁷⁴

Buraya kadar yapılan izahların mefhum-ı muhalifinden taşınır kavramının manası ortaya çıkmıştır. Taşınır mal, taşınmaz olmayan maldır. Mecelle ve Mürşidü'l-hayrân'da sarahaten taşınır kavramının tanımı için düzenleme yapılmıştır. Mecelle taşınır malı şöyle tanımlamıştır: *Menkûl, bir mahalden mahall-i âhara nakli mümkün olan şeydir ki, nukûd ve urûza ve hayvânât ve mekîlât ve mevzûnâta şâmil olur.*²⁷⁵ Mürşidü'l-hayrân'daki tanım daha kapsamlı olup şu şekildedir: *Taşınır mal, nakledilmesi ve tahvili mümkün olan her şey için kullanılır. Taşınır mal ticari eşyaları, hayvanları, tartılabilir ve ölçülebilir malları, gümüş ve altını; mülk veya vakıf arazideki ağaç ve yapıları kapsar.*²⁷⁶ Yapı ve ağaçların taşınır mal olduğuna dair ifade, Mecelle'nin taşınır mal tanımında yer almamaktadır. Ancak 1019. madde de vakıf ve miri arazideki ağaç ve yapıların taşınır hükmünde olduğu belirtilmiştir. Mürşidü'l-hayrân'ın tanımında ise hem özel milkiyet hem de vakıf milkiyetindeki yapı ve ağaçların, taşınır olduğu belirtilmiştir. Miri araziler de vakıf hükmünde oldukları için tanımın kapsamına girmektedir.

milkiyeti hakkı, ihraz edilemediği gibi devamlılığı olmayan bir ayna, yani taşınır olan yapıya ve uzay boşluğuna tabidir. Buna bağlı olarak da tabi olduğu şeyin hükmünü alır. Bu açıdan kat milkiyet hakkı, menfaate benzer. Zira menfaatler, tabi olduğu şeye bağlı olarak varlıklarını devam ettiren araz kategorisindedir. Bundan dolayı doğrudan akitlere konu olmazlar. Ancak tabi oldukları ayn vasıtasıyla akde konu olurlar. Netice itibarıyla satış sözleşmesi menfaatlere izafe edilerek kurulmadığı gibi kat milkiyetine izafe edilerek de kurulamaz. Ancak kat milkiyeti hakkı, hakka konu yapıyla birlikte satılabilir. Aynî, *el-Binâye*, 8:178; Bâbertî, *el-Înâye*, 6:428; İbni Maze, *Muhît*, 7:148; Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, 4:51; İbni Âbidin, *Reddü'l-muhtar*, 5:52.

²⁷⁴ Aynî, *el-Binâye*, 11:351; İbni Nüceym, *Bahr*, 8:231; Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, 5:253; İbni Âbidin, *Reddü'l-muhtar*, 6:218.

²⁷⁵ MAA/128.

²⁷⁶ MH/3.

2.3.2. Taşınmaz ve Taşınır Mal Ayırımının Hukuki İşlemlere Etkisi

2.3.2.1. Vakıf Sözleşmesinin Konusu

Vakıf, bir malın menfaatini kamuya tahsis edip aynını Allah Teâla'nın mülkü hükmünde olarak milkiyetin devri ve tesisi işlemlerinden ebedi olarak alıkoymaktır.²⁷⁷ Vakfın süreklilik sıfatına sahip olması lazımdır. Bu sıfat hem vakıf tasarrufunda hem de vakıf konusu malda olmalıdır. Vakıf işlemi, bir süreyle kayıtlanırsa süreklilik şartı ihlal edileceği için ortada kurulmuş bir vakıf işlemi yoktur.²⁷⁸ Vakıftaki süreklilik şartını sağlayacak şey, vakıf konusu malın taşınmaz olmasıdır. Taşınırlardaki genel durum süreklilik şartına sahip olmamaktır. Buna binaen vakfın konusu taşınmaz olmalıdır.²⁷⁹

Vakıf işlemlerine konu olacak malın taşınmaz olması asıl kural olmakla birlikte vakıf işlemine konu olması hakkında nass veya örf sabit olmuş taşınırların yapılan vakıf işlemi sahihtir.²⁸⁰ Taşınırların vakıf işlemine bağımsız olarak konu olmasında genel

²⁷⁷ Muhammed Kadri Paşa, *Kânûnü'l-adli ve'l-insâf li'l-kadâi alâ-müşkilâti'l-evkâf* (Beyrut: Müessesetü'r-reyyân, 2007), 25; Ali Haydar Efendi, *Tertîbü's-sunûf fî-ahkâmi'l-vukûf* (İstanbul: Şirket-i Mürettebiye Matbaası, H. 1340), 6; Münir Yaşar Kaya, "Ömer Hilmi Efendi ve İthâfu'l-ahlâf fî-Ahkâmi'l-evkâf İsimli Eseri" (Yüksek Lisans Tezi, 2011), 45; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahât-ı Fıkhiyye Kamusu*, 4:284.

²⁷⁸ Vakfın sıhhati için vakıf işlemi ... muvakkat (sürelî) olmamalıdır (6. madde). Muhammed Kadri Paşa, *Kânûnü'l-adli ve'l-insâf*, 27; Vakıfta te'bîde (sürekliliğe) münafî (aykırı) şart olursa vakıf batıl olur (275. madde). Ali Haydar Efendi, *Tertîbü's-sunûf fî-ahkâmi'l-vukûf*, 150; Vakfın müebbed olması lazımdır (75. mesele). Kaya, "İthâfu'l-ahlâf," 57; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahât-ı Fıkhiyye Kamusu*, 4:312. Süreklilik şartının vakıf işleminin kuruluşu esnasında açık bir şekilde zikredilmesi İmam Muhammed'e göre şartken Ebu Yusuf'a göre şart değildir. Fetva da Ebu Yusuf hazretlerinin kavline göredir. Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahât-ı Fıkhiyye Kamusu*, 4:312.

²⁷⁹ Vakfın konusu mütekavvim maldır. Bu malın akar olması şarttır (18. madde). Muhammed Kadri Paşa, *Kânûnü'l-adli ve'l-insâf*, 33; Ali Haydar Efendi, *Tertîbü's-sunûf fî-ahkâmi'l-vukûf*, 124; Mâl-ı mevkufun akâr olması şarttır. Binaenaleyh menkûlun asâleten vakfı sahîh değildir (58. mesele). Kaya, "İthâfu'l-ahlâf," 53; Nazif Öztürk, *Elmalılı M. Hamdi Yazır Gözüyle Vakıflar (Ahkâmü'l-evkâf)* (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1995), 74; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahât-ı Fıkhiyye Kamusu*, 4:313.

²⁸⁰ ... veya vakfedilmeleri örf haline gelmiş taşınır mallardan olmalıdır (18. madde). Muhammed Kadri Paşa, *Kânûnü'l-adli ve'l-insâf*, 33; ... yahut vakfı müteârif menkul olması şarttır (212. madde). Ayrıca bkz. 213. madde. Ali Haydar Efendi, *Tertîbü's-sunûf fî-ahkâmi'l-vukûf*, 124; Şu kadar var ki bir menkulün vakıf olması hakkında bir belde örf ve âdet cereyân etmiş ise ol belde o makûle

kaide bu olmakla birlikte bir taşınmaza tabi olarak da vakfedilmeleri mümkündür.²⁸¹ Bu durumda taşınırın vakfedilmesi hakkında bir nassın veya örfün sabit olup olmaması önemli değildir.²⁸²

Vakıf sözleşmesi neticesinde ihtikâr ve icâreteyn gibi eşyaya bağlı olarak ortaya çıkan haklar da taşınmazlarda meydana gelir; vakıf da olsa taşınır mallar için bu haklar gündeme gelmez.²⁸³

2.3.2.2. Satış Sözleşmesi Konusunun Kabzedilmeden Önce Yeni Bir Satış İşlemine Konu Edilmesi

Kabız, bir şeyi almak demektir. “Bu mal, filanın kabzındadır.” denildiğinde işaret edilen malın, o kişinin milkiyet ve tasarrufunda olduğu anlaşılır.²⁸⁴ Kabız, hukuki işleme konu olan mal üzerinde tasarrufta bulunabilme kudretidir²⁸⁵ ve tasarrufa mani olacak engelleri ortadan kaldırmaktır.²⁸⁶ Bir bedelin, kabzedilmeden evvel bir hukuki işleme konu olmasında temel ilke şudur: Eğer o bedelin helak olması neticesinde akit kendiliğinden sona eriyorsa kabızdan önce o bedelde tasarrufta bulunulamaz. Mesela satış sözleşmesinin konusunu, sulh veya kira bedelini kabzetmeden önce yeni bir işleme konu ederek üzerinde tasarrufta bulunulamaz. Ancak kabzedilmeden önce bedelin helak olmasıyla kendiliğinden sona ermeyen akitlerde, bedel üzerinde kabzedilmeden evvel

menkulün vakfi sahih olur (58. mesele). Kaya, "İthâfu'l-ahlâf," 53; Öztürk, *Ahkâmu'l-evkâf*, 77; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahât-ı Fıkhiyye Kamusu*, 4:313.

²⁸¹ Vakfeden, kendisine ait araziye vakfettiğinde arazide mevcut olanları da vakfiyeye geçirirse ... zikredilen taşınırlar, araziye tebean vakfedilmiş olarak sözleşmeye dahil olurlar (54. madde). Muhammed Kadri Paşa, *Kânûnü'l-adli ve'l-insâf*, 54; Akâra tebean menkulün vakfi sahih olur (216. madde). Ali Haydar Efendi, *Tertîbü's-sunûf fî-ahkâmî'l-vukûf*, 126; Akâra tebean menkulün vakfi sahih olur (59. mesele). Kaya, "İthâfu'l-ahlâf," 54; Öztürk, *Ahkâmu'l-evkâf*, 80; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahât-ı Fıkhiyye Kamusu*, 4:313.

²⁸² Gerek o menkulün vakfiyeti hakkında örf ve âdet câri olsun ve gerek olmasın (59. mesele). Kaya, "İthâfu'l-ahlâf," 54; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahât-ı Fıkhiyye Kamusu*, 4:313.

²⁸³ Zerkâ, *Medhal*, 176.

²⁸⁴ Bereketî, *et-Ta'rîfatü'l-fıkhiyye*, 170.

²⁸⁵ Kâsânî, *Bedâi*, 8:157.

²⁸⁶ Kâsânî, *Bedâi*, 6:571.

tasarrufta bulunulabilir.²⁸⁷ Hanefi mezhebinde taşınır malların kabzedilmeden evvel yeni bir satış²⁸⁸ işlemine konu olması mümkün görülmemiş, böyle bir işlem ittifakla fasit/geçersiz kabul edilmiştir.²⁸⁹ Taşınmaz mallar noktasında mezhepte genel kabul gören görüş, Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a ait olup bu malların kabzedilmeden önce yapılan satış işlemlerinin geçerli olduğudur. Ancak İmam Muhammed'e göre taşınmazlar da taşınır mallarla aynı hükme tabidir ve kabzedilmeksizin satış işlemine konu edilmeleri halinde yapılan işlem fasittir.²⁹⁰ Bir malın kabzedilmeden önce satış işlemine konu edilmesi durumundaki geçersizliğin kaynağı garar,²⁹¹ yani sözleşme konusu malın helak olması veya istihkak iddiasıyla malın alıkonulması gibi bir sebeple akdin kendiliğinden sona ermesi veya akit konusunun teslim edilememesi ihtimalidir.²⁹² Zira bu durumlarda satıcının (ikinci sözleşme için satıcı olup ilk sözleşmedeki sıfatı alıcıdır) milkiyeti, akdin hükmü olarak malın aynında sabit olmuştur. Fakat bu milkiyet, zayıf bir milkiyettir. Çünkü malı kabzetmediği için satıcının tasarruf kudreti tam

²⁸⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 1:373; Kisbet, *Satım Akdinde Malın Kabzı ve Teslimi*, 215-6.

²⁸⁸ Bu başlık altında zikredilen satış sözleşmesi ifadesiyle kastedilen ikinci satış sözleşmesidir. Şu mesele örnek olarak zikredilebilir: Satıcı S ve alıcı A arasındaki satış sözleşmesinin konusu mal taşınmaz ve taşınır olması durumuna göre farklı neticeler doğurmaktadır. Eğer sözleşme konusu mal taşınır bir malsa A, bu malı kabzetmeden yeni bir satış sözleşmesine konu edemez. Ancak mezkûr mal taşınmaz ise A, bu malı kabzetmeden önce yeni bir satış işlemine konu edebilir.

²⁸⁹ Serahsî, *Mebûsât*, 13:8; Kâsânî, *Bedâi*, 7:36-9; Ebu'l-Hasen Burhanuddin Merğînânî, *el-Hidâye fî-şerhi'l-bidâye* (Beyrut: Dâru İhyâi't-turâsi'l-arabî, ts.), 3:59; Bilgili, *İslam Hukukunda Ma'dûmun Satımı*, 56.

²⁹⁰ Serahsî, *Mebûsât*, 13:9; Merğînânî, *Hidâye*, 3:59.

²⁹¹ Meydana gelip gelmemesi belli olmayan durumu ifade etmektedir. Denizdeki balığı veya havadaki kuşu satış işlemine konu etmek gibi. Bu gibi sözleşmelerde sözleşmenin hükmünün gerçekleşmesi noktasında bir kapalılık vardır ve bu kapalılık haksız kazanca sebebiyet vermektedir. Konevî, *Enîsü'l-fukahâ*, 80; Tehânevî, *Mevsûatü Keşşâfî Istılâhâtü'l-fünûn ve'l-ulûm*, 2:1249; Bereketî, *et-Ta'rîfatü'l-fikhiyye*, 157; İbrahim Kâfi Dönmez, "Garar," *TDV İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 1996), 370; Bilgili, *İslam Hukukunda Ma'dûmun Satımı*, 60-1.

²⁹² Bereketî, *et-Ta'rîfatü'l-fikhiyye*, 48.

değildir. Bu durumda sadece malın aynı üzerindeki zayıf milkiyete dayanarak malı yeni bir sözleşmeye konu etmek, alıcı taraf için garar oluşturmaktadır.²⁹³

İmam Muhammed'e göre taşınmazların kabzedilmeden yeni bir satış akdine konu edilmesi hem naslara hem de hukukun genel kaidelerine aykırıdır. Bu konuda iki emredici hüküm vardır: Kabzedilmeyen bir şeyin satılmasını yasaklayan genel hüküm niteliğindeki hadis²⁹⁴ ve kişinin, sorumluluğu (damanı) altına almadığı şeyi satışa sunarak kar elde etmesini men eden hadis.²⁹⁵ Bu iki emredici hükme binaen, taşınmaz ve taşınır ayrımı yapılmaksızın kabzedilmeyen malın konu edildiği yeni satış sözleşmesi fasittir. Bu nasslar hükmünce taşınmaz ve taşınır mal arasında bir fark yoktur.²⁹⁶ Çünkü satış konusunun aynıdaki milkiyet, akitle kurulduğu gibi satış konusu üzerindeki tasarruf kudreti de kabızla meydana gelir. Taşınmaz ve taşınır mallar, sözleşmenin ayn üzerinde milkiyet tesisi neticesini doğurmasında eşit oldukları gibi tasarruf kudreti bahşeden kabız noktasında da eşit olmalıdır. Ayrıca milkiyetin sebebi satış sözleşmesidir ve bu sözleşme ancak kabızla tamam olur. Bunun içindir ki akit yapıldıktan sonra, ancak kabızdan önce meydana gelen şeyler, akit anında mevcut hükmündedir. Milkiyet, sebebi olan satış sözleşmesinin geçerliliğine bağlıdır. Bu durum, şu şekilde daha açık hale getirilebilir: Kabızdan önce satış sözleşmesinin konusu, semen karşılığında mazmun olduğu için istihkak iddiasıyla alıkonulur veya helak olursa semen de düşer. Çünkü sözleşmenin konusunu teslim kudreti, satış sözleşmesinin geçerliliği için şarttır ve bu noktada taşınmaz ve taşınır arasında bir fark yoktur. Sözleşme konusunun teslimi ise satıcının veya onun temsilcisinin yetkisindedir. İlk sözleşmedeki satıcı, ikinci sözleşmedeki satıcının kendisi veya temsilcisi olmadığı için ortada teslim kudreti yoktur. Öyleyse ikinci satış sözleşmesinin konusunu teslim

²⁹³ Serahsî, *Mebûsât*, 13:8; İslam hukukunda taşınır malların satışında sözleşmenin, doğrudan satış konusunun milkiyetini devrettiği ve sözleşmenin, satış konusunu teslim borcu doğurduğu düşüncesi arasında orta bir yol takip edilmiştir. Topal, *İslâm Hukukunda Zilyedlik*, 186.

²⁹⁴ İbn Mâce, *Sünen*, Kitâbü't-ticâret, hadis no: 2188; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, hadis no: 6628, 6671, 6918.

²⁹⁵ Nesâî, *Sünen*, Kitâbü'l-büyû, hadis no: 4629, 4631, 4630; İbn Mâce, *Sünen*, Kitâbü't-ticâret, hadis no: 2188; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, hadis no: 6628, 6671, 6918.

²⁹⁶ Serahsî, *Mebûsât*, 13:9; İbni Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6:474; Kisbet, *Satım Akdinde Malın Kabzı ve Teslimi*, 211-2.

kudreti eksiktir ve bu eksiklik milkiyetten doğan hakların kullanılmasına manidir. İşte satış sözleşmesinin konusunu teslim kudretinin yokluğundan dolayı bu akit fasittir.²⁹⁷

Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre taşınmaz malların kabzedilmeden evvel yeni bir satış işlemine konu edilmeleri, taşınır malların kabzedildikten sonra yeni bir satış işlemine konu edilmeleri gibidir. Çünkü tasarruf kudreti noktasında mutlak olan sebep milkiyettir, zilyetlik değildir. Milkiyette meydana gelebilecek garar ise iki türlüdür: Kendisinden sakınılması mümkün olan garar ve kendisinden sakınılması mümkün olmayan garar. Konumuz çerçevesinde bu iki tür garardan sadece ilki geçersizlik neticesi doğurur. Nitekim taşınırın helak olmasıyla satış sözleşmesi bozulur ve alıcının milkiyeti batıl olur. Ama taşınır mal kabzedilirse mezkûr garar ortadan kalkar ve sadece istihkak iddiasıyla ortaya çıkabilecek garar tehlikesi devam eder. Bu garar ise kendisinden sakınılması mümkün olmayan garardır. İşte taşınmaz bir malın kabzedilmeden evvel satışında milkiyette mevcut olan garar, budur, yani istihkak iddiasıyla malın alıkonulması tehlikesidir. Zira taşınmazın helaki ve bu sebeple sözleşmenin bozulması tasavvur edilemez.²⁹⁸ Sebebin tamamen yokluğu (taşınmazlarda helak ihtimaline bağlı olarak garar tehlikesi), sebebin mevcudiyetiyle birlikte etki etmemesine (taşınırlarda helak ihtimalinin mevcut olmasına rağmen kabzedilmekle birlikte garar durumunun ortadan kalkması) nispeten daha tesirlidir. Taşınmazdaki garar, sadece istihkak iddiası neticesinde meydana gelebilecek olan garardır ve bundan sakınmak da mümkün değildir.²⁹⁹ Eğer istihkak iddiasına dayanarak vaki olacak garar da sakınılması mümkün bir garar kabul edilecek olsaydı alışveriş hayatı tamamen biterdi. Olağan şartlarda taşınmazın helaki tasavvur edilmez. Ancak taşınmazın erozyon bölgesinde veya su taşkınları olan sahil kenarında olması durumunda helaki tasavvur edilebilir. Lakin hükümler genel olan durumlara göre verilir; nadir ve istisnai haller

²⁹⁷ Serahsî, *Mebûsât*, 13:9.

²⁹⁸ Olağan şartlarda taşınmazın helaki tasavvur edilemez. Ancak taşınmazın erozyon bölgesinde veya su taşkınları olan bir sahil kenarında olması durumunda helaki tasavvur edilebilir. Lakin hükümler genel olan durumlara göre verilir, nadir ve istisnai durumların üzerine genel nitelikte hüküm bina edilemez. Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, 4:80.

²⁹⁹ Serahsî, *Mebûsât*, 13:9; İbni Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6:474; Kisbet, *Satım Akdinde Malın Kabzı ve Teslimi*, 214.

üzerine genel nitelikte hüküm bina edilmez.³⁰⁰ Binaenaleyh, bir satış sözleşmesinde taşınmazların kabzedilmeden önce yeni bir satış sözleşmesine konu edilmeleri mümkündür. Mecelle'nin ilgili hükmü şu şekildedir: *Müşteri, kable'l-kabz mebî akâr ise âhara satabilir ve eğer menkul ise âhara satamaz.*³⁰¹ Mürşidü'l-hayrân'daki düzenleme ise şöyledir: *Satış sözleşmesinin konusu olan eşya yok olması düşünülemeyen bir taşınmaz ise, müşteri bu eşyayı teslim almadan yeni bir satış akdine konu edebilir. Satış sözleşmesine konu eşya taşınır ise, müşteri eşyayı kabzetmeden satış ve kira akdine konu edemediği gibi taşınmaz eşyayı da kabzetmeden kiraya veremez.*³⁰²

³⁰⁰ Zeylâi, *Tebyînü'l-hakâik*, 4:80; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1:372.

³⁰¹ MAA/253. "Zamanın ihtiyaçlarına bağlı olarak halihazırdaki ticari hayatta taşınır malların da kabzedilmeden önce satıldığı müşahede edilmektedir. Bu işlemlerin İslam hukukçularının çoğuna ve keza Mecelle'ye göre geçersiz olduğu açıktır. Ancak Osman et-Teymî'ye göre geçerlidir. Bu alim, mezhep sahibi bir müçtehit olmadığı için görüşlerine itibar edilmemiştir." Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1:372-3 (4 numaralı dipnot). Ali Haydar Efendi'nin de temas ettiği bu husus Mecelle Tadil Komisyonu tarafından ele alınmış ve taşınır malların da kabzedilmeden önce yeni bir satış sözleşmesine konu edilmelerinin geçerli olduğu kabul edilmiştir. Komisyonun söz konusu tadilinin gerekçesi şu şekildedir:

Mecelle'nin 253'ncü maddesi ba'de'l-akd ve'l-kabz (akitten sonra ve kabızdan önce) müşterinin mebîde (akit konusunda) keyfiyet-i tasarrufuna dâirdir. Mebî akâr (taşınmaz) ise müşteri onu kable'l-kabz âhara satabilirse de mebî emvâl-i menkûleden (taşınır mallardan) ise kable'l-kabz satın satamayacağı erbâb-ı hukûk arasında muhtelifun-fihtir. Bu ihtilâfın menşei (kaynağı) garar-ı infisâhtır (sözleşmenin kendiliğinden sonra ermesi tehlikesidir). Ekser-i erbâb-ı hukûka göre garar-ı infisâh akd-i bey'in sıhhatine mânidir. Şöyle ki; menkûlâtta (taşınırlarda) ziyâ ve telef ihtimâli şâyî (yaygın) olduğundan helâki takdirinde akdin infisâhından dolayı müşteriyi tağrîr (aldatma) ve ızrâr (zarar verme) galiptir. Binâenaleyh, müşterinin iştirâ eylediği (satın aldığı) mal-ı menkulü (taşınır malı) kable'l-kabz âhara satması câiz olmaz. Mecelle bu re'yi kabûl ederek işbu maddeyi ona göre yazmıştır. Erbâb-ı hukûktan bazıları mâl-ı menkûlün kable'l-kabz bey'inin adem-i cevazından (geçersizliğinden) muâmelât-ı ticâriyede (ticari ilişkilerde) tevellüd edecek (doğacak) müşkilâtı (sorunları) dikkate alarak su'ûbet (zorluk), sebeb-i teshil (kolaylaştırma sebebi) olur ve darlık vaktinde vüs'at gösterilmek lâzım gelir, diyerek akd-i mezkûru tecvîz eylemişlerdir. Zamânımızım ihtiyâcına evfak olan re'y-i ahîr komisyonumuzca tercih olunarak işbu madde ber-vech-i zîr (aşağıda geldiği üzere) ta'dîl olunmuştur:

253. Madde: Müşteri kable'l-kabz mebî âhara satabilir. Akgündüz, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyâtı Özel Hukuk-II*, 330.

³⁰² MH/75.

Görüldüğü üzere iki düzenleme arasında temelde bir fark yoktur. Sadece Mecelle'den farklı olarak Mürşidü'l-hayrân'da kira akdine dair düzenlemeye yer verilmiştir. Malum olduğu üzere kira akdi de bir nevi satış akdidir ve bu akitte menfaatlerin bir bedel karşılığında satışı söz konusudur. İlgili düzenlemelerde dikkat çeken nokta taşınmaz malın kabzedilmeden kira akdine konu edinebilirliği meselesidir. Doktrinde iki farklı görüş vardır: Birinci görüşe göre kabzedilmeden önce satışı caiz olmayan bir şeyin kira akdine konu edilmesi de mümkün değildir. İkinci görüş ise taşınmazın kira akdine konu edinebileceğini söyler. Nitekim Mecelle mezkûr maddede kira akdine temas etmemiş ancak 586. maddede bu hususu şu şekilde düzenlemiştir: *Me'cûr akâr ise müste'cir anı kable'l-kabz âhara icâr edebilir ve eğer menkul ise edemez.* Mürşidü'l-hayrân'da zikredilen düzenlemede görüldüğü gibi satış işleminden farklı olarak taşınmaz malın kabzedilmeden önce kiraya verilmesi geçerli görülmemiştir. Hanefî mezhebindeki genel mantık çerçevesinde Mürşidü'l-hayrân'ın daha isabetli bir düzenleme yaptığını söylemek gerekir. Çünkü kira akdi menfaatlerin satışdır ve menfaatler de taşınır mal mertebesinde. Buna binaen taşınmaz bir mal, kabzedilmeden önce kira akdine konu edilirse ortada geçersiz bir işlem vardır.³⁰³

2.3.2.3. Hukuki Temsilcinin Küçüklerin veya Kısıtlıların Malvarlığındaki Tasarrufunun Sınırları

Temsil³⁰⁴ yoluyla bir taraftan tam ehliyetsiz olan gayri mümeyyiz çocuklar ve akıl hastaları; sefihlik ve bunama sebebiyle kısıtlama altına alınan kişiler ve reşit

³⁰³ Bâbertî, *el-Înâye*, 6:515; İbni Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6:475; Aynî, *el-Binâye*, 8:250.

³⁰⁴ İslam hukukunda temsil için vekâlet, velâyet ve vesâyet kurumları vardır. Vekâlet, kişinin hayattayken kendisini temsil için bir başkasını yetkilendirmesidir. Bu noktada vesâyet ve vekâlet kurumları birbirinden ayrılır. Şöyle ki vesâyet kurumu, ölümden sonra başlamak üzere verilen temsil yetkisidir. Velâyet kurumu, vasiyet kurumunu kapsamakta olup yetkili kişiye hem şahsa hem de eşyaya bağlı haklarda tasarruf yetkisi bahşeder. Vesâyet kurumu ise sadece eşya bağlı haklarda olmak üzere vesâyet altına alınan kişinin malvarlığına ilişkin tasarruf yapma yetkisi verir. Bunun için vesâyete malvarlığındaki velâyet de denilmiştir. Velâyet ve vekâlet arasındaki ilişkiyse şu şekildedir: Velâyette zorunlu ve kanuni bir temsil söz konusu iken vekâlette anlaşmalı ve rızai bir temsil vardır. Temsil noktasında istisnai bir durum olarak yetkisiz temsilci denilen fuzulinin yaptığı tasarruflar "İcâzet-i lâhika vekâlet-i sâbika hükmündedir (MAA/1453)" kaidesi gereğince geriye dönük olarak geçerli kılınır. Ali Bardakoğlu, "Vesâyet," *TDV İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2013), 66; "Visâye," *el-mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-kuveytiyye* (Kuveyt: Vizâratü'l-evkâf ve's-

olmamış şahıslar hukuken himaye altına alınırken diğer taraftan da bu kimselerle hukuki işlem yapacak üçüncü kişilerin hakları korunur. Bunun neticesinde de hukuk düzenine emniyet ve istikrar hakim olur. Temsilin bu çift taraflı fonksiyonunu korumak ve devam ettirmek için İslam hukukçuları, temsilcinin hangi tür tasarrufları ne ölçüde yapacağını oldukça tafsilatlı bir şekilde ele almıştır.³⁰⁵

Taşınmaz ve taşınır mal ayrımının temsil kurumu çerçevesinde hukuki işlemlere etkisini daha iyi anlayabilmek için velayet ve vesayet bağlamında ayrıma giderek değerlendirme yapılması yerinde olacaktır. Velayet kurumunda küçüğün tasarruf ehliyetindeki aciziyetine bağlı olarak onun haklarını en çok gözetecek kişi babası kabul edilir. Babasından sonra babanın seçtiği vasi gelir. Babanın seçtiği vasi başka bir vasi tespit etmemişse temsile yetkili olan kişi, babanın babası olan dede, sonra dedenin ihtiyar ettiği vasidir. Eğer dedenin seçtiği vasi bir başkasını vasi olarak göstermemişse temsil yetkisi hakime intikal eder.³⁰⁶ Bu derecelendirmenin arka planında küçüğe olan şefkat düşüncesi yatmaktadır. Babanın küçüğe olan şefkati hem kendisini hem de onun halefi olan seçilmiş vasisini, diğerlerinden üst dereceye çıkarmaktadır. Hakimin ve atadığı vasinin en son derecede olması da yabancılıktan kaynaklanan şefkat azlığıdır.³⁰⁷ Bu noktada zikri geçen kişiler, temsil kurumunun koruması altında bulunanların malını alır veya satarsa yapılan işlemin objektif nitelikte bir tasarruf olması lazımdır. Bu objektiflik, taşınmaz mallarda satış ve alış işlemlerinde anlaşılan fiyatın, taşınmazın rayiç bedelinin yarısı oranında; taşınır mallarda ise satış ve alış işlemlerindeki fiyatın, taşınır malın rayiç bedelinin üçte ikilik oranında olmasıdır.³⁰⁸

şüûnî'l-islâmiyye, 2005), 167-8; "Vekâle," *el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-kuveytiyye* (Kuveyt: Vizâretü'l-evkâf ve's-şüûnî'l-islâmiyye, 2006), 5-6; "Vilâye," *el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-kuveytiyye* (Kuveyt: Vizâretü'l-evkâf ve's-şüûnî'l-islâmiyye, 2006), 139.

³⁰⁵ Kanuni temsilcinin bu noktadaki sınırları için bkz. Bardakoğlu, "Vesâyet," 68; "Vilâye," 162-6.

³⁰⁶ Bkz. MAA/974; AŞ/434. İslam hukukunda vesayat yetkisine sahip olan temsilciler iki türlüdür: Baba veya dede tarafından ihtiyar edilmiş olan seçilmiş vasi ve hakim tarafından tayin edilmiş olan atanmış vasi. Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 3:1814.

³⁰⁷ "Vilâye," 161.

³⁰⁸ "Îsâ," *el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-kuveytiyye* (Kuveyt: Vizâratü'l-evkâf ve's-şüûnî'l-islâmiyye, 1986), 213-4; "Menkul," *El-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-kuveytiyye* (Kuveyt: Vizâretü'l-evkâf ve's-şüûnî'l-islâmiyye, 2000), 115; AŞ/423.

İslam hukukçularına göre küçüğün veya kısıtlının hiçbir şekilde faydasına olmayan tasarruflar geçerli değildir; veli veya vasi, tasarruflarında çocuğun veya kısıtlının iyilik ve selametine uygun olacak şekilde hareket etmelidir. Temsilci, temsil olunanın malları için vekil atayabilir; satış, kira veya mudarebe sözleşmesine konu edebilir.³⁰⁹ Mesela temsilcinin yaptığı satış sözleşmesinin konusu taşınır olduğunda satış veya alış bedeli, piyasa fiyatı değerinde ya da kendisinden kaçınmak mümkün olmayan aldanma (gabn-i yesir) miktarı kadar olmalıdır. Ancak sözleşmenin konusu taşınmaz bir mal olduğunda temsilcinin tasarrufları daha sıkı şartlara bağlanmıştır. Taşınmazlar yapı itibariyle kendiliğinden koruma altında oldukları için hukuki bir gereklilik olmadıkça temsilci tarafından tasarruf işlemlerine konu edilemezler.³¹⁰ Taşınmazın, rayiç bedelinin iki veya daha fazla katı fiyata satılması; taşınmazın vergi ve bakım gibi sürekli giderlerinin, taşınmazdan elde edilen gelire oranla aşırı olmasından dolayı zararın meydana gelmesi; küçük veya kısıtlının nafakası için taşınmazın satışından başka bir çıkar yolun yokluğu gibi sebepler, hukuki gereklilik olarak kabul edilebilir.³¹¹

2.3.2.4. Borçluya Ait Malların Cebri Satışı

Borçlu, alacaklıların alacağını karşılamak için malını satmak zorundadır ve borçlunun temerrüdü (mümâtelesi) zulümdür. Eğer borçlarını ödemekten imtina ederse hapsedilir. Buna rağmen borcunu ödememekte ısrar ederse hakim borçlu makamına kaim olur. Zira bir kimse ifa etmek zorunda olduğu bir hakkı yerine getirmekten geri durursa hakim onun yerine geçerek gerekli olan tasarrufları yapar.³¹²

³⁰⁹ AŞ/422.

³¹⁰ Zeylâi, *Tebyînü'l-hakâik*, 6:212.

³¹¹ "Îsâ," 213; "Akâr," *El-Mevsûatü'l-fıkhiyyetü'l-kuveytiyye* (Kuveyt: Vizâretü'l-evkâf ve's-şüûni'l-islâmiyye, 1994), 193.

³¹² Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 3:1838. İmam Azam hazretlerine göre borç sebebiyle kısıtlılık kararı verilmesi mümkün değildir. Borcunu ödememekte ısrarcı olan kişi için yapılacak tek şey onu tazyik hapsine tabi tutmaktır; hakim borçlu makamına kaim olarak onun mallarını satamaz. Ancak uygulama imameynin görüşü doğrultusundadır. Bâbertî, *el-Înâye*, 9:271; Aynî, *el-Binâye*, 11:115-6. Mecelle'nin 959. maddesi de "Medyûn dahi guremânın talebiyle hâkim tarafından hacr olunabilir." ifadeleriyle imameynin görüşünü kanunlaştırmıştır. Mürşidü'l-hayrân'da doğrudan bir düzenleme olmamakla beraber bazı maddelerdeki ifadelerden kısıtlıma kararı için İmam Azam'ın görüşünü

Borçlunun ve bakmakla yükümlü olduğu yakınlarının asli ihtiyaçları haciz işlemine konu olmaz. Asli ihtiyaç olarak kabul gören mallar ev, yazlık ve kışlık elbise, ev için lazım olan eşyalar, borçlu sanat sahibiyse sanatı ve mesleği için gerekli olan alet ve eşyalar, ilim ehli kimselerin alanlarıyla ilgili kitapları, binek ve yük hayvanı ve bir aylık (bir diğer rivayete göre bir yıllık) nafakadır. Ancak bu ihtiyaçlar zaman, çevre ve sosyal şartlara göre değişkenlik arzedebilir.³¹³

Cebri satışta hem borçlunun hem de alacaklıların menfaatleri gözetilmelidir. Bunun için borçluya ait mallardan satımı kolay olanlar öncelikle haciz işlemine konu olur ve taşınır mallardan hacze başlanılır. Taşınır mallar arasında da bir derece takip edilir: Altın ve gümüş gibi satışı kolay olan mallar, altın ve gümüş dışındaki taşınır mallar (uruz),³¹⁴ yani borçlu için en hafif sonuçları doğuracak ve sonradan tedariki kolay olacak mallar ilk olarak satılır. Bu malların satışına rağmen alacaklıların alacağı karşılanmazsa taşınmaz mallar da satılır.³¹⁵ Altın ve gümüş gibi nakitlerin ilk başta cebri satışa konu olması, borçların edasında denklik şartı ve nakit varken diğer malların satılmasında meydana gelecek işlem külfetini ortadan kaldırmaktan dolayıdır. Eğer nakitler kifayet etmezse bunların dışındaki taşınır malların satışına başlanır. Çünkü taşınmazlara nispeten nakitlerin ve taşınırların tedariki daha kolaydır ve bunların muhafazası taşınmazlara nispeten daha zordur. Zira bu gibi mallar, taşınmazlar gibi uzun süreli aynı halde kalamazlar; taşınmazlar yapıları itibariyle kendiliğinden koruma altında sayılırlar.³¹⁶

kanunlaştırdığı anlaşılır: “yaş küçüklüğü veya tasarruflarını ayırt edememesi sebebiyle kısıtlanan (MH/270)” veya “kısıtlı -ister mümeyyiz küçük olsun ister ateh (bunama) sahibi büyük olsun- (MH/271).”

³¹³ Fahrettin Attar, "Haciz," *TDV İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 1996), 519. Haczi caiz olmayan mallar hakkında detaylı bilgi için bkz. Fahrettin Attar, *İslâm İcra ve İflâs Hukuku* (İstanbul: MÜİFAV Yayınları, 1990), 169-82.

³¹⁴ Hanefî hukukçuları, fıkıh kitaplarının hacir bölümünde taşınır mal için “uruz” kavramını kullanmışlardır. Attar, *İslâm İcra ve İflâs Hukuku*, 165-6.

³¹⁵ Bkz. MAA/998.

³¹⁶ Reşid Paşa, *Ruhu'l-mecelle*, 5:210-1.

2.3.2.5. Şüfa Hakkının Konusu

Şüfa hakkının meşru kılınmasının sebebi, ortaklıktan veya komşuluktan kaynaklı uyuşmazlık ve tartışmalar sonucunda doğacak zararın önünü almaktır.³¹⁷ Mezkûr zarar nakledilmesi mümkün olan mallarda gündeme gelmez. Zira taşınır mallar, genellikle satışa sunulmakta ve geçime ait maslahatın gerektirdiği şekilde kullanılmaktadır. Malik, ihtiyacını giderdiğinde veyahut bir zararla karşılaştığında taşınır malı milkiyetinden çıkarır.³¹⁸ Şüfa hakkının meşruiyet sebebi olan zararın sürekliliği olgusu taşınır mallarda tasavvur edilemez. Binaenaleyh, ortaklıktan veya komşuluktan kaynaklı bir zarar söz konusu olduğunda malik, taşınır malı satarak söz konusu zararı def edebilir.

Şüfa hakkı hakikaten veya hükmen taşınmaz sayılan malda meydana gelir.³¹⁹ Genel kural gereğince kat milkiyetinin satışında şüfa hakkı doğmamalıdır. Çünkü kat milkiyetine konu olan yapı, taşınır maldır ve taşınır malların satışında şüfa hakkı meydana gelmez. Ancak istihšana bağlı olarak kat milkiyetine konu yapı, karar hakkından dolayı taşınmaz hükmündedir ve karar hakkına dayanan kat milkiyeti hakkının iptaliye mümkün değildir. Kat milkiyeti bu yönüyle yok olması düşünülmeyen taşınmaza benzer ve bu benzerlik neticesinde taşınmaz hükmünü almıştır.³²⁰ Sonuç olarak kişi, kat milkiyetinden kaynaklı hakkına dayanarak şüfa hakkı talebinde bulunabilir.

Taşınmaz üzerindeki yapı ve ağaçlar taşınır mal olduğu için şüfa hakkına dayanılarak milkiyetleri kazanılamaz. Ancak araziye tabi olarak satılırlarsa şüfa hakkına konu olabilirler.³²¹ Zira bazı şeyler, hukuki olarak doğrudan geçerli olmasa da bir şeye tabi olarak dolaylı yoldan geçerli olabilirler.³²²

³¹⁷ “Esbâb-ı şüf’a üçtür: Evvelkisi, nefis-i mebi’de müşârik olmaktır... İkincisi, hakk-ı mebi’de halîl olmaktır... Üçüncüsü, akâr-ı mebiâ câr-ı mülâsık olmaktır (MAA/1008)”; “Şüfa hakkının sebebi, hak sahibine ait mülkiyetin satış akdine konu taşınmaza ortaklık veya komşuluk ilişkisi ile bağlı olmasıdır (MH/96).”

³¹⁸ Zeylâi, *Tebyînü'l-hakâik*, 5:252.

³¹⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 3:1870.

³²⁰ Kâsânî, *Bedâi*.6:108-9.

³²¹ “Bir mülk arsa, üzerinde eşcâr ve ebniye ile beraber satıldıkta yere tebean eşcâr ve ebniyede dahi şüf’a câri olur (MAA/1010)”; “Üzerinde oldukları araziden bağımsız olarak satış akdine konu olan ağaç ve

2.3.2.6. Gasp Fiilinin Konusu

Gasp, mütekavvim ve dokunulmaz bir malı, aynında vaki bir fiille izin verme yetkisi olan kişinin zilyetliğini ortadan kaldıracak şekilde ondan izinsiz³²³ alenen almaktır.³²⁴ Tanımdaki “aynında vaki bir fiille” ifadesi, taşınmaz malların gasp fiiline konu olamayacağını göstermektedir. Çünkü taşınmazların zorla ve açıktan alıkonulmasında maliklerin, mallarına girmesine engel olunur veya malikler mallarından uzaklaştırılır. Bu engel ve uzaklaştırma fiilleri ise taşınmazda değil, taşınmazın maliki üzerinde meydana gelmiştir.³²⁵ Doktrindeki temel metinler incelendiğinde gasp fiilinin taşınır mallarda meydana geldiği açık bir şekilde zikredilmiştir.³²⁶ Ancak İmam Muhammed’e göre gasp fiili, haklı zilyetliği ortadan kaldırmaktır ve bu da göreceli olup fiilin konusuna göre değişiklik arz edebilir. Gasp fiili, taşınır mallarda o eşyanın yerinin değiştirilmesiyle olurken taşınmazlarda malikin taşınmazdan uzaklaştırılması veya taşınmaza girmesinin engellenmesiyle cereyan eder.³²⁷

yapılarda şüfa hakkı doğmaz. Şüfa hakkı, ancak araziye bağlı olarak satıldıkları vakit yapı ve ağaçlarda meydana gelir (MH/109).”

“Zeyd, arsasında nâbite olan mülk eşcârını bi-dûni'l-arsa Amr'a bey' ve teslim eylese kurbunda eşcârı olan Bekir ol eşcârı şüfa ile Amr'dan almağa kadir olur mu?

el-Cevab: Olmaz.” Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziye*, 403 (fetva no: 2400).

³²² “Bizzat tecviz olunmayan şey bi't-tebe' tecvîz olunabilir (MAA/54).”

³²³ Tanımdaki “izni olmaksızın” kaydı haklı zilyetliğin izalesiyle birlikte haksız zilyetliğin tesisini ifade eder. Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 2:1575.

³²⁴ İbni Maze, *Muhît*, 5:463; İbni Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 9:321-2; İbni Nüceym, *Bahr*, 8:196-7; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, 1:287. Ayrıca bkz. Aydın, “İslam Hukukunda Gasp,” 164-5; Ünal, *İslâm Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 217-20.

³²⁵ İbni Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 9:329.

³²⁶ Ahmed b. Muhammed Ebu'l-hüseyn Kudûrî, *Muhtasaru'l-kudûrî*, haz. Sâid Bekdaş (Beyrut: Dâru'l-beşâiri'l-islâmiyye, 2014), 197; Merğmânî, *Hidâye*, 4:297; Ebü'l-Berekât Hâfızüddîn Abdullah b. Ahmed b. Mahmûd Neseî, *Kenzü'd-dekâik* (Beyrut: Dâru'l-beşâiri'l-islâmiyye, 2011), 578; Molla Hüsrev, *Dürrer*, 2:263; İbrahim b. Muhammed b. İbrahim Halebî, *Mültekâ'l-ebhur* (Beyrut: Dâru'l-beyrûtî, 2005), 558.

³²⁷ Topal, *İslâm Hukukunda Zilyedlik*, 205; Aydın, “İslam Hukukunda Gasp,” 166; Ünal, *İslâm Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, 218. Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-müntekâ*'ya atfen günümüzde İmam Muhammed'in kavline göre, yani sadece haklı zilyetliğin ortadan kaldırılmasıyla gasp fiilin

Mecelle, gasp fiili için şu tanımı zikretmiştir: *Gasp, bir kimsenin izni olmaksızın malını ahz ve zaptetmektir.*³²⁸ Bu tanımdan Mecelle'nin hangi görüşü tercih ettiği açıkça anlaşılmamaktadır. Gasp kitabının ikinci faslının başlığı "Gasb-ı akâra müteallik mesâil beyanındadır." şeklindedir ve bu ifade İmam Muhammed'e ait görüşün Mecelle tarafından kanunlaştırıldığı izlenimi vermektedir. Ancak faslın altındaki maddeler incelendiğinde Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a ait görüşün Mecelle'ce kanunlaştırıldığı anlaşılabacaktır. Fasl başlığındaki taşınmazın gasbını çağrıştıran ifadedeki gasp ise terim anlamda olmayıp sözlük manasındadır.³²⁹ Buradaki ihtilafın semeresi şudur: İmam Azam ve Ebu Yusuf'a göre taşınmazların gasbı mümkün değildir. Taşınmaz, haksız fiil failinin elindeyken üçüncü bir kişi, ilk failin zilyetliğini ortadan kaldırdıktan sonra kendisine isnat edilebilecek bir sebeple taşınmaz telef olursa taşınmaz maliki, tazmin için sadece son faile başvurabilir. Ancak İmam Muhammed'e göre taşınmazların da gasbı tasavvur edildiğinden malik, dilerse ilk faile dilerse ikinci faile başvurabilir. Malik ilk faile başvurur ve fail, taşınmazın kıymetini tazmin ederse kendisi için ikinci faile rücu hakkı doğar. Zira tazminat bedelini ödemekle taşınmaza malik olmuştur. Ancak malik ikinci faile başvurur ve ikinci fail, tazminat bedelini öderse ikinci failin herhangi bir kimseye karşı rücu hakkı olmaz.³³⁰

meydana geldiğini kabul ederek amel etmenin gerektiğini belirtmiştir. Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 2:1577.

³²⁸ MAA/881.

³²⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 2:1656; Aydın, "İslam Hukukunda Gasp," 173. Aksi görüş için bkz. Zerkâ, *Medhal*, 177.

³³⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, 2:1656-7.

2.3.2.7. İrtifak Haklarının Tesisi

İrtifak hakkı, bir taşınmaz üzerinde bir başka kişiye ait taşınmazın menfaatleri lehine sabit olmuş haktır.³³¹ Bu iki taşınmazdan lehine hak sabit olan hakim taşınmaz, öteki ise yüklü (hadim) taşınmazdır.³³² İrtifak hakkı, eşyaya bağlı bir hak olduğu için taşınmaza kim malik olursa o kişi, irtifak hakkına da malik olur. Bu hakkın temelinde yatan düşünce, İslam hukukunda birbirinden ayrılmış olan rakabe ve menfaat milkiyetlerinde bağımsız olarak tasarrufta bulunarak malik olunan taşınmaz mallar üzerinde geniş bir tasarruf alanı tesis etmektir.³³³ İrtifak haklarının tesisi de menfaat milkiyetinde yapılan bir tasarruf işlemidir. Söz konusu tasarruf işleminde bir taraf için yararlanma yetkisi, diğer taraf içinse katlanma yükümlülüğü doğmaktadır.³³⁴

İslam hukukunda irtifak haklarının kanuni ve bunun neticesinde de sınırlı sayıda olduğu kabul edilmektedir.³³⁵ Buna bağlı olarak irtifak haklarının bir yönüyle milkiyetin kanuni sınırlarından ibaret olduğu iddia edilebilir. Milkiyete getirilen kanuni sınırlar ise istisnai nitelikte olup iradi olarak akitler vasıtasıyla çoğaltılamaz.³³⁶ Kaynaklarda irtifak hakkı olarak zikredilen şirb (kaynak), mürur (geçit), mecra (temiz su yolu), mesil (atık su yolu), tealli (kat milkiyeti) ve civâr (komşuluktan doğan) hakları mahiyet itibarıyla taşınmaz mallarda geçerlidir; taşınır mallar için mezkûr irtifak haklarının tesisi mümkün değildir. Zira irtifak haklarını doğuran ihtiyaçlar taşınır mallarda yoktur. Örneğin kendi taşınmaz arazisine gitmek için üçüncü kişiye ait arazide geçit hakkı olan kişi, maliki

³³¹ MH/37. İrtifak hakkı ifadesinin ıstılahi bir kavram olarak İslam hukukunda kullanılması Kadri Paşa'yla başlamıştır. Zeydân, *Medhal*, 220. Bu kavram her ne kadar bütün mezhep kaynaklarında karşılaşılan bir ifade olsa da Maliki ve Şafii kaynaklarda daha fazla kullanılmaktadır. Ancak irtifak hakkı kavramın muhtevasını karşılayacak nitelikte irfâk, hukuk ve merâfık kavramlarının daha sistematik bir şekilde ve terim olarak kullanıldığı görülmektedir. Bu kavramlar için bkz. Hacak, "İrtifak Hakları," 31-6.

³³² Hakim ve yüklü taşınmaz, bütün irtifakların ayrılmaz parçasıdır. İrtifak hakkından doğan yararlanma yetkisi ve katlanma yükümlülüğünün nasıl olacağı ise irtifakın türünü tespit edecek kriterdir. Hacak, "İrtifak Hakları," 27.

³³³ Hacak, "İrtifak Hakları," 25-7.

³³⁴ Ahmet Bilgin, "İslam Hukukunda İrtifak Haklarının Mahiyeti," *DÜHFD* 5, no. 5 (1992), 95.

³³⁵ Serda Kurtoğlu, *İslam Hukuku Dersleri* (İstanbul: Fatih Matbaası, 1972), 2:118; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 3:119.

³³⁶ Kurtoğlu, *İslam Hukuku Dersleri*, 2:118.

olduđu tařınmazdan faydalanmak için irtifak hakkından bařka bařvurabilecek bir yola sahip deėildir. Aynı ihtiyaın ve bu ihtiyaın doėurduėu irtifak hakkının, tařınır bir malda olması dűřűnűlemez.



SONUÇ

Bu çalışmada mal kavramının mahiyetinin ne olduğu ve mal türlerin hangi kısımlardan oluştuğu sorusuna cevap aranmıştır. Doktrinde mal kavramının kapsamını genişleterek menfaat ve deynin de mal olarak itibar görmesini savunan görüşlerle karşılaşmaktadır. Ancak yapılan çalışmalarda mezhepler üstü veya mezhepler karması bir metot takip edildiği ya da bir mezhebin görüşleri bütüncül olarak ele alınmadığı için hatalı sonuçlara ulaşılmış ve çalışmaların çoğunda kendi görüşünü esere söyletme durumuna düşülmüştür. Bu hatalı davranışın en bariz örneklerinden biri Hanefi hukuk doktrininde menfaat ve deynin mal kapsamına girmesi için mal kavramına ait unsurların yanlış tespit edilmesidir. Aynı hataya düşmemek için bu çalışmada bir mezhep doktrini üzerinden süreç takip edilmiş ve mümkün oldukça birincil kaynaklara başvurulmuş mal kavramının mahiyeti ve mal türlerine bağlanan hukuki neticeler saptanmaya çalışılmıştır. Araştırma sonucunda mal kavramı için iki unsurun şart olduğuna kanaat getirilmiştir: Ekonomik değer taşımak ve maddi bir varlığa sahip olmak. Bu doğrultuda malı “Ekonomik bir değere sahip olan ayn/cismani varlık” olarak tanımlamak mümkündür. Tanımdaki ayn/cismani varlık kaydı, menfaat ve deyni mal kavramı dışında bırakmıştır. Menfaat evde ikamet etmek, araca binmek, elbise giymek, işçinin çalışması gibi aynların kullanılması suretiyle ortaya çıkan arazî faydalardır. Bir aynın kullanılması ve ondan istifade edilmesi nihayi olarak hareket ve fiilden ibarettir. Binaenaleyh menfaatlerin fiil olduğu söylenilebilir. Ancak bazı durumlarda menfaate mal gibi muamele edilebilir. Deyn için hükmi mal ifadesinin kullanılması ise onun mal olduğunu değil; borçlunun borcunu ödemesiyle ileride mal olacağını ifade edecek şekilde mecazi bir isimlendirmedir.

Mal-menfaat ve mal-deyn ayrımının, İslam hukukunda birçok alanda yansıması vardır. Mal-menfaat ayrımı bağlamında gasp ve itlaf gibi haksız fiillerde tazmin sorumluluğunun doğması, taşınmaz satış bedelinin menfaat olarak tayin edilmesinde şüfa hakkını doğması, menfaat milkiyetinin devrini konu edinen sözleşmelerde beklenmeyen hal (özür) sebebiyle sözleşmenin sona ermesi, bu ayrıma bağlanan temel hukuki neticelerdir. Hususen menfaatlerin gasp ve itlaf fiillerinde tazmin edilebilirliği, İslam hukuk mezhepleri arasında ciddi tartışmalara sebep olmuştur. Söz konusu tartışmada menfaatlerin mutlak manada mal kabul edilmesi yerine gasp ve itlaf gibi

ihtiyaç duyulan alanlarda mal olarak muamele görmesi mümkün kılınabilir. Nitekim Hanefi hukukçulardan İbn Hümam, haksız fiillerin çoğaldığı dönemlerde caydırıcılığı temin etmek için tazir ve hapis cezası haricinde menfaatlerin tazminine dair fetva verilebileceğini söylemiştir. Ayrıca bir diğer Hanefi hukukçu olan İmam Züfer'in fasit kira sözleşmesi bahislerinde geçen "Menfaatler de ayn, yani mallar gibi kendiliğinden mütekavvimdir." görüşü de mezkûr tartışmada uygulayıcılar için yol gösterici olabilir. Burada şunu da vurgulamak gerekir ki menfaatin mutlak manada mal kabul edilmesi, asırlardır süre gelen bir mezhebin temel dinamiklerini göz ardı etmektir. Sonuç, sadece menfaatin gasp ve itlaf fiillerinde tazmin edilmesiyle kalmayacaktır. Zira mal-menfaat ayrımına dair hukuki neticeler birçok alanda görülmektedir. Bu sakıncalı neticelerin önünü almak için ihtiyatlı hareket edilmeli ve Hanefi mezhebinin temel kaideleri bütüncül bir açıdan değerlendirilmelidir. Nitekim başta Osmanlı uleması olmak üzere İslam hukukçularını mezkûr konularda ihtiyatlı davrandıran, iddia edildiğinin aksine taassup olmayıp yüzyıllardır süregelen hukuk düzenini korumak ve bunu sonraki nesillere aktarmaktır. Çocuklara ve vakıflara ait mallar ile gelir getirmesi için kiraya tahsis edilen mallarda (muaddün li'l-istiğlal) menfaatlerin tazmin edilmesinin kabulünün arka planında da söz konusu hukuki düzeni koruma fikri yatmaktadır. Ayrıca bu noktadaki bir diğer sorun, menfaatlerin gasp ve itlaf edilmesinde failin cezai sorumluluğunun olduğunu zikretmeksizin sadece hukuki sorumluluğunun yokluğuna dayanarak bir hukuk mezhebinin yanlış tanıtılmasıdır. Zira Hanefi hukukçular haksız fiil faili için tazir ve hapis cezasının verilmesi gerektiği noktasında hemfikir olmalarına rağmen konuyla alakalı çalışmalarda bu hususa temas edilmemektedir.

Mal-deyn ayrımı ve bu ayrıma bağlanan neticeler, mal-menfaat ayrımındaki kadar tartışmalı değildir. Mal kavramına ait maddi/cismani varlık unsuru sebebiyle deyn, mal kabul edilmemiştir. Hanefi mezhebinde genel kabul gören görüşe göre deyn, zimmette sabit olan hükmi bir malın temlik ve teslim fiilinden ibarettir. Mal-menfaat ayrımında temel alınan cevher-araz ayrımının yansımalarını mal-deyn taksiminde de görmek mümkündür. Burada cevherin yerini zimmet; arazın yerini deyn almıştır. Nasıl ki araz, mutlaka bir cevhere tabi olarak varlık alemine gelebiliyorsa deyn de ancak zimmete bağlı olarak varlık alemine gelebilir. Gerek zimmet gerekse deyn hukuk düzeni tarafından üretilmiş itibari varlıklardır. Bu kavramların ortaya çıkmasının esasında yatan düşünce, insanların ihtiyacını gidermektir. Mal-deyn ayrımına bina edilen hukuki

işlemler olan ortaklığın sona erdirilmesi, ibranın borç düşürücü etkisi, takas ve havale gibi temel hukuki kurumların meşru kılınmasında da ihtiyaç unsurunun önplanda olduğu, bariz bir şekilde görülmektedir.

Çalışmada mal türlerine ve bunlara bağlı hukuki neticelere yer verilirken külli metot yerine çoğulcu yöntem takip edilmiştir. Muasır birçok çalışmada da aynı yöntemin izlendiğini söylemek mümkündür. Bu doğrultuda öncelikli olarak hukuki değer taşıma noktasında mütekavvim-gayri müteakavvim; piyasada değer farkı olmaksızın mevcudiyet açısından misli-kıyemi ve son olarak nakledilebilirlik cihetinden taşınmaz-taşınır mal ayrımına gidilmekle iktifa edilmiştir. Mezkûr ayrımların hukuki neticeleri ele alınırken fıkhi meselelerde çokça karşılaşılan ve ayrımın temelinde yatan mantığı yansıtacak örnekler zikredilmiştir. Doktrinde mal kavramının mahiyetine ait unsurların tespitinde olduğu gibi mal türlerinin tespitinde de hatalara düşüldüğünü söylemek gerekmektedir. Örneğin Hanefi mezhebinde mütekavvim mal, herhangi bir şekilde kendisinden faydalanmanın hukuk düzenince geçerli kabul edildiği maldır. Hanefi hukukçuların eserlerinde bir sıfatla nitelenmeksizin mutlak manada zikredilen mal kavramından kastedilen de mütakavvim maldır. Ancak bu mütekavvim mal, mal kavramına ait ekonomik değer ve maddi/cismani varlık unsuruna sahip olan maldır. Buna rağmen bazı yazarlar sadece “herhangi bir şekilde kendisinden faydalanmanın hukuk düzeni tarafından geçerli kabul edilmesi” kaydına dayanarak yanlışla düşmektedir. Taşınmaz malın mahiyetine dair yapılan tanımlarda da hata görülmektedir. Taşınmaz mal, sabit bir aslı olup bir yerden başka bir yere nakledilemeyen maldır. Bina ve ağaç gibi yapılar, mevcut halleri değişip enkaz veya odun haline gelseler dahi taşınır maldır. Hanefi hukukçular tarafından kabul edilen görüş budur. Buna rağmen “özüne dokunmaksızın” kaydını getirerek bina ve ağaçları da taşınmaz mal kapsamına girdirmek mezhep doktrinine aykırılık teşkil etmektedir. Bu gibi hatalı ve eksik çıkarımlarda bulunmamak için kaynaklar bütüncül bir şekilde yoruma tabi tutulmalıdır.

KAYNAKLAR

Abdullah Efendi, Şeyhülislam Yenişehirli. *Behcetü'l-Fetâvâ*. İstanbul: Klasik, 2011.

Abdurrahman Münib Bey. *Hukûk-ı Medeniye Dersleri Kitâbü'l-İcâre* İstanbul: Dâru'l-fünûn Matbaası, H.1338-1339.

———. *Hukûk-ı Medeniye Dersleri: Kitâbu'l-Büyû*. İstanbul: Dâru'l-fünûn Matbaası, H.1337-1338.

"Akâr." *El-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-kuveytiyye*, 30/186-97. Kuveyt: Vizâretü'l-evkâf ve's-şüûni'l-islâmiyye, 1994.

Akgündüz, Ahmet. "Ecrimisil Müessesesi." *DÜHFD* 2, no. 2 (1984): 339-75.

———. *İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi*. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1988.

———. *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyâtı Özel Hukuk-II*. İstanbul: ORSAV Vakfı, 2012.

Aktan, Hamza. "İhrâz." *TDV İslâm Ansiklopedisi*, 21/542-4. İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2000.

Alâüddin Buhârî, Abdulaziz b. Ahmed b. Muhammed. *Keşfü'l-Esrâr an-Usûli Fahri'l-İslâm El-Pezdevî*. 1-4 cilt. Beyrut: Dâru'l-kütübü'l-ilmîyye, 1997.

Ali Haydar Efendi. *Dürerü'l-Hükkâm Şerhü Mecelleti'l-Ahkâm*. 1-4 cilt. İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017.

———. *Risâle Fî-Hakki Ademi İnfisâhi'l-İcâre Bi'l-Mevt* İstanbul: Necm-i İstikbâl, 1335.

———. *Tertîbü's-Sunûf Fî-Ahkâmi'l-Vukûf*. İstanbul: Şirket-i Mürettebiye Matbaası, H.1340.

Apaydın, Yunus. "İbrâ." *TDV İslâm Ansiklopedisi*, 21/263-6. İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2000.

- . "Kıyas." *TDV İslâm Ansiklopedisi*, 25/528-38. Ankara: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2002.
- Araz, Yunus. "İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini." Doktora Tezi, Erzurum Atatürk Üniversitesi, 2016.
- . "İslam Hukuku Açısından Menfaat ve Menfaat İçerikli Bazı Tasarruflar." *İlahiyat Tetkikleri Dergisi*, no. 46 (2016/2): 81-129.
- Atar, Fahrettin. "Haciz." *TDV İslâm Ansiklopedisi*, 14/518-20. İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 1996.
- . *İslâm İcra ve İflâs Hukuku*. İstanbul: MÜİFAV Yayınları, 1990.
- Aydın, Mehmet Âkif. "Deyn." *TDV İslâm Ansiklopedisi*, 9/266-8. İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 1994.
- . "İslam Hukukunda Gasp." *İslâm Tetkikleri Dergisi* 9 (1995): 163-220.
- Aynî, Bedreddin. *El-Binâye Şerhü'l-Hidâye*. 1-13 cilt. Beyrut: Daru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2000.
- Azmîzâde, Mustafa b. Pir Ali b. Muhammed. *Hâşiyetu Azmîzâde*. Dersaâdet: Matbaa-yı Osmânî, H.1315.
- Bâbertî, Muhammed b. Mahmud Ekmeleddin. *El-İnâye Şerhü'l-Hidâye*. b.y.: Dâru'l-fikir, ts.
- Bağdâdî, Ebû Muhammed Ğânim b. Muhammed. *Mecmau'd-Damânât*. 1-2 cilt. Kâhire: Dâru's-selâm, 1999.
- Bardakoğlu, Ali. "Havâle." *TDV İslâm Ansiklopedisi*, 16/507-12. İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 1997.
- . "Vesâyet." *TDV İslâm Ansiklopedisi*, 43/66-70. İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2013.
- Bereketî, Muhammed Amîmü'l-ihsân el-Müceddidî. *Et-Ta'rîfatü'l-Fıkhiyye*. Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2003.
- Bilgili, İsmail. *İslam Hukukunda Ma'dûmun Satımı*. Konya: Desen Ofset Matbaacılık, 2011.

- Bilgin, Ahmet. "İslam Hukukunda İrtifak Haklarının Mahiyeti." *DÜHFD* 5, no. 5 (1992): 79-113.
- Bilicioğlu, İlknur Yaşar. "İslam Hukukunda Nitelikleri İtibariyle Satım Akdine Konu Olamayan Mallar." Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2009.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahât-ı Fıkhiyye Kamusu*. 1-8 cilt. İstanbul: Ravza Yayınları, 2018.
- Boyalık, Şeyma. "İslam Hukukunda Cins Borcu." Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi, 2015.
- Boynukalın, Mehmet. "Zevâid." *TDV İslâm Ansiklopedisi*, 44/302-3. İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2013.
- Cessâs, Ebu Bekir er-Râzî. *Ahkâmu'l-Kurân*. 1-3 cilt. Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1994.
- Cürcânî, Ali b. Muhammed b. Ali. *Kitâbü't-Ta'rîfât*. Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1983.
- Debûsî, Ebû Zeyd Ubeydullah b. Ömer b. İsa. *El-Esrâr Fî'l-Usûl ve'l-Fürû Fî Takvîmi Edilleti's-Şer'i*. Haz.: Mahmud Tevfik Abdullah el-Avâtîlî er-Rifâî. 1-3 cilt. Ammân: Vizâretü'l-evkâf ve's-şüûn ve'l-mukaddesâti'l-islâmiyye, 1999.
- . *Takvîmü'l-Edille Fî-Usûli'l-Fıkh*. Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2001.
- Demir, Fahri. *İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı*. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2012.
- "Deyn." *El-Mevsûatü'l-fıkhiyyetü'l-kuveytiyye*, 21/102-41. Kuveyt: Vizâretü'l-evkâf ve's-şüûni'l-islâmiyye, H. 1404-1427.
- Dönmez, İbrahim Kâfî. "Garar." *TDV İslâm Ansiklopedisi*, 13/366-71. İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 1996.
- Ebu'l-Bekâ, Eyyüb b. Musa el-kefevî. *el-Külliyât*. Beyrut: Müessetü'r-risâle, 1998.
- Ebu Zehrâ, Muhammed. *El-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-Akdi Fî's-Şer'iati'l-İslâmiyye*. Kahire: Dâru'l-fikri'l-arabî, 1996.
- Emîr Hâc, Ebu Abdullah Şemsüddin Muhammed b. Muhammed. *Et-Takrîr ve't-Tahbîr Alâ't-Tahrîr Fî Usûli'l-Fıkh*. 1-3 cilt. Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1999.

- Emîr Padişah, Muhammed Emin b. Mahmud el-Buhârî. *Teysîru't-Tahrîr*. 1-4 cilt. Beyrut Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, 1996.
- Erkal, Mehmet. "Zekât." *TDV İslâm Ansiklopedisi*, 44/197-207. İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2013.
- Fenârî, Muhammed b. Hamza b. Muhammed Şemsüddîn. *Fûsûlü'l-Bedâi' Fî Usûli's-Şerâi'*. 1-2 cilt. Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, 2006.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. "Evvelki Hukukumuzda (Mecelle'de) Şu'fa Hakkı." *İÜHFM* 16, no. 3-4 (1950): 958-92.
- Feyzullah Efendi, Şeyhülislam. *Fetâvâ-yı Feyziye*. İstanbul: Klasik, 2009.
- Hacak, Hasan. Atomcu Evren Anlayışının İslam Hukukuna Etkisi. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2007.
- . "İslam Hukukunda İrtifak Hakları ve İlgili Kavramların Gelişimi." Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 1993.
- . "İslam Hukukunun Klasik Kaynakların Hak Kavramının Analizi." Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2000.
- . "Mal." *TDV İslâm Ansiklopedisi*, 27/461-5. Ankara: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2003.
- . "Menfaat." *TDV İslâm Ansiklopedisi*, 29/131-4. Ankara: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2004.
- . "Misli." *TDV İslâm Ansiklopedisi*, TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2005.
- . "Mülkiyet." *TDV İslâm Ansiklopedisi*, 31/541-6. Ankara: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2006.
- Haddâdî, Ebû Bekir b. Ali b. Muhammed. *El-Cevheretü'n-Neyyira*. 1-6 cilt. Ammân: Ervika li'd-dirâsât ve'n-neşr, 2015.
- Hafîf, Ali. *Buhûs ve Makâlât Fi't-Teşrîi'l-İslâmî*. Kâhire: Dâru'l-fikri'l-arabî, 2010.
- . *İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri*. Trc. Rahmi Yaran. Ankara: TDV Yayınları, 2018.
- Halebî, İbrahim b. Muhammed b. İbrahim. *Mültekâ'l-Ebhur*. Beyrut: Dâru'l-beyrûtî, 2005.

- Hamevî, Ahmed b. Muhammed. *Ğamzu Uyûni'l-Besâir*. 1-4 cilt. Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1985.
- Haskefî, Alâüddîn. *Ed-Dürrü'l-Muhtâr*. Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2002.
- . *Ed-Dürrü'l-Müntekâ Fi-Şerhi'l-Mültekâ*. 1-4 cilt (Mecmau'l-enhur'la birlikte). Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1998.
- İbn Âbidin, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdulaziz Âbidin. *Reddü'l-Muhtar Ala-Dürri'l-Muhtar*. 1-6 cilt. Beyrut: Daru'l-fikir, 1992.
- İbn Hümâm, Kemaleddin Muhammed b. Abdulvahid es-Sivasî. *Fethu'l-Kadîr*. 1-10 cilt. Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2003.
- İbn Manzûr, Ebû'l-fadl Cemâlüddin b. Muhammed b. Mükrim. *Lisânü'l-Arab*. 1-15 cilt. Beyrut: Dârü Sâdır, H.1414.
- İbn Maze, Ebu'l-meali Burhanuddin. *El-Muhitu'l-Burhanî Fî'l-fikhi'n-Numânî*. 1-9 cilt. Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2004.
- İbn Melek, İzzeddin Abdullatif b. Abdulaziz. *Şerhü'l-Menâr ve Havâşihi Min-İlmi'l-Usûl*. Dersââdet: Matbaa-yı Osmâniye, H.1315.
- İbn Nüceym, Sirâcüddin Ömer b. İbrahim. *En-Nehrü'l-Fâik Şerhü Kenzi'd-Dekâik*. 1-3 cilt. Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2002.
- İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed. *El-Bahru'r-Râik Şerhü Kenzi'd-Dekâik*. 1-9 cilt. Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1997.
- . *El-Eşbâh ve'n-Nezâir*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-ilmiye, 1999.
- "İbrâ." *El-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-kuveytiyye*, 1/142-70. Kuveyt: Vizâretü'l-evkâf ve's-şüûni'l-islâmiyye, H. 1404-1427.
- "Îsâ." *el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-kuveytiyye*, 7/205-19. Kuveyt: Vizâratü'l-evkâf ve's-şüûni'l-islâmiyye, 1986.
- "Iskat." *El-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-kuveytiyye*, 4/225-57. Kuveyt: Vizâretü'l-evkâf ve's-şüûni'l-islâmiyye, H. 1404-1427.
- Kahraman, Abdullah. "Takas." *TDV İslâm Ansiklopedisi*, 39/451-3. İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2010.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslâm Hukuku*. 1-3 cilt. İstanbul: İz Yayıncılık, 2014.

- Kâsânî, Ebû Bekir b. Mesud. *Bedâiu's-Senâi Fi-Tertibi's-Şerai*. Haz. Ali Muhammed Muavvaz ve Adil Ahmed Abdulmevcud. 1-10 cilt. Beyrut: Daru'l-kütübî'l-ilmîyye, 2002.
- Kâşîfû'l-ğîtâ, Ayetullah Uzma Muhammed Hüseyin. *Tahrîrû'l-Mecelle*. Haz. Muhammed Sâidî. 1-5 cilt. b.y.: el-Mecmeu'l-âlemî li't-takrîbi beyne'l-mezâhibi'l-islâmîyye, H.1422.
- Kaşıkçı, Osman. "Eski Hukukumuzda Üst Hakkı." *EBYÜHFD* 3, no. 1 (1999).
- Kaya, Eyyüp Said ve Hasan Hacak. "Zimmet." *TDV İslâm Ansiklopedisi*, 44/424-8. İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2013.
- Kaya, Münir Yaşar. "Ömer Hilmi Efendi ve İthâfu'l-Ahlâf Fî-Ahkâmî'l-Evkâf İsimli Eseri." Yüksek Lisans Tezi, 2011.
- Kisbet, Mustafa. İslam Hukukuna Göre Satım Akdinde Malın Kabzı ve Teslimi. İstanbul: Nizamiye Akademi, 2015.
- Komisyon. "Mecelle Encümeni'nin Kitâbü'l-İcâreye Dâir Tedkikâtı." *Dârulfünûn Hukûk Mecmûası* Sene 2, no. 13 (H.1342): 178-99.
- . "Mecelle Komisyonunca Kitâbü'l-Büyûun Tadilatına Dair İhzâr Olunan Layiha-ı Kanuniye ile Esbâb-ı Mucibesi." *Cerîde-i Adliye* Sene 1, no. 2 (1922): 92-96.
- Konevî, Kasım b. Abdullah b. Emir. *Enîsü'l-Fukahâ Fî-Ta'rîfâtî'l-Elfâzi'l-Mütedâvile Beyne'l-Fukahâ*. Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, 2004.
- Kudûrî, Ahmed b. Muhammed Ebu'l-hüseyin. *Et-Tecrîd*. 1-12 cilt. Kâhire: Dâru's-selâm, 2006.
- . *Muhtasaru'l-Kudûrî*. Haz. Sâid Bekdaş. Beyrut: Dâru'l-beşâiri'l-islâmîyye, 2014.
- Kurtoğlu, Serda. *İslam Hukuku Dersleri*. 1-2 cilt. İstanbul: Fatih Matbaası, 1972.
- Kutluer, İlhan. "Cevher." *TDV İslâm Ansiklopedisi*, 7/450-5. İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 1993.
- Kuyucaklızâde Atıf Bey. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Şerh-i Kitâbü'l-Büyû*. İstanbul: Mahmud Bey Matbaası, H.1318.

- Leknevî, Muhammed Abdulhay. *Kamerü'l-Akmâr Alâ-Nûri'l-Envâr*. 1-2 cilt. Karaçi: Mektebetü'l-büşrâ, 2017.
- Lüheydân, Salih b. Abdullah. "El-Anâsirü'l-Mükevvinetü Li-Sıfati'l-Mâliyye İnde'l-Fukahâ." *Mecelletü'l-buhûsi'l-islâmiyye*, no. 73: 163-233.
- . "El-Eşyâü'l-Muhtelefetü Fî Mâliyetihâ İnde'l-Fukahâ." *Mecelletü'l-buhûsi'l-islâmiyye*, no. 76: 305-74.
- Mahkeme-i Temyiz Reis-i Evveli Osman. "Menâfi-i Mağsûbun Zamânına Dair." *Cerîde-i Adliye*, no. 144 (1915): 7124-27.
- "Menkul." *El-Mevsûatü'l-fıkhiyyetü'l-kuveytiyye*, 39/114-7. Kuveyt: Vizâretü'l-evkâf ve's-şüûni'l-islâmiyye, 2000.
- Mergînânî, Ebu'l-Hasen Burhanuddin. *El-Hidâye Fî-Şerhi'l-Bidâye*. 1-4 cilt. Beyrut: Dâru İhyâi't-turâsi'l-arabî, ts.
- Mevsılî, Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd. *El-İhtiyâr Li-Ta'lîli'l-Muhtâr*. 1-3 cilt. Beyrut: Dâru'l-feyhâ, 2020.
- "Misliyât." *el-Mevsûatü'l-fıkhiyyetü'l-kuveytiyye*, 36/111-6. Kuveyt: Vizâretü'l-evkâf ve's-şüûni'l-islâmiyye, 1996.
- Molla Hüsrev, Muhammed b Ferâmurz. *Dürerü'l-Hükkâm Şerhü Ğureri'l-Ahkâm*. 1-2 cilt. b.y.: Daru İhyâi'l-kütübi'l-arabiyye, ts.
- Muhammed Kadri Paşa. *El-Ahkâmu's-Şeriyye Fi'l-Ahvâli's-Şahsiyye Alâ Mezhebi Ebî Hanîfete'n-Nu'mân*. Beyrut: Dâru İbn Hazm, 2007.
- . *Kânûnü'l-Adli ce'l-İnsâf Li'l-Kadâi Alâ-Müşkilâti'l-Evkâf*. Beyrut: Müessesetü'r-reyyân, 2007.
- . *Mürşidü'l-Hayrân İlâ-Marifeti Ahvâli'l-İnsân Fi'l-Muâmeleti's-Şeriyye Alâ-Mezhebi Ebî Hanîfete'n-Numân Mülâimen Li-Örfi'd-Diyâri'l-Mısriyyeti ve Sâiri'l-Ümemi'l-İslâmiyye*. el-Mektebetü'l-mısriyye, H. 1338.
- Mühâsinî, Muhammed Saîd. *Şerhü Mecelleti'l-Ahkâmi'l-Adliyye*. 1-3 cilt. Dimeşk: Matbaatu't-terakkî, 1927.
- Mütercim Asım Efendi. *Kâmusu'l-Muhît Tercümesi*. 1-6 cilt. İstanbul: Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, 2013.

- Nesefî, Ebû Hafs Ömer b. Muhammed b. Ahmed b. İsmail Necmüddîn. *Tilbetü't-Talebe*. b.y.: Matbaa-yı Âmire, H.1311.
- Nesefî, Ebû'l-Berekât Hâfızüddîn Abdullah b. Ahmed b. Mahmûd. *Kenzû'd-Dekâik*. Beyrut: Dâru'l-beşâiri'l-islâmiyye, 2011.
- Neşemî, Acîl Câsim. "Beyu'l-İsmi't-Ticârî." *Mecelletü Mecmeai'l-fikhi'l-islâmî* 5, no. 3 (1988): 2267-354.
- Nevevî, Ebu Zekerîyya Muhyiddin Yahya b. Şeref. *Tehzîbü'l-Esmâ ve'l-Lüğât*. 1-4 cilt. Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, ts.
- Özdemir, Recep. *İslam Hukukunda Mülkiyet*. İstanbul: Hiper Yayın, 2018.
- Öznurhan, Halim. "İstilah." *TDV İslâm Ansiklopedisi*, EK-1/575-6. Ankara: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2020.
- Özpolat, İbrahim. "Klasik ve Modern Yaklaşımlar Çerçevesinde Mütakavvim Mal." 2017.
- Özsoy, İsmail. "Faiz." *TDV İslâm Ansiklopedisi*, 12/110-26. İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2005.
- Öztürk, Nazif. *Elmalılı M. Hamdi Yazır Gözüyle Vakıflar (Ahkâmu'l-Evkâf)*. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1995.
- Reşid Paşa, Hacı Ahmed. *Ruhu'l-Mecelle*. 1-8 cilt. İstanbul: Tercümân-ı Hakikat, H.1327.
- Ruhâvî, Şeyh Yahya. *Hâşiyetü'r-Ruhâvî*. Dersââdet: Matbaa-yı Osmânî, H.1315.
- Serahsî, Muhammed b. Ahmed b. Ebu Sehl Şemsu'l-e'imme. *El-Mebsût*. 1-30 cilt. Beyrut: Dâru'l-marife, 1993.
- Serahsî, Muhammed b. Ahmed b. Ebu Sehl Şemsu'l-e'imme. *Usûlü's-Serahsî*. 1-2 cilt. Beyrut: Dâru'l-marife, ts.
- Serrâc, Muhammed ve Muhammed Ahmed Bedrân. *Şerhü Mürşidi'l-Hayrân İlâ-Marifeti Ahvâli'l-İnsân Fi'l-Muâmeleti's-Şeriyye Alâ-Mezhebi Ebî Hanîfete'n-Numân Mülâimen Li-Sâiri'l-Ektâri'l-İslâmiyye*. 1-3 cilt. Kâhire: Dâru's-selâm, 2011.

- Seyyid Bey. "Milk, Mal ve Bey'in Mâhiyet-i Hukûkiyeleri." *Dârulfünûn Hukûk Mecmûası* 1, no. 2 (1916): 131-41.
- Seyyid Nesib, Zeynel Âbidinzâde *Fıkh-ı Hanefiyyenin Esâsâtı: Kıyâs ve Deyne Müteallik Mesâil*. İstanbul: Evkâf Matbaası, H.1339.
- . "Zamân-ı Menfaat Meselesinde Hanefiyye ile Şâfiyye'nin Münâzara-i İctihadiyesi ve Müctehidîn-i Hanefiyyeden Kemal İbn Hümâm'ın Galebe-i Gaspta Menâfiin Ale'l-ıtlak Mazmûniyeti ile İftânın Lüzûmu Hakkındaki Kavli-1." *Cerîde-i Adliye*, no. 30 (1911): 1447-512.
- . "Zamân-ı Menfaat Meselesinde Hanefiyye ile Şâfiyye'nin Münâzara-I İctihadiyesi ve Müctehidîn-i Hanefiyyeden Kemal İbn Hümâm'ın Galebe-i Gaspta Menâfiin Ale'l-ıtlak Mazmûniyeti ile İftânın Lüzûmu Hakkındaki Kavli-2." *Cerîde-i Adliye*, no. 31 (1911): 1577-83.
- . "Zamân-ı Menfaat Meselesinde Hanefiyye ile Şâfiyye'nin Münâzara-yı İctihadiyesi ve Müctehidîn-i Hanefiyyeden Kemal İbn Hümâm'ın Galebe-i Gaspta Menâfiin Ale'l-ıtlak Mazmûniyeti ile İftânın Lüzûmu Hakkındaki Kavli-3." *Cerîde-i Adliye*, no. 33 (1911).
- Siğnâkî, Hüseyin b. Ali b. Haccâc b. Ali Hüsâmuddîn. *El-Kâfî Şerhü'l-Pezdevî*. Haz. Fahreddîn Seyyid Muhammed Kant. 1-4 cilt. Riyâd: Mektebetü'r-rüşd, 2001.
- Sübkî, Tâcüddîn Abdulvehhâb b. Takiyyüddîn. *El-Eşbâh ve'n-Nezâir*. 1-2 cilt. Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, 1991.
- Şaban, Zekiyyüddîn. *İslam Hukuk İlminin Esasları*. Trc. İbrahim Kâfi Dönmez. Ankara: TDV Yayınları, 2019.
- Şirbînî, Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb. *Muğni'l-Muhtâc İlâ-Marifeti Meânî Elfâzi'l-Minhâc*. 1-6 cilt. Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, 1994.
- Teftâzânî, Sadeddîn Mesûd b. Ömer. *Şerhü't-Telvîh Alâ't-Tavzîh* 1-2 cilt. Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, ts.
- Tehânevî, Muhammed b. Ali b. Kâdı Muhammed Hamid b. Muhammed Sabır. *Mevsûatü Keşşâfî Istulâhâtî'l-Fünûn ve'l-Ulûm*. 1-2 cilt. Beyrut: Mektebetü Lübnan Nâşirûn, 1996.

- Topal, Şevket. İslâm Hukukunda Zilyedlik: Mülkiyet İlişkileri ve Fiilî Hâkimiyet. İstanbul: Nizamiye Akademi, 2016.
- Trabzon İstinâf Mahkemesi Reisi Ahmed Ziya. *Yeni ve Mufasssal Usûl-ı Muhâkeme-i Hukûkiye Kanûnu Şerhi*. İstanbul: Cihân Matbaası, H.1339.
- Ünal, Mustafa. *İslâm Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Üsmendî, Muhammed b. Abdulhamid. *Tarîkatü'l-Hilâf Fi'l-Fıkhi Beyne'l-Eimmeti'l-Eslâf*. Kâhire: Dâru't-türâs, 2007.
- Vankulu Mehmed Efendi. *Vankulu Luğatı*. 1-2 cilt. İstanbul: Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Yayınları, 2014.
- "Vekâle." *el-Mevsûatü'l-fıkhiyyetü'l-kuveytiyye*, 45/5-119. Kuveyt: Vizâretü'l-evkâf ve's-şüûni'l-islâmiyye, 2006.
- "Vilâye." *el-Mevsûatü'l-fıkhiyyetü'l-kuveytiyye*, 45/135-83. Kuveyt: Vizâretü'l-evkâf ve's-şüûni'l-islâmiyye, 2006.
- "Visâye." *el-mevsûatü'l-fıkhiyyetü'l-kuveytiyye*, 43/167-214. Kuveyt: Vizâratü'l-evkâf ve's-şüûni'l-islâmiyye, 2005.
- Yavuz, Yusuf Şevki. "Araz." *TDV İslâm Ansiklopedisi*, 3/337-42. İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 1991.
- Zebîdî, Muhammed b. Muhammed b. Abdurrezzâk. *Tâcü'l-Arûs Min Cevâhiri'l-Kâmûs*. 1-40 cilt. Kuveyt: Matbaatü Hükûmeti'l-Kuveyt, 1965.
- Zencânî, Mahmud b. Ahmed b. Mahmud b. Bahtiyar Ebu'l-menâkıb Şihabuddîn. *Tahrîcü'l-Fürû Alâ'l-Usûl*. 1-2 cilt. Beyrut: Müessesetü'r-risâle, H.1398.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed. *El-Medhal İlâ-Nazariyyeti'l-İltizâmi'l-Âmme Fî'l-Fıkhi'l-İslâmî*. Dımeşk: Dâru'l-kalem, 1999.
- Zeydân, Abdülkerim. *El-Medhal Li-Dirâseti's-Şerîati'l-İslâmiyye*. Beyrut: Müessesetü'r-risâle, 2005.
- Zeylâî, Osman b. Ali Fahrüddin. *Tebyînü'l-Hakâik Şerhü Kenzi'd-Dekâik*. 1-5 cilt. Kahire: el-Matbaatü'l-kübra'l-emiriyye, H.1313.