

MÜTEKAVVİM MAL
Klasik ve Modern Yaklaşımlar

İbrahim Özpolat

iktisat yayınları

İktisat Yayınları – 57
İslam Hukuku Dizisi – 2

İbrahim Özpolat, *Mütekavvim Mal: Klasik ve Modern Yaklaşımlar*

Editör: Necmettin Kızılkaya
Yayına Hazırlayan: Emrah Yağmurlu
Musahhih: Ebru Ünver

Tasarım: Seyfullah Bayram

Baskı: Sarıyıldız Ofset – Sertifika No.: 23593
İvedik Ağaç İşleri San. Sit.
1354. Cad. 1358. Sok. No.: 31 Ostim / Ankara
1. Baskı: İstanbul, 2020
ISBN: 978-625-7015-21-9

© *İktisat Yayınları*, 2020

Bütün yayım hakları saklıdır. Kaynak gösterilerek tanıtım için yapılacak kısa alıntılar dışında yayıncının yazılı izni olmaksızın hiçbir yolla çoğaltılamaz.

İktisat Yayınları

Aziz Mahmut Hüdayi Mh., Türbekapı Sk. No:13, 34672 Üsküdar/İstanbul
Tel: +90 (216) 532 63 70
www.iktisatyayinlari.com

İktisat Yayınları Nobel Akademik Yayıncılık ve
İslam İktisadı Araştırma Merkezinin ortak markasıdır.

KÜTÜPHANE BİLGİ KARTI

Özpolat, İbrahim

Mütekavvim Mal: Klasik Ve Modern Yaklaşımlar

1. Baskı, x + 134 s., 13.5 x 21 cm

Kaynakça ve dizin var.

ISBN: 978-625-7015-21-9

1. İslam Hukuku 2. Mütekavvim Mal 3. Hak



Bu kitap İstanbul Üniversitesi İslam İktisadı ve Finansı Uygulama ve Araştırma Merkezi (İSIFAM) ile işbirliği içerisinde yayına hazırlanmıştır.

MÜTEKAVVİM MAL
Klasik ve Modern Yaklaşımlar

İbrahim Özpolat

iktisat
yayınları

İslam Hukuku

Bu dizide, İslam hukukunun iktisat ile kesişen boyutlarını inceleyen eserlere yer verilmektedir. Dizide İslam hukukunun geniş araştırma alanlarına giren konular, kavramlar, isimler, ekoller, kuramlar ile ilgili detaylı incelemeler ve karşılaştırmalı çalışmalara yer verilecektir.

Dizide Yayınlanan Diğer Kitaplar

Abdurrahman Yıldırım, *İslam Hukuku Açısından Alacağın Zekâtı*

İbrahim Özpolat

Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesinden 2014 yılında mezun olmuştur. Akabinde İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde İslam Hukuku alanında yüksek lisans derecesine hak kazanmıştır. Yüksek lisans mezuniyetinden sonra yine İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde İslam Hukuku alanında doktora çalışmasına başlamış ve halen doktorasına devam etmektedir. Nahiv, be-lağat, mantık ve münazara gibi alet ilimlerinin yanı sıra fıkıh, fıkıh usulü, kelim, tefsir ve feraiz gibi dini ilimlerde de dersler vermektedir. Çalışmaları İslam hukuku, İslam hukuk tarihi ve İslam iktisadı alanlarında yoğunlaşmaktadır.

İçindekiler

Önsöz	ix
Giriş	1
1. Klasik Fıkıhta Mütekavvim Mal	7
2. Günümüz Türk Hukukunda Mütekavvim Mal	39
3. Mütekavvim Mal Kavramının Klasik Fıkıh ve Günümüz Türk Hukuku Açısından Karşılaştırılması	83
Sonuç	105
Notlar	109
Kaynakça	125
Dizin	131

Önsöz

Mütekavvim mal konusunu merkeze alan bu çalışmanın amacı, söz konusu kavramın klasik fıkihtaki anlamından hareketle modern hukuktaki karşılığına ulaşmak ve modern dönemde ortaya çıkmış yeni bazı meseleleri bu açıdan değerlendirmektir. Böylece bir yandan güncel bazı meselelerin klasik fıkıh merkezli hükümlerine ulaşılırken bir yandan da alanla ilgilenen araştırmacılara İslam hukuk tarihi açısından erken dönemde varlık göstermemiş yeni meselelerin çözümleriyle ilgili bir bakış açısı kazandırılması hedeflenmiştir. Çalışmanın birinci bölümünde mütekavvim mal kavramının Hanefî mezhebi bağlamında klasik fıkihtaki yeri incelenmiştir. Bu bağlamda mal kavramı ve bu kavramla ilişkisi bulunan milk ve menfaat kavramları, Hanefî hukukçularının değerlendirmesi ışığında ele alınmıştır. Mal kavramının ardından mütekavvim kavramı üzerinde durulmuş ve bölümün sonunda mal ve mütekavvim kavramlarının mezhep içindeki gelişimine değinilmektedir. Çalışmanın ikinci bölümünde mütekavvim mal kavramının Türk hukukundaki karşılığına ulaşılmaya çalışılmaktadır. Bu bağlamda hak kavramı, mutlak haklar ve mutlak hakların alt türleri olarak maddi mallar üzerindeki mutlak haklar ve gayri maddi mallar üzerindeki

mutlak haklar üzerinde durulmuştur. Buradan yola çıkılarak Türk hukukunda, Eşya Hukuku'nun konusu olan maddi mallar üzerindeki mutlak haklar ile Fikrî Hukukun konusu olan gayri maddi mallar üzerindeki mutlak haklar ele alınmaktadır. Araştırmanın üçüncü bölümünde klasik fıkıh ile Türk hukukunda kullanılan benzer bazı kavramların karşılaştırması yapıp güncel bazı meselelerin mütekavvim mal kavramı esas alınarak İslam hukukundaki yeri incelenmiştir. Ayrıca bu bölümde Türk hukukunda direk olarak kullanımı bulunmayan mütekavvim kavramının klasik fıkhıdaki anlamı esas alınarak Türk hukukundaki karşılığına ulaşılmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda ele alınan meseleler telif hakkı, patent hakkı, marka hakkı, hava parası gibi soyut hak türü meseleler ile insanın parçası sayılan insan kanı ve anne sütü gibi meselelerdir.

Bu çalışmanın yazılmaya başlanmasından yayınlanma sürecine kadar büyük bir titizlik ve özveri ile takip edip desteğini esirgemeyen değerli hocam Doç. Dr. Necmettin Kızılkaya'ya teşekkürü borç bilirim. Ayrıca çalışmanın yayınlanmasına aracı olarak literatüre yeni bir eser kazandıran İktisat Yayınlarına şükranlarımı sunarım. Son olarak çalışmanın yazılma sürecini anlayışla karşılayıp yardımlarını esirgemeyen kıymetli eşime de teşekkür ederim. Çalışmanın derin bir deniz olan İslam kütüphanesine mütevezâ bir katre olarak düşmesini ümit ederim.

İbrahim ÖZPOLAT

İstanbul, 2020

Giriş

İnsanoğlunun sosyal bir varlık olmasının doğal bir neticesi olarak tarih boyunca insanlar ortak bir yaşam alanı oluşturmak ve bu ortaklıktan mütevellit çeşitli ilişkiler kurmak durumunda kalmışlardır. İnsan, özünde var olan başkasına ihtiyaç duyma temel özelliği sebebiyle her daim birilerine muhtaç olmuş, birileri de kendisine muhtaç olmak durumunda kalmıştır. Birbirlerine muhtaç olan insanlar kendilerinde olmayanı almaya mukabil yanlarında bulunandan feragat etme durumunda kalmışlardır. Mezkûr ihtiyaç ilişkisinin bir sonucu olarak temelde satım akdi ve buna bağlı olarak çeşitli ticari muameleler ortaya çıkmıştır. İnsanın bilimsel ve ekonomik alanda gelişim göstermesi, mevcut ticari muamelelerin de gelişmesi ile paralel olmuş ve sonuç olarak günümüzde onlarca hatta yüzlerce ile ifade edilebilecek muamele çeşitleri ortaya çıkmıştır.

“Karşılıklı rıza ile malın mala karşılık mübadelesi”¹ anlamına gelen satım akdinin konusunu “mal” oluşturmaktadır. Mal, geçmişten günümüze iktisadi sistemlerin temel konusu olmaya devam etmiştir. Mal olma özelliğine sahip olan her şeyin satım akdine konu olması mümkün değildir. Klasik fıkıhta “mütekavvim mal” ifadesine karşılık gelen konu özel bir öneme sahiptir. Zira

bir malın mütekavvim olması satım akdinin olmazsa olmaz bir şartı olarak öne sürülür ve bu şartın ihlal edilmesi durumunda akit batıl veya bazı durumlarda fasit kabul edilir.

Araştırmanın konusunu, klasik fıkıhın muamelat bahislerinde sıkça rastlanılan mütekavvim mal teşkil etmektedir. Araştırmanın amacı, fıkıh eserlerinde, “şer’an kendisinden faydalanmanın mübah olduğu mal”² şeklinde tanımlanan mütekavvim mal kavramının modern hukuktaki karşılığının ortaya konulup mezkûr kavram bağlamında her iki doktrini mukayese etmektir. Klasik fıkhıta mütekavvim mal kabul edilmeyen bazı şeyler, modern hukukta mütekavvim mal kabul edilmektedir. Modern hukukta mütekavvim mal kabul edilen bu tür şeylerin, klasik fıkhıta incelenmesi amaçlanmakta olup, bu bağlamda bazı alternatifler üzerinde durulacaktır. Çalışma, hukuk ile ilgilenmekle beraber bir yandan da iktisadi açıdan malı ele almaktadır. Klasik dönemde fıkıh ilmi hem hukuk hem de iktisadi ilimlerin işlevini yerine getiriyordu. Günümüzde ise hukuk bu açıdan fıkhıtan farklıdır. Dolayısıyla araştırmanın bir yönü hukuk diğer bir yönü ise iktisat ile ilişkilidir. Müslümanlar, tarih boyunca karşı karşıya kaldıkları problemlerin çözümü için fıkhıta müracaat etmişlerdir. Teknolojinin gelişimi her alana etki de bulunduğu gibi iktisadi alana da etki etmiş ve yeni muamele ve akitler geliştirilmiştir. Söz konusu yeni muamele ve akitlerin konusu da bu gelişimden nasibini almıştır. Bu çalışma, günümüzde yapılan muamele ve akitlerin bir yönünü, mütekavvim mal konusu altında incelemeyi hedeflemektedir.

Çalışmada mütekavvim mal kavramının klasik fıkhıtaki yeri açıklanırken ve modern hukuk bağlamında ortaya çıkan problemlere yer verilirken Hanefî mezhebi esas alınmıştır. Zira tarih boyunca fıkhî sorunların çözümü noktasında köklü bir geçmişe sahip olan mezhepler etkili olmuştur. Ancak her bir mezhebin kendisine has usulü bulunmasından ötürü karşı karşıya kalınan

meseleler çözülrken karma mezhep anlayışı yerine mezhep içi bilgi geliştirme yolu takip edilmiştir. Ancak 20. yüzyılla birlikte mezhep zinciri kırılmış ve bu kırılma beraberinde karma fıkıh anlayışını getirmiştir. Günümüzde karşılaşılan meselelerin çözümü noktasında bir mezhebin esas alınması ve kopan halkanın yeniden tesis edilmesi fıkıh ilmi açısından daha sağlıklı sonuçların doğmasına sebep olacaktır.

Araştırmanın birinci bölümünde mütekavvim mal kavramının klasik fıkıhtaki yeri tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda bu kavramın “mal ve mütekavvim” parçaları ayrı olarak incelenmiştir. Mal kavramı açıklanırken Hanefî fâkihlerinin tariflerine yer verilip tariflerin ortak ve birbirinden farklı kayıtları değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Ayrıca mal kavramıyla ilişkisi bulunan “milk” ve “menfaat” kavramlarına da değinilmiştir. Mal kavramının ardından mütekavvim kavramı incelenmiştir. Hanefî fâkihlerinin mütekavvim kavramıyla ilgili tanımları ortaya konduktan sonra mal ve mütekavvim tanımlarının tarihi süreçte mezhep içinde ortaya çıkarttığı problemler fûrû fıkıhtan örneklerle açıklanmıştır. Mal ve mütekavvim kavramının mezhep içindeki gelişiminin incelendiği bu bölümü önemli kılan şey, çalışmanın üçüncü bölümünde klasik fıkıhtan hareketle ele alınacak modern meselelerin çözümü noktasında ortaya konulacak önerilerin buradan hareketle teklif edilmesidir.

Çalışmanın ikinci bölümünde mütekavvim malın modern hukuktaki karşılığı ortaya konmaya çalışılmıştır. Bu açıdan “hak” kavramının tanımına yer verildikten sonra konuyla ilgili türleri üzerinde durulmaktadır. Bu bağlamda hak türlerinden biri olan mutlak haklar gündeme getirilmiş olup bu hakların maddi mallar üzerindeki mutlak haklar ve gayri maddi mallar üzerindeki mutlak haklar şeklinde iki kategoride değerlendirildiği vurgulanmıştır. Buradan hareketle modern hukukta Eşya hukukunun

konusu olan maddi mallar ile fikrî hukukun konusu olan gayri maddi mallar ele alınmıştır.

Araştırmanın üçüncü bölümü, önceki iki bölümün sonucu mesabesinde. Bu bölümde klasik fıkıh ile modern hukuka ayrılmış önceki iki bölümde geçen bazı kavram ve konuların mukayesesi yapıp güncel bazı konuların klasik fıkıhtaki hükmü ortaya konmaya çalışılmaktadır. İki doktrin arasında mal ve mütekavvim kavramlarının karşılaştırması yapıldıktan sonra klasik fıkıhtaki “milk” kavramı ile modern hukuktaki “mülkiyet” kavramı arasında var olan birleştirici ve ayırıcı özelliklere değinilmektedir. Bu bölümde ayrıca modern hukukta doğrudan kullanımı bulunmayan mütekavvim kavramının, klasik fıkıhtaki anlamı göz önünde bulundurularak modern hukuktaki karşılığına ulaşılmaya çalışılmıştır. Soyut gayri maddi haklara dâhil olması sebebiyle hava parası da bu bölümde kısaca ele alınan konulardan biridir. Günümüz piyasasında kendisine yer bulmuş olan bu muamelenin meşru olup olmadığının açıklanması gerekmektedir. Çalışmanın birinci bölümünde hava parasının klasik fıkıhtaki tanım ve hükmü hakkında bilgi verilmektedir. Her iki yaklaşım arasında değerlendirme ve mukayeselerin yapılabilmesi için hava parasının modern hukuktaki durumunun da vuzuha kavuşturulması gerekmektedir. Telif hakkı, patent hakkı, marka hakkı, insan kanı ve anne sütünün temlik gibi güncel konular da bu bölümde ele alınmaktadır.

Literatür Değerlendirmesi

Mal konusuyla ilgili kadim dönemden itibaren telif çalışmalarının varlığından söz edilebilir. Ebu Yusuf’un (ö. 182/798) *Kitâbu’l-harâc’ı*, Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî’nin (ö. 189/805) *Kitâbu’l-kesb’i* ve Ebu Ubeyd Kasım b. Sellâm’ın (ö.

224/838) *Kitâbu'l-emvâl*'i bu çalışmaların bir kısmıdır. Ancak bu çalışmalar genelde toprak hukuku ile ilgilidir. Ebu Yusuf eserinde ağırlıklı olarak yaşadığı dönemde devleti de ilgilendiren ganimetlerin paylaşılması, maden hükümleri, fey ve haraç gibi meseleleri işlemektedir. Mali hukuk alanında kaleme alınmış en önemli çalışmalardan biri olan bu eser, bu alanda günümüze kadar ulaşmış ilk telif olması açısından da büyük bir öneme sahiptir.³ Muhammed b. Hasan'ın çalışması ise kazanç konusunu merkeze alıp kazancın meşruiyeti, gerekliliği ve kazancın keyfiyeti gibi konuları ele almaktadır. Mali hukuk konusunda en meşhur çalışmalardan birisi olan Kasım b. Sellâm'ın eseri ise dört bölümden oluşmakta olup müellif her bir bölümde malla ilgili değişik konuları ele almaktadır.⁴

Araştırmanın üzerine kurulu olduğu mütekavvim mal konusunda tespit edilebildiği kadarıyla müstakil bir çalışma mevcut değildir. Ancak mütekavvim mal konusuna değinen bazı kitap, tez ve makale çalışmalarının varlığından söz edilebilir. Muhammed Ebu Zehrâ'nın (ö. 1974) *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd fiş-şeriatil-islâmiyye* adlı eseri, Ali el-Hafif'in (ö. 1978) *el-Milkiyye fiş-şeriatil-islâmiyye* adlı çalışması, Abdüsselam el-Abbâdî'nin *el-Milkiyye fiş-şeriatil-islâmiyye* adlı eseri, Nihat Dalgın'ın "İslam Hukukuna Göre Satım Sözleşmesi Açısından Mal Kavramı" adlı makalesi, Hasan Hacak'ın *İslam Hukukunda İrtifak Hakları ile İlgili Kavramların Gelişimi* adlı yüksek lisans tezi, *İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi* adlı doktora tezi ile İlknur Yaşar Bilicioğlu'nun *İslam Hukukunda Nitelikleri İtibariyle Satım Akdine Konu Olamayan Mallar* adlı yüksek lisans tezi ve bunlar dışında daha birçok çalışmadan söz edilebilir. Dalgın'ın makalesi haricindeki çalışmaların ortak özelliği araştırma konularının mütekavvim mal dışında bir konu olması ve mal ile mütekavvim kavramlarını yan konular olarak ve yüzeysel bir şekilde daha çok betimleyici olarak vermeleridir.

Dalgın'ın makalesi mal kavramını merkeze alıp İslam hukuku ve Türk hukuku açısından incelemesi açısından başarılı bir girişim sayılabilirse de araştırma önceki çalışmalar gibi daha çok betimleyici düzeyde kalmıştır. Mal ve mütekavvim kavramıyla ilgili İslam hukuku ve Türk hukuku açısından bir karşılaştırmada bulunulmamış ve günümüzde tartışma konusu olan noktalara -belki de makale seviyesinde yazım şartları bunu gerektirdiği için- çok sınırlı ve yüzeysel olarak değinilmiştir. Bu çalışmada ise mal ve mütekavvim kavramlarının İslam hukuku ve Türk hukuku açısından karşılaştırma ve değerlendirmesi yapıp güncel tartışma noktalarına daha derin nüfuz edilmesi amaçlanmıştır.