

# idrak

Dini Arařtırmalar Dergisi / Journal of Religious Studies  
Cilt/Volume-2 • Sayı/Issue-1 • Haziran 2022



Cilt | Volume: 2 • Sayı | Issue: 1

15 Haziran | June 15, 2022

## Hanefi Fıkıh Literatüründe Mütekavvim Mal Kavramının Hak ve Menfaatler ile İlişkisi

*The Relationship between of The Concept of al-Mal al-Mutaqawvim with Rights and Benefits in The Hanafi Fiqh Tradition*

**İbrahim Özpolat**

Doktora Öğrencisi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temel İslam Bilimleri Anabilim dalı, İslam Hukuku, İstanbul/Türkiye.  
*Ph.D. Student, İstanbul University, Institute of Social Sciences, Basic Islamic Studies, Department of Islamic Law, İstanbul/Türkiye.*

ibrahimozpolat.io63@gmail.com

ORCID: 0000-0001-6665-8970

### Makale Bilgisi | Article Information

**Makale Türü** | Article Type: Arařtırma Makalesi | Research Article

**Geliř Tarihi** | Date Received: 30 Mart | March 2022

**Kabul Tarihi** | Date Accepted: 27 Mayıs | May 2022

**Yayın Tarihi** | Date Published: 15 Haziran | June 2022

### Atıf | Cite as

Özpolat, İbrahim. "Hanefi Fıkıh Literatüründe Mütekavvim Mal Kavramının Hak ve Menfaatler ile İlişkisi". *İdrak Dini Araştırmalar Dergisi* 2/1 (Haziran 2022), 117-146.

### İntihal | Plagiarism

Bu çalışma hakem değerlendirmesinden geçmiş, bir intihal yazılımları ile taranmıştır. İntihal yapılmadığı tespit edilmiştir.

*This article has gone through a peer review process and scanned via a plagiarism software. No plagiarism has been detected.*

### Telif | Copyright ©

*idrak*'te yayımlanan çalışmaların telif hakları yazarlarına aittir.  
*The copyrights of articles published in idrak belong to their authors.*

Published by Giresun Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi

## Hanefî Fıkıh Literatüründe Mütekavvim Mal Kavramının Hak ve Menfaatler ile İlişkisi<sup>1</sup>

### Öz

Bu araştırmada mütekavvim mal kavramının Hanefî mezhebi bağlamında İslâm hukukundaki yeri ortaya koyulup Hanefî fakihlerinin hak ve menfaatlerin bu kavramla ilişkili değerlendirmelerine yer verilmiştir. Hanefîler açısından bir şeyin “mal” kabul edilebilmesi için insanlar tarafından yararlı ve değerli kabul edilme, üzerinde hâkimiyet ve zilyetlik kurulabilme ve maddi bir varlığa sahip olma şeklindeki üç özelliği taşıması gereklidir. Hanefîler mütekavvim kavramını ise “şer’ân kendisinden yararlanılması mubah olan şey” olarak tanımlarlar. Buna göre Hanefî mezhebine göre hak ve menfaatlerin mal sayılmamaları ve akitlere konu edilmemeleri icap etmektedir. Fakat sosyal hayatta çeşitli problemlere yol açtığı gözlenen bu anlayış erken dönemlerden itibaren değişime uğramış ve buna bağlı olarak hak ve menfaat türü kimi şeyler malî değer kazanarak muâvaza akitlerine konu olmuş ve ihlal edilmeleri hâlinde tazmin yükümlülüğü getirilmiştir. İcâre akdinin caiz oluşu, vakıf malları ile yetim malları söz konusu olduğunda menfaatlerin tazmin edilmesi, vakıf görevlerinin devri sırasında bedel alınması, yine özellikle vakıf dükkânları için hava parası alınması ve irtifak hakları, ayıp muhayerliği, tayin muhayerliği gibi hakların veraset yoluyla intikal etmesi, menfaat ve haklara malî değer atfedildiğini gösteren meselelerden bazılarıdır. Hanefî fıkıh ekolünün mal hakkında bu yeni yaklaşımın temelinde yatan şey örfün değişimi ile ihtiyaç ve zaruret düşüncesidir.

**Anahtar Kelimeler:** İslâm, Hak, Mal, Menfaat, Örf, Zaruret.

## The Relationship between The Concept of al-Māl al-Mutaqawwim with Rights and Benefits in The Hanafî Fiqh Tradition

### Abstract

In this research, the place of the concept al-māl al-mutaqawwim in Islamic law in the context of the Hanafî madhab is revealed. The evaluations of the rights (haq) and benefits of the Hanafi jurists related to this concept are given too. According to Hanafis, in order for something to be considered a “māl” it must have the three characteristics; to be considered useful and valuable by people, to be able to dominate and possess it and to have a material existence. Hanafis, on the other hand, define the concept of muqawwim as “the thing that is permissible to benefit from in terms of the shari’ a”. Accordingly, with respect to the Hanafi school, rights and benefits should not be considered property and should not be subject to contracts. However, this understanding, which is observed to cause various problems in social life, has changed since early times, and accordingly, some things such as rights and benefits have gained financial value and become the subject of collateral agreements, and compensation liability has been brought in case of violation. Cases such as the permissibility of an ijarah contract, compensation for benefits when it comes to foundations properties and orphans’ properties, receiving a price during the transfer of foundation duties, receiving air Money, especially for foundation shops, and inheritance of rights such as easement rights, defect allowance, assignment option, are some of the issues that show that financial value is attributed to interests and rights. The basis of these new approaches of the Hanafi school of fiqh about the property is the change of custom and the idea of need and necessity.

**Keywords:** İslâm, Property, Haq, Benefit, Custom, Necessity.

1 Bu çalışma, 2017 yılında yüksek lisans tezi olarak yazılıp 2020 yılında kitap olarak yayımlanan *Klasik ve Modern Yaklaşımlar Çerçevesinde Mütekavvim Mal* isimli çalışmamızdan türetilen ve 27-28 Ekim 2018 tarihleri arasında İstanbul’da düzenlenen IV. İslam Hukuku Lisansüstü Öğrenci Sempozyumu’nda sunduğumuz tebliğin geliştirilmesi ve eklemeler yapılması suretiyle hazırlanmıştır.

## Giriş

Bu araştırmada öncelikle Hanefî fıkıh literatüründe mütekavvim mal kavramının mezhep fakihleri tarafından ne şekilde tanımlandığı ortaya koyulacaktır. Ardından bu tanımlamanın tarih içinde yaşanan olguya uyarlanması için –zorunlu olarak- asıl normun dışına çıkılarak verilen istisna fetvalar ele alınacak ve buradan hareketle mezkûr tanımlamanın güncellenmesi ile ilgili bir öneri sunulacaktır. Araştırmanın ilerleyen bölümlerinden anlaşılacağı üzere Hanefî mezhep öğretilerinde kabul görmüş olan mal tanımlamasının özellikle menfaatler ve hakları dışlaması sebebiyle menfaat ve hakların akitlere konu edilmesi ve tazmini ile ilgili problemler doğurduğu görülmektedir. Mezhep fakihleri söz konusu problemleri mezhepte kabul görmüş mal tanımlamasının dışına çıkmadan verdikleri istisna fetvalarla çözmeye girişiminde bulunmuşlardır. Mezhep fakihlerinin zihinlerindeki mal tanımlamasının esas unsuru, malın maddi bir varlığa sahip olmasıdır. Buna göre maddi varlığı temsil eden mal asıl ve kök; bu unsura bağlı olan menfaat ve haklar ise tabi ve dal konumundadır. Ancak modern döneme gelindiğinde artık bu durumun değiştiği; menfaat, hak ve hizmetlerin asıl ve esas haline geldiği görülmektedir. Bu sebeple yirminci yüzyılın başından itibaren söz konusu tanımlama, Hanefî mezhebine mensup fakihler tarafından da haklı olarak tartışılmaya başlanmıştır.

Bu bağlamda mezhepte yerleşik mal ve mütekavvim tanımlamasının dışına çıkılarak istisnai olarak verilen fetvaların gerekçeleri bu noktada önemli bir konumda bulunmaktadır. Zira menfaat ve hakların modern dönemdeki yeni şekilleri olan telif hakkı, patent hakkı ve marka hakkı gibi soyut hakların akitlere konu edilmesi ve mal kapsamına dâhil edilmesi konusunda ilgili gerekçeler bir ölçü ve çıkış noktası kabul edilebilir.

### 1. Mal Kavramı

Hanefî mezhebine göre satım sözleşmesinde akit konusunda bulunması gereken en temel şartlardan biri de “mal olma” niteliğidir. Akit konusunun bu niteliği taşımamasının akdi zedeleyici bir du-

rum olduğu bilinmektedir.<sup>2</sup> Bu sebeple mal kavramının kapsamını açıklamak gerekmektedir. Zira mal kavramının tarih içinde koşul ve şartların değişmesi ile farklı anlamlarda kullanıldığı görülmektedir. Örnek olarak Cahiliye Araplarının “mal” kavramını deveye karşılık kullandıkları bilinmektedir.<sup>3</sup> Toplumda yaygın olarak hem binek hem de gıda olarak kullanılması deveyi cazip bir hayvan haline getirmiş ve mutlak kullanımda mal kavramının ona sarf edilmesine sebep olmuştur. Literatürde mal kavramın sözlük anlamı “sahip olunan her şey; eşya, gayri menkul, hayvan ya da para” şeklinde yapılmaktadır.<sup>4</sup> İbnü'l-Esîr (öl. 606/1210) malın sözlük anlamını ise şöyle ifade etmektedir:

Mal, esas olarak sahip olunan altın ve gümüş için kullanılmıştır. Ancak daha sonraki dönemde sahip olunan ve edinilen her eşya için kullanılmaya başlamıştır. Araplar da malı yaygın olarak deveye karşılık kullanmaktaydı. Bunun sebebi mallarının çoğunluğunu develerin oluşturmasıydı.<sup>5</sup>

Hanefî fakihleri malı bütünüyle hukuki bir kavram olarak değil örfi ve tabii bir kavram olarak ele almaktadır. Onların açıklamalarına göre hukuki bir değer taşıma niteliğinin mal kavramı ile doğrudan bir alakası mevcut değildir. Zira Hanefî fakihlerine göre hukuki mal “mütekavvim mal” olarak karşılık bulmuştur. Buna göre mal ile mütekavvim malın birbirinden ayrı olarak ele alınması gerekmektedir.<sup>6</sup>

2 Muhammed Emîn İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr*, thk. Abdülmeçid Ta'me Halebî (Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, 2011), 7/234; Abdülkerim Zeydân, *el-Medhal li-dirâseti's-şerîati'l-İslâmiyye* (Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 2003), 184; Nihat Dalgın, “İslam Hukukuna Göre Satım Sözleşmesi Açısından Mal Kavramı”, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 11/11 (Mart 1999), 104.

3 Ebû Nasr İsmail b. Hammâd el-Cevherî, “Mevele”, *Tâcü'l-luga ve sihâhu'l-Arabiyye*, thk. Ahmet Abdülgafûr Attar (Beyrut: Dârü'l-İlm li'l-Melâyîn, 1987), 5/1821; Heyet, “Mevele”, *Mu'cemü'l-vasîf* (Kahire: Mektebetü's-Şürûki'd-Devliyye, 2005), 892.

4 Cevherî, “Mevele”, 5/1821; *Mecmau'l-lugati'l-Arabiyye*, “Mevele”, 892; Ebu'l-Feyz Muhammed el-Mürtezâ b. Muhammed b. Muhammed b. Abdürrezzâk ez-Zebîdî, “Mevele”, *Tâcü'l-arûs*, thk. Mustafa Hicâzî (Kuveyt: el-Meclisü'l-Vataniyyü li's-Sekâfeti ve'l-Fünûni ve'l-Âdâb, 1998), 30/427; İbn Manzûr Ebu'l-Fazl Cemalettin Muhammed b. Mükerrrem b. Ali b. Ahmet el-Ensârî er-Rüveyfî, “Mevele”, *Lisânu'l-Arab* (Kahire: Dârü'l-Meârif, ts.), 6/4300.

5 İbnü'l-Esîr Ebu's-Seâdât Mecdüddîn el-Mübârek b. Esîrüddîn Muhammed b. Muhammed eş-Şeybânî el-Cezerî, “Mevele”, *en-Nihâye fi garîbi'l-hadîsi ve'l-eser* (Beyrut: el-Mektebetü'l-İlmiyye, 1979), 4/373.

6 Dalgın, “İslam Hukukuna Göre Satım Sözleşmesi Açısından Mal Kavramı”, 103; Hasan Hacak, *İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2000), 167.

Bu bakış açısı Hanefî hukukçularının tanımlarına ve bu tanımların sonuçlarına da yansımıştır. Aşağıda açıklanacağı üzere şarap ve domuzun zimmîler için mal sayılması bu bakış açısının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

Hanefî fıkıh klasiklerinde malın tanımı, araştırılabildiği kadarıyla neredeyse bütün fakihler tarafından benzer şekilde yapılmaktadır. Bu da örf ve zaruret açısından yaşadıkları bölgede aralarında büyük bir değişim olmayan fakihlerin zihinlerindeki mal tasavvurunun benzer şekilde olduğunu göstermektedir. Bu durum akit konusunun en esaslı şartlarından biri olan mal olma şartıyla ilgili mezhep içinde birlik ve tutarlılığın sağlanması açısından önemli bir konumu haizdir ve tarihte uzun bir süre büyük sorunlara sebep olmadan işletilmeye devam etmiştir. Aşağıda Hanefî fakihlerinin mal tanımları kronolojik sıra ile birlikte verilecektir. Böylece mal kavramıyla ilgili tanımlamanın mezhep içindeki değişim ve gelişimi açık bir şekilde ortaya çıkmış olacaktır.

Hanefî fakihlerinden Serahsî'nin (öl. 483/1090) mal tanımı şöyledir: *“Mal, temevvül ve ihrâz niteliği bakımından bize fayda sağlanması için yaratılmış olan şeydir.”*<sup>7</sup> Serahsî, bir başka münasebetle ümmü veled olan cariyenin satım akidinde akit konusu olmasını tartışırken mal kavramıyla bağlantılı olarak şöyle söylemektedir: *“Ümmü veled de olsa temevvül maksadıyla ihrâz edilmesi sahih olan şeydir.”*<sup>8</sup> Bu tanımlamaya binaen malın üç niteliği bünyesinde bulundurması gerektiği söylenebilir. Bunlar mal edinilme (temevvül), üzerinde hâkimiyet ve zilyetlik kurulabilme (ihrâz) ve fayda temin etme unsurlarıdır. Mal edinilme (temevvül) niteliği, Serahsî tarafından bir başka aktarımda şöyle izah edilmektedir: *“Temevvül, bir şeyi korumak ve ihtiyaç zamanı için biriktirmek üzere elde tutmaktır.”*<sup>9</sup> Bu itibarla mal olacak şeyin üzerinde hâkimiyet kurulmaya ve biriktirilebilir olmaya (iddihâr) elverişli olması gerekir. Bir şeyin üzerinde hâkimiyet kurulma ve biriktirilebilir olması için maddi bir varlığının bulunması gerekir.

7 Ebû Bekr Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, ts.), 11/79.

8 Serahsî, *Mebsût*, 7/160.

9 Serahsî, *Mebsût*, 11/79.

Tanımda geçen “ihrâz”, sahip olma niyetiyle bir şey üzerinde hâkimiyet kurmak demektir.<sup>10</sup>

Serahsî’den bir yüzyıl sonra Orta Asya bölgesinde yaşamış olan diğer bir Hanefî fakihî Kâsânî’nin (öl. 587/1191) mal tanımı ise şöyledir: “Mal, Kendisinden bilfiil istifade edilen ve bu istifadenin şeriat tarafından mubah sayıldığı şeydir.”<sup>11</sup> Kâsânî, bir başka münasebetle Şâfiîlere göre köpeğin mal sayılmayıp satımına cevaz verilmemesini eleştirirken dolaylı olarak mal kavramının açıklanmasına şu şekilde temas etmektedir:

Bize göre köpek, maldır. Mal olması sebebiyle kartal ve şahin gibi satım akdinin konusu olabilir. Köpeğin mal olduğunun delili, hakiki anlamda ondan faydalanılabilmesi ve bu faydalanmanın genel olarak şer’an mubah sayılmasıdır. Köpek bu nitelikleri taşıdığı için mal kabul edilmektedir.<sup>12</sup>

Kâsânî’nin mezkûr açıklamaları yalın olarak incelendiğinde ona göre malın “kendisinden gerçek anlamda istifade edilen ve bu istifadenin şeriat tarafından mubah kılındığı şey” anlamına geldiği görülmektedir.

Kâsânî’nin mal tanımının nevi şahsına münhasır olduğu söylenebilir. Zira Hanefî mezhebi içinde malın bu şekilde tanımlanması söz konusu değildir. Kâsânî’nin bu tanım ile gerek önceki yüzyılda yaşamış olup yukarıda mal tanımını aktardığımız Serahsî’den gerekse de aşağıda aktaracağımız Hanefî fakihlerinin diğer tanımlarından farklı bir tanım tercih ettiği görülmektedir. Zira ona göre mal, kendisinden faydalanılabilen ve bu faydalanmanın şeriat tarafından mubah kılınmış olan şeydir. Kâsânî’nin bu tanımı bağımsız olarak ele alındığında şarap ve domuz gibi zimmîlerin kendisinden faydalanıp kendi dinlerine göre mal sayılan fakat şeriat nazarında yasaklanmış olan şeylerin mal tanımı dışında tutulması gerektiği sonucuna varılır.

10 İbnü’l-Hümâm, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdülvâhid b. Abdülhâmid es-Sivâsî el-İskenderî, *Şerhu Fethi’l-kadîr ale’l-Hidâye şerhi Bidâyeti’l-mübtedî*, thk. Abdürrezzâk Gâlib el-Mehdî (Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 2009), 5/368; Hamza Aktan, “İhrâz”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2000), 21/543.

11 Alâüddîn Ebubekir b. Mesut b. Ahmet el-Kâsânî, *Bedâiu’s-sanâi’ fi tertîbi’s-şerâi’*, thk. Ali Muhammed Muavvad - Adil Ahmed Abdülmevcûd (Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 2010), 6/456.

12 Kâsânî, *Bedâiu’s-sanâi’*, 6/558.

Fakat vakıa bunun aksidir. Çünkü Kâsânî, mezkûr tanımı verdiği *Bedâi'* isimli kapsamlı çalışmasının sonraki bablarında şarap ve domuzun Müslümanların aksine zimmîler için mal sayıldığını açıkça vurgulamaktadır.<sup>13</sup> Bu açıdan Kâsânî'nin mal tanımı ilk bakışta diğer fakihlerin tanımından farklı bir görünüş arz etse de bu tanımın fûrû fıkhı bir yansıması olmaması onun diğer fakihler ile benzer anlamı kastettiğini göstermektedir.

Serahsî ile Kâsânî'nin yukarıda zikri geçen mal tanımları karşılaştırmalı olarak incelendiğinde tanımların ifade ve üslup bakımından farklı oldukları görülmektedir. Ancak önceki paragrafta ifade edildiği üzere bu farklılığın fûrû fıkhıta bir etki ve yansımasının olmaması her iki fakihin de benzer anlamları kastettiğini göstermektedir. Serahsî, mal niteliğinin sübutu için mal edinilme (temevvül), üzerinde hakimiyet ve zilyetlik kurulabilme (ihrâz) ve fayda temin etme kriterlerini öne sürmektedir. Buna karşılık Kâsânî'nin tanımının zahiri, fayda temin ile şeriat tarafından mubah kılınma kriterlerinin gerekli olduğunu ifade etmektedir. Kâsânî, *Bedâi'* isimli çalışmasının birçok yerinde mal niteliği için söz konusu kriterleri esas almaktadır. Buna örnek olarak şu ifadeler dikkate değerdir:

Maymun (satmanın hükmü) konusunda Ebû Hanîfe'den nakledilen iki görüş mevcuttur. Cevaz verilmeme rivayetinin gerekçesi şer'an maymundan yararlanılamamasıdır. Bundan ötürü maymun (Müslüman bireyler için) domuz gibi mal sayılmaz. Cevâz verilme rivayetinin gerekçesi ise maymunun kendisinden yararlanılamıyorsa da derisinden yararlanma imkânının var olmasıdır... Filin satılması, icmâ' delili ile cevaz hükmüne tabidir. Çünkü fil hakiki manada kendisinden yararlanılabilen ve genel olarak bu yararlanmanın şer'an mubah kılındığı bir hayvandır. Bundan ötürü mal sayılmaktadır.<sup>14</sup>

Bu nakilden açıkça şu husus anlaşılmaktadır: Kâsânî, mal niteliğinin sübutunu bir şeyden yararlanabilme kriteri ile şeriatın bu yararlanmayı mubah sayma kriterine bağlamaktadır. Bu da Serahsî'nin ortaya koyduğu tanımın mal kavramının çerçevesini daralttığı Kâsânî'nin tanımın ise bu çerçeveyi genişlettiği şeklinde bir yanlış anlaşılma durumuna sebep olmaktadır. Serahsî'nin yaklaşımında mal kriterleri arasında, mal edinilme (temevvül) ile üzerinde hakimiyet

<sup>13</sup> Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, 6/559.

<sup>14</sup> Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, 6/560.

kurulabilme (ihrâz) unsurları zikredilirken Kâsânî'nin tanımında bu kriterlere açıkça değinilmemektedir. Fayda temin etme kriteri ise her iki fakih tarafından mal niteliği için gerekli bulunmuştur. Kâsânî'nin, Serahsî'nin tanımında geçen mal edinilme (temevvül) unsuru ile üzerinde hakimiyet kurulabilme (ihrâz) unsurunu açıkça tanıma dâhil etmemesiyle ilgili herhangi bir bilgi tespit edilmemiştir. Ancak bu tercihin sebebiyle ilgili birçok varsayım ve tahmin öne sürülebilir. Bunlar arasında; Kâsânî'nin malın çerçevesinin genişletilmesi kanaatinde olduğu, mezkûr niteliklerin literatürde zaten yaygın ve malum olması ve malumu ilamdan sarfı nazar etme düşüncesi, Kâsânî'nin hayat sürdürdüğü yüzyılda satım akdinde akit konusunun genel olarak mezkûr unsurları içerisinde zaten bulunduruyor olması veya modern dönemdeki gibi maddi varlığı olmayan soyut şeylerin akit konusu edilmesi konusunda yaygın bir uygulamanın var olmaması gibi sebepler sayılabilir. Kâsânî'nin söz konusu tanımı fûrû fıkhı yansıtmayıp bu hususta diğer Hanefî fakihası ile benzer görüşlere sahip olması ve icâre sözleşmesinde malın içerisine menfaatlerin dâhil edilmemesi gerektiğini açıkça bildirmesi<sup>15</sup> mal kavramının anlamının geniş tutulması şeklindeki birinci varsayımı çürütmektedir.

Mal kavramının tanımı ile ilgili olarak Teftâzânî'nin (öl. 792/1390) yaklaşımı şöyledir: “*Mal, ihtiyaç vakti kendisinden yararlanmak için biriktirilebilen (iddihâr) şeydir.*”<sup>16</sup> Teftâzânî'nin tanımında mal kavramı için, bir şeyden yararlanılabilme kriteri ile biriktirilebilme kriteri öne çıkmaktadır. Biriktirilebilme kriterinin varlık göstermesi için bir şey üzerinde kabz niteliği ile hâkimiyet kurulabilme niteliklerinin bulunması gerekir. Buna göre tanımda yer alan biriktirilebilme (iddihâr) niteliğine bağlı olarak mal olacak şeyde maddi varlığa sahip olma niteliğinin bulunması gerektiği çıkartılabilir.

Diğer bir Hanefî fakihî İbn Emîru Hâc ise (öl. 879/1474) mal tanımıyla ilgili şu ifadelerle yer vermektedir: “*Mal, ihtiyaç zamanı için muhafaza edilip biriktirilebilen (iddihâr) şeydir.*”<sup>17</sup> Bu tanımı aktardığı çalışmasının diğer bir yerinde malı şu şekilde tanımlamaktadır: “*Mal,*

15 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, 5/512.

16 Sa'düddîn Mesut b. Fahrettin Ömer b. Burhanettin Abdullah el-Herevî el-Horâsânî et-Teftâzânî, *et-Tevvîh ilâ keşfi hakâiki't-Tevdih* (Beyrut: Dârü'l-Erkam, ts.), 1/465.

17 İbn Emîru Hâc Ebu Abdullah Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed b. Muhammed el-Halebî, *et-Takrîr ve't-tehbîr* (Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1983), 1/129.



*rağbet gören ve başkalarından sakınulan şeydir.*"<sup>18</sup> İbn Emîru Hâc'ın yer verdiği birinci tanım, biriktirilebilme (iddihâr) kriteri bakımından Teftâzânî'nin ortaya koyduğu tanım ile buluşurken yararlanılabilmeye kriterini göz ardı etmesi bakımından Teftâzânî'nin tanımından ayrılmaktadır. Mal kavramının önemli kayıtları arasında bulunan yarar kriterini göz ardı etmesi söz konusu tanıma yöneltilebilecek haklı eleştiriler arasında yerini alır. İbn Emîru Hâc'ın yer verdiği malın ikinci tanımı ise ağyârını mâni olma konusunda eleştiriye maruz kalır. Zira tanım dışarda bırakması gerektiği fertleri dışlamamaktadır. Örneğin hariçte var olan güneş, bulut ve oksijen gibi rağbet edilen fakat mal olmayan birçok şey tanımın dışında bırakılmamıştır.

Mısır'da yaşam sürmüş Hanefî fakihlerinden İbn Nüceym (öl. 970/1563), *el-Bahrü'r-râik* isimli eserinde mal kavramının tanımı hususunda Gaznevî'nin (öl. 593/1197) *el-Hâvi'l-kudsî* isimli eserinde geçen şu tanıma yer vermektedir: "*İnsanın faydası için yaratılmış, ihrâz edilmesi ve üzerinde tasarrufta bulunulması mümkün olan insan haricindeki her şeydir.*"<sup>19</sup> İbn Nüceym, tanımı alıntılıyıp herhangi bir olumsuz yorumda bulunmamaktadır. Bu da onun bu tanıma olumlu yaklaşım benimsediğini göstermektedir.

İbn Nüceym'in mal kavramıyla ilgili eserinde yer verdiği tanım önemlidir. Bu tanımın Kâsânî'nin mal tanımı haricindeki tanımlarla "biriktirilebilme (iddihâr) niteliği" ve "maddi varlığa sahip olma" nitelikleri dışındaki kriterlerde bulunduğu söylenebilir. İbn Nüceym'in nispeten geç dönemde yaşamış bir Hanefî fakihî olup diğer tanımları bilmesine rağmen bunları çalışmasına dâhil etmeyip *el-Hâvi'l-Kudsî*'de geçen tanımı tercih etmesi manidardır. İbn Nüceym'in eserinde yer verdiği tanım, özellikle mal olma kriteri için "maddi varlığa sahip olma" niteliğinden bahsetmemektedir. Genel olarak diğer Hanefî fakihlerinin mal tanımıyla uyuşmayıp İbn Nüceym'in kendisi tarafından da sarîh bir şekilde beyan edilmese de menfaat ve hakların tanıma dahil edilmesi ve bu suretle mal olarak değerlendirilmesi mümkün gözükmektedir. Bu tanım, sonraki dönemlerde genişleyen ihtiyaçları karşılama ve kuşatıcılık açısından önem arz eden bir tanımdır.

<sup>18</sup> İbn Emîru Hâc, *Takrîr*, 1/158.

<sup>19</sup> İbn Nüceym Zeynüddîn b. İbrahim b. Muhammed el-Mısırî, *el-Bahrü'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik* (Kahire: Dârü'l-Kitâbi'l-İslâmî, ts.), 5/277.

Son dönem Hanefî fakihlerinden İbn Âbidîn de (öl. 1252/1836) mal kavramına şu ifadelerle yer vermektedir: “İnsanın tabiatı itibarıyla meylettiği ve ihtiyaç vakti için biriktirilmesi (iddihâr) mümkün olan şeydir.”<sup>20</sup> Bu tanıma göre rağbet (istek) niteliği ile biriktirilebilme (iddihâr) niteliği malın temel kriterleri arasındadır. 19. yüzyılın ilk yarısına kadar yaşamış olan ve önceki Hanefî fıkıh birikimine hâkim olan İbn Âbidîn’den mal kavramının tanımı ile ilgili daha önce geçen Hanefî fakihlerinin tanımlarından daha açık, kuşatıcı ve eleştiriden uzak bir tanım yapması beklenen bir husustu. Fakat İbn Âbidîn daha önce geçen Hanefî fakihlerinin tanımları ile benzer kayıtları içeren bir tanım yapmayı tercih etmiştir. İnsanın tabiatı bakımından meyletmesi olarak anlam bulan rağbet (istek) niteliği çok kapsayıcı ve belirsiz bir niteliktir. Tanımın zahirine bakıldığında insanın tabiatı gereği uzaklaştığı ve tiksindirici bulduğu acı ve tatsız ilaçların mal tanımına dahil edilmemesi ve buna bağlı olarak satım akdinde akit konusu olamaması gerekir. Daha açık bir tanımın tercih edilmesi, mal kavramının çerçevesinin belirlenmesini kolaylaştırabilirdi. İbn Âbidîn’in tanımında geçen “biriktirilebilme (iddihâr)” kaydı, biriktirilemeyen şeylerin mal kavramının dışında tutma ve akit konusu yapılamamaları gibi bir anlamı çağrıştırmaktadır. Ancak İbn Âbidîn’in biriktirilebilme (iddihâr) niteliği ile hali hazırda varlığı bulunmayan ancak varlık gösteren menfaatlerin tanımın çerçevesi dışında tutulmasının amaçlandığını açıkça ifade etmesi<sup>21</sup> önemlidir. Zira bu açıklama ile İbn Âbidîn, tanıtımda geçen bu kaydın sebze ve yeşillik gibi çabuk bozulan ve biriktirilemeyen yiyecek maddelerini tanımın dışında bırakmak için değil bilakis özellikle menfaatleri tanımın dışında bırakmak için tercih ettiğini açıkça belirtmektedir.

Osmanlı’da kanun niteliği taşıyıp Hanefî mezhebi esas alınarak hazırlanan *Mecelle*’de malın tanımı şöyle geçmektedir: “*Tab-ı insanî mail olup da vakt-ı hacet için iddihâr olunabilen şeydir ki menkule ve gayrı menkule şamil olur.*”<sup>22</sup> *Mecelle*’de geçen tanım, İbn Âbidîn’in tanımı ile benzerdir. Bu açıdan İbn Âbidîn’in tanımı bağlamında zikri geçen eleştiri ve yorumlar *Mecelle*’nin ortaya koyduğu tanım için de geçerlidir.

20 İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, 7/8.

21 İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, 7/234.

22 *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, md. 126.

Çağdaş dönem fakihlerinden Ebû Zehrâ, İbn Nüceym ve İbn Âbidîn'in mal tanımını eleştiri ve yorumu ile birlikte ele almaktadır. İbn Âbidîn'in tanımını aktardıktan sonra bu tanımın mal kapsamına girmesi gereken bazı şeyleri tanımın dışında bırakması sebebiyle eksik bir tanım olduğunu vurgulamaktadır. Bu noktada Ebû Zehrâ'nın eleştirisi tanımın, fıkihta genel olarak mal sayılan ve akit konusu edilmesine cevaz verilen sebze, bakliyat ve yeşillikleri dışarıda bırakmasına yöneliktir. Ebû Zehrâ ayrıca tanımda geçen istek (rağbet) niteliğinin de belirsiz ve kapalı olduğunu ifade edip daha açık ve anlaşılır bir kaydın tercih edilmesi gerektiğini söylemektedir. Zira tanıma bakıldığında insanın kendisine meyletmediği ve istek duymadığı tiksindirici bazı ilaç ve zehirli maddelerin mal çerçevesi dışında tutulması sonucuna ulaşılmaktadır. Hâlbuki sözü geçen ilaç ve maddeler fakihlerce mal sayılmaktadır.<sup>23</sup> Ebû Zehrâ'nın mal kavramının tanımıyla ilgili tercih ettiği ve doğru bulduğu tanım, İbn Nüceym'in *el-Hâvil-kudsî* isimli fıkıh çalışmasından aktardığı tanımdır. Ebû Zehrâ, tanımı aktardıktan sonra tanıma yöneltilebilecek tek itirazın "köleyi kapsamaması" olduğunu bildirmektedir. Bu itiraza da cevap veren Ebû Zehrâ, insanın asıl olarak mal sayılmaması gerektiği ve insanda söz konusu olan mal niteliğinin arızı ve geçici bir nitelik olduğuna vurgu yapmaktadır.<sup>24</sup>

Biriktirilebilme (iddihâr) niteliğinin zahirine bakıldığında, bu niteliğe sahip olmayan yiyecek maddelerinin mal tanımı dışında bırakılması ve satım akdine konu edilmemesi sonucuna ulaşılır. Fakat bu niteliğin tanıma dahil edilme gerekçesi mezkûr maddeleri mal tanımı dışında bırakmak değil maddi bir varlığı bulunmayan menfaat ve hakları mal tanımının dışında tutmaktır. Bu kaydı tanıma dahil eden Hanefî fakihleri, ilgili yiyecek maddelerinin tanıma dahil edilmediği tarzında bir beyanda bulunmayıp aksine ilgili yiyecek maddelerinin mal kapsamında olduklarını varsayarak fûrû fıkihta ele almaktadır. Nitekim ilgili yiyecek maddelerinin alışverişe konu edilmesi halinde faizin illetinin tespit edilip edilmediğini söz konusu etmeleri ve bu yiyecek türlerinde zekâtın vacipliğini tartışmaları bunların mal kap-

23 Muhammed Ebû Zehrâ, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd fi'ş-şer'ati'l İslâmiyye* (Kahire: Dârü'l-Fikri'l-Arabî, 1996), 47.

24 Ebû Zehrâ, *Milkiyye*, 48.

masına dahil olduğunu desteklemektedir.<sup>25</sup> Nitekim İbn Âbidîn'in mal tanımı bağlamında, biriktirilebilme (iddihâr) niteliğini tanıma dahil etme gerekçesi olarak menfaatleri tanımın dışına itme düşüncesi olduğunu açıkça ifade ettiğini aktarmıştık. Menfaatler şimdiki zamanda bir bütün olarak varlık gösteremezler. Anbean var olmakla temlik edilebilirler. Bu sebeple biriktirilme olanakları yoktur.

Yukarıda kronolojik olarak aktarılan mal tanımlarına bakıldığında Hanefî fıkında genel olarak mal kavramında üç niteliğin bulunması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bunlar yarar ve fayda temin etme, üzerinde hâkimiyet kurulabilme ve maddi bir varlık olma nitelikleridir. Bu üç niteliğin aynı anda var olmadığı şeyler, Hanefî fıkına göre mal sayılmaz. Dolayısıyla menfaatler ve haklar maddi bir varlığa sahip olmadıklarından ötürü mal kapsamına dâhil olmazlar. Buna bağlı olarak satım akdinde akit konusu olmaları da mümkün değildir.<sup>26</sup> Ancak "ivaza mukabil menfaatin temliki" olarak bilinen icâre sözleşmesinin caiz olmaması gerekirken Hanefî fıkında istihsan delili esas alınarak bu sözleşmeye olumlu bakılmıştır. Bu olumlu bakış açısı istisnai bir fetva niteliğindedir.<sup>27</sup> Yine mal tanımına bağlı olarak, alacak (deyn) genel olarak tahsil edilip ele geçene kadar mal sayılmaz. Zira alacak (deyn), mal tanımının şartlarından olan üzerinde hâkimiyet kurulabilmeye olanak vermez. Fıkıhta bazı konularda hükmen mal sayılsa da bu istisnai bir durumu ifade eder.<sup>28</sup> Bir pirinç veya buğday tanesi gibi değersiz kabul edilen küçük şeyler, yarar ve fayda niteliklerini taşıması sebebiyle mal kapsamına dâhil değildir.

## 2. Müttekavvim Kavramı

Müttekavvim sözcüğü, "tekavveme" fiilinin ismi fâil sîgasıdır. Söz konusu fiilin mastarı, "tekavvüm" şeklinde gelmektedir. Tekavvüm sözlük anlamı bakımından "bir şeyin bir şeye denk gelmesi, eşit olması, kıymetinin belirginleşmesi" gibi manalara gelmektedir.<sup>29</sup> Çoğunlukla mal sözcüğü ile birlikte "müttekavvim mal" şeklinde bileşik

25 Abdülganî b. Tâlib b. Hammâde el-Guneymî ed-Dımaşkî el-Meydânî, *el-Lübâb fi şerhi'l-Kitâb* (Dımaşk: el-Mektebetü'l-Umeriyyetü, ts.), 161, 253.

26 Ömer Muhammed İdrîs, *el-Mâlû ve's-tihdâmâtühû* (Dubai: Cem'iyyetü Dâri'l-Bir, 2013), 63.

27 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, 5/512.

28 İdris, *el-Mâlû ve's-tihdâmâtühû*, 71.

29 Mecmau'l-lugati'l-Arabiyye, "Kaveme", 768.

olarak kullanılmaktadır. Mütekavvim mal sözlük anlamı bakımından “kıymet ifade eden, hukukça korunan mal” manasına gelmektedir.<sup>30</sup>

Tekavvümün terim anlamı hususunda birçok tanım yapılmaktadır. Bu tanımlar arasında en yaygın olanı Teftâzânî'nin tanımıdır. Teftâzânî, bu kavramı şu ifadelerle tanımlamaktadır:

Tekavvüm iki anlamda kullanılan bir kavramdır. Birincisi örfîdir ki ihrâz ile olur. Buna göre avlanılacak hayvan ve ot gibi ihrâz edilmemiş şeyler mütekavvim değildir. İkincisi şer'îdir ki o da şeriatın ondan yararlanmayı mubah sayması ile gerçekleşir.<sup>31</sup>

Bu tanıma göre tekavvüm kavramının örfî ve şer'î olmak üzere iki farklı terim anlamı mevcuttur. Bu kavramın kullanıldığı yerde karineler yardımıyla hangi anlamın kastedildiğinin tespit edilmesi gerekir.

Hanefî fakihlerinden İbn Nüceym de mütekavvim terimine değişen fakihlerdendir. İbn Nüceym, “mal” ve “mütekavvim” kavramlarını karşılaştırmalı olarak ele alan “el-Keşfü'l-kebîr” isimli çalışmadan aktardığı şu alıntı ile konuyu ele almaktadır:

*el-Keşfü'l-kebîr*'de şöyle geçmektedir: Maliyet (mal olma), insanların tümünün veya bir kısmının bir şeyi mal edinmesi ile olur. Tekavvüm (mütekavvim olma) ise insanların onu mal edinmesi ve şer'an ondan faydalanmanın mubah kılınmış olması ile olur. Buna göre tek bir buğday tanesi gibi insanların mal edinmediği fakat kendisinden faydalanmanın mubah kılındığı şeyler mal olamaz. Şarap gibi insanlar nezdinde (zimmîler gibi) mal olan fakat kendisinden faydalanmanın mubah kılınmadığı şeyler mal olsa da mütekavvim değildir. Kan gibi insanlar nezdinde mal olmayan ve kendisinden faydalanmanın mubah kılınmadığı şeyler ise mal da değildir mütekavvim de değildir.<sup>32</sup>

İbn Nüceym'in bu aktarımından “mal” ile “mütekavvim” kavramlarının bağımsız iki kavram oldukları anlaşılmaktadır. Bir şey, mütekavvim olmadan mal olabilir. Örnek olarak insanların bazısı bir şeyi mal edinirlerse o şey mal sayılır. Ancak bir şeyin mal olması mütekavvim olmasını zorunlu kılmaz. Nitekim zimmîler şarap ve

30 Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu* (İstanbul: Bilmen Basım ve Yayınevi, ts.), 6/10.

31 Ebû Zehrâ, *Milkiyye*, 50.

32 İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, 5/277.

domuzu mal edinmelerine rağmen şarap ve domuz mütekavvim sayılmamaktadır. Mütekavvimin varlığı, evvela mal niteliğinin varlığına bağlıdır. Mal kabul edilmeyen bir şeyde mütekavvim niteliğinin olup olmadığı sorgulanmaz. Zira bir şey insanlar tarafından mal edinilmemişse şeriatın o şeyi mubah saymasının akledilebilir bir hükmü ve etkisi olamaz.<sup>33</sup>

İbn Âbidîn *Reddü'l-muhtâr* isimli meşhur haşiyesinin “Mal, Milk ve Mütekavvimin Tarifi Hakkında Bir Bölüm” şeklinde ifade edilen babda İbn Nüceym’in yukarıdaki aktarımına atıfla şu ifadelere yer vermektedir:

Mal, mütekavvimden daha genel ve daha kuşatıcı bir kavramdır. Çünkü mal, şarap örneğinde olduğu gibi mubah olmasa da biriktirmeye (iddihâr) elverişli şeyler için kullanılabilir. Ancak bir şeyin mütekavvim olabilmesi için biriktirmeye (iddihâr) elverişli olmasıyla birlikte mubah olması da gerekir. Buna göre şarap, mütekavvim olmayan maldır.<sup>34</sup>

İbn Âbidîn aynı eserinde bir diğer bağlamda mütekavvim kavramını şu ifadelerle açıklamaktadır: “*Mütekavvim, şer’an kendisinden faydalanmanın mubah olduğu maldır.*”<sup>35</sup> Tanıma binaen bir şeyin “mütekavvim mal” niteliğini kazabilmesi için evvela mal için gerekli olan kriterleri karşılaması gerekir. Şeriatta bir şeyden yararlanmanın mubah sayılması ikinci aşamayı oluşturmaktadır. Mal tanımını karşılayan fakat şeriatta yararlanılması yasaklanan şeyler mütekavvim niteliğine sahip bulunmasa bile mal kapsamına girebilir.

*Mecelle*, mütekavvim malın tanımı ile ilgili şu ifadelere yer vermektedir: “*Mal-i mütekavvim, iki manaya istimal olunur. Biri intifa-ı mubah olan şeydir. Diğeri mal-i muhrez demektir. Mesela denizde iken balık gayrı mütekavvim olup istiyâd ile ihrâz olunduğunda mal-i mütekavvim olur.*”<sup>36</sup>

Mütekavvim mal ile ilgili daha önce aktarılan Teftâzânî’nin yaklaşımı ile burada zikredilen *Mecelle*’nin tanımı karşılaştırıldığında her iki tanımın birbiriyle oldukça benzer olduğu görülür. Ebû Zehrâ,

33 Ebû Zehrâ, *Milkiyye*, 49.

34 İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 7/8.

35 İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 7/234.

36 *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, md. 127.

*Mecelle'*nin tanımının Teftâzânî'den yararlanmak suretiyle yazıldığını ifade etmektedir.<sup>37</sup> Her iki tanım sonuç olarak şunu ifade etmektedir: Mütekavvim kavramı iki anlamı havidir. Birincisi, bir şey üzerinde hakimiyet kurulması anlamı, ikincisi şeriatın mubah saydığı şey anlamıdır. Herhangi bir şey için mütekavvim olmama niteliği söz konusu edildiğinde bununla, o şey üzerinde hakimiyet kurulmamış olması manası irade edilebileceği gibi şeriatın o şeyi mubah kılmadığı manası da irade edilmiş olması mümkündür.

Mütekavvim mal hakiki manada malı ifade eden bir kavramdır. Zira bu kavram, iktisadi değeri bulunan ve hukuk tarafından korunmuş mala karşılık olarak kullanılmaktadır. Bundan ötürü telef edilmesi durumunda tazmini gerekli olan mal, mütekavvim maldır. Mütekavvim olmayan malın ise itlafı durumunda tazmin gerekli olmaz. Zira mütekavvim olmayan mal, hukukun tanımadığı ve hukukun koruma altında olmayan maldır.<sup>38</sup> Ancak bu hükmün Müslüman kimseler için sabit olduğunu unutmamak gerekir. Müslüman bir bireyin, İslâm devletinin boyunduruğu altında yaşayan ve devletin vatandaşı olan bir zimminin şarap veya domuz benzeri mütekavvim olmayan bir malını itlaf etmesi halinde tazmin icap eder. Çünkü gayrı mütekavvim mallar, zimmilerin yararlandıkları ve onların hukukuna göre kendilerine serbest ve mubah sayılan mallardır. Şeriat zimmiler lehine bu malların korunması gerektiğini bildirmiştir.<sup>39</sup>

Mütekavvim mallar, her türlü meşru tasarruf ve hukuki uygulamaya tabi mallardır. Zira bu malların iktisadi değeri vardır ve bu mallar hukuk tarafından koruma altına alınmıştır. Bunun bir sonucu olarak mütekavvim mallar satım ve hibe benzeri sözleşmelerde akit konusu yapılabilir. Gayrı mütekavvim mallar ise genel itibariyle hukuki tasarruflara konu edilmezler.<sup>40</sup> Bu malların sadece mirasa konu olmasına cevaz verilmiştir.<sup>41</sup> Bu hüküm, asıl kuralın dışına çıkılan istisnai bir hale binaen sabit olmuştur. Bunun bir sonucu olarak gayrı mütekavvim malın satım veya hibe gibi bir işlem ile akde konu edil-

37 Ebû Zehrâ, *Milkiyye*, 50.

38 Serahsî, *Mebûsât*, 11/96.

39 Serahsî, *Mebûsât*, 11/53, 102.

40 Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm* (Riyad: Dârü Âlemi'l-Kütüb, 2003), 1/185.

41 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, 6/437.

mesi caiz değildir. Ayrıca mal olma kriterlerini karşılamayan şeylerin de hukuki tasarruflara konu olması mümkün değildir.<sup>42</sup>

### 3. Menfaat ve Hak Kavramı

Menfaate sözlükte “kişinin kendisiyle hedef ve maksadına ulaştığı (vasıta niteliği taşıyan) şey” anlamı verilmektedir. Menfaat kavramının içerisine temel gıda maddeleri ile yiyecek ve içeceklerin yanı sıra tatsız ve acı ilaçlar da girmektedir. Menfaat bazen somut ve maddi bezen de soyut ve manevi şeylerden yararlanma vesilesiyle ulaşılabilir bir şeydir. Meyve ve sebzeler ile hayvan postları maddi olan şeylere bağlı menfaate; bir konutta iskân (süknâ), bineğe binme ve öğretim soyut ve manevi şeylere bağlı menfaate örnek olarak sunulabilir.<sup>43</sup>

Menfaat kavramını terim anlamı açısından ele alan birçok eser vardır. Bunlar arasında Elmalılı Hamdi Yazır'ın (öl. 1942) tanımı dikkate şayandır. Yazır menfaati şöyle tanımlamaktadır:

Menfaat, bir aynın kullanılması ile meydana gelen ve elde edilen faydasıdır. Çoğulu menâfidir. Mesela bir evin menfaati içine oturmakla elde edileceği gibi bir hayvanın menfaati de ona binmekle elde edilir. Menfaat müşahhaslık niteliği taşımayıp, ma'dûm olduğundan aslında akde konu olmaması gerekirdi. Ancak zaruret ihtiyacına binaen mevcut telakki edilmiş ve akde konu olması caiz görülmüştür.<sup>44</sup>

Menfaat kavramının terim anlamıyla bir diğer tanımı ise şöyledir: “Maddi varlığı bulunan malların kullanılmasıyla ortaya çıkıp elde edilen faydalardır.”<sup>45</sup> Her iki tanımın birbirine oldukça yakın olduğu söylenebilir.

Hak kavramı, sözlük manası bakımından “inkârı mümkün olmayan sabit şey” manasında kullanılmaktadır. Hakkın birçok tanımı yapılmıştır. Bunlar arasında “İnsan için maddi veya manevi şeyler

42 Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, md. 210.

43 Ebu'l-Abbas Hatîbüddehşe Ahmet b. Muhammed b. Ali el-Hamevî el-Feyyûmî, “Nefaa”, *el-Misbâhu'l-münîr* (Kahire: Matbaatü'l-Emîriyye, 1922), 2/849; Ebu'l-Kâsım Huseyn b. Muhammed b. Mufaddal er-Râgıb el-İsfahânî, “Kaveme”, *Müfredâtü elfâzîl-Kur'ân* (Dımaşk: Dâru'l-Kalem, 1992), 502.

44 Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır, *İslam Hukuku ve Fıkıh İstılahları Kamusu* (İstanbul: Eser Neşriyat, 1997), 3/413.

45 İdris, *el-Mâlû ve's-tihdâmâtühû*, 62.



üzerinde imtiyaz ve imkânların var olmasıdır"<sup>46</sup> şeklindeki tanımın oldukça açık ve kapsayıcı bir tanım olduğu söylenebilir. Ömer Nasuhi Bilmen ise hak kavramını şu ifadelerle tanımamaktadır: "Şahsa özel olan manevi bir kudrettir ki, insan bununla tasarruf salahiyetini veya bir şeye malik olma özelliğini kazanır."<sup>47</sup> Çağdaş İslâm hukukçularından Alî el-Hafîf'in tanımı ise şöyledir: "Sahibi için şer'an kazanılmış her maslahattır."<sup>48</sup> Mezkûr tanımlar incelendiğinde hak kavramının somut-soyut maddi-gayrı maddi ayrımı yapılmaksızın herhangi bir kimsenin mülkünde bulunan şeylere karşılık geldiği anlaşılmaktadır. Hanefî fakihlerinin araştırmanın başında aktarılan mal tanımlarına bakıldığında hakların, mal sayılamayacağı açıktır. Zira Hanefî fakihlerine göre mal kavramının temel unsurlarından biri malın maddi bir varlığa sahip olmasıdır. Maddi varlığı bulunmayan haklar bu sebeple mal sayılmazlar.<sup>49</sup>

#### 4. Klasik Mal Teorisi Çerçevesinde Menfaat ve Hakların Durumu

Hanefî fakihlerinin araştırmanın başında aktarılan mal tanımları incelendiğinde menfaatler ve hakların mal kavramının dışında kaldığı görülmektedir. Zira menfaat ve haklar, mal olma kriterinin başında gelen maddi bir varlığa sahip olma niteliğini karşılamamaktadır. Bu hükümle ilgili olarak özel olarak menfaatlere dair söz konusu edilse de dolaylı olarak hakları da ilgilendiren şu gerekçelerin sunulduğu bilinmektedir:

– Mal niteliğinin sübutu için gerekli olan kriterlere bakıldığında menfaatlerin bu kriterleri taşımadığı görülecektir. Zira mal niteliğinin en önemli kriterleri arasında maddi bir varlığa sahip olma ve biriktirilebilme kriteri bulunmaktadır. Menfaatler, söz konusu kriterleri taşımadıkları için mal kavramına dahil değildir. Zira menfaatler özü itibarıyla maddi bir varlığa sahip olmadıkları gibi biriktirilebilmeye de elverişli değildir.<sup>50</sup>

46 İdris, *el-Mâlû ve's-tihdâmâtühû*, 60.

47 Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, 1/13.

48 Alî el-Hafîf, *el-Milkiyye fi'ş-şer'ati'l-İslâmiyye* (Beirut: Dârü'n-Nehdati'l-Arabiyye, 1990), 9.

49 İdris, *el-Mâlû ve's-tihdâmâtühû*, 61.

50 İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, 7/234; Zeydân, *Medhal*, 184.

– Bir şeyin mal sayılmasının en önemli sonuçlarından birisi itlafi durumunda tazminin gerekli olmasıdır. Menfaatler genel olarak ihlal edilmesi durumunda tazmin yükümlülüğü doğurmazlar ve menfaatlere karşılık ücret alınması da -icâre akdi hariç- uygun değildir. Malın en temel özelliği olan bu hükmün menfaatlere verilmemesi onların mal olarak değerlendirilmediğini açıkça göstermektedir.<sup>51</sup>

– Ölüm hastalığına<sup>52</sup> maruz kalmış bir kimsenin, yetkisinde bulunan menfaatlerin tamamını bir başka kimseye bu başkası yararlınsın diye bedelsiz vermesine cevaz verilmektedir. Ancak aynı kimsenin sahibi bulunduğu mal türü şeylerin üçte birlik miktarından fazlasında tasarruf yetkisi yoktur. Bu da menfaatlerin mal kabul edilmediğini göstermektedir. Zira menfaatler mal olsaydı mallar için sabit olan hüküm onlar için de sabit olmalıydı.<sup>53</sup>

– Menfaatler, kullanılmadan önce ma'dûm durumdadırlar. Ma'dûm olan bir şeyin mal olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.<sup>54</sup>

## 5. Klasik Mal Teorisinden Doğan Sorunlar ve Çözümleri

Yukarıda zikri geçen Hanefî fakihlerinin klasik mal teorisine göre maddi varlığa sahip olmayan şeyler mal kapsamına giremezler ve akitlere konu edilemezler. Bu sebeple bu niteliğe sahip olmayan menfaat ve hakların satım akdine konu edilmesine klasik Hanefî fakihleri olumlu bakmazlar.<sup>55</sup> Çünkü menfaat ve haklar, peyderpey meydana gelen ve hali hazırda bir bütün olarak var olmayan soyut şeylerdir. Buna göre icâre sözleşmesinin de caiz olmaması gerekir. Ancak icâre sözleşmesi, genel kuralın bir istisnası olarak istihsan deliline

51 Ebu Muhammed Fahrüddîn Osman b. Ali b. Mihcen b. Yunus es-Sûfi el-Bârîî ez-Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik şerhu Kenzî'd-dekâik*, thk. Ahmed Azve İnâye (Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2000), 15/455.

52 Ölüm hastalığı: Bir hastalığın ölüm hastalığı olabilmesi için iki şart gereklidir. Birincisi, söz konusu hastalık sebebiyle ölümlerin galip olarak gerçekleşiyor olması, ikincisi, ölümün söz konusu hastalığa bağlı olarak bilfiil gerçekleşmesi. Hastalık genellikle beraberinde ölümü getirmeyen basit bir hastalık olursa veyahut ölümcül bir hastalık olur da kişi bu hastalıktan iyileşecek olursa ölüm hastalığının varlığından bahsedilemez. Buna göre bir hastalığın tam olarak ölüm hastalığı olup olmadığı kişi öldükten sonra anlaşılır. Bk. Zekeriyâ el-Berrî, *el-Vasît fi ahkâmî't-terikâti ve'l-mevâris* (Kahire: Dârü'n-Nehdati'l-Arabiyye, 1973), 17.

53 İdris, *el-Mâlû ve's-tihdâmâtühû*, 65.

54 Dalgın, "İslam Hukukuna Göre Satım Sözleşmesi Açısından Mal Kavramı", 104.

55 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, 5/512; İdris, *el-Mâlû ve's-tihdâmâtühû*, 61.

binaen cevaz hükmü bulmuştur. Menfaat ve haklarla ilgili olumsuz yaklaşım, tarih içinde ortaya çıkmış yeni bazı fetvalarla esnetilmeye başlamıştır.<sup>56</sup> İlgili fetvalara bakıldığında karşımıza zaruret ve örf gerekçeleri çıkmaktadır. Bu fetvalar hak türü bazı şeylerin bedele mukabil temlikine cevaz vermektedir. Bu sebeple bu fetvalar - fakihler tarafından mal oldukları açıkça söylenmese de – hakların mali yönüne itibar edildiğini göstermesi açısından değerlidir. Bu istisna fetvalara aşağıda özel başlıklar halinde yer verilmektedir.

### 5.1. İcâre Akdi

Fıkıhta ivaz mukabilinde menfaatin temlik olarak tarif edilen icâre akdinde akdin konusunu menfaatler oluşturmaktadır. Menfaatlerin mal olmamaları sebebiyle genel kural olarak akde konu edilmelerine cevaz verilmemelidir. Ancak Hanefî fakihleri icâre akdine istihsan deliline bağlı olarak cevaz vermişlerdir. İstihsan delilinin dayanağı ise bu konuda varit olan naslardır. Böylece icâre akdine genel kuralın bir istisnası olarak cevaz verilmekte ve menfaatlerin ivaza mukabil temlikine izin verilmektedir.<sup>57</sup>

### 5.2. Menfaatlerin İhlali Halinde Tazmin Yükümlülüğü

Malın telef edilmesi tazmini gerektirir. Ancak menfaatler mal olmadığı için ihlal veya itlaf edilmesi tazmini gerektirmez. Fakat menfaatlerle ilgili bu yaklaşım menfaatin bazı türleri için esnetilmiştir. Hanefî fakihleri tarafından vakıf malları ile yetim mallarının izinsiz kullanılması suretiyle itlaf edilen menfaatlerin (kullanma edimlerinin) emsal ücret ölçü alınarak tazmin edilmesi gerektiğine dair fetvalar verilmiştir.<sup>58</sup>

### 5.3. Kişinin Ücret Mukabili Sahip Olduğu Görevi Devretmesi (et-Tenâzül ani'l-vazîfe bi-mâl)

Haskefî (öl. 1088/1677), bir kimsenin -kamu, vakıf veya özel sektörde- hak ettiği vazifesinden çekilip bu vazifeyi başka bir kimseye

<sup>56</sup> İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, 7/33.

<sup>57</sup> Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, 5/512.

<sup>58</sup> Berrî, *el-Vasît fi ahkâmi't-terikâti ve'l-mevâris*, 16; Vehbe ez-Zuhaylî, *el-Fikhü'l-İslâmiyyü ve edilletühû* (Dımaşk: Dârü'l-Fikir, 1989), 8/234.

ücret karşılığında devretmesine cevaz vermekte ve bu fetvayı şöylece ifade etmektedir:

*Eşbah*'da geçtiği kadarıyla şüf'a hakkı gibi mücerret haklara<sup>59</sup> karşılık bedel almak caiz değildir. Buna binaen vakıflardaki görevlere karşılık bedel almak caiz olmaz. Yine aynı eserin 'örfün lügat ile çelişmesi' konusunun sonunda şöyle bir açıklama gelmiştir ki, mezhepte asıl olan görüşe göre yerel örfе itibar edilmez. Fakat (Hanefî fakihlerinden) birçok âlim yerel örfе itibar edilebileceğine dair fetva vermişlerdir. Bu (son) hükme binaen mal/ücret karşılığı vazifeden vazgeçmek caizdir şeklinde fetva verilir.<sup>60</sup>

Haskefi'nin İbn Nüceym'den naklettiği mezkûr aktarımda vakıflarda olduğu söylenen görevler; namaz kıldırma, hutbe okumak, müezzinlik yapmak, temizlik ve danışmanlık/kapıcılık gibi sorumluluklardır.<sup>61</sup> Bu vazifeler, şahısların bu görevlere atanmasıyla şahıslar tarafından hak edilmiş haklardır. İlgili hak sahibinin bu hakkını devretmeye karşılık ücret alması, Hanefî fakihlerinin geneline göre caiz değildir. Çünkü bu haklar, "mücerret hak" olarak bilinen hak türleri olup bu haklar mal değildir.<sup>62</sup> Mal olmadıkları için de bu haklardan feragat etmeye mukabil ücret alınmasına cevaz verilmemektedir. Fakat İbn Nüceym, özel örfе itibar edilmesi gerektiği düşüncesinden hareketle bir bölgede örfi bir uygulama olarak tebellür etmiş bu meseleye cevaz vermekte ve bu cevaz hükmünde yalnız olmadığını

59 Mücerred Hak: İster sulh yoluyla olsun ister ibrâ yoluyla olsun vazgeçildiğinde (hakkın düşmesi dışında) herhangi bir sonuç doğurmayan haktır. Buna göre hakkın karşı tarafı olan şahıs, hak sahibinin hakkından vazgeçmesi veya ibrâ etmesi durumunda söz konusu hak düşürmeden dolayı herhangi bir şekilde etkilenmez. Şüf'a hakkı, alacak hakkı ve müddeinin iddiasına dair delil getirememesi durumunda hasmına yemin ettirme hakkı gibi haklar buna örnek verilebilir. Gayrı Mücerred Hak: Vazgeçildiği zaman (hakkın düşmesi ile birlikte) sonuç doğuran haktır. Kısas hakkı buna örnek verilebilir. Kısas hakkına sahip olan kişi, bu haktan vazgeçmeden önce kısasın kendisine taalluk ettiği katil kısas hükmü gereği kanı korunmuş olmaktan çıkmış biriydi. Kısas hakkından vazgeçildikten sonra hüküm değişir ve katil kanı korunmuş olmaya devam eder. Hakkı bu şekilde kısımlara ayırmanın semeresi şöylece izah edilebilir: Gayrı mücerret hakka karşılık ücret almak caiz iken mücerret hakka karşılık ücret almak caiz değildir. Bk. Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, 4/21.

60 Haskefi, *ed-Dürrü'l-muhtâr*, 395-396; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 7/32-33.

61 İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 7/32.

62 Hanefî fıkhında asıl olan, mücerred hakların satım akdine konu edilemeyeceği, üzerinde sulh yapılamayacağı ve telef edilirse tazminin söz konusu olmayacağıdır. Ancak cumhur aksi görüştedir. Bk. Sâlih Alî - Bâsil Hâfi, *Nazariyyetü'l-akd fi'l-fıkhil-İslâmî ve tatbikâtühe'l-muâsıra* (Dimaşk: el-Yemâme, 2008), 201.

birçok fakihin mezhepte yerleşik olan görüşün dışına çıkarak<sup>63</sup> bu meseleye cevaz verdiğini beyan etmektedir.

İbn Nüceym'in de ifade ettiği gibi vakıflardaki görevleri devretmeye karşılık bedel alınması meselesine birçok Hanefî fakihinden bahsedilebilir. Bu fakihler cevaz hükmünü gerekçesi ile birlikte ortaya koymaktadırlar. Vakıflardaki görevleri devretmeye karşılık bedel alınması uygulamasının örfüne yerleştiği yer, Kahire şehridir. Buranın önde gelen fakihlerinden İbn Nüceym özel örfü esas alıp buna cevaz vermektedir.<sup>64</sup> Aynı meseleye genel kuralın dışına çıkılarak istisnai bir fetva olarak olumlu bakan Hanefî fakihlerinden biri de Bedrüddîn el-Aynî'dir (öl. 855/1451). Aynî, vakıflardaki görevleri devretmeye karşılık bedel alınması uygulamasının caiz olabilmesi için esas alınacak bir delilin bulunmadığını itiraf edip hukukçular ile yargıçların zaruret sebebiyle cevaz hükmü verdiğini dile getirmekte ve ihtilafa sebep teşkil etmemesi için nazırın imzasının şart koşulduğunu eklemektedir.<sup>65</sup> Bu uygulamaya cevaz veren Hanefî fakihlerinden bir diğeri de İbn Âbidîn'dir.<sup>66</sup> Ancak İbn Âbidîn dile getirdiği cevaz hükmünü İbn Nüceym gibi özel örfe veya Aynî gibi zaruret haline bina etmemektedir. Bunlar yerine bu uygulamanın caiz olmasının gerekçesini "emsal teşkil eden benzer meselelere mezhepte cevaz verilmiş olması" şeklinde ifade etmektedir. Buradan hareketle bu uygulamanın benzetilebileceği iki tür mesele olduğunu ifade edip birinci türde zararı engellemek için bir kimseye tanınmış şüf'a (ön alım) hakkı, çok eşli evlilikte eşlere tanınan kasm (pay) hakkı gibi haklar mevcuttur ki bu haklara karşılık anlaşma yapmak (sulh akdi) suretiyle bedel alınmasına cevaz vermemektedir. Dolayısıyla bahsi geçen uygulama bu tür haklar ile benzer nitelik arz etmemektedir. İkinci tür ise zararı engellemek için değil direkt olarak (asaleten) fertlere tanınmış kısas hakkı ve nikah hakkı gibi haklardır. Bu ikinci tür haklara mukabil bedel almak caizdir. İbn Âbidîn'e göre bahsi

63 Mezhepte yerleşik olan asıl kural genel örf'e itibar edilip özel örf'e itibar edilmeyeceğidir. Bk. İbn Nüceym Zeynüddîn b. İbrahim b. Muhammed el-Mısırî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir* (Dımaşk: Dârü'l-Fikr, 1986), 113-114; Alî ve Hâfî, *Nazariyyetü'l-akd*, 200.

64 İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 7/33.

65 İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 7/33.

66 İbn Âbidîn bu muamelede geçen haktan vazgeçmeye karşılık ücret alınmasını caiz görse de bu muamelenin -hakkı satmak caiz olmadığından dolayı- satım akdi niteliği taşımadığını özellikle ifade etmektedir. Bk. İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 7/32.

geçen uygulama için bu ikinci tür haklar emsal teşkil etmekte ve buna binaen caiz olmaktadır.<sup>67</sup>

#### 5.4. Hava Parası (el-Hulüv)

Hava parası fıkıh literatüründe “el-Hulüv” olarak ifade edilmekte olup “*müstecirin/kiracının kiralanan gayrı menkulden çıkması karşılığı aldığı bedel*” şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>68</sup> Bir başka tanıma göre “*ev veya işyeri sahibinin, aylık verilecek kira miktarı muayyen olmakla birlikte kiralanan yerde süresiz veya uzun süre kalma hakkına karşılık kiracıdan aldığı bedel*” olarak tarif edilmektedir.<sup>69</sup> Tanımda geçen kiracı, ev veya iş yerinden ayrılmayı irade ettiğinde bu mahalde ikame hakkından feragat etmesi sebebiyle yeni kiracıdan bu feragat hakkına mukabil hava parası isteyebilir.

Hanefî fıkıh literatürü incelendiğinde henüz ortaya çıkmamış olmasına bağlı olarak ilk kaynaklarda hava parası konusuna rastlanmaz. Fakat aşağıda açıklanacağı üzere fıkıh tarihinin ilerleyen zamanı içinde İbn Nüceym’in hava parası ile ilgili değerlendirmeler yaptığı görülmektedir. İbn Nüceym’in ardından diğer birçok Hanefî fakihinin de tartışmaya katıldığı bilinmektedir. Aşağıda ilgili değerlendirmelerin bir kısmına temas edilecektir.

Hava parasının hükmü konusunda Hanefî fakihlerinin olumlu ve olumsuz iki görüş çerçevesinde değerlendirmelerde buldukları görülmektedir. İbn Âbidîn hava parasıyla ilgili görüş bildirenler arasındadır. Bu konuda İbn Nüceym’den bir alıntı ile onun görüşünü ortaya koyan İbn Âbidîn ardından kendi görüşünü ifade etmektedir. İbn Âbidîn, İbn Nüceym’in görüşünü özel örfün meşru olduğu şeklindeki temele bağladığını ifade edip İbn Nüceym’den şu aktarımda bulunmaktadır:

Özel örf binaen (kiralanan) dükkânlar için hava parası alımının bağlayıcı olduğuna fetva verilir. Bu uygulama, Kahire pazarlarında gerçekleşmektedir. Buna göre dükkânın hava parası kişinin (eski

67 İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 7/34-35.

68 Sa'düddîn Muhammed el-Kibbî, *el-Muâmelâtü'l-mâliyetü'l-muâsıra fi dav'î'l-İslâm* (Beyrut: el-Mektebü'l-İslâmî, 2002), 460.

69 Kibbî, *el-Muâmelâtü'l-mâliye*, 468.

kiracı yeni kiraya verenin)<sup>70</sup> hakkı olur. Dolayısıyla dükkanla ilgili yetkili kişi, vakıf malı olsa dahi onu (eski kiracı yeni kiraya vereni) dükkândan çıkartamaz ve dükkânı bir başkasına kiraya veremez.<sup>71</sup>

Açıkça görüldüğü üzere İbn Nüceym, hava parasının caiz olduğu kanaatini paylaşmaktadır. Bu konuda olumlu kanaat bildiren bir diğer Hanefî fakihî Muhammed b. Bilal el-Hanefî'dir (öl. 957/1550).<sup>72</sup> Muhammed b. Bilal el-Hanefî'nin bu konudaki olumlu görüşünü ortaya koymak üzere özel bir risale kaleme almıştır. Ancak bu konuda olumsuz kanaate sahip olan Hanefî fakihî Şürünbülâlî (öl. 1069/1659), Muhammed b. Bilal el-Hanefî'nin yazdığı risaleye karşı reddiye niteliğinde bir risale kaleme almış ve hava parasına cevaz verenleri ciddi bir şekilde eleştirmiştir.<sup>73</sup> Yukarıda İbn Nüceym'in de görüşünü aktaranlar arasında yer alan İbn Âbidîn, bu konuda önceki fakihlerden birçoğunun görüşünü aktarıp hava parasına cevaz vermeyen görüşün doğru olduğunu ileri sürmektedir.<sup>74</sup> İbn Nüceym ve Muhammed b. Bilal el-Hanefî dışında hava parasına olumlu yaklaşanlar arasında Hamevî (öl. 1098/1687), Abdurrahman Efendi el-İmâdî (öl. 1223/1808)<sup>75</sup> ve Haskefî<sup>76</sup> de bulunmaktadır.

Haskefî'nin hava parasına olumlu yaklaşım ortaya koyduğu yukarıda aktarılmıştı. Haskefî, şu ifadelerle bu konudaki görüşü desteklemektedir:

Hava parasının caiz olduğu görüşünü *Zevâhiru'l-cevâhir* adlı eserin sahibi -Timurtâşî'nin (öl. 1055/1645)- *Vâkıâtü'd-Darîrî* adlı eserden naklettiği şu mesele desteklemektedir: Elinde (vakıf malı olup kendisine vakfın mütevellisi tarafından kiraya verilmiş) dükkân bulunan bir adam, ortalıktan kaybolursa ve vakfın mütevellisi olayı kadıya götürür de kadı dükkânın açılıp (başkasına) kiraya verilebileceğine

70 Buradaki kiraya veren aynı zamanda kiracıdır. Şöyle ki bir şahıs vakıf mallarını uzun süre kiralamakta ve kira müddeti sona ermeden bir başkasına kendisi kiraya vermekteydi. Böylece bir taraftan kiracı diğer taraftan kiraya veren pozisyonunda olmaktadır.

71 İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, 113-114; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 7/35.

72 Kibbî, *el-Muâmelâtü'l-mâliye*, 469.

73 Kibbî, *el-Muâmelâtü'l-mâliye*, 470. Bu konuda en keskin Hanefî fakihinin Şürünbülâlî olduğunu ifade etmiştik. Hava parasının caiz olduğu görüşünü reddetmek için müstakil bir risale kaleme almıştır. Risalesinin ismi *Müfîdetü'l-hüsnâ li-def'i zanni'l-huluvoi bi's-süknâ*'dır.

74 İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 7/36-39, 587.

75 Alî ve Hâfî, *Nazariyyetü'l-akd*, 204.

76 İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 7/35.

hükmederse, mütevellî buna binaen dükkânı başkasına (ikinci yeni bir kiracıya) kiraya verirse ve ardından kaybolup kendisinden haber alınamayan adam ortaya çıkarsa bu adam dükkânı almaya evla olur. Şayet bu adamın (kendisi yokken gerçekleşen yeni kiralamadan dolayı) hava parası alacağı varsa hava parasını almaya hak sahibidir. Sonuç olarak adam muhayyerdir. Dilerse kendisi kayıp iken başkası ile gerçekleşmiş icâreyi fesheder ve kendisi dükkânda (kiracı olarak) oturmaya devam eder dilerse de (kendisi kayıp iken gerçekleşmiş) icârenin geçerli olmasına izin verir ve (yeni) kiracıdan hava parasını alır.<sup>77</sup>

Bu alıntı hava parasının caiz olduğunu açıkça bildirmektedir. Haskefî, bu aktarımla hava parasıyla ilgili olumlu görüşü benzer meseleyle destekleyip ona mezhep içinde meşruiyet niteliği kazandırmaya çalışmaktadır.

### 5.5. İrtifak Hakkı ve Mali Hak Kabul Edilen Bazı Hakların Miras Olarak İntikal Etmesi

Hanefî fıkında genel olarak miras olacak şeyde “mal olma” veya “mali bir hak olma” niteliği aranmaktadır.<sup>78</sup> Mali hak, mal üzerinde sabit olan veya mala bağlı olan hak demektir. Buna göre su hakkı (şürb), kanal geçirme hakkı (mesîl), geçiş hakkı (mürûr) ve kat atma hakkı (teâli) gibi irtifak hakları ile ayıp muhayyerliği ve tayin muhayyerliği benzeri muhayyerlik haklarının mala taalluk eden haklar oldukları ve miras olabileceğine hükmedilmiştir.<sup>79</sup> Malda maddi olma niteliğini arayan Hanefî fakihlerinin miras konusunda tamamen mal kavramına dâhil etmeseler bile bazı hakların kıymet ifade ettiğini ve bu kıymete itibar edilmesi gerektiğinin bildirdikleri görülmektedir. Bu itibarla ilgili hakları mali hak kabul eden Hanefî fakihleri bu hakların miras olarak intikaline cevaz vermişlerdir. Mal kavramının tanımında geçen maddi varlık olma niteliğinin esnetilmesi örneklerinden biri olması açısından bu hüküm önemli bir konumu haizdir.

77 Haskefî, *ed-Dürrü'l-muhtâr*, 450; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 7/35.

78 Berrî, *el-Vasît fi ahkâmi't-terikâti ve'l-mevârîs*, 12.

79 Berrî, *el-Vasît fi ahkâmi't-terikâti ve'l-mevârîs*, 12; Zuhaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî*, 4/17. Hanefî mezhebinde genel olarak şart muhayyerliği ve görme muhayyerliğinin mali hak olarak değerlendirilmemesi diğer fakihler tarafından tenkide maruz kalmıştır. Bk. Berrî, *el-Vasît fi ahkâmi't-terikâti ve'l-mevârîs*, 16.



## Sonuç ve Değerlendirme

Hanefî fıkıh eserleri incelendiğinde mal kavramının benzer tanımlarla ifade edildiği görülmektedir. Coğrafya ve yaşam koşulları birbirine yakın olan ve aynı hukuk okulunun mensubu olan bu fakihlerin bu konuda benzer yaklaşım göstermeleri olağan bir durumdur. Akit konusunun en önemli şartları arasında “mal olma” şartı bulunmaktadır. Hanefî fakihlerinin mal kavramıyla ilgili yaklaşımları akit hukuku açısından da bütünlüğün oluşmasına olanak sağlamış ve bu olumlu durum uzun yıllar büyük problemler oluşmadan uygulanmıştır. Fakat mal kavramının tanımında geçen özellikle maddi bir varlığa sahip olma niteliğinin hukuk tarihi içinde bazı problemler ortaya çıkarttığı ve bu problemlerin her beldenin fakihi tarafından mal kavramıyla ilgili genel yaklaşıma müdahale edilmeden istisna niteliğinde bazı fetvalarla giderilmeye çalışıldığı bilinmektedir. Vakıf malları ile yetim mallarında menfaatlerin itlafı durumunda tazmin yükümlülüğünün getirilmesi,<sup>80</sup> vakıflarda namaz kıldırma, hutbe verme, müezzinlik yapma, temizlik ve danışmanlık/kapıcılık gibi vazifelerden ayrılıp başkalarına devretmeye mukabil bedel alınması,<sup>81</sup> yine genel olarak vakıflarda yapılan dükkanlar için hava parası ödenmesi<sup>82</sup> ile irtifak hakları, ayıp muhayyerliği, tayin muhayyerliği gibi hakların mali yönüne itibar edilip miras olmalarına cevaz verilmesi<sup>83</sup> bu istisna niteliğindeki esnek fetvalardan bazılarıdır.

Hanefî fıkhındaki genel yaklaşımın dışına çıkılarak verilmiş fetvaların gerekçelerine bakıldığında bunların genel olarak örf ve zarurettir.<sup>84</sup> Bu istisna fetvaların, söz konusu dönem için bir çözüm olduğu doğrudur. Ancak Sanayi Devrimi'nin gerçekleşmesi ve mekaniğin ortaya çıkışı ile birlikte modern dönemde örfte büyük değişimler meydana gelmiş, zaruret ve zorluk durumları istisna fetvalarla çözülemeyecek boyuta ulaşmıştır. Zikri geçen problemler, menfaat ve hakların mütekavvim mal kabul edilmemesi neticesinde ortaya çıkmış problemlerdir. Hanefî fakihlerinin bu problemleri çözmek için öne sürdüğü gerekçeler örf, zaruret ve hakların

80 Berrî, *el-Vasît fi ahkâmi't-terikâti ve'l-mevâris*, 16; Zuhaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî*, 8/234.

81 İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 7/32.

82 İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 7/35.

83 Berrî, *el-Vasît fi ahkâmi't-terikâti ve'l-mevâris*, 12; Zuhaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî*, 4/17.

84 İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 7/32-33.

mali yönüdür. Modern döneme gelindiğinde telif, patent ve marka haklarında olduğu gibi menfaat ve hakların birçok türü, günümüz dünya ticâretinde maddi varlığı olan mallarla eşdeğer hale gelmiştir. Artık problem, mal kavramıyla ilişkili meseleler ile alakalı değil mal kavramının bizzat kendisiyle ilgilidir. Bu noktadan itibaren ya menfaat ve hakların mütekavvim mal kabul edilmemesinde ısrarcı olunup problemleri yamamaya devam edilmesi ya da örf ve zaruret gerekçeleri göz önünde bulundurularak mal kavramının yeniden ele alınması icap etmektedir. Böylece menfaat ve hak türü şeylerin incelenip mütekavvim mal kabul edilmesine olanak sağlanması ve problemin bütüncül olarak çözülmesi mümkün hale gelebilir.

Mal kapsamına girmeyeceğine dair açık yasaklayıcı bir nas bulunmayan haklar ve menfaatlerin klasik Hanefî fıkhında öne sürülen ayn olma unsurunun evrensel örf ve zaruret prensipleri işletilerek esnetilmesi suretiyle mal kapsamına dahil edilmesi mümkündür. Nitekim 20. yüzyıldan itibaren fetvaların bu yöne evrildiği görülmektedir. Örnek olarak *Mecelle'*nin yukarıda zikredilen ve menfaatleri mal kapsamı dışında tutan tarifi ciddi eleştirilere maruz kalmış ve sonraları Mecelle Tadil Komisyonu tarafından malda maddi varlığı bulunma şartı kaldırılarak zamanın ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir hale getirilip menfaat ve hakları da içine alacak şekilde düzenlenmiştir.<sup>85</sup> Ayrıca 1988 yılında Kuveyt'te bir araya gelen Mecmau'l-fıkhi'l-İslâmî, telif haklarının da içine girdiği manevi hakların<sup>86</sup> şeriat tarafından korunmuş mali haklar olduğunu ve bu haklar üzerinde tasarrufların meşru olduğunu karara bağlamıştır.<sup>87</sup>

85 Ayşe Çoban, *Mecelle'nin Ta'dil Edilen Maddelerinin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi* (Konya: Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2008), 25.

86 Buradaki manevi hak ifadesi "maddi olmayan; soyut bütün haklar" şeklinde izah edilebilecek olan geniş anlamda kullanılmıştır. Bk. Muhyiddîn Alî el-Karadâğî, *Buhûs fi fikhî'l-muâmelâti'l-mâliyeti'l-muâsira* (Beyrut: Dârü'l-Beşâiri'l-İslâmî, 2006), 398.

87 İlgili karar şöyledir: "1) Ticari isimler, ticari unvanlar, ticari markalar, telifler, buluşlar ve icatlar, sahiplerine ait haklardır. Bu haklar, insanlar tarafından mal kabul edildiklerinden muasır örfte bunlara mali bir değer biçilmiştir. Bu haklar, şeriat tarafından korunmuş haklar olup bu hakları çiğnemek caiz değildir. 2) Ticari isim, unvan ve markalarda mali hak olma yönleri göz önünde bulundurularak tasarrufta bulunmak veya garar ve kandırma olmaması kaydıyla mali bir bedele karşılık başkasına temlik etmek caizdir. 3) Telif, buluş ve icatlar şeriat tarafından korunmuş haklar olup sahiplerinin bu haklar üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma yetkisi vardır. Bu hakların başkaları tarafından ihlal edilmesi caiz değildir." Ayrıntılı bilgi için bk. Karadâğî, *Buhûs fi fikhî'l-muâmelât*, 401-402.

Son tahlilde malın, “kendisinden faydalanılabilen/fayda unsuruna sahip şey” şeklinde tanımlanması mümkün olabilir.<sup>88</sup> Böylece mal tarifine maddi varlığı olan şeylerin girmesi mümkün kılındığı gibi maddi varlığı olmayan fakat fayda temin eden menfaat ve hak türü şeylerin girmesinin yolu da açılmış olur. Ancak mal olmak akde konu olmak için yeterli değildir. Bu sebeple menfaat ve haklar, mal kapsamına dahil edilseler bile akit konusu olmaları ile ilgili akdin diğer şartları çerçevesinde yeni bir değerlendirme yapılması icap etmektedir.

### Kaynakça

- Aktan**, Hamza. “İhrâz”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 21/542-544. İstanbul: TDV Yayınları, 2000.
- Alî**, Sâlih – Hâfî, Bâsil. *Nazariyyetü'l-akd fi'l-fikhi'l-İslâmî ve tatbikâtü-he'l-muâsıra*. Dımaşk: el-Yemâme, 2008.
- Berrî**, Zekeriyâ el-. *el-Vasît fi ahkâmi't-terikâti ve'l-mevârîs*. Kahire: Dârü'n-Nehdati'l-Arabiyye, 1973.
- Bilmen**, Ömer Nasuhi. *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*. İstanbul: Bilmen Basım ve Yayınevi, ts..
- Cevherî**, Ebû Nasr İsmail b. Hammâd el-. *Tâcü'l-luga ve sihâhu'l-Arabiyye*. thk. Ahmet Abdül gafûr Attar. 6 Cilt. Beyrut: Dârü'l-İlm li'l-melâyîn, 1987.
- Cürcânî**, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Ali es-Seyyid eş-Şerîf el-Hanefî el-. *et-Ta'rîfât*. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1983.
- Çoban**, Ayşe. *Mecelle'nin Ta'dil Edilen Maddelerinin İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*. Konya: Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2008.
- Dalgın**, Nihat. “İslâm Hukukuna Göre Satım Sözleşmesi Açısından Mal Kavramı”, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 11/11 (Mart 1999), 97-127.

<sup>88</sup> Nitekim Hanefîler dışındaki cumhur, mubah olması kaydıyla menfaat ve hak türü şeylerin mal kapsamında değerlendirilebileceği görüşündedir. Bk. İdris, *el-Mâlû ve's-tihdâmâtühû*, 56.

- Ebu Zehrâ**, Muhammed. *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd fi'ş-şerâti'l-İslâmiyye*. Kahire: Dârü'l-Fikri'l-Arabî, 1996.
- Efendi**, Ali Haydar. *Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm*. Riyad: Dârü Âlemi'l-Kütüb, 2003.
- Feyyûmî**, Ebu'l-Abbas Hatîbüddehşe Ahmet b. Muhammed b. Ali el-Hamevî. *el-Misbâhu'l-münîr*. Kahire: Matbaatü'l-Emîriyye, 1922.
- Hacak**, Hasan. *İslâm Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2000.
- Hafîf**, Alî. *el-Milkiyye fi'ş-şerâti'l-İslâmiyye*. Beyrut: Dârü'n-Nehdati'l-Arabiyye, 1990.
- Haskefî**, Alâüddîn Muhammed b. Alî b. Muhammed. *ed-Dürri'l-muhtâr*. thk. Abdülmün'im Halîl İbrâhîm. Beyrut: Daru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2002.
- Heyet**. *Mu'cemü'l-vasît*. Kahire: Mektebetü'ş-Şürûki'd-Devliyye, 2005.
- İbn Âbidîn**, Muhammed Emîn. *Reddü'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr*. 12 Cilt. thk. Abdülmecîd Ta'me Halebî. Beyrut: Dârü'l-Ma'rife. 2011.
- İbn Emîru Hâc**, Ebu Abdullah Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed b. Muhammed el-Halebî. *et-Takrîr ve't-tehbîr*. 3 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1983.
- İbn Manzûr**, Ebu'l-Fazl Cemalettin Muhammed b. Mükerrrem b. Ali b. Ahmet el-Ensârî er-Rüveyfî. *Lisânü'l-Arab*. Kahire: Dârü'l-Meârif, ts..
- İbn Nuceym**, Zeynüddîn b. İbrahim b. Muhammed el-Mısrî. *el-Bahrü'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik*. 8 Cilt. Kahire: Dârü'l-Kitâbi'l-İslâmî, ts..
- İbn Nuceym**, Zeynüddîn b. İbrahim b. Muhammed el-Mısrî. *el-Eşbâh ve'n-nezâir*. Dımaşk: Dârü'l-Fikr, 1986.

- İbnü'l-Esîr**, Ebu's-Seâdât Mecdüddîn el-Mübârek b. Esîrüddîn Muhammed b. Muhammed eş-Şeybânî el-Cezerî. *en-Nihâye fi garîbi'l-hadîsi ve'l-eser*. 5 Cilt. Beyrut: el-Mektebetü'l-İlmiyye, 1979.
- İbnü'l-Hümâm**, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdülvâhid b. Abdülhâmid es-Sivâsî el-İskenderî. *Şerhu Fethi'l-kadîr ale'l-Hidâye şerhi Bidâyeti'l-mübtedî*. thk. Abdürrezzâk Gâlib el-Mehdî. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2009.
- İdrîs**, Ömer Muhammed. *el-Mâlû ve's-tihdâmâtühû*. Dubai: Cem'iyetü Dâri'l-Bir, 2013.
- İsfahânî**, Ebu'l-Kâsım Huseyn b. Muhammed b. Mufaddal er-Râgıb. *Müfredâtü elfâzi'l-Kur'ân*. Dımaşk: Dâru'l-Kalem, 1992.
- Karadâğî**, Muhyiddîn Alî. *Buhûs fi fikhî'l-muâmelâti'l-mâliyeti'l-muâsira*. Beyrut: Dârü'l-Beşâiri'l-İslâmî, 2006.
- Kâsânî**, Alâüddîn Ebubekir b. Mesut b. Ahmet. *Bedâiu's-sanâi' fi tertîbi's-şerâi'*. thk. Ali Muhammed Muavvad - Adil Ahmed Abdülmevcûd. 10 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2010.
- Kıbbî**, Sa'düddîn Muhammed. *el-Muâmelâtü'l-mâliyetü'l-muâsira fi dav'i'l-İslâm*. Beyrut: el-Mektebü'l-İslâmî, 2002.
- Meydânî**, Abdülganî b. Tâlib b. Hammâde el-Guneymî ed-Dımaşkî. *el-Lübâb fi şerhi'l-Kitâb*. Dımaşk: el-Mektebetü'l-Umeriyyetü, ts..
- Serahsî**, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed. *el-Mebsût*. Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, ts..
- Teftâzânî**, Sa'düddîn Mesut b. Fahrettin Ömer b. Burhanettin Abdullah el-Herevî el-Horâsânî. *et-Telvîh ilâ keşfi hakâiki't-Tevdîh*. 2 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Erkam, ts..
- Yazır**, Elmalılı Muhammed Hamdi. *İslâm Hukuku ve Fıkıh İstılahları Kamusu*. İstanbul: Eser Neşriyat, 1997.
- Zebîdî**, Ebu'l-Feyz Muhammed el-Mürtezâ b. Muhammed b. Muhammed b. Abdürrezzâk. *Tâcü'l-arûs*. thk. Mustafa Hicâzî. Kuveyt: el Meclisü'l-Vataniyyü li's-Sekâfeti ve'l-Fünûni ve'l-Âdâb, 1998.

**Zeydân**, Abdülkerim. *el-Medhal li-dirâseti's-şerâti'l-İslâmiyye*. Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 2003.

**Zeylâî**, Ebu Muhammed Fahrüddîn Osman b. Ali b. Mihcen b. Yunus es-Sûfî el-Bârîî. *Tebyînü'l-hakâik şerhu Kenzi'd-dekâik*. thk. Ahmed Azve İnâye. 7 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2000.

**Zuhaylî**, Vehbe. *el-Fikhü'l-İslâmiyyü ve edilletühû*. 10 Cilt. Dımaşk: Dârü'l-Fikr, 1989.

