

**T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**KLASİK VE MODERN YAKLAŞIMLAR
ÇERÇEVESİNDE MÜTEKAVVİM MAL**

**İBRAHİM ÖZPOLAT
2501150753**

TEZ DANIŞMANI

DOÇ. DR. NECMETTİN KIZILKAYA

İSTANBUL, 2017



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : İBRAHİM ÖZPOLAT Numarası : 2501150753
Anabilim Dalı /
Anasanat Dalı / Programı : TEMEL İSLAM BİLİMLERİ Danışmanı : DOÇ. DR. NECMETTİN KIZILKAYA
Tez Savunma Tarihi : 19.06.2017 Saati : 10:00
Tez Başlığı : "KLASİK VE MODERN YAKLAŞIMLAR ÇERÇEVESİNDE MÜTEKAVVİM MAL"

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / **GYÇOKLUĞUYLA** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. HASAN HACAK		KABUL
2- DOÇ. DR. NECMETTİN KIZILKAYA		KABUL
3- YRD. DOÇ. DR. AHMET TEMEL		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DOÇ. DR. ABDULLAH DURMUŞ		
2- DOÇ. DR. İSMAİL CEBECİ		

ÖZ
KLASİK VE MODERN YAKLAŞIMLAR
ÇERÇEVESİNDE MÜTEKAVVİM MAL
İBRAHİM ÖZPOLAT

Bu çalışmanın temel konusunu mütekavvim mal kavramı oluşturmaktadır. Çalışmanın amacı, klasik fıkhıta, “şeriatın kendisinden yararlanmayı mübah kıldığı mal” anlamında kullanılan bu kavramın modern hukuktaki karşılığının tespit edilip her iki doktrin arasında karşılaştırmalarda bulunmak suretiyle çeşitli sonuç verilere ulaşılmasıdır. Söz konusu karşılaştırma yapılırken mezkur bileşik terkinin bütünü göz önünde bulundurulduğu gibi “mal” ve “mütekavvim” şeklinde ifade edilebilecek olan parçaları da ayrı bir okumaya tabi tutulmuştur. Ayrıca klasik dönemde karşılığı olmayan fakat modern dönemde ortaya çıkmış bazı yeni meselelerin mezkur kavram bağlamında hükümleri de tespit edilmeye çalışılmıştır. Çalışma, bilinçli olarak Hanefi mezhebi üzerine kurulmuştur. Tarih boyunca fıkhî problemlere çözüm önerileri getiren dört mezhepten her birinin özel bir yöntem takip ettiği bilinmektedir. Bu bağlamda problem teşkil eden meselenin çözümü noktasında her bir mezhebin fıkhî metodolojisinin ayrı olarak mütalaa edilmesi daha köklü bir yöntem olduğu gibi daha sağlıklı sonuçların da çıkmasına sebep olacaktır. Çalışmanın birinci bölümünde mütekavvim mal kavramının klasik fıkhıdaki yeri tespit edilmeye çalışılmış, ikinci bölümünde ise modern hukukta direk olarak kullanımı olmayan bu kavramın klasik fıkhıdaki anlam perspektifinden modern hukuktaki karşılığına ulaşılmaya çalışılmıştır. Çalışmanın üçüncü bölümü sonuç mesabesinde dir. Bu bölümde önceki iki bölümde geçen bazı kavram ve meselelerin karşılaştırması yapıp modern dönemde ortaya çıkmış güncel bazı konuların mezkur kavram bağlamında klasik fıkhıdaki hükmü ortaya konmaya çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: Mütekavvim, mal, milk, menfaat, hak.

ABSTRACT
MUTAQAwwİM MAL IN THE FRAME OF
CLASSİCAL AND MODERN APPROACHES
İBRAHİM ÖZPOLAT

The main subject of this study is mutaqaawwım mal. The aim of the study is to reach a variety of conclusions in the classical fiqh, by determining its equivalence in modern law, which is used in the meaning of "the property that the shari'a makes permissible to profit by itself" and comparing them between the two doctrines. When the comparison is made, the parts of the compound words, which can be expressed as "mal" and "mutaqaawwım" have been subjected to a separate reading. In addition, the hukms of the new concept, which are not available in the classical period but emerged in the modern period, have been tried to be determined. Study is build on Hanafi madhab consciously. It is known that each of the four madhabs that have proposed the solution of the problems related to fiqh throughout history has followed a specific method. In this context, analyzing of each madhab's methodology of fiqh at the point of solution of the problematic problem will lead to a more rooted method as well as a more healthy results. In the first part of the study, the place of mutaqaawwım mal in the classical fiqh have been tried to determine. In the second part, this concept, which is not used directly in the modern law, was tried to be reached in the modern law from the perspective of the classical fiqh. The third part of the study is the conclusion part. In this part, some concepts and issues discussed in the previous two chapters have been compared and tried to put forward the classic fiqh hukms in the context of the current concept that emerged in the modern period.

Anahtar kelimeler: Mutaqaawwım, mal, milk, benefit, right.

ÖNSÖZ

Mütekavvim mal konusunu merkeze alan bu çalışmanın amacı, söz konusu kavramın klasik fıkıhtaki anlamından hareketle modern dönemdeki karşılığına ulaşma ve modern dönemde ortaya çıkmış yeni bazı konuları bu perspektiften değerlendirmektir. Böylece bir yandan güncel bazı meselelerin klasik fıkıh merkezli hükümlerine ulaşılırken bir yandan da alanla ilgilenen araştırmacılara kadim dönemde varlık göstermemiş yeni meselelerin çözümleriyle ilgili bir bakış açısı sağlanması amaçlanmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde mütekavvim mal kavramının Hanefi mezhebi bağlamında klasik fıkıhtaki yeri ortaya konmaya çalışılmaktadır. Bu bağlamda mal kavramı, Hanefi fakihlerinden yapılan aktarımlarla değerlendirmeye tabi tutulmuş ayrıca bu kavramla ilişkisi bulunan milk ve menfaat kavramları da vuzuha kavuşturulmaktadır. Mal kavramından sonra mütekavvim kavramının mezhep içindeki yeri tespit edildikten sonra mal ve mütekavvim kavramlarının mezhep içindeki gelişimine değinilmektedir. Çalışmanın ikinci bölümünde mütekavvim mal kavramının modern hukuktaki 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 işlenmektedir. Buradan yola çıkılarak pozitif hukukta Eşya hukukunun konusu olan maddi mallar üzerindeki mutlak haklar ile Fikri hukukun konusu olan gayri maddi mallar üzerindeki mutlak haklar ele alınmaktadır. Araştırmanın üçüncü bölümünde klasik fıkıh ile modern hukukta kullanılan benzer bazı kavramların karşılaştırması yapıp güncel birkaç konunun mezkur kavram bağlamında hükmü ortaya konmaya çalışılmıştır. Ayrıca bu bölümde modern hukukta direk olarak kullanımı bulunmayan mütekavvim kavramının klasik fıkıhtaki anlamı göz önünde bulundurularak modern hukuktaki karşılığına ulaşılmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda ele alınan meseleler telif hakkı, patent hakkı, marka hakkı, hava parası gibi soyut hak türü konular ile insanın cüzü sayılan insan kanı ve anne sütü gibi meselelerdir. Soyut hakların fayda unsuruna sahip olması ve insanlar tarafından değerli kabul edilmesi şartıyla mal kavramı kapsamında değerlendirilip satım akdine konu edilip edilemeyeceği bu bölümde ayrıca tartışılmıştır.

Öncelikle tez konusunun belirlendiği andan itibaren çalışmamı büyük bir titizlikle takip eden, görüş ve düşüncelerinden faydalanmak istediğim zaman en yoğun olduğu zamanlar da dahi beni hiçbir şekilde geri çevirmeyen, manevi desteğini sürekli üzerimde hissettiğim ve pozitif yönlendirmeleriyle tezimin sonuçlanmasında büyük katkıları olan değerli hocam ve danışmanım Doç. Dr. Necmettin Kızılkaya'ya tüm içtenliğimle teşekkür ederim. Ayrıca yapıcı eleştiri ve yorumlarıyla tezime katkıda bulunan Tez Atölyesi grubundaki kıymetli arkadaşlarıma da şükranlarımı sunarım. Tez yazımı boyunca çalışmalarımı anlayışla karşılayan ve desteğini esirgemeyen eşime de teşekkürü borç bilirim. Çalışmanın derin bir deniz olan İslam kütüphanesine mütevazı bir katre olarak düşmesini ümit ederim.

İbrahim ÖZPOLAT

İstanbul, 2017

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KLASİK FIKIHTA MÜTEKAVVİM MAL

KLASİK FIKIHTA MÜTEKAVVİM MAL.....	6
I. MAL KAVRAMI.....	6
A. Mal Kavramının Sözlük Anlamı	6
B. Fıkhi Açıdan Mal Kavramı.....	7
C. Tariflerin Günümüzde Problem Oluşturabilecek Unsurlarının Değerlendirilmesi	15
D. Menafi/Menfaat Kavramı	16
E. Milk Kavramı	18
II. MÜTEKAVVİM/TEKAVVÜM KAVRAMI.....	21
A. Fıkhi Bir Kavram Olarak Mütekavvim.....	21
B. Mütekavvim ve Gayrı Mütekavvim Mal Ayrımının Sonuçları	23
C. Mal ve Mütekavvim Kavramlarının Gelişimi	24
1. Necis Şeyler	25
a. Aynı Necis Olan Maddeler.....	25
b. Kendisine Necisliğin Sonradan Arız Olduğu Maddeler.....	27
2. Haklar	27
a. Kişinin Ücret Mukabili Sahip Olduğu Görevi Terk Etmesi (et-Tenâzül anî'l-vazîfe bi-mâl).....	29

b. Hava Parası (el-Huluuvv)	31
c. İrtifak Hakkı ve Mali Hakların Miras Olarak Geçmesi	33

İKİNCİ BÖLÜM

MODERN HUKUKTA MÜTEKAVVİM MAL

MODERN HUKUKTA MÜTEKAVVİM MAL	35
I. HAK KAVRAMI VE TÜRLERİ	35
A. Hak Kavramı	35
B. Hakkın Türleri	36
II. MALLAR ÜZERİNDEKİ MUTLAK HAKLAR	38
A. Maddi Mallar Üzerindeki Mutlak Haklar	38
1. Ayni Haklar	39
2. Ayni Hakkın Prensipleri	43
a. Mülkiyet Hakkı	44
b. Sınırlı Ayni Haklar	46
B. Gayrı Maddi Mallar Üzerindeki Mutlak Haklar	47
1. Gayrı Maddi Hakları Açıklayan Teoriler	49
a. Fikri Mülkiyet Teorisi	49
b. Şahsiyet Hakları Teorisi	50
c. Gayrı Maddi Hak Teorileri	51
ı. İki Cephe Teorisi (Dualist Teori)	51
ii. Birlik (Bütünlük) Teorisi	51
d. Eser Sahipliği Teorisi	52
2. Gayrı Maddi Hakların Türk Hukukundaki Gelişimi	52
a. Fikri Hakların Türk Hukukundaki Gelişimi	52
b. Sınai Hakların Türk Hukukundaki Gelişimi	55
3. Fikri Haklar	58

a. Eser Kavramı.....	59
b. Eserin Unsurları.....	59
c. Eser Çeşitleri.....	61
i. İlim ve Edebiyat Eserleri.....	61
ii. Musiki Eserleri.....	63
iii. Güzel Sanat Eserleri.....	64
iv. Sinema Eserleri.....	65
v. İşlenme ve Derleme Eserler.....	65
4. Sınai Haklar.....	66
a. Marka.....	67
b. Patent.....	69
c. Endüstriyel Tasarım.....	70
d. Faydalı Model.....	72
e. Coğrafi İşaretler.....	72

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KLASİK VE MODERN MÜTEKAVVİM MAL ANLAYIŞLARININ MUKAYESESİ

KLASİK VE MODERN MÜTEKAVVİM MAL ANLAYIŞLARININ MUKAYESESİ.....	74
I. MAL KAVRAMI İLE MÜTEKAVVİM KAVRAMININ KARŞILAŞTIRILMASI.....	74
II. MİLK KAVRAMI İLE MÜLKİYET KAVRAMININ KARŞILAŞTIRILMASI.....	78
III. HAKLARIN VE İNSAN ORGANLARININ TEMLİKİ.....	79
A. Hakların Temliki.....	79
1. Telif Hakları.....	81
2. Marka ve Patent Hakları.....	84
3. Hava Parası.....	86
B. İnsan Vücudu ve Cüzlerinin Temliki.....	88
1. İnsan Vücudunun Satımı.....	88

2. Organ, Doku ve Kanın Satımı.....	90
3. Anne Sütünün Satımı.....	93
SONUÇ.....	95
BİBLİYOGRAFYA	98

KISALTMALAR LİSTESİ

- b. : İbn
bkz. : Bakınız
c. : Cilt
çev. : Çeviren
DİA : Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
hz. : Hazreti
md. : Madde
no. : Numara
ö. : Ölüm yılı
r.a. : Radıyallahu anhu
s. : Sayfa
s.a.v. : Sallallahu aleyhi ve sellem
thk. : Tahkik
t.y. : Tarih yok
y.y. : Yayın yeri yok

GİRİŞ

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. Mezkur 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 fikhin 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 mezkur kavram bağlamında her iki doktrini mukayese etmektir. Klasik fıkıhta mütekavvim mal kabul edilmeyen bazı şeyler, modern hukukta mütekavvim mal kabul edilmektedir. Modern hukukta mütekavvim mal kabul edilen bu tür şeylerin, klasik fıkıhta incelenmesi amaçlanmakta olup bu bağlamda bazı alternatifler üzerinde durulacaktır. Çalışma,

¹ Meydânî, *el-Lübâb fi şerhi'l-kitâb*, s. 223.

² İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VII, 234.

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 fıkıhtan farklıdır. Dolayısıyla araştırmanın bir yönü hukuk diğer bir yönü ise iktisat ile ilişkilidir.

Müslümanlar, tarih boyunca karşı karşıya kaldıkları problemlerin çözümü için fıkıha müracaat etmişlerdir. Teknolojinin gelişimi her alana etkide 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 fıkıhtaki yeri açıklanırken ve modern hukuk bağlamında ortaya çıkan problemlere yer verilirken Hanefi mezhebi esas alınmıştır. Zira tarih boyunca fıkıhi sorunların çözümü noktasında köklü bir geçmişe sahip olan mezhepler etkili olmuştur. Ancak her bir mezhebin kendisine has usulü bulunmasından ötürü karşı karşıya kalınan meseleler çözümlenirken 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 Hanefi fakihlerinin tariflerine yer verilip tariflerin ortak ve birbirinden farklı kayıtları değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Ayrıca mal kavramıyla ilişkisi bulunan *milkiyye* ve *menfaat* kavramlarına da değinilmiştir. Mal kavramının ardından mütekavvim kavramı incelenmiştir. Hanefi fakihlerinin mütekavvim kavramıyla ilgili tanımları ortaya konduktan sonra mütekavvim kavramının mezhep içindeki gelişimi *fürû* fıkıhtan örneklerle açıklanmıştır. 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 fikri 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 dahil 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 temliki gibi güncel konular da bu bölümde ele alınmaktadır.

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. Ebu Yusuf eserinde malla ilgili birçok konuyu tartıştığı gibi yaşadığı dönemde devleti de ilgilendiren ganimetlerin paylaşılması, maden hükümleri, fey ve haraç gibi bazı meseleleri de 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

Klasik fıkıh ele alınırken, araştırmanın üzerine bina edildiği Hanefi mezhebinin kaynaklarına müracaat edilmiştir. Genel olarak konuya yer veren birçok eserden faydalanılmakla birlikte mezhepte kabul görmüş temel birkaç eser, çalışmanın merkezine alınmıştır. Bu eserler Serahsî'nin (ö. 483/1090) *el-Mebsût*'u, Kâsânî'nin (ö. 587/1191) *Bedâiu's-sanâi' fi tertîbi's-şerâi'* adlı eseri, İbn Nüceym'in (ö. 970/1563) *el-Bahrü'r-râik şerhu kenzi'd-dekâik* adlı eseri, İbn Âbidîn'in (ö. 1252/1836) *Reddü'l-muhtâr ale'd-dürri'l-muhtâr* adlı haşiyesidir.

Araştırmada konunun modern hukukla bağlantısı noktasında muasır çalışmalardan da istifade edilmiştir. Muhammed Ebu Zehrâ'nın (ö. 1974) *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd fi's-şerîati'l-islâmiyye* adlı eseri, Ali el-Hâfî'nin (ö. 1978) *el-Milkiyye fi's-şerîati'l-islâmiyye* adlı çalışması, Abdüsselam el-Abbâdî'nin *el-Milkiyye fi's-şerîati'l-islâmiyye* adlı eseri, Ömer Muhammed İdris'in *el-Mâlû ve's-tihdâmâtühû* adlı çalışması, Salih Humejd el-Ali ile Bâsil Mahmud el-Hâfî'nin birlikte hazırladığı *Nazariyyetü'l-akd fi'l-fikhi'l-islâmî ve tatbîkâtühe'l-muâsıra* adlı çalışması, Sa'düddîn Muhammed el-Kıbbî'nin *el-Muâmelâtü'l-mâliyyetü'l-muâsıra fi dav'i'l-islâm* adlı eseri, Ali el-Karadâğî'nin *Buhûs fi fikhi'l-muâmelâti'l-mâliyyeti'l-muâsıra* adlı çalışması ile fıkıhta yasaklı olan satım akitlerini konu edinen Abdünnâsır b. Hıdır Mîlâd'in *el-Buyûu'l-muharrametü ve'l-menhiyyü anhê* adlı çalışması ile Ramazan Hâfız Abdurrahman'ın *el-Buyûu'd-dârra* adlı çalışması araştırmada istifade edilen muasır çalışmalardandır.

Araştırmanın konusu olan mütekavvim mal konusunda tespit edilebildiği kadarıyla müstakil bir çalışma mevcut değildir. Ancak mütekavvim mal konusuna değinen bazı tez ve makale çalışmalarının varlığından söz edilebilir. Araştırmada kendilerinden istifade edilen söz konusu tez ve makaleler konunun ele alınması ve

³ Öğüt, "Ebu Yusuf", *DİA*, X, 264.

⁴ İdris, *el-Mâlû ve's-tihdâmâtühû*, s. 21-24.

çerçevesinin belirlenmesinde önemli bir role sahiptirler. Bu bağlamda 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 kendisinden istifade edilen çalışmalardır.

Konunun modern hukuktaki yeri incelenirken genel olarak Türk hukuku temel alınmıştır. Modern hukukun araştırmaya taalluk eden kısmı eşya hukuku ile fikri hukuk olmasından ötürü bu alanda kaleme alınmış eser ve çalışmalar temel kaynak olarak kullanılmıştır. Bu bağlamda Eşya hukuku alanında M. Kemal Oğuzman (ö. 1995), Özer Seliçi (ö. 2013) ile Saibe Oktay Özdemir tarafından kaleme alınmış *Eşya Hukuku* adlı çalışma, Fikri hukuk alanında ise Ünal Tekinalp'in *Fikri Mülkiyet Hukuku* adlı eseri temel kaynak seçilmiştir. Bu iki eserin yanında Necip Bilge'nin (ö. 2001) *Hukuk Başlangıcı*, Turgut Akıntürk (ö. 2009) ve Derya Ateş Karaman'ın hazırladığı *Medeni Hukuk*, Ergun Özsunay'ın *Medeni Hukuka Giriş*, M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas'ın hazırladığı *Medeni Hukuk*, Ahmet M. Kılıçoğlu'nun *Medeni Hukuk*, Jale Akipek'in *Türk Eşya Hukuku*, Şafak N. Erel'in *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, Akın Beşiroğlu'nun *Fikir Hukuku Dersleri*, Ahmet M. Kılıçoğlu'nun *Sinai Haklarla Karşılaştırılmalı Fikri Haklar*, Duygun Yarsuvat'un *Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları*, Mustafa Ateş'in *Fikri Hukukta Eser*, Sami Karahan, Cahit Suluk, Tahir Saraç ve Temel Nal'ın hazırladığı *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları* adlı çalışmalar konunun modern hukukla ilgili bölümü için istifade edilen diğer kaynaklardır. Burada ayrıca araştırmanın modern hukukla ilgili bölümünde katkıları bulunan iki tez çalışmasına da değinmek yerinde olacaktır. Bunlar, Gülçin Karasu'nun "*Gayri Maddi Hakların Vergilendirilmesi*" adlı doktora tezi ile Ayşenur Şahin'in "*Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması*" adlı yüksek lisans tezidir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KLASİK FIKIHTA MÜTEKAVVİM MAL

Çalışmanın bu bölümünde mütekavvim mal konusu üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda ilk olarak malın klasik fıkıhtaki tanımı ele alınacak daha sonra mal ile ilişkisi bulunan bazı kavramlar açıklanmaya çalışılacaktır. Ayrıca mütekavvim kavramının tanımı ve mezhep içindeki gelişimi incelenecektir. Böylece bu bölüm temel alınarak, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde incelenecek olan güncel bazı meselelerin çözümü amaçlanmaktadır.

I. MAL KAVRAMI

A. Mal Kavramının Sözlük Anlamı

Mal sözlükte, bir kişi veya bir grup insanın sahip olduğu eşya, ticaret malı, gayri menkul, para veya hayvan için kullanılan isimdir. Çoğulu *emvâl* şeklinde gelir. Cahiliye Arapları döneminde mal, yalnız deve için kullanılan bir isimdi.⁵ Ayrıca malın sözlük anlamı, “*sahip olduğun her şeydir*”⁶ ve “*mal, insanın sahip olduğu her şeydir*”⁷ şeklinde de verilmektedir. İbnü’l-Esîr (ö. 606/1210), *en-Nihâye* adlı eserinde malı şöyle tarif etmektedir: “*Mal, asıl olarak sahip olunan altın ve gümüş için kullanılmıştır. Ancak daha sonraları sahip olunan ve edinilen her eşya için kullanılmaya başlamıştır. Araplar da malı daha çok deve için kullanmaktaydı. Çünkü mallarının çoğunluğunu develer oluşturuyordu.*”⁸

Tarifler incelendiğinde sözlükte bir şeyin mal olabilmesi için kişinin mülkünde bulunması temel bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Buna göre havadaki kuş ve sudaki balık gibi mülkte bulunmayan şeylere sözlükte mal denilemez.⁹

⁵ Cevherî, *es-Sihâh Tâcü'l-luga ve sihâhu'l-arabiyye*, “Lâm” babı, V, 1821; Mecmau'l-lugati'l-arabiyye, *Mu'cemü'l-vasît*, md. “mâle”, s. 892.

⁶ Zebîdî, *Tâcü'l-arûs*, md. “mevele”, XXX, 427.

⁷ İbn Manzûr, *Lisânü'l-arab*, “mevele” babı, VI, 4300.

⁸ İbnü'l-Esîr, *en-Nihâye*, md. “mevele”, IV, 373.

⁹ Abbâdî, *el-Milkiyye fi's-şerîati'l-islâmiyye*, I, 171.

B. Fıkhi Açıdan Mal Kavramı

Fıkıh eserlerinde malın tanımı ile ilgili farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Ancak mezhep içerisinde esas alınan mal tarifi, tespit edilebildiği kadarıyla neredeyse bütün fakihler tarafından benzer şekillerde yapılmaktadır. Serahsî, malı şöyle tarif etmektedir: “*Mal, temevvül ve ihraz sıfatı itibariyle bizim maslahatımızın gerçekleşmesi için yaratılmış olan şeydir.*”¹⁰ Serahsî, bir başka yerde, ümmü veledin satım akdine konu edilip edilemeyeceği hususunda Hanefi fakihlerinin görüşünü aktarırken malın tarifiyle ilgili şu ifadelerle yer vermektedir: “*Temevvül kastıyla ihrazı sahih olan şeydir.*”¹¹

Serahsî'nin fūrû fıkıhla ilgili çeşitli konular münasebetiyle ortaya koyduğu görüşlerden iktibas ederek vermeye çalıştığımız mal tarifi incelendiğinde bir şeye mal denilebilmesi için temevvül, ihraz ve fayda/maslahat temin etme unsurlarını kendisinde barındırması gerektiği anlaşılacaktır. Temevvül unsurunun ifade ettiği anlam bizzat Serahsî'nin kendisi tarafından şöylece açıklanmaktadır: “*Temevvül, bir şeyi korumak ve ihtiyaç zamanı için biriktirmek üzere elde tutmaktır.*”¹² Buna göre mal olacak şeyin korunmaya ve iddihar edilmeye elverişli olması gerekir. Bir şeyin korunması ve iddihar edilebilmesi için madde olma özelliğine sahip somut varlık kategorisine girmesi kaçınılmazdır. İhraz unsurundan maksat ise malik olma iradesiyle bir şey üzerinde hâkimiyet/zilyetlik kurma anlamındadır.¹³

Serahsî'den yaklaşık bir asır sonra gelen Kâsânî ise malı şöyle tanımlamaktadır: “*Mal, Kendisinden bilfiil istifade edilen ve bu istifadenin şeriat tarafından mübah kılınmış olduğu şeydir.*”¹⁴ Bir başka yerde Şâfî mezhebinin köpeğin mal olmadığı ve satımının caiz olmadığı ile ilgili görüşüne cevap verirken zımnen malın tarifine de şöylece işaret etmektedir:

Bize göre köpek, maldır. Mal olduğu için kartal ve şahin gibi satım akdine konu edilebilir. Köpeğin mal olduğunu gösteren delil ise hakiki manada ondan

¹⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 79.

¹¹ Serahsî, *el-Mebsût*, VII, 160.

¹² Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 79.

¹³ Aktan, “İhrâz”, *DİA*, XXI, 543.

¹⁴ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, VI, 456.

faidalanılabilmesi ve bu faydalanmanın mutlak olarak şer‘an mübah görülmesidir. Köpekte bu özellikler var olduğu için mal kabul edilmiştir.¹⁵

Kâsânî'nin bu ifadelerinden malı, kendisinden gerçek anlamda istifade edilen ve bu istifadenin şâri‘ tarafından mübah kılındığı şeyler manasında kullandığı anlaşılmaktadır.

Kâsânî'nin yaklaşımı incelendiğinde gerek kendisinden önce gelen Serahsî'den gerekse de kendisinden sonra gelen diğer Hanefi fakihlerinden farklı bir yorum ortaya koyduğu görülecektir. Zira o, bir şeyin mal olabilmesi için kendisinden faydalanılabilmesi ile bu faydalanmanın şâri‘ tarafından mübah kılınmış olmasını şart koşmaktadır. Kâsânî'nin bu ifadeleri yalnız başına ele alındığında şarap ve domuz gibi zimmîler tarafından mal kabul edilen fakat şâri‘in yasaklamış olduğu şeyleri mal kapsamı dışında tuttuğu yüzeysel sonucuna ulaşılabacaktır. Ancak söz konusu sonuç önerme doğru değildir. Zira Kâsânî, ilgili yaklaşımı ortaya koyduğu *Bedâi'* adlı eserinin ilerleyen bölümlerinde şarap ve domuzun Müslümanların tersine zimmîler için mal olduğunu ifade etmektedir.¹⁶

Kâsânî, zimmîlere göre şarap ve domuzun mal olduğunu da iki şekilde izah etmektedir. Birincisi şeriat, zimmîler İslam akidesine sahip olmadıkları için ahirette cürümlerinin karşılığını çekmek üzere onları dinleriyle baş başa bırakmış ve bu itibarla iman dairesine girinceye kadar şarap ve domuzu onlara mübah kılmıştır. İkincisi şeriat, onlara şarap ve domuzu mübah kılmamış, bilakis söz konusu maddelerin haramlığı Müslüman olsun olmasın herkes için sabittir. Ancak şeriat söz konusu haramlıkla birlikte onları dinleriyle baş başa bırakmamızı bize emretmiştir.¹⁷

Kâsânî'nin yukarıda geçen görüşleri incelendiğinde şarap ve domuzun zimmîler için mal kabul edileceği ile ilgili diğer Hanefi fakihlerinden farklı düşünmediği görülecektir. Kâsânî dışındaki diğer Hanefi fakihlerinin, *şeriatın bir şeyden faydalanmayı mübah kılmış olması/yasaklamamış olması* şartını ilerde ele alacağımız mütekavvim mal ve gayri mütekavvim mal ayrımında söz konusu ettikleri bilinmektedir. Buna göre Hanefi fakihleri, şeriatın kendisinden faydalanmayı yasaklamış olduğu malı, gayri mütekavvim mal kısmına dahil etmişlerdir. Ancak

¹⁵ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, VI, 558.

¹⁶ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, VI, 559.

¹⁷ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, VI, 559.

Kâsânî, mal kavramıyla ilgili *faydalanmanın şer'an mübah olması* kaydıyla diğer Hanefî fakihlerinin ortaya koyduğu tariflerden farklı bir yaklaşım izlemiştir. Bu kayıtla, ilgili fıkhi meselelerin bir kısmında diğer Hanefî fakihlerine muhalefet etmesi beklenen Kâsânî, aksine onların ortaya koyduğu görüşü dile getirmekte ve mezhepte genel kabul gören teorinin dışına çıkmamaktadır. Sonuç olarak Kâsânî'nin yaklaşımı söz konusu kayıt açısından ilk bakışta diğerlerinden farklı gözükse de uygulama alanı bakımından etki ve yansımalarının olmaması, onun aslında diğer tariflerden farklı olmadığını göstermektedir.

Kâsânî ile Serahsî'nin mal kavramına yaklaşım tarzları karşılaştırıldığında ilk bakışta aralarında farklar olduğu görülecektir. Serahsî bir şeyin mal olması için temevvül, ihraz ve fayda unsurlarını kendisinde bulundurmasını şart koşarken Kâsânî yalnız fayda temin etme unsuru ile söz konusu fayda unsurunun şari' tarafından yasaklanmamış olmasını şart olarak öne sürmektedir. Kâsânî, bir şeyin mal olması veya olmamasını gerekçelendirirken tarifte geçen unsurların varlığı veya yokluğunu ölçü almaktadır. Bunu aşağıdaki alıntı ile örneklendirmek mümkündür:

Maymun (satmanın hükmü) ile alakalı Ebu Hanife'den iki rivayet vardır. Caiz olmadığı rivayetinin delili maymunun şer'an kendisinden faydalanılamamasıdır. Bu sebeple maymun (Müslümanlar hakkında) domuz örneğinde olduğu gibi mal değildir. Caiz olduğu rivayetinin delili ise maymunun zatından faydalanılamıyor olsa da derisinden faydalanmanın mümkün olduğudur... Filin satılması ise icma ile caizdir. Çünkü fil hakiki anlamda kendisinden faydalanılabilen ve mutlak anlamda bu faydalanmanın şer'an mübah bırakıldığı bir hayvandır. Bu sebeple mal kabul edilmiştir.¹⁸

Bu ifadelerden anlaşıldığı üzere Kâsânî'ye göre mal olacak şeyin, fayda unsuru ile şeriatın bu faydalanmayı mübah kılma unsurunu kendisinde barındırması gerekmektedir. Serahsî'nin tarifi mal kavramının kapsamını daraltırken Kâsânî'nin tarifi oldukça geniş ve kuşatıcı bir anlam ortaya koymaktadır. Serahsî'nin tarifinde bir şeyin korunup biriktirilebilir olması (temevvül), üzerinde hâkimiyet ve zilyetlik kurulabilmesi (ihraz) gibi özellikler şart koşularken Kâsânî'nin tarifinde bunların hiç biri söz konusu edilmemiştir. Serahsî ile Kâsânî'nin mal tariflerinde üzerinde ittifak ettikleri özellik yalnız fayda unsurudur. Kâsânî'nin temevvül ve ihraz unsurlarını göz

¹⁸ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâî*, VI, 560.

ardı etmesinin gerekçesi ile ilgili bir bilgiye rastlamadık. Bunun sebebi Kâsânî'nin mal kavramının anlamının geniş tutulması gerektiği görüşünde olduğu şeklinde izah edilebileceği gibi söz konusu unsurların fakihler arasında meşhur olması, Kâsânî'nin yaşadığı asırda satım akdine konu olan malların bahsi geçen unsurları bünyesinde barındırıyor olması veya günümüzde olduğu gibi maddi varlığı olmayıp satım akdine konu olabilecek şeylerin o dönemde yaygın olmaması gibi gerekçeler öne sürülerek açıklanabilir. Kâsânî'nin konuyla ilgili fûrû fıkhıta diğer Hanefî fakihleriyle ihtilafa düşmeyip onlar gibi görüş beyan etmesi ve icâre akdinde menfaatin de mal kapsamına girmeyeceğini açıkça ifade etmesi¹⁹ mal kavramının anlamının geniş tutulması şeklindeki birinci varsayımı çürütüp diğer varsayımları kuvvetlendirmektedir.

Teftâzânî (ö. 792/1390) malı, şöyle tarif etmektedir: “*Mal, ihtiyaç zamanı kendisinden faydalanılmak üzere biriktirilebilen şeydir.*”²⁰ Bu ifadelerle göre bir şeyin mal olması için kendisinden faydalanılabilmesi ve stoklanabilmesi gerekir. Stoklama unsurunun tahakkuku için bir şeyin kabzedilebilir ve üzerinde hakimiyet kurulabilir olması icap eder. Bu da bizi dolaylı olarak mal olacak şeyde fayda sağlama, biriktirilebilir olma ve maddî varlığı olma şeklinde üç özelliğin bulunması gerektiği sonucuna götürmektedir.

Teftâzânî'nin tanifi, Kâsânî ve Serahsî'nin tanifiyle karşılaştırıldığında onun Kâsânî'nin aksine Serahsî'ye benzer bir tanifi ortaya koyduğu görülecektir. Serahsî'nin mal tanifi temevvül, ihraz ve fayda temin etme unsurları geçmekteydi. Temevvül ve ihraz unsurları Teftâzânî'nin *biriktirilebilme (iddihar)* unsuruyla ifade edilmiştir. Serahsî'nin fayda temin etme unsuru ise tanifte geçen *ihtiyaç zamanı kendisinden faydalanılmak üzere* kaydıyla ortaya konmuştur. Bu itibarla Serahsî'nin tanifi daha açık ve net kayıtlar getirilerek mal kavramının kapsamını ortaya koyarken Teftâzânî'nin tanifi, kavramı daha kısa ve özlü bir şekilde ifade etmektedir.

İbn Emîru Hâc (ö. 879/1474) malı şöyle tanifi etmektedir: “*Mal, ihtiyaç vakti için korunup biriktirilebilen şeydir.*”²¹ Aynı eserin bir başka yerinde şöyle

¹⁹ Kâsânî, **Bedâiu's-sanâi'**, V, 512.

²⁰ Teftâzânî, **et-Telvîh**, I, 465.

²¹ İbn Emîru Hâc, **et-Takrîr**, II, 129.

demektedir: “*Mal, kendisine rağbet edilen ve başkalarından sakınulan şeydir.*”²² İbn Emîru Hâc’ın birinci tarifi biriktirilebilir olma unsuru açısından Teftâzânî’nin tarifiyle uyuşurken fayda temin etme unsurunu içermemesi açısından Teftâzânî’nin tarifinden ayrılmaktadır. Malın en önemli özelliği olan faydalanma unsurunu içermemesi tarife yapılabilecek en haklı eleştirilerden biridir. Ancak biriktirilen şey, faydalanılmak üzere saklanır, dolayısıyla tarif zımnen faydalanma unsuru ile Serahsî’nin öne sürdüğü ihraz unsurunu kendisinde barındırıyor şeklinde bir tevil ve yorum getirmek suretiyle gelebilecek itirazlara cevap vermek mümkündür. İbn Emîru Hâc’ın ikinci tarifi ise kapsayıcılık ve uygun olmayan şeyleri dışarıda bırakma açısından eleştirilebilir. Zira doğada mevcut olan güneş, bulut, temiz hava gibi insanın kendisine rağbet ettiği fakat bununla birlikte mal olmayan birçok şey mevcuttur. Söz konusu tarif bu gibi şeylerin de mal olmasını gerektirmektedir. Ancak İbn Emîru Hâc’ın mal tarifinin birinci tarif olduğunun kabul edilip ikincisinin tariften çok başka şeylerde de var olabilecek bir takım özelliklerin malda da var olduğu bilgisini sunmak için verildiği şeklinde bir açıklama getirilmesi mümkündür.

İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râik* adlı eserinde malın tarifiyle ilgili Gaznevî’nin (ö. 593/1197) *el-Hâvi’l-kudsî* adlı eserinden şunu aktarmaktadır: “*İnsanın maslahatı için yaratılmış, ihrazı ve kendisinde tasarrufta bulunulması mümkün olan insan dışındaki her şeydir.*”²³ İbn Nüceym’in tarifi aktarıp herhangi bir itirazda bulunmaması onun da mal ile ilgili zikredilen tarifi desteklediğine işaret etmektedir. Tarif fayda temin etme unsuru ile ihraz/üzerinde hâkimiyet kurulabilme unsurunu kendisinde barındırmaktadır.

İbn Nüceym’in aktarmış olduğu tarif, daha evvel geçen tarifler ile karşılaştırıldığında Kâsânî’nin tarifi dışındaki tariflerle *biriktirilebilir olma* vasfı ile *maddi varlığı* olma vasfı dışındaki unsurlarda birleştiği görülür. Önceki tariflere iltifat etmeyen İbn Nüceym, *el-Hâvi’l-Kudsî*’den aktardığı tarifi benimseyip eserine onu almıştır. İbn Nüceym’in aktardığı tarifte maddi varlığı olma unsuruna yer verilmemiştir. Genel olarak Hanefî fakihlerinin tariflerine ters olup İbn Nüceym tarafından da açıkça ifade edilmese de menfaat ve hak türü şeylerin tarife dahil edilip

²² İbn Emîru Hâc, **et-Takrîr**, I, 158.

²³ İbn Nüceym, **el-Bahrü’r-râik**, V, 277.

mal kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Bu tarif ihtiyaçlara cevap verme ve kapsayıcılığı bakımından dikkate alınması gereken bir tariftir.

İbn Âbidîn, malı şöyle tarif etmektedir: “*İnsan tabiatının kendisine meylettiği ve ihtiyaç zamanı için biriktirilmesi mümkün olan şeydir.*”²⁴ Buna göre mal olacak şeyde rağbet/istek unsuru ile biriktirilebilir olma unsurunun bulunması gerekir. Son dönem Hanefî fakihlerinden olan İbn Âbidîn’in içinde bulunduğu dönemin tekamülünü göz önünde bulundurarak önceki Hanefî fakihlerinin tariflerinden daha net ve kuşatıcı bir tarif ortaya konması beklenirdi. Ancak o da kendisinden önceki fakihlerin tariflerine benzer bir tarif seçmiştir. İnsan tabiatının meyli şeklinde ifade edilen rağbet/istek unsurunun ucu açık ve kapalı bir terkip olduğu söylenebilir. Tarifin zahiri göz önünde bulundurulduğunda, insanın hoşuna gitmeyen ve kendisine karşı tiksindiği acı ilaçların mal kapsamına girmemesi ve satım akdine konu edilmemesi gerekir. Bu itibarla daha açık ve net lafızlarla yapılacak bir tarif, mal kapsamına girecek şeyleri kavramamızı kolaylaştıracaktı. Tarifin devamında gelen *biriktirilmesi mümkün olan* ifadesi biriktirilemeyen şeylerin mal olmamasını ve satım akdine konu edilmemesini gerektirmektedir. Ancak İbn Âbidîn’in biriktirilebilir olma kaydıyla anbean varlık gösteren menfaatin tarif dışında bırakıldığını ifade etmesi²⁵ ile söz konusu kaydın sebze ve yeşillikler gibi yiyecek maddeleri için değil de özel olarak menfaatler için getirildiğini göstermektedir.

Mecelle’de malın tarifi şöyle verilmiştir: “*Tab-ı insanî mail olup da vakt-ı hacet için iddihar olunabilen şeydir ki menkule ve gayrı menkule şamil olur.*”²⁶ *Mecelle*’nin ortaya koyduğu tarif İbn Âbidîn’in tarifi ile aynıdır. Bu sebeple yukarıda İbn Âbidîn’in tarifi ile ilgili yorumlar *Mecelle*’nin tarifi için de geçerlidir.

Muhammed Ebu Zehrâ *el-Milkiyye ve nazariyyetü’l-akd* adlı eserinde malın sözlük anlamını verdikten sonra fakihlerin malla ilgili tariflerine –eleştirilerini de ortaya koyarak- değinmektedir. Bu bağlamda İbn Âbidîn’in yukarıda geçen tarifini verdikten sonra söz konusu tarifi malın bütün sınıflarını kuşatmadığı için eksik bir tarif olduğunu ifade etmektedir. Zira tarif bütün fakihler tarafından mal kabul edilen ve satım akitlerine konu olan sebzeler ile taze bakliyat ve yeşillikleri içine

²⁴ İbn Âbidîn, **Reddü’l-muhtâr**, VII, 8.

²⁵ İbn Âbidîn, **Reddü’l-muhtâr**, VII, 234.

²⁶ **Mecelle**, md. 126.

almamaktadır. Aynı tarifte geçen *insan tabiatının kendisine meylettiği* ifadelerinin kapalı olduğuna değinen Ebu Zehrâ daha açık bir ifadenin mal olacak şeyleri daha iyi kavramamıza yardımcı olacağını vurgulamaktadır. Zira tarifin zahiri göz önünde bulundurulduğunda insan tabiatının kendisine meyletmediği ve tiksindiği bazı ilaç ve zehirli maddelerin mal olmayacağı sonucu karşımıza çıkabilmektedir. Buna karşılık söz konusu maddelerin fakihlerce mal kabul edildiği sabittir.²⁷ Ebu Zehrâ, en doğru tanımın İbn Nüceym'in *el-Hâvil-kudsî* adlı eserden yaptığı alıntı olduğuna vurgu yapıp tarifi verdikten sonra buna gelecek tek itirazın *köleyi kuşatmıyor olması* olabileceğini ifade etmektedir. Ancak insanın aslen mal kabul edilmediği ve insandaki mal olma niteliğinin geçici olduğunu ortaya koyan Ebu Zehrâ böylece söz konusu itirazı ortadan kaldırmaktadır.²⁸

İddihar unsurunun açık lafzı göz önünde bulundurulduğunda, uzun süre biriktirilme ve stoklanmaya kabil olmayan yiyecek maddelerinin mal kapsamına girmemesi ve buna bağlı olarak satım akdine konu olmaması gerekirdi. Ancak iddihar unsurunun öne sürülmesinin sebebi söz konusu maddeleri mal kapsamı dışına çıkartmak değil bilakis elle tutulur gözle görülür madde ve hacimleri olmayan menfaat ve hakları mal kapsamının dışına bırakmaktır. Hanefi fakihlerinin ilgili unsuru zikrettikleri yerlerde söz konusu yiyecek maddelerinin tarifin dışında kaldığı şeklinde bir açıklama ve nota yer vermemeleri bilakis söz konusu yiyeceklerin satımında faiz illetinin bulunup bulunmadığını tartışmaları, zekat alınıp alınmayacağını gündeme getirmeleri kanaatimizi kuvvetlendirmektedir.²⁹ Yukarıda İbn Âbidîn'in mal tarifini açıklarken zikrettiğimiz üzere, İbn Âbidîn iddihar unsurunu açıklarken bu kaydın menfaatlerden ihtiraz için getirildiğini ifade etmektedir. Menfaatler hali hazırda var olmayıp anbean elde edilebildikleri için an itibariyle topluca alınma ve elde edilmeye uygun değillerdir. Dolayısıyla biriktirilemez ve stoklanamazlar. Bu sebeple malın tarifinde iddihar unsuru söz konusu edilerek menfaatlerin tarifin dışında bırakılması amaçlanmıştır.

Kronolojik sırayı göz önünde bulundurarak vermeye çalıştığımız Hanefi fakihlerinin tarifleri yapılan eleştiri, yorum ve tevillerle birlikte geniş bir perspektifte

²⁷ Ebu Zehrâ, *el-Milkiyye*, s. 47.

²⁸ Ebu Zehrâ, *el-Milkiyye*, s. 48.

²⁹ Meydânî, *el-Lübâb fi şerhi'l-kitâb*, s. 161, 253.

incelendiğinde bir şeyin mal olması için şu özellikleri kendisinde barındırması gerektiği söylenebilir:

- 1) İnsanlar tarafından faydalı ve değerli kabul edilmesi. Buna örf unsuru demek mümkündür.
- 2) Üzerinde hakimiyet ve zilyetlik kurulabilmesi. Bu, ihraz edilebilme unsuru manasına gelmektedir.
- 3) Maddi bir varlık olma. Buna da ayn olma unsuru denilebilir.

Zikredilen üç unsuru kendisinde barındırmayan şeyler mal kapsamına girmezler. Buna göre menfaat ve haklar ayn olma unsurunu kendilerinde bulundurmadıkları için mal sayılmazlar ve satım akdine konu edilemezler.³⁰ Bu bağlamda menfaate karşılık ivazın temliki şeklinde tarif edilen icâre akdinin caiz olmaması gerekirdi. Ancak Hanefiler istihsan deliline dayanılarak icâre akdine cevaz verildiğini ifade etmişlerdir.³¹ Tahsil edilecek borç, fûrû fıkhıta bazı meselelerde hükmen mal sayılsa da ihraz edilebilme unsurunu bünyesinde barındırmadığından tahsil edilinceye kadar hakiki anlamda mal sayılmaz.³² Bir buğday tanesi gibi az olup değersiz görülen şeyler, insanlar tarafından faydalı ve değerli kabul edilme özelliğine aykırı olduğu için mal kabul edilmez.

Çalışmanın ikinci bölümünde geleceği üzere günümüz hukukunda mal kabul edilen hakların, klasik Hanefî fıkhında öne sürülen ayn olma unsurunun gerek yukarıda geçen İbn Nüceym'in aktarmış olduğu tarif esas alınarak gerekse de ilgili unsurun evrensel örf normunca esnetilmesi suretiyle mal kapsamına dahil edilmesi mümkündür. Son tahlilde malın, "*kendisinden faydalanılabilen/fayda unsuruna sahip şey*" şeklinde tanımlanması mümkün olabilir.³³ Menfaat ve hakların gerek icâre akdine gerekse de çalışmanın ilerleyen bölümlerinde değineceğimiz üzere birçok muavaza akdine konu edilmesi mal olma yönlerini destekler niteliktedir. 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. Zira Mal kapsamına girmesine engel teşkil edecek yasaklayıcı bir nas

³⁰ İdris, *el-Mâlû ve's-tihdâmâtühû*, s. 63.

³¹ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, V, 512.

³² İdris, *el-Mâlû ve's-tihdâmâtühû*, s. 71.

³³ Nitekim Hanefiler dışındaki cumhur, mübah olması kaydıyla menfaat ve hak türü şeylerin mal kapsamında değerlendirilebileceği görüşündedir. Bkz. İdris, *el-Mâlû ve's-tihdâmâtühû*, s. 56.

bulunmayan menfaat ve haklar böylece koruma altına alınmış olur. Diğer yandan menfaat ve hakların mal kapsamına girdirilmemesi, insan haklarının ihlal edilmesine ve kötü niyetli kimselerin önünün açılmasına sebep olacaktır. Bu da şeriatın maksatlarına ters düştüğü gibi kamu düzeninin bozulmasına ve kargaşaların çıkmasına sebep olabilir.

C. Tariflerin Günümüzde Problem Oluşturabilecek Unsurlarının Değerlendirilmesi

Bu başlık altında değinmek istediğimiz konu mal kavramıyla ilgili Hanefi fakihlerinin ortaya koyduğu tariflerin günümüz iktisadı içinde ortaya çıkaracağı bazı problemlere işaret etmektir. Söz konusu tariflerde geçen kayıtlar bağlamında ortaya çıkacak sorunlar, *ilgili tarifî gayrı muteber kabul etme, tevil etme veya mezhep sistematiği içindeki kuralları işletme* suretiyle giderilebilir.

– *İnsan tabiatının kendisine meyletmesi/İstek ve rağbet unsuru*: İnsan tabiatının kendisine meyletmediği ve günümüzde satım akdine konu edilen ve ticari ilişkilerde ciddi bir yeri bulunan bazı maddeler vardır. Hastanın -iyileşmesine sebep olacağını bildiği halde- boğazından aşağı geçirmekte zorlandığı acı ilaçlar, insan tabiatı tiksindiği halde mal sayılmaktadır. Ayrıca kağıt, metal, plastik ve cam atıklar ile yıpranmış eski kumaşlar insan tabiatının kendisine meyletmediği buna rağmen günümüzde geri dönüşüm için kurulmuş atık tesislerince satım akdine konu edilip satın alınmakta ve böylece ikinci bir defa insanın hizmetine sunulabilmektedir. Ayrıca insana zarar vereceği tartışmasız olan zehir ve insan için tehlikeli vahşi hayvanlar da insan tabiatı kendisine meyletmese de çeşitli amaçlar için piyasa içerisinde bunların satılması için kurulmuş özel iş yerleri ve hayvan barınaklarında satılabilmektedir.³⁴

– *Üzerinde hakimiyet ve zilyetlik kurulabilmesi/İhraz edilebilme unsuru*: Kişinin üzerinde hakimiyet ve zilyetlik kurabileceği şeyleri, maddi (somut) ve manevi (soyut) olmak üzere iki kısma ayırmak mümkündür. Manevi (soyut) kısma dahil olan; kişinin üzerinde hakimiyet kurduğu ve kendisinde var olan bununla birlikte bir şahıstan diğerine intikali mümkün olmayan zeka, ilim ve sağlık gibi özellikler mal

³⁴ İdris, *el-Mâlû ve's-tihdâmâtühû*, s. 44-45.

değildir. Söz konusu özellikler üzerinde, kişinin hakimiyeti olsa da malın en temel özelliği olan bir mülkten başka bir mülke geçmeye elverişli olma vasfına sahip olmadıkları için mal sayılmazlar. Ancak manevi kısma dahil olan ve bir mülkten başka bir mülke geçmeye kabil bazı şeyler de var ki günümüzde bunların birçoğu mal kabul edilmektedir. Patent hakkı ve telif hakları buna örnek verilebilir.³⁵

Güneş ışığı, ihraz unsurunu kendisinde barındırmadığından dolayı ilk etapta mal kapsamına girmez. Güneş ışığının bulunduğu halden başka bir hale dönüşümüyle mal kapsamına girmesi mümkün olabilir. Buna göre güneş ışığı elektriğe dönüştürülecek olursa mal olarak kabul edilebilir. Zira güneş ışığının elektrik olduktan sonra üzerinde hakimiyet kurulması mümkün olabilir.

– Biriktirilebilir olması/İddihar unsuru: Bu şart ile ilgili konuyu üç yönden incelemek uygun olacaktır. Birinci yön: Altın ve gümüş gibi uzun zaman biriktirilmesi mümkün olan maddeler vardır ki bunların Hanefi fakihlerine göre iddihar özelliğini kamil manada barındırdıkları için mal sayılacağı muhakkaktır. İkinci yön: Meyve ve sebzeler gibi kısa bir müddet biriktirmeye elverişli olup uzun müddet elde tutulamayan maddelerin Hanefi fakihlerine göre iddihar şartına sahip olmadıkları için mal sayılmaması ve satım akdine konu edilmemesi gerekir. Ancak böyle bir şartın günümüzde uygulama alanı yoktur. Zira meyve ve sebzelerin ithalat ve ihracatını yapan büyük şirketler ve dev marketler söz konusu ticaretten büyük gelirler elde etmekte ve söz konusu ürünler günümüz iktisatçıları tarafından mal kabul edilmektedir. Üçüncü yön: Menfaat ve hak gibi maddi varlığı olmayan soyut şeyler iddihar şartı ile birlikte ele alındığında Hanefi fakihlerine göre mal kabul edilemeyeceği görülecektir. Ancak günümüzde bu tür şeyleri mal olmaktan çıkartmak emeklerin zayı, insanların mağdur olmasına sebep olacaktır.³⁶

D. Menafi/Menfaat Kavramı

Menfaat, kişinin kendisiyle hedef ve maksadına ulaştığı (vasıta niteliği taşıyan) şeyler anlamında kullanılmaktadır. Menafi kavramının kapsamına giren şeylerin, insanın kendisine rağbet ettiği yiyecek ve içecekler olması ile tiksinierek

³⁵ İdris, *el-Mâlû ve's-tihdâmâtühû*, s. 46.

³⁶ İdris, *el-Mâlû ve's-tihdâmâtühû*, s. 47.

kullandığı acı ilaçlar olması arasında bir fark yoktur. Menafi veya menfaat kimi zaman maddi, kimi zaman da manevi şeylerden istifade etme vasıtasıyla elde edilebilir. Meyveler, hayvan derileri ve madenler maddi menfaate; evde oturma (süknâ), arabaya binme ve eğitim (talim) manevi menfaate örnek verilebilir.³⁷

Menfaat kavramının ıstılah manası ile ilgili Elmalılı Hamdi Yazır (ö. 1942) şunları söylemektedir:

Menfaat, bir aynın muayyen bir malın kullanılması ile meydana gelen, elde edilen faydasıdır. Çoğulu menâfidir. Mesela bir evin menfaati içine oturmakla elde edileceği gibi bir hayvanın menfaati de ona binmekle elde edilir. Menfaat muşahhaslık niteliği taşımayıp, madum olduğundan aslında akde konu olmaması gerekirdi. Ancak zaruret ihtiyacına binaen mevcut telakki edilmiş ve akde konu olması caiz görülmüştür.³⁸

İstılah açısından menfaat kavramının Elmalılı'nın tarifine yakın bir diğer tarifi şöyledir: “İnsanın aynları (maddi varlığı bulunan şeyleri) kullanırken kendisinden istifade ettiği araz³⁹ niteliği taşıyan faydalardır.”⁴⁰

Hanefi fakihlerine göre menfaatler, mal kabul edilmemektedir. Buna dair şu gerekçeleri delil getirmişlerdir:

– Bir eşyanın mal vasfını kazanabilmesi için gerekli olan şartlar göz önünde bulundurulduğunda menfaatlerin mal olmadığı görülecektir. Söz konusu şartlardan olan ayn olma vasfı ile iddihar vasfı, menfaatleri mal kapsamından dışarı çıkartmaktadır. Çünkü menfaatler, maddi varlığı olmayan soyut şeylerdir ve onlar için iddihar mümkün değildir.⁴¹

– Malın en temel özelliklerinden biri de başkası tarafından telef edildiğinde tazmin edilmesi ve misli mallardan ise mislinin, kıyemi mallardan ise kıymetinin ödenmesidir. Menfaatler tazmin edilemedikleri gibi onlara karşılık bedel alınması da söz konusu değildir. Bu da menfaatlerin mal olmadığını ortaya koymaktadır.⁴²

³⁷ Feyyûmî, **el-Misbâhu'l-münîr**, md. “nefea”, II, 849; İsfahânî, **Müfredâtü elfâzi'l-kur'ân**, s. 502.

³⁸ Hamdi Yazır, **İslam Hukuku ve Fıkıh İstılahları Kamusu**, III, 413.

³⁹ Cevher, tek başına varlığı bulunan, araz ise tek başına varlığı bulunmayıp ancak başka bir şeyle beraber var olabilen şeylerdir. Renkler araza örnek olarak verilebilir. Bkz. Cürcânî, **et-Ta'rîfât**, I, 149.

⁴⁰ İdris, **el-Mâlû ve's-tihdâmâtühû**, s. 62.

⁴¹ İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr**, VII, 234; Zeydân, **el-Medhal**, s. 184.

⁴² Zeylâî, **Tebyînü'l-hakâik**, XV, 455.

- Ölüm hastalığına⁴³ yakalanmış kişinin, sahip olduğu menfaatlerin tümünü bir başkasına söz konusu menfaatlerden faydalanmak üzere vermesi caizdir. Fakat aynı kişinin sahip olduğu malların üçte birinden fazlasında tasarrufta bulunması caiz değildir. Menfaatler mal kapsamına girmiş olsaydı mallarda olduğu gibi onların da üçte birinden fazlasında tasarrufun engellenmiş olması gerekirdi. Son tahlilde, menfaatlerde tasarrufun üçte bir ile kayıtlanmayıp mutlak olarak serbest bırakılması menfaatlerin mal olmadığına delalet etmektedir.⁴⁴
- Menfaatin mal sayılmamasının sebeplerinden birisi de, menfaatin kaynağı olan eşyayı kullanma öncesinde mevcut olmayışıdır. Madum olan bir şey ise mal olarak nitelendirilemez.⁴⁵

E. Milk Kavramı

Milk kelimesi, sözlükte kişinin bir şeye sahip olması, bir şey üzerinde tek başına hakimiyet kurması gibi anlamlara gelmektedir.⁴⁶

Milk kelimesinin ıstılah anlamıyla ilgili iki tip yaklaşımdan söz etmek mümkündür:

1) *İhtisas özelliği ile tanımı*: Milki ihtisas özelliğini göz önünde bulundurarak tanımlama girişiminde bulunan Hanefî fakihlerinden biri Kâsânî'dir. Kâsânî, kendisinden önceki bazı fakihlerin milkin "*tasarruflarda bulunma kudreti*" anlamına geldiği şeklindeki görüşlerine karşı çıkmış ve milki şöylece tanımlamıştır:

Milkin, tasarruflarda bulunma kudreti anlamına geldiği kabul edilmez.

Doğru olan milk kelimesinin, malikin mülk edinilmiş şey üzerindeki özel ihtisas durumunu ifade ettiğidir. 'Bir eşyanın milki' ifadesi, malikin söz konusu eşya üzerindeki özel ihtisası anlamını taşır.⁴⁷

⁴³ 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 ortaya çıkar. Bkz. Berrî, *el-Vasît fi ahkâmî't-terikâti ve'l-mevârîs*, s. 17.

⁴⁴ İdris, *el-Mâlû ve's-tihdâmâtühû*, s. 65.

⁴⁵ Dalgın, "İslam Hukukuna Göre Satım Sözleşmesi Açısından Mal Kavramı", **Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, s. 104.

⁴⁶ Fîrûzâbâdî, *el-Kâmûsü'l-muhît*, "Mim" faslı, s. 954.

⁴⁷ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, VI, 393.

Bu tanımda milkin daha çok dış muhtevası göz önünde bulundurulmuş ve kişinin eşya üzerindeki özel durumunun diğer insanları söz konusu eşya üzerinde tasarrufta bulunmaktan engellediği ifade edilmiştir. Ancak milkin iç muhtevası yani kişinin eşya üzerindeki ihtisas durumundan kaynaklanan tasarruf yetkisi direk değil dolaylı olarak anlaşılmaktadır.⁴⁸ Milki bu anlamda kullanan bir diğer Hanefî fakihî de Gaznevî'dir. İbn Nüceym, milkin tanımı ile ilgili Gaznevî'nin *el-Hâvî* adlı eserinden şu aktarımda bulunmaktadır: “*Milk, bir şahsın eşya üzerindeki hakkının diğer kişilere karşı korunduğunu ifade eden özel ihtisas durumudur.*”⁴⁹ Bu tanım, Kâsânî'nin ortaya koyduğu tarif gibi dış muhtevayı esas alıp buna vurgu yapmaktadır. Milkin iç muhtevası olan tasarrufta bulunma yetkisi tariftten doğrudan anlaşılammaktadır.

2) *Tasarruf kudreti özelliği ile tanımı*: Hanefî fakihlerinden Sadrüşşerîa Ubeydullah b. Mes'ûd (ö. 747/1346), milki bu anlamı esas alarak daha teknik ve kuşatıcı bir şekilde tarif etmiştir. Sadrüşşerîa, milki şöyle tanımlamaktadır: “*Milk, kişi ile nesne arasında, kişiye o nesne üzerinde mutlak tasarruf hakkı sağlayan ve başkalarının tasarruflarına engel teşkil eden hukuki bir bağıdır.*”⁵⁰ Tarif, milk kavramını hem iç hem de dış muhtevasını göz önünde bulundurarak açıklamakta; milkin kişiye eşya üzerinde tasarrufta bulunabilme kudreti ile birlikte üçüncü şahıslara karşı ileri sürülebilme hakkı verdiğini kuşatıcı ve açık bir dille ifade etmektedir. Bu tarif kadar başarılı ve kuşatıcı olmasa da milki tasarruf kudreti unsuruyla tanımlayan diğer bir Hanefî fakihî Kemal İbnü'l-Hümâm'dır (ö. 861/1457). İbnü'l-Hümâm, milki şöyle açıklamaktadır: “*Bir engel bulunmadığı müddetçe ibtidâen/aslen*⁵¹ *tasarruflarda bulunabilme kudretidir.*”⁵² Tarif, milki tanımlarken iç muhtevayı; tasarrufta bulunma yetkisini ön plana çıkartmış ve dış muhtevanın ikincil anlam olarak kalmasını sağlamıştır.

Milki temel olarak iki kısma ayırmak mümkündür. Bunlar tam milk ve nakıs milktir. Tam milk, bir şeyin hem zatına hem de menfaatine sahip olmaktır. Nakıs

⁴⁸ Hacak, “İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi”, Doktora tezi, s. 149.

⁴⁹ İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, V, 278.

⁵⁰ Hacak, “İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi”, Doktora tezi, s. 149. Hacak, ilgili tarifi Abbâdî'nin Sadrüşşerîa'nın *Şerhu'l-vikâye* adlı eserinden aktardığını zikredip aynı tarife Cürcânî'nin de *et-Ta'rîfât* adlı eserinde yer verdiğine dikkat çekmektedir.

⁵¹ Bu kayıt vekilden ihtiraz için getirilmiştir. Zira vekilin tasarruf yetkisi asil olarak değil temsilci olma niteliği ile vardır. Bkz. İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, V, 278.

⁵² Bu tarifi İbn Nüceym aktarmaktadır. Bkz. İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, V, 278.

milki ise bir şeyin yalnız zatına veya yalnız menfaatine sahip olmaktır. Bir şeyin yalnız menfaatine sahip olmak anlamına gelen *milki'l-menfaa*, *hakku'l-intifa'* terkibiyle de ifade edilmektedir. *Milki'l-menfaa*, şahsi veya ayni bir hak olabilir. Buradaki şahsi haktan maksat, eşyaya değil eşyadan faydalanan kişiye bağlı olan hak anlamındadır. *Milki'l-menfaa*'nın ayni hak olması ise eşyadan faydalanma hakkının, şahsa bağlı olmaması yalnız eşya üzerinde olması anlamındadır. Ayni olan *milki'l-menfaa* aynı zamanda *irtifak hakkı* da denilmektedir ve yalnızca gayri menkuller için söz konusu olabilir.⁵³

Tam milkin kendine has özellikleri ve sonuçları vardır. Bu bağlamda tam milki mutlak ve devamlıdır. Milkin konusu olan eşya var olduğu sürece herhangi bir zamanla kayıtlanamaz. Sahibine eşya üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma ve kullanma yetkisi verir. Tam milki sahibi, milkin konusu olan eşyayı satma, hibe etme, vakfetme, vasiyet etme, ödünç verme, kiraya verme gibi konularda hürdür. Tam milki sahibi, milki konusu olan eşyayı telef etmesi durumunda tazmin mükellefiyeti altına girmez.⁵⁴

Nakıs milki üç başlık altında incelemek mümkündür. Birincisi *milki'l-ayn*, ikincisi *milki'l-menfaati'sh-shahsi*, üçüncüsü ise *milki'l-menfaati'l-aynidir*. *Milki'l-ayn*, bir eşyanın zatının bir şahsa ait olması anlamındadır. Buna göre söz konusu eşyanın menfaatleri bir başka şahsa aittir. Örnek olarak bir kimse ölmeden önce bir şahsa üç yıllığına evinde oturmayı vasiyet eder de ölürse vasiyet edilen şahsın kabul etmesi durumunda evin zati vasiyet edenin mirasçılarına aitken, evin menfaati üç yıllığına vasiyet edilen şahsa ait olmuş olur. Bu itibarla ölenin mirasçılarının üç yıl doluncaya kadar ev üzerinde *milki'l-ayn* hakları vardır. Böyle bir durumda mirasçılarının üç yıl içinde evden hiçbir şekilde faydalanma hakları yoktur. Evin zatına malik olsalar da onda herhangi bir tasarrufta bulunamazlar. *Milki'l-menfaati'sh-shahsi*, bir şahıs bağlamında eşyanın yalnızca menfaatine malik olmaktır. Bu tür bir milki beş yoldan biriyle elde edilebilir. Bunlar *iâre*, *icâre*, vakıf, vasiyet ve *ibâhadır*. *Milki'l-menfaati'sh-shahsi*, zaman, mekan veya bir başka vasıfla kayıtlanamayı kabul eder fakat miras olarak intikali kabul etmez. *Milki'l-menfaati'l-ayni*, bir gayri menkul üzerinde

⁵³ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-islâmî*, IV, 58-59; Hacak, “İslam Hukukunda İrtifak Hakları ile İlgili Kavramların Gelişimi”, Yüksek lisans tezi, s. 12-17.

⁵⁴ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-islâmî*, IV, 58.

var olan menfaat hakkıdır. Şübh hakkı, mesil hakkı, mürur hakkı gibi irtifak hakları bu tür bir milke örnek olarak verilebilir. İrtifak hakkı olarak da bilinen bu tür bir milkin hükümleri başkalarına zarar verme niteliği taşımadığı sürece devam eder. Ancak başkalarına zarar veya eziyet söz konusu olursa zararın izale edilmesi gerekir.⁵⁵

II. MÜTEKAVVİM/TEKAVVÜM KAVRAMI

A. Fıkhi Bir Kavram Olarak Mütekavvim

Mütekavvim kelimesi sözlükte *kâme* fiilinin humasi kalıbı olan *tekavveme-yetekavvemü* fiilinin ism-i fâil kalıbıdır. Tekavvüm da söz konusu fiilin mastarıdır. Tekavvüm sözlükte bir şeyin denk gelmesi, eşit olması, kıymetinin belirginleşmesi anlamında kullanılmaktadır. Mütekavvim ise bu anlamın taşıyıcısı olan faili/yapıcı özneyi ifade etmektedir.⁵⁶Mütekavvim sözcüğü mal sözcüğü ile bir araya gelip *mütekavvim mal* terkiibini oluşturduğunda, ilgili terkiibin sözlükte kıymet ifade eden, hukukça korunan mal anlamına geldiği belirtilmiştir.⁵⁷

Teftâzânî mütekavvim vasfını şöylece açıklamaktadır:

Tekavvüm iki yönü olan bir bütündür. Birincisi örfîdir ki ihraz ile olur. Buna göre avlanılacak hayvan ve ot gibi ihraz edilmemiş şeyler mütekavvim değildir. İkincisi şer'îdir ki o da şeriatın ondan faydalanmayı mübah kılmasıyla olur.⁵⁸

İbn Nüceym, maliyet (mal olma) ile tekavvüm (mütekavvim olma) arasındaki ilişkiyi *el-Keşfü'l-kebîr* adlı eserinden yaptığı aktarımla şöylece izah etmektedir:

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 mübah kılınmış olması ile olur. Buna göre tek bir buğday tanesi gibi insanların mal edinmediği fakat kendisinden faydalanmanın mübah kılındığı şeyler mal olamaz. Şarap gibi insanlar nezdinde (zimmîler gibi) mal olan fakat kendisinden faydalanmanın mübah kılınmadığı şeyler

⁵⁵ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-islâmî*, IV, 59-63, 67.

⁵⁶ Mecmau'l-lugati'l-arabiyye, *Mu'cemü'l-vasît*, md. "kaveme", s. 768.

⁵⁷ Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, VI, 10.

⁵⁸ Ebu Zehrâ, *el-Milkiyye*, s. 50.

mal olsa da mütekavvim değildir. Kan gibi insanlar nezdinde mal olmayan ve kendisinden faydalanmanın mübah kılınmadığı şeyler ise mal da değildir mütekavvim de değildir.⁵⁹

İbn Nüceym'in *el-Keşfü'l-kebîr*'den aktardığı yukarıdaki açıklamalardan anlaşılmaktadır ki bir şeyde mütekavvimlik olmadan maliyet (mal olma) söz konusu olabilir. Bu da insanların onu mal edinmesiyle gerçekleşir. Buna göre söz konusu şey gayrı mütekavvim mal olur. Mütekavvimliğin gerçekleşmesi için bir şeyin öncelikle mal olma safhasını geçmesi gerekir. Mal olmayan bir şeyde mütekavvimlik aranmaz. Çünkü insanlar bir şeyi mal edinip kullanmıyorsa şeriatın onu mübah kılmasının makul bir sonucu olmaz.⁶⁰

İbn Âbidîn haşiyesinin "*Mal, Milk ve Mütekavvimin Tarifi Hakkında Bir Bölüm*" başlığı altında İbn Nüceym'in *el-Keşfü'l-kebîr*'den yaptığı alıntıya değinip şöyle demektedir:

Mal, mütekavvimden daha genel ve daha kuşatıcı bir kavramdır. Çünkü mal, şarap örneğinde olduğu gibi mübah olmasa da iddihar edilmeye elverişli şeyler için kullanılabilir. Ancak bir şeyin mütekavvim olabilmesi için iddihar edilmeye elverişli olmasıyla birlikte mübah olması da gerekir. Buna göre şarap, mütekavvim olmayan maldır.⁶¹

Haşiyesinin bir başka yerinde mütekavvim kavramını daha net bir şekilde şöyle açıklamaktadır: "*Mütekavvim, şer'an kendisinden faydalanmanın mübah olduğu maldır.*"⁶² Buna göre bir şeyin mütekavvim mal olabilmesi için önce malın özelliklerini kendisinde barındırması gerekir. Kendisinden faydalanmanın şeriat tarafından mübah kılınmış olması, sonraki aşamayı temsil etmektedir. Mal tarifine uyan fakat şari' tarafından kendisinden faydalanmanın yasaklandığı şeyler mütekavvim olmasa da maldır.

Mecelle'de ise mütekavvim mal şöyle tarif edilmiştir: "*Mal-i mütekavvim, iki manaya istimal olunur. Biri intifa-ı mübah olan şeydir. Diğeri mal-i muhrez*

⁵⁹ İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, V, 277.

⁶⁰ Ebu Zehrâ, *el-Milkiyye*, s. 49.

⁶¹ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VII, 8.

⁶² İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VII, 234.

demektir. Mesela denizde iken balık gayrı mütekavvim olup istiyâd ile ihraz olduğunda mal-i mütekavvim olur.”⁶³

Mecelle ve Teftâzânî’den aktarmış olduğumuz tarifler incelendiğinde, tariflerin birbirine çok yakın anlamlar taşıdığı görülecektir. Muasır fakihlerden Ebu Zehrâ, *Mecelle*’nin söz konusu tarifi Teftâzânî’den esinlenerek ortaya koyduğunu ifade etmektedir.⁶⁴ Tariflerin ifade ettiği anlam, mütekavvim vasfının iki anlamda kullanılacağıdır. Birincisi üzerinde hakimiyet kurulup zilyetliğin sağlanmış olduğu şey, ikincisi şeriatın mübah kıldığı şey anlamıdır. Buna göre bir şeye gayrı mütekavvim denildiğinde ihraz edilmemiş anlamı kastedilebileceği gibi şeriatın mübah kılmadığı şey anlamı da kastedilmiş olabilir. Buna bağlı olarak gayrı mütekavvim ifadesi ile kamuya açık olup şeriatın herkes için faydalanma hakkı verdiği gayrı muhrez şey kastedilirse bu tip şeylerin mülk edinilip ihraz edilmedikçe mütekavvim vasfına haiz olmayacağı hükmü verilir. Ancak gayrı mütekavvim ifadesi ile şeriatın mübah kılmadığı şey manası kastedilirse bu durumda söz konusu şey, insanların tümü veya bir kısmı tarafından mal kabul ediliyorsa mal kapsamına girebilir ancak mütekavvim sayılmaz.

B. Mütekavvim ve Gayrı Mütekavvim Mal Ayrımının Sonuçları

Gerçek anlamda mal, mütekavvim maldır. Zira mütekavvim mal iktisadi değeri olan ve hukuk tarafından koruma altına alınmış olan malı ifade eder. Bu sebeple mütekavvim olan bir malın telef edilmesi durumunda tazmin edilmesi gerekir. Ancak mütekavvim olmayan bir malın telef edilmesi ise tazmin yükümlülüğü getirmez. Çünkü mütekavvim olmayan mal hukukun korumadığı bir maldır.⁶⁵

Müslüman olan birinin İslam topraklarında yaşayan ve hakları koruma altına alınmış olan zimmilere ait şarap ve domuz gibi gayrı mütekavvim malları telef etmesi durumunda tazmin etmesi gerekir. Zira bu tür şeyler, onların kullandıkları ve kendi dinlerine göre mübah ve mütekavvim olan mallardır. Şeriat onlar adına bu tür malları koruma altına almıştır. Bu tür mallar en güçlü şekilde korunur.⁶⁶

⁶³ *Mecelle*, md. 127

⁶⁴ Ebu Zehrâ, *el-Milkiyye*, s. 50.

⁶⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 96.

⁶⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 53, 102.

Mütekavvim mallar, iktisadi değere sahip olup hukuk tarafından korunduğu için bu tür mallar üzerinde her türlü hukuki işlem yapılabilir. Buna binaen mütekavvim mallar satım, hibe, vasiyet gibi akitlerin konusu olmaya elverişlidir. Mütekavvim olmayan mallar ise hukuki işlemlere hiçbir şekilde konu olamazlar.⁶⁷ Yalnız miras yoluyla bir başkasına intikal edebilirler.⁶⁸ Bu da geçici ve istisnai bir durumdur. Buna göre mütekavvim olmayan bir mal, satmak, satın almak veya hibe etmek yoluyla akdin konusu yapılamaz. Mal olmayan şeyler de herhangi bir hukuki işlemin konusu veya bedeli olamazlar.⁶⁹

Mütekavvim olmayan malın hukuki işlemlerde mebi ya da semen/bedel olması durumuna bağlı olarak farklı hükümler terettüp eder. Örnek olarak satım akdinde mütekavvim olmayan mal, mebi kabul edilirse akit batıl; semen/bedel kabul edilirse akit fasit kabul edilir. Batıl olan akit hiçbir sonuç doğurmazken fasit olan akitte kabz bulunduğu takdirde mülkiyet alıcıya intikal eder. Bunun sebebi satım akdinde yapılan muamelenin gayesi ve asıl maksadının mebi olmasıdır. Semen ise bu amaca götüren bir vasıtaadır. Bundan dolayı mebi akdin asıl unsuru/rüknü kabul edilirken semen ise böyle değildir.⁷⁰

C. Mal ve Mütekavvim Kavramlarının Gelişimi

Çalışmanın bu bölümü, mal ve mütekavvim kavramlarının altına giren konuların tümünü incelemeyi amaçlamakta olmayıp yalnızca ilk dönem Hanefi fakihleri tarafından mal veya mütekavvim kabul edilmeyen ancak sonraki dönemlerde mal veya mütekavvim kabul edilen meselelerin tespit ve tahliline ayrılmıştır. Bu bağlamda başlıkta “*mal ve mütekavvim kavramlarının gelişimi*” şeklinde bir ifadenin kullanılma gerekçesi söz konusu tarihi gelişimin birbirinden ayrı olarak bazen mal bazen de mütekavvim kavramıyla ilgili olduğunu ifade etmek içindir.

⁶⁷ Ali Haydar, **Dürrü'l-hükkâm**, I, 185.

⁶⁸ Kâsânî, **Bedâiu's-sanâi'**, VI, 437.

⁶⁹ **Mecelle**, md. 210.

⁷⁰ Ali Haydar, **Dürrü'l-hükkâm**, I, 186.

1. Necis Şeyler

Fakihlerin necaseti, iki kısımda incelediği görülmektedir. Birincisi, aynı necis olan maddeler (ayni necaset), ikincisi aynı necis olmayıp kendisine necasetin sonradan arız olduğu maddelerdir. Aynı necis olan maddelerden, zatı dinen pis sayılan ve zaruret halleri dışında faydalanılması mübah olmayan mallar kastedilmektedir.⁷¹ Doktrinindeki hükmünü ortaya koyma ve mal kavramıyla ilişkisini incelemek üzere her iki kısmı müstakil başlıklar halinde incelemek yerinde olacaktır:

a. Aynı Necis Olan Maddeler

Hanefî fıkıh literatürü incelendiğinde Kuran ve Sünnette kullanılması ve kendisinden faydalanılması yasaklanmış olan şeylerin, aynı necis maddeler kabul edildiği açıkça görülecektir.⁷² Buna dair Kuran-ı Kerim’de geçen şu ayeti delil getirmektedirler: “*İşte o peygamber onlara... temiz şeyleri helal, pis şeyleri haram kılar.*”⁷³ Ayetten anlaşılan şudur ki Allah Teâlâ Hz. Peygamber (s.a.v.) vasıtasıyla temiz ve pis şeyleri kullarına bildirecektir. Bu itibarla temiz olan ile helal olan bir potaya, pis olan ile haram olan diğer potaya girdirilecek ve helal olana temiz, haram olana pis denilmesi gerekecektir. Bu sebeple şariat tarafından yasaklandığı için aynı necaset kapsamına giren maddelerin zamanla dönüşüme uğrayıp mütekavvim mal kabul edilmeleri ve satım akdine konu edilmeleri mümkün değildir. Zira söz konusu maddelerin satım akdine konu edilmemelerinin sebebi mahiyetlerinde var olan necislik vasfı değil bilakis şariat tarafından yasaklanmış olmalarıdır. Bu yasaklamamanın bir sonucu olarak onlara necaset kisvesi giydirilmiş ve aynı necaset kabul edilmişlerdir.

Hanefî fakihlerinin dışkı ve hayvan tersi gibi insan tabiatının kendisine karşı tiksinti duyduğu ve pis sayılan maddeleri de şarap ve leş gibi Kuran ve sünnet tarafından yasaklanmış olmasından ötürü aynı necis kabul edilen maddeler kategorisinde değerlendirdikleri görülmektedir. Söz konusu maddelerin bir kısmıyla

⁷¹ Kâsânî, **Bedâiu‘s-sanâi‘**, I, 362.

⁷² İçkinin haramlığı ile ilgili bkz. “*Ey iman edenler! İçki, kumar, dikili taşlar ve fal okları şeytan işi birer pisliktir. Bunlardan kaçın ki, kurtuluşa eresiniz.*” (Maide, 5/90); Domuzun haramlığı ile ilgili bkz. “*O size ancak ölü hayvanı, kanı, domuz etini ve Allah’tan başkası adına kesilenleri haram kıldı.*” (Nahl, 16/115).

⁷³ Araf, 7/157.

ilgili yasaklayıcı naslar gelse de diğer bir kısmının, hakkında açık bir nas bulunmamasına rağmen hakkında açık nas bulunan yasaklı maddelere ilhak edildiği görülmektedir. Sonraki dönemlerde ihtiyaç hâsıl olmasının doğal bir sonucu olarak Hanefiler, hakkında açık bir nas bulunmayan söz konusu maddelerin mal sayılıp satım akdine konu edilebileceğini beyan etmişlerdir. Bu da hakkında açık nas bulunmayan ve Hanefilerde haram hükmünü ispat kurallarının kendilerine uyarlanmadığı söz konusu maddelerin kullanılmama sebebinin necisliği değil bilakis onlardan faydalanma alanının bulunmaması ile irtibatlandırılabilir. Hanefilere göre satım akdine konu olabilecek malda bulunması gereken özellikler incelendiğinde malın tahir/temiz olması şartının olmadığı görülecektir. Ancak onlara göre malın satım akdine konu olması için kendisinden faydalanılabilen bir madde olması gerekir. Hanefi fakihleri fayda unsurunu kendisinde bulundurduğundan dolayı aynı necis maddeler grubuna giren hayvan gübresinin⁷⁴ satımına cevaz vermişlerdir. Kâsânî konuyla ilgili şu ifadelerle yer vermektedir:

Gübre ve hayvan tersi satmak caizdir. Çünkü gübre mutlak anlamda şer'an kendisinden faydalanılması mübah olan bir maddedir. Bu sebeple mal kategorisine girmiştir. İnsan dışkısını satmak ise caiz değildir. Zira ondan herhangi bir şekilde faydalanmak mübah değildir. Bu sebeple mal kategorisine girememiştir. Ancak insan dışkısı toprakla karışır da galip olan toprak olursa bu durumda satılması caiz olur. Çünkü ondan faydalanmak caizdir. Ebu Hanife'nin şöyle dediği rivayet edilmiştir: Helal olan bir şey harama karışır da galip olan helal olursa onun satılmasında bir beis yoktur. Haramın galip gelmesi durumunda ise satılması da hibe edilmesi de caiz olmaz.⁷⁵

Kâsânî'nin ifadelerinden anlaşılacağı üzere Hanefi fakihlerinin birçoğuna göre gübre üzerinde yapılan satım akdinin sahih olmasının illeti, gübrenin kendisinden faydalanılan bir şey olması teşkil eder.⁷⁶ Bu cevaz hükmüyle önemli bir ihtiyaca cevap verilmiştir. Zira gerek geçmişte gerekse günümüzde ısınma ve tarım alanında kullanılan gübre, insanların yüksek seviyede ihtiyaç duyduğu bir madde olmuştur.

⁷⁴ Mezhepte mutemet olan görüşe göre eti yenmeyen hayvanların tersi ağır necaset, eti yenen hayvanların tersi ise hafif necaset kabul edilmektedir. Bkz. Meydânî, *el-Lübâb fi şerhi'l-kitâb*, s. 54; Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-inâye*, I, 160.

⁷⁵ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, VI, 562.

⁷⁶ Ali ve Hâfi, *Nazariyyetü'l-akd*, s. 198-199.

b. Kendisine Necisliğin Sonradan Arız Olduğu Maddeler

Hanefi fakihleri aynı necis olmayıp kendisine necisliğin sonradan arız olduğu maddeleri iki kısma ayırmışlardır. Birincisi, necasetin izale edilmesi suretiyle temizlenmesi mümkün olan maddeler, ikincisi necasetin izale edilmesi mümkün olmayan maddelerdir. Elbise ve halı gibi temizlenmesi mümkün olan maddelerin mal sayılacağı ve satım akdine konu edilebileceği ile ilgili bir ihtilaf yoktur.⁷⁷ Ancak temizlenmesi mümkün olmayan maddelerin yenilmesi ve içilmesi caiz değildir. Yeme-içme dışında kendilerinden faydalanılacak bir yön varsa satım akdine konu edilebilir ve kendilerinden faydalanılabilir.⁷⁸ Bununla ilgili Rasulullah (s.a.v.)'den rivayet edilen şu hadisi delil getirmişlerdir: “*Nebi (s.a.v.)’e içinde farenin öldüğü yağın hükmü soruldu. Şöyle buyurdu: Fare ve etrafındaki yağ atılır ve geri kalan yenilebilir. Denildi ki: Ey Allah’ın Rasul’ü şayet yağ sıvı olursa bununla ilgili ne dersin? Buyurdu ki: Yemeyin, fakat faydalanın.*”⁷⁹ Buna göre fare, yağa düşer de ölürse; yağ katı ise fare ve etrafındaki yağ atılır ve geri kalan yağ yenilebilir. Fakat yağ sıvı ise hiçbir şekilde yenmez ancak aydınlanma ve deri tabaklama gibi fayda sağlayan yerlerde kullanılabilir ve satım akdine konu edilebilir.⁸⁰ Ancak bu tür bir ürünün satılması durumunda ayıbının söylenmesi gerekir. Şayet ayıbı söylenmez de satılırsa daha sonra farkına varılması halinde müşteri için ayıp muhayyerliği gündeme gelir.⁸¹

2. Haklar

Hak, inkarı mümkün olmayan sabit şey anlamına gelmektedir. İstilah manası ile ilgili birçok tarifin bulunduğu hak kavramı için tanımların ifade ettiği bütüncül anlam şöyledir: “*İnsan için maddi veya manevi şeyler üzerinde imtiyaz ve imkanların*

⁷⁷ Bilicioğlu, “İslam Hukukunda Nitelikleri İtibariyle Satım Akdine Konu Olamayan Mallar”, Yüksek lisans tezi, s. 62.

⁷⁸ Kâsânî, **Bedâiu’s-sanâi’**, I, 386.

⁷⁹ Dârakutnî, **Süneni dârakutnî**, V, 526. Hadis değişik yollardan farklı lafızlarla rivayet edilmiştir. Şâfiî mezhebi hadisin bu lafzını değil farklı bir lafzını delil olarak alıp sıvı yağa fare vb. necis bir şey düşmesi durumunda yağın hiçbir şekilde kullanılmayacağı görüşündedir. Bkz. Kâsânî, **Bedâiu’s-sanâi’**, I, 387. Şâfiîlerin delil getirdiği rivayet şöyledir: “*Nebi (s.a.v.)’e içinde farenin öldüğü yağın hükmü soruldu. Şöyle buyurdu: Şayet yağ donmuş ise fareyi ve etrafındaki yağı atın ve geri kalanı yiyin. Ancak yağ sıvı ise onu dökün.*” Buhârî, **Sahîhu’l-buhârî**, Hadis no. 5538, VII, 97.

⁸⁰ Kâsânî, **Bedâiu’s-sanâi’**, I, 386.

⁸¹ Kâsânî, **Bedâiu’s-sanâi’**, I, 386.

var olmasıdır.”⁸² Ömer Nasuhi Bilmen’in tarifi ise şöyledir: “*Şahsa özel olan manevi bir kudrettir ki, insan bununla tasarruf salahiyetini veya bir şeye malik olma özelliğini kazanır.*”⁸³ Ali el-Hafif ise hak kavramını şöyle tarif etmektedir: “*Sahibi için şer’an kazanılmış her maslahattır.*”⁸⁴ Tariflerden anlaşıldığı kadarıyla hak kavramı, kişinin mülkünde bulunan maddi eşyalar için kullanılıyor olmasının yanı sıra maddi varlığı olmayan soyut bazı şeyler için de gündeme gelebilir. Hanefi fakihlerinin mal tarifi göz önünde bulundurulduğunda maddi varlığı olmayan soyut haklar, mal kapsamına girmemektedir. Zira onlara göre ayn olma unsuru malın en temel özelliklerinden biridir. Maddi varlığı olmayan soyut haklar kendisinde bu özelliği barındırmadığından mal olamazlar.⁸⁵

Hakların Hanefi fakihlerine göre mal kabul edilip edilmeyeceği ile ilgili genel kabul yukarıda aktarmış olduğumuz olumsuz yaklaşım olsa da tarih içinde hak olan bazı şeylere mukabil ivaz/bedel alınacağına dair fetvaların var olduğu bilinmektedir.⁸⁶ Bir şeye ivaz/bedel biçmek, onu kıymetli kabul etmek ve muavaza akitlerine konu etmek anlamı taşır. Satım akdi, muavaza akitlerinin bir türü olduğuna göre bu durumda hak olan bir şeyin satım akdine de konu olabileceği düşünülebilir. Hanefi fakihleri tarafından istihsan delili altında zaruret ve örfe bağlanan söz konusu esnetilmiş hükümlerle, ilk dönem Hanefi fakihleri tarafından mal olma ve satım akdine konu edilme noktasında kendisine karşı durulan hak türü şeylerin, -sonraki Hanefi fakihleri tarafından mal kabul edildiği açıkça ifade edilmese de- bir ivaza mukabil temlikine cevaz verilmiştir. Bu açıdan hak türü şeylerin maliyet yönleri ve satım akdine konu edilmeleri yeniden üzerinde düşünülmesi gereken bir konu olarak ortaya çıkmaktadır.

Mezhep içinde var olan sistemi bozmadan örfün mezhep içinde işletilebileceğini savunan İbn Nüceym ve İbn Âbidîn⁸⁷ aşağıda ele alacağımız konularda da görüleceği üzere gerek örf gerekse bir meseleyi benzer meselelere ilhak etmek suretiyle hak kapsamına giren bazı şeylere karşılık bedel alınmasının caiz

⁸² İdris, *el-Mâlû ve’s-tihdâmâtühû*, s. 60.

⁸³ Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, I, 13.

⁸⁴ Ali el-Hafif, *el-Milkiyye fi’ş-şer’iati’l-islâmiyye*, s. 9.

⁸⁵ İdris, *el-Mâlû ve’s-tihdâmâtühû*, s. 61.

⁸⁶ İbn Âbidîn, *Reddû’l-muhtâr*, VII, 33.

⁸⁷ Geniş bilgi için bkz. Hallağ, “Bir Osmanlı Reform Öncüsü: Örf ve Hukuki Değişim Üzerine İbn Âbidîn”, çev. Ömer Faruk Ocakoğlu, *Usûl İslam Araştırmaları*, s. 166.

olduğu görüşüne sahip olmuşlardır. İbn Nüceym ve İbn Âbidîn'in söz konusu fetvaları ile hakların mal olmayacağı şeklindeki klasik yaklaşımın bir nebze de olsa kırıldığı söylenebilir. Günümüzde mal kabul edilen ve satım akitlerine konu edilen haklara, verilen cevaz hükmü ile müspet yaklaşmak mümkündür.

a. Kişinin Ücret Mukabili Sahip Olduğu Görevi Terk Etmesi (et-Tenâzül ani'l-vazîfe bi-mâl)

ed-Dürrü'l-muhtâr isimli meşhur eserin müellifi Haskefî (ö. 1088/1677), eserinin “*Kitâbü'l-bey*” bölümünde kişinin –devlet, vakıf veya özel sektörde- sahip olduğu görevinden vazgeçip bırakması karşılığında mal/ücret almasının caiz olduğu ile ilgili şu ifadeler yer vermektedir:

el-Eşbah'da geçtiği kadarıyla şufa hakkı gibi mücerret haklara⁸⁸ 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 örf itibar edilmez. Fakat (Hanefî fakihlerinden) birçok âlim itibar edilebileceğine dair fetva vermişlerdir. Bu (son) hükme binaen mal/ücret karşılığı vazifeden vazgeçmek caizdir diye fetva verilir.⁸⁹

Haskefî'nin İbn Nüceym'den aktarmış olduğu ifadelerde geçen vakıflardaki vazifelerden maksat namaz kıldırma, hutbe verme, ezan okuma, temizlik görevi ve danışmanlık/kapıcılık gibi görevlerdir.⁹⁰ Bu görevler kişi tarafından hak edilmiş haklardır. Bu haklardan vazgeçme karşılığında ücret alınması gerek ilk dönem Hanefî fakihleri gerekse de sonraki dönemlerde gelen Hanefî fakihlerinin çoğu tarafından caiz görülmeyen bir konudur. Zira söz konusu haklar, mücerret haklar

⁸⁸ Mücerred hak: İster sulh yoluyla olsun ister ibra yoluyla olsun vazgeçildiğinde (hakkın düşmesi dışında) herhangi bir sonuç doğurmayan haktır. Buna göre hakkın üzerinde bulunduğu sorumlu veya borçlu, hak sahibi hakkından vazgeçmesi veya ibra etmesi durumunda söz konusu hak düşürmeden dolayı herhangi bir şekilde etkilenmez. Şufa hakkı, alınacak borç 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 kisasın 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 mücerred hakka karşılık ücret almak caiz iken mücerred hakka karşılık ücret almak caiz değildir. Bkz. Zuhaylî, **el-Fıkhü'l-islâmî**, IV, 21.

⁸⁹ İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr**, VII, 32-33.

⁹⁰ İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr**, VII, 32.

şeklinde ifade edilen hakların kapsamına girmektedir. Mücerret haklar aslen mal kabul edilmedikleri için⁹¹ kişinin mal kabul edilmeyen bu haklardan vazgeçip feragat etmesi karşılığında ücret alması caiz görülmemiştir. Ancak 16. yüzyılda yaşamış olan Hanefî fakihî İbn Nüceym, yerel örf'e itibar edileceği yönündeki görüşünün bir sonucu olarak, bir bölge halkı tarafından benimsenip örf haline gelmiş söz konusu uygulamaya hem kendisi cevaz vermiş hem de birçok Hanefî fakihinin mezhepte asıl olan kuralın dışına çıkarak⁹² cevaz verdiğini ifade etmiştir.

Söz konusu muameleye birçok Hanefî fakihî tarafından çeşitli gerekçeler öne sürülerek cevaz verilmiştir. Bu muamelenin örfüne yerleştiği ve insanların kabullendikleri yer, Kahire'dir. Hanefî fakihlerinden İbn Nüceym bu belde fakihlerinden biridir ve yukarıda geçtiği üzere yerel örf'e itibar edip cevaz hükmünü vermiştir.⁹³ Aynı muameleye istisnai olarak cevaz verenlerden biri de Hanefî fakihlerinden Bedrüddîn el-Aynî'dir (ö. 855/1451). Aynî, söz konusu muamelenin caiz olduğu ile ilgili dayanak teşkil edecek bir delilin bulunmadığını fakat alim ve hakimlerin zaruretten dolayı cevaz verdiğini ve tartışmaya mahal olmaması için nazırın imzasını şart koştuklarını ifade etmektedir.⁹⁴ İbn Âbidîn de söz konusu muamelenin caiz olabileceği görüşünde olan fakihlerdendir.⁹⁵ Ancak İbn Âbidîn cevazı İbn Nüceym'in ifade ettiği yerel örf'e veya Aynî'nin yorumuyla zarurete bina etmemiştir. Ona göre söz konusu muamelenin cevaz sebebi benzerlerine de cevaz verilmiş olması yani ilhaktır. Bu noktada söz konusu muamelenin benzetilebileceği iki grup mesele ortaya çıkmaktadır. Birinci gruptaki meseleler, zararı def etmek için kişiye verilmiş şufa (ön alım) hakkı, çok evlilikte eşlerin her birinin sahip olduğu kasm (pay) hakkı gibi haklardır ki bu haklar karşılığında sulh yapıp bedel alınması caiz değildir. Dolayısıyla söz konusu mesele bunlara benzetilemez. İkinci gruptaki meseleler ise zararı def için değil de asaleten (asıl olarak) kişiye verilmiş olan kısas

⁹¹ Hanefî fıkhdında asıl olan, mücerred hakların satım akdine konu edilemeyeceği, üzerinde sulh yapılamayacağı ve telef edilirse tazminin söz konusu olmayacağıdır. Ancak cumhur aksi görüştedir. Bkz. Ali ve Hâfî, **Nazariyyetü'l-akd**, s. 201.

⁹² Mezhepte yerleşik olan asıl kural evrensel örf'e itibar edilip yerel örf'e itibar edilmeyeceğidir. Bkz. İbn Nüceym, **el-Eşbâh ve'n-nezâir**, s.113; Ali ve Hâfî, **Nazariyyetü'l-akd**, s. 200.

⁹³ İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr**, VII, 33.

⁹⁴ İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr**, VII, 33.

⁹⁵ İbn Âbidîn söz konusu muamelede geçen haktan vazgeçmeye karşılık ücret alınmasını caiz görse de bu muamelenin -hakkı satmak caiz olmadığından dolayı- satım akdi niteliği taşımadığını özellikle ifade etmektedir. Bkz. İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr**, VII, 32.

hakkı, nikâh hakkı gibi haklardır. Bu haklardan dolayı bedel almak ise caizdir. Söz konusu muamele bu gibi benzer meselelere benzetilerek cevaz verilebilir.⁹⁶

b. Hava Parası (el-Huluvv)

el-Huluvv kelimesi, ıstılah olarak çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Bu tanımlardan biri şöyledir: Müstecirin/kiracının kiralanan gayrı menkulden çıkması karşılığı aldığı bedeldir.⁹⁷ Diğer bir tanıma göre ise söz konusu muamele, ev veya işyeri sahibinin, aylık verilecek kira miktarları muayyen olmakla birlikte kiralanan yerde süresiz veya uzun süre kalma hakkına karşılık kiracıdan para alması şeklinde tezahür eder.⁹⁸ Daha sonra bu kiracı, söz konusu ev veya iş yerinden çıkmak istediği zaman kiralanan yerde kalma hakkından feragat ettiğinden dolayı yeni kiracıdan buna karşılık hava parası talep etmektedir. Bu şekilde her yeni kiracı eski kiracıdan kalma hakkına karşılık hava parası istemektedir.

Günümüzde piyasada sürdürülen birçok ticari muamelede kendisine yer bulmuş olan hava parası, klasik kaynaklara bakıldığında söz konusu dönemlerde henüz varlık göstermemiş olmasından mütevellit, hükmüyle ilgili net verilere ulaşamamaktadır. Ancak 16. yüzyıla gelindiğinde Hanefî fakihî İbn Nuceym'in hava parasına atıfta bulunduğunu ve hükmüyle ilgili açıklamalar ortaya koyduğunu görmekteyiz. İbn Nuceym'den sonra tartışılmaya ve üzerinde yorumlar yapılmaya başlanan hava parası ile ilgili çözümler önerilmiştir.

Hanefî fakihleri hava parasının hükmüyle ilgili iki gruba ayrılmışlardır. Kimisi olumsuz kanaat ortaya koyarken kimisi de olumlu yönde görüş bildirmiştir. İbn Âbidîn *Reddü'l-muhtâr* adlı haşiyesinde icâre akdinde varlık gösteren hava parasının hükmüne değinmektedir. Konuyla ilgili İbn Nuceym'in görüşüne yer veren İbn Âbidîn, İbn Nuceym'in, yerel örf'e itibar edilebileceği şeklindeki gerekçeyi öne sürerek hava parasına cevaz verdiğini aktarır İbn Nuceym'in şu ifadelerine yer vermektedir:

Yerel örf'e binaen Kahire pazarlarında gerçekleşen; (kiralanan) dükkanlar için hava parası alımının bağlayıcı olduğuna fetva vermek gerekir. Buna göre dükkanın hava parası kişinin hakkı olur. Dolayısıyla dükkan sahibi, vakıf malı

⁹⁶ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VII, 34-35.

⁹⁷ Kibbî, *el-Muâmelâtü'l-mâliye*, s. 460.

⁹⁸ Kibbî, *el-Muâmelâtü'l-mâliye*, s. 468.

olsa dahi onu dükkandan çıkartamaz ve (onun izni olmadan) dükkanı bir başkasına kiraya veremez.⁹⁹

İbn Nüceym'in bu ifadelerinden anlaşıldığı üzere o hava parasına cevaz vermektedir. İbn Nüceym'e zikredilen cevaz hükmünde ortak olan Hanefi fakihlerinden biri de hava parasının caiz olduğuyula ilgili özel bir risale kaleme alan Muhammed b. Bilal el-Hanefi'dir (ö. 957/1550).¹⁰⁰ Hanefi fakihlerinden Şürünbülâlî (ö. 1069/1659), hava parasıyla ilgili olumsuz görüş bildirmiş ve bu konuda muhaliflerine karşı iddialı eleştirilerde bulunmuştur. Muhammed b. Bilal el-Hanefi'nin yazdığı risaleye reddiye niteliğinde özel bir risale kaleme almış ve konuyla ilgili görüşlerini ortaya koymuştur.¹⁰¹ Hava parasının hükmüyle ilgili meşhur haşiyesinde, kendi dönemine kadar ki Hanefi fakihlerinin gerek olumlu gerekse de olumsuz yöndeki kanaatlerini ortaya koyan İbn Âbidîn hava parasının caiz olmadığı görüşünün tercihe şayan olduğunu vurgulamaktadır.¹⁰² Hamevî (ö. 1098/1687) ve Abdurrahman Efendi el-İmâdî (ö. 1223/1808) de hava parasının cevazı ile ilgili İbn Nüceym ile görüş birliğindedir.¹⁰³ Haskefi de hava parasının caiz olduğu görüşündedir.¹⁰⁴

İbn Âbidîn haşiyesinin yukarıda geçen İbn Nüceym'den aktarım yaptığı ilgili bölümün devamında Haskefi'den *-ed-Dürrü'l-muhtâr*'ın "*Kitâbü'l-kefâle*" adlı bölümünün hemen öncesinde geçen- bir başka aktarımda bulunup onun şu ifadelerine yer vermektedir:

Hava parasının caiz olduğu görüşünü 'Zevâhiru'l-cevâhir' adlı eserin sahibinin 'Vâkıâtü'd-Darîrî' adlı eserden naklettiği şu mesele desteklemektedir: Elinde (vakıf malı olup kendisine vakfin mütevellisi tarafından kiraya verilmiş) dükkân bulunan bir adam, ortalıktan kaybolursa ve vakfin mütevellisi olayı kadıya götürür de kadı dükkânın açılıp (başkasına) kiraya verilebileceğine hükmederse, müteveli buna binaen dükkânı başkasına kiraya verirse ve ardından kaybolup kendisinden haber alınamayan adam ortaya çıkarsa bu adam dükkânı almaya daha evla olur. Şayet bu adamın hava parası alacağı varsa hava parasını almaya

⁹⁹ İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr**, VII, 35.

¹⁰⁰ Kibbî, **el-Muâmelâtü'l-mâliye**, s. 469.

¹⁰¹ Kibbî, **el-Muâmelâtü'l-mâliye**, s. 470. Bu konuda en keskin Hanefi fıkıhçısının Şürünbülâlî olduğunu ifade etmiştik. Hava parasının caiz olduğu görüşünü reddetmek için müstakil bir risale kaleme almıştır. Risalesinin ismi: Müfîdetü'l-hüsna li-def'i zanni'l-huluvvi bi's-süknâdir.

¹⁰² İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr**, VII, 36-39, 587.

¹⁰³ Ali ve Hâfî, **Nazariyyetü'l-akd**, s. 204.

¹⁰⁴ İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr**, VII, 35.

da daha evla olur. Sonuç olarak adam muhayyerdir. Dilerse kendisi kayıp iken başkası ile gerçekleşmiş icâreyi fesheder ve kendisi dükkanda (kiracı olarak) oturmaya devam eder dilerse de (kendisi kayıp iken gerçekleşmiş) icârenin geçerli olmasına izin verir ve (yeni) kiracıdan hava parasını alır.¹⁰⁵

Aktardığımız iktibastan da anlaşıldığı üzere Haskefi, hava parasıyla ilgili olumlu görüş beyan eden Hanefi fakihleri arasındadır. Haskefi, hava parasının caiz olduğu ile ilgili verilen emsal hükmü dile getirip ona mezhep içinde meşruiyet kazandırma çabası içine girmiştir.

c. İrtifak Hakkı ve Mali Hakların Miras Olarak Geçmesi

Hanefi mezhebine göre bir şeyin miras olarak mirasçılara intikal edebilmesi için mal olması veya mali bir hak olması gerekir.¹⁰⁶ Mali haklardan maksat malla kaim olan veya mala tabi olan haklardır. Söz konusu önermenin doğal bir sonucu olarak Hanefiler şübh hakkı, mesil hakkı, mürur hakkı ve tealli hakkı gibi irtifak hakları ile ayıp muhayyerliği ve tayin muhayyerliği gibi mali olan muhayyerlik haklarının miras olarak intikal etmesine cevaz vermişlerdir.¹⁰⁷

Hanefilerin şart muhayyerliği ve görme muhayyerliği gibi muhayyerlik haklarını mali hak olmaktan çıkartıp miras olarak intikal etmeyeceği görüşüne gitmesi, muhalif görüşte olan fakihler tarafından eleştirilmiştir.¹⁰⁸ Eleştirilerin odak noktası birbirine çok yakın olan hakların ayrı kategorilerde değerlendirilmesi ve bir kısmının şahsi hak bir kısmının da mali hak kabul edilmesidir. Muhayyerlik türü haklar içine giren şart muhayyerliği ile ayıp muhayyerliği için farklı hükümlerin söz konusu edilmesi ve buna bağlı olarak birinin miras olamayacağı diğersinin miras olabileceği görüşü buna örnek teşkil edebilir.

Hakların bir kısmında maliyet unsurunun olabileceğini ve bu itibarla miras olarak geçebileceğini ifade eden Hanefi mezhebinin bu meselesi, asıl kabul edilip bunun üzerinden tefri (ilhak veya tahriç de denilebilir) usulü takip edilerek hak türünden bazı şeylere maliyet vasfı verilmesi konusu üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur. Zira günümüzde telif hakkı gibi haklar kategorisine giren ve üzerinde

¹⁰⁵ İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr**, VII, 35.

¹⁰⁶ Berrî, **el-Vasît fi ahkâmi't-terikâti ve'l-mevârîs**, s. 12.

¹⁰⁷ Berrî, **el-Vasît fi ahkâmi't-terikâti ve'l-mevârîs**, s. 12; Zuhaylî, **El-Fıkhü'l-islâmî**, IV, 17.

¹⁰⁸ Berrî, **el-Vasît fi ahkâmi't-terikâti ve'l-mevârîs**, s. 16.

maliyet vasfının var kabul edildiği birçok hak vardır. Söz konusu tıkanıklığın bu vesileyle bir nebze de olsa giderilmesi mümkün olabilir.

İKİNCİ BÖLÜM

MODERN HUKUKTA MÜTEKAVVİM MAL

1789 Fransız İhtilali ile birlikte yeni ve hızlı bir değişimin içerisine girilmiştir. Söz konusu değişim, sanayide ham madde kullanımının ileri seviyelere çıkartılması, feodal düzenin son bulup temel hak ve özgürlükler ile ilgili yeni gelişmelerin yaşanması şeklinde birçok gelişime sebep olmuştur. Yaşanan bu gelişmeler bütün insanların bilinç dünyasına tesir etmiş ve sonuç olarak modern dönemde yükselen değerlerin dokunulmazlığı fikri hakim olmaya başlamıştır. Modern dönemde iktisadi alandaki gelişimler de bu bakış açısı içinde değerlendirilmiş ve piyasada var olan uygulamalar –özellikle Müslümanlar tarafından- çok ciddi sorgulamalara tabi tutulmamıştır. Bu bağlamda araştırmanın üçüncü bölümünde fıkıh perspektifli bir değerlendirmeye tabi tutulmak üzere bu bölümünde modern dönemde mütekavvim mal konusu incelenecektir. Öncelikle mallar üzerinde varlık göstermesi itibariyle hak kavramı ele alınacak daha sonra mal kavramı, maddi mallar üzerindeki haklar ile gayri maddi mallar üzerindeki haklar genel bir şekilde incelenecektir.

I. HAK KAVRAMI VE TÜRLERİ

A. Hak Kavramı

Hak kavramı hukuk doktrinde üç teori ile izah edilmiştir. Bunlar irade teorisi, menfaat teorisi ve karma teoridir. İrade teorisine göre hak, “*hukuk tarafından tanınan bir irade üstünlüğüdür.*” Menfaat teorisinde ise hak, “*hukuk tarafından tanınan menfaat*” şeklinde tarif edilmiştir.¹⁰⁹ İrade teorisi ve menfaat teorisi birleştirilerek karma teori oluşturulmuş ve söz konusu teoriyle hak kavramı şöyle tarif edilmiştir: “*Hak, insana sahibi bulunduğu menfaati korumak üzere tanınmış olan irade kudretidir.*”¹¹⁰ Karma teorinin kurucusu Alman hukukçu Georg jellinek (ö. 1911), menfaat ve iradeyi birleştirme çabası içerisine girmiş ve hak kavramının maddi ve manevi iki unsurdan müteşekkil olduğunu, maddi unsuru menfaatin manevi

¹⁰⁹ Ataay, **Medeni Hukuk Genel Teorisi**, s. 301.

¹¹⁰ Bilge, **Hukuk Başlangıcı**, s. 212.

unsuru ise iradenin temsil ettiğini savunmuştur. Hak, bu iki unsurun bileşimi olmasına rağmen ona göre irade asıl, menfaat ise tali unsurdur.¹¹¹ Karma teoriyi savunanlara göre irade ile menfaatin bir kişide varlık göstermesi gerekmez. Çocuk ve deli gibi iradesi sakat olan kimselerin menfaatleri, kanunun kendilerine izin verdiği yetkili kimseler tarafından korunabilir.¹¹²

Ergun Özsunay, hak kavramının tanımı ile ilgili yukarıda geçen tanımlardan hareketle hak kavramını şöyle açıklamıştır: “*Hukuken korunan çıkarların gerçekleştirilmesi amacıyla, kişiye hukuk düzeni tarafından sağlanan ve kullanılması onun iradesine bırakılan bir hukuk kudretidir.*”¹¹³ Özsunay’ın bu izahından çıkartılabilecek anlam, kişinin menfaatlerinin hak kapsamına girebilmesi için öncelikle hukuk içinde müspet yansımalarının olması gerekir. Hukuk içinde olumlu karşılanan menfaatin kullanılması da gene hukukun izin verdiği çerçevede hukukun izin verdiği kişiler için söz konusudur.

B. Hakkın Türleri

Haklar, kamu hakları ve özel haklar şeklinde bir alt kategoriye tabi tutulmak suretiyle iki gruba ayrılmışlardır. Kamu hakları, özgürlükler ve seçme-seçilme hakkı gibi kamu hukukundan doğan, vatandaşın devlete karşı malik olduğu haklardır.¹¹⁴ Bu haklardan yalnız devlete bağlı bulunan; devletin vatandaşları yararlanır. Yaş, cinsiyet ve tahsil durumunun değişmesine göre yararlanma şekilleri de farklılaşabilir. Özel haklar, özel hukuktan sudur eden ve kişiler arasındaki ilişkileri konu alan hukuk kurallarından kaynaklanan haklardır.¹¹⁵ Kişiler arasındaki hukuki ilişkiler birbirinden ayrı çeşitli şekillerde tezahür ettiğinden, hak kavramı değişik açılardan farklı tasniflere tabi tutulmuştur. Bunları şöyle sıralayabiliriz:

- 1) Hakların etki alanına göre ayrımı (ileri sürülebileceği çevre açısından ayrımı)
- 2) Hakların konusuna göre ayrımı
- 3) Hakların sağladıkları olanaklara ve yetkilere göre ayrımı (kullanılmalarının hukuki etkisi bakımından)

¹¹¹ Bilge, **Hukuk Başlangıcı**, s. 212.

¹¹² Bilge, **Hukuk Başlangıcı**, s. 212; Ataay, **Medeni Hukuk Genel Teorisi**, s. 302.

¹¹³ Özsunay, **Medeni Hukuka Giriş**, 236.

¹¹⁴ Akıntürk ve Ateş-Karaman, **Medeni Hukuk**, s. 31; Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 203.

¹¹⁵ Akıntürk ve Ateş-Karaman, **Medeni Hukuk**, s. 31.

- 4) Hakların devredilmeleri yönünden ayrımı (el değıştirebilir olmaya göre)
- 5) Hakların bağımsız olup olmamalarına göre ayrımı (başka bir hakka veya ilişkiye bağılıklarına)
- 6) Hakların kullanılma yetkisi açısından ayrımı¹¹⁶

Hakların zikredilen kısımlarının her birine değinmek tezin kapsamını aşacağından konumuzla ilgili olan hakların etki alanına göre ayrımına değineceğiz. Etki alanı açısından haklar, mutlak ve nisbi haklar şeklinde bir ayrıma tabi tutulmuştur.¹¹⁷

Nisbi haklar, belirli kişi ya da kişilere karşı ileri sürülebilen, taraflar arasındaki karşılıklı borç ilişkilerinden doğan ve belirli bir süre sonra geçerliliğini kaybeden haklardır.¹¹⁸ Borçlunun alıcıya karşı sorumlu olduğu durumlarda nisbi haklardan söz edilebilir.¹¹⁹ Nisbi haklar borç, aile ve miras ilişkileri ile eşya hukukundan doğabilir.¹²⁰ Nisbi haklar iki kısma ayrılır: Alelade nisbi haklar ve etkisi kuvvetlendirilmiş nisbi haklar. Etkisi kuvvetlendirilmiş nisbi haklar da yedi alt başlığa ayrılır. Bunlar önalım hakkı, geri alım hakkı, alım hakkı, taşınmaz satış vaadi, kira, rehinde boş dereceye ilerleme ve bağışlayana dönmedir.¹²¹

Mutlak haklar, muayyen bir mal veya şahıs üzerinde en geniş tasarrufları veren ve ileri sürülebilme noktasında herkese şamil olan haklardır. Herkesi bu haklara uyma ve ihlal etmeme yükümlülüğü altına sokar.¹²² Mutlak haklar, mallar üzerindeki mutlak haklar ve kişiler üzerindeki mutlak haklar şeklinde iki alt bölüme ayrılır. Kişiler üzerindeki mutlak haklar, kişinin gerek fiziki yönden gerekse de manevi yönden korunmasını amaçlayan, kişiye iktisadi tamamiyet veren ve kişinin toplum içindeki saygınlığını koruma altına alan haklardır. Sağlık, şeref ve isim hakkı gibi kişiye kişi olması sebebiyle verilmiş haklar bu kabildendir.¹²³ Kişiler üzerindeki mutlak haklar, kişilik hakları ve aile hakları olmak üzere iki bölüme ayrılır. Kişilik haklarından maksat, vücut bütünlüğü, ad ve resim hakları ile şeref ve haysiyet

¹¹⁶ Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 220; Oğuzman ve Barlas, **Medeni Hukuk**, s. 161.

¹¹⁷ Akıntürk ve Ateş-Karaman, **Medeni Hukuk**, s. 33.

¹¹⁸ Özsunay, **Medeni Hukuka Giriş**, s. 255; Bilge, **Hukuk Başlangıcı**, s. 224; Kılıçoğlu, **Medeni Hukuk**, s. 58.

¹¹⁹ Özsunay, **Medeni Hukuka Giriş**, s. 255; Kılıçoğlu, **Medeni Hukuk**, s. 58.

¹²⁰ Bilge, **Hukuk Başlangıcı**, s. 224.

¹²¹ Çeker, "Hak Kavramı ve Genel Esaslar", s. 10.

¹²² Akıntürk ve Ateş-Karaman, **Medeni Hukuk**, s. 33; Oğuzman ve Barlas, **Medeni Hukuk**, s. 153.

¹²³ Akıntürk ve Ateş-Karaman, **Medeni Hukuk**, s. 35.

haklarıdır.¹²⁴ Aile haklarından maksat ise velayet, vesayet ve ev reisliği haklarıdır.¹²⁵ Kişiler üzerindeki mutlak haklar, araştırmanın kapsamına girmediği için burada verilen bilgiyle yetinilecektir. Araştırmanın kapsamına giren asıl konu, mallar üzerindeki mutlak haklardır. Bu itibarla mallar üzerindeki mutlak haklar, daha geniş bir şekilde ele alınmaya çalışılacaktır.

II. MALLAR ÜZERİNDEKİ MUTLAK HAKLAR

Mallar üzerindeki mutlak haklar, hukuk literatüründe iki başlık altında incelenir. Bunlar maddi mallar üzerindeki mutlak haklar ve gayri maddi yani maddi olmayan haklar üzerindeki mutlak haklardır.¹²⁶ Şimdi bu iki hak türünü ayrı ayrı inceleyeceğiz.

A. Maddi Mallar Üzerindeki Mutlak Haklar

Günümüz hukukçularına göre mal, insanların kendisi vasıtasıyla ihtiyaçlarını giderdiği ve bu itibarla faydalı kabul edilen şeydir. Buna göre maddi varlığı olsun veya olmasın kendisinden faydalanılabilen ve insanların ihtiyacına cevap veren şeyler mal kapsamına girer.¹²⁷

Maddi mallar üzerindeki mutlak hakların pozitif hukukun hangi kısmında incelendiği konusu açıklama bekleyen bir sorudur. Öncelikle şunu ifade etmek gerekir ki maddi mal kavramı ile cisim olan, elle tutulup gözle görülebilen varlıklar kastedilmektedir. Ev, araba, bina, arsa ve televizyon gibi varlıklar, maddi mal kategorisi altına girebilir. Eşya kavramı ile fiziki varlıklar arasındaki anlam ilişkisi hukukçular arasında tartışmalı olsa da¹²⁸ genel kanı eşya kavramının maddi varlığı olan cismani varlıklar için kullanılacağı yönündedir.¹²⁹ Bu sebeple maddi mallar üzerindeki mutlak haklar hukuk düzeni içinde eşya hukuku bölümünde incelenmektedir. Medeni hukuk içinde mütalaa edilen eşya hukuku, şahısların eşya (maddi mallar) üzerinde direk olarak zilyetlik kurması sonucu ortaya çıkan konuları

¹²⁴ Çeker, "Hak Kavramı ve Genel Esaslar", s. 9

¹²⁵ Çeker, "Hak Kavramı ve Genel Esaslar", s. 9

¹²⁶ Akıntürk ve Ateş-Karaman, **Medeni Hukuk**, s. 33.

¹²⁷ Dalgın, "İslam Hukukuna Göre Satım Sözleşmesi Açısından Mal Kavramı", **Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, s. 102.

¹²⁸ Örnek olarak Fransız hukuku eşya için, ekonomik bir değeri olan (yani edinmeye-temellüğe elverişli olan) her şeyi kapsayan bir kavram kabul ettiği halde, Alman medeni kanunu sadece cismani varlıkları, eşya olarak kabul etmiştir. Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 5.

¹²⁹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 5.

düzenleyen hukuk dalıdır. Eşya üzerinde doğrudan zilyetlik kurulabilme yetkisi veren haklara *ayni haklar* adı verilir ki eşya hukukunun temel konusunu bu haklar oluşturur.¹³⁰ Bu itibarla ayni haklar ve ayni hak sınıflarını ayrı başlıklar altında ele almaya çalışacağız.

1. Ayni Haklar

Eşya hukukunun temel konusu olan ayni hak kavramının tarifi ile ilgili tartışmalar mevcuttur. Hukuk düzeni içinde bu hususla ilgili ileri sürülen üç görüş vardır.¹³¹ Birinci görüş, klasik görüş diye ifade edilir ki bu yaklaşıma bağlı olarak ayni hak, “*bir şey üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağlayan hak*” olarak nitelendirilir. Mezkur yaklaşıma binaen ayni hakkın, kişi ile eşya arasındaki dolaysız bir ilişkiden ibaret olduğu söylenebilir. Bu görüş, kişi ile eşya arasında hukuki bir ilişkiden söz edilemeyeceği ve hukuki ilişkinin yalnız kişiler arasında var olabileceği şeklinde eleştirilere maruz kalmış ve buna bağlı olarak şahısçı görüş ortaya çıkmıştır. Şahısçı yaklaşımın bakış açısıyla ayni hak, “*bir şey üzerinde herkese karşı ileri sürülebilen hak*” olarak tanımlanmıştır. Bu görüşe göre ayni hakka sahip olan kişi ile diğer şahıslar arasında bir ilişki söz konusudur. Bu yönüyle, hak sahibine karşı diğer bütün insanlar olumsuz bir borçlanma altına girerler. Bu sebeple bu görüş de ilk görüş gibi eleştirilmiştir. Eleştiri yönü, bir kimsenin ayni hakkının, dünyadaki bütün kişilerle hukuki ilişki doğurduğu fikrinin mantıklı ve realist olmayacağı şeklindedir. Üçüncü görüş bugün İsviçre ve Türk hukukunda hakim olan ve yukarıda geçen iki görüşü birbirine bağlayan birleştirici görüştür. Buna göre ayni hak, “*bir şey üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen hak*”tır. Birleştirici yaklaşım ile ilgili olarak da tam bir birlik sağlanmış değildir. Şöyle ki buradaki herkese karşı ileri sürülebilir olma durumu, eşya üzerindeki hakimiyetin bir sonucu mudur yoksa bu iki nitelik birbirinden bağımsız mıdır konusu tartışmalıdır. Muasır hukukçulardan M. Kemal Oğuzman birinci görüşü tercih etmiş ve son tahlilde ayni hakkı, “*bir kimseye bir şey üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağlayan ve bu sebeple herkese karşı ileri sürülebilen hak*” olarak tanımlamıştır.¹³²

¹³⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 1.

¹³¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 2-4.

¹³² Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 4.

Bu son tarif göz önünde bulundurularak aynı hak kavramının üç unsur içerdiği söylenebilir:

- 1) Aynı hak eşya üzerinde var olan bir haktır.
- 2) Aynı hak, eşya üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağlayan bir haktır.
- 3) Aynı hak, eşya üzerinde sağladığı söz konusu hakimiyet ile birlikte herkese karşı ileri sürülebilen bir haktır.¹³³

Bu unsurlar üzerinde kısaca durmak uygun olacaktır.

– *Eşya Unsuru:*

Oğuzman eşyayı şöyle tanımlamaktadır: “*Üzerinde bireysel hakimiyet sağlanabilecek, ekonomik bir değer taşıyan, kişi ve hayvanlar dışındaki cismani varlıklardır.*”¹³⁴ Buna göre bir şeyin eşya olabilmesi için üç özelliğe sahip olması gerekir. Bunlar, üzerinde zilyetlik kurulabilme, ekonomik değer taşıma ve maddi varlığı olma şeklinde sıralanabilir. Tanımda da ifade edildiği üzere kişiler/insanlar ve hayvanlar genel prensip olarak eşya kabul edilmemektedir.

Eşya kavramı ile ilgili yaygın tanım, yukarıda aktarılan tarif olsa da literatürde başka tanımların da var olması, eşya kapsamı altına giren tikel öğelerin neler olduğu ile ilgili hukuk düzenleri içinde farklı yaklaşımların doğmasına sebep olmuştur. Bu bağlamda kimi hukuk düzenlerinde eşyanın ekonomik bir değeri olan (maddi-manevi) her şeyi kuşattığı kabul edilirken kimisindeyse yalnız maddi varlığı bulunan şeyleri kuşattığı kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra maddi varlığı olan varlıkların neler olduğu konusu ile maddi varlığı olmayanlardan eşya olmadığı halde aynı hak kapsamına girip girmeyeceği noktasında ihtilaf bulunan bazı konuların hukuk içinde tartışıldığı görülmektedir.

İnsan vücudu, ilkesel olarak hukuk düzeni içinde aynı hak konusu kabul edilmemektedir. Bunun sebebi insanın kendi vücudu üstündeki hakkının kişilik hakkı olmasıdır. Kölelik müessesesi de günümüz hukuklarında karşılığı olmayan bir konu olduğundan diğer şahısların vücudu bağlamında da aynı haktan söz edilemez. Bu sebeple insan vücudu hukuken eşya kavramı dışında kalmaktadır. Ancak insan vücudunun kesilen saçlar ve çektirilen dişler gibi parçaları, vücuttan ayrıldıktan sonra eşya konumuna girdikleri ve ayrıldıkları kişinin mülkiyetine tabi oldukları

¹³³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 4.

¹³⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 8.

kabul edilmektedir.¹³⁵ Ölmüş insan cesedi tartışmalı olsa da genel prensip olarak eşya sayılamayacağı kabul edilmektedir.¹³⁶

Hukukta eşya kabul edilip edilmeyeceği tartışmalı olan konulardan biri de bir vücuttan başka bir vücuda nakledilen organ, kan ve dokudur. Türk hukukunda, bedel karşılığı veya başka bir çıkar için organ ve doku alınması ve satılması yasaklanmıştır.¹³⁷ Canlı kişiden organ nakli için söz konusu organın yaşam noktasında zaruri olarak görülmeyen ve nakil işleminden sonra hayat biçiminin etkilenmeyeceği bir organ olması ve nakil yapılma amacının, alıcının hayat biçimini düzeltmek veya iyileştirmek olması gerekmektedir. Nakledilen organ, vücut içine gireceğinden eşya hukuku kuralları içinde değil kişilik hakları içinde mütalaa edilmektedir. Söz konusu organ, başka bir kişinin vücut bütünlüğünde kaldığı sürece onun kişilik hakları; ondan ayrıldığı zaman da ait olduğu kişinin kişilik hakları kapsamında değerlendirilir. Yapay uzuvlardan diş dolgusu ve yapay göz gibi vücuda ayrılmaz şekilde birleştirilenlerin, kişiliğin bir parçası haline geldikleri için eşya olmayacakları, buna karşılık vücuttan ayrılacak şekilde takılan peruk ve takma diş gibi yapay uzuvların eşya vasfını haiz olacakları kabul edilmektedir.¹³⁸

Maddi varlıkların tamamı hukuk düzeninde eşya sayılmamaktadır. Bu bağlamda güneş ve ay gibi üzerinde hakimiyet kurulamayan şeyler eşya kapsamına girmemektedir. Hakimiyetin muayyen bir sınırının belirlenemediği hava, açık deniz, akarsu da eşya kabul edilmemektedir. Sıvılar ile gazların sınırını, içine yerleştirildikleri kuşatıcı madde belirler. Buna göre bir teneke yağ ve bir tüp oksijen eşya hükmündedir. Bir pirinç veya bir buğday tanesi tek başına eşya kabul edilmemektedir. Bunun gerekçesi bunların bir ihtiyaca cevap verecek miktarda olmamasıdır. Bir ihtiyaca cevap vermeyen şeyler hukukun ilgisi dışındadır.¹³⁹

Eşya tanımının kapsamına girmediği halde bir takım mülahazalarla üzerinde aynı hak kurulabileceği kabul edilen eşya dışındaki aynı hak konuları mevcuttur. Bunların başında “bağımsız ve sürekli hak” adı verilen bazı haklar gelmektedir.¹⁴⁰ Bu haklar, Medeni Kanunda, eşya gibi aynı hak konusu kabul edilmiştir. Elektrik ve

¹³⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 5.

¹³⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 7.

¹³⁷ Bkz. 20.05.1979 tarihli 2288 sayılı kanun, md. 3.

¹³⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 5-6.

¹³⁹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 7.

¹⁴⁰ Bkz. Medeni Kanun, md. 704.

atom enerjisi gibi doğal güçlerin/enerjilerin de aynı hak konusu olabileceği kabul edilmektedir.¹⁴¹ Hayvanlar da eşya tanımına girmemekle birlikte¹⁴² hukuk düzeni içinde eşyalara uygulanacak hükümlerin hayvanlara da uygulanabileceği belirtilmiştir.¹⁴³

Parklar, meydanlar, yollar ve köprüler gibi kamu malları ile sahihsiz şeyler eşya kapsamına girer. Buna göre sahihsiz şeylere sahihsiz eşya denilebilir. Ancak bir şeyin kamu malları veya sahihsiz eşya sınıfına girebilmesi için özel mülkiyete tabi olmaması gerekir. Zira kamu malları ile sahihsiz eşyalar özel mülkiyete konu olamazlar. Buradaki sahihsiz eşyadan kastedilen, üzerinde özel mülkiyet kurulmaya elverişli olduğu halde hali hazırda kişiler tarafından mülk edinilmemiş olan eşya veya “eşya benzerleri” olarak bilinen av hayvanları, dağlardaki otlar ve denizdeki balık türleri ile ilk olarak üzerinde mülkiyet kurulduğu halde, sahibinin arzusuyla söz konusu mülkiyetten feragat ettiği eşyadır. Sahihsiz eşya, üzerinde hukukun izin verdiği ölçüde fiilen bir mülkiyet kurulacak olursa sahipli eşya sınıfına girmiş olur.¹⁴⁴

– *Doğrudan Doğruya Hakimiyet Unsuru:*

Aynı hakkın unsurlarından biri de hakimiyet unsurudur. Hakimiyet, “*hak sahibinin eşyadan hakkına uygun şekilde yararlanması için, hiç kimsenin araya girmesine ve aracılık etmesine ihtiyacı olmaması*” şeklinde izah edilmektedir.¹⁴⁵ Buna göre aynı hakta eşya üzerinde aracısız doğrudan doğruya bir yararlanma vardır. Ancak aynı hakla karşılaştırıldığında alacak hakkı böyle değildir. Alacak hakkında hak sahibi borçludan bir edimi¹⁴⁶ yerine getirmesini ister. Söz konusu edime ulaşmanın yolu borçludan geçmektedir ve borçlu bu haktan yararlanmanın bir aracıdır.¹⁴⁷

– *Herkese Karşı İleri Sürülebilme Unsuru:*

¹⁴¹ Bkz. Medeni Kanun, md. 762.

¹⁴² 24.06.2004 tarihli 5199 sayılı kanun, hayvanların yaşama hakkına sahip olduğu hükmünü ifade etmektedir. Buna göre hayvanların eşya olmadığı kanunla hükme bağlanmıştır. Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 10.

¹⁴³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 9-10.

¹⁴⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 15, 17.

¹⁴⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 18.

¹⁴⁶ Edim: Borçlunun borç konusuna edim adı verilir. Buna göre edim, borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu davranıştır. Bu davranış, verme, yapma veya yapmama şeklinde olur. Bkz. Oğuzman ve Öz, **Borçlar Hukuku**, I, 6.

¹⁴⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 18.

Eşya üzerinde doğrudan hakimiyet kurulmasına bağlı olarak herkesten söz konusu hakimiyetin ihlal edilmemesi istenebilir. Hak sahibi, aynı hakkı ihlal eden kimselerden hakkına riayet etmesini talep edebilir. Herkese karşı ileri sürülebilme unsuru göz önünde bulundurularak aynı haklar, *mutlak hak* kabul edilmiştir. Alacak hakkı ise böyle değildir. Alacak hakkı, alacaklı ile borçlu arasında bir bağ oluşturur ve üçüncü kişileri ilgilendirmez. Bu sebeple alacak hakkı *nisbi hak* kabul edilmiştir.¹⁴⁸

2. Aynı Hakkın Prensipleri

Aynı haklara ait prensipler şunlardır:

1- Belirlilik (Muayyenlik) prensibi: Öncelikle aynı hak konusu eşyadır. Söz konusu eşya üzerindeki hakkın herkese karşı ileri sürülebilmesi için tayin edilmiş olması gerekir. Bu sebeple aynı hakkın konusunu ancak şu veya bu markalı otomobil gibi ferdiyle muayyen olan veya (cins yönünden muayyen olsa dahi) şahsileştirilmiş bulunan eşyalar oluşturur.¹⁴⁹

2- Kamuya açıklık (Alenilik) prensibi: Aynı hak, bu hakka sahip olan kişiye eşya üzerinde zilyetlik kurabilme yetkisi verdiği ve başkalarına karşı öne sürülebilen haklardan olduğu için, söz konusu aynı hakkın ve hak sahibinin kimliğinin herkes tarafından fark edilecek bir görünüşe sahip olması gerekir. Zira bunların herkesçe bilinmesi ilgili haklara riayeti daha çok kolaylaştırır.¹⁵⁰

3- Sınırlı sayı ve tipe bağlılık prensibi: Herkesin aynı haklara karşı sorumlu olması söz konusu aynı hakların belirli bir sayı ve çeşitte olmasını gerektirir.¹⁵¹

Aynı haklar, hak sahibine mal üzerinde sağladıkları yetkiye göre iki ana gruba ayrılırlar. Bunlar mülkiyet hakkı ve sınırlı aynı haklardır.

¹⁴⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 18, 20.

¹⁴⁹ Hacak, “**İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi**”, Doktora tezi, s. 139.

¹⁵⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 27; Hacak, “**İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi**”, Doktora tezi, s. 139.

¹⁵¹ Hacak, “**İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi**”, Doktora tezi, s. 139.

a. Mülkiyet Hakkı

Mülkiyet hakkı, “eşya üzerinde en geniş yetkiyi sağlayan aynı hak” şeklinde tanımlanabilir. Aynı hakkın bütün hususiyetlerini kendisinde barındıran bu hak, “bütün aynı hakların en mükemmeli” olarak bilinir.¹⁵² Hak sahibi, hak konusu eşya üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma yetkisine maliktir. Söz konusu tasarruf, eşyayı elinde bulundurma, kullanma, yararlanma, semerelerini alma, tüketme ve yok etme ile eşyanın diğer şahıslara devredilmesi şeklinde tezahür edebilir.¹⁵³

Yukarıda mülkiyet hakkı için aktardığımız tarif konuyla ilgili kanun ve eşya hukukuna ait kurallar göz önünde bulundurularak yapılmıştır. Esasen ne Medeni Kanunda ne de Anayasa’da mülkiyet açık bir şekilde tanımlanmıştır.¹⁵⁴ Medeni Kanunun 683. maddesinde mülkiyet hakkı tanımlanmadan yalnız içeriği üzerinde durulmaktadır. Söz konusu kanun şöyledir:

Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içerisinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihlak davası açabileceği gibi her türlü haksız el atmanın önlenmesini de dava edebilir.¹⁵⁵

Buna göre bu tür bir hakka malik bulunan kimse, eşya üzerinde çeşitli şekillerde tasarrufta bulunma yetkisine de malik olmuş sayılır. Mülkiyet hakkının sahibi söz konusu haktan mütevellit yetkilerini ancak, hukukun belirlediği çerçevede kullanabilir.¹⁵⁶ Bu açıdan mülkiyet hakkına bir sınırlama getirilmiş denilebilir. Ancak bu kısıtlama, mülkiyet hakkının aynı haklar içinde en geniş yetkiyi sağladığı şeklindeki temel gerçeği değiştirmez.¹⁵⁷ Medeni Kanun’daki mülkiyet hakkı, klasik anlayışa¹⁵⁸ göre düzenlenmiştir. Medeni Kanun’un söz konusu maddesi dışında mülkiyet hakkının düzenlendiği diğer bir yer, Anayasanın 35. maddesidir. Mülkiyet hakkına temel haklar bağlamında yer veren söz konusu madde şöyledir: “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar ancak kamu yararı amacıyla,

¹⁵² Akipek, **Türk Eşya Hukuku**, I, 23.

¹⁵³ Köprülü ve Kaneti, **Sınırlı Aynı Haklar**, s. 3.

¹⁵⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 271.

¹⁵⁵ Bkz. 4721 sayılı Medeni Kanun.

¹⁵⁶ Akipek, “Mülkiyet Kavramı Üzerine Bir İnceleme”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, s. 4.

¹⁵⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 272.

¹⁵⁸ Klasik anlayış: Bu anlayışa göre mülkiyet, eşya üzerindeki mutlak hâkimiyet hakkından ibarettir. Bkz. Akipek, “Mülkiyet Kavramı Üzerine Bir İnceleme”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, s. 4.

kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”¹⁵⁹ Burada hak sahibine mülkiyet hakkıyla bir takım haklar verilmekle birlikte topluma karşı bazı sorumluluklar da yüklenmektedir. Buna göre Anayasanın söz konusu maddesi, Medeni Kanunun aksine modern mülkiyet anlayışını¹⁶⁰ benimsemiş ve mülkiyet hakkının sosyal yapıda bir hak olduğunu ortaya koymuştur.¹⁶¹

Gayrı maddi mallar üzerindeki haklar, mülkiyet hakkı olarak tanımlanmaya elverişli değildir.¹⁶² Zira Medeni Kanun, mülkiyeti taşınır mülkiyeti ve taşınmaz mülkiyeti şeklinde iki gruba ayırmıştır. Bu kanunda taşınır ve taşınmaz konusu açıklanırken ne açıkça ne de dolaylı olarak gayrı maddi malların zikredilmediği görülecektir.¹⁶³ Taşınmaz mülkiyet konusu, Medeni Kanunun 704. maddesinde şöylece ifade edilmektedir: “*Arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler.*” Taşınır mülkiyet konusu ise ilgili kanunun 762. maddesinde “*nitelikleri itibariyle taşınabilen maddi şeyler ile edinilmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler*“ şeklinde ifade edilmiştir. Yalnızca maddi olan şeylerin eşya olabileceği zikredilmişti. Buna göre gayrı maddi şeyler eşya değildir. Mülkiyet hakkı da yalnız eşya üzerinde kurulabileceğine göre gayrı maddi şeyler üzerinde mülkiyet hakkı söz konusu olmaz. Ancak fikri ve sınai haklar kategorilerine dahil olan gayrı maddi haklar için hukukçular arasında “*fikri mülkiyet hukuku*” ifadesi kullanılmaktadır. Muasır bazı hukukçular, akıl ve düşüncenin ortaya çıkardığı fikri ürünün, eşya olmadığı halde, “*fikri mülkiyet*” terkinde mülkiyet kelimesi ile kayıtlanma gerekçesinin gayrı maddi mal üzerindeki mutlak hakkın özel inhisarı anlamını belirtmek olduğunu ifade etmektedir.¹⁶⁴

¹⁵⁹ Bkz. 2709 sayılı kanun.

¹⁶⁰ Modern anlayış: Bu yaklaşıma göre mülkiyet hakkı, kişilere en geniş yetkileri veren fakat bununla birlikte ödevlerde yükleyen bir haktır. Bkz. Akipek, “Mülkiyet Kavramı Üzerine Bir İnceleme”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, s. 6; Örucü, **Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı (Mülkiyet Hakkının Sınırlanması)**, s. 25.

¹⁶¹ Akipek, “Mülkiyet Kavramı Üzerine Bir İnceleme”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, s. 6-7; Karahasan, **Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku**, s. 58.

¹⁶² Karasu, “**Gayrı Maddi Hakların Vergilendirilmesi**”, Doktora tezi, s. 10.

¹⁶³ Ayiter, **İhtira Hukuku**, s. 8.

¹⁶⁴ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 6.

Mülkiyet hakkı, hakkın konusuna, hak sahibinin tayin ediliş tarzına ve hak sahibinin sayısına göre çeşitli kısımlara ayrılır. Mülkiyet hakkı için söz konusu taksim; mülkiyete konu olan mala göre “taşınır mülkiyeti” ve “taşınmaz mülkiyeti,” sahibinin tayin tarzına göre “kişiye bağlı mülkiyet” ve “eşyaya bağlı mülkiyet” hakka malik olan kişilerin adedi açısından “tek kişi mülkiyeti” ve “birlikte mülkiyet” şeklinde izah edilebilir.¹⁶⁵ Mülkiyet için ortaya konulan söz konusu ayırım, konuyla doğrudan ilgili olmadığı için ayrıntısına girilmeyecektir.

b. Sınırlı Ayni Haklar

Medeni Kanun’un 4. kitabının 2. kısmı sınırlı ayni hakları düzenlemektedir. Sınırlı ayni haklar açıklanırken mülkiyet hakkı üzerinden tanımlama yapılması kaçınılmazdır. Mülkiyet hakkı, eşya üzerinde tam hakimiyet sağlayan bir haktır. Bir mala sahip olan kimse, söz konusu mal üzerinde hukukun izin verdiği çerçevede her türlü tasarrufta bulunabilir. Buradaki mezkur tasarruftan maksat, eşyadan yararlanma veya eşyayı devrederek paraya çevirme gibi eşya üzerinde mümkün olan her türlü karar ve davranışta bulunabilme yetkisidir. Bu bağlamda Eski Alman Hukukundan esinlenen bir görüşe göre, mülkiyetin sağladığı söz konusu yetkilerden bazılarının ayrılarak bağımsızlaşması “sınırlı ayni hak” kavramının doğmasına sebep olmuştur. Roma Hukukundan aktarılan diğer bir görüşe göre ise sınırlı ayni hak için mülkiyet yetkilerinin bağımsızlaştırılması söz konusu değildir. Doğru olan mülkiyet hakkının olduğu gibi kalması ve sınırlı ayni hakların, mülkiyet hakkı malikine bir sınırlama getirilerek mülkiyetin içeriğine dahil olmasıdır.¹⁶⁶

Sınırlı ayni haklar, mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerin bazılarını tam olarak veya belirli sınırlandırmalarla sağlar. Bu haklar nitelik açısından, mülkiyet hakkından farklı değildir. Ayrıca hakkın sınırlı olmasının sebebi *aynilik* vasfında var olan bir sınırlama ve problem de değildir. Mülkiyet hakkı ne derece aynilik vasfına sahip ise bu haklar da o derece sahiptir. Bu haklardaki kısıtlamalar, hakkın eşya üzerinde sağladığı hâkimiyetin alanı ile ilintilidir.¹⁶⁷ Bu sebeple mülkiyet hakkı “tam

¹⁶⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 299-300.

¹⁶⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 765.

¹⁶⁷ Hacak, “**İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi**”, Doktora tezi, s. 141.

hâkimiyet hakkı,” sınırlı aynı haklar ise “*kısmi hâkimiyet hakları*” olarak nitelendirilmektedir.¹⁶⁸

Sınırlı aynı haklar Türk Medeni Kanununda üç grup altında değerlendirilmektedir:

- a) Yararlanma hakları: Hak sahibine eşya üzerinde kullanma ve yararlanma yetkisini sağlayan haklardır. Bu haklara sukna hakkı ve geçit hakkı örnek olarak verilebilir. Bu haklara ayrıca ‘irtifak hakları’ adı da verilmektedir.
- b) Teminat (Güvence) hakları: Hak sahibinin bir alacağını teminat altına alan ve alacak tahsil edilemediği vakit rehin olarak verilmiş malın paraya çevrilmesi yetkisini sağlayan haklardır. Bu haklara ‘rehin hakları’ da denilmektedir.
- c) Taşınmaz yükü: Bu tür bir sınırlı hak ile gayri menkul sahibi, gayri menkule karşılık olmak üzere hak sahibinin lehine bir şey yapma veya verme sorumluluğuyla yükümlü olmasıdır. Bu hakka ‘gayri menkul mükellefiyeti’ adı da verilmektedir.¹⁶⁹

B. Gayri Maddi Mallar Üzerindeki Mutlak Haklar

Gayri maddi mallar üzerindeki mutlak haklar, kişinin yaratıcı uğraşları neticesinde, ortaya çıkardığı zeka ve düşünce ürünleri üzerindeki iktidar haklarıdır.¹⁷⁰ Gayri maddi mallar üzerindeki mutlak haklar, hukuk düzeni içinde “*fikri mülkiyet hukuku*” adı verilen özel bir alanda incelenmektedir. Fikri mülkiyet hukuku, hukuk içinde bazen “*fikri ve sınai mülkiyet hukuku*” bazen “*fikri, sınai ve ticari mülkiyet hukuku*” bazen de “*fikri hukuk*” şeklinde değişik kullanımlara maruz kalsa da çoğunlukla “*sınai ve ticari*” kayıtlarından bağımsız olarak kullanılmaktadır. Mezkur kullanımların anlam ve kapsamı ise birbirinden farklı değildir. Söz konusu kullanımlar, fikir ve sanat eserlerini, markaları, patentleri, tasarımları, faydalı modelleri, coğrafi işaretler ve adları içermekte ve bunların tamamını birden ifade etmektedir.¹⁷¹

Gayri maddi mallar üzerindeki mutlak haklar ele alınırken ilgili hakların ifade edildiği konuların, *fikri haklar* çatısı altına mı girdiği yoksa *fikri haklar* ve *sınai haklar* şeklinde farklı gruplara ayrıştırılması mı gerektiği hususu hukukçular arasında

¹⁶⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 766.

¹⁶⁹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 767.

¹⁷⁰ Özsunay, **Medeni Hukuka Giriş**, s. 249.

¹⁷¹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 1.

tartışmalıdır. Biz araştırmamızda fikri haklar ve sınai haklar şeklinde bir ayrımı takip edip konuyu iki ana başlık halinde incelemeye çalışacağız. Hukukçular arasında fikri hakların kapsamı ile ilgili tartışmalar olmakla birlikte araştırmamızda mezkur tartışmalara ayrıntılı bir şekilde yer verilmeyip dar anlamda fikri haklar ele alınacaktır. Buna bağlı olarak fikri haklar çatısı altında ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserleri, sinema eserleri ve güzel sanat eserleri ile işlenme ve derleme eserler incelenecektir.¹⁷² Sınai haklar çatısı altında ise marka, patent, endüstriyel tasarım, faydalı model ve coğrafi işaretler ele alınacaktır.

Fikri ve sınai haklar ayrımında kendisini gösteren gayrı maddi mutlak hakların çeşitli özellikleri vardır. Bu bağlamda fikir ve düşüncenin ortaya çıkardığı ürünün en belirgin özelliği soyut olmasıdır. Bir elbise veya kanepede modeli, benzin tktimini azaltan bir aletin mekanizmasına ilişkin bir buluşun veya ilmi bir çıkarımın varlığı yoktur. Gene söz konusu fikri ve sınai ürün, bazı ülkelerde gayrı maddi eşya kabul edilmesine rağmen, Türk hukukunda sadece maddi şeyler eşya olabildiklerinden eşya değildir ve üzerinde zilyetlik kurulamaz. Fikri ve sınai haklarda zilyetliğin yerine “*kullanma*” kavramı tercih edilmektedir. Buna rağmen fikri ve sınai haklara hukuk içinde “*fikri mülkiyet hukuku*” denilerek eşyaya has olan *mülkiyet* teriminin bu haklar için kullanılmasının sebebi söz konusu zeka ürünü üzerindeki mutlak hakkın özel inhisarı niteliğini belirtmektir. Fikri ve sınai ürün çoğu zaman bir eşya üzerinde somutlaşır. Ancak bu durum söz konusu gayrı maddi ürünün eşya niteliği taşıdığı anlamına gelmez. Bilakis zeka ve düşüncenin ortaya koyduğu söz konusu ürün somutlaştığı eşyadan farklıdır. Kağıt, demir, taş ve bronz gibi maddeler fikri ürünün somutlaştığı eşyalara örnek olarak verilebilir. Fikri ve sınai hakkın hukuku, üzerinde tecessüm ettiği eşyanın hukuku olan eşya hukukundan farklıdır. Fikri rn için kendi hukuku uygulanırken üzerinde somutlaştığı madde için eşya hukuku uygulanır. Fikri ve sınai haklar tükenme özelliğine de bağlıdır. Tükenme ilkesi, fikri ve sınai hakların konusu olan ürünün, sahibinin izni ile satımı ve bazı hallerde kiraya verilmesinin önlenemez olmasını gerektirir.¹⁷³

¹⁷² Yarsuvat, **Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları**, s. 40-41; Ateş, **Fikir ve Sanat Eserleri zerindeki Hakların Kapsamı ve Sınıflandırılması**, s. 56.

¹⁷³ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 5-6.

1. Gayrı Maddi Hakları Açıklayan Teoriler

Gayrı maddi hakların mahiyeti konusu, doktrinde büyük tartışmalara sebep olmuştur. Bu tartışmaların neticesinde çeşitli teoriler geliştirilmiştir. Söz konusu teoriler fikri mülkiyet teorisi, şahsiyet hakları teorisi, gayrı maddi hak teorileri ve eser sahipliği teorisidir.¹⁷⁴ Bu teorilerden bazıları tek cepheli (monist), bazıları ise çift cephelidir (dualist). Tek cepheli yaklaşım gayrı maddi hakları, sadece mal varlığı haklarına veya sadece şahsiyet haklarına bağlarken çift cepheli yaklaşım ise hem mal varlığı haklarına hem de şahsiyet haklarına bağlamaktadır.¹⁷⁵

a. Fikri Mülkiyet Teorisi

Fikri mülkiyet teorisi, 1789 Fransız İhtilaliyle birlikte öne sürülmüş ve geliştirilmiş bir teoridir. O dönemde feodal yapı hakim olduğu için, eser sahibinin yerine esere, yayınevi sahip olmaktadır. Ancak Fransız Devrimiyle birlikte bu anlayış değiştirilerek esere, onu üreten kişinin malik olacağı ve onun malvarlığı içinde kabul edileceği anlayışı savunulmuştur.¹⁷⁶

Fikri mülkiyet teorisi, fikri ürün üzerinde sahibinin mülkiyet hakkı bulunduğu düşüncesinden hareket eder. Buna göre fikri ürün ile bu ürünün üzerinde somutlaştığı madde bir bütündür, bunları birbirinden ayırmaya gerek yoktur ve her ikisi de eşya hukukunun konusudur. Bu bağlamda fikri ürün, sahibinin malvarlığına dahil bir aynı haktır ve herkese karşı ileri sürülebilir.¹⁷⁷

Bu anlayış, fikri ürün şeklinde tezahür eden gayrı maddi hakkı, mutlak olarak mülkiyet hakkı ile eş değer kabul ettiği için eleştirilmiştir.¹⁷⁸ Şöyle ki, gayrı maddi hak ile mülkiyet hakkı her ikisi de mutlak hak kategorisine girmiş ve bu açıdan aralarında ortak özelliklerin var olduğu kabul edilmişse de her iki hakkı birbirinden ayırmamızı gerektirecek önemli farklı özelliklerin de varlığı gözden kaçırılmamalıdır. Fikri hakların korunması belirli bir süre ile sınırlandırılırken mülkiyet hakkının korunması için süre sınırlaması yoktur. Ayrıca fikri ürünü ortaya çıkaran kimsenin eser üzerinde manevi hakları varken mülkiyet hakkında manevi

¹⁷⁴ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 85.

¹⁷⁵ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 85.

¹⁷⁶ Karasu, “**Gayrı Maddi Hakların Vergilendirilmesi**”, Doktora tezi, s. 15.

¹⁷⁷ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 86.

¹⁷⁸ Şahin, “**Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması**”, Yüksek lisans tezi, s. 7.

haktan söz edilmez. Diğer yönden mülkiyet hakkı devredilmeye uygun olduğundan ötürü, bu hakkı devreden kimsenin devredilen şey üzerinde tasarruf yetkisi sona ermesine rağmen, fikri ürünlerin devredilmesi durumunda yalnız mali haklar devredilmekte manevi haklar ise fikri ürüne sahip olanın şahsında kalmaktadır.¹⁷⁹

b. Şahsiyet Hakları Teorisi

Fikri mülkiyet teorisine ters tepki olarak sudur etmiş olan şahsiyet hakları teorisinin çıkış noktası Almanya'dır. Almanya'da fikir ve sanat eserleri hukuku, kişilik hukuku içinde mütalaa edilmiş ve onun bir parçası kabul edilmiştir. Bu teorisinin mimarı Kant'tır (ö. 1804). Kant, eşya hukukuna giren kitabın çoğaltılmış nüshaları ile özünün yani içerdiği soyut fikri ürünün bir olmadığını kitabın kendisinin aynı bir hak, içerdiği soyut fikri ürünün ise şahsiyet hakkı olduğunu iddia etmiştir. Bu bağlamda kitap, bir kere basıldıktan sonra yazarının izni olmadan tekrar tıpkıbasımının yapılması kişilik hakkına saldırı olarak değerlendirilir. Kant'tan sonra bu teoriyi Max Lange (ö. 1899) ve Otto von Gierke (ö. 1921) geliştirmiştir. Lange, 1858 yılında *Fikri Mülkiyet Görüşününün Temel Kavramlarının Eleştirisi* adlı bir kitap kaleme almış ve fikri mülkiyet teorisine karşılık şahsiyet hakları teorisini savunmuştur. Lange'den sonra gelen Gierke, 1895 yılında yayınladığı *Alman Özel Hukuku* adlı eserinin birinci cildinde yazarın ortaya koyduğu fikri ürünün şahsiyet hakkı bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmuş ve eser yayımlandıktan sonra ortaya çıkan mali menfaatlerin korunmasının da kişilik hakkının korunmasına bağlı olarak ortaya çıktığını iddia etmiştir.¹⁸⁰

Şahsiyet hakları teorisi, kişisel hakların korunmasına o denli önem vermiştir ki sonuç olarak mali menfaatleri görmezden gelmiş ve onları dikkate değer bir konumda görmemiştir.¹⁸¹ Mesele bir bütün olarak incelendiğinde şahsiyet hakları ile gayri maddi mutlak haklar arasındaki farklar açıkça ortaya çıkacaktır. Şahsiyet hakları, mali sonuç doğurmazlar, devredilemezler, mamelek değildirler, ölümle sona ererler ve miras olarak başkasına geçmezler. Ancak gayri maddi mutlak haklar ise

¹⁷⁹ Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, s. 30-31.

¹⁸⁰ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 87.

¹⁸¹ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 87.

devredilebilirler, ölümden sonra devam ederler, ivaza karşılık gelebilirler ve mali yönleri vardır.¹⁸²

c. Gayrı Maddi Hak Teorileri

Gayrı maddi mutlak hakların mahiyetinin, fikri mülkiyet teorisi ve şahsiyet hakları teorisiyle izahı ya sadece mali yönün veya sadece manevi (kişisel) yönün göz önünde bulundurulması anlayışına dayanmaktadır. Söz konusu teoriler bir yönü korumuş olsa da diğer yönü ihmal etmektedir. Bunun bir sonucu olarak her iki boyutun da göz önünde bulundurulması gerektiğini savunan iki cephe teorisi ve birlik teorisi ortaya çıkmıştır.¹⁸³

ı. İki Cephe Teorisi (Dualist Teori)

İki cephe teorisine göre gayrı maddi mutlak hak, ne tek cepheli olarak bir malvarlığı ne de saf kişilik hakkı değil bilakis iki cepheli bir haktır. Gayrı maddi mutlak hak, eser-yazar üzerinden örnek verilecek olursa yazarın, isminin eserle birlikte açıklanmasını talep etmesi gibi manevi açı göz önünde bulundurulması bir açıdan şahsiyet haklarına, yazarın eseri üzerindeki mali hakları göz önünde bulundurulması bir açıdan da mülkiyet hakkına taalluk etmektedir. Ancak her iki açının bir bütün halde değil ayrı ve tek başına değerlendirilmesi gerekir.¹⁸⁴

Bu anlayışın en başta gelen temsilcisi Josef Kohler'dir (ö. 1919). Kohler'in savunduğu ve dualist teori olarak da isimlendirilen bu teoride maddi ve manevi haklar iki ayrı hukuki menfaat olarak ele alınmaktadır.¹⁸⁵ Ancak Kohler'den sonra maddi ve manevi hakları birbirinden ayrı ve kopuk olarak değerlendiren bu yaklaşıma karşı olumsuz yorumlar yapılmış ve bunun bir sonucu olarak birlik teorisi geliştirilmiştir.¹⁸⁶

ii. Birlik (Bütünlük) Teorisi

Monist teori olarak da ifade edilen birlik teorisi, malvarlığı ve manevi hakların ayrı olarak değil bir bütün halde değerlendirilmesi gerektiğini savunur. Bu

¹⁸² Karasu, "Gayri Maddi Hakların Vergilendirilmesi", Doktora tezi, s. 14-15.

¹⁸³ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 88.

¹⁸⁴ Karasu, "Gayri Maddi Hakların Vergilendirilmesi", Doktora tezi, s. 18.

¹⁸⁵ Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, s. 34; Giritlioğlu, *Yayın Sözleşmesi*, s. 20.

¹⁸⁶ Ayan, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Hak Sahipliği", *Fikret Eren'e Armağan*, s. 207.

bütüncül okuma neticesi ortaya tek hak çıkar. Ancak buradaki tekçilikten, gayrı maddi hakkın sadece malvarlığı veya manevi hak olarak nitelendirilmesi değil bilakis iki cephenin bir arada bulunması anlamı kastedilmektedir.¹⁸⁷

Teorinin ilk temsilcileri Allfeld (ö. 1940) ve Mitteis (ö. 1952) olmakla birlikte teori, Eugen Ulmer (ö. 1988) tarafından bir örnek ile açıklanmış ve daha anlaşılır hale getirilmiştir.¹⁸⁸ Ulmer, yazarın ortaya çıkardığı fikri ürün olan eser üzerindeki haklarını bir ağaca benzetmektedir. Ağacın kökleri mali ve manevi haklar, gövdesi fikri ürün olan eserin kendisi, mali ve manevi yetkiler ise ağacın dalları mesabesindedir.¹⁸⁹

d. Eser Sahipliği Teorisi

Eser sahipliği teorisinin savunucusu Ernest Hirsch'dir (ö. 1985). Hirsch'a göre fikri hak, sübjektif bir hak olmayıp sahibine, kanundan kaynaklanan mali ve manevi yetkiler veren hukuki bir durumdur.¹⁹⁰ Buna göre fikri hak, eser sahibi ile eser arasındaki hukuki bir durum olup bu durum ile birlikte eser sahibi, mali ve manevi bir takım yetkiler elde etmektedir.¹⁹¹

Eser sahipliği teorisi, olumsuz bazı yorumlara maruz kalmış ve bazı hukukçular tarafından eleştirilmiştir. Fikri hakkın, sübjektif bir hak olmadığı ve kanunun izin verdiği çerçevede objektif hukuki bir durum olduğu iddiası kabul edilmemiştir. Fikri hakkın, bir *hak* olarak kabul edilmesi mümkün ve müspet bir yaklaşım olmasıyla birlikte, *hukuki durum* kavramına karşılık getirilip hakların dışında değerlendirilmesinin gereksiz olduğu savunulmuştur.¹⁹²

2. Gayrı Maddi Hakların Türk Hukukundaki Gelişimi

a. Fikri Hakların Türk Hukukundaki Gelişimi

Fikir ve sanat eserlerinin ortaya çıkması, insanoğlunun varlığı kadar eskilere dayansa da bu alanla ilgili hukuki düzenlemeler ve hak sahiplerinin haklarının

¹⁸⁷ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 88.

¹⁸⁸ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 88.

¹⁸⁹ Ayiter, **Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**, s. 33.

¹⁹⁰ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 89.

¹⁹¹ Şahin, “**Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması**”, Yüksek lisans tezi, s. 10.

¹⁹² Kınacıoğlu, “Türkiye’de Fikri Hakların Gelişimi ve Nazari Esaslar”, **Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**, s. 554.

korunması Fransız İhtilalinden sonraki dönemlere denk gelmektedir. Söz konusu düzenlemeler daha çok kendisini edebi eserlerde göstermiştir. Bu açıdan fikri hakların gelişimi, bir bakıma yazarlar hukuku ve eser haklarının gelişimi anlamı taşır.¹⁹³ İlkçağ ve ortaçağda insanlar, yalnızca maddi varlığı bulunan şeyleri mal kabul etmekte ve onlara paha biçmekteydiler. Maddi varlığı olmayan şeyler, mal kabul edilmediği için herhangi bir kimse hak talebinde bulunamıyordu. Bir eseri satın alan kimse, söz konusu eserin ortaya koyduğu fikri ürünün de maliki sayılıyordu.¹⁹⁴ Örneğin Roma hukukunda bir eserdeki fikri hak ile kağıt arasında ayırım yapılmıyor, bir şiiri içeren kağıdı satın alan kişi, aynı zamanda şiirin de sahibi sayılıyordu. Bir şahsın, kağıt üzerine bir resim çizmesi durumunda tartışılan konu, söz konusu yeni eşyanın, kağıdın sahibinin mi yoksa boyanın sahibinin mi olduğu şeklinde tezahür ediyor ancak resmi çizen şahsın hakkı göz ardı ediliyordu.¹⁹⁵ Bununla birlikte zaman içinde gayri maddi soyut ürünlerin mekanik tarzda çoğaltılmasının mümkün olmasıyla birlikte fikri hakların mali değeri ortaya çıkmış ve buna bağlı olarak gerekli kanuni düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır.¹⁹⁶

Türkiye’de fikri haklar ile ilgili düzenlemeler, Batıdaki gelişmelerden sonra olmuştur. Matbaanın kurulmasından sonra padişah III. Ahmet (ö. 1148/1736) tarafından İbrahim Müteferrika’ya (ö. 1157/1745) basım izni verilmiştir.¹⁹⁷ Ancak söz konusu izin, dini kitapların basılmaması ve her kitabın basılmasından önce gerekli yerlerden izin alınması kaydına bağlanmıştır. “*Müstensih*” adı verilen ve o dönemde geçimini kitap yazma işinden sağlayanların sayısı azımsanmayacak çoğunlukta idi. Bu kimselerin, işsiz kalma endişesiyle matbaa yoluyla kitap çoğaltılmasına karşı çıkmaları matbaanın gelişimini yavaşlatan unsurlar arasında sayılabilir. Bu sebeple matbaanın kullanılmaya başlandığı 1727 yılından Tanzimat fermanının ilan edildiği 1839 yılına kadar yalnızca 500 kitap basılabildiği.¹⁹⁸

Osmanlı devletinde telif hakkı bağlamında gayri maddi haklarla ilgili ilk düzenleme 1850 yılında kabul edilen “*Encümen-i Daniş Nizamnamesi*”dir. Bu nizamname, Türk hukuku içinde “*telif*” kelimesini içeren ilk düzenleme olması

¹⁹³ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 79.

¹⁹⁴ Karasu, “**Gayri Maddi Hakların Vergilendirilmesi**”, Doktora tezi, s. 29.

¹⁹⁵ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 80.

¹⁹⁶ Yarsuvat, **Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları**, s. 13.

¹⁹⁷ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 83.

¹⁹⁸ Beşiroğlu, **Fikir Hukuku Dersleri**, s. 2.

açısından önemlidir. Bu nizamnameyle birlikte eser sahibinin eserleri incelendikten sonra kendisine *teelif hakkı* tanınacağı ve bundan dolayı ödenekte bulunulacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme, eser sahibinin ortaya çıkardığı fikri ürünün, Türk hukuk tarihi içinde ilk defa mali bir hak olduğunun kabul edilmesi açısından önemli bir yere sahiptir.¹⁹⁹

Osmanlı devletinde fikri haklarla ilgili ikinci düzenleme ise 1857 yılında kabul edilen “*Hakkı teelif nizamnamesi*”dir. Bu nizamname bir bakıma ilk nizamnamenin eser sahibi için ortaya koyduğu mali hak ve yetkilerin genişletilmesi anlamını taşımaktaydı. Bu nizamnameyle birlikte eser sahibi, nizamnamenin ifade ettiği şekliyle “*kaydı hayat şartı ile*” yani hayatta olduğu müddetçe eser üzerinde çeşitli şekillerde yetkilendirilmiş oluyordu. Bu yetkilerin bir kısmı şunlardır: Yazarın izni olmadan eserin basılamayacağı, basılan nüshalar tükeninceye kadar bir başka matbaa tarafından yeniden basımının yapılamayacağı, yazar ile matbaa sahibinin anlaşığı sayıdan fazla nüshanın basılamayacağı, aksi halde matbaa sahibine mali ceza uygulanacağı ve basılan fazla nüshalara el konulacağı.²⁰⁰

İlk fikir ve sanat eserleri kanunu ise 1910 senesinde uygulanmaya başlamış olan “*Hakkı teelif kanunu*”dur.²⁰¹ Söz konusu kanunda gerekçe olarak şu ifadelere yer verilmektedir: “*Müellif ve şairlerin düşünce ürünleri üzerinde mülkiyet hakkı bulunmaktadır, edebiyat ve sanat mülkiyeti adı verilen bu mülkiyet hakkı bütün gelişmiş ülkelerde özel düzenleme ile sağlanmıştır.*”²⁰² Buradan anlaşıldığı kadarıyla fikri hak, mülkiyet hakkı olarak tanımlanmıştır. Bu da kanunu hazırlayan o dönemin hukukçularının fikri mülkiyet teorisinin etkisinde kaldığını göstermektedir.²⁰³ Bu kanun ile yazarın eseri üzerindeki fikir hakkını kullanabilmesi için tescil şartı getirilmiştir. Hakkı teelif kanunundaki bu şart, tescil şartını kaldıran 1886 tarihli *Bern Sözleşmesine* aykırılık teşkil etmektedir.²⁰⁴ Ayrıca bu kanun ile yalnız teelif hakları ile

¹⁹⁹ Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırılmalı Fikri Haklar*, s. 31; Keskin, *Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması*, s. 19.

²⁰⁰ Beşiroğlu, *Fikir Hukuku Dersleri*, s. 3.

²⁰¹ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 83.

²⁰² Beşiroğlu, *Fikir Hukuku Dersleri*, s. 3.

²⁰³ Yarsuvat, *Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları*, s. 29.

²⁰⁴ Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırılmalı Fikri Haklar*, s. 32-33.

tiyatro ve opera eserleri düzenlenmiş olup fotoğraf ve sinema eserleri gibi birçok eser koruma altına alınmamıştır.²⁰⁵

Hakkı Telif Kanununun yerini daha sonraları 5846 sayılı “*Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu*” almıştır. Bu kanun, Ernst E. Hirsch tarafından hazırlanmıştır. Hirsch, 1933 yılında Türkiye’ye gelmiş ve hem kurucu hem de başkan unvanıyla on yedi sene ticaret hukuku kürsüsünde fikri hukuk alanında çeşitli dersler vermiştir. Ayrıca bu dersleri ilk olarak müfredata yerleştiren de Hirsch’in kendisidir.²⁰⁶ Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 1 Ocak 1951 tarihinde uygulanmaya başlamış ve zaman içinde birçok değişikliğe maruz kalmıştır. Bu bağlamda ilk değişiklik 2936 sayılı kanun ile 1983 yılında, ikinci değişiklik 4110 sayılı kanunla 1995 yılında, üçüncü değişiklik 4630 sayılı kanunla 2001 yılında ve dördüncü değişiklik “*Korsanla Mücadele Kanunu*” olarak bilinen 5101 sayılı kanunla 2004 yılında ve son değişiklik 5728 sayılı kanunla 2008 yılında yapılmıştır.²⁰⁷ Söz konusu değişiklikler başlıca iki amaç için yapılmıştır. Birincisi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununu toplumsal gelişmeler ve hukuksal ihtiyaçlara göre revize etmek ve uluslararası sözleşmelere uydurmak, ikincisi ise korsan yayınların önüne geçmektir.²⁰⁸

b. Sınai Hakların Türk Hukukundaki Gelişimi

Sınai hakların patent, marka, faydalı model, endüstriyel tasarım ve coğrafi işaretler gibi çeşitli kısımlara ayrıldığı zikredilmiştir. Burada söz konusu sınai hakların, tarihi gelişimi hakkında bilgi verilecektir. Marka ve patent hakkı sınai hakların daha merkezi konuları olduğundan ötürü daha çok onlar üzerinde durulacaktır.

Günümüzde daha çok ticari unvan olarak bilinen markaların tarihsel kökeninin ilk çağlara dayandırılması ile ilgili iki yaklaşımın varlığından söz edilebilir. Birinci yaklaşım, daha net bir kanaat ortaya koyan yaklaşımdır ki markaların ilk çağlara dayandığını ileri sürmektedir. Bu yaklaşım, eski çağdan kalma bazı eşyalar üzerindeki sembollerini görüşüne delil olarak getirmektedir.²⁰⁹ M.Ö. 3200

²⁰⁵ Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, s. 47.

²⁰⁶ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 83.

²⁰⁷ Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırılmalı Fikri Haklar*, s. 33-34, 60-61; Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, s. 49.

²⁰⁸ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 84.

²⁰⁹ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 337.

yıllarında Mısır krallarının mezarlarından çıkartılmış eşyalarda çeşitli işaretlerin var olduğu görülmüştür. Bu işaretlerin konma sebebi, söz konusu seri eşyanın kimin tarafından imal edildiğinin bilinmesidir. Böylece eşyada bir kusur veya ayıp bulunduğu eşyanın kime ait olduğu tespit edilebiliyordu. Gene M.Ö. 3500 yıllarında çömlek eşyalar üzerinde taştan yapılmış mühür şeklinde sembollerin varlığı söz konusu yaklaşımı destekler mahiyettedir.²¹⁰ İkinci yaklaşım ise konuyu daha ihtiyatlı bir şekilde ele alan yaklaşımdır. Bu ihtiyatlı yaklaşım, ilk dönemlerde çeşitli eşyalar üzerinde sembol ve işaretlerin varlığını kabul etmekle birlikte söz konusu sembollerin bir ürünü diğerinden ayıran markalar mı yoksa ürünün bir aile veya kişiye ait olduğunu gösteren semboller mi olduğuyla ilgili belirsizliğin var olduğunu ifade etmektedir. Buna göre bu ürünlerin üzerindeki işaretlerin, ticari markayı mı mülkiyeti mi ifade ettiği meçhuldür.²¹¹

Markalar, mal ticareti ile ilişkilendirildiği zaman loncaların markanın oluşumundaki etkisi açık bir şekilde görülecektir. İtalya, Almanya, İsviçre ve Fransa başta olmak üzere Avrupa'daki loncalar, her bir loncaya mensup ticaretle uğraşan insanların mallarının aynı sembol kullanılarak diğerlerinden ayrılmasını hedeflemiş ve böylece ticari markalar ortaya çıkmıştır. Altın, gümüş ve yünlü kumaşlar ilk markalanan eşyalardır. Bununla birlikte Fransız İhtilali, bütün imtiyazlara ve bu arada lonca imtiyazlarına da son vermiş ve marka kullanma zorunluluğunu ortadan kaldırmıştır. Bundan sonraki süreçte Avrupa'da markaların kanunlarla korunması 19. yüzyılda başlamıştır.²¹²

Türkiye'de markalara ilişkin çeşitli düzenlemelerden söz edilebilir. Osmanlı'daki loncaların varlığı 13. yüzyıla dayansa da bu loncalar yalnız bazı mesleki kuralları düzenlemekle yetinmiş ve markalarla ilgili herhangi bir rol üstlenmemişlerdir. Markalarla ilgili ilk düzenleme Osmanlı dönemindeki 1872 tarihli “*Alameti Farika Nizamnamesi*”dir. Söz konusu düzenleme, 1888 yılında yürürlüğe giren “*Fabrikalar Mamulâtı ile Eşyayı Ticarîyeye Mahsus Alameti Farikalara Dair Nizamname*” ile birlikte lağvedilmiştir. Cumhuriyet döneminde uzun bir süre kullanılan 1888 tarihli nizamname, 1965 yılında yürürlüğe giren “*Markalar Kanunu*”

²¹⁰ Camcı, *Endüstriyel Tasarım Davaları*, s. 19.

²¹¹ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 337.

²¹² Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 337-338.

ile ilga edilmiştir. Bu kanun, daha sonraları 1995 tarihli 556 sayılı “*Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname*” ile yürürlükten kaldırılmıştır.²¹³

Patent ile ilgili yasal düzenlemeler 15. yüzyıla dayansa da buluşların varlığı ilk çağlara kadar uzanır. Bakırın kalayla karıştırılması sonucu bronz elde edilmiş ve bronzdan silahlar imal edilmiştir.²¹⁴ Bu da hukuksal düzenlemeler olmasa da buluşların eski dönemden beri varlık gösterdiğini ifade etmektedir.

Bazı tarihçiler patent olarak da bilinen buluşla ilgili ilk imtiyazın 13. yüzyılda Alman madencilere verildiğini ifade etmektedir. İngiltere’de ise söz konusu imtiyaz kumaş dokuma sanatı ile ilgili olarak verilmiştir. Buluşu ortaya koyan kimsenin hakkını koruma altına alan ilk kanuni düzenleme ise 1474 yılında Venedik’te yapılmıştır. Buna göre buluş sahibinin ilgili idareye başvurması durumunda taklide karşı on yıllık bir koruma sağlanıyordu. Fransa’da ise ilk buluş kanunu 1791 yılında kabul edilmiştir. Bu kanundan sonra 1844 yılında yeni bir kanun daha düzenlenmiştir.²¹⁵

Türkiye’de patent konusunda ilk hukuki düzenleme 1879 senesinde uygulanmaya başlamış olan “*İhtira Beratı Kanunu*”dur. Bu kanun 1844 yılında Fransa’da yürürlüğe girmiş olan Patent Kanunu tercüme edilerek hazırlanmıştır.²¹⁶ Bu kanunun yerini 1995 yılında 551 sayılı “*Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname*” almıştır.

Türkiye’de markalar ve patentler ile ilgili hukuki düzenlemeler diğer sınai haklara göre daha erken dönemde gerçekleşmiştir. 19. yüzyıla dayanan marka ve patent haklarına yönelik hukuki düzenlemeler yapılırken resim ve coğrafi işaretler gibi sınai haklara hiç değinilmediği ve onlarla ilgili erken dönemde herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Bununla ilgili ilk çalışmalar 80’li yıllarda başlamış ve ilk hukuki düzenlemeler 90’lı yıllarda gerçekleşmiştir. Bu bağlamda yukarıda zikredilen markalar ile ilgili 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile patentlerle ilgili olarak 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin de içinde olduğu bir dizi kararname çıkarılmıştır. Bu düzenlemeler ile totalde 554 sayılı

²¹³ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 338.

²¹⁴ Camcı, *Endüstriyel Tasarım Davaları*, s. 19.

²¹⁵ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 488.

²¹⁶ Ayiter, *İhtira Hukuku*, s.18.

Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname çıkartılmıştır.²¹⁷

3. Fikri Haklar

Fikri haklarla ilgili en önemli düzenleme “*Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu*”dur. Bu kanun ile fikri hakların korunması amaçlanmıştır. Kanununun birinci maddesi kanunun amacını ortaya koyması açısından önemlidir. Kanun şöyledir:

Bu kanunun amacı, fikir ve sanat eserlerini meydana getiren eser sahipleri ile bu eserleri icra eden veya yorumlayan icracı sanatçıların, seslerin ilk tespitini yapan fonogram yapımcıları ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcıların ve radyo-televizyon kuruluşlarının ürünleri üzerindeki manevi ve mali haklarını belirlemek, korumak, bu ürünlerden yararlanma şartlarını düzenlemek, öngörülen esas ve usullere aykırı yararlanma halinde yaptırımları tespit etmektir.

Kanunda belirtildiği üzere kanunun temel amacı eser ve eser sahiplerine ilişkin meseleleri düzenlemektir. O halde *eser* kavramı, fikri hakların eksen unsurudur denilebilir.²¹⁸ Kanunun 3. bölümünde fikri hak kavramına değinilmemiş olsa da fikri hak kavramının tarifine değinilmemiş yalnız kapsamına giren yetki ve menfaatlere yer verilmiştir. Kanunda fikri haklar başlığı altında eser sahibinin haklarının verilmesi, fikri haklar ile eser sahibinin haklarının aynı anlamda kullanıldığını göstermektedir.²¹⁹ Bu bağlamda ilk olarak eser kavramı ve bir şeyin eser olabilmesi için taşıması gereken unsurlara yer verildikten sonra eser çeşitleri üzerinde durulacaktır.

²¹⁷ Yılmaz, “Avrupa Topluluğunda Fikri ve Sınai Haklar”, **Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi**, s. 10.

²¹⁸ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 97.

²¹⁹ Ateş, “Avrupa Birliği’nde Fikri Haklara İlişkin Düzenlemeler ve Türkiye”, **Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi**, s. 93.

a. Eser Kavramı

Eser kavramı, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda şöyle tanımlanmıştır: “Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleridir.” Tarif olarak ortaya konan bilgi, esasen tarif olmanın ötesinde kapsam olarak nitelendirilebilir. Zira söz konusu bilgide eserin tanımı yerine bir şeyin eser olabilmesi için taşıması gereken unsur ve şartlara değinilmiştir. Bundan ötürü fikri hakların temel konusu olan eserin anlaşılabilmesi için unsurlarından bahsetmek gerekmektedir.²²⁰

b. Eserin Unsurları

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda geçen eser tanımından anlaşıldığı kadarıyla bir şeyin eser olabilmesi için dört unsuru kendisinde barındırması gerekir. Bunlar şunlardır:

- 1) Sahibinin hususiyetini taşıması
- 2) Sahibinin hususiyetini yansıtacak düzeyde şekillenmiş olması
- 3) Kanunda belirtilen eser çeşitlerinden birinin kapsamına girmesi
- 4) Fikri çabanın ürünü olması²²¹

Doktrinde eser olacak şeyde mezkûr unsurların varlığı gerekli görülüyorsa da daha çok bu unsurlardan iki unsur üzerinde durulduğu ve bu iki unsurun kurucu unsur kabul edildiği görülmektedir. Bunlar sahibinin hususiyetini taşıması ile kanunda belirtilen eser çeşitlerinden birinin içine girme unsurlarıdır. Bu unsurlardan birincisine aynı zamanda “sübjektif unsur” veya “esasa ilişkin şart” ikincisine “objektif unsur” veya “şekle ilişkin şart” da denilmektedir.²²² Her unsur üzerinde kısaca durulmaya çalışılacaktır.

– *Sahibinin Hususiyetini Taşıması Unsuru:*

Kanunda eser sayılacak şeyin sahibinin hususiyetini taşıması gerektiği belirtilmişse de söz konusu hususiyetin tanımı yapılmamıştır. Bu sebeple doktrinde hususiyetin tanımı ile ilgili çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden herhangi

²²⁰ Yarsuvat, **Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları**, s. 40-41; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 97.

²²¹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 97.

²²² Ateş, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınıflandırılması**, s. 56.

birinin kabul edilmesi söz konusu unsurun bu görüş bağlamında değerlendirileceği anlamı taşır.

Hirsch, hususiyet konusunu şöyle açıklamaktadır:

Herkes tarafından vücuda getirilemeyen, yani bir hususiyeti haiz bulunan mahsuller himayeye layıktır ve ancak bunlara eser vasfı izafe edilebilir. Eğer bir eser herkes tarafından vücuda getirilebilecek mahiyette ise, hususiyet de mevcut olmayacağından, bu kabil mahsulleri himaye etmekte cemiyetin hiçbir menfaati yoktur.²²³

Hirsch'e göre herkesin ortaya koyabileceği ürün ile sahibinin zihinsel çaba ve emeğini taşıyan ürün arasında fark vardır. Bunlardan özgünlük ve farkındalık ifade eden zihni ürün, sahibinin hususiyetini taşıdığı için eser olmaya elverişlidir. Buna göre Hirsch hususiyeti “*herkes tarafından vücuda getirilemeyen*” olarak görmektedir.²²⁴

Arslanlı ise Hirsch'in hususiyet kavramını zorlaştırdığını iddia etmiş ve “*nisbi istiklal*” görüşünü ileri sürmüştür. Buna göre her yazar bir başka yazardan faydalanabilir. Ancak bu faydalanma gaspa sebep olmayacak şekilde sınırlandırılmalıdır. Önemli olan sonuçta başkasının ortaya koyduğundan bağımsız müstakil bir fikri emeğin var olmasıdır.²²⁵

Yarsuvat ise hususiyeti “*orijinallik*” ölçütü ile belirlemeye çalışmıştır. Buradaki orijinalliğin de biçimsel değil fikirsel, fikrin işlenişinde olduğuna vurgu yapmaktadır.²²⁶

– *Sahibinin Hususiyetini Yansıtacak Düzeyde Şekillenmiş Olma Unsuru:*

Zihinsel çaba sonucu ortaya konan düşüncenin şekillendirilmesi, bir şekil altında sunulması gerekir. Buna göre bir yazarın hususi düşüncelerini bir kağıda yazması durumunda ortaya konan şeyin eser olduğundan söz edilebilir. Fakat kişinin zihninde var olan fakat dış dünyada yansıması bulunmayan bir düşünce eser niteliği taşımaz.²²⁷

– *Kanunda Belirtilen Eser Çeşitlerinden Birinin Kapsamına Girme Unsuru:*

²²³ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 98.

²²⁴ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 98.

²²⁵ Arslanlı, **Fikri Hukuk Dersleri**, s. 7.

²²⁶ Yarsuvat, **Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları**, s. 52-53.

²²⁷ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 102.

İlgili kanunda belirtildiği üzere bir şeyin eser sayılabilmesi için sahibinin özelliğini taşıması ile birlikte ilim ve edebiyat, güzel sanatlar, musiki veya sinema eserleri şeklinde ifade edilen fikir ve sanat mahsulü olması gerekir. Buna göre bir şeyin eser olarak nitelendirilmesi için yalnız sahibinin özelliğini taşıması yeterli değildir. Bunun yanında mezkur eser çeşitlerine dahil olması gereklidir.²²⁸

– *Fikri Çabanın Ürünü Olma Unsuru:*

Eserin en temel özelliklerinden biri de fikri çaba ve işlevin ürünü olmasıdır. Bu şarta göre eser, ancak insan tarafından ortaya konabilir. Zira düşünen ve fikir üretebilen tek canlı insandır. Hayvanların, bitkilerin veya doğanın oluşturduğu herhangi bir sonuç, eser sayılamaz. Bir bilgisayarın yaptığı çeviri örneğinde olduğu gibi zihnin değil de mekaniğin çalıştırılması sonucu ortaya konan sonuç da eser sayılamaz.²²⁹

c. Eser Çeşitleri

Eser türleri, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda düzenlenmiştir. Bunlar, özel başlıklar halinde incelenecek ve kapsamaları ortaya konmaya çalışılacaktır.

1. İlim ve Edebiyat Eserleri

İlim ve edebiyat eserleri, üç çeşit olarak incelenmektedir. Bunları şöylece sıralamak mümkündür:

1) Dil ve yazı ile ifade olunan eserler:

Bu tür eserler, düşüncenin ortaya koyduğu mahsulün dil, yazı, rakam ya da çeşitli biçimlerle ifade edildiği fikri ürünlerdir. Bir konferans veya seminerde konuşulan sözcükler, bir şiir veya roman da bulunan yazılar bu tip eserlere örnek teşkil edebilir. Dilin milli veya yabancı oluşu, yaşayan veya ölü oluşu eser niteliği taşımasına mani değildir. Aynı şekilde ortaya konan fikri ürün matematik, fizik ve kimyada olduğu gibi rakam, şekil ve formülle ifade edilmişse de eser niteliği taşır.²³⁰

1995 yılında Fikir ve Sanat Eserleri kanununda gerçekleştirilen değişiklikle

²²⁸ Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırılmalı Fikri Haklar*, s. 122; Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, s. 55.

²²⁹ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 106.

²³⁰ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 107.

bilgisayar programları ile ileri seviyede bilgisayar programı olmak kaydıyla başlangıç aşamasında olan tasarımlar da bu tür eserlere dahil edilmiştir.²³¹

2) Sözsüz sahne eserleri:

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun ikinci maddesinin ikinci bendinde sözsüz sanat eserleri, “*her nevi rakıslar, yazılı koreografi eserleri, pandomimalar ve buna benzer sözsüz sahne eserleri*” şeklinde tanımlanmış ve ilim ve edebiyat eserleri içine dahil edilmiştir. Buna göre sözsüz sanat eserleri ile fikri ürünün dil ve yazı ile ifade edilmesinden öte sanatçının yüz ve vücut hareketleriyle ifade edilmesi kastedilmektedir.²³² Bu tür eserlerde en önemli şey eserin icra edilme şeklinin tasarlanması ve tekrarlanabilir olmasıdır. Bu bağlamda spontane gelişen futbol maçı gibi oyunlar önceden tasarlanmadığı için eser niteliği taşımaz.²³³

Sözsüz sahne eserleri göze hitap eden ve görsellik özelliği taşıyan eserlerdir. Bu eserlerin sözsüz ve sessiz olması olmazsa olmaz bir şart değildir. Müzikli veya sözlü olmaları durumunda müzik ve söz kısımları için ayrıca bir koruma durumu olup olmadığının tespit edilmesi gerekir.²³⁴

Kanunda geçen raks, koreografi ve pandomima lafızları açıklamaya ihtiyaç duyan terimlerdir. Rakstan maksat dandır. Dansların eser olabilmesi için dansı oluşturan figürlerin yazılı durumda olması veya yazılı değilse aynen tekrarlanabilir düzeyde olması gerekir. Koreografi ise sahnede icra edilen opera ve bale tarzı eserlerdeki figürlerin tanzim edilmesidir. Dansçıların ve figürlerin sırasını belirleme koreografi kapsamına girer. Pandomima ise duyguların beden diliyle anlatılmasıdır. Burada söze yer yoktur. Kendisini raks ve koreografiden ayıran en önemli özellik ise müzik zorunluluğunun olmamasıdır.²³⁵

3) Teknik ve bilimsel fotoğraflar, resimler, maketler, tasarımlar ve projeler:

İlim ve edebiyat eserlerinin bu türü, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun ikinci maddesinin üçüncü bendinde şöylece ifade edilmektedir:

²³¹ Ateş, **Fikri Hukukta Eser**, s. 149; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 109-110.

²³² Yarsuvat, **Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları**, s. 58; Erel, **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, s. 60.

²³³ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 113.

²³⁴ Erel, **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, s. 60.

²³⁵ Yarsuvat, **Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları**, s. 59; Kılıçoğlu, **Sanai Haklarla Karşılaştırılmalı Fikri Haklar**, s. 129.

Bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topoğrafyaya ait maket ve benzerleri, her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri.

Bu türden olan eserler, estetik niteliği olmayan teknik ve bilimsel eserlerdir. Bu sebeple bu tür eserler öğretici ve eğitici özelliklere sahiptirler. Ancak bu tür eserlerde estetik özelliğinin de bulunması durumunda ayrıca güzel sanat eseri kategorisine girer ve bu açıdan da koruma altına alınırlar.²³⁶

11. Musiki Eserleri

Bu çeşit eserler, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda, “*her nevi sözlü ve sözsüz besteler*” şeklinde tanımlamıştır. Kanunda bu tip eserler için tam bir tanımlama getirilmediği gibi sayma yöntemi kullanılarak alt başlıklarına da yer verilmemiştir. Bunun yerine genel bir tanımlama verilmiş ve musiki eserlerinin sözlü veya sözsüz olacağı beyan edilmiştir.²³⁷ Bu bağlamda bu türden eserlerin, herhangi bir düşünce veya hissi ses yoluyla muhataplarına ulaştırdığı ve sadece işitme duyusuna hitap eden ürünler olduğu söylenebilir. Saz ve piyano gibi müzik aletleriyle ortaya konan ürünler ile şarkılar, ezgiler ve ilahiler musiki eserlerine örnek olarak verilebilir. Müziğin eser olmasında etkili olan unsurun, sanatsal seviyesi olmadığı da gözden kaçırılmamalıdır. Eser olan müziğin kendisidir, icra edilme şekli değildir.²³⁸ Enstrümanlarla ortaya konan ürünün sözsüz olması durumunda koruma altına alınan yalnız besteler iken sözlü olması durumundaysa bestelerle birlikte sözler de koruma altına alınır. Musiki eserler, duyguya hitap etme özelliği ile ilim ve edebiyat eserlerinden; kulağa hitap etme özelliği ile de güzel sanat eserlerinden ayrılırlar. Zira ilim ve edebiyat eserlerinde zekaya, güzel sanat eserlerinde ise göze hitap edilmektedir.²³⁹

Sesin kaynağı, eser nitelemesinde önem arz etmez. İnsan gırtlığından, tek bir müzik aletinden veya birkaç enstrümandan çıkan ses ile elektronik cihazlardan çıkan ses arasında bir fark yoktur. Musiki eserinin notasının bulunması da şart değildir.

²³⁶ Yarsuvat, **Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları**, s. 45; Erel, **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, s. 61.

²³⁷ Yazıcıoğlu, **Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar**, s.88.

²³⁸ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 115.

²³⁹ Erel, **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, s. 63.

Zira nota, bir eserin tekrar seslendirilmesine destek olan bir vasıttır. Sahibinin hususiyetini taşıyan herhangi bir müzik eser olmaya elverişlidir.²⁴⁰

iii. Güzel Sanat Eserleri

Güzel sanat eserlerini diğer türlerden ayıran en belirgin unsur bedii özelliği kendilerinde barındırmalarıdır. Bu vasfın kendisinde bulunmadığı ürün, güzel sanat eseri olamaz. Ancak söz konusu ürün, eser veya tasarım kategorilerine girip bu yolla koruma altına alınabilir. Bedii sözcüğü, “*örneği olmayan, latif, güzel, nadide güzellik ölçülerine uyan, gözü gönlü okşayan, beğenilen*” anlamlarına gelir.²⁴¹

Güzel sanat eserleri, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun dördüncü maddesinde beş alt türe ayrılmış ve şöyle ifade edilmiştir:

Güzel sanat eserleri, estetik değere sahip olan;

- 1)Yağlı ve sulu boya tablolar, her türlü resimler, desenler, pasteller, gravürler, güzel yazılar ve tezhipler, kazıma, oyma kakma veya benzeri usullerle maden, taş, ağaç veya diğer maddelerle çizilen veya tespit edilen eserler, kaligrafi, serigrafı,
- 2)Heykeller, kabartmalar ve oymalar,
- 3)Mimarlık eserleri
- 4)El işleri ve küçük sanat eserleri, minyatürler ve süsleme sanatı ürünleri ile tekstil, moda tasarımları,
- 5)Fotoğrafik eserler ve slaytlar,
- 6)Grafik eserler,
- 7)Karikatür eserleri,
- 8)Her türlü tiplerdir.²⁴²

Ayrıca kanun, maket ve resim gibi ürünlerin endüstriyel resim veya model şeklinde kullanılmasının bu türe dahil olmaları noktasında herhangi bir olumsuz etkisinin olmayacağını da ifade etmektedir.²⁴³

²⁴⁰ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 115.

²⁴¹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 118.

²⁴² Bkz. 5846 sayılı kanun, md. 4.

²⁴³ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 117.

iv. Sinema Eserleri

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun beşinci maddesinde sinema eserleri şöyle tanımlanmaktadır:

Sinema eserleri, her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri gibi, tespit edildiği materyale bakılmaksızın, elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisidir.

Kanunda sinema eserleri “veya” sözcüğü kullanılmak suretiyle iki grup olarak değerlendirilmiştir. Birincisi “*öğretici ve teknik nitelikte olan ve günlük olayları tespit eden filmler*”dir. Bunlar daha çok eğitim ve öğretim amaçlı olan, teknik bilgiler içeren, halkın görüşlerini yansıtan, belgesel nitelikli filmlerle reklam filmleridir. İkincisi ise “*görüntüler dizisi*”dir. Ancak söz konusu görüntüler dizisinin kanunun ifade ettiği şekliyle sinema filmleri gibi olması gerekir. Sinema ve televizyon seyircisi için çekilen filmler bu gruba girer. Bir ürünün sinema eseri olabilmesi için kullanılan araç veya materyalin bir önemi yoktur. Söz konusu araç şerit (kurdele) olabileceği gibi mekanik veya elektronik bir araç da olabilir.²⁴⁴

Bir filmin sinema eseri olabilmesi için dört şart gereklidir. (1) Kanunda ifade edildiği şekliyle sahipleri mevcut olmalıdır; (2) Yönetmeni ve senaryosu olmalıdır; (3) Ortaya konan çalışma, sahiplerinin hususiyetini taşımalıdır; (4) Kanunda belirtilen kategorilerden birinin içine girmelidir.²⁴⁵

v. İşlenme ve Derleme Eserler

Ortaya konan fikri ürün her zaman bağımsız olmaz. Bazen bir fikir ve sanat eserinden istifade edilerek ortaya konulabileceği gibi eserin özünü göz önünde bulundurarak eseri diğer bir biçime girdiren, başka bir lisana çeviren, toplayan veya derleyen bir çalışma olarak da varlık gösterebilir. İşte bu yapılan çalışmalar neticesinde oluşturulmuş ürün de eser sayılabilir. Ancak bu tür çalışmalar bağımsız olmayıp esas esere bağlı olduklarından bunlara “işlenme” adı verilmiştir. “Derleme” ise toplama eser olma niteliği ile işlemeden ayrılır ve eser olmasına rağmen burada

²⁴⁴ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 119, 120.

²⁴⁵ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 119.

hususiyet unsuru göz ardı edilmiştir. Derleme, kanunda hususiyet unsuruna alternatif olarak “*bir düşünce yaratıcılığı sonucu olan*” ifadeleriyle kayıtlanmıştır. Eser sahibi için var olan mali ve manevi hakların tümü işleme ve derleme sahipleri için de vardır. Bir eserin hukuk içinde sahip olduğu korumalar aynı şekilde işleme ve derlemeler içinde geçerlidir.²⁴⁶

Başlıca işleme eserler şöyledir:

- 1) Tercüme (çeviriler)
- 2) Roman, hikâye, şiir veya tiyatro oyunu gibi eserlerden birinin bu sayılan türlerden başkasına çevrilmesi
- 3) Musiki, güzel sanatlar, bilim ve edebiyat eserlerinin film haline getirilmesi veya filme alınmaya ve radyo ve televizyon ile yayıma müsait hale getirilmesi
- 4) Musiki aranjman ve tertipleri
- 5) Bir güzel sanat eserinin başka bir türe sokulması
- 6) Bir bilgisayar programının uyarlanması, düzenlenmesi veya programda herhangi bir değişiklik yapılması
- 7) Başkasına ait bir eserin açıklanması veya şerhi veya kısaltılması
- 8) Henüz yayımlanmamış bir eserin bilimsel araştırma ve çalışma sonucunda yayınlanmaya elverişli duruma getirilmesi.²⁴⁷

Başlıca derleme eserler şunlardır:

- 1) Bir eser sahibinin bütün ve aynı cinsten olan eserlerinin külliyata dönüştürülmesi
- 2) Belli bir maksada göre ve hususi bir plan içerisinde seçme ve toplama eserler düzenlenmesi
- 3) Veri tabanları.²⁴⁸

4. Sınai Haklar

Sınai haklar, sanayi, ticaret ve tarım alanı bağlamında buluşların, yeniliklerin veya tasarımların ilk uygulayıcılarının hakları ile bir işletme veya bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmeler veya diğer işletmelerin benzer nitelikteki mal ve hizmetlerinden ayırmak için kullanılan işaret ve adların korunmasını ifade eden gayri

²⁴⁶ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 124.

²⁴⁷ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 128-130.

²⁴⁸ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 129-131.

maddi haklardır.²⁴⁹ Sınai haklar ile alakalı, araştırmamızda marka, patent, endüstriyel tasarım, faydalı model ve coğrafi işaretlere yer verilecektir.

a. Marka

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 5. maddesinde marka olabilecek işaretler tanımlanırken, dolaylı olarak markanın da tanımına yer verilmiştir. Buna göre marka;

Bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işarettir.

Tanımdan anlaşıldığı kadarıyla marka olacak şeyde iki unsurun bulunması gerekir. Birincisi işaret unsuru ikincisi ise bu işaretin ayırt edici niteliğe sahip olma unsurudur. Buna göre her işaret marka olamaz.²⁵⁰

Bir şeyin marka olabilmesi için *işaret* olması gerekir. İşaret olmayan şeyler marka olamazlar. Kanunda ifade edildiği şekliyle işaretin “*çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen*” bir işaret olması gereklidir. Söz konusu işaret kavramı dar anlamda yalnız bir simgeyi ifade etmek için kullanılmamıştır. Buradaki işaret kavramının içine tescil edilme kaydıyla şahıs isimleri, kelimeler, biçimler, sayılar, kokular, renkler, harfler ve sesler de girebilmektedir. Kişi adlarından oluşan markalar, gerçek olabileceği gibi hayali de olabilir. Söz konusu adın Türkçe veya yabancı bir dilde olması arasında bir fark yoktur. Marka olacak sözcüğün harf sayısında herhangi bir sınırlama yoktur ve söz konusu sözcük günlük hayatta çokça kullanılan bir lafız olabileceği gibi teknik veya bilimsel bir kavram da olabilir. Marka olabilecek şekillere ise çizimler, resimler, fotoğraflar, simgeler ve amblemler örnek verilebilir. Renkler, tarifte açık bir şekilde geçmese de renklerin, “*çizimle görüntülenebilir veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret*” ifadesi içerisinde değerlendirilmesi ve buna bağlı olarak marka olarak tescillenmesi mümkündür. Sesler ve kokuların marka olabilirliği

²⁴⁹ Karahan, Suluk, Saraç ve Nal, **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, s. 2; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 20.

²⁵⁰ Kaya, **Marka Hukuku**, s. 14.

tartışmalıdır. Ancak onların da “çizimle görüntülenebilir veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret” ifadesi çerçevesinde değerlendirilip marka olarak tescil edilebilir olacağını söylemek mümkün gözükmemektedir. Zira seslerin nota aracılığıyla, kokuların da kimyasal bir formülle korunması olanak dahilindedir.²⁵¹

Marka niteliğini kazanmak için, işaret unsuru tek başına yeterli değildir. İşaret unsuru ile birlikte ayırt edici nitelik unsurunun da bulunması gerekir. Nitekim 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 5. maddesi de bunu, “bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması” şeklinde ifade etmektedir.²⁵² Buradaki ayırt edici nitelikten maksat kendisi dışındakilere benzemesine engel olan özellik ve farkındalık yaratan vasıftır. Bir işaret, kavram adına veya kavramın ifade ettiği anlama ne denli yakın olursa ayırt edici nitelik unsurunu bünyesinde bulundurmaktan o kadar uzaklaşır, kavram adına veya kavramın ifade ettiği anlama ne denli uzak olursa ayırt edici nitelik unsurunu kazanmaya o denli yakınlaşır. Örnek olarak (X) kendi kapı kilidi için “kilit” veya “kapı kilidi” sözcüklerini marka olarak seçerse, bu işaretlerin hiçbirisi (X)’in imal ettiği kilitlerin diğerlerinden ayrılması noktasında herhangi bir ayırt edicilik ifade etmeyecektir. Ancak (X), kilidine “yıldırım” sözcüğünü marka olarak kullanırsa (X)’in kilidi diğerlerinin kilitlerinden ayrılmış olacaktır.²⁵³

Sınai haklar içerisinde değerlendirilen markalar, çeşitli türlere ayrılmaktadır. Bunlar; ticaret (mal) markası, hizmet markası, bireysel (ferdi) marka, garanti markası ve ortak markadır. Ticaret markası, ilgili düzenlemede “bir işletmenin imalatını ve/veya ticaretini yaptığı malları başka işletmelerin mallarından ayırt etmeye yarayan işaret” şeklinde tanımlanmıştır.²⁵⁴ Buna göre ticaret markaları ürünün üreticileri tarafından kullanılabilmesi gibi ürünün tüketiciye ulaşmasını sağlayan firmalar tarafından da kullanılabilir. Örnek olarak bazı marketler, fason olarak üreticiye yaptırdıkları mallara kendi markalarını koyarak tüketiciye

²⁵¹ Kaya, **Marka Hukuku**, 23-26; Karahan, Suluk, Saraç ve Nal, **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, s. 159-161.

²⁵² Kaya, **Marka Hukuku**, s.32.

²⁵³ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 349.

²⁵⁴ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 351.

sunmaktadırlar.²⁵⁵ Hizmet markası ise ticari bir kurumun hizmetinin, başka kurumların çalışmalarından farklı olmasını temin eden işarettir. Sigortacılık ve danışmanlık türü kurumların insanlara sundukları şey, mal değil hizmettir. Hizmet bu işletmelerin ürünü mesabesinde. Bu hizmetin ayırt edici özellik kazanması için konulan işarete hizmet markası adı verilir.²⁵⁶ Bir gerçek veya tüzel kişiye ait olmakla beraber söz konusu markanın sağladığı haklara yalnız bir kişi veya mülkiyet birliği olması ile birlikte ortak kişiler sahipse bu tür markalara bireysel (ferdi) marka adı verilir.²⁵⁷ Garanti markası ise marka sahibi tarafından değil fakat onun kontrolünde söz konusu işaretle iş yapma izni verilmiş olan kurumların imal ettiği ürün veya ortaya koyduğu çalışmaların kalitesi hakkında garantiyi simgeleyen bir işarettir. Bu sayede garanti markasını kullanma izni verilmiş kurumların ürün ve hizmetleri başka kurumların ürün ve çalışmalarından farklılaştırılabilir.²⁵⁸ Ortak markalar 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin elli beşinci maddesinde “*üretim veya ticaret veya hizmet işletmelerinden oluşan bir grup tarafından kullanılan işarettir*” ifadeleriyle tanımlanmıştır. TARIŞ, ortak markaya örnek olarak gösterilebilir. Ege bölgesinde zeytin, incir, pamuk ve üzüm üreticileri bir araya gelip bir grup oluşturmuşlar ve bir sözleşme yapmışlardır. Böylece ürünlerinin tek bir marka altında tüketiciye sunulmasını sağlamışlardır.²⁵⁹

b. Patent

Patent, insan zihninin çalıştırılması sonucu üretilen buluşların korunma yoludur. Patent konusunu buluşlar oluşturmaktadır.²⁶⁰ İlk dönemlerde patent, yalnızca buluşu belgeleyen bir kavram olarak kullanılmıştır. Ancak zaman içerisinde hem buluş üzerindeki sınırlı kullanma yetkisi veren mutlak haklara hem de bu hakkı kanıtlayan belgeye kullanılmaya başlamıştır. Son tahlilde patenti, “*buluş sahibinin*

²⁵⁵ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 351.

²⁵⁶ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 352; Omağ, “Marka Hukuku ile Rekabet Hukuku Açısından Marka ve Korunması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını**, s.7.

²⁵⁷ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 352.

²⁵⁸ Karahan, “Garanti Markası”, **Fırat Öztan’a Armağan**, s. 1203.

²⁵⁹ Yılmaz, “Avrupa Topluluğunda Fikri ve Sınai Haklar”, **Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi**, s. 57.

²⁶⁰ Erdem, **Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk**, s. 47.

yaratıcı düşüncesinin belirli bir zaman dilimi içerisinde yasal hükümler çerçevesinde koruma altına alındığını kanıtlayan belge” şeklinde tarif etmek mümkündür.²⁶¹

Buluş, teknik alanla ilgili bir soruna çözüm getiren kural, formül veya teori şeklinde ortaya çıkan fikri bir üründür. Buna göre buluşun en temel özelliği teknik alanla ilgili olmasıdır. Edebiyat, sanat veya ekonomi alanlarında zihinsel faaliyetler neticesi ortaya konan ürün buluş sayılmaz.²⁶²

551 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 5. maddesinde bir buluşa patent verilebilmesi için gerekli olan unsurlar düzenlenmiştir. Bunlar yeni olma unsuru, tekniğin bilinen durumunu aşma unsuru ile sanayiye uygulanabilir olma unsurudur. Yenilik unsuru, 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 7. maddesinde, “*tekniğin bilinen durumuna dahil olmayan buluş yenidir*” denilerek tanımlanmıştır. Tekniğin bilinen durumunu aşma unsuru, 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 9. maddesinde, “*buluş, ilgili olduğu teknik alandaki bir uzman tarafından, tekniğin bilinen durumundan aşikâr bir şekilde çıkarılmayan bir faaliyet sonucu gerçekleşmiş ise, tekniğin bilinen durumunun aşıldığı kabul edilir*” ibaresiyle açıklanmıştır.²⁶³ Buna göre fikri ürün olan teknik buluş, hali hazırdaki teknik seviye ile karşılaştırıldığında daha ileri bir boyutta bulunmalıdır.²⁶⁴ Sanayiye uygulanabilir olma unsuru ise buluşun, sanayinin bir alanında elde edilebilir yahut bir çalışma aracı olarak kullanılabilir olması anlamına gelir.²⁶⁵

c. Endüstriyel Tasarım

Endüstriyel tasarım, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile hukuk içerisindeki yerini almış ve meşruiyet kazanmıştır. Ancak söz konusu kanuni düzenlemenin başlığında “*endüstriyel tasarım*” ifadesi geçmesine rağmen içerikte yalnız “*tasarım*” sözcüğüne yer verilmiş ve bu sözcük ile ilgili tanım ortaya konmuştur. Bu da doktrinde tasarım ile ilgili tartışmalara sebep olmuştur. Bu bağlamda makine üretimi olan ürün ile elle elde

²⁶¹ Kaya, “Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, s. 173.

²⁶² Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 494.

²⁶³ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 498, 503.

²⁶⁴ Karahan, Suluk, Saraç ve Nal, **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, s. 210.

²⁶⁵ Özbek, “Son Değişikliklerden Sonra Türk Patent Hukukunun Ana Hatları”, **Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi**, s. 56.

edilmiş ürün arasında bir farkın olup olmadığı tartışılmıştır. Ancak söz konusu kararnamenin üçüncü maddesinin “b” bendinde geçen “*endüstriyel yolla veya elle üretilen herhangi bir nesnenin*” ifadeleri elle elde edilmiş olan ürünün de endüstriyel tasarım sayılabileceğini ifade etmektedir.²⁶⁶

554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kararnamenin 3. maddesinde tasarım, “*bir ürünün tümü veya bir parçası veya üzerindeki süslemenin, çizgi, şekil, biçim, renk, doku, malzeme veya esneklik gibi insan duyuları ile algılanan çeşitli unsur veya özelliklerinin oluşturduğu bütündür*” biçiminde tanımlanmıştır.²⁶⁷ Buna göre tasarım, görünümdür. Ürün de tasarımın tanım unsurudur. Ürünsüz tasarım hukuki anlamda korunan tasarım olarak kabul edilmez. Ancak buradaki ürün kavramı, maddi anlamdaki nesnelere ile dekorasyon ve iç mimari çalışmaları gibi bir nesne şeklinde somutlaşmayan görünümleri de kuşatacak şekilde geniş anlamda kullanılmıştır. Bir koltuğun, yüzüğün veya lambanın görünümü, bir ütü sapı veya ayakkabı tabanının görünümü, bir yemek takımı veya yatak odası takımının görünümü, bir otomobil çamurluğu veya benzin deposu kapağının görünümü endüstriyel tasarıma örnek verilebilir.²⁶⁸

Endüstriyel tasarım da diğer sınai haklar gibi çeşitli açılardan türlere ayrılır. Tescil özelliğine göre tasarım, tescilli ve tescilsiz tasarım şeklinde iki kısma ayrılır. Tescilli tasarımlar, yukarıda da atıfta bulunulan 554 sayılı kararnameye, tescilsiz tasarımlar ise haksız rekabet, kişiliğin korunması ve eserlere ilişkin genel hükümlere tabidir. Tasarım iki veya üç boyutlu olabilir. Tasarım, konularına göre ise ürün tasarımı, çevresel tasarımlar ve grafiklerle bilgi verici tasarımlar şeklinde üç kısma ayrılır. Ürün tasarımları genellikle üç boyutlu olup mühendisliğe, döşemeye, el işlerine, moda, tekstile veya yiyeceğe ilişkin tasarımlardır. Çevresel tasarımlar ise teşhir, sergileme, dekorasyon, iç mimari, dış mimari ile prefabrike malzeme tasarımlarıdır. Bunlar genellikle iki boyutludur.²⁶⁹

²⁶⁶ Suluk, **Tasarım Hukuku**, s. 40.

²⁶⁷ Suluk, **Tasarım Hukuku**, s. 40.

²⁶⁸ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 611, 612.

²⁶⁹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 613.

d. Faydalı Model

Faydalı modele kısaca “*küçük patent*” denilebilir. Zira faydalı modelin konusunu da patent gibi buluşlar oluşturmaktadır. Yukarıda patent olmaya aday olan buluşun yenilik, tekniğin şu anki seviyesini aşma ile endüstriye uygulanabilirlik unsurlarına sahip bulunması gerektiği zikredilmişti. Faydalı model, mezkûr unsurlardan tekniğin bilinen durumunu aşma unsurunu kendisinde bulundurmeyen basit fakat faydalı olan buluşları ve teknik kolaylıkları ifade eden bir kavramdır. Bu sayede tekniğin bilinen durumunu aşmayan, patente göre daha küçük problemlere çözüm getiren küçük buluşlar hukuk yoluyla koruma altına alınmıştır. Patentler ve faydalı modeller aynı amaca hizmet ettiklerinden ötürü hukuk içinde aynı kanuni düzenlemeye tabi tutulmuşlardır. Bu bağlamda 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname uygulanmaya sokularak her iki sınai hakkın da korunması amaçlanmıştır.²⁷⁰ Küçük buluşların faydalı model grubuna girip koruma altına alınabilmesi için yenilik, sanayiye uygulanabilirlik ve üç boyutlu ürüne uygulanma unsurlarına sahip olması gerekir.²⁷¹

e. Coğrafi İşaretler

Coğrafi işaretler, belli bir saha, mıntıka yahut -istisnai hallerde- ülkeden kaynaklanan muayyen bir vasfi, şöhreti yahut başka nitelikleri açısından söz konusu muhit, saha veya mıntıkaya has olan ürünlerin korunmasını ifade eden sınai bir haktır.²⁷² Coğrafi işaretlerin, 555 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile muhafaza edilmesi sağlanmıştır. Söz konusu kararnamenin 1. maddesinde coğrafi işaretler kapsamına giren ürünler zikredilmiştir. Bu ürünler, “*doğal ürünler, tarım, maden ve el sanatları ürünleri ile sanayi ürünleridir.*”²⁷³ Bu ürünlerin belirli bir coğrafi bölge ile özdeşleşmesine etki eden çeşitli etkenler vardır. Ürünün başka bir bölgede

²⁷⁰ Karahan, Suluk, Saraç ve Nal, **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, s. 255; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 671.

²⁷¹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 671.

²⁷² Oğuz, “Bir Sınai Hak Türü Olarak Coğrafi İşaret Koruması”, **Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi**, s. 569.

²⁷³ Arı, “Coğrafi İşaret Kavramı ve Coğrafi İşaretlerin Tescili”, **Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, s. 47-48.

yetişmemesi ve insan unsurundan kaynaklanan kalitedeki önemli farklılık bu etkenler arasında zikredilebilir.²⁷⁴

Coğrafi işaretler, “menş e adı” ve “mahreç iş areti” şeklinde iki kısım altında incelenir. Menş e adı grubuna girecek mahsulün bütün veya asıl özelliklerinin, sınırları belli bir bölgeye dayanması gerekir. Baş ka bir ifadeyle ürünü hemcinsi olan diğ er ürünlerden farklı kılan hususiyetlerin yalnız o bölgeden kaynaklanması gerekir. Ayrıca menş e adına konu olacak ürün, söz konusu sınırları belirlenmiş bölgede üretilmeli, iş lenmeli ve hazırlanmalıdır. Antep fıstığı ve kayseri sucuğ u buna örnek verilebilir.²⁷⁵ Mahreç iş areti grubuna girecek ürünün tüm veya asıl özelliklerinin tamamını söz konusu bölgeden alması gerekmez. Bazı asıl özelliklerini baş ka bir bölgeden de alabilir. Ayrıca mahreç iş areti grubuna girecek ürünün üretilmesi, iş lenmesi ve hazırlanması iş lemlerinin tamamı sınırları belirli olan bölgede yapılması gerekmez. Bunlardan en az birinin söz konusu bölgede gerçekleşmesi yeterlidir. Mersin cezeryesi ve Kemalpaş a tatlısı bu gruba örnek verilebilir.²⁷⁶

²⁷⁴ Bozgeyik, “Coğrafi İş aretlerin Kullanımı ve Denetimi”, **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, s. 12.

²⁷⁵ Gündoğ du, **Türk Hukukunda Coğrafi İş aret ve Korunması**, s. 64-65.

²⁷⁶ Gündoğ du, **Türk Hukukunda Coğrafi İş aret ve Korunması**, s. 67.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KLASİK VE MODERN MÜTEKAVVİM

MAL ANLAYIŞLARININ MUKAYESESİ

Araştırmanın bu bölümünde ilk iki bölümde işlenen mütekavvim mal konusunun sentezi amaçlanmaktadır. Buradan hareketle klasik fıkıh ve modern hukuk karşılaştırmasının yanında modern dönemde ortaya çıkmış güncel bazı meselelerin fıkhi hükümleri tespit edilmeye çalışılacaktır. Modern hukukta direk olarak kullanımı bulunmayan mütekavvim kavramının klasik fıkıhtaki anlamı göz önünde bulundurularak modern hukuktaki karşılığına ulaşılması amaçlanmaktadır. Bu bağlamda ilk olarak iki doktrin arasında mal ve mütekavvim kavramlarının karşılaştırması yapıp daha sonra milk ve mülkiyet kavramlarının mukayesesi işlenmiştir. Daha sonra hakların temlik ile insan vücudu ve cüzlerinin temlik bağlamında karşılaştırmalar güncel bazı konularla beraber ortaya konmaktadır. Bu bağlamda telif hakkı, patent hakkı, marka hakkı, hava parası gibi soyut hak türü konular ile insanın cüzü sayılan insan kanı ve anne sütü gibi meseleler ele alınmaktadır. Soyut hakların fayda unsuruna sahip olması ve insanlar tarafından değerli kabul edilmesi şartıyla mal kavramı kapsamında değerlendirilip satım akdine konu edilip edilemeyeceği bu bölümde ayrıca tartışılmıştır.

I. MAL KAVRAMI İLE MÜTEKAVVİM KAVRAMININ KARŞILAŞTIRILMASI

Klasik fıkıhta özellikle Hanefi fakihleri tarafından kullanılan mütekavvim kavramının modern hukukçular tarafından direk olarak kullanıldığını tespit edemedik. Ancak mütekavvim kavramının klasik fıkıhta var olan anlamını göz önünde bulundurarak modern hukuktaki karşılığına ulaşmak mümkün olabilir. Mütekavvim kavramının klasik Hanefi doktrininde “*şer’an kendisinden faydalanmanın mübah olduğu mal*”²⁷⁷ şeklinde tanımlandığı ilgili bölümde ifade edilmişti. Buna göre mütekavvim malı, şeriatın kendisinden faydalanmayı mübah

²⁷⁷ İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr**, VII, 234.

kıldığı mal, gayrı mütekavvim malı da şeriatın kendisinden faydalanmayı mübah kılmadığı; yasakladığı mal şeklinde açıklamamız mümkündür.

Buradan hareketle modern hukuk tarafından kendisinden faydalanılması yasaklanmamış olan mallar mütekavvim mal kavramına karşılık olarak kullanılabilir. Modern hukuktaki serbestlik prensibine göre kanunla yasaklanmamış her şey meşrudur. Dolayısıyla kanun tarafından satılması ve kullanılması yasaklanmamış olan şeyler klasik fıkıhtaki mütekavvim mal kavramıyla ifade edilebilir. Kanunen satılması ve kullanılması yasaklanmış olan şeyler ise gayrı mütekavvim mal kabul edilebilir. Hukukta satılması ve kullanılması serbest bırakılmış veya yasaklanmış olan şeylerin mütekavvim mal veya gayrı mütekavvim mal niteliği ile vasıflandırılabilmesi için söz konusu ürünün hukukta mal tarifi kapsamına girmesi gerekir. Hukuktaki mal tarifine girmeyen şeyler için söz konusu nitelermelerde bulunulamaz. Zira mütekavvim veya gayrı mütekavvim kavramlarının kendisine sıfat olarak geldikleri ortak sözcük maldır.

Modern hukukta mütekavvim mal ve gayrı mütekavvim mal türlerine dair çeşitli örneklerin varlığından söz edilebilir. Malların, maddi mallar ve gayrı maddi mallar şeklinde iki kategoride değerlendirildiği ifade edilmişti. Maddi mallar üzerindeki yetkileri ifade eden haklar, aynı haklardır. Aynı hakların konusunu ise eşya oluşturmaktadır. Eşyanın tanımına girip kanunen yasaklanmamış olan malların, mütekavvim malın bir türü olarak zikredilmesi mümkündür. Buna göre eşya kapsamına giren ev, araba ve arsa türü şeylerin mütekavvim birer mal olduğu söylenebilir. Buna karşılık modern hukukta satışı ve kullanılması yasaklanmış bazı şeyler de vardır. Bunların maddi veya gayri maddi birer mal olduğu halde satımı ve kullanılmasının yasaklanması sebebiyle klasik fıkıhtaki gayrı mütekavvim mal olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bu bağlamda Türkiye’de 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıkları Kanunu ile milli mücadele ve Cumhuriyetin kuruluşuna dair belge ve eşyaların satımı yasaklanmıştır. Söz konusu belge ve eşyalar modern hukuktaki mal tanımının kapsamına girmesine rağmen kanunen yasaklanmış olmasından ötürü gayrı mütekavvim mal kabul edilebilir. Aynı şekilde ateşli silahlar²⁷⁸, kopya ve imitasyon

²⁷⁸ Bkz. 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun.

ürünler²⁷⁹ ile sahte kimlik, pasaport ve diplomaların²⁸⁰ satılması da yasaklanmıştır. Bütün bu maddelerin gayri mütekavvim birer mal olduğunu söylemek mümkündür.

Modern hukukta mal, “*insanların kendisi vasıtasıyla ihtiyaçlarını giderdiği ve bu itibarla faydalı kabul edilen şey*”²⁸¹ şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım, soyut olsun somut olsun insanların ihtiyaçlarına cevap veren ve faydalı olan her şeyin mal kapsamında değerlendirilebileceğini ifade etmektedir. Buna göre tarif, maddi varlığı olan menkul eşyalar ile gayri menkul mal varlıklarını kuşattığı gibi marka ve patent gibi maddi varlığı olmayan şeyleri de içine almaktadır.²⁸² Malı, maddi ve gayri maddi kategorisine ayıran modern hukuk, maddi malları eşya hukukunda incelemektedir. Medeni hukuk içinde mütalaa edilen eşya hukuku, şahısların eşya (maddi mallar) üzerinde doğrudan zilyetlik kurması sonucu ortaya çıkan konuları düzenleyen hukuk dalıdır. Eşya üzerinde direk olarak zilyetlik kurulabilme yetkisi veren haklara ayni haklar adı verilir.²⁸³ Gayri maddi mallar ise fikri hukukta incelenmektedir. Gayri maddi mallar üzerinde var olan haklar, mutlak haklardır. Bu haklar, kişinin yaratıcı uğraşları neticesinde, ortaya çıkardığı zeka ve düşünce ürünleri üzerindeki iktidar haklarıdır.²⁸⁴

Modern hukukun mal tarifine uyan bir şeyin, piyasada mevcut satım akitlerine konu olabilmesi için kanunen yasaklanmamış olması yani mütekavvim bir mal olması gerekir. Yukarıda geçen mal tarifine uyduğu halde kanunun, muvakkaten veya süresiz yasakladığı bir şey gayri mütekavvim mal kabul edilir ve böyle bir şey hukuk tarafından tanınmadığı için satım akdine konu olamaz. Böyle bir şey üzerinde satım akdi yapılması durumunda hak ihlali veya akitten kaynaklanan başka bir mağduriyet sebebiyle hukuk önünde hak talep edilmesi mümkün değildir. Zira kanun, bu akdi meşru görmemekte ve yapılan muameleye itibar etmemektedir.

Hanefi fakihlerinin çalışmanın birinci bölümünde aktarılan mal tarifleri incelendiğinde Hanefi doktrininde bir şeyin mal olabilmesi için üç unsuru kendisinde barındırması gerektiği görülecektir. Bunlar; insanlar tarafından faydalı kabul edilme,

²⁷⁹ Bkz. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.

²⁸⁰ Bkz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu.

²⁸¹ Dalgın, “İslam Hukukuna Göre Satım Sözleşmesi Açısından Mal Kavramı”, **Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, s. 102.

²⁸² İdris, *el-Mâlû ve’s-tihdâmâtühû*, s. 55.

²⁸³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 1.

²⁸⁴ Özsunay, **Medeni Hukuka Giriş**, s. 249.

üzerinde hakimiyet kurulabilmesi ve maddi varlığı olma unsurlarıdır. Bu özelliklere sahip olmayan şeyler mal kapsamına girmez.

Klasik Hanefi doktrininin mal için öne sürdüğü şartları bünyesinde barındıran her şeyin akitlere konu olabileceği söylenemez. Hanefiler, akitlere konu olacak şeyin mal tanımına uymakla beraber mütekavvim olmasını da ayrıca şart koşmuşlardır. Mütekavvim mal, “*şer’an kendisinden faydalanmanın mübah olduğu mal*”²⁸⁵ şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre şarap, mal tarifine uysa da şeriat tarafından yasaklandığı için mütekavvim değildir ve satım akdine konu edilemez.²⁸⁶

Mal tarifiyle ilgili klasik Hanefi doktrinini modern hukuktan ayıran en temel özellik maddi varlığı olma/ayn olma unsurudur. Modern hukuk, bir şeyin mal olabilmesi için söz konusu unsuru şart koşmamış ve gayri maddi soyut şeyleri de insanlar tarafından faydalı görülme kaydıyla mal kapsamında değerlendirmiştir. Ancak Hanefi fakihleri, maddi varlığı olmayan şeylerin, yok hükmünde olduğunu ve olmayan bir şeyin mal kabul edilemeyeceğini öne sürmüştür.²⁸⁷ Bu bağlamda modern hukukta, kanunen yasaklanmamış olması kaydıyla, soyut gayri maddi mallar üzerinde satım akdi yapılması mümkündür. Ancak klasik Hanefi doktrininde gayri maddi şeyler mal kabul edilmedikleri için satım akdine konu olamazlar.

Klasik Hanefi doktrini ile modern hukuk mal tanımıyla ilgili insanlar tarafından faydalı kabul edilme unsurunda birleşmektedirler. Bundan ötürü gerek modern hukukta gerekse de klasik Hanefi öğretisinde bir buğday tanesi örneğinde olduğu gibi akitlere konu edilme bakımından teamülü olmayan şeyler mal kabul edilmez.²⁸⁸ Zira bu tür şeyler, bir ihtiyaca cevap verecek nitelikte değildir. İhtiyaca cevap vermeyen şeyler, insanların ilgisi dışında kalır. İnsanların değer vermediği şeylere, klasik fıkıh ve modern hukuk da değer vermemiş ve bu tür şeyleri mal kapsamı dışında tutmuştur.

²⁸⁵ İbn Âbidîn, **Reddü’l-muhtâr**, VII, 234.

²⁸⁶ İbn Nüceym, **el-Bahrü’r-râik**, V, 277.

²⁸⁷ Dalgın, “İslam Hukukuna Göre Satım Sözleşmesi Açısından Mal Kavramı”, **Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, s. 104.

²⁸⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 7.

II. MİLK KAVRAMI İLE MÜLKİYET KAVRAMININ KARŞILAŞTIRILMASI

Çalışmanın birinci bölümünde milk kavramı, tanımı ve kısımları ile birlikte incelenmiş, ikinci bölümde de modern hukuk üst başlığı altında mülkiyet kavramı açıklanmıştır. Burada mezkur tanım, kısımlar ve açıklamalar muvacehesinde klasik fıkhıta sıkça kullanılan milk kavramı ile modern hukuktaki mülkiyet kavramı hakkında birkaç nokta üzerinde durulacaktır.

Klasik fıkhıta, “*kişi ile nesne arasında, kişiye o nesne üzerinde mutlak tasarruf hakkı sağlayan ve başkalarının tasarruflarına engel teşkil eden hukuki bir bağ*”²⁸⁹ şeklinde tanımlanan milk kavramı, maddi varlığı olan şeyleri kapsadığı gibi maddi varlığı olmayan soyut şeyleri de içine almaktadır. Klasik fikhın milki, tam milk ve nakıs milk şeklindeki ayırımında bu durum açıkça görülmektedir. Zira nakıs milk, bir şeyin yalnız zatına veya yalnız menfaatine sahip olma şeklinde izah edilir. Buna göre maddi varlığı olmayan menfaat hakkı üzerinde milkin söz konusu edilebileceği söylenebilir.²⁹⁰ Hanefi fakihlerinden Teftâzânî, maddi varlığı olmayan menfaatin milk olduğunu şöyle ifade etmektedir: “*Doğru olan menfaatin, mal değil milk olduğudur. Zira milk, bir şey üzerinde özel ihtisas durumu olması itibariyle tasarrufta bulunabilmedir. Mal ise ihtiyaç zamanı kendisinden faydalanılmak üzere biriktirilebilen şeydir.*”²⁹¹

Modern hukukta kullanılan mülkiyet kavramı, eşya hukukunun konusu olan ayni hakların bir türü olarak zikredilir. “*Eşya üzerinde en geniş yetkiyi sağlayan ayni hak*” şeklinde tanımlanan bu hak, ayni hakkın bütün hususiyetlerini kendisinde barındırıyor olması açısından ayni hakların en mükemmeli kabul edilmektedir.²⁹² Ancak tanımından da anlaşılacağı üzere mülkiyet hakkı, eşya üzerinde var olan bir haktır. Eşya kavramı ise hukukçular arasındaki genel kanıya göre maddi varlığı olan şeyleri kapsamaktadır. Nitekim Oğuzman eşyayı şöyle tanımlamaktadır: “*Üzerinde bireysel hakimiyet sağlanabilecek, ekonomik bir değer taşıyan, kişi ve hayvanlar*

²⁸⁹ Hacak, “*İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi*”, Doktora tezi, s. 149.

²⁹⁰ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-islâmî*, IV, 58.

²⁹¹ Teftâzânî, *et-Telvîh*, I, 370.

²⁹² Akipek, *Türk Eşya Hukuku*, I, 23.

*dışındaki cismani varlıklardır.*²⁹³ Buna göre maddi varlığı olmayan şeyler eşya değildir. Bu itibarla maddi varlığı olmayan mallar üzerindeki haklar, mülkiyet hakkı olarak tanımlanmaya elverişli değildir.²⁹⁴ Bilakis mülkiyet hakkı, yalnız maddi varlığı olan eşya üzerinde söz konusu olabilir. Bu itibarla modern hukukta -mal kavramının gayri maddi şeyleri kuşattığı göz önünde bulundurulduğunda- mal kapsamına girdiği halde üzerinde mülkiyet hakkı kurulamayan bazı şeylerin var olduğunu söylemek mümkündür.

Yukarıda aktarılan açıklamalarda açıkça görüldüğü üzere klasik fıkhıdaki milk kavramı ile modern hukuktaki mülkiyet kavramı birbirinden farklı kavramlardır ve bu kavramların birbiriyle karıştırılmaması gerekir. Her iki kavram, bazı durumlarda ortak bir kümede buluşsa da son tahlilde iki kavramın tamamen birbirini karşıladığı söylenemez. Milk, menfaati kuşattığı halde, menfaat üzerinde mülkiyet hakkından söz edilemez. Ancak maddi varlığı olan bir şey üzerinde hem milk hem de mülkiyet hakkının varlığından söz edilebilir. Muasır bazı çalışmalarda mülkiyet kavramının milk kavramıyla eş anlamlı kullanıldığı görülmektedir.²⁹⁵ “*Istılahta kısıtlama yoktur*”²⁹⁶ kuralına binaen yeni bir ıstılah geliştirilip her iki kavramın aynı anlamda kullanılması mümkündür. Ancak yanlış anlaşılmalara engel olmak için bunun izah edilmesi gerekir. Zira milk anlamında kullanılan mülkiyet kavramı eşya hukukunun temel konularından biri olan mülkiyet kavramı ile karıştırılabilir.

III. HAKLARIN VE İNSAN ORGANLARININ TEMLİKİ

A. Hakların Temliki

Klasik Hanefi doktrininde genel bir prensip olarak maddi varlığı olmayan şeylerin, mal kapsamına girmemeleri sebebiyle satım akdine konu olmaları caiz değildir. Buna binaen malın temel özelliklerinden olan ayn olma unsurunu kendilerinde barındırmadıklarından dolayı menfaatler ve hakların satımına cevaz verilmemiştir.²⁹⁷ Zira menfaat ve hak türü şeyler, hali hazırda maddi varlığı olmayan soyut şeylerdir. Menfaatlerin ivaza karşılık temliki anlamına gelen icâre akdine cevaz

²⁹³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 8.

²⁹⁴ Karasu, “*Gayri Maddi Hakların Vergilendirilmesi*”, Doktora tezi, s. 10.

²⁹⁵ Bkz. İdris, *el-Mâlû ve’s-tihdâmâtühû*, s. 68.

²⁹⁶ Mecmau’l-lugati’l-arabiyye, *el-Mu‘cemü’l-vasît*, md. “şehha”, s. 474.

²⁹⁷ Kâsânî, *Bedâiu’s-sanâi’*, V, 512; İdris, *el-Mâlû ve’s-tihdâmâtühû*, s. 61.

hükümünün verilme sebebi istihsan delilidir. Burada istihsan delilinin dayanağını, icare akdiyle ilgili naslar oluşturmaktadır. Söz konusu naslar göz önünde bulundurularak gayri maddi şeylerin ivazla temlikinin yasak olması asıl kuralının dışına çıkmıştır.²⁹⁸

Modern hukukta haklar ve menfaatler mal kapsamında değerlendirilmiş ve tasarrufa kabil oldukları kabul edilmiştir. Zira modern hukukun malı “*insanların kendisi vasıtasıyla ihtiyaçlarını giderdiği ve bu itibarla faydalı kabul edilen şey*”²⁹⁹ şeklinde tarif etmesi, haklar ve menfaatlerin mal kapsamı dışında değerlendirilmesinin mümkün olmadığını sarahaten ifade etmektedir. Buna göre haklar ve menfaatler, insanların ihtiyaçlarını giderip fayda unsurunu kendilerinde barındırıyorsa mal kapsamı içerisinde değerlendirilebilirler. Ayrıca modern hukukta haklar, etki alanlarına göre ayırma tabi tutulurken mutlak haklar şeklinde bir üst başlıktan bahsedilir ve mallar bu kategoride değerlendirilir. Mallar üzerindeki mutlak haklar, maddi mallar üzerindeki mutlak haklar ve gayri maddi mallar üzerindeki mutlak haklar şeklinde alt bölümlere ayrılır.³⁰⁰ Buna göre modern hukukta hak türü şeyler, maddi olan malları kuşattığı gibi gayri maddi malları da kuşatmaktadır. Maddi mallar üzerindeki mutlak haklar eşya hukuku içerisinde aynı haklar başlığı altında incelenirken gayri maddi mallar üzerindeki haklar fikri hukuk içinde fikri ve sınai haklar başlıkları altında incelenmektedir.³⁰¹

Klasik Hanefi fihhinde haklar ve menfaatlerle ilgili olumsuz yaklaşım, zaman içinde Hanefi fakihlerinin, karşı karşıya kaldıkları meselelere çözüm getirme noktasında yetersiz kaldığından olsa gerek esnetilmeye çalışılmıştır. Vakıf malları ile yetim malında menfaatlerin mali yönüne itibar edilmesi³⁰², vakıflardaki namaz kıldırma, hutbe verme, ezan okuma, temizlik görevi ve danışmanlık/kapıcılık gibi görevleri bırakıp başkasına tevdi etmeye karşılık bedel alma³⁰³, özellikle vakıflarda

²⁹⁸ Kâsânî, **Bedâiu’s-sanâi**, V, 512.

²⁹⁹ Dalgın, “İslam Hukukuna Göre Satım Sözleşmesi Açısından Mal Kavramı”, **Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, s. 102.

³⁰⁰ Akıntürk ve Ateş-Karaman, **Medeni Hukuk**, s. 33.

³⁰¹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 1.

³⁰² Berrî, **el-Vasît fi ahkâmi’t-terikâti ve’l-mevârîs**, s. 16. Hanefi mezhebine göre vakıf türü mallara el konulup izinsiz kullanılması durumunda, kullanma menfaatinin ecr-i misl (emsal ücret) esas alınarak tazmin edilmesi gerekir. Yetim malı için de aynı hüküm sabittir. Ayrıca bkz. Zuhaylî, **el-Fıkhü’l-islâmî**, VIII, 234.

³⁰³ İbn Âbidîn, **Reddü’l-muhtâr**, VII, 32.

söz konusu olan dükkanlar için hava parası alımı³⁰⁴ ile irtifak hakları, ayıp muhayyerliği, tayin muhayyerliği gibi hakların mali yönüne itibar edilip miras olarak intikal ettirilmesi³⁰⁵ söz konusu esnetilmiş hükümlerin bir kısmı olarak zikredilebilir. Mezhepte asıl olan öğretinin dışına çıkılarak ortaya konmuş esnek hükümlerin, Hanefî fakihleri tarafından öne sürülmüş gerekçeleri incelendiğinde, bu gerekçelerin temel olarak örf ve zaruret unsurlarına bağlandığı görülür.³⁰⁶ Mal kapsamına girmeyeceğine dair açık bir nas bulunmayan haklar ve menfaatler için bu tür olumlu yaklaşımların söz konusu edilmesi vakıya cevap bakımından son derece önemlidir. Zira örf ve zarurete bağlanan bu hükümler, günümüz iktisadında mal kabul edilen hak ve menfaat türü soyut şeyler üzerinde yapılan muamele ve aktilere cevaz hükmü terettüp ettirmede kaynak olarak görülebilir. Ayrıca menfaat ve hakların çalışmanın birinci bölümünde geçen İbn Nuceym'in tarifi esas alınarak mal kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Zira ilgili tarifte diğer Hanefî fakihleri tarafından mal için öne sürülen maddi varlığı olma unsuruna yer verilmemiştir.

1. Telif Hakları

Modern hukukta gayrı maddi mal bağlamında fikri hukukta incelenen ilim ve edebiyat eserleri üzerinde, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 13. maddesi gereği eser sahibinin mali ve manevi haklarının var olduğu kabul edilmiştir. İşleme hakkı, reproduksiyon hakkı ve neşretme hakkı şeklinde ifade edilen mali haklar, eser sahibinin, eserinden elde ettiği ekonomik faydalardır. Bu haklara ayrıca parasal haklar adı da verilmektedir. Manevi haklar ise çalışmayı halka arz etme hakkı, yazar kişinin kimliğinin açıklanması hakkı ve düzeltme veya başka bir amaçla değişiklikte bulunulmasını yasaklama hakkı gibi yazar ile çalışması arasındaki manevi bağları ifade eden haklardır.³⁰⁷ Mali ve manevi haklar aynı eser üzerinde varlık gösteren birbirine bağlı haklar olduğundan ötürü birinin ihlali diğerinin de ihlal edilmesini gerektirecektir. Buna göre birbirini tamamlayıcı nitelikte olan mali ve manevi hakları

³⁰⁴ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VII, 35.

³⁰⁵ Berrî, *el-Vasît fi ahkâmî't-terikâti ve'l-mevârîs*, s. 12; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-islâmî*, IV, 17.

³⁰⁶ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VII, 32-33.

³⁰⁷ Kılıçoğlu, *Sinai Haklarla Karşılaştırılmalı Fikri Haklar*, s. 218.

“*telif hakkı*” olarak bilinen bir tek mutlak hakkı temin eden yetkiler şeklinde isimlendirmek mümkündür.³⁰⁸

“(Emsalsiz olarak ilk defa vücuda getirilmiş olan) edebi, sanatsal veya ilmi bir şeyden faydalanma hususunda kişinin elde etmiş olduğu hak”³⁰⁹ anlamında kullanılan telif hakkı, Hanefi mezhebi öğretisi içinde mütalaa edilecek olursa eserin, kağıt ve mürekkep gibi maddi hakları dışındaki haklarının göz ardı edildiği ve mali değer ifade etmediği görülecektir. Ancak yukarıda ele alındığı üzere mezhep içinde menafi ve haklara zaman içinde mali değer yüklendiğini gösteren bazı hükümlerin varlığı ile İbn Nüceym’in aktarmış olduğu mal tarifi göz önünde bulundurularak günümüzde mütekavvim mal kabul edilen telif haklarının da mütekavvim birer mal olabileceği söylenebilir. Zira daha önce ifade edildiği üzere menafi ve hakların kendisinden dolayı esnetildiği şartlar ile Hanefi fakihlerinin mezkur esnek hükmü ifade sadedinde ortaya koydukları illet ve gerekçeler incelendiğinde, gerek günümüz şartları açısından gerekse hükmün kendisine bağlandığı illet ve gerekçeler açısından, menafi ve haklara mal olma vasfını verme noktasında daha yoğun bir ihtiyaçtan söz edilebileceği muhakkaktır. Vakıflardaki görevleri bırakıp başkasına tevdi etmeye karşılık bedel almanın cevazıyla ilgili hükmü, İbn Nüceym yerel örf, Bedrüddîn el-Aynî zarurete, İbn Âbidîn ise mezhepte emsal teşkil eden benzer meselelere ilhak ile çözüme kavuşturmaktadır.³¹⁰ Telif haklarının, günümüz modern hukuk sistemlerinin hemen hemen tamamı tarafından koruma altına alınıp mali değer taşıması³¹¹ onlar için yerel örf nitelemesinin ötesinde evrensel örf nitelemesinden söz etmenin daha doğru olacağını göstermektedir. Bununla birlikte teknolojinin gelişimi ile birlikte bilginin elde edilme imkanı kolaylaşmış ve bu durum beraberinde yazarın ortaya koyduğu fikri ürünün korunmasını oldukça zor ve girift bir hale getirmiştir. Günümüz şartları göz önünde bulundurulduğunda mezkur hükmün verildiği dönemdeki zaruret halinden daha kuşatıcı ve şiddetli bir zaruret durumunun varlığından söz etmek mümkün olabilir.

³⁰⁸ Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, s. 135.

³⁰⁹ Abdülhamid Ömer, *Mu‘cemü’l-lügati’l-arabiyyetil’l-muâsıra*, md. “neşera”, III, 2212.

³¹⁰ İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, VII, 32-35. İbn Nüceym ve Aynî’nin görüşünü de İbn Âbidîn aktarmaktadır.

³¹¹ Yarsuvat, *Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları*, s. 13.

Telif hakkının mütekavvim mal olduğunu söyleyip karşılığında bedel alınmasının caiz olduğu hükmünü ispat etmek doğru bir yaklaşım olarak görülebilir. Zira telif haklarının arka planda var olan şartları, bunu destekler niteliktedir. Eserini telif eden yazar, sıkıntılar yüklenmekte ve bu uğurda uzun vakitler harcamaktadır. Bu açıdan eser sahibi ile maddi bir mal üzerinde sanat icra eden sanatkar arasında bir fark yoktur. Sanatkar için ortaya çıkardığı ürün üzerinde hakların ispat edilip onunla aynı konumda olan yazar için bu hakların göz ardı edilmesi, aynı potada bulunan iki benzer şey için farklı hükümler vermek anlamına gelir. Sanatkar için ortaya koyduğu ürün üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma hakkı vardır. Söz konusu üründen başkalarının bedelli veya bedelsiz faydalanmalarına izin verme veya vermeme yetkisi vardır. Buna göre fikri ürün olan eseri ortaya koyan yazar için de eser üzerinde bu hakların ispat edilmesi doğal bir sonuç olarak ortaya çıkar. Bu bağlamda yazar, eserini basma iznini dilediği yayınevine bedelli veya bedelsiz verme hakkına sahip olduğu gibi eserin tamamının veya bir cüzünün kendi ismine atıfta bulunulmadan kullanılmasının yasak olması hakkına da sahiptir.³¹² Bununla birlikte telif hakkından dolayı bedel almanın caiz olması için mevcut muamelenin akdin genel şartlarına uygun olması gerekir. Telif hakkının, konusu olduğu mevcut muamelede, bedelin meçhul olmaması, eda vaktinin belirli olması gibi akitlerde genel olarak itibar edilen şartların göz ardı edilmemesi icap eder.³¹³

Telif hakkının mütekavvim bir mal olarak değerlendirilmesi durumunda bu hakkın diğer mali haklarda olduğu gibi başkalarına karşı ileri sürülebilme niteliği taşınması kaçınılmaz olur. Yazarın izni olmadan telif haklarından herhangi birinin başkası tarafından ihlal edilmesi söz konusu olamaz. Zira bu durum izni olmadan başkasının malına el koyma anlamına gelir ki bu da gasp niteliği taşır. Böyle bir durumda hak ihlalinde bulunan kişi için dünyevi ceza ve müeyyidelerin yanında uhrevi açıdan da günah ve cürümlerden söz edilebilir.³¹⁴

1988 yılında Kuveyt'te bir araya gelen *Mecmau'l-fıkhi'l-islâmî*, telif haklarının da içine girdiği manevi hakların³¹⁵ şeriat tarafından korunmuş mali haklar

³¹² Kibbî, *el-Muâmelâtü'l-mâliye*, s. 317.

³¹³ Kibbî, *el-Muâmelâtü'l-mâliye*, s. 318.

³¹⁴ Hâfiz Abdurrahman, *el-Buyû'd-dârra*, s. 298.

³¹⁵ Buradaki manevi hak ifadesi “maddi olmayan; soyut bütün haklar” şeklinde izah edilebilecek olan geniş anlamda kullanılmıştır. Bkz. Karadâğî, *Buhûs fî fıkhi'l-muâmelât*, s. 398.

olduğunu ve bu haklar üzerinde tasarrufların meşru olduğunu karara bağlamıştır.

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.³¹⁶

2. Marka ve Patent Hakları

Mezkur komisyonca ilan edilen kararlar, görüldüğü üzere telif haklarıyla birlikte marka ve patent hakkının hükmüne de değinmektedir. Marka, daha önce ifade edildiği üzere gayri maddi sınai bir hak kabul edilip koruma altına alınmıştır. Modern hukukta marka gibi sınai haklar bağlamında incelenen haklardan biri de patent hakkıdır. Patentin konusunu buluşlar oluşturmaktadır. Buluş, teknik konulara dair çözüm önerileri ortaya koyan kural, formül veya teoridir. Patent hakkı da modern hukukta gayri maddi sınai bir hak olarak kanuni düzenlemelere tabi tutulmuş ve koruma altına alınmıştır.³¹⁷

Patent ve marka konularının fıkıh bağlamında hükmünü beyan etmek üzere klasik Hanefi fikhına müracaat edilecek olursa menafî ve hakların mali bir nitelik taşımadığı temel kabulüne binaen patent ve markaların koruma altına alınmaması, mal kabul edilmemesi ve muavaza akitlerine konu edilmemesi gerekir. Ancak telif haklarının hükmünü beyan ederken ifade edildiği üzere menafî ve hak türü bazı şeylere zaman içinde mali değer atfedildiğini gösteren bazı meselelerin varlığı ile İbn Nüceym'in aktarmış olduğu mal tarifî, modern hukukun koruma altına alıp mütekavvim mal kabul ettiği marka ve patent hakkının, muavaza akitlerine konu

³¹⁶ Karadâğî, *Buhûs fi fikhî'l-muâmelât*, s. 401-402.

³¹⁷ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 494-503.

olması noktasında kaynak teşkil edebilir. Bu bağlamda patent ve markalara mali değer biçilmesi ve koruma altına alınması mümkün olabilir. Patent ve marka haklarının mali değere sahip olduğu kabul edildikten sonra, bir başkasının bu haklara malik olan kişinin izni olmadan onlarda herhangi bir tasarrufta bulunması; satması ve kullanması caiz değildir. Zira bu durum, mütekavvim maddi bir eşyaya sahip olan kişinin malını izni olmadan alıp kullanmaktan farksızdır.³¹⁸

Patentlerin temel konusunu oluşturan buluşlar, sınırsız bir alana şamildir. Zira insanların ihtiyaç duyduğu alanların çokluğu buna paralel olarak buluşların da çokluğunu gerektirmektedir. Bundan ötürü tarih boyunca çeşitli alanlarla ilgili pek çok buluş ortaya konmuş ve konmaya devam etmektedir. Telefonun icadı, televizyonun icadı, tıbbi aletlerin icadı ve ulaşım araçlarının icadı mezkûr buluşlara örnek olarak verilebilir.³¹⁹

Bütün buluşlar, aynı amaca hizmet etmemektedir. Zira buluşları, insanlığa faydalı buluşlar ve insanlığa zararlı buluşlar şeklinde iki kısım altında incelemek mümkündür. İnsanlığa faydalı buluşların icadının, şeriat tarafından teşvik edildiği söylenebilir. Allah Teâlâ, Davud (a.s.) ile ilgili şöyle buyuruyor: “*Bir de ona sizin için, sizi harbin şiddetinden korusun diye zırh sanatı öğretmiştik.*”³²⁰ Ayrıca Hz. Peygamber (s.a.v.), şöyle buyuruyor: “*Her kim kardeşine fayda vermeye güç yetirecek olursa, yapsın.*”³²¹ Ayet ve hadis buluşların, fayda unsurunu kendisinde barındırması kaydıyla icat edilmesini teşvik etmektedir. Bununla birlikte insanlığa zararlı buluşların icadı genel olarak caiz değildir. Allah Teâlâ şöyle buyuruyor: “*Kendi kendinizi öldürmeyin.*”³²² Hz. Peygamber (s.a.v.) şöyle buyuruyor: “*Zarar vermek de yoktur, zarara zararla karşılık vermek de yoktur.*”³²³ Bu ve benzeri naslar, insanlığa olumsuz yönde etki edecek her türlü zararlı söz, davranış ve tutumu yasaklamaktadır.

³¹⁸ Hâfız Abdurrahman, **el-Buyû‘d-dârra**, s. 295.

³¹⁹ Hâfız Abdurrahman, **el-Buyû‘d-dârra**, s. 293.

³²⁰ Enbiyâ, 21/80.

³²¹ Müslim, **Sahîhu müslim**, Hadis no. 2199, IV, 1726.

³²² Nisâ, 4/29.

³²³ Ahmed b. Hanbel, **Müsned**, Hadis no. 2912, II, 693.

3. Hava Parası

Hava parası, “ev veya işyeri sahibinin, aylık verilecek kira miktarları muayyen olmakla birlikte kiralanan yerde süresiz veya uzun süre kalma hakkına karşılık kiracıdan aldığı para”³²⁴ şeklinde tanımlandığı gibi “müstecirin/kiracının, kiralanan gayri menkul mahalden çıkması karşılığı aldığı bedel”³²⁵ şeklinde de tarif edilmektedir. Hava parasının hükmünün, haklar bağlamında değerlendirilmesi mümkündür. Zira hava parasının söz konusu edildiği mevcut muamelede kiracının, kiralanan gayri menkulde iskan etme hakkından feragat etmeye karşılık aldığı bir bedel vardır. Burada bedelin kendisine karşılık verildiği şey, soyut nitelikte olan iskan hakkıdır. Bu yönüyle meselenin gayri maddi haklar konusuna ilhak edilerek değerlendirilip hükmüne ulaşılmaya çalışılması, sağlıklı bir yöntem olarak görülebilir.

Ülkemizde kiraya verenin –kira harici- kiracıdan veya kiracının kiralananı devrettiği yeni kiracıdan aldığı bedel olarak bilinen hava parası 1955 tarihli 6570 sayılı Gayri Menkul Kiraları Hakkında Kanun ile yasaklanmıştır. Söz konusu kanunun 16. maddesi bu yasağı şöylece ifade etmektedir:

Hava parası olarak veyahut her ne nam ve suretle olursa olsun bu kanuna göre taayyün eden kira bedelinden fazla para alanlar, bunlar namına hareket edenler veya bunlara tavassut edenler... altı aydan bir seneye kadar hapis ve üç yıllık kira bedeli tutarınca ağır para cezası hükmolunur.

Kanun, hava parasını yasaklamakla kalmamış aynı zamanda gerekli ceza ve müeyyideleri de açık bir şekilde düzenlemiştir. Kanunun temel amacı mağduriyet yaşama ihtimali olan kiracıları korumaktır. Böylece kiraya veren gayri menkul sahiplerinin kira dışında kiracıdan haksız olarak alabilecekleri bedellerin önüne geçilmiş olacaktır. Kiracının kiralananı bir başka kiracıya devredebilme hakkı kanunun yürürlüğe girdiği söz konusu dönemde yasal olmadığından ötürü ticaret amacıyla bir iş yerini kiralayan kimsenin ilgili işyeri üzerindeki emek ve hakları göz ardı edilmiştir. Zira iş yeri kiracısının söz konusu iş yeri üzerinde müşteri potansiyelini arttırma, adını duyurma gibi emekleri mevcuttur. Ayrıca iş yeri kiracısının, sözleşmede kira süresinin uzun olduğu dönemlerde herhangi bir

³²⁴ Kibbî, *el-Muâmelâtü'l-mâliye*, s. 468.

³²⁵ Kibbî, *el-Muâmelâtü'l-mâliye*, s. 460.

gerekçeyle kiralananı yeni kiracıya bırakmak istemesi durumunda ticaret ivmesi bulunan bir iş yerinden kalma hakkı olduğu halde ayrılması söz konusudur. Bu emeklerin zayi olmaması adına eski kiracının yeni kiracıdan bu haklarına mukabil bedel alması onun hakkının da korunmasını sağlayacaktır. Yasal olmamasına rağmen piyasada fertlerin rızası çerçevesinde hava parası uygulamasının varlık göstermesi söz konusu emeklerin halk tarafından korunmak istenmesi anlamını yansıtmaktadır.

Hava parasıyla ilgili yasaklayıcı nitelikteki kanundan sonra 1 Temmuz 2012 yılından itibaren uygulanmaya başlayan yeni borçlar kanunu ile birlikte hava parası hukuk normunda meşru hale gelmiştir. İlgili kanun iş yeri kiracısına kiralanan iş yerini kısmen veya tamamen başkasına kiraya verme imkanı verdiği gibi kullanım haklarını devretme hakkını da vermektedir. Böylece halk arasında zaten var olan bir uygulamanın da önü açılmış olmaktadır.

Hava parasının hükmü, klasik Hanefi fihhına göre değerlendirilecek olursa gerek telif hakkının hükmüne değinirken gerekse de marka ve patent haklarının hükmünü açıklarken ifade edildiği üzere, menafi ve haklar mezhepte mali nitelik taşıma yönünden olumsuz bir yaklaşım söz konusu olduğundan ilk etapta hava parası alımına karşı olumlu bir yaklaşımın varlığından söz edilemez. Ancak 16. yüzyıla gelindiğinde vakıfların uzun süre kiraya verilmesi ve kiracının, kiraladığı vakıftan süresi dolmadan erken ayrılmak istemesi durumunda yeni kiracıdan, iskan hakkından feragat etmeye karşılık hava parası diye bilinen bir bedel alması uygulaması yaygınlaşmış ve böylece hava parası konusu dönemin Hanefi fakihlerinin de gündemine girmiştir. Fakihlerin kimisi mezhebin asıl öğretisini benimseyip hava parasına karşı olumsuz bir tutum ortaya koyarken, kimisi de hava parasına cevaz vermek suretiyle olumlu yönde görüş bildirmiştir. Bu bağlamda hava parasına cevaz hükmünü veren Hanefi fakihlerinden biri İbn Nuceym'dir. İbn Nuceym örfe bağladığı cevaz hükmünü açıklarken şöyle demektedir: “*Yerel örfe binaen Kahire pazarlarında gerçekleşen; (kiralanan) dükkanlar için hava parası alımının bağlayıcı olduğuna fetva vermek gerekir. Buna göre dükkanın hava parası kişinin hakkı olur.*”³²⁶ İbn Nuceym'e cevaz hükmünde katılan diğer Hanefi fakihlerinin bir kısmı

³²⁶ İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr**, VII, 35.

Muhammed b. Bilal el-Hanefi³²⁷, Hamevî ve Abdurrahman Efendi el-Îmâdî³²⁸ ile Haskefidir.³²⁹ Hanefi fakihlerinin konuyla ilgili fetvaları göz önünde bulundurularak icâre akdinin genel şartlarına aykırı olmaması ve kiracının kiralanan gayri menkulde iskan hakkının bulunması kaydıyla günümüzde iş yeri kiralamalarında varlık gösteren hava parasının alımına cevaz verilebilir. Ancak icâre akdinin genel prensiplerine aykırı olan veya kira müddetinin sona erdiği durumlarda kiracının mevcut olan bir hakkından söz edilemeyeceğinden dolayı hava parası alımı caiz değildir.

B. İnsan Vücudu ve Cüzlerinin Temliki

1. İnsan Vücudunun Satımı

Modern hukukta genel bir prensip olarak insan vücudu, ayni hakkın konusunu oluşturan eşya kapsamına dahil edilmemiştir. Bunun temel sebebi insanın kendi vücudu üstündeki hakkının, kişilik hakkı olarak kabul edilmesidir. İnsanın köleleştirilmesi modern dönemde hemen hemen bütün hukuk sistemleri tarafından yasaklanmış bir durum olduğundan ötürü bir insanın başka bir insanın vücudu üzerinde ayni bir hakka sahip olmasından söz edilemez. Bununla birlikte insan vücudundan ayrılan saç ve diş gibi parçaların vücuttan ayrıldıktan sonra eşya kabul edilebileceği ve ait oldukları kişinin mülkiyeti içinde değerlendirilecekleri ifade edilmektedir.³³⁰ Bu hükümler canlı insan vücudu bağlamında ortaya konmuş hükümlerdir. Ölmüş insan cesedinin durumu hukuk içinde tartışmalı olsa da burada da genel prensip canlı insan vücudun da olduğu gibi cesedin eşya sayılamayacağı yönündedir.³³¹

Klasik fıkhıta genel olarak insan vücudunun mal kapsamına girmediği kabul edilmektedir. Zira şeriat, Allah Teâlâ'nın mükerrem kıldığı insanın değerinin mal kabul edilmek suretiyle aşağı seviyeye indirilmesine müsaade etmemiştir.³³² Allah

³²⁷ Kibbî, *el-Muâmelâtü'l-mâliye*, s. 469.

³²⁸ Ali ve Hâfi, *Nazariyyetü'l-akd*, s. 204.

³²⁹ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VII, 35.

³³⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 5.

³³¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 7.

³³² Hıdır Mîlâd, *el-Buyû'u'l-muharrame*, s. 405.

Teâlâ şöyle buyuruyor: “Şüphesiz biz, Ademoğullarını mükerrem kıldık, karada ve denizde binitlere yükledik ve hoş hoş nimetlerden besledik, yarattıklarımızın çoğuna da üstün eyledik.”³³³ Nitekim Hanefî fakihlerinin, çalışmanın birinci bölümünde arz edilen mal tarifleri incelendiğinde insanın, mal olarak değerlendirilemeyeceği açıkça görülecektir. Hür insanın mal olmadığı ve satım akdine konu edilemeyeceğine dair görüş yalnız Hanefî fakihlerine ait bir görüş değildir. İbn Kudâme (ö. 620/1223) ve İbn Hacer (ö. 852/1449), hür insanın satımının caiz olmadığı ile ilgili icma olduğunu nakletmişlerdir.³³⁴ Ayrıca hür insanın satılmasıyla ilgili bir Kudsi hadiste Hz. Peygamber (s.a.v.) şöyle buyuruyor:

Allah Teâlâ buyurdu ki: Üç kimse vardır ki ben, kıyamet günü onların hasmıyım. Benim adıma yemin edip sonra gadreden kimse, hür bir insanı satıp parasını yiyen kimse, bir işçiyi ücrete mukabil tutup da işçi, işini tamamladıktan sonra ücretini vermeyen kimse.³³⁵

Hadisten anlaşıldığı üzere hür bir insan bedenini satan kimseye Allah Teâlâ kıyamet günü hasım olacaktır. Allah Teâlâ'nın, kullarından ancak kötülük işleyen ve çizdiği sınırlara riayet etmeyenlere hasım olacağı göz önünde bulundurulduğunda insan vücudunu satmanın da haram ve cezaya müstahak bir cürüm olduğu anlaşılacaktır. Buradaki haramlık hükmü, âmm bir hükümdür ve kişinin gerek kendi bedenini gerekse de başkasının bedenini satmasını kuşatır.³³⁶

Hanefî mezhebine göre insanoğlu kafir de olsa mükerrem bir varlıktır. Onu akit konusu yapmak veya onu diğer cansız eşyalarla eş değer tutmak, aşağılama anlamına gelir. Böyle bir durum ise caiz değildir.³³⁷ Kâsânî, hür insanın mal olmadığıyla ilgili şöyle söylemektedir: “*Hür bir insanın satımı mün'akid olmaz. Çünkü hür insan mal değildir.*”³³⁸ İbn Nuceym mütekavvim olmayan malların satım hükmünü açıklarken hür insanın satımının da caiz olmadığına şu ifadelerle yer vermektedir: “*Mütekavvim olmayan malı satmak mün'akid olmaz. Buna göre; hür bir insanı satmak, müdebber köleyi satmak, ümmü veledi satmak... meyte satmak, kan*

³³³ İsrâ, 17/70.

³³⁴ İbn Kudâme, **el-Muğnî**, IV, 193; İbn Hacer, **Fethu'l-bârî**, IV, 528.

³³⁵ Buhârî, **Sahîhu'l-buhârî**, Hadis no. 2227, III, 82.

³³⁶ Hâfız Abdurrahman, **el-Buyû'd-dârra**, s. 290.

³³⁷ Hıdır Mîlâd, **el-Buyû'l-muharrame**, s. 408.

³³⁸ Kâsânî, **Bedâiu's-sanâi'**, VI, 551.

*satmak... caiz değildir.*³³⁹ Diğer bir Hanefî fakihî İbn Âbidîn ise konuyla ilgili şöyle söylemektedir:

İnsanoğlu –kâfir de olsa- şer ‘an mükerremdir. Onu akit konusu yapmak suretiyle bayağı bir seviyeye indirmek, cansız eşyalarla eşdeğer tutmak onu aşağılamak anlamı taşır ve böyle bir şey caiz değildir. İnsanın cüzleri de insanın bütünü ile aynı hükme tabidir.³⁴⁰

Hanefî fakihlerinden aktarılan alıntılar incelendiğinde hür insanı satmanın batıl olduğu ortaya çıkacaktır. Zira böyle bir muamelede –hür insan mal olamayacağından ötürü- akdin rükünlerinden biri olan akit konusu, mevcut değildir. Akit konusunun mevcut olmaması akdin batıl olmasını gerektirir.³⁴¹

2. Organ, Doku ve Kanın Satımı

Günümüzde organ, doku ve kan gibi maddelerin eşya kapsamına girip girmeyeceği konusu tartışmalıdır. Türk hukukunda, bedele karşılık olarak veya başka bir çıkar karşılığında organ, doku ve kan alınması ve satılması yasaklanmıştır.³⁴² Canlı kişiden organ nakli için bir takım şartlar getirilmiştir. Bunlar; söz konusu organın hayat için zorunlu bir organ olmaması, organın verilmesi durumunda yaşama biçiminin etkilenmemesi, nakil amacının organın nakledildiği kişinin hayat biçimini düzeltmek veya iyileştirmek olmasıdır. Nakledilen organ veya doku, nakil işlemi gerçekleştirildikten sonra eşya hukuku hükümleri içinde değil kişilik hakları hükümleri içinde değerlendirilir. Söz konusu organ veya doku, başka bir şahsın vücudu içinde bulunduğu sürece onun kişilik hakları; ondan ayrıldığı zaman organ veya dokunun asıl sahibinin kişilik hakları kapsamına girer.³⁴³

İbn Âbidîn’in bir önceki konuda aktarılan ifadelerinden de anlaşıldığı üzere Hanefî mezhebine göre hür insanın bütününe satmak caiz olmadığı gibi azalarından herhangi birini satmak da caiz değildir. Zira bir şeyin parçası, bütünün hükmüne

³³⁹ İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râik*, V, 279.

³⁴⁰ İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, VII, 245.

³⁴¹ Hıdır Mîlâd, *el-Buyû’l-muharrame*, s. 408.

³⁴² Bkz. 20.05.1979 Tarihli 2288 sayılı kanun, md. 3.

³⁴³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 5-6.

tabidir. Buna binaen insanın cüzü olan kanının ve anne sütünün satılmasına da cevaz verilmemektedir.³⁴⁴

Hanefî mezhebine göre insan kanının satılması caiz değildir. Bu hükmün iki gerekçeye bağlanması mümkündür. Birincisi, insanın bütünü satmanın caiz olmadığı; kanın da insanın bir cüzü olması sebebiyle onun da satılmasının caiz olmadığı şeklinde açıklanabilir. İkincisi, kan ile ilgili, domuz ve meyteyi de kuşatan nehyedici nasların varlığıdır. Kuran'ın şu ayeti buna örnek olarak verilebilir: “*O, size ölüyü, kanı, domuz etini, bir de Allah'tan başkası adına kesileni haram kıldı.*”³⁴⁵ Ayette “*kan*” ifadesi amm olarak geçmekte olup diğer canlıların kanını kuşattığı gibi insanın da kanını kuşatmaktadır.³⁴⁶ İbn Hacer, kanın satılmasının caiz olmadığı ile ilgili icmanın var olduğunu ifade etmektedir.³⁴⁷

İnsanın kanının satılmasına cevaz hükmü terettüp ettirilmese de zaruret hallerinde kişinin, kanını başkasına teberru yoluyla vermesine cevaz verilebilir. Zira ortada kan nakli yapılmaması durumunda hayati riski bulunan bir hasta olabilir. Böyle bir durumda “*Zaruretler memnu olan şeyleri mübah kılar*”³⁴⁸, “*Hacet umumi olsun hususi olsun zaruret menzilesine tenzil olunur*”³⁴⁹ gibi kaideler işletilmek suretiyle kişinin kanını teberru yoluyla söz konusu hastaya vermesinin caiz olduğu hükmüne ulaşılabilir. Zira kanın teberru edilmesinin önü tıkanır da cevaz hükmü terettüp ettirilmezse, hastaların kana ihtiyaç duydukları acil vakalarda, kan bulmak zorlaşır ve insanlar bu sebeple hayatlarını kaybedebilirler.³⁵⁰ Konuyla ilgili yukarıda zikredilen delil ve gerekçelerin yanında ayrıca şunlara da yer verilebilir:³⁵¹

1) Allah Teâlâ şöyle buyuruyor: “*Kim de bir insanın hayatını kurtarırsa, bütün insanların hayatını kurtarmış gibi olur.*”³⁵² Bu ayet, korunmuş bir insan canının kurtarılmasına vesile olmanın faziletli bir iş olduğuna delalet etmektedir. Kan nakli yapılmaması durumunda ölüm ile karşı karşıya kalacak hasta bir insana kan

³⁴⁴ Hıdır Mîlâd, **el-Buyû‘l-muharrame**, s. 425.

³⁴⁵ Bakara, 2/173.

³⁴⁶ Hıdır Mîlâd, **el-Buyû‘l-muharrame**, s. 425.

³⁴⁷ İbn Hacer, **Fethu‘l-bârî**, IV, 539.

³⁴⁸ **Mecelle**, md. 21.

³⁴⁹ **Mecelle**, md. 32.

³⁵⁰ Hıdır Mîlâd, **el-Buyû‘l-muharrame**, s. 426.

³⁵¹ Hıdır Mîlâd, **el-Buyû‘l-muharrame**, s. 426-427.

³⁵² Mâide, 5/32.

bağışında bulunan kişiler ile onu tedavi eden doktorların, insan canının kurtarılmasına vesilede bulunmuş olacakları muhakkaktır.

2) Allah Teâlâ kanın haram olduğunu ifade ettiği ayette, zaruret hallerini söz konusu haramlık hükmünden istisna etmiş ve şöyle buyurmuştur: “*O, size ölüyü, kanı, domuz etini, bir de Allah’tan başkası adına kesileni haram kıldı. Ama kim bunlardan yemek zorunda kalırsa –başkasının hakkına tecavüz etmemek ve zaruret miktarını geçmemek şartıyla- ona günah yükletilmez.*”³⁵³ Ayet, zorda kalan kimseden günahı kaldırmaktadır. Kan nakline muhtaç olan hastanın da zaruret halinde olduğu muhakkaktır. Bu sebeple hastanın kan naklini talep edip bağışlanan kanı kabul etmesinde; kanı bağışlayan kişinin bağışlayıp vermesinde; doktorların da nakil işini gerçekleştirmesinde bir vebal söz konusu değildir.

3) Yaşamasının kan nakline bağlı olması durumunda hastanın, kan naklinden imtina etmesi caiz değildir. Zira hastanın böyle bir tavır sergilemesi, kendisini helak etmesi anlamı taşır. Allah Teâlâ bunu yasaklayıp şöyle buyurmaktadır: “*Kendi ellerinizle kendinizi tehlikeye atmayın.*”³⁵⁴ Bir başka yerde şöyle buyurmaktadır: “*Kendi kendinizi de öldürmeyin.*”³⁵⁵

Kişinin kan bağışında bulunması bir takım şartlara bağlanmıştır. Buna göre hastanın kan nakline ihtiyaç duyması gerekir. Hastanın kan ihtiyacı olup olmadığı bilgisinin, adil ve güvenilir bir doktor tarafından ifade edilmesi icap eder. Ancak bu şartla ilgili olarak burada şuna değinmek gerekir ki günümüzde genel olarak sürekli kana ihtiyaç duyulması ve bağışlanan kanların Kızılay tarafından muhafaza edilip ihtiyaç duyan hastalara mutlaka ulaştırılması, zaruret durumunun genişletilmesi ve genel olarak kan bağışında bulunmanın caiz olmasını gerektirmektedir. Ayrıca diğer bir şart olarak, kan bağışında bulunan kişinin, bundan zarar görmemesi ve yaşama biçiminin etkilenmemesi gerekir.³⁵⁶

Kana acil olarak ihtiyacı olan hasta, bağışta bulunacak bir kimse bulamazsa ve kana ancak satın alma yoluyla ulaşabilecekse, yukarıda zikredilen deliller öne sürülerek zaruret hükmü genişletilir ve satım akdine cevaz verilebilir. Ancak burada

³⁵³ Bakara, 2/173.

³⁵⁴ Bakara, 2/195.

³⁵⁵ Nisâ, 4/29.

³⁵⁶ Hıdır Mîlâd, *el-Buyû‘l-muharrame*, s. 428.

vebal, kanı satın alan hastaya değil onu satan kimseyedir.³⁵⁷ Konuyla ilgili *Mecmau'l-fikhi'l-islâmî* şu fetvayı vermiştir:

Kanın satılması caiz değildir. Zira kan, Kuran-ı Kerim'de domuz eti ve meyte ile birlikte haram olduğu açıkça ifade edilen maddelerden biridir... Zaruret halleri bundan istisna edilir. Buna göre kişi, kana ancak bedel vererek ulaşabilecekse, bedel vermesi caiz olur. Ancak böyle bir satım akdinde günah müşteriye değil bedeli alan satıcıya aittir.³⁵⁸

3. Anne Sütünün Satımı

Anne sütünün satılmasının hükmü fakihler arasında tartışmalıdır. Ancak fakihler sütanne tutmak yoluyla anne sütünden faydalanmanın caiz olduğu hususunda ittifak etmişlerdir. Kudûrî (ö. 428/1037) konuyla ilgili şöyle söylemektedir: “*Malum bir ücret mukabili sütanne kiralamak/icâre caizdir.*”³⁵⁹ Kadının göğsünden, manuel (elle) veya elektrikli bir göğüs pompası yardımıyla sağılan munfasıl haldeki sütün satılması Hanefî mezhebine göre caiz değildir. Zira süt, insanın bir cüzüdür ve hüküm açısından bütüne tabidir. İnsanın bütünü, mükerrem ve dokunulmaz olduğuna göre sütün de dokunulmaz olması gerekir. Ancak sütanne tutulması suretiyle bebeklerin emzirilmesi durumu söz konusu hükümden istisna edilmiş zaruret durumudur.³⁶⁰ Ayrıca sütanne kiralama da icâre konusu olan şey, yalnızca süt veya çocuğun gıda ihtiyacının giderilmesi değil bilakis sütannenin çocuğa şefkatle yaklaşıp emzirmesi ve terbiye etmesidir.³⁶¹ Zira icâre konusu, sadece çocuğun gıdalanması olsaydı sütannenin çocuğu koyun sütü veya başka bir yiyeceklerle beslemesi durumunda ücreti hak etmesi gerekirdi. Ancak fakihler böyle bir durumda sütanneye ücret verilmeyeceğini ifade etmişlerdir.³⁶² Kâsânî mezkur hükmü şöylece

³⁵⁷ Hıdır Mîlâd, *el-Buyûu'l-muharrame*, s. 428.

³⁵⁸ Hıdır Mîlâd, *el-Buyûu'l-muharrame*, s. 429.

³⁵⁹ Meydânî, *el-Lübâb fî şerhi'l-kitâb*, s. 299.

³⁶⁰ Hıdır Mîlâd, *el-Buyûu'l-muharrame*, s. 432.

³⁶¹ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, IX, 92.

³⁶² Meydânî, *el-Lübâb fî şerhi'l-kitâb*, s. 300.

ifade etmektedir: “Bize göre bir kadının bardakta bulunan sütünü satmak mün‘akid olmaz... Çünkü süt, mal değildir. Bundan dolayı satılması caiz olmaz.”³⁶³

İcâre akdi çerçevesinde sütanne kiralamak, icâre akdinin genel şartlarına uymamakla birlikte Hanefî mezhebinde zaruret ve uygulamada var olma/örf gerekçelerine bağlanarak istihsan deliliyle cevaz hükmüne konu edilmiştir.³⁶⁴ Tüketilmesi dışında kullanımı ve menfaati bulunmayan yiyecek ve içeceklerin icâre akdine konu edilmesi caiz değildir. Anne sütünün de kullanımı ancak tüketilmesi ile mümkün olduğundan genel hükme binaen icâre akdine konu edilememesi gerekirdi. Ancak zaruret ve örf gerekçelerinden dolayı cevaz verilmiştir.

³⁶³ Kâsânî, **Bedâiu’s-sanâi**, VI, 565.

³⁶⁴ İbn Âbidîn, **Reddü’l-muhtâr**, IX, 89.

SONUÇ

Bu çalışma, klasik temel kavramlarından biri olan mütekavvim mal konusunu ele alıp bu konuyu klasik fıkıh ve modern hukuk bağlamında incelemektedir. Böylece bir yandan bu kavramın modern hukuktaki karşılığı tespit edilirken bir yandan da her iki doktrin arasında mukayesi yapma imkanı bulunmuştur.

Çalışmanın üzerinde durduğu temel meseleler arasında mütekavvim mal kavramının gerek “mal” gerekse de “mütekavvim” konuları bağlamında anlam genişlemesi yaşayıp yaşayamayacağı konusu vardır. Klasik dönemde mal kavramı veya mütekavvim kavramının kapsamına girmeyip modern dönemde mal sayılan ve satım akitlerine konu edilen bazı meseleler, Hanefi mezhebi içinde yeni bir okumaya tabi tutulmuştur. Ayrıca Hanefi mezhebi içinde ilk dönemde mezkur kavramlara dahil olmayıp sonradan bu kavramlara dahil edilen bazı konular da inceleme altına alınmıştır. Buradan hareketle aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır:

1) Hanefi mezhebine göre bir şeyin mal kapsamına girebilmesi için tahir/temiz olması şart değildir. Necis olan maddelerin iki açıdan necisliğine hükmedilmiştir. Birincisi, şarap ve domuz gibi şeriat tarafından yasaklanmış olmasının bir sonucu olarak gayrı mütekavvim değildir. İkincisi ise dışkı ve hayvan tersi gibi mahiyet açısından pis sayılma ve insan tabiatının tiksinti duymasıdır. Bunlardan şeriat tarafından yasaklandığı için necis kapsamına giren maddelerin tarih içerisinde dönüşüme uğrayıp mütekavvim mal kabul edilmeleri ve satım akdine konu edilmeleri mümkün değildir. Zira söz konusu maddelerin satım akdine konu edilmemelerinin sebebi mahiyetlerinde var olan necislik vasfı değil bilakis şeriat tarafından yasaklanmış olmalarıdır. Bu yasaklamanın bir sonucu olarak bunlar aynı necaset kabul edilmişlerdir. Ancak dışkı ve hayvan tersi gibi mahiyetleri itibariyle necis sayılan maddelerin -gayrı mütekavvim olmalarını gerektiren açık bir nas bulunmadığı müddetçe- tarih içinde dönüşüme uğrayıp mal kapsamına girmesi mümkündür. Nitekim ilk dönemlerde mal sayılmayan ve satım akitlerine konu edilmeyen söz konusu maddelerin, ihtiyaç sebebiyle Hanefiler tarafından sonraki dönemlerde mal sayılıp satım akdine konu edildiği beyan edilmiştir. Bu da hakkında açık nas bulunmayan söz konusu maddelerin ilk dönemlerde kullanılmama sebebinin

necisliği değil bilakis onlardan faydalanma alanının bulunmaması ile irtibatlandırılabilir. Hanefilere göre malın satım akdine konu olması için kendisinden faydalanılabilen bir madde olması gerekir. Bu türden necis olan maddeler, ilk dönemlerde insanların rağbet etmediği ve kendilerinden faydalanmadığı maddeler olduğundan satım akdine konu edilmemişlerdir. Ancak Hanefi fakihleri daha sonraları aynı necis maddeler grubuna giren hayvan gübresinin satımına cevaz vermişler ve gübre üzerinde yapılan satım akdinin sahih olmasının illetini gübrenin, kendisinden faydalanılıyor olması ile açıklamışlardır.

2) Menfaat ve hakların, mezhep içinde menfaat ve haklara mali değer atfedilip hakim anlayışın esnetildiğini gösteren meselelerden hareketle emsal hükme tabi tutulup mütekavvim mal kabul edilmesi mümkündür. Zira hak ve menfaat türü soyut Şeylerin mütekavvim mal kapsamına girmesine engel teşkil edecek yasaklayıcı bir nas mevcut değildir. Bu bağlamda malın tarifinde geçen madde olma Şartının da gerek –bu Şartın kendisinde geçmediği- İbn Nüceym’in aktardığı tarif esas alınarak gerekse de evrensel örfe itibar edilerek esnetilmesi mümkündür. Buradan hareketle menfaat ve hakların, mütekavvim birer mal olduğu söylenebilir. Zira tarih içinde menfaat ve hakların hükümlerinin kendisinden dolayı esnetildiği Şartlar ile Hanefi fakihlerinin mezkur esnek hükmü ifade sadedinde ortaya koydukları illet ve gerekçeler incelendiğinde, gerek günümüz Şartları açısından gerekse de hükmün kendisine bađlandđı illet ve gerekçeler açısından, menafi ve haklara mütekavvim mal vasfını verme noktasında daha ciddi bir ihtiyaçtan söz edilebilir. Vakıf malları ile yetim mallarında menfaatlerin mali yönüne itibar edilmesi, vakıflardaki görevleri bırakıp başkasına tevdi etmeye karşılık bedel alma, özellikle vakıflarda söz konusu olan dükkanlar için hava parası alımı ile irtifak hakları, ayıp muhayyerliği, tayin muhayyerliği gibi hakların mali yönüne itibar edilip miras olarak intikal ettirilmesi, menfaat ve haklara mali değer atfedildiğini gösteren meselelerin bir kısmıdır. Vakıflardaki görevleri bırakıp başkasına tevdi etmeye karşılık bedel almanın cevazıyla ilgili hükmü, İbn Nüceym yerel örfe, Bedrddn el-Ayn zarurete, İbn Âbidîn ise mezhepte emsal teşkil eden benzer meselelere ilhak yöntemine bağlamaktadır. Bu bağlamda modern dönemde ortaya çıkmış telif hakkı, marka, patent ve hava parası gibi konulara müspet bakılıp buralarda söz konusu olan soyut hakların mütekavvim birer mal olduğunu söylemek mümkündür.

3) Gerek klasik fıkhıta gerekse de modern hukukta genel bir prensip olarak insan vücudu ve cüzleri eşya kapsamında değerlendirilmemiş ve herhangi bir bedele karşılık olarak veya başka bir çıkar karşılığında alınması ve satılması yasaklanmıştır.

BİBLİYOGRAFYA

- Abbâdî, Abdüsselam Davut: **el-Milkiyyefi’ş-şerâti’l-islâmiyye**, Beyrut, Müessesetü’r-risâle, 2000.
- Abdurrahman, Ramazan Hâfız: **el-Buyû‘d-dârra**, Kahire, Dârü’s-selâm, 2006.
- Akıntürk, Turgut ve Ateş Karaman: **Medeni Hukuk**, İstanbul, Beta, 2011.
- Derya
- Akipek, Jale: “Mülkiyet Kavramı Üzerine Bir İnceleme”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, c. V, Sayı: 1, Ankara, 1969.
- Akipek, Jale: **Türk Eşya Hukuku**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972.
- Aktan, Hamza: “İhrâz”, **DİA**, İstanbul, 2000.
- Ali Haydar Efendi: **Dürerü’l-hükkâm şerhu mecelleti’l-ahkâm**, Riyad, Dârü âlemi’l-kütüb, 2003.
- Ali, Salih ve Hâfî, Bâsil: **Nazariyyetü’l-akd fi’l-fikhi’l-islâmî ve tatbîkâtühe’l-muâsıra**, Dımaşk, el-Yemâme, 2008.
- Arı, Zekerriyya: “Coğrafi İşaret Kavramı ve Coğrafi İşaretlerin Tescili”, **Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, Beta, 2002, s. 45-68.
- Arslanlı, Halil: **Fikri Hukuk Dersleri**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1954.
- Ataay, Aytekin: **Medeni Hukuk Genel Teorisi**, İstanbul, Fakülteler matbaası, 1971.
- Ateş, Mustafa: “Avrupa Birliği’nde Fikri Haklara İlişkin Düzenlemeler ve Türkiye”, **Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi**, c. I, Sayı: 4, İstanbul, 2005, s. 1044-1061.

- Ateş, Mustafa: **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınıflandırılması**, Ankara, Seçkin yayıncılık, 2003.
- Ateş, Mustafa: **Fikri Hukukta Eser**, Ankara, Turhan kitabevi, 2007.
- Ayan, Serkan: “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Hak Sahipliği”, **Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, Yetkin yayınları, 2006, s. 193-236.
- Ayiter, Nuşin: **Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1981.
- Ayiter, Nuşin: **İhtira Hukuku**, Ankara, Sevinç matbaası, 1968.
- Berrî, Zekeriyâ: **el-Vasît fi ahkâmi’t-terikâti ve’l-mevârîs**, Kahire, Dârü’n-nehdati’l-arabiyye, 1973.
- Beşiroğlu, Akın: **Fikir Hukuku Dersleri**, İstanbul, Arıkan Yayınları, 2006.
- Bilge, Necip: **Hukuk Başlangıcı**, Ankara, Turhan kitabevi, 2003.
- Bilicioğlu, İlknur Yaşar: “**İslam Hukukunda Nitelikleri İtibariyle Satım Akdine Konu Olamayan Mallar**”, Yüksek Lisans tezi, İstanbul, 2009.
- Bilmen, Ömer Nasuhi: **Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu**, İstanbul, Bilmen basım ve yayınevi, t.y.
- Bozgeyik, Hayri: “Coğrafi İşaretlerin Kullanımı ve Denetimi”, **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, c. IX, Sayı: 2, Ankara, 2009, s. 9-21.
- Buhârî, Ebu Abdullah Muhammed: **Sahîhu’l-buhârî**, thk. Muhammed Züheyr İbn b. İsmail b. İbrahim el-Cu‘fi Nâsiruddin, Dımaşk, Dârü tavki’n-necâ, 2002.

- Camcı, Ömer: **Endüstriyel Tasarım Davaları**, İstanbul, Ufuk, 2000.
- Cevherî, Ebû Nasr İsmail b.: **es-Sihâh Tâcü'l-luga ve sihâhu'l-arabiyye**, thk. Ahmet Abdülgafûr Attar, Beyrut, Dârü'l ilm li'l-melâyîn, 1979.
- Cürcânî, Ebu'l-Hasen Ali b.: **et-Ta'rîfât**, Beyrut, Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 1983.
- Muhammed b. Ali es-Seyyid eş-Şerîf el-Hanefî
- Çeker, Mustafa: "Hak Kavramı ve Genel Esaslar", Slayt: www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/temel%20hukuk/6-Haklar.ppt.
- Dalgın, Nihat: "İslam Hukukuna Göre Satım Sözleşmesi Açısından Mal Kavramı", **Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Sayı:11, Samsun, 1999, s. 97-127.
- Dârakutnî, Ebu'l-Hasan Ali: **Sünenü dârakutnî**, thk. Şuayb el-Arnâvûdî, Hasan Abdülmün'im Şelbî, Abdüllatif Hirzullah, Beyrut, Müessesetü'r-risâle, 2004.
- b. Ömer b. Ahmet
- Ebu Zehrâ, Muhammed: **el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd fi'ş-şerîati'l islâmiyye**, Kahire, Dârü'l-fikri'l-arabî, 1996.
- Erdem, B. Bahadır: **Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk**, İstanbul, Beta, 2002.
- Erel, Şafak N.: **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, Ankara, Yetkin yayınları, 2009.
- Feyyûmî, Ebu'l-Abbas: **el-Misbâhu'l-münîr**, Kahire, Matbaatü'l emîriyye, 1922.
- Hatîbüddehşe Ahmet b. Muhammed b. Ali el-Hamevî

- Fîrûzâbâdî, Ebu't-Tahir: **el-Kâmûsü'l-muhît**, thk. Muhammed Nuaym el-Araksûsî, Beyrut, Müessesetü'r-risâle, 2005.
- Mecdüddîn Muhammed b. Yakup b. Muhammed
Giritlioğlu, Necla: **Yayın Sözleşmesi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1967.
- Gündoğdu, Gökmen: **Türk Hukukunda Coğrafi İşaret ve Korunması**, İstanbul, Beta, 2006.
- Hacak, Hasan: **“İslam Hukukunda İrtifak Hakları ile İlgili Kavramların Gelişimi”**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1993.
- Hacak, Hasan: **“İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi”**, Doktora tezi, İstanbul, 2000.
- Haffif, Ali: **el-Milkiyye fi'ş-şerâti'l-islâmiyye**, Beyrut, Dârü'n-nehdati'l-arabiyye, 1990.
- Hallaq, Wael B.: **“Bir Osmanlı Reform Öncüsü: Örf ve Hukuki Değişim Üzerine İbn Âbidîn”**, çev. Ömer Faruk Ocakoğlu, **Usûl İslam Araştırmaları**, Sayı: 3, 2005, s. 159-189.
- Hanbel, Ebu Abdullah Ahmed: **Müsned-i imâm ahmed**, Beyrut, Dârü'l minhâc, 2010.
- b. Muhammed b. Hanbel eş-Şeybânî el-Mervezî
- İbn Âbidîn, Muhammed Emin: **Reddü'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr**, thk. Abdülmecîd Ta'me Halebî, Beyrut, Dârü'l- ed ma'rife, 2011.
- b. Ömer b. Abdülaziz el-Hüseynî
Dımaşkî
- İbn Emîru Hâc, Ebu Abdullah: **et-Takrîr ve't-tehbîr**, Beyrut, Dârü'l-kütübi'l ilmiyye, 1983.
- Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed b. Muhammed el-Halebî

- İbn Hacer, Ebu'l-Fazl Şihâbüddîn: **Fethu'l-bârî şerhu sahîhi'l-buhârî**, Riyad
Ahmet b. Ali b. Muhammed Dımaşk, Dârü's-selâm-Dârü'l-feyhâ, 2000
el-Askalânî
- İbn Kudâme, Ebu Muhammed: **el-Muğnî** , Kahire, Mektebetü'l-kahire, 1968.
Muvaffakuddîn Abdullah b.
Ahmet b. Muhammed b. Kudâme
el-Cemmâilî el-Makdisî
- İbn Manzûr, Ebu'l-fazl Cemalettin: **Lisânü'l-arab**, Kahire, Dârü'l-meârif, t.y.
Muhammed b. Mükerrrem b. Ali b.
Ahmet el-Ensârî er-Rüveyfî
- İbn Nüceym, Zeynüddîn b.: **el-Bahrü'r-râik şerhu kenzi'd-dekâik**, Kahire,
İbrahim b. Muhammed Dârü'l-kitâbi'l-islâmî, t.y.
el-Mısrî
- İbn Nüceym, Zeynüddîn b.: **el-Eşbâh ve'n-nezâir**, Dımaşk, Dârü'l-fıkr,
İbrahim b. Muhammed 1986.
el-Mısrî
- İbnü'l-Esîr, Ebu's-seâdât Mecüddîn: **en-Nihâye fî garîbi'lhadîsi ve'l-eser**, Beyrut,
el-Mübârek b. Esîrüddîn el-Mektebetü'l-ilmiyye, 1979.
Muhammed b. Muhammed
eş-Şeybânî el-Cezerî
- İdris, Ömer Muhammed: **el-Mâlû ve's-tihdâmâtühû**, Dubai, Cem'iyetü
dâri'l-bir, 2013.
- İsfahânî, Ebu'l-Kasım Hüseyin: **Müfredâtü elfâzi'l-kur'ân**, Dımaşk, Dârü'l
b. Muhammed b. el-Mufaddal kalem, 1992
er-Râgıb
- Karadâğî, Muhyiddîn Ali: **Buhûs fî fıkhî'l-muâmelâti'l-mâliyeti'l
muâsira**, Beyrut, Dârü'l-beşâiri'l-islâmî, 2006.
- Karahan, Sami, Suluk, Cahit: **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, Ankara,
Saraç, Tahir ve Nal, Temel Seçkin yayıncılık, 2011

- Karahan, Sami: “Garanti Markası”, **Fırat Öztan’a Armağan**, Ankara, Turhan kitabevi, 2010.
- Karahasan, Mustafa Reşit: **Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku**, İstanbul, Arıkan, 2007.
- Karasu, Gülçin: “**Gayri Maddi Hakların Vergilendirilmesi**”, Doktora tezi, İstanbul, 2013.
- Kârî, Ali: **Fethu bâbi’l-inâye**, Beyrut, Dârü’l-erkam, t.y.
- Kâsânî, Alâüddîn Ebubekir b.: **Bedâiu’s-sanâi’ fî tertîbi’s-şerâi’**, thk. Ali Mesut b. Ahmet Muhammed Muavvad, Adil Ahmed Abdülmevcûd, Beyrut, Dârü’l-kütübi’l-ilmîyye, 2010.
- Kaya, Arslan: “Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, c. LVI, Sayı: 4, İstanbul, 1997, s. 173-200.
- Kaya, Arslan: **Marka Hukuku**, İstanbul, Arıkan, 2006.
- Keskin, Serap: **Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması**, Ankara, Seçkin yayıncılık, 2003.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Sınai Haklarla Karşılaştırılmalı Fikri Haklar**, Ankara, Turhan kitabevi, 2006.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Medeni Hukuk**, Ankara, Turhan kitabevi, 2004.
- Kınacıoğlu, Naci: “Türkiye’de Fikri Hakların Gelişimi ve Nazari Esaslar”, **Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, s. 547-555.
- Kıbbî, Sa’düddîn Muhammed: **el-Muâmelâtü’l-mâliyetü’l-muâsıra fî dav’i’l islâm**, Beyrut, el-Mektebü’l-islâmî, 2002.
- Köprülü, Bülent ve Kaneti,: **Sınırlı Ayni Haklar**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972.
- Selim

-
Mecmau'l-lugati'l-arabiyye: **Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye**, y.y., t.y.
Mu'cemü'l-vasît, Kahire, Mektebetü's şürûki'd-devliyye, 2005.
- Meydânî, Abdülganî b. Tâlib b.: **el-Lübâb fî şerhi'l-kitâb**, Dımaşk, el
Hammâde el-Meydânî Mektebetü'l-umeriyyetü, t.y.
el-Guneymî ed-Dımaşkî
- Mîlâd, Abdünnâsır b. Hıdır: **el-Buyûu'l-muharrametü ve'l-menhiyyü
anhê**, Mansure, Dârü'l-hedyi'n-nebevî, 2005.
- Müslim, Ebu'l-Hüseyn Müslim b.: **Sahîhu müslim**, thk. Muhammed Fuâd
el-Haccâc b. Müslim el-Kuşeyrî Abdülbâki, Beyrut, Dârü ihyâi't-türâsi'l-arabî,
t.y.
- Oğuz, Arzu: "Bir Sinai Hak Türü Olarak Coğrafi İşaret
Koruması", **Legal Fikri ve Sinai Haklar
Dergisi**, c. V, Sayı: 19, İstanbul, 2009, s. 565-
580.
- Oğuzman, M. Kemal ve Barlas,: **Medeni Hukuk**, İstanbul, Vedat kitapçılık,
Nami 2011.
- Oğuzman, M. Kemal ve Öz, Turgut: **Borçlar Hukuku**, İstanbul, Vedat kitapçılık,
2015.
- Oğuzman, M. Kemal, Seliçi, Özer: **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz kitabevi, 2015.
ve Oktay Özdemir, Saibe
- Omağ, Merih Kemal: "Marka Hukuku ile Rekabet Hukuku Açısından
Marka ve Korunması", **Marmara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Yayını**, c. VI, Sayı: 13,
İstanbul, 1991, s. 1-14.
- Öğüt, Salim: "Ebu Yusuf", **DİA**, İstanbul, 1994.
- Ömer, Ahmet Muhtar Abdülhamid: **Mu'cemü'l-lügati'l-arabiyyetil'l-muâsıra**,
Kahire, Darü âlemi'l-kütüb, 2008.

- Örücü, Esin: **Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı (Mülkiyet Hakkının Sınırlanması)**, İstanbul, Vedat kitapçılık, 1976.
- Özsunay, Ergun: **Medeni Hukuka Giriş**, İstanbul, Güryay matbaacılık, 1986.
- Öztan, Fırat: **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Ankara, Turhan kitabevi, 2008.
- Öztek, Selçuk: “Son Değişikliklerden Sonra Türk Patent Hukukunun Ana Hatları”, **Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi**, c. IV, Sayı: 1-2, İstanbul, 1995-1996, s. 55-63.
- Serahsî, Ebubekir Şemsü'l-eimme: **el-Mebsût**, Beyrut, Dârü'l-ma‘rife, t.y.
Muhammed b. Ebu Sehl Ahmet
- Serozan, Rona: **Medeni Hukuk**, İstanbul, Vedat kitapçılık, 2011.
- Suluk, Cahit: **Tasarım Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Şahin, Ayşenur: “**Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması**”, Yüksek Lisans tezi, Erzurum, 2009.
- Teftâzânî, Sa‘düddîn Mesut b.: **et-Telvîh ilâ keşfi hakâiki’t-Tevdîh**, Beyrut, Dârü'l-erkam, t.y.
Fahrettin Ömer b. Burhanettin
Abdullah el-Herevî
el-Horâsânî eş-Şâfî
- Tekinalp, Ünal: **Fikri Mülkiyet Hukuku**, İstanbul, Arıkan basım yayım dağıtım, 2005.
- Yarsuvat, Duygun: **Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları**, İstanbul, Güryay matbaacılık, 1984.
- Yazıcıoğlu, R. Yılmaz: **Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar**, İstanbul, On iki Levha yayıncılık, 2009.

Yazır, Elmalılı Muhammed Hamdi: **İslam Hukuku ve Fıkıh İstılahları Kamusu**, İstanbul, Eser Neşriyat, 1997.

Yılmaz, İlhan: “Avrupa Topluluğunda Fikri ve Sınai Haklar”, **Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi**, c. IV, Sayı: 1-2, İstanbul, 1995-1996, s. 17-53.

Zebîdî, Ebu'l-feyz Muhammed: **Tâcü'l-arûs**, thk. Mustafa Hicâzî, Kuveyt, el-Meclisü'l-vataniyyü li's-sekâfeti ve'l-fünûni ve'l-âdâb, 1998.
el-Mürtezâ b. Muhammed b. Muhammed b. Abdürrezzâk ez-Zebîdî el-Hüseynî

Zeydân, Abdülkerim: **el-Medhal lidirâseti's-şerîati'l-islâmiyye**, Beyrut, Müessesetü'r-risâle, 2003.

Zeylaî, Ebu Muhammed Fahrüddîn: **Tebyînü'l-hakâik şerhu kenzi'd-dekâik**, thk. Osman b. Ali b. Mihcen b. Yunus Ahmed Azve İnâye, Beyrut, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 2000.
es-Sûfî el-Bârîf

Zuhaylî, Vehbe: **el-Fikhü'l-islâmiyyü ve edilletühû**, Dımaşk, Dâru'l-fıkr, 1989.