

İslam Ticaret Hukuku Açısından Mal Kavramının Tasnifine Yeni bir Yaklaşım

Ahmet BAYRAKTAR *

Öz İslam ticaret hukuku dinin hayata en çok müdahil olduğu alanlardan bir tanesidir. Sosyal hayatın en temel dinamiklerinden birini oluşturan alışverişin nasıl yapılacağı ve yapılmayacağı ile ilgili direktifler bu hukukun içinde gelişmiştir. Hangi mal ya da ürünlerin alışverişe konu olacağı, İslam ticaret hukukunda mal kavramının tasnifi meselesinde ortaya çıkmaktadır. Kadim ulema bu tasnifi üç alanda kurgulamıştır. Bu çalışmada bu tasnife yeni bir yaklaşım ve üç ayrımla daha getirilmesini teklif edilmektedir.

Anahtar kelimeler: Mal, menfaat, maddi-gayri maddi mal, adi-nitelikli mal, fitrî -gayri fitrî mal, İslam ticaret hukuku, helal sertifikalama.

A New Approach to the Categorization of Property Concept according to Islamic Commercial Law

Abstract Islamic commercial law is one of the areas in which religion takes part along the life. The instructions about how marketing should be done or not, which constitute one of the dynamics of social life, have been developed in this law system. In Islamic commercial law, which goods or products can be a subject to marketing or not has been discussed in the matter of categorization of the properties. Traditional scholars have built this categorization in three areas. In this study, we aim to bring three new criteria for this categorization as a new approach.

Keywords: Properties, benefit, corporal/incorporal properties, common/qualified products, Islamic commercial law, halal certification.

* Ankara Üniversitesi Sosyol Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi; ankarailahiyat@gmail.com

Giriş

Sosyal hayatın en temel kurumlarından biri olan ticaret, kişilerin ve toplumların geçmiş ve gelecekleri hakkında ipucu verebilecek en temel sosyal ilişkiler biçimlerinden birini oluşturmaktadır. Ticareti düzgün yapmamak, kişilerin haklarını ve emeklerini haksız bir şekilde yemek İslam'ın tarih boyunca engellemek istediği toplumsal durumlardan biri olmuş; ticaretini düzgün yapmayan kavimler için peygamber gönderilmiş¹ ve peygamberimiz vasıtasıyla da Mekke'de ticareti bir rant ve zulüm aracına çeviren aristokrat kesim kutsal kitabımızda eleştirilmiş ve yer yer zemme uğramıştır.²

Peygamberimizin ıslah ve inşa faaliyeti yürüttüğü en önemli kurumlardan olan ticaret kişilerin arasında para-mal-emek üçlüsünün takasına dayanan bir ilişki biçimidir. Çalışmamız bu üçlüden biri olan *mal* kavramının günümüz dünyasında geçirdiği gelişim ve değişimi ortaya koymayı ve günümüz İslam hukuku açısından yeni bir yaklaşımla değerlendirmeyi önermektedir. Bu manada öncelikle mal kavramının İslam hukuku açısından mahiyeti, ardından klasik yaklaşımda mal kavramının tabii olduğu tasnif açıklanmaya çalışılacak, son olarak da yeni yaklaşımımızla gündeme gelmesini temenni ettiğimiz üç ayrı mal tasnifinin mahiyeti ifade edilmeye çalışılacaktır.

Mal Kavramı

İslam hukukunun bir ıstılahı olarak fiziki varlığı³ olan ve tüketilebilen⁴ her şey mal kavramının içerisinde değerlendirilmektedir. Somut bir mahiyete sahip olma ve tüketilebilirliğin bir malın en temel iki özelliği olduğu genel bir kanaat iken hak⁵ ve menfaatleri⁶ de mal kavramı içerisinde değerlendiren nispeten daha az görüş bulunmaktadır. Kök itibarıyla Arapçada “kişinin meyl ettiği, elde etmek istediği ve sahip olduğu şey” anlamlarına⁷ gelen bu kavrama hukukta “biriktirilmesi ve faydalanılması mümkün olan şey” anlamı⁸ verilmektedir.

Mal kavramından bahsedilirken çoğunlukla birlikte zikredilmek durumunda olan *menfaat* kavramı ise zaman zaman alım-satım konu olabilmesi açısından “bir nevi mal” olarak değerlendirilebilmektedir. Tamamen farklı bir kökten türeyen bu kavram sözlükte kişinin faydasına olan şey, zararın zıddı⁹, kendisinden faydalanılması mümkün olan şey¹⁰ manalarına gelmektedir. Bu iki terim, alım satım konu olmaları bakımından birleşmekte, somut ve haiziyet hususunda ayrılmaktadırlar. Menfaatlerin herhangi bir şekilde depolanmasının mümkün olmaması ve takdir ve tayinlerinin net olamayışı gibi durumlar nedeniyle ilk dönem fakihleri arasında menfaatin akde mahal olamayacağını savunan görüşler ortaya çıkabilmiştir. Bu hususta Şafi'i'nin şu izahını zikredebiliriz.

Evlerin, arazilerin kiralanması caiz değildir. Çünkü bu temlikdir. Temlikte satıştır. Satışın sadece ortada hazır bulunan mallar yahut vasıfları açıklanmış ve belirlenmiş gaip mallar üzerinde olur. Kira ne ortada bir mal ne de olmayan (gaip) bir şeydir. (kiralanan) evin yıkılması yahut kölenin ölmesi durumunda kira akdi bozulur.¹¹

Pek çok açıdan devrinin düşüncelerinin yansıtan bu satırlarda, menfaatin akde mahal görülmemesinin izahı yapılmıştır. Bu izah görüleceği üzere ayet ve hadislerin fıkından öte fakihin yaşadığı çağın anlayışı ve yaşantısına dayanarak oluşturduğu bir fikir mahiyetindedir. Bu açıklama her ne kadar menfaat ve türevi mahiyetlerin akde konu olmaması için delil olarak görünüyorsa da bizim kanaatimiz tam aksi yöndedir. Bir fakih olarak Şafiî, devrinin ihtiyacı olan hükmü ortaya çıkarmıştır. Şafiî'nin yaşadığı 8 ve 9. Yüzyılları düşündüğümüzde insanların ev ve arazi için kira akdi yapmalarını gerektirecek bir durumun olmadığını fark edebiliriz. O zamanın şartlarında sıradan bir evin toprak ve ağaçtan, kimi zaman sadece topraktan yapılan tek göz, bir çatı bir oda ve bir perdeden ibaret olduğunu tahmin etmek zor olmasa gerektir.¹² Kaldı ki 1400 sene öncesinin İslam toplumunda, infak, yardımseverlik gibi ulvi değerlerin topluma hâkim olduğu düşünüldüğünde kısa süreli iskân ihtiyaçlarının beldenin halkı tarafından memnuniyetle ücretsiz yerine getirileceği kolaylıkla tahmin edilebilir.¹³

Ev ve arazi kiralanmasını Şafiî'nin kayıtsız ve şartsız¹⁴ ve Hanefilerin¹⁵ ise kıyasen¹⁶ reddettiği halde araç ve binek kiralamaı mümkün görmelerinin ardında yatan temel sebep kanaatimizce Kuran ve sünnetin delillendirdiği fıkıh düşüncesinden çok, toplumun örfüdür. Çünkü o zamanlarda da deve yahut gemiyle ticaret malları nakledilmekte, bu husustaki problemler ve çözümleri tartışılmaktaydı.¹⁷ Buna rağmen var olan bir meseleyi yok sayamayan bazı fukahamız, yok olan bir meseleyi var sayamamasından ötürü ev ve arazi kirasına mesafeli durmuştur. Kira akdi konusunda klasik fukahanın görüşü bu manada kanaatimizce yaşadıkları toplumun ve şartların oluşturduğu düşüncelerinin semeresidir. O günün şartlarında kiralanması ya da satımı caiz olmayan her türlü ürün ve hizmetin bugün satım ya da kirası söz konusu olabilmektedir.¹⁸

Bu tavrıyla imam Şafiî hüküm verirken kaynaklar (Kuran ve sünnet) kadar çevreye (zamanın ve mekanın örfü) bakmanın da gerekli olduğunu hal diliyle ifade etmiştir.¹⁹ Kira akdini mümkün gören ayetleri²⁰ delil gösterenlere, Şafiî şöyle cevap vermektedir.

Bu hususta peygamberimizin uygulamaları (sünnet) geçmiştir. Peygamberin ashabından hiç kimse böyle bir şey yapmamıştır. Mısır fukahası ve bizim çevremizdeki âlimlerden hiçbiri böyle bir şeye cevaz vermemiştir.²¹

Bu savunu, kanaatimizce hem o dönemde başka muhitler için kira akdinin hem de bütün zamanların ve mekânların ihtiyaçları ölçüsünde ortaya çıkabilecek haramlığı belirtilmemiş bütün akit türlerinin mümkün ve meşru olduğuna delil olarak yorumlanabilir. Çünkü Şâfiî burada Kuranın açık hükmünden faydalanmak yerine, çevrelediği şartlardan yola çıkarak hizmet karşılığında ücrete müsaade ve emir veren ayetin muhtemel manalarını kısıtlamaktadır. İmam Şâfiî gibi bir zat bunu yapabiliyorsa, Mecelle'nin de bahsettiği gibi âdeti muhakkem kılmakta²² herhangi bir engel yoktur.

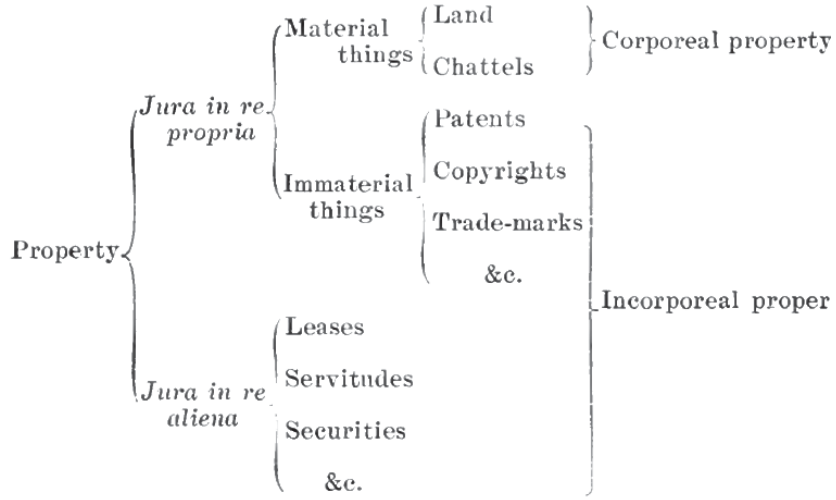
Bu husustaki bizim değerlendirmemiz ise şu şekildedir. Herhangi bir akit ya da hükmün İslamiliğini sorabilmemiz için öncelikle onun zihnen ya da fiilen var olması gerekmektedir. *Eğer şöyle olsaydı bunun dinen hükmü nasıl olurdu* sorusu ile *böyle oldu bunun dinen hükmü nasıl olur* sorusu, bu hususta birleşmektedir. İlki zihnen, diğeri fiilen var olmuştur. Fiilen var olan bir durumu dinen yok saymak; aklen ve fikhen mümkün değildir. İnsanlar kira akdi yapıyorlarsa, bu önceden yoktu deyip onu din dışı ilan etmek, hayatı dinin, dini de hayatın dışına itmektir. Bu da dinin etkinliğini öldürmekten başka bir netice vermeyecektir.

Şâfiî ve onunla aynı kanaatteki diğerk mezhep âlimlerinin itirazını bu manada kayda değer görebiliriz. Onlar, kirayı bir nevi satım akdi gibi algılamış, bu nedenle satılan şeyin mukadder ve muayyen olmadığı için meçhul bir menfaatin satışına cevaz vermemişlerdir. Çünkü *ne bu hükmü veren âlimlerin ne de onlara bu soruyu soran toplumun böyle bir akde ihtiyacı olmamıştır*.

Menfaati bir mal gibi görme taraftarı olan kişiler ise, bunu zihnen ya da fiilen gerçek var sayarak karar vermişlerdir. Fiilen olmamış bir şeyi zihnen görebilmek de kanaatimizce gerçek fakih olabilme alametidir. Menfaatlerin süreli (kiralama ya da kullanım izni verme) ya da süresiz temlikini (vakıf) caiz görenler, bizzat değilse de o menfaati doğuran malların hiyazet altına alınabilmesinden dolayı meşru görmüştür.²³ Çünkü menfaatler kendi başına değer (kaim) değil, “Evde oturmak, bir aleti kiralamak” gibi ekonomik değeri olan bir metadan türetilen (ikame) değerlerdir. Kişi oturma menfaatini ancak ev ile birlikte sunmaktadır. Ev olmadığı takdirde evde oturma menfaati ortaya çıkmayacak ve satılmayacaktır. Bu nedenle menfaatlerin satımı üzerinde mülahaza ederken helal mallardan üretilen menfaatler olarak düşünülmesinin hukuk düşüncesi açısından faydalı olacağı kanaatindeyiz. Aksi takdirde menfaat mal mıdır şeklinde bir tartışma hukuki açıdan hükümsüz, mantık açısından da sonuçsuz kalmaya mecburdur. Çünkü mantıken menfaat, mal değildir.²⁴ Menfaat mal olsaydı, ona menfaat denilmesi gerekmeyecekti.

Mal çeşitleri

Mal kavramının İslam hukuku açısından mahiyetini yukarıda izah etmeye gayret ettik. Mal çeşitlerini açıklarken dini referanslara atıf yapacağımız ön görülebilir. Bu hususlara temas etmeden en eski hukuk sistematiklerinden biri olan Roma hukukunda malların tasnifinin nasıl yapıldığına göz atmanın faydalı olacağını düşünmekteyiz.



Yukarıda gösterilen şema²⁵ temel olarak kişi üzerinde sabit ve nakledilebilir mal ve haklar ile maddi ve maddi olmayan mallar üzerinden kurgulanmıştır. Dolayısıyla pagan değerlerine dayalı ve insanı değil eşyayı merkeze alan bir tasnif söz konusudur. İslam hukuk sistematğinde ise merkez eşya ya da insan değil, hepsinin yaratıcısı olarak tanınan Allah'ın emirlerini referans alan bir tasnif ön görülmüştür.

İslam hukukunun tasnifinde mal, hukuken değerli²⁶ olup olmaması açısından *mütekavvim ve gayri mütekavvim*, taşınabilirliği açısından *menkul-gayrimenkul*, benzerinin olup olmaması açısından da *mislî ve kazyemî mal* olarak üç ayrı grupta incelenmiştir.²⁷ Bu çalışmamızda bir de *maddî-gayri maddî, adi-nitelikli, fitrî - gayri fitrî mal* kavramlarını ekliyoruz. İlgili başlıklarda bu kararımızın gerekçelerini sunmaya gayret edeceğiz.

Böyle bir eklemeye neden ihtiyaç duyulduğu ilk bakışta okuyucuların zihninde soru işareti oluşturabilir. Şu şekilde açıklık getirebiliriz. Yeni diyebileceğimiz bu ayrımlar bugünün dünyasının, şirketlerinin, piyasasının, üretim politikasının insanların dünyasına getirdiği kavramlardır. Toplumun din ile ilişkisini düzenlemede toplumca yetkilendirilmiş en yetkin kurum olan²⁸ fikhın²⁹ bu durumu

gözden kaçırmaması mümkün değildir. Fıkıh alanında çalışan biri olarak da bizim buna kayıtsız kalmamızın anlamsız olduğunu düşünmekteyiz.

Bu nedenle yakın zamana kadar piyasada dolaşan mal ve ürünleri klasik ayrım ile anlamamız mümkün iken, bugün alım-satım, kiraya konu olan patentleri, know-howları, salt bilgi ve görüşleri, pazardan alınamayacak yüzlerce katkı maddesinin üretilip içine katıldığı ambalajlı yiyecekleri, normalinden hiçbir farkı yokmuş gibi görünen fakat genetiği alt üst edilmiş tarım ürünlerini klasik fıkıh kavramları ile temyiz ve teşhis etmemiz mümkün değildir. Yeni olgular yeni kavramlarla fıkıhın içine alınmadığında, fıkıh çalışmalarının arkeolojik bir kazıdan öte anlam taşımayacağı kanaatindeyiz.

Klasik Tasnifte Mal Çeşitleri

Klasik mal tasnifi malın kullanımının dinen meşru olması, taşınabilir olması ve piyasada bulunabilirliği açısından üç temel gruba ayrılmıştır.

Mütekavvim-Gayri Mütekavvim Mal

Mütekavvim kelimesi, kıymet verilmiş, kıymet takdir edilmiş manalarına gelir.³⁰ İslam hukukunda ise hıyazet altına alınabilen ve kendisinden menfaat³¹ elde edilmesi caiz olan eşyaya³² verilen isimdir.

Mütekavvim olarak nitelendirilen bir mal, hukuki açıdan şu iki duruma muhatap olmaktadır. Birincisi, mütekavvim mal itlafı halinde tazmin gerektirir.³³ İkincisi ise bu tür bir malın herhangi bir akde³⁴ mahal olabilmesidir.³⁵ İslam hukukunun meriyette olduğu bir toplumda, ticarete haksızlığa uğradığına inanan bir kişi, hakkını arayabilmek için öncelikle bu manada alım-satım teşebbüs ettiği malın mütekavvim olduğunu ispata mecburdur. Aksi takdirde hukuk mercii böyle bir davayı takip edemez. Aynı şekilde bir Müslüman mütekavvim olmayan bir malın itlafı halinde hukuki mercilerden tazminini talep edemez.

Şari'in faydalanmayı haram kıldığı her türlü eşyayı mütekavvim olmayan mala örnek verebiliriz. Nelerin haram olduğu konusunda ise bazı durumlarda ihtilaf vuku bulmuştur. Örneğin, müzik aletlerinin alım satımına Ebu Hanife cevaz verdiği halde diğer üç mezhep bunu caiz görmemiştir.³⁶

Mezkûr klasik tanımını günümüze taşımaya kalkıştığımızda ummadığımız bir sorunla baş başa kalacağımız öngörülebilir. Denizdeki balıkların hıyazet şartını taşımadığı için mütekavvim mal olmadığı, bu nedenle "sana şu denizdeki balıkları satıyorum" şeklinde bir akdin gerçekleşmeyeceği düşünülebilir. Peki,

aynı tariften yola çıkarak denizdeki balıkları itlaf eden bir kimsenin tazmin ile mükellef tutulamayacağı da ifade edilebilir mi?

İlk bakışta evet denilmesi gerektiği hissini veren bu soruya bizim cevabımız şu şekilde olacaktır. Öncelikle herhangi bir şeyi satım yetkisi anlamında haiz olmak ile itlafına sebep olunabilecek kudret manasında haiz olmak aynı manaya gelmemektedir. Kişi, kullanabileceği ölçü ve sınırlarda herhangi bir şeyi kontrolü altına alabilir fakat zarar vermek isteyen için böyle bir şart söz konusu değildir. *Bir kibritle bir orman yok edilebilir.*

Bir diğer itirazımız da tazminin tarafları açısından olacaktır. Ormanı yakan kişi bundan dolayı herhangi bir şahsa tazmin ödemez. Çünkü tek kişinin sahip olduğu bir alan bahçe ya da tarla ismiyle; umuma tahsis edilmiş ağaçlıklar ise orman ismiyle anılır. Bu nedenle orman ya da umumun kullanımına açık herhangi bir değerın itlafına sebep olan kişi herhangi bir kişiye değil umuma tazmin ile yükümlü olması gerekir. Umum adına bu işi takip eden kişi bugünün ifadesiyle cumhuriyet savcılaridir.³⁷

Menkul-Gayrimenkul Mal

N-Q-L (نقل) kökünden türetilen menkul kelimesi, taşınabilen (moveable) manasına gelir.³⁸ Hukuk ıstılahındaki manası da sözlükten farksızdır.³⁹ Batı hukukunun da tanıdığı bu ayrımın⁴⁰ İslam hukuku açısından faydası malın vakfedilmesi, satımın şekle bağlı olması gibi hükümlerde ortaya çıkmaktadır.⁴¹

Piyasada rahatça el değiştiren, mübadelesi rahatça yapılan mallar menkul mal olarak isimlendirilir. Bu vasıf zorunlu olarak mezkûr mal cinsinin kolayca elden çıkabileceğini de ihtar eder. Örneğin bir kitap, bir domates menkul maldır. Bunların süreklilik ifade eden bir vakıf akdi için müsait olup olmadığı ciddi bir meseledir. Kitap diğer menkul mallara nispeten daha uzun ömürlü olduğu (günümüz şartlarında da elektronik imkânlarla korunabildiği) için *sabitleşebilir mal* olarak nitelenebilir. Fakat diğer pek çok menkul mal, çürüme, bozulma, kullanım ömrünü tamamlama⁴² gibi illetler ile malul olduğundan sürekli kullanıma yönelik bir vakıf akdine uygun olmayabilir.⁴³

Mislî-Kıyemî Mal

Sözlükte örnek, benzer, hikâye gibi manalara gelen misl (مثل) kelimesi,⁴⁴ hukuk ıstılahında misli mal ifadesi satımının tartı, ölçü gibi araçlarla yapılan eşya için kullanılır. İlk bakışta misl kelimesinin lügat anlamı ile pek bağdaştırılmayan bu anlam ilişkisinin temeli şudur. Kilo ya da uzunluk birimi ile satımı yapılan herhangi bir eşyanın örnek ya da benzeri bulunabilir. Kayısı örneğini düşünelim. Satıcı akde konu olan kayısıların ortalama vasıflarının birbirini tuttuğunu garanti etmektedir. Büyük, küçük; çürük, sağlam olsa da hepsi kayısıdır. Ağrılık

ve büyüklük olarak birbirinin aynısı olmasa da benzeri olduğundan bu tür malları tanımlamak için misli mal ifadesi kullanılmaktadır.⁴⁵

Kıyem ise kıymet kelimesinin çoğulu olup, kıymetler, değerler manasına gelmektedir.⁴⁶ Kıyemî mal ifadesi de benzerinin olmadığı dolayısıyla satarken ya da tazmin ederken mutlaka başka bir değerle ödemesinin yapılacağı mallar için kullanılır.⁴⁷ Misli - kıyemî mal ayrımı bu manada aynısı temin edilebilen ve edilemeyen mallar olarak da tanımlanabilir.

Yeni Tasnifte Mal Çeşitlerine Eklenmesi Gerekenler

Bu başlık altında klasik İslam hukuk ıstılahında olmayan fakat olması gerektiğini düşündüğümüz tasnifi üç başlık ile açıklamaya gayret edeceğiz. Bu tasnifi yapmaya iten en önemli etken günümüz iktisat ve üretim politikalarında değişen dünya değerleri ve sistemidir.

Maddi -Gayri Maddi Mal

Pek yakın zamanda ortaya çıkan bu ayrımın kavramsal analizini yapmak durumundayız. İlk bakışta gayri maddi mal ifadesi menfaat kavramının yerine kullanılmış gibi görünmektedir. Fakat gayri maddi mal, somut olmayan ve sahibi dışında menfaatlenilmesi mümkün olmayan mahiyetler için koyulmuş bir addır.

Gayri maddi (*intangible*) mal, ne Roma hukukunda⁴⁸ ne de klasik İslam hukuku eserlerinin telif devrinde var olmayan, dolayısıyla klasik İslam hukukunda da klasik kavramlarla ıstılahlaşması mümkün olmayan bir kavramdır.⁴⁹

Gayri maddi mal, sahibine gelir getirici ve üçüncü kişilerin kullanımını engelleyici (inhisar) haklar doğuran tescilli bilgidir.⁵⁰ Bu haklar, eser oluşturulduğu anda doğar.⁵¹ Düşünce, bilgi ve fikri; baştan beri ücretsiz⁵² yayılması gereken bir değer olarak algılayan İslam toplumu, sanayileşme devrinde bu performansından uzak kaldığı için, bu kavramlar, o dönemde bilgiyi elinden tutan batı toplumunun ürettiği hukuk metinleri ile ıstılahlaşmış, yakın döneme kadar da modern TMK'ya dahi gayri maddi mal kavramı girmemiştir.⁵³ Batı hukukuna ise sanayi devrimi sonrasında patent, çoğaltma hakkı (copyright) kavramlarıyla terimleşmeye başlamıştır.⁵⁴

Bu hakların uluslararası hukuki bir niteliğe bürünmesi sınai haklar için 1883 yılında imzalanan Paris birliği, fikri haklar için 1886 tarihli Bern sözleşmesi ile başlar.⁵⁵

İslam hukuku açısından değerlendirildiğinde ise batı hukukundan farklı bir çerçeve çizilmesi gerektiği açıktır. Bir kişinin, başkalarının faydalanacağı her-

hangi bir şey üretmesi, bu hususta emek harcaması İslam hukukunda “değer” atfedilen bir husustur. “Kişinin mülkünden faydalanan haşerat ve mah-lûkatın yediklerinin sahibi için birer sadaka sayılacağı” hükmünü getiren⁵⁶ peygamberin adalet ve merhamet damarlarının beslediği İslam medeniyeti mana eksenli büyüme gayreti içinde olmuştur. Bu açıdan bakıldığında İslam hukuku gayri maddi mal anlayışını *fikir* ve *değer* olarak insanlığın başlangıcıyla tanıdığı ifade edilebilir.⁵⁷ Bu fikrin biçimsel olarak izah ve ifadesinin batı tarzıyla yapılmamış olmasını doğu ve batı medeniyetinin iki farklı değer sistematğine sahip olması ile yorumlayabiliriz. Nitekim bugün fikir ve sanat eserlerini koruma ile alakalı ilk açık teşebbüsün kaynağı olarak gösterilebilecek İngiltere kralının 1556 yılında kitapçılar loncası ismiyle bir birlik kurması ve basılacak kitapların bu loncaya kayıt edilmesi yönündeki fermanı olduğu bilinmektedir. 1662 yılında *Licensing Act* adını taşıyan kanunun ortaya çıkışındaki asli unsurun telif haklarını koruma değil, yenice peyda olmaya başlayan Protestanlık fikrinin basım yoluyla yayılması olduğu da dikkate şayandır.⁵⁸

İslam değer sistematğinin gayri maddi mal kavramını bu manada *Allah’ın değer ve sevap verdiği her şey* şeklinde algıladığı ifade edilebilir. Bu sebeple Allah katında sevap (ecr) getiren bir eylemi bir isim altında tescil etmeyi Müslüman toplumlar sevaba mani bir durum olarak düşünmüş ve hatta kişiler ürettikleri eserlerin altına ismini yazmayı dahi edebe muhalif sayabilmişlerdir. Her şeyden para kazanmak için çabalayan günümüz modern insanının bu tavrı anlamakta zorlanacağı ifade edilebilir. Fakat en azından şu kabul edilmelidir ki, bir şeyin yazılı hale gelmemesi onun var olmadığı şeklinde yorumlanamaz. Özellikle İslam hukukuna mesnet olan, İslam ahlakı ve Kuran eksenli değer anlayışının zaman ve mekânda tecessüm ettiği durumlar referans alındığında, telif hakkı kavramının batıdan çok farklı bir şekilde anlaşıldığını tespit etmek mümkündür.

Mana ekseninde filizlenmiş ve yetişmiş bir aklın ürünü olarak İslam hukukunda gayri maddi mal terimini anlamlandırmak kanaatimizce daha mümkündür. Fakat bu anlamın batınıniki⁵⁹ ile aynı amaca hizmet edip edemeyeceği ayrıca tartışılması gerekli bir husustur.

Adi-Nitelikli Mal

Bu ayrım da yine diğerleri gibi literatüre girmesini teklif ettiğimiz kavramlardan olması hasebiyle öncelikle ne anlama geldiğini açıklamamız gerekmektedir.

Adi mal ifadesi zihne ilk çağrıştığı gibi kusurlu, işe yaramaz anlamında değil; sıradan, alışlagelmiş, adette yeri olan manasında kullanıldığını belirtelim. Bu-

radaki anlamıyla adi mal, herkesin gördüğü, bildiği, aşına olduğu, ne işe yaradığı, nasıl kullanılacağı ilgilileri tarafından bilinen mallara verilen isimdir.

Nitelikli mal grubuna ise herkesçe bilinmeyen, kullanılması, bulunması bazen zor, bazen sadece devletlerin erişebileceği mallar girmektedir. Uranyumu bu manada örnek verebiliriz. Kimsenin evinde böyle bir madde bulunmaz. Kimse evine böyle bir madde almaz, alamaz. Buna sahip olan devletler dahi sınırlıdır.

Bir başka örnek olarak işlemcileri⁶⁰ değerlendirebiliriz. Bu malları herhangi bir sokak atölyesi yapamaz. Ben işlemci yapmak istiyorum diyen bir kişi de yapamaz. Bir devlet dahi işlemci yapmak istediğinde bunu kolay kolay gerçekleştiremez. İşte bu tür malların *nitelikli mal* olarak ifade edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu nitelikli mallar haiz olduğu diğer vasıflara göre başka vasıflar da alabilir. Bazı işletim sistemlerini ve kimi yazılımları nitelikli gayri maddi mal olarak isimlendirebiliriz.

Bir ya da birkaç kişinin kolayca yapamayacağı bir mal, ürün, hizmet nitelikli olmaya hak kazanabilir. Burada ölçüt, onu imal eden kişinin sayısı değil, yapılan eylemin vasfıdır. Sınırlı sayıda kişinin ya da firmanın *özgün bir bilgiye* dayanarak üretebildiği mal, ürün, hizmet niteliklidir. Bir şeyi nitelikli yapan onun fiyatı değil, herkes tarafından üretilebilir olup olmadığıdır. Üretim lisansı tek bir firmanın elinde olan bir ürün de bu gruba dâhil edilebilir.

Fitrî ve Gayri Fitrî Mal

Hukuk literatürüne girmesi yönündeki teklifimizin bir diğeri de fitrî ve gayri fitrî mal ayrımıdır. Fitrî kavramı “fitrat” kavramından türetilmiş ve asıl sahibinin ya da yaratıcısının oluşturduğu hal üzere kalmış şey demektir. Böyle bir ayrım teklifimizin ardında yatan sebep yine diğerleriyle aynıdır.

Esasen 19. yüzyıla kadar dünyada çok fazla bir değişim yaşamazken, sonrasında fikri, ilmi, teknolojik, tıbbi alanda yaşanan baş döndürücü ilerleme, I. ve II. Dünya savaşlarıyla yepyeni bir karaktere bürünmüştür. Sanayi ve bilim yoluyla tarım alanında yenilikler yine ardı ardına gelmiştir. İnsanoglunun ilim ve fende ilerleyişinin en bariz hissedildiği alanlardan birisi de tarım olmuştur. Makineleşme ile gelen zahmetsiz üretim, tohum ve toprağın fitratına müdahale edilerek daha fazla ürün alma gayreti, tarım anlayışını bambaşka bir mahiyete bürümüştür. GDO⁶¹ adı verilen tarım tekniği artık tarım alanlarında hükümlan olmuştur. Geliştirilen yeni teknikler tohumların ve toprakların genetik yapısıyla oynamış; çürümeye ve hastalıklara dayanıklı, daha hızlı büyüyen, daha verimli, bazen ekildiği toprağı kısırlaştıran, belli bir ürünü ekmeye zorlayan tohumlar üretilmeye başlanmıştır.

İlk bakışta olumlu ve sevinçli tepkiler uyandırması gerekiyormuş gibi görülen bu durum aslında tam tersi bir etki yaratmış, önce tohumların sonra da o tohumlardan büyüyen insanların fitratını bozmuştur.⁶² Gayri fitrî kavramı, orijinalitesi bozulmuş, insanlar tarafından fitratıyla oynanmış ürünleri ifadelendirmek için kullanılmıştır. Bugün bizim en temel gıdalarımız olan buğday, mısır, şeker pancarı, pamuk gibi ürünlerde bizim bildiğimiz, bilmediğimiz genetik oynamalar yapılmaktadır.⁶³

Bu manada özetlersek, fitrî mal menşei ve kökeni korunmuş fitratı bozulmamış mal ve ürünleri, Gayri fitrî ifadesi de menşei ve kaynağındaki hali bozulmuş ürünleri ifade etmektedir.

Bu tarifimizden sadece topraktan yetişen mal ve ürünleri kastettiğimiz anlaşılmamalıdır. Bir yazılım da yetkisiz bir kişi tarafından bünyesine müdahale edildiğinde artık onun içinde gayri fitrî ifadesini kullanabileceğimizi düşünmekteyiz. Dolayısıyla mal için fitrat, onu üretenin onu ne için yaptığı; doğal ürünler için fitrat, onu yaratanın iradesini yansıtan orijinal halidir. İnsanın ürettiği mallar, ürünler gibi, Allah'ın bahşettiği ürünleri ve canlıları da içine almaktadır.

Bu ayrımın fıkıh açısından pratik faydası günümüzde ülkemizde ve dünyada ortaya yeni yeni çıkan ve sistemleşmeye çalışan ve ürünlerin helal sertifikasyonunu yapan kurumlar için önemli bir referans noktası oluşturmasında ortaya çıkabilir.

Sonuç

İslam hukukunda alım satım konu olabilecek malların hangi vasıflarından dolayı bu hakkı haiz olduğu ve ne tür tasniflere tabi tutulduğu konusunda klasik fıkıh kitapları görüş birliği içerisinde oldukları denilebilir. Kuşkusuz bu tasnif belli bir dönemin üretim ve tüketim anlayışı çerçevesinde şekillenmiştir. Üretim toprakta yahut bir tezgâhta gerçekleştirilen tamamen el emeğine dayalı bir faaliyetti. Bugün ise sanayi devrimiyle birlikte fabrikalar, bilişim devrimiyle robotlar işin içine girmiş; metrenin milyarda biri ölçülerle yapay maddeler oluşturulmaya başlanmıştır.

Yüz sene önceki düşünüş ve inanışların demode olduğu, on sene önceki telefonların çöpe bile layık görülmediği bir dünyada, bin sene önceki bir hukukla yol alınamayacağı hakikattir. İslam hukuku düşüncesinin de bu manada bu değişimin farkında olması gerektiği açıktır. Bunun için gayri maddî mal, nitelikli mal ve gayri fitrî mal kavramlarının anlaşılması ve tartışılması gerektiğini düşünüyoruz.

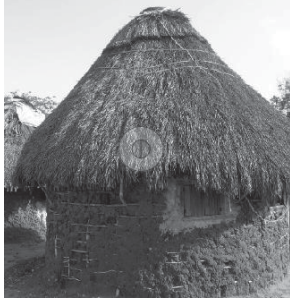
Kaynakça

- Az, Mehmet Ata, *İlahi Basitlik Bağlamında Tanrı'nın Bilinebilirliği İbn Sina ve Thomas Aquinas Örneği*, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara, 2013.
- Bircan, Hasan Hüseyin, *İbn Sina'da Tanrı-Evren İlişkisi*, Van, 2010.
- Cevzici, Ahmet, "Basit Maddesi", *Felsefe Sözlüğü*, İstanbul, 1999.
- Deniz, Gürbüz, *Kelam-Felsefe Tartışmaları*, Ankara, 2009, s. 133.
- Fahrettin er Razi, Tefsir-i Kebir, (Çev. Suat Yıldırım, Sadık Kılıç, Lütfullah Cebeci, C. Sadık Doğru), Ankara, 1988, c. 23.
- Güney, Ahmet Faruk, "Bir Felsefi Tefsir Örneği Olarak Ahmet Hamdi Akseki'nin İbn Sina'nın İhlas Suresi Tefsiriyle İlgili Telif Ettiği Tercüme ve Şerh", *Kutadgubilig Felsefe-Bilim Araştırmaları Dergisi*, sayı. Ekim 2011.
- Güney, Ahmet Faruk, *İbn Sina'dan Elmalı'ya İhlas Suresi Felsefi Tefsir Gelenegi*, basılmamış doktora tezi, İstanbul, 2008.
- İbnManzur, *Lisanü'l Arab*, Beyrut, trs. c. 3.
- İbn Arabi, *Marifet ve Hikmet* (Çev. Mahmut Kanık), İstanbul, 1995.
- Terkan, Fehrullah, *Çatışmanın Dinamikleri Din ve Felsefe Uzlaşmazlığı Üzerine*, Ankara, 2007.
- İbn Rüşd, *Tehafütü't Tehafüt (Tutarsızlığın Tutarsızlığı)*, Çev: Kemal Işık, Mehmet Dağ, İstanbul, 1998.
- İbn Sina, *İlahiyat'ı Şifa Metafizik*, (Çev. Ekrem Demirli, Ömer Türker), İstanbul, 2011.
-, *Kitabu'n Necat*, Beyrut, 1982.
-, *el İşarat ve't Tenbibat*, (Çev. Muhittin Macit, Ali Durusoy, Ekrem Demirli), İstanbul, 2001.
-, *Metafizik*, (Çev. Ekrem Demirli, Ömer Türker), İstanbul, 2011.
-, *Kitabu'ş-şifa Oluş ve Bozuluş* (Çev. Muammer İskenderoğlu), İstanbul, 2008.
-, "Er Risaletu'l Arşıyye fı Hakiki't Tevhid ve İsbati'n Nübüvve" Felsefe Metinleri (Çev. Mahmut Kaya), İstanbul, 2007.
- Kutluer, İlhan, *İbn Sina Ontolojisinde Zorunlu Varlık*, İstanbul, 2002.
- Macit, Muhittin, *İbnSinada Metafizik ve Meşşai Gelenek*, İstanbul, 2012.
- Maraş, İbrahim, "İbn Sina Felsefesinde Bir (Vahid) ve Birlik (Vahde) Anlayışı" Dini Araştırmalar, Eylül-Aralık 2007, c. 10, sayı 30.
- Okumuş, Mesut, *Kur'an'ın Felsefi Okunuşu İbn Sina Örneği*, Ankara, 2003
- Wisnovsky, Robert, *İbn Sina Metafizikçi Kaynakları ve Gelişimi*, (Çev. İbrahim Halil Üçer), İstanbul, 2010


Notlar

- ¹ Medyen halkına Şuayb peygamberin gönderilmesinin nedeni ticarete yaptıkları haksızlıklar ve insanların haklarını yemeleriydi. Konu ile alakalı bkz. Araf 7/85; Hud 11/84
- ² Mutaffifin 83/1-3
- ³ Kudret Emiroğlu, Bülent Danişoğlu, Binnur Berberoğlu, *Ekonomi Sözlüğü*, Bilim ve Sanat Yayınları, İstanbul, 2006, s. 540
- ⁴ Bitimi ve tüketimi olan her şeye mal gözüyle bakılabileceğinin ifadesi olarak tabiatı mal olarak tanımlayan şu makale incelenebilir. Birgül Alıcı, Habib Yıldız, *Küresel Kamusal Bir Mal Olan Çevrenin Korunmasında Karbon Vergisi ve Etkinliği*, Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, Cilt 4, No 1, 2012, s. 55
- ⁵ Komisyon, *Türk Hukuk Lüğati*, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998, s. 216

- ⁶ Ahmet Tabakoğlu, *İslam İktisadına Giriş*, Dergâh Yayınları, İstanbul 2008, s.273
- ⁷ “ما ملكته من كل شئ” . Muhammed Revvas Kal'aci Hamid Sadık Kanibi, *Mu'jam Luġhat Al-Fuqahâ (Dictionary Of Islamic Legal Terminology) Arabic - English - French*. Dârü'n-Nefâis, Beyrut, 2006, s. 366; Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, St. Paul, MINN. West publishing co. 1968, s. 1458
- ⁸ Rahmi Yaran, *İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri*, TDV yayınları, Ankara, 2011, s. 60.
- ⁹ Ebu'l-Huseyn Ahmed ibn Faris b. Zekeriya (ö.395) *Mu'cemu Mekâyisü'l-Luġâ*, Dar-u İhya-i Tûrasi'l-Arabî, Beyrut, 2008, s. 1004
- ¹⁰ Ebû Abdurrahman Halil b. Ahmed b.Amr Halil b. Ahmed el- Ferâhidî, (175/791), *Kitâbu'l-Ayn*, , Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1424/2003
- ¹¹ Şafîî, *el-Umm*, Daru's-Şa'b, Kahire, 1388/1968, III/250



- ¹² Bunu ispat için o zamana gitmeye dahi gerek yoktur. Bugün Afrika'nın kimi bölgelerinde bu türden evler halen kullanımdadır. Yandaki görsel Kenya'da 2015 yılında bir kurban organizasyonu esnasında yazar tarafından çekilmiş ve *Kanıt* dergisi Kenya özel sayısında yayımlanmıştır. Böyle bir evi yapmak bir kişinin bir ya da iki gününü alır. Bu süre zarfında da bir kişi Allah rızası için bir Müslümanın evinde misafir kalabilir. Bkz. Ahmet Bayraktar, *Kanıt Kenya Özel Sayısı*, Ankara: T yayıncılık, 2016, s. 20.
- ¹³ Bu saydığımız haller Anadolu'da bugün dahi rastlayabileceğimiz insani tavırlardır. Şehirler sosyal hapishanelere dönüştürülmeden önce de mahalle ve bina komşulukları sürdürülüyordu. Sanayi devrimi ve ardından gelen elektronik devrim, insanları kendi dünyalarına hapsedtikten sonra para piyasası bu kadar fazla enstrümana sahip olmaya başlamıştır. Bugün kredi dediğimiz faiz batağına kendini Müslüman olarak tanımlayan, haram yememe hassasiyeti gösterenlerin bulaşma nedenlerini soruşturduğumuzda alacağımız ilk cevap şudur. Parayı kimden alalım? İnsanların ihtiyaç ölçekleri (*savala*) büyüdükçe daha fazla kazanmaya ve tüketmeye odaklandılar ve herkesin kendi evi ve arabası olması en büyük farz olarak kabul edilmeye başlandı. Çünkü insanlar, karşı komşusundan haberi olmayan birer yalnızlar topluluğuna dönüştürüldü. Mutlu olmak için daha fazlasına sahip olma isteği duyan insanlar, huzur için sabretme değerini çiğnediler ve kendi hazzı için herkese rest çekebilir bir psikolojiye sürüklendiler. Ev sahiplerinin kiracılarına karşı merhametsizliği, görgüsüzlüğü, zaman zulme varan uygulamaları toplumda kiracılığı ayıp ve ezik bir konuma düşürdü. Bazı kiracıların da ev sahiplerinin iyi niyetini suiistimal etmesi, kiracılara karşı ezilmemek için daha fazla maddi külfet getirme gibi bir tedbiri mülk sahipleri açısından zorunlu hale getirdi. Bugünkü durumda “kiraya verip paramı havaya saçaçağıma, kredi çekerim on sene sonra evim olur” mantığı kabul görmüş ve insanlar 240 aya kadar vadeli borca girmeyi göze alabilmişlerdir. Bkz. Aşağıdaki internet ilanı.

 Yazdırma Seçenekleri : Renkli Yazdır Siyah Beyaz Yazdır Resimleri Gizle <http://www.memurlar.net/haber/14919/>
Yazdırılma Tarihi : 28 Şubat 2016 Pazar 01:18

Vakıfbank, 20 yıl (240 ay) vadeli konut kredisi başlattı.

Haber Tarihi : 16 Ocak 2005 07:16

¹⁴ Şafîî, *el-Umm*, III/250

¹⁵ Ebu Hanife bir evin hangi yarısı olduğu bilinmeksizin yarısının kiralanmasını, kiralanan şeyin bilinmemesi nedeniyle caiz görmezken, İmam Muhammed ve Ebu Yusuf cevazına hükmeder. Muhammed b. Hasan eş-Şeybani, *el-Asl*, thk. Muhammed Boynukalın, Daru İbn Hazm, Beyrut, 2012, IV/11; Burhaneddin ebi'l-Hasen Ali b. Ebi bekr el-Fergani el-Merginani, *el-Hidaye Şerhu Bidayetu'l-Mübtedi*, Daru'l-Ekram b. Ebi'l-Erkam, Beyrut, ty, II/227

¹⁶ Burhaneddin ebi'l-Hasen Ali b. Ebi bekr el-Fergani el-Merginani, *el-Hidaye Şerhu Bidayetu'l-Mübtedi*, Daru'l-Ekram b. Ebi'l-Erkam, Beyrut, ty, II/227. Hanefî temsilinde onlar gibi düşünen bütün fukahanın “menfaatin malum olmadığı için satıma konu olamayacağı fakat insanların ihtiyaçlarından dolayı bu akdin cevazına hükmedildiği ifadesi sonuç olarak doğru olsa bile usul açısından tartışılabilir bir illete dayanmaktadır. İnsanların çoğunun neye ihtiyaç duyduğunun kararını insanların kendisi karar verecek olsaydı bu durumda küfür ve şirk toplumlara gönderilen bütün peygamberlerin iddiaları baştan boşa çıkması lazımdı. Çünkü o toplumlarda Allah'ın dinine – o insanların çoğuna sorulacak olsaydı – ihtiyacımız yok cevabı alınacaktı. Nuh peygamberin bütün risaleti boyunca kendisine iman edenlerin azlığını düşünecek olursak durumun vehameti daha net anlaşılabilir. “İnsanların bir şeye ihtiyacı olması onun meşruluğuna bir kaynak olarak tek başına yeterli değildir.”

Kira akdinin kendisine kıyas edilerek reddedildiği satım akdine kısaca bir bakalım. Burada satım akdinin caiz görülüşünün nedeni, akit mahalli olan ürünlerin malum olmasıdır. Peki öyle midir? Bugünün bilimi açısından baktığımızda hayır. Yine bugünün bilimi seviyesinde baktığımızda bir hakikatle daha yüz yüze geliriz. Maddenin şeklini ve hacmini belirleyen bir unsur da insandır. [Caner Taslaman, *Determinizm, İndeterminizm ve Kuantum Teorisi*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 31 S. 2, 2006, s. 165] Bilim açısından durum böyleyken, dini açıdan bakıldığında da farklı bir durumla karşılaşmamız mümkün değildir. Yerleşik tabirle “Bir saniye sonrasında ne bizim ne de sahip olduklarımızın devamına kefil olma imkanımız yoktur”. Bununla beraber hem peygamberimizden nakledilen hadisler hem de toplumda yerleşik durum hepimizin ve her şeyin devamlılığı kabul edilerek muamelelerin yapılmasıdır. Burada da kanaatimizce geçerli olan ilke “ tarafların rızası” ve yaşamın devamlılığına dayalı “örP”tür.

Maddenin ve bizim öz itibarıyla makdur ve malum olmadığı açığa çıkmıştır. Bu durumda herhangi bir satış işlemini kıyasen geçerli kılacak vasıf ya da illet ne olacaktır sorusuna bizim teklifimiz “toplumun kanaati” olacaktır.

Örf ve maruf, Kuran kaynaklı bir delildir. [Bakara 2/231-235, 241; Âl-i İmrân 3/114; Nisâ 4/114] Fıkıh ilminde de sıkça başvurulmaktadır. Dolayısıyla herhangi bir maddenin toplumca malum ve makdur olduğu, üzerinde anlaşılmalı bir husus ise orada satım akdini gerçekleştirmenin bir mahsuru yoktur. Aynı illete dayanarak bir toplum bir şeyden menfaati kendi arasında makul ve maruf bir şekilde gerçekleştiriyorsa bunun meşru olmasının önünde herhangi bir engel koyulmaması gerektiğini düşünüyoruz.

¹⁷ Ebu'l-Velid İbn Rüşd El-Kurtubi, (ö. 520), *El-Beyan ve't-Tabsil*, Daru'l-Garbi'l-İslami, Beyrut, 1988, VIII/498

¹⁸ Hali hazırda günümüzde böcek satışına örnek olarak şu ekran görüntüsü incelenebilir.

Kategoriler	Madagaskar Hamam Böceği - Damızlık - büyük boy
Çekirgeler	
Unkurdu - Tenebrio Molitor	
Morio Kurdu / Zophobas Morio	
Hamam Böceği - Shelf, Tartara	
Madagaskar Hamam Böceği	
Kuru Yem Çeşitleri + Jel	
Virüssafe	
Cep sobası - Soğuğa karşı önlem	



Büyük Resim

Fiyat : 11,00 TL

Ürün Kodu : HAM-02

1

Açıklaması
Resimleri
Diğer ürünler

Ticari bir faaliyet olarak antalyacekirge.net adresinde e-ticaret ile satış yapan bu kişi hamam böceği, çekirge, un kurdu gibi çoğu insanın görmekten tiksineceği şeyleri satmaktadır. Klasik

fıkıh açısından bakıldığında tayyip ve helal olmayan bu canlıları satmanın yasaklanması gerektiği [Ebu İshak Burhaneddin İbrahim b. Muhammed b. Abdullah b. Muhammed İbn müflih (ö. 774), *El-Mübbdi Şerhu'l-Mukni*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1418/1997, IV/10] düşünülebilir. Fakat bu canlılar, kendileriyle beslenen böcekler için haram kılınmadığı için hayvan beslemek için böcek üretim ve satımının normal (maruf) ve meşru görülmesi kanaatindeyiz. Fakat bu tür canlıların insanlara sunulması için satım ve üretimini insanların örfen kabul ettiği güneydoğu asya toplumları için bile olsa makul ve meşru görülemeyeceğini düşünüyoruz. Çünkü ilahi hüküm ve emirler düşünen insanlar için getirilmiş, hayvanlar zaten kendi fitratlarının gerektirdiği şekilde davranmaktadırlar.

- ¹⁹ Samire Hasanova, *Örf ve Adetin İslam Hukuku Düşüncesinde yeri ve Hükümlerin Değişmesi Kapsamındaki Tartışmalarda Rolü*, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S.14, 2009, s. 207-211

Bu husustaki mecelle kaideleri çok açıktır.

Madde 36- adet muhakkemdir

Madde 37- nasın istimali bir hüccettir ki onunla amel vacip olur (insanların yapageldikleri şey, kendisiyle amel edilebilecek bir delildir)

Madde 40- adetin delaleti ile manayı hakiki terk olunur

- ²⁰ Talak 65/6 (فَإِنْ أَضَعْنَ لَكُمْ فَاَوْهَنْ أَوْجُوهُنَّ)

Sizin için (çocuğu) emzirirlerse (emzirme) ücretlerini de verin ve aranızda uygun bir şekilde anlaşın.

- ²¹ Şâfi'i, III/250 Fakat burada hemen belirtmeliyiz ki imam Şâfi'i'nin itirazı burada ev ve toprak kiralınmasındadır. Herhangi bir yerden başka bir yere ulaşım için hayvan kiralamaya izin vermiş, kira müddetince hayvana bir zarar geldiği takdirde bunun sahibine ödenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu da kanaatimizce Şâfi'i mezhebinin bu düşüncesinin mutlak bir delil olarak kabul edilemeyeceği yönündedir. Sebebi her ne olursa olsun bir şeyin kiralınması mümkünse bu kiralınması mümkün olan her şey için mümkün olmalıdır. Peygamberimiz ve ashabından bu konuda herhangi bir haberin iletilmemesi o eylemin yokluğuna değil, onlara haberin ulaşmadığına delil olur.

- ²² Mecelle md-36

- ²³ Hacı Mehmet Günay, "*Vakıf*", DİA, XLII/477

- ²⁴ Klasik mantığın ilk kurallarından olan özdeşlik ilkesi gereği menfaat-mal olamaz. (A=A) Bkz.Necati Öner, *Klasik Mantık*, AÜİHFY, Ankara, 1986, s.3.

- ²⁵ Sir John Salmond, *Jurisprudence*, Sweet&Maxwell Limited, The Bastern Press, England, 1930, s. 445

- ²⁶ Burada değer kavramını felsefi mülahazalarına dalmadan biraz açmamız gerekecektir. Değer, üst bir kategori olduğu için tanımı yapılması zordur bu nedenle değerın ne olduğundan çok, değerlerden örnek vermek suretiyle anlaşılabilir bir yol izleyeceğiz. Uzaklık ölçüleri birer değerdir. 1 metre dediğimizde sadece bir ölçü biriminden bahsetmeyiz. Bunun somutlaşması için sabit bir nokta tayin edildiği ifade edilir. Sonrasında o nokta referans alınarak 1metre uzaklaşıldığında ulaşılacak bütün noktalar ile sabit nokta arasındaki mesafeden bahsedilir. Bu açıdan değerlendirildiğinde batı hukukuna kaynaklık eden roma tasnifinde merkeze mal alınmıştır. İslam hukukunda ise Allah'ın ilkeleri temel alındığından öncelikle Allah'ın kıymet verdiği ve vermediği (mütekavvim-gayri mütekavvim) gibi tamamen İslam hukukuna has bir tasnif yapılabilmektedir. Klasik tasnifte yer almadığı halde bu çalışmada eklediğimiz diğer ayrımlar da bu düşünceden yola çıkılarak tasnife tabi tutulmuştur.

- ²⁷ Hasan Hacak, "*Mal*" DİA/XXVII/464. Yazar madde içeriğinde tüketilen- kullanılan, bölünemeyen-bölünemeyen, mubah, özel gibi sınıflandırmaları da zikretmiştir, fakat klasik ayrımı konumuz açısından kâfi görmekteyiz.

- ²⁸ Böyle bir hükme nereden varılacağı sorulduğunda cevabımız günümüz İslam dünyasının mezheplerle bölünüp, birbirini öldürmeye varan radeye gelmesini delil olarak sunabiliriz. Bir kişinin ya da bir grubun üyelerinin katline fetva veren kişi, *fikhın* toplum nezdindeki saygınlığından ve otoritesinden faydalanmaktadır.

Bugünün baskın din anlayışında mezhepler, dinlerden öncelikli hale gelmiştir ve bu durum yüzyıllardan beri böyledir. İnsanlar birbirlerini Müslüman olduklarından dolayı kabullenmek yerine, mezhepleri farklı olduğu için tekfir edebilme sapkınlığına düşebilmişlerdir ve hali hazırda [2015] bir sünni-şii savaşı Irak'ta patlak vermiş, bugün [2015] de Ortadoğu birbirinin kâfir olduğunu düşünen mezhep mensuplarının kukla savaşlarına tanık olmaktadır.

Akaid mezhepleri Kuran'ın, fıkıh mezhepleri de peygamberimizin hükümlerini perdelemiştir desek, biraz abartmış olabiliriz fakat tamamen yanlış bir hüküm olduğu ifade edilemez. Bugün DİYK, dün mecelle, Hanefi mezhebi ağırlıklı hüküm koymaktadır.

- ²⁹ Fıkıhın bir ilim dalı olmaktan çıkıp, neredeyse kurucularının peygamberin üzerine çıkarılacak bir kıvama taşındığı müşahede edilebilir. Bunu fıkıh ilmi kendisi değil, onu gereğinden fazla yücelten toplumlar, bu hale getirmiştir. [Ali Bardakoğlu, *Fıkıh Çözüm mü Üretir Sorun mu?*, Eskiye, İslam ve Felsefe II, Güz 2014, s. 150]

- ³⁰ Kalacı, s. 383.

- ³¹ Abdullah b. Mahmud b. Mevdud Mevsili, *el-İhtiyar li Talîli'l-Muhtar*, thk. Muhammed Vehbi Süleyman – Ali Abdulhamid Ebu'l-l-Hayr, Daru'l-Hayr, Beyrut - Dimeşk 1419/1998, II/247; Ömer Nasuhi BİLMEN, “*Hukukî İslamiyye ve İstılabatı Fıkhiyye*” KAMUSU, Bilmen yayınevi, İstanbul, ty, VI/10

- ³² Burada eşya kavramını alınıp satılan kullanılan belirli madde için değil, şey kavramını hak eden, dilde şey olarak nitelenebilen, alım satıma konu olabilecek her türlü şey manasında kullanıldığımızı belirtelim.

- ³³ Yaran, s. 66

- ³⁴ Muavaza (معاوضة) عوض kökünden mufaale kalıbıyla oluşturulmuştur. Karşılıklılık- işteşlik manası veren bu kalıpla, tarafların bir şeyler koyduğu akitler için kullanılmıştır. Kaynaklar genelde muavaza yerine, ivaz kavramını referans almış, açıklama ve bilgiler bu kavram üzerinden verilmiştir. Bilal Aybakan, “*İvaz*”, DİA, XXIII/488.

- ³⁵ Yaran, s. 67

- ³⁶ Muhammed Evla b. el-Münzir b. İbrâhim el-Ensârî, *İrsadü'l-Müsterşid Fî Tebzîbi Mezahibi Eimmeti'l-Hedî Fî'l-Fıkıh Ve Edilletuhu*, Daru Ubeykan, Riyad, 1419/1998, II/239. Bu hususta bizim mütalaamız şudur. Üç mezhebin müzik aletlerinin satışını haram görmesinin nedeni ayetin tefsirine dair İbn Mesud'un yorumudur. [A.g.e, s. 239] Burada İbn Mesud bir hakikati söylemiş olabilir fakat fakihler bu hakikati günlerine ve gündemlerine taşırken kanaatimizce yanlışlardır. Şöyle ki o günün şartlarında müzik sadece müzik değil, zina, içki, kumar ve her türlü rezaletin bileşkesi (combination) haline gelen o günün pavyonlarının bir aracıydı. Aynı müzik bugün emin ellerde, farklı insanların İslamla buluşmasının, onunla huzur bulmasının aracı olarak kullanılmaktadır. Aynı müzik kötü niyetli kişilerin elinde satanizm, zina, kapitalizm gibi her türlü şeytani unsurların yayılımı için bilinçli olarak profesyonelce de kullanılmaktadır.

Her şeyin ötesinde genç nesil müzik icra eden şahıslara itibar etmekte onları örnek alabilmektedir. Zikri geçen fıkıhçılar bugünkü durumu görmeleri mümkün olmadığından onların görüşlerini bugüne taşımak, ölmüş bir insanın cesedini cumhurbaşkanlığı koltuğuna oturtmaktan farksızdır. Bugün geçerli olması gereken kanaatimizce tam tersidir. Müziğin İslam ve ahlak sınırları içerisinde eğitim ve öğretiminin yapılması, genç neslin bir müzik tüketicisi değil, güzel ve özel besteler yapan birer üretici haline gelmeleri için onların aile ve toplum tarafından desteklenmeleridir. Müslüman bir şarkıcı sahnede ahlak ve edebiyetle, sesiyle ve sanatıyla gerçek manada kitlelere İslamı taşıyabilir. (Uğur Işılak, Ömer Karaoğlu, Mustafa Ceceli gibi müzisyenler bunun canlı örnekleridir). Bu açıdan lehvel hadis ifadesi müziğe irca edilmemeli, Allah'ın sözüne alternatif olarak geliştirilmeye, kendisi üzerinden toplumun yönlendirilmeye, kitle algısının yönlendirilmeye çalışıldığı her türlü sözel ve kültürel faaliyete teşmil edilmelidir.

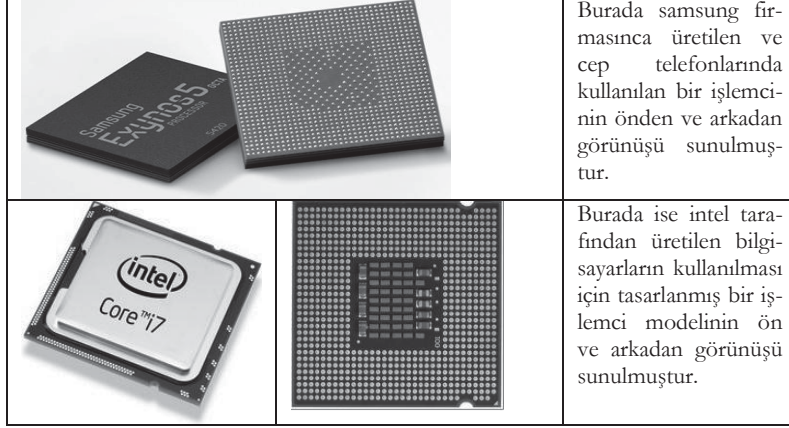
- ³⁷ Fahri Demir, *İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2003, s. 37

- ³⁸ İbn Faris, s. 1004

- ³⁹ Kalacı, s. 435

- ⁴⁰ Movable (taşınabilir, menkul) and immovable (taşınmaz, gayri menkul) property şeklinde bir ayrım söz konusudur. Salmond, s. 448
- ⁴¹ Fahri Demir, s 83
- ⁴² Elektronik aletleri bu grupta değerlendirebiliriz. Bir telefon ortalama 3 sene içinde standart kullanıca deneyimini vermektan geri kalmakta; donma, yavaşlama vb. arızalarla kullanıcıya yeterli randıman veremez hale gelebilmektedir.
- ⁴³ Bir malın vakfedilebilmesi için ortalama dayanım ömrünün ne kadar olması gerektiği tartışılabilir bir mevzudur. Bu hususta meri kanunda geçerli 49 seneliğine kiralama ölçüt olarak alınabilir. Farklı vakıf müesseselerinde vakfın amacının gerçekleşeceği birim müddet esas alınabilir. Örneğin üniversite öğrencisinin ilmi gelişimi için kurulmuş bir vakıfta bir öğrencinin mezun olana kadar geçen müddet, beş sene, ölçü koyulabilir.
- ⁴⁴ Kalacı, s. 374; İbn Faris, s. 938, İbrahim Mustafa vd. , *Mucemu'l-Vesit*, Çağrı Yayınları-Daru'd-Dave, İstanbul, 1996, s. 854
- ⁴⁵ Fahri Demir, s. 45.
- ⁴⁶ Ebû Abdurrahman Halil b. Ahmed b.Amr Halil b. Ahmed el-Ferâhîdî, (175/791), *Kitâbu'l-Ayn*, Beyrut, Daru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1424/2003, III/445;
- ⁴⁷ Hasan Hacak, “*Mal*”, DİA, XXVII/465
- ⁴⁸ Roma hukukunda mal sadece ve sadece maddi bir “şey”e verilebilen bir isimdi. P. Koschaker, *Roma Hususi Hukuku*, çev. Kudret Ayiter, Güney Matbaacılık, Ankara, 1950, s.91
- ⁴⁹ Makalenin hakemlenmesi aşamasında bu manada yanlış anlamadan kaynaklı eleştirilere de cevap vermemiz gerekmektedir. Menfaat kavramı, gayri maddi mal kavramını karşılamamaktadır. Menfaat bir maldan elde edilirken, gayri maddi malın bizzat kendisi değere dönüşür. Patentleri bu manada gayri maddi mal olarak niteleyebiliriz. Çünkü bir patent sahibinden başka kimseye getirisiz olmayan bir maldır. Patentin mal hüviyeti kazanması ise sanayi toplumundan bilgi toplumuna geçişte hızlanmıştır.
- ⁵⁰ Patent, lisans gibi kavramların kurumsallaşması bu dönemde oluşmuştur. Sınai ve fikri haklar şeklinde nitelenen bu hakların hukuki bir niteliğe bürünmesi sınai haklar için 1883 yılında imzalanan paris birliği, fikri haklar için 1886 tarihli Bern sözleşmesi ile başlar. İlhan Özturak, *Fikri ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1971, Ankara, 1971, s. 3-4
- ⁵¹ Özturak, s. 3
- ⁵² Ücretsiz ifadesi bazen yanlış anlaşılmalara medar olabilmektedir. Onun için bu vesileyle kısa bir açıklama yapma lüzumu hissediyoruz. Bir şeyin ücretsiz olması, insanlar tarafından karşılık beklenmeyerek yerine getirilmesi demektir. Karşılığı olmayan şekilde anlaşılmalıdır. Yeryüzünde yapılan her şeyin öte dünyada şu ya da bu şekilde bir karşılığı olmak durumundadır. Bu dünyada insanlardan ücret istememek bir nevi ben karşılığımı Allah'tan ecir olarak alacağım demektir. Bu tavır peygamberlerin örnekliliği olarak bize kutsal kitabımızda pek çok yerde sunulmuştur. Bkz. (Bakara 2/112; Nisa 4/67; Hud 11/51... 75 yerde bu kavram zikredilmektedir.)
- ⁵³ Özturak, s. 2.
- ⁵⁴ Veena Madhav Tonapi, *Textbook on Jurisprudence*, Universal Law publishing co. pvt. ltd, New Delhi, 2010, s. 210
- ⁵⁵ Özturak, s. 3-4
- ⁵⁶ Buhari, Edeb, 27
- ⁵⁷ Mecelle madde 125: - Mülk insanın malik olduğu şeydir gerek a'yan olsun ve gerek menafi' olsun. Kişinin ürettiği ister mal, ister hizmet, ister bir fayda olsun onundur.
- ⁵⁸ Ernst Eduard HIRSCH (HİRŞ), *Fikri ve Sınai Haklar*, Ar basımevi, Ankara, 1948 s. 25
- ⁵⁹ Şu ifade dikkat çekicidir. “Almanya, İsviçre ve yakın dönem Türkiye hukukunda mülkiyet maddi şeylere hasredilmiştir.” Hirs, *Eser Sahipliği Fikri ve Sınai Hakların Mahiyeti Hakkında Yeni Bir Görüş*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 1 Sayı: 3, 1944, s. 335

- ⁶⁰ Bilgisayar ya da işlevlerini görebilen akıllı telefonların ana işlemci birimlerine işlemci demektediriz.



- ⁶¹ Genetiği Değiştirilmiş Organizma ifadesinin kısaltılmışı Venhar Çelık, Dilek Turgut-Balık *Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar (GDO)*, Erciyes Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi cilt. 23 sayı. 1-2, s. 13
- ⁶² Daha fazla gelir uğruna genetiğiyle sebze tohumlarının üreme yeteneği kısırlaştırılmış, çiftçiler ertesi sene yeniden tohum almak zorunda bırakılmıştır. Bu ürünler ile beslenen toplumlarda ise kısırlık daha sık rastlanan bir hastalık olmuştur.
- ⁶³ Tecer Atsan, Tuğba Erem Kaya, Genetiği Değiştirilmiş Organizmaların (GDO) Tanım ve İnsan Sağlığı Üzerine Etkileri, Uludağ Üniversitesi. Ziraat Fakültesi Dergisi, 2008, Cilt 22, Sayı 2, s. 1