

Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
Journal of Sakarya University Faculty of Theology

ISSN: 2146-9806 | e-ISSN: 1304-6535

Cilt/Volume: 21, Sayı/Issue: 39, Yıl/Year: 2019 (Haziran/June)

**İSLAM HUKUKU AÇISINDAN ONLINE ALIŞVERİŞTE TESLİMİN
GERÇEKLEŞMEMESİNE BAĞLI GARAR VE SONUÇLARI**

*Al-Garar Caused by Lack of Delivery of Good in Online Shopping in Terms
of Islamic Law*

Nazan LİLA

Arş. Gör., Sakarya Üniversitesi, İslam Ekonomisi ve Finansı Ana Bilim Dalı - Res. Asst.,
Sakarya University, Research Center for Islamic Economics and Finance,
Sakarya/Turkey

nazankapici@sakarya.edu.tr

<https://orcid.org/0000-0003-4858-233X>

Makale Bilgisi – Article Information

Makale Türü/Article Type: Araştırma Makalesi/ Research Article

Geliş Tarihi/Date Received: 05/03/2019

Kabul Tarihi/Date Accepted: 24/05/2019

Yayın Tarihi/Date Published: 15/06/2019

DOI: <https://doi.org/10.17335/sakaifd.535820>

Atıf/Citation: Lila, Nazan. "İslam Hukuku Açısından Online Alışverişte Teslimin Gerçekleşmemesine Bağlı Garar ve Sonuçları". *Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 21/39 (2019): 253-279.

İntihal: Bu makale, *iThenticate* yazılımı ile taranmış ve intihal tespit edilmemiştir.
Plagiarism: This article has been scanned by *iThenticate* and no plagiarism detected.

Copyright © Published by Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi – Sakarya University Faculty of Theology, Sakarya/Turkey.

İslam Hukuku Açısından Online Alışverişte Teslimin Gerçekleşmemesine Bağlı Garar ve Sonuçları

Öz

İslam hukukunda model akit olarak ele alınan satım akdinin mebinin teslimi açısından herhangi bir belirsizlik barındırmaması, fukahenin önemle üzerinde durduğu bir husustur. Fıkıh alimlerinin bu hususta dikkatli davranmalarının sebebi, akitte taraflar arasında çıkması muhtemel bir anlaşmazlığı önlemektir. Satım akdinde kabzın gerçekleşmemesine bağlı olarak meydana gelen belirsizliğin iki yönlü olduğu görülmektedir. Söz konusu iki cihet, mebinin vasıflarındaki belirsizlik ile mebinin teslim edilmesi konusundaki belirsizliktir. Mebinin vasıflarındaki belirsizlik, genellikle mebinin akit meclisinde mevcut olmamasından (gaip olmasından) kaynaklanmaktadır. Mebinin madum ve kabzedilmemiş olması da çoğunlukla teslim edilebilirlik noktasında belirsizliğe yol açmaktadır. Günümüzde yaygınlaşmış olan internet üzerinden alışveriş, mebinin teslimi konusunda fıkhi açıdan birtakım belirsizlikler barındırmaktadır. Bu sebeple online alışverişin fıkhi mahiyetinin ele alınarak garar barındıran durumların incelenmesi önem arz etmektedir. Bu çalışmada, online alışverişlerde mebinin teslimi açısından garar barındıran durumlar metodolojik veri analizi yöntemiyle ele alınacak olup konunun teorik ve pratik boyutu aydınlatılacaktır. Bu çalışma, modern bir uygulama olan online alışverişin fıkhi kaideleri çerçevesinde değerlendirilmesi konusunda literatüre katkı sağlayacaktır.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Garar, Teslim, Online Alışveriş, Mesafeli Satım.

Al-Garar Caused by Lack of Delivery of Good in Online Shopping in Terms of Islamic Law

Abstract

In Islamic law, the contract of sale, which is considered as a model contract, must not contain any uncertainty (garar) in terms of delivery of the good. The reason why the Fiqh scholars are cautious about this is to prevent a possible dispute between the sides in contract. On the other hand, shopping on the internet - as a distance sale - which has become widespread nowadays, has some uncertainties regarding the delivery of the good. For this reason, it is important to examine the state of the online shopping in terms of fiqh rules and to examine the situations that contain the uncertainty. In this study, the situations that contain the uncertainty in terms of the delivery of the good will be handled with methodological data analysis. In this way, the theoretical and practical aspects of the subject will be clarified. This study will contribute to the literature on the evaluation of the online shopping under the fiqh rules.

Keywords: Islamic Law, Uncertainty, Delivery, Online Shopping, Distant Sales.

Giriş

Satım akdinde mebinin akit esnasında mevcut olmaması yahut henüz satıcısının eline geçmemiş olması, mebinin vasıfları ve alıcıya teslim edilebilirliği noktasında belirsizliğe yol açmaktadır. Fakihler bu durumu, taraflar arasında anlaşmazlığa yol açabilecek bir etken olarak gördüğünden, satım akdinde mebinin müşteriye teslim edilmesi konusunda birtakım tedbir ve gereklilikler getirmişlerdir. Söz konusu tedbirlerin amacı, mebinin teslim edilememesi sebebiyle akitte meydana gelecek gararın¹ önüne geçmektir. Bu tedbirler arasında akit meclisinde bulunmayan malın, mevcut olmayan (ma'dûm) malın

1 İslam hukukunda akdin, haksız kazançta yol açacak ölçüde kapalılık ve belirsizlik taşıması durumuna garar denir. Bk. İbrahim Kâfi Dönmez, "Garar", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1996), 13: 366.

ve kabzedilmemiş malın satımı hususunda getirilen kayıt ve sınırlamalar zikredilebilir.

Satım akdinde kabzın gerçekleşmemesine bağlı olarak meydana gelen belirsizliğin iki yönlü olduğu görülmektedir. Söz konusu iki cihet, mebinin vasıflarındaki belirsizlik ile mebinin teslim edilmesi konusundaki belirsizliktir. Mebinın vasıflarındaki belirsizlik, genellikle mebinin akit meclisinde mevcut olmamasından (gaip olmasından) kaynaklanmaktadır. Mebinın madum ve kabzedilmemiş olması da çoğunlukla teslim edilebilirlik noktasında belirsizliğe yol açmaktadır. Bu sebeple çalışmada, teslimin gerçekleşmediği satım akdinde garar (belirsizlik) konusu; gaibin satımı, madumun satımı ve kabzedilmeyen malın satımı çerçevesinde değerlendirilecektir.

Bu çalışmada, öncelikle satım akdinde malın teslimi açısından belirsizliğe yol açan durumlar ele alınacak, akabinde günümüz uygulamalarından olan online alışverişlerde garar meselesi değerlendirilecektir. Bu bağlamda ilk kısmında mebinin akit meclisinde hazır olmaması, madum ve kabzedilmemiş olması sebebiyle oluşan garar ele alınıp dört mezhep fukahasının konuyla ilgili değerlendirmelerine yer verilecektir. Akabinde ise günümüz işlemlerinden olan online alışverişte ürünün teslimine bağlı gararın varlığı ve sebepleri ele alınıp değerlendirilecektir.

1. Kabzın Gerçekleşmediği Satım İşlemlerinde Garar ve Sonuçları

İslam hukukunda satım akdinde hem semenin hem mebinin karşılıklı teslim ve tesellümü söz konusu olmakla birlikte müstakil olarak “kabz” denildiğinde daha çok mebinin teslim alınması anlaşılmaktadır. Bunun sebebi, semenin çoğunlukla misli mal olmasından dolayı borç olarak zimmete taalluk etmesi ve helakinin akdin sıhhatini etkilememesidir. Alacak ve borcun çoğunlukla dış dünyadaki somut varlığa (ayna) taalluk ettiği mevide ise durum farklıdır. Mebinın helaki, akdin sıhhatine etki etmektedir. Dolayısıyla, özellikle muhtemel helak durumunun teslimin imkânsızlığına yol açması sebebiyle mebinin kabzı konusu, akitte gararın giderilmesi açısından önem kazanmaktadır. Netice itibariyle kabzı gerçekleşmeyen bir malın başkasına satılması işlemlerindeki gararın, teslim müktehd olamama ihtimalinden ve mevideki bilinmezlikten kaynaklandığı söylenebilir. Bu yasağa konu olan mallar hakkında ise üç görüş bulunmaktadır: tüm mallar, menkul mallar ve yalnızca gıdalar. Çalışmanın ilerleyen kısmında bu görüşlere ayrıntılı şekilde değinilecektir.

İslam hukukunda garar kavramı, cehalet ile yakından ilişkisi bulunan bir kavramdır. Her iki durumun da bilinmezlik ve belirsizlik içermesi bu kavramları birbirine yaklaştırmış, bu kavramların klasik fukaha tarafından bazen

birbiri yerine kullanılmasına neden olmuştur.² Bu açıdan garar ve cehalet farkının net şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Maliki fakih Karâfi'ye göre garar ile cehalet arasında *umum-husus min vech* ilişkisi bulunmaktadır. Buna göre garar, -satım akdi özelinde ele alınırsa- mebinin teslim alınıp alınamayacağına bilinmemesi durumunu; cehalet ise mebinin vasıflarının bilinmemesi durumunu ifade etmektedir. Karâfi'ye göre garar ve cehalet farklı akitlerde ayrı ayrı bulunabilecekleri gibi, bir akitte beraber de bulunabilirler.³ Çağdaş araştırmacılardan Sıddık Emin ed-Darî'e göre ise garar ve cehalet arasında *umum-husus mutlak* ilişkisi bulunmakta olup garar daha kapsamlıdır. Buna göre her garar cehalet içermez, ancak her cehalet durumu garar barındırır.⁴ Ayrıca garar ve cehaletin eş anlamlı olduğunu savunan alimler de bulunmaktadır.⁵ Fıkıh alimleri nazarında iki kavramın birbiri ile ilişkili – veya bazılarına göre özdeş – olmasından dolayı çalışmada, teorik arka plan anlatılırken cehalet kapsamına giren belirsizlik durumlarına da yer verilecektir.

İslam hukukunda kabzın gerçekleşmediği satım işlemleri; gaibin (kişinin yanında olmayan malın), madumun (mevcut olmayan malın) ve kabzedilmeyen malın satımı olmak üzere üç başlık altında toplanabilir. Bu üç başlık birbiriyle bağlantılı olmakla beraber, konuyla ilgili hadislerde farklı şekillerde varid olmaları ve aralarındaki hüküm farklılığı sebebiyle ayrı ayrı değerlendirilmeleri daha isabetli görünmektedir. Çalışmanın bu kısmında, söz konusu üç başlık ele alınıp satım akdinde garara yol açması bakımından değerlendirilecektir. Bununla birlikte gaibin satımı, mebinin vasıflarındaki belirsizlik açısından; madumun ve kabzedilmeyen malın satımı ise teslimin imkânı açısından ele alınacaktır.

1.1. Gaibin (Satıcının Yanında Olmayan Malın) Satımında Garar ve Sonuçları

Gaip malın satımından maksat, mevcut olmakla beraber satıcının yanında olmayan malın satım akdine konu edilmesidir. Dolayısıyla gaibin satımı, madumun satımı ile birebir aynı anlamda kullanılmamaktadır. Klasik fıkıh eserlerinde gaibin satımı meselesi, çoğunlukla muhayyerliklerin ve akdin sıhhatini etkileyen unsurların konu edildiği kısımlarda ele alınmaktadır. Fıkıh alimleri arasında gaibin satımı hakkında birbirinden farklı görüşler bulunmasına rağmen fakihlerin çoğunluğu böyle bir satım akdine cevaz vermektedir. Bununla beraber gaibin satımı konusundaki cevaz mutlak değil, bazı kayıt ve

2 Necmeddin Güney, *Satım Akdi Özelinde İslam Borçlar Hukukunda Garar* (Doktora Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi, 2013), 80.

3 Ebu'l-Abbâs Şihâbüddîn el-Karâfi, *el-Furûk* (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1419/1998), 3: 432.

4 Sıddık Muhammed Emîn ed-Darîr, *el-Garar ve eseruhu fi'l-ukûd fi'l-fikhi'l-İslâmî* (Cidde: Silsiletü Sâlih Kâmil li'r-Rasâilî'l-Câmiyye li'l-İktisâdi'l-İslâmî, 1416/1995), 60.

5 Güney, *Satım Akdi Özelinde İslam Borçlar Hukukunda Garar*, 83.

şartlara bağlıdır. Müşteri için görme muhayyerliğinin şart koşulması ile mebinin miktar, cins, tür, sıfat ve vadesinin akit esnasında belirtilme zorunluluğu bu şartlar arasında zikredilebilir.⁶ Fukaha burada, gaip malın satımında mevcut olan belirsizliği azaltarak taraflar arasında çıkması muhtemel anlaşmazlıkları önlemeyi amaçlamaktadır.

İmam Şafii başta olmak üzere fukahanın çoğunluğunun gaibin satımı ya- sağına dair delilleri, Hz. Peygamber (sav)'in kişinin yanında olmayan mali satmasını nehyeden rivayetidir.⁷ Ayrıca garar içeren satımın yasak oluşuna dair rivayet⁸ de fukaha tarafından delil olarak kullanılmıştır. Nitekim gaip malın konu edildiği satım akdinde mebinin vasıfları ve teslim edilebilirliği noktasında var olan belirsizlik, akdin sıhhatini etkileyip tarafları anlaşmaz- lığa götürebilecek niteliktedir.

Klasik fıkıh eserlerinde, akitte satıcının yanında mevcut olmayan mebinin satımı konusunda yoğunluk kazanan tartışma noktası, mebinin müşteri tara- fından görülmesi ile ilgilidir. Fıkıh alimleri, mebinin görülmesine dair farklı ihtimaller üzerinde durmaktadır. Gaibin satımıyla ilgili olarak çoğunlukla üzerinde durulan meseleler şunlardır:

- Mebinin müşteri tarafından akitten önce görülmüş olması,
- Mebinin bir örneğinin müşteri tarafından akit esnasında görülmesi,
- Mebinin satıcı tarafından tavsif edilerek satılması,
- Mebinin bir kısmının müşteri tarafından akit esnasında görülmesi.

Söz konusu meseleler, gaibin satımındaki belirsizliğin derecesinin tespiti açısından önem taşıyan hususlardır. Bu sebeple bu kısımda fakihlerin bu me- selelere dair görüş ve değerlendirmeleri ele alınacaktır.

Mebinin müşteri tarafından akitten önce görülmüş olması: Mebi alıcı ta- rafından daha önce görülmüşse, mebide sonradan herhangi bir değişiklik ol- madığı takdirde görmenin gerçekleştiği ve görme muhayyerliğinin sakıt ol- duğu kabul edilir. Bununla beraber, önceki görmeden sonra mebide bir deği- şiklik meydana gelmişse müşterinin görme muhayyerliği sakıt olmaz. Ayrıca mebinin, satıcının elindeyken helak olması durumunda tazmin sorumluluğu- nun satıcıda olduğu kabul edilir.⁹

6 Ebû Zekeriyâ Muhyiddîn Yahya b. Şeref en-Nevevî, *el-Mecmû' şerhu'l-Mühezzeb* (b.y.: Dâru'l-Fikr, ts.), 9: 291-292; Şemsüddîn Muhammed b. Abdîrahmân el-Hattâb, *Mevahibu'l- celîl fi şerhi Muhtasarı Halîl* (b.y.: Dâru'l-Fikr, 1992), 4: 296; Muvaffakuddîn Ahmed. b. Mu- hammed İbn Kudâme, *el-Muğnî* (Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 1406/1986), 6: 33.

7 Ebû Dâvud , "İcâre", 68; Tirmizî, "Büyû", 18; Nesâî, "Büyû", 60.

8 Müslim, "Büyû", 4; İbn Mâce, "Ticârât", 23; Ebû Dâvud, "Büyû", 24; Tirmizî, "Büyû", 17; Nesâî, "Büyû", 27.

9 Ali Haydar Efendi, *Dürreru'l-hukkâm şerhu Mecelleti'l-ahkam* (Beyrut: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 1424/2003), 1: 329; Muhammed b. Ahmed ed-Dusûkî, *Hâşiyetu'd-Dusûkî ale'ş-Şerhi'l-Kebîr* (b.y.: Dâru'l-Fikr, ts.), 3: 24; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6: 186.

Mebinin bir örneğinin akitte müşteri tarafından görülmesi: Malın bir örneğini göstererek yapılan satım akdi, Hanefi ve Maliki mezhepleri tarafından caiz görülmüş olup misli (benzeri piyasada bulunan) mallar için geçerlidir. Burada malın bir örneğini görme, kendisini görme gibi kabul edilmiştir. Dolayısıyla müşterinin, malın bir örneğini görmesi durumunda görme muhayyerliği sakit olmaktadır. Ayrıca bu konuda oluşmuş bir teamülün bulunması da mezheplerin dayanak noktalarından biridir. Bununla beraber bu satım akidinde, müşterinin ayıp muhayyerliği mebiyi teslim alana kadar saklı tutulmaktadır. Ayrıca teslim alınan mebinin kalitesinin, görülen örnekten daha düşük olması durumunda vasıf muhayyerliği devreye girmektedir.¹⁰ Şafii ve Hanbelilerde ise gösterilen numune satım akdine dâhil edilmedikçe, mebinin bir örneğini görmek mebiyi görmek yerine geçmez. Zira mebinin örneğini müşteriye göstermek, mebinin tayin edildiği anlamına gelmez. Satıcının gösterdiği örneği de mebi ile beraber satması durumunda, mebinin tamamı görülmüş kabul edilir. Ayrıca gaip mebinin tavsif edilmesi konusunda selem akidindeki kriterler göz önüne alınmaktadır.¹¹

Mebinin satıcı tarafından tavsif edilerek satılması: Gaibin satımı ile ilgili bir diğer önemli konu da gaip mebinin tavsif edilerek satılmasıdır. Hanefi mezhebinde misli mallarda mebinin bir örneğini gösterme yöntemiyle satım kabul edilmişken, kıyemî mallarda mebinin tavsif edilme şartıyla satımına cevaz verilmiştir. Ancak burada, mebinin tüm özellikleri anlaşmazlığı ortadan kaldıracak şekilde tam olarak tavsif edilmelidir. Bununla beraber mebinin tavsif edilmesi, müşterinin görme muhayyerliğini düşürmez.¹² Şafii ve Maliki mezheplerinde de gaip mebinin tavsif edilerek satımı caiz olup buradaki tavsif etme, görme yerine geçmez.¹³ Hanbelilerde ise mebinin tavsifiyle yapılan satım akdinin caiz olduğu ve olmadığı yönünde iki farklı görüş bulunmaktadır. Mezhepteki zahir görüş, böyle bir satım akdinin geçerli olduğu yönündedir. Şafii mezhebinde olduğu gibi burada söz konusu edilen nitelemenin miktarı, selem akdine kıyasla tespit edilmiştir.¹⁴

Mebinin bir kısmının müşteri tarafından akit esnasında görülmesi: Gaip mebinin bir kısmının görülmesi ile yapılan satım akdi de konuyla ilgili değerlendirilmesi gereken meselelerdendir. Mebinin bir kısmının görülmesiyle ilgili te-

10 Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-hukkâm*, 1: 324-325; Abdullah b. Mahmud el-Mevsilî, *el-İhtiyâr li ta'lîli'l-Muhtâr* (Kahire: Matbaatu'l-Halebî, 1356/1937), 2: 5; Dusûkî, *Hâşiyetu'd-Dusûkî*, 3: 24.

11 Nevevî, *el-Mecmû'*, 9: 298; Ebû İshak İbrahim b. Muhammed İbn Müflih, *el-Mübdî' fi şerhi'l-Mukni'* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1418/1997), 4: 25.

12 Alâüddin Ebû Bekr b. Mes'ûd el-Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi' fi tertîbi's-şerâi'* (b.y.: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1406/1986), 5: 295; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2: 5.

13 Nevevî, *el-Mecmû'*, 9: 291; Dusûkî, *Hâşiyetu'd-Dusûkî*, 3: 25.

14 İbn Müflih, *el-Mübdî'*, 4: 25-26; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6: 33.

mel kriter, görülen kısmın mebinin tamamı hakkında fikir vermesi durumunda görmenin gerçekleşmiş olmasıdır.¹⁵ Hanefilere göre müşterinin, kıyemi mebinin bir kısmını görmesi durumunda akit caiz olmakla beraber görme muhayyerliği sakıt olmaz. Misli mallarda ise mebinin bir örneğini görmek, tamamını görmek gibi kabul edilir ve muhayyerlik sakıt olur.¹⁶ Şafiiler ve Hanbeliler, mebinin bir kısmını görme konusunda ikili bir ayrıma gitmişlerdir. Buna göre görülen kısım mebinin gaip olan kısmının bilinmesine yardımcı oluyorsa akit geçerli (sahih) olur, aksi takdirde ise akit geçersizdir.¹⁷ Malikilerde ise mebinin misli mal olması durumunda bir kısmının görülmesiyle yapılan satım akdi geçerli olur. Ancak mebi kıyemi bir mal ise mezhepteki zahir görüşe göre böyle bir satım akdi geçersizdir.¹⁸

Yukarıda zikredilen satım şekillerinin her biri, gaibin satımı meselesine dahil olup mebinin vasıfları konusunda belirsizlik içermektedirler. Bu sebeple mezhep alimlerinin, söz konusu satım şekilleri konusunda belirsizliği gidermeye yönelik birtakım tedbirler aldıkları görülmektedir. Mebinin bir kısmının görüldüğü akitte, görülen kısmın mebinin tamamı hakkında bilgi verecek nitelikte olması ve tavsif edilerek satımda tavsifin bilinmezliği giderecek yeterlilikte olması şartı söz konusu tedbirler arasında zikredilebilir. Bu tedbirler alındıktan sonra akitte hala mevcut olan az miktardaki gararın görme ve ayıp muhayyerliği ile telafi edilebileceği öngörülmektedir. Nitekim İslam hukukunda akdin sıhhatine etki eden belirsizlik, fahiş derecedeki belirsizlik olup az miktardaki belirsizlik fakihler tarafından doğal ve kaçınılamayacak bir durum olarak karşılanmaktadır. Fukahanın gaip mebinin satımı konusundaki bu tutumu, taraflar arasında anlaşmazlığa sebebiyet verme ihtimalinden dolayı garar içeren satım konusundaki hassasiyetlerinin bir göstergesidir.

2. Madumun (Mevcut Olmayan Malın) Satımında Garar ve Sonuçları

İslam hukukunda satım akdinde mebi ile ilgili getirilen en önemli şartlardan biri de “mevcut olma” şartıdır. Mebinin akit esnasında mevcut olma gerekliliği, fukaha tarafından akitteki belirsizlikleri giderme ve tarafları muhtemel anlaşmazlıklardan koruma amacına matuf olarak getirilmiştir. Mebinin mevcut olma şartı, Hanefi mezhebinde akdin in’ikad şartı olarak görülürken diğer mezhepler meseleyi “madumun satışının yasaklığı” çerçevesinde ele almışlar ve madum malın satımının akdi ifsat edeceğini söylemişlerdir.¹⁹ Netice itibarıyla akit esnasında mevcut olmayan malın satımı, İslam hukukunda mebinin

15 Darîr, *el-Garar*, 438.

16 Ali Haydar Efendi, *Düreru'l-hukkâm*, 1: 325-326.

17 Ebû Zekeriyya Muhyiddin Yahya b. Şeref en-Nevevî, *Ravzatu't-tâlibîn* (Beyrut: Dâru İbn Hazm, 1423/2002), 513-514; İbn Müflih, *el-Mübdî'*, 4: 24.

18 Dusûkî, *Hâşiyetu'd-Dusûkî*, 3: 24.

19 Güney, *Satım Akdi Özelinde İslam Borçlar Hukukunda Garar*, 207.

vasıflarının tam olarak bilinmemesi ve özellikle teslim edilmesi noktasında belirsizlik meydana gelmesi sebebiyle yasaklanmıştır.

Madum malın satımında garar konusu, gelecekte mevcut olması kesin ve şüpheli mallar için ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Zira söz konusu belirsizlik her iki durumda aynı değildir. Bu kısımda öncelikle madumun satımı konusu, gelecekte mevcut olması kesin ve şüpheli mallar için ayrı ayrı ele alınacak, akabinde ise mezhep ulemasının konuya dair görüşlerine yer verilecektir.

Gelecekte Mevcut Olması Şüpheli Malın Satımı: Satım akdinde mevcut olmayan malların bir kısmının gelecekteki mevcudiyeti şüphelidir. Satım akdinde mevcut olmayan mallar, tam madum ve kısmi madum olmak üzere ikiye ayrılır. Henüz cenin halinde bile olmayan hayvan yavrusu, tomurcuk halinde bile olmayan ağaç meyvesi tam madum mala örnek olarak verilebilir. Bu örneklerde de görüldüğü üzere tam madum mallar, akit anında hiçbir şekilde mevcut değildir.²⁰ Netice itibarıyla henüz cenin haline bile gelmemiş yavrunun ve tomurcuk haline gelmemiş meyvenin satımı, madumun satımı mesabesinde ve batıldır.²¹ Bu mahiyetteki bir belirsizlik, fahiş garar içermektedir. Kısmî madum malda ise başlangıç ve asıl mevcuttur. Verilen örneklerde, hayvanın cenin halinde yahut meyvenin tomurcuk halinde mevcut olduğu durumlarda mebi, kısmî madumdur. Mebinin gerek tam madum, gerekse kısmî madum olduğu durumda gelecekte mevcut olacağı konusunda bir kesinlik söz konusu değildir.²²

Fakihlere göre cenin halindeki yavrunun satımındaki butlanın gerekçesi; hayvanın hamile olup olmadığının, hamile ise doğacak yavrunun vasıflarının ve sağ doğup doğmayacağını kesin olarak bilinmemesidir.²³ Günümüz teknolojisiyle anne karnında yavru olup olmadığının tespiti mümkün olsa bile söz konusu akit, mebinin vasıfları ve teslim edilebilirliği konusunda garar içermeye devam etmektedir. Tomurcuk halindeki meyvenin satımı ise bu tomurcuğun afetten emin olunacak kadar büyümüş olması durumunda caizdir.²⁴ Meyvenin, afetten emin olunamayacak kadar küçük olması durumunda ise Hanefiler, meyvenin ağaç üzerinde bırakılıp bırakılmamasına bakarlar. Eğer akit, meyvenin ağaç üzerinde bırakılması şartıyla yapılmışsa caiz değildir. Ancak akdin kurulmasından sonra meyvenin toplanıp teslim alınması şartıyla yapılmışsa caizdir. Şafiiler ise afetten emin olunmayacak kadar küçük

20 Güney, Satım Akdi Özelinde İslam Borçlar Hukukunda Garar, 212.

21 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, 5: 138; Ebû İshâk Cemâlüddîn İbrâhîm b. Ali eş-Şîrâzî, *el-Mühezzebe fî fikhi'l-İmam eş-Şâfiî* (b.y.: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, ts.), 2: 18; İbn Müflih, *el-Mübdî'*, 4: 27.

22 Güney, Satım Akdi Özelinde İslam Borçlar Hukukunda Garar, 212.

23 Şîrâzî, *el-Mühezzebe*, 2: 18.

24 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, 5: 138.

meyvenin satımını, mutlak olarak caiz görmezler.²⁵ Burada fakihlerin, meyvenin afetten emin olması konusundaki hassasiyeti, mebinin teslim edilebilirliği noktasında akdi belirsizlik ve garardan arındırma amacına yöneliktir. Neticite itibariyle fukaha, akit esnasında madum olup gelecekte de tesliminde şüphe bulunan bir malı akde konu etmekten kaçınmıştır. Nitekim böyle bir akit, fahiş garar içereceğinden bâtil olur.

Gelecekte Mevcut Olması Kesin Malın Satımı: Gelecekte var olacağı kesin mebiye, buğdayın içindeki un ile susam veya sütteki yağ örnek olarak verilebilir. Bu tür mallar, klasik fıkıh eserlerinde madum olarak değerlendirilmiş olup bunlar mahsul olarak ortaya çıkarılmadan satımlarına cevaz verilmemiştir. Unun henüz buğdayın içindeyken satılması veya canlı hayvanın etinin satılması durumlarında, mebinin mevcut olması sebebiyle satışta belirsizlik bulunmadığı gerekçesiyle bu yasaklamaya itiraz edilmiştir. Nitekim satım esnasında buğdayın içerisindeki un ve canlı hayvanın eti mevcuttur. Ancak burada göz önüne alınması gereken iki belirsizlik sebebi daha vardır. Bu sebepler, mebinin niteliğinin bilinmemesi ve mebinin tesliminin ek masraflar gerektiriyor olmasıdır.²⁶ Bu belirsizlik sebepleri, fahiş belirsizlik kapsamında olup akdin sıhhatine etki edecek mahiyettedir.

2.1. Madumun Satışı Konusunda Mezheplerin Görüşleri

Mebinin akit esnasında mevcut olmaması, onun müşteriye teslimi noktasında belirsizlik meydana getireceğinden madumun satışı fakihlerin çoğunluğu tarafından yasaklanmıştır. Fukaha, madumun satışının yasaklığı ile ilgili çeşitli hadisleri delil getirmiştir. Hz. Peygamber'in garar içeren satım akdinden nehyettiğine dair olan rivayet²⁷ ile kişinin yanında olmayan şeyi satmasını yasaklayan hadis²⁸ bunlardandır. Bu hadiste Hâkim b. Hizâm'ın sorusu üzerine Hz. Peygamber, kişinin yanında olmayan malı satmasının yasaklığını ifade eden bir cevap vermektedir. Çalışmanın bu kısmında, dört mezhep âliminin madumun satımı ile ilgili görüşlerine yer verilecektir.

Hanefilerde madumun satışı caiz değildir. Mezhepte bu yasaklamanın temel gerekçesi, madumun ele alınması ve saklanması mümkün olmamasından dolayı mal olarak görülemeyeceği anlayışıdır. Zira fıkhıta mal olmayanın satışı yasaklanmıştır, dolayısıyla madumun satışı da batıldır. Buna örnek olarak, Hanefilerde kişinin akit anında mülkiyetinde olmayan belli bir miktar buğdayı satması verilmektedir. Böyle bir satım akdi, Hanefilere göre

25 Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed es-Serahsi, *el-Mebsût* (Beyrut: Dâru'l-Marife, 1413/1993), 12: 195.

26 Güney, *Satım Akdi Özelinde İslam Borçlar Hukukunda Garar*, 226.

27 Müslim, "Büyû", 4; İbn Mâce, "Ticârât", 23; Ebû Dâvud, "Büyû", 24; Tirmizî, "Büyû", 17; Nesâî, "Büyû", 27.

28 İbn Mâce, "Ticârât", 20; Ebû Dâvud, "İcâre", 68; Tirmizî, "Büyû", 19; Nesâî, "Büyû", 60.

madumun satışı olarak kabul edildiğinden batıl görülmüştür.²⁹ Mezhepte madumun satışının iki istisnası; selem ve ıstısnâ' akitleridir. Kişinin malik olmadığı malı satmasına, selem ve ıstısnâ' akitleri vasıtasıyla cevaz verilmiştir. Bununla beraber, bu akitlerin sahih olabilmesi için bazı özel şartların yerine getirilmesi gerekir.

Şafii, Maliki ve Hanbeli mezheplerinde de madumun satışı batıldır. Buradaki butlan hükmü, Hz. Peygamber'in (sav) kişinin yanında olmayan malı satmasıyla ilgili yasağına ve mebinin tesliminin belirsizliği sebebiyle akitte oluşan garara binaen verilmiştir. Ayrıca fukaha, madumun satışının butlanı konusunda icma bulunduğunu ifade etmiştir.³⁰ Kişinin malik olmadığı malı satması da teslimin belirsizliği sebebiyle bu çerçevede değerlendirilmiş ve yasaklanmıştır. Havadaki kuşun ve sudaki balığın satımı buna örnek olarak gösterilebilir.³¹ Ayrıca mebinin kolaylıkla alınabilecek bir mesafede olması durumunda teslimin gerçekleşmiş kabul edileceği ve böyle bir akitte garar olmadığı ifade edilmiştir. Ancak mebinin teslim alınmasında zorluk ve meşakkat bulunuyorsa garar sebebiyle akit batıldır.³²

İbn Teymiyye ve İbn Kayyim'in madumun satışına dair görüşleri, klasik dönem fukahasına nispetle esneklik arz etmektedir. Bu iki alime göre madumun satışı konusunda esas nokta, garar ilkesidir. Daha açık bir ifadeyle söz konusu yasağın illeti mebinin mevcut olmaması değil, bu akdin garar barındırmasıdır. Garar barındırmadığı sürece madum malın satımında bir sakınca yoktur. Onlara göre burada söz konusu olan durum, derhal teslim şartıyla madumun satışının yasak olmasıdır. Zira daha sonra mevcut olacağı kesin olan madum malın vadeli satımında bir sakınca yoktur.³³

Fıkıh alimlerinin madumun satışının yasaklığı konusundaki hassasiyetleri, satım akdinin mebinin teslimi konusunda garar içermesi sebebiyledir. Bununla beraber selem ve ıstısnâ' akitlerinde madumun satımına, konuyla ilgili rivayetlere ve toplumun yaygın teamülüne dayanarak istisnai olarak cevaz verilmiştir. Madumun satımı konusunun, bu hususta örf meydana gelmesi ve ihtiyaç hâsıl olması gerekçesiyle caiz olabileceği yönündeki anlayış, usûl-ü fıkıh kuralları çerçevesinde değerlendirilmelidir. Madumun satımına ihtiyaç duyulması hususunda ise ihtiyacın boyutu, şiddeti ve kapsamına bakılmalıdır. Necmettin Güney'e göre, madum malın satımının yasaklığı genel

29 Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-hukkâm*, 1: 177.

30 Nevevî, *el-Mecmû'*, 9: 258; Muhammed b. Abdullah el-Haraşî, *Şerhu Muhtasarı Halîl* (Beyrut: Dâru'l-Fikr, ts.), 5: 223; İbn Müflih, *el-Mübdî'*, 4: 23.

31 Nevevî, *el-Mecmû'*, 9: 259.

32 İbn Müflih, *el-Mübdî'*, 4: 23.

33 Ebu'l-Abbâs Takıyyüddîn Ahmed b. Abdilhalîm İbn Teymiyye, *Mecmû'u'l-Fetâvâ* (Medine: Mecmeu'l-Melik Fehd, 1416/1995), 20: 542-543; Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ebî Bekr İbn Kayyim el-Cevziyye, *I'lâmu'l-muvakkîn an rabbi'l-âlemîn* (Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1411/1991), 2: 7.

ilke olarak kabul edilmelidir. Bununla beraber, madumun satımına ihtiyaç hasıl olduğu durumlarda ruhsat verilmelidir.³⁴

2.2. Mebinin Kabzdan Önce Satımında Garar ve Sonuçları

İslam hukukunda satım akdinde henüz kabzedilmemiş mebinin bir başkasına satılması durumu, taraflar arasında anlaşmazlığa müsait bir vaziyettir. Nitekim bu durumdaki mebi herhangi bir sebeple helak olma riskiyle karşı karşıyadır. Bu risk sebebiyle akitte mevcut olan bilinmezlik ve garar, akdi geçersiz kılacak mahiyettir. Bu sebeple fakihler, mebinin kabzdan önce (satım, icâre gibi) ıvazlı bir akde konu edilmesi hususunda hassas davranmışlardır. Teberru akitlerinde ise niza ihtimali daha az olduğundan bu tür akitler söz konusu yasağın kapsamına dâhil edilmemiştir. Nitekim fakihlerin bir kısmı, konuyla ilgili nakli delilleri yorumlarken asıl gayenin, nizaa yol açabilecek kararı ortadan kaldırmak olduğunu ifade etmişlerdir.³⁵

Konuyla ilgili delili, Hz. Peygamber (sav)'den rivayet edilen hadisler teşkil etmektedir. Kabzdan önce satımın yasaklığı konusunda delil olarak kullanılan rivayetler, çoğunlukla gıda maddesinin ölçümden önce satımını yasaklayan,³⁶ satın alınan gıda maddesinin nakledilmeden satımını yasaklayan,³⁷ kişinin yanında olmayan şeyi satmasını yasaklayan³⁸ ve garar içeren satımı yasaklayan hadisten³⁹ oluşmaktadır. Söz konusu hadisler, fukaha tarafından farklı şekillerde yorumlanmıştır. Bu farklı yorumlamaların neticesinde kabz öncesi satım yasağına konu olan malların kapsamı hakkında farklı görüşleri sürülmüştür. Bununla beraber fukahanın, söz konusu yasağı genellikle garar ile gerekçelendirdikleri görülmektedir. Çalışmanın bu kısmında, dört mezhep ulemasının kabzdan önce satım yasağı ile ilgili görüşlerine yer verilecektir.

2.3. Kabz Öncesi Satım Hakkında Mezheplerin Görüşleri

İslam uleması, bazı malların kabz öncesi satımının yasak olduğu konusunda ittifak etmiştir. Bununla beraber hangi tür malların bu kapsamda olduğu hususunda ve bu yasağın tüm mülk edinme yolları hakkında genel mi, yoksa bazılarına özel mi olduğu hususunda ihtilaf halindedirler.⁴⁰

34 Güney, Satım Akdi Özelinde İslam Borçlar Hukukunda Garar, 211.

35 Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hukkâm*, 1: 236.

36 Buhârî, "Büyû", 54; Müslim, "Büyû", 30, 31, 32, 34; Ebû Davud, "İcâre", 65; Tirmizî, "Büyû", 56; Nesâî, "Büyû", 55.

37 Müslim, "Büyû", 33, 34; Ebû Dâvud, "İcâre", 65.

38 İbn Mâce, "Ticârât", 20; Ebû Dâvud, "İcâre", 68; Tirmizî, "Büyû", 19; Nesâî, "Büyû", 60.

39 Müslim, "Büyû", 4; İbn Mâce, "Ticârât", 23; Ebû Dâvud, "Büyû", 24; Tirmizî, "Büyû", 17; Nesâî, "Büyû", 27.

40 Sıddîk Muhammed Emîn ed-Darîr, "el-Kabz: suveruhû, ve bi hâssati'l-müstecidde minhâ ve ahkâmuhâ", *Mecelletü Mecme'l-Fıkhî'l-İslami*, 6/1 (1990): 478.

Hanefî mezhebinde konuyla ilgili olarak zikredilen genel kaide, akitlerde helakiyle akdin münfesihi olduğu bedellerde kabzdan önce tasarrufun yasak; helakiyle akdin münfesihi olmadığı bedellerde ise kabzdan önce tasarrufun caiz oluşudur.⁴¹ Bu kaideden hareketle Hanefilerde menkul malın kabzedilmeden önce satımının yasak olduğu konusunda ittifak vardır. Gayrimenkul malın kabzedilmeden satımı ise Ebû Hanife ve Ebû Yusuf'a göre istihsânen caizdir. İmam Muhammed ve Züfer ise gayrimenkulün de kabzdan önce satılmasının yasak olduğu görüşündedirler.⁴²

Hanefilerin, menkulün kabzdan önce satımının yasak oluşu konusundaki akli gerekçesi, menkul malın kabzedilmeden önce taşıdığı helak olma riski sebebiyle söz konusu akitte mevcut olan garardır. Satın alınan menkul malın kabzedilmeden önce satılması durumunda mal helak olursa ilk akit batıl olur, buna bağlı olarak ikinci akit de münfesihi olur. Dolayısıyla kabzedilmeyen malın satımında mebinin teslimi konusundaki garar, söz konusu akdin fesadına yol açmaktadır.⁴³ Nitekim yukarıda geçtiği üzere Hz. Peygamber garar içeren akitleri yasaklamıştır. Bu hususta menkul malın ilk satıcısına yahut üçüncü bir kişiye satılması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.⁴⁴

Ebû Hanife ve Ebû Yusuf'un, gayrimenkulün kabzdan önce satımına istihsânen cevaz vermesi bu tür malların helak ihtimalinin nadir olması sebebiyledir. Şeyhayn, akde ehil olan kimselerin mütekavvim mal üzerinde yaptıkları satım akdinde asıl olanın sıhhat olduğu görüşündedirler. Onlara göre garar sebebiyle kabz öncesi satımın yasak olması arızî bir durumdur. Helak riski sebebiyle akitte mevcut olan garar, gayrimenkulün satımında söz konusu olmadığından, illet sebebiyle arızî olarak gelen yasaklık hükmü de ortadan kalkar ve gayrimenkulün kabzdan önce satımı caiz olur.⁴⁵ Bununla beraber onlar, gayrimenkulün deniz kenarında veya üst katta olması gibi helak riskinin mevcut olduğu durumlarda menkul gibi hüküm vermişler ve bu tür gayrimenkulün kabzdan önce satımının yasak olduğunu söylemişlerdir.

Şafiî mezhebine göre malın kabz öncesi satımı mutlak olarak yasaktır. Malın menkul veya gayrimenkul olması yahut gıda maddesi olup olmaması durumu değiştirmez. Aynı şekilde satım için satıcının izninin bulunması veya semenin ödenmiş olması (yani satıcının hapis hakkının olmaması) da durumu değiştirmez.⁴⁶ Şafiîlerin bu konuda getirdiği delil, kişinin kabzetmediği malda mülkiyetinin istikrar bulmayacağı düşüncesidir. Ayrıca kabzedilmemiş malın

41 Kâsani, *Bedâiu's-sanâi'*, 5: 181; İbn Âbidin, *Reddü'l-muhtar*, 7: 370; Ali Haydar Efendi, *Düreru'l-hukkâm*, 1: 236.

42 İbn Âbidin, *Reddü'l-muhtar*, 7: 369.

43 Kâsani, *Bedâiu's-sanâi'*, 5: 180; İbn Âbidin, *Reddü'l-muhtar*, 7: 369; Ali Haydar Efendi, *Düreru'l-hukkâm*, 1: 237.

44 Kâsani, *Bedâiu's-sanâi'*, 5: 180.

45 Kâsani, *Bedâiu's-sanâi'*, 5: 181; İbn Âbidin, *Reddü'l-muhtar*, 7: 369.

46 Nevevî, *el-Mecmû'*, 9: 319, 326.

teslimden önce helak olma ihtimali de bir diğer akli gerekçedir. Malın helak olma ihtimalinin bulunması, teslimin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinde kesinlik olmaması anlamına gelir. Bu durum da garar barındırdığı için caiz görülmemiştir.

Şafiîler, Ebû Hanife ve Ebû Yusuf'un gayrimenkulün helakinin nadir olduğu veya tasavvur edilemeyeceği gerekçesiyle bu tür malları yasağın dışında tutmalarını da kabul etmemektedirler. Nitekim Şafiî alim Nevevî, kendi zamanında mevcut olan pek çok akarın helak riskine maruz olduğunu ifade etmektedir.⁴⁷

Malikî mezhebinde gıda maddesi dışındaki mebinin kabzdan önce satımının caiz olduğu noktasında ihtilaf bulunmamaktadır. Gıda maddesinden ribevi olanların kabzdan önce satımının yasak olduğu konusunda da bir ihtilaf yoktur. Bununla beraber ribevi olmayan gıda maddesi hakkında İmam Malik'ten rivayet edilen iki görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden meşhur olanı ve mezhepte kabul edileni, ribevi olmayan gıda maddesinin de kabzdan önce satımının yasak olduğu şeklindedir.⁴⁸

Malikîlerin konuyla ilgili dayanağı, gıda maddesinin kabzdan önce satımını yasaklayan hadislerin delîlü'l-hıtâbıdır.⁴⁹ Nitekim Malikîlerde nassların delîlü'l-hıtâbının akli bir delil olarak kullanıldığı bilinmektedir. Buna göre nassda zikredilmeyenin hükmü, zikredilenin hükmünün zıddı şeklinde sabit olur.⁵⁰ Dolayısıyla hadislerde zikredilmeyen gıda maddesi dışındaki malların hükmü, bu malların kabzdan önce satımının caiz oluşudur. Netice itibarıyla Malikîlerde kabzetmeden satma yasağı (keyli, vezni veya adedi olsun) ölçüme tabi tutularak satılan gıda maddelerine münhasırdır. Mezhepte getirilen akli gerekçe ise gıdanın kabzdan önce satımının ribaya ve îne satışına yol açma tehlikesidir.⁵¹

Hanbelîler, kabzetmeden satma yasağı konusunda kural olarak kabzdan önce helakiyle akdin batıl olacağı mallarda kabzdan önce tasarrufun yasak; kabzdan önce helakiyle akdin batıl olmayacağı mallarda ise tasarrufun caiz olduğu görüşündedirler.⁵² Hanbelî mezhebinde kabzdan önce satım yasağına konu olan mallar, ölçüme tabi olarak satılan mallardır. Buna mukabil, ölçüme

47 Nevevî, *el-Mecmû'*, 9: 328.

48 Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid* (Kahire: Dâru'l-Hadîs, 1425/2004), 3: 163.

49 Ebu'l-Abbas Şihâbuddin el-Karâfi, *ez-Zahîra* (Beirut: Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, 1415/1994), 5: 133.

50 Adem Çiftçi, *İbn Rüşd'ün Fıkıh Usûl ve Pratiğinde Delîlü'l-Hıtâb* (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, 2007), 31.

51 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 3: 164-166.

52 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6: 191.

tabi olmaksızın satılan malların kabzetmeden başkasına satımı caiz görülmüştür.⁵³ Üzerinde tevfiye hakkı⁵⁴ bulunan malların ölçümden önce taayyün etmemesi sebebiyle nehyi bu tür mallara münhasır kılmışlardır. Örneğin, bir yığının içerisinde bulunan bir kilo buğday taayyün etmemiştir, dolayısıyla kabzedilmeden satımı caiz değildir. Aynı buğdayın götürü usulü satılması durumunda ise mebi taayyün etmiş kabul edilir ve kabzedilmeden satımı caiz olur.⁵⁵ Buradaki tayin, kabz mesabesinde görülmüştür.⁵⁶

Hanbelîlerin bu konudaki delili, Hz. Peygamber'in "*Kim bir yiyecek satın alırsa, ondaki hakkını tam olarak alana kadar – teslim alana kadar – onu satmasın*" şeklindeki hadis-i şerifidir. Hanbelîler, Hz. Peygamber döneminde ağırlık ve hacim ölçüsüne tabi olarak satılan malların çoğunu gıda maddelerinin oluşturması sebebiyle hadiste gıdanın zikredildiğini söylemektedirler.⁵⁷ Mezhep ulemasının bu yorumundan, yasaklık hükmünün gıda olsun olmasın ölçüme tabi olarak satılan tüm malları kapsadığı anlaşılmaktadır. Hanbelîler ayrıca sayıyla ve uzunluk ölçüsüyle satılan malları da kıyas yoluyla ağırlık ve hacimle ölçülen mallara hükmen dâhil etmişlerdir. Onların yaptığı bu kıyasın illeti, bu tür mallarda da ağırlık ve hacimle ölçülen mallarda olduğu gibi tevfiye hakkı bulunmasıdır.⁵⁸

Hanefî ve Şafiî mezheplerinin bu noktada yasağın sınırlarını genişleten bir tutum sergiledikleri göze çarpmaktadır. Bu iki mezhebe göre söz konusu hadislerin illeti, öncelikle kabzedilmemiş malın satımında mevcut olan belirsizliktir. Bu belirsizlik, akdi fesada götürecektir niteliktedir. Şeyhaynın gayrimenkulü yasaktan istisna etmesi de mantıki açıdan yasağın illeti ile uyuşan bir tutumdur. Hanbelî mezhebinin de kabzdan önce satım yasağını garar ile gerekçelendirdiği görülmektedir.

3. Online Alışverişlerde Teslim İşleminde Garar ve Sonuçları

İnternet üzerinden alışveriş, son dönemde yaygınlaşan ve özellikle genç kuşak tarafından daha fazla benimsenen bir olgudur. İnternet alışverişi, müşteriye vakit kazandırması ve geniş bir pazarda ürünler ile fiyatları karşılaştırma imkânı sunması gibi sebeplerle tercih edilen bir yöntemdir. Bununla beraber

53 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6: 181; Mansur b. Yunus el-Buhûtî, *Keşşâfu'l-kimâ' an metni'l-İknâ'* (Beyrut: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 1403/1983), 3: 241.

54 Tefviye hakkı, ölçüme tabi olarak satılan malların tesliminde satıcı tarafından ölçümün yapılmasına ilişkin müşteri lehine terettüp eden haklıdır.

55 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6: 181.

56 İbn Müflih, *el-Mübdî'*, 4: 117.

57 İbn Müflih, *el-Mübdî'*, 4: 116; Buhûtî, *Keşşâfu'l-kimâ'*, 3: 241.

58 Buhûtî, *Keşşâfu'l-kimâ'*, 3: 241.

birçok tüketici, güvenlik kaygısı ve satıcıyla ürünü birebir görmeden malı satın alma gibi sebeplerle online alışverişe temkinli yaklaşmaktadır.⁵⁹ Ayrıca satın alınan ürünün teslimi noktasında teslimin zamanı, yeri ve gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusundaki belirsizlikler tüketicilerin online alışveriş tercihlerini olumsuz etkileyen unsurlardır. Çalışmanın bu kısmında online alışveriş, İslam hukuk kuralları çerçevesinde ürünün vasıfları ve tesliminde belirsizlik bulunup bulunmaması açısından değerlendirilecektir.

3.1. Online Alışverişte Takip Edilen Süreç

Konuyu İslam hukuku açısından değerlendirmeye geçmeden önce online alışverişte sürecin nasıl işlediğini görmekte yarar vardır. Online alışverişte tüketici, firmanın kendi internet sitesini veya marka/firma sınırı olmaksızın bu hizmeti sağlayan siteleri kullanarak alışveriş yapmaktadır. Burada müşteri, satın alacağı ürüne karar verdikten sonra sitedeki yönlendirmeleri takip ederek satın alma işlemini tamamlar. İşlem esnasında müşteriden adres, e-posta adresi ve telefon numarası gibi kişisel bilgiler istenir. Ardından müşterinin ödeme tercihini yapması istenir. Ödeme yöntemi olarak kapıda ödeme veya kartla ödeme şeklinde iki alternatif sunulur. Bazı siteler sadece kartla ödemeyi kabul etmektedir. Ayrıca satıcının hesabına eft gönderme gibi başka seçenekler de bulunmaktadır.

Müşterinin kartla ödemeyi tercih etmesi durumunda, kendisinden banka/kredi kartı bilgileri talep edilir. Müşteri kart numarasını ve ilgili diğer bilgileri girdikten sonra ürünün bedeli tahsil edilir. Ödeme tamamlandıktan sonra genellikle müşterinin mail adresine siparişin özeti gönderilir. Burada sipariş verilen ürüne dair bilgiler yer almaktadır. Bundan sonra sipariş edilen ürün, anlaşmalı kargo şirketi tarafından beyan edilen adrese teslim edilir.

Online alışverişte sipariş onayından önce müşteriden mesafeli satış sözleşmesini okuyup kabul etmesi istenir. Bu sözleşmede, satıcı ile müşterinin hak ve sorumluluklarına dair düzenlemeler yer almaktadır. Müşteri sözleşmeyi kabul etmekle, orada belirtilen sorumlulukları üstlendiğini de beyan etmiş olmaktadır. Ancak günümüzde internette alışveriş yapan çoğu müşterinin bu sözleşmeyi okumadan alışverişini tamamladığı görülmektedir. Bu durum, olası bir mağduriyet halinde müşterinin hak iddia etmesini hukuki olarak engellemektedir. Bu sebeple mesafeli satış sözleşmesinin müşteriler tarafından okunması, herhangi bir belirsizlik veya mağduriyet durumunda problemin sağlıklı bir şekilde çözüme kavuşturulmasını kolaylaştıracaktır.

59 Seden Algür – Funda Cengiz, “Türk Tüketicilere Göre Online (Çevrimiçi) Alışverişin Riskleri ve Yararları”, *Journal of Yaşar University* 22/6 (2011): 3667.

3.2. İslam Hukukuna Göre Online Alışverişin Mahiyeti

İslam hukukunda online alışverişi, elçi vasıtasıyla yapılan satım akdine benzetmek mümkündür. Nitekim burada alıcı ve satıcılar birbirleriyle yüz yüze iletişime geçmemekte, alışverişi üçüncü bir vasitanın devreye girmesiyle tamamlamaktadırlar. Bu üçüncü vasitanın, klasik dönemde genellikle elçi veya elçinin getirdiği mektup olduğu görülmektedir. Elçinin satım akdi kurmak için asil tarafın irade beyanını iletmesi icap mesabesindedir ve icap karşı tarafa iletildiği anda akit meclisi teşekkül etmiş olur. Online alışverişte de alıcı ve satıcıların bulunduğu internet ortamı, tarafları bir araya getirmesi açısından elçi benzeri işlev yapmaktadır.

İslam hukukunda elçinin icabı karşı tarafa ulaştırmasıyla akit meclisi teşekkül etmiş olmaktadır. İnternet alışverişi açısından bakıldığında ise müşterinin ürünü görüp incelemesiyle meclis teşekkül eder. Müşterinin ürünü sipariş vermesi ise kabul mahiyetinde bir işlemdir. Satıcı, müşteri tarafından sipariş verilene kadar satışa sunduğu ürünü geri çekme ve internet sitesinden kaldırma hakkına sahiptir. Bu, klasik fıkihtaki rücu muhayerliğidir. Ancak sipariş verildikten sonra kabul gerçekleşmiş sayılır ve akit her iki taraf için de bağlayıcı hale gelir.

Burada satıcı olan firma, anlaşmalı olduğu kargo şirketine teslim konusunda vekâlet vermiş olmaktadır. Dolayısıyla satım akdindeki teslim işlemi akdin hukukundan kabul edildiği için teslim ile ilgili hak ve borçlar vekile, yani kargo şirketine aittir. Mebinin teslimi esnasında oluşan hasardan ise kasıt, ihmal ve kusuru olmadığı müddetçe kargo şirketi sorumlu değildir. Online alışverişte müşteri, kural olarak görmediği bir malı satın aldığı için görme muhayerliğine, mebinin ayıplı çıkma ihtimalinden dolayı da ayıp muhayerliğine sahiptir.

İslam hukukunda akdin kurulmasına dair ele alınan en önemli hususlardan biri, bağlayıcılık konusudur. İnternet alışverişlerinde bağlayıcılık çerçevesinde tartışılan meseleler, icabın mahiyeti ile sözleşmenin hazırlar arasında olup olmadığıdır. Türk hukukuna göre sözleşmenin “hazır olanlar” arasında mı, yoksa “hazır olmayanlar” arasında mı yapıldığını belirleyen unsur, tarafların doğrudan iletişim kurabilme imkânıdır. Türk Borçlar Kanunu’nun 4/2. maddesine göre, bilgisayar ve telefon gibi iletişim araçlarıyla doğrudan iletişim sırasında yapılan icap, hazırlar arasında yapılmış sayılır.⁶⁰ Buna göre söz konusu iletişim araçları kullanılsa bile doğrudan iletişim kurulmadığı durumlarda icap ve kabul, hazır olmayanlar arasında gerçekleşmiş kabul edilir. Sözleşmenin hazır olanlar ya da olmayanlar arasında kurulması, icabın bağ-

60 Mevzuat Bilgi Sistemi, “Türk Borçlar Kanunu”, erişim: 26 Nisan 2019, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf>.

layıcılık süresi ve kabulün anında muhataba yöneltilip yöneltilmemesi açısından önem arz etmektedir.⁶¹ Burada icabı yapan tarafın bağlayıcılık süresi, icabın karşı tarafa ulaşma süresinin ve muhatabın düşünüp irade beyanını iletme süresinin toplamından ibarettir.⁶²

Sözleşmenin sağlıklı şekilde kurulması açısından internet alışverişlerinde icap ile icaba davet arasındaki farkın izah edilmesi önem arz etmektedir. Bir ifadenin/beyanın icap olup olmadığını anlamada temel nokta, beyanı yöneltenin bağlanma iradesidir. Bağlanma iradesi durumdan anlaşılıyorsa, aksi belirtilmedikçe bu bir icap kabul edilir. Türk Borçlar Kanunu'nun konuya dair 8. maddesi şöyledir:⁶³

“Öneren, önerisi ile bağlı olmama hakkının saklı olduğunu açıkça belirtirse veya işin özelliğinden ya da durumun gereğinden bağlanma niyetinde olmadığı anlaşılırsa, önerisi kendisini bağlamaz.

Fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır.”

Borçlar Kanunu'nun yukarıdaki hükmü emredici bir hüküm olmayıp, kişinin bağlanma iradesi konusunda aksini belirtmesi mümkündür. Kişinin beyanıyla hukuki açıdan bağlı olmadığını açıkça ifade etmesi durumunda icap değil, icaba davet gerçekleştirilmiş olur. Burada kişi, karşı tarafı bir icapta bulunmaya davet etmiş olmaktadır. Ayrıca işin özelliğinden veya durumun gereğinden de kişinin bağlanma niyetinde olmadığı anlaşılabilir. Ürünün reklam amaçlı sergilenmesi buna örnek olarak verilebilir. Burada ürünü sergileyenin, o ürünü satma amacında olmadığı açıktır. Bu itibarla internet sitesinde ürünün reklam amaçlı teşhirini icaba davet olarak; satış amaçlı teşhirini ise icap olarak yorumlamak mümkündür.

3.3. Online Alışverişte Müşteri Açısından Garar Barındıran Durumlar

Online alışverişte müşteri açısından belirsizlik barındıran durumlar, temelde mebinin vasıflarındaki ve kusursuz olarak teslim edilebilirliği noktasındaki belirsizliktir. Çalışmanın bu kısmında mebinin vasıflarındaki ve teslimi noktasındaki belirsizlik ayrı ayrı değerlendirilecektir.

3.3.1. Online Alışverişte Mebinin Vasıflarındaki Belirsizlik

Online alışverişte mebinin vasıfları konusundaki belirsizlik, mebinin müşteri tarafından görülmemesinden kaynaklanmaktadır. Burada öne çıkan nokta, internet sitesinde satıcı tarafından ürünün özellikleri hakkında bilgilendirme

61 N. Engin Sokullu, “Sözleşmenin Kurulması İcap ve Kabul”, erişim: 26 Nisan 2019, <https://ozay.av.tr/publication/sozlesmenin-kurulmasi-icap-ve-kabul>.

62 İstanbul Üniversitesi Hukuk Ders Notları, “Hukuki İşlem (Sözleşme)”, erişim: 26 Nisan 2019, <https://borclarhuku.wordpress.com/2-hukuki-islem-sozlesme/>.

63 Mevzuat Bilgi Sistemi, “Türk Borçlar Kanunu”, erişim: 26 Nisan 2019, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf>.

yapılması meselesi ile ürünün bir örneğinin fotoğrafının siteye konulmasının görme muhayyerliğini düşürüp düşürmediği konusudur. Burada mebinin misli ve kıyemi mal olma durumlarını ayrı ayrı değerlendirmek yerinde olacaktır.

Satım akdinde mebinin görülmüş sayılması için klasik eserlerdeki kriter, mebi hakkında genel anlamda bilgi verecek bir görmenin gerçekleşmesidir, yoksa mebinin tamamının görülmesi değildir. Bu bağlamda online alışverişte misli mal cinsinden bir ürünün satımında ürünün bir örneğinin fotoğrafının internet sitesinde yer alması konusu, görme muhayyerliği açısından önem taşımaktadır. Sipariş esnasında ürünün bir örneğinin fotoğrafı ile beraber ürünün boyutu, rengi, cinsi, türü ve yapıldığı malzeme gibi özellikleri hakkında da bilgi verildiği durumlarda ürünün fotoğrafını görmenin, görme muhayyerliğini düşürdüğünü kabul etmek zor görünmektedir. Nitekim çoğu durumda internet sitesine konulan fotoğraf vasıtasıyla ürün hakkında istenen şekilde bilgi edinmek mümkün olmamakta, ürüne ait fotoğrafların müşteriye yanıtılabildiği görülmektedir. Ürünün fotoğrafı, hangi açıdan ve ne kadar mesafeden çekildiğine bağlı olarak bile değişiklik arz etmekte olup müşteriye yanlış yönlendirebilmektedir. Bu açıdan kanaatimizce fotoğrafın varlığı, müşterinin görme muhayyerliğini düşürmemektedir. Burada ürün hakkındaki bilgilendirmeler, söz konusu satım akdini tavsifle satıma daha yakın hale getirmektedir.

Sitede ürüne ait söz konusu açıklamalar bulunmaksızın sadece fotoğraf ile bilgilendirme yapmanın ne derece sağlıklı olduğu hususu da tartışmaya açık bir meseledir. Nitekim fotoğraf vasıtasıyla ürün hakkında belirsizliği giderecek derecede yeterli bilgi edinmek zor görünmektedir. Bu sebeple kanaatimizce sadece fotoğrafın görülmesi, görme muhayyerliğini düşürmez. Ayrıca yukarıda zikredilen muhtemel tüm durumlarda müşterinin ayıp muhayyerliğinin baki olduğunu ifade etmek gerekir. Kıyemi mallarda ise hiçbir mal birbirine tam olarak benzemediği için mebinin örneğinin internet sitesinde gösterilmesi mümkün değildir.

Konuyla ilgili bir diğer muhtemel durum ise fotoğraf olmaksızın ürünün vasıflarının yazılı olarak sitede belirtildiği satım akdidir. Bu durum, klasik eserlerde geçen "tavsifle satım" a benzetilebilir. Ürünün kıyemi bir mal olması durumunda tavsifle satım geçerli olup müşterinin görme ve ayıp muhayyerlikleri bakidir. Bununla beraber ürünün, hakkındaki kapalılıkları giderecek ve niza mahal bırakmayacak derecede tavsif edilmesi gerekmektedir. Ürünün misli mal olması durumunda da akit, tavsifle satım akdi mesabesinde olup satıcının borcu zimmete taalluk eder. Satıcı, sitede vasıflarını belirttiği ürünün mislini müşteriye teslim etmekle yükümlü olur. Bununla beraber müşteri, ürünün rengi veya sair vasıflarına dair özel bir tercihte bulunduyorsa bu tercihin satıcı tarafından dikkate alınması gerekir. Misli malın tavsifle sa-

tımında da müşterinin görme ve ayıp muhayyerlikleri saklıdır. Ayrıca ürünün, müşterinin istediği özelliklere uygun olmaması durumunda müşterinin vasıf muhayyerliği bulunmaktadır.

Online alışverişte, sipariş edilen ürünün özellikleri ile satıcının iletişim bilgileri hakkında müşteriye bilgi verilmelidir. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin 5/1. maddesine göre müşteri, satıcı tarafından sözleşme konusu malın temel nitelikleri, satıcı veya sağlayıcının adı veya unvanı ile açık adresi, telefon numarası ve benzeri iletişim bilgileri, malın tüm vergiler ve ek masraflar dâhil toplam fiyatı ile ödeme, teslimat ve ifaya ilişkin bilgiler hakkında bilgilendirilmek zorundadır.⁶⁴

3.3.2. Ürünün Ayıplı Çıkması veya Olası Hasar İle İlgili Belirsizlik

Konuyla ilgili olarak değinilmesi gereken bir diğer önemli mesele de ürünün ayıplı çıkması durumudur. Ürünün ayıplı çıkması durumunda fıkhen müşterinin ayıp muhayyerliği bulunmaktadır. Ancak burada konumuzla ilgili önem arz eden husus, ayıp muhayyerliğini kullanma noktasında pozitif hukukta ve online alışverişlerde yer alan sözleşmelerde müşterinin tercih hakkının bulunup bulunmadığı meselesidir. Ayrıca ürünün teslimi sırasında oluşabilecek hasardan hangi tarafın sorumlu olduğu hususu da önem arz etmektedir. Bu çerçevede ilgili hususlara dair Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'ne başvurulacaktır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 11/1. maddesine göre, alışverişte ürünün ayıplı çıkması halinde tüketiciye ürünü iade edip bedelini geri alma, başka bir ürünle değişim, kusur oranında bedelden indirim ve ücretsiz onarım talep etme hakkı tanınmıştır. Müşteri, maldaki ayıbı 30 gün içinde satıcıya bildirdiği takdirde bu seçeneklerden birini tercih ederek kusuru telafi ettirebilmektedir.⁶⁵ İlgili maddedeki hükmün, müşteriye İslam hukukundan daha geniş seçenek tanıdığı söylenebilir. Nitekim İslam hukukunda fukahanın çoğunluğuna göre müşterinin, mebide meydana gelen ayıp nedeniyle bedelden indirim talep etme gibi seçenekleri bulunmamaktadır. Müşteriye tanınan tercih hakkı, sadece akdi feshederek mebiyi iade etme ve parasını geri alma yahut akdi devam ettirme konusundadır.⁶⁶

Bilindiği üzere online alışverişte teslimat, kargo şirketi tarafından yapılmaktadır. Müşteri malı fiilen teslim aldığı anda doğrudan satıcı ile değil, kargo şirketinin çalışanı ile muhatap olmaktadır. Bu açıdan müşterinin, teslimatı yapan kişi ayrılmadan ürün paketini açarak kontrol etmesi üründeki muhtemel

64 Resmi Gazete, "Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği", erişim: 27 Kasım 2018, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/11/20141127-6.htm>.

65 Resmi Gazete, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun", erişim: 21 Kasım 2018, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/11/20131128-1.htm>.

66 Ali Bardakoğlu, "Ayıp", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1991), 4: 246-247.

ayıp veya hasarları fark etmesi açısından önem arz etmektedir. Teslimat esnasında üründe ayıp tespit etmesi durumunda müşteri, kargo görevlisine hasar tespit tutanağı tutturarak üründeki ayıbın, tercih edeceği yollardan biriyle telafi edilmesini isteyebilir.

Konuyla ilgili değinilmesi gereken bir diğer mesele ise ürünün teslimi sırasında oluşabilecek hasarlardan kimin sorumlu olacağı konusudur. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin 17/1-2. maddesine göre satıcı, ürünün müşteriye teslimine kadar geçen sürede oluşan kayıp ve hasarlardan sorumludur. Bununla beraber müşterinin, satıcının belirlediği taşıyıcı dışında başka bir taşıyıcı ile ürünün gönderilmesini talep etmesi durumunda, ürünün ilgili taşıyıcıya tesliminden itibaren oluşabilecek kayıp ya da hasardan satıcı sorumlu değildir.⁶⁷ Netice itibariyle ilgili yönetmeliğe göre ürünün, müşteriden gelen talep üzerine satıcının anlaşmalı olduğu kargo şirketinin dışındaki bir şirket vasıtasıyla gönderilmesi durumunda satıcı, teslimat esnasında oluşacak hasardan sorumlu tutulamaz.

Online alışverişle ilgili değinilmesi gereken bir diğer önemli konu gayri maddi malların online satımıdır. Bilgisayar programları ve yazılımları gibi gayri maddi mallarda nelerin ayıp sayılabileceği, akitteki belirsizliği gidermek açısından önem arz etmektedir. Bu çerçevede programda yer alan fonksiyonun düzgün çalışmaması, fonksiyon noksanlığı, kapasite kaybı, hesaplama düşüklüğü ve bilgisayarı yavaşlatan durumların, özellikle de virüslerin varlığı birer ayıp olarak değerlendirilmektedir.⁶⁸ Gayri maddi malların ayıplı çıkması durumunda da hukuki süreç, yukarıdaki gibi işlemekte olup tüketici, seçimlik haklarından birini kullanabilmektedir.

3.3.3. Mebinin Teslimi Konusundaki Belirsizlik

Online alışverişle ilgili değinilmesi gereken bir diğer önemli konu, ürünü teslim yükümlüğü ile teslim tarihine ilişkin problemlerdir. Öncelikle sipariş edilen ürünün teslimiyle ilgili tüm süreçlerden satıcının sorumlu olduğunu belirtmek gerekir. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin 16. maddesine göre satıcı, siparişin kendisine ulaşmasından itibaren en geç otuz gün içinde ürünü müşteriye teslim etmekle yükümlüdür. Ayrıca satıcının teslim dair yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, müşterinin satım akdini feshetme imkânı vardır. Sipariş konusu mal ediminin yerine getirilmesinin imkânsızlaştığı hallerde ise satıcı, bu durumu öğrendiği tarihten itibaren üç gün içinde tüketiciye bildirmek ve varsa teslimat masrafları da dâhil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri bildirim tarihinden itibaren en geç on dört gün içinde

67 Resmi Gazete, "Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği", erişim: 27 Kasım 2018, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/11/20141127-6.htm>.

68 Orhan Kuzu, "Elektronik Mallar Sektöründe Tüketici Hukuku ve Uygulamaları", *II. Tüketici Hukuku Sempozyumu Tebliğ Metinleri* (Ankara: Bilge Yayınevi, 2013), 124-125.

iade etmekle yükümlüdür.⁶⁹ Ayrıca Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin 9/1. maddesine göre müşterinin, malı teslim almasından itibaren on dört gün içerisinde hiçbir sebep göstermeksizin – bazı istisnalar bulunmakla beraber – malı iade etme (cayma) hakkı bulunmaktadır. Buna ilaveten müşterinin, cayma hakkının olduğu durumlarda bu hakkın kullanılma şartları, süresi, usulü ve satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin hususlar hakkında da bilgilendirilmesi gerekmektedir. Mevzuattaki bu şart ve uygulamalar fıkhi açıdan caiz olup sözleşmedeki gararı ortadan kaldırmaya yardımcı olmaktadır.

Bedelin teslimi konusunda ise kapıda ödeme ve kartla sanal ortamda ödeme olmak üzere iki tür teslim yöntemi vardır. Bu yöntemlerden kapıda ödemeyi, satıcının vekiline yapılan ödeme gibi değerlendirmek mümkündür. Online ödeme ise elçi vasıtasıyla yapılan ödemeye benzetilebilir. Burada internet ortamı vasıtasıyla hesaptan bedelin ödendiği kanal, işlevi bakımından elçi gibidir.

Gayri maddi malların teslimi de online alışverişte garar açısından değerlendirilmesi gereken bir konudur. Bu tür mallar, kopyalanıp çoğaltılmasını engellemek amacıyla bazı kodlar veya şifreler aracılığıyla satılmakta olup bunların tesliminde yazılımın kendisinden ziyade onu kullanmaya hazır hale getirecek kodun teslimi önemlidir. Bu yazılımların teslimi; flash bellek, DVD, CD ve USB bellek gibi medyalara kaydetme veya bilgisayar ortamında indirme olmak üzere iki şekilde gerçekleşmektedir. Birinci şekilde, menkul malların kabzına dair hükümler dikkate alınır ve bu cihazların alıcıya (elden) verilmesiyle teslim tamamlanmış olur. İkinci şekilde ise içerisinde kod veya şifrelerin de yer aldığı ilgili dosyanın alıcının e-postasına gönderilmesiyle (veya bu linki içeren sayfaya yönlendirilmesiyle) teslim işlemi hükmen tamamlanmış olur. Ayrıca yazılım için gerekli olan kodlar evin anahtarına benzetilirse, anahtarın teslim edilip evin kullanımına izin verilmesinin hükmen teslim sayılması gibi kodların verilmesi de hükmen teslim olur. Satım konu olan yazılımın bilgisayara indirilmesi ise menkul malın nakliyesine benzemektedir.⁷⁰ Alıcı, söz konusu ürünü bilgisayara indirdikten sonra onu teslim almış kabul edilir ve bu andan itibaren satıcının teslimle ilgili sorumluluğu sona erer. Alıcı, ürünü kontrol ettikten sonra cayma ve varsa ayıpla ilgili seçimlik haklarını kullanabilir.

69 Resmi Gazete, "Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği", erişim: 27 Kasım 2018, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/11/20141127-6.htm>.

70 Mustafa Kisbet, *İslam Hukukuna Göre Satım Akdinde Malın Kabz ve Teslimi* (Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi, 2010), 95-96.

Sonuç

İslam hukukunda, akitte taraflar arasında çıkması muhtemel anlaşmazlıkları önlemek ve akdin işleyişini istikrara kavuşturmak amacıyla belirsizlik ve aldanma içeren durumların mümkün olduğunca önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Bu sebeple satım akdinde garar konusu, klasik dönemde fıkıh alimlerinin özellikle üzerinde durdukları bir mesele olagelmıştır. Bu çerçevede fukaha gaibin, madum ve kabzedilmemiş malın satımı konusunda belirli şart ve sınırlamalar getirmiştir.

Günümüzde klasik döneme nispeten daha karmaşık ve hızlı hale gelen ticari işlemler, belirsizlik ve aldanmaya açık yönler barındırmaları sebebiyle garar cihetinden ele alınıp incelenmelidir. Söz konusu işlemlerden biri de günümüzde yaygınlaşmış olan online alışverişlerdir. Ürünü görmeden satın almak, ürün özellikleri hakkında sanal ortamda verilen bilgilerle yetinmek durumunda kalmak, ürünün ayıpsız ve hasarsız şekilde teslim edileceğinden emin olamamak gibi durumlar online alışverişi garar barındıran, aldanmaya açık bir işlem niteliğine büründürmektedir. Online alışverişte söz konusu olan belirsizlik, mebinin vasıfları ile sağlam olarak teslim edilebilirliği konusunda yoğunlaşmaktadır.

Online alışverişte, internet sitesinde ürünün vasıflarıyla ilgili yapılan açıklamalar akitteki belirsizliği nispeten azaltıp işlemi “tavsifle satım” haline getirmektedir. Tavsifle satıma da fıkıh alimleri cevaz vermektedirler. Ancak akitte, mebinin özelliklerinin mebi hakkındaki kapalılığı ortadan kaldıracak kadar açıklanması gerekmektedir. Bununla beraber müşterinin, ürünün veya (misli mallarda) bir örneğinin fotoğrafını görmüş olması durumunda bile görme muhayyerliğinin düşmeyeceğini ifade etmek gerekir. Zira ürüne ait fotoğraflar, bazı durumlarda aldatıcı ve yanıltıcı olabilmektedir. Netice itibarıyla online alışverişte mebinin yeterince tavsif edilmemesi durumunda akdin caiz olmayacağını söylemek mümkündür.

İslam hukukunda akitteki belirsizlikten doğan anlaşmazlığı önlemeye yönelik olarak getirilen muhayyerliklerin, pozitif hukukun ilgili kanun ve yönetmeliklerinde de mevcut olduğunu söylemek mümkündür. Bu çerçevede pozitif hukukta yer alan, malı kusur sebebiyle iade etme hakkı fıkıhtaki ayıp muhayyerliğinin; sebepsiz iade etme (cayma) hakkı ise görme muhayyerliğinin bir yansıması olarak değerlendirilebilir.

Mevzuata göre online alışverişte ürünün teslimi konusundaki sorumluluk, kargo şirketinin, satıcının anlaşmalı olduğu şirket olup olmamasına göre değişiklik göstermektedir. Eğer müşteri tarafından satıcının anlaşmalı olduğu kargo şirketi tercih edilmişse, ürünün müşteriye teslimine kadar geçen süreçteki hasardan satıcı sorumlu olur. Müşterinin, anlaşmalı kargo şirketi dışında

bir taşıyıcıyı tercih etmesi durumunda ise ürünün taşıyıcıya teslimi ile satıcının sorumluluğu sona erer. Bu durumda müşteri, ürünün taşınması esnasında oluşan hasardan satıcıyı sorumlu tutamaz.

Kanaatimizce online alışverişte ortaya çıkan belirsizliği gidermeye yönelik tedbirler, İslam hukukunda olduğu gibi pozitif hukukta da yer almaktadır. Bununla beraber akitteki belirsizlik sebebiyle meydana gelen aldanma ve anlaşmazlık durumları, çoğunlukla internet kullanıcılarının mevzuat hakkında yeterince bilgi sahibi olmamalarından kaynaklanmaktadır. Gönderilen ürünün vasıfları ve teslimi ile ilgili herhangi bir anlaşmazlık durumunda takip edilecek hukuki sürecin tam olarak bilinmemesi, bu tür durumlarda mağduriyet yaşanmasına sebep olmaktadır. Müşterilerin siparişlerini onaylamadan önce sitede yer alan mesafeli satış sözleşmesini okumaları, kendi hak ve sorumluluklarını bilmeleri açısından önem arz etmektedir. Buna ilave olarak mevzuatta fıkhi açıdan gerekli olan garar önleyici tedbirlerin alınmış olduğu görülmektedir.

Kaynakça

- Algür, Seden – Cengiz, Funda. “Türk Tüketicilere Göre Online (Çevrimiçi) Alışverişin Riskleri ve Yararları”. *Journal of Yaşar University* 22/6 (2011): 3666-3680.
- Arsebük, Ali Haydar Efendi (küçük). *Dürrü'l-hukkâm şerh-u Mecelleti'l-ahkâm*. 4 Cilt. Beyrut: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 1424/2003.
- Bardakoğlu, Ali. “Ayıp”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 4: 246-247. İstanbul: TDV Yayınları, 1991.
- Buhârî, Ebû Abdullah Muhammed b. İsmail. *el-Câmiu's-sahîh*. Riyad: Dâru'l-Hadâra li'n-Neşr ve't-Tevzî', 1436/2015.
- Buhûtî, Mansûr b. Yûnus. *Keşşâfu'l-kınâ' an metni'l-İknâ'*. 6 Cilt. Beyrut: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 1403/1983.
- Çiftçi, Adem. *İbn Rüşd'ün Fıkıh Usûl ve Pratiğinde Delilü'l-Hitâb*. Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, 2007.
- Darîr, Sıddîk Muhammed Emîn. *el-Garar ve eseruhu fi'l-ukûd fi'l-fıkhi'l-İslâmî*. Cidde: Silsiletü Salih Kamil li'r-Rasâilî'l-Câmiyye li'l-İktisâdî'l-İslâmî, 1416/1995.
- Darîr, Sıddîk Muhammed Emîn. “el-Kabz: suveruhû ve bi hâssati'l-müstecidde minhâ ve ahkamuhâ”. *Mecelletü Mecmei'l-Fıkhi'l-İslâmî* 6/1 (1990): 465-493.
- Derdîr, Ebû'l-Berekât Ahmed b. Muhammed. *eş-Şerhu'l-kebir alâ Muhtasar-ı Halil*. b.y. : Dâru'l-Fikr, ts.
- Dönmez, İbrahim Kâfi. “Garar”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 13: 366-371. İstanbul: TDV Yayınları, 1996.
- Ebû Davud, Süleymân b. Dâvûd et-Tayâlisî. *el-Müsned*. Mısır: Dâru Hicr, 1420/1999.
- Güney, Necmeddin. *Satım Akdi Özelinde İslam Borçlar Hukukunda Garar*. Doktora Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi, 2013.
- Haraşî, Ebû Abdullah Muhammed b. Abdullah. *Şerhu Muhtasarı Halil*. Beyrut: Dâru'l-Fikr, ts.
- Hattâb, Ebû Abdullâh Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed. *Mevahibu'l-celîl fi şerhi Muhtasarı Halil*. 6 Cilt. B.y.: Dâru'l-Fikr, 1412/1992.

- İbn Âbidîn, Muhammed Emîn b. Ömer. *Reddü'l-muhtar ale'd-Dürri'l-muhtar*. 6 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1412/1992.
- İbn Kayyim, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ebû Bekr el-Cevziyye. *İ'lâmu'l-muvakkîn an rabbi'l-âlemîn*. 4 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1411/1991.
- İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed. *el-Muğnî*. 10 Cilt. Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 1406/1986.
- İbn Mace, Ebû Abdullah Muhammed b. Yezid. *es-Sünen*. Riyad: Dâru'l-Hadâra li'n-Neşr ve't-Tevzî', 1436/2015.
- İbn Müflih, Ebû İshâk Burhânüddîn İbrâhîm b. Muhammed. *el-Mübdî' fi şerhi'l-Mukni'*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1418/1997.
- İbn Rüşd, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed. *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*. 4 Cilt. Kahire: Dâru'l-Hadîs, 1425/2004.
- İbn Teymiyye, Ebu'l-Abbâs Takıyyüddîn Ahmed b. Abdilhalîm. *Mecmû'u'l-Fetâvâ*. Medine: Mecmeu'l-Melik Fehd, 1416/1995.
- İstanbul Üniversitesi Hukuk Ders Notları. "Hukuki İşlem (Sözleşme)". Erişim: 26 Nisan 2019. <https://borclarhuku.wordpress.com/2-hukuki-islem-sozlesme/>.
- Karâfî, Ebu'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs. *ez-Zahîra*. 13 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Garbi'l-İslami, 1415/1994.
- Karâfî, Ebu'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs. *el-Furûk*, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1419/1998.
- Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd. *Bedâiu's-sanâi' fi tertîbi's-şerâi'*. 7 Cilt. B.y.: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1406/1986.
- Kisbet, Mustafa. *İslam Hukukuna Göre Satım Akdinde Malın Kabz ve Teslimi*. Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi, 2010.
- Kuzu, Orhan. "Elektronik Mallar Sektöründe Tüketici Hukuku ve Uygulamaları". II. *Tüketici Hukuku Sempozyumu Tebliğ Metinleri*. 122-125. Ankara: Bilge Yayınevi, 2013.
- Nesâî, Ebû Abdurrahman Ahmed b. Şuayb. *es-Sünen*. Riyad: Dâru'l-Hadâra li'n-Neşr ve't-Tevzî', 1436/2015.
- Nevevî, Ebû Zekeriyya Muhyiddin Yahyâ b. Şeref. *el-Mecmû' şerhu'l-Mühezzeb*. B.y.: Dâru'l-Fikr, ts.
- Nevevî, Ebû Zekeriyya Muhyiddin Yahyâ b. Şeref. *Ravzatu't-tâlibîn ve umdetü'l-müftîn*. 12 Cilt. Beyrut: Dâru İbn Hazm, 1423/2002.
- Mevsilî, Ebu'l-Fazl Mecdüddîn Abdullah b. Mahmûd. *el-İhtiyâr li ta'lîli'l-Muhtâr*. 5 Cilt. Kahire: Matbaatu'l-Halebî, 1356/1937.
- Mevzuat Bilgi Sistemi. "Türk Borçlar Kanunu". Erişim: 26 Nisan 2019. <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf>.
- Müslim, Ebu'l-Hüseyn Müslim b. el-Haccâc el-Kuşeyrî. *el-Câmiu's-sahîh*. Riyad: Dâru'l-Hadâra li'n-Neşr ve't-Tevzî', 1436/2015.
- Resmi Gazete. "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun". Erişim: 21 Kasım 2018. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/11/20131128-1.htm>.
- Resmi Gazete. "Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği". Erişim: 27 Kasım 2018. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/11/20141127-6.htm>.
- Serahsî, Ebû Bekr Şemsüleimme Muhammed b. Ebî Sehl. *el-Mebsût*. 30 cilt. Beyrut: Dâru'l-Marife, 1413/1993.

- Sokullu, N. Engin. "Sözleşmenin Kurulması İcap ve Kabul". Erişim: 26 Nisan 2019.
<https://ozay.av.tr/publication/sozlesmenin-kurulmasi-icap-ve-kabul>.
- Şîrâzî, Ebû İshâk Cemâlüddîn İbrâhîm b. Alî. *el-Mühezzeb fî fıkhi'l-İmam eş-Şâfi*. 3 Cilt. B.y.: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, ts.
- Tirmizî, Ebû İshâ Muhammed b. İshâ. *el-Câmiu's-sahîh*. Riyad: Dâru'l-Hadâra li'n-Neşr ve't-Tevzî', 1436/2015.

Al-Ġarar Caused by Lack of Delivery of Good in Online Shopping in Terms of Islamic Law

(Extended Abstract)

The fact that if the subject-matter of sale does not exist at the time of the contract or the seller has not received it, leads to uncertainty in terms of the characteristics of the goods and the deliverability to the buyer. Because of that the scholars regard this situation as a factor that can cause a conflict between the parties, they have introduced a number of measures and requirements for the delivery of the good to the customer. The purpose of the measures in question is to block the stations that will occur in the contract due to not delivering the subject-matter of sale. These measures may include the restrictions imposed on the sale of goods that are not available at the time of sale, the non-existing goods and the goods that have not been received.

It is observed that the uncertainty that occurs due to the fact that the delivery is not realized is two-way. These two aspects are uncertainty about the deliverability of the subject-matter of sale and the uncertainty about its features. Uncertainties in the characteristics of the good, usually are due to the non-availability of the subject-matter of sale at the time of contract. The absence of the goods and the lack of delivery often lead to uncertainty with regard to deliverability. Therefore, in the study, the issue of uncertainty in the sale of the delivery did not occur; will be discussed in the context of the sale of goods that are not existed, not available and not received.

In this study, firstly, the situation which leads to uncertainty regarding the delivery of the goods will be discussed and then the uncertainty issue in the online shopping will be evaluated. In this context, in the first part, the uncertainty due to the fact that the subject-matter of sale is not available for sale, not existed and not received; will be mentioned. Also, the evaluations of scholars of four denominations will be included. Then, the existence and reasons for the uncertainty related to the delivery of the product will be discussed and evaluated.

Nowadays, commercial transactions, which become more complex and faster than the classical period, should be considered from the point of view of the uncertainty because of their possibility of deception. Some situations, such having bought the product without seeing it, having to use just the information given in the virtual environment about the product features and not being sure that the product will be delivered in a non-defective and undamaged manner, makes the online shopping a process that involves uncertainty and deception. The uncertainty involved in online shopping is focused on the flawless delivery of the product and its features.

In online shopping, the explanations about the qualifications of the product on the website, reduce the uncertainty in the transaction and make the

transaction "selling by definition". The scholars of Islamic law, also, allow the selling by definition. However, in the sale, the characteristics of the product must be explained to eliminate the obscurity about the product. However, it should be noted that even if the customer sees a photograph of the product itself or (in the case of fungible goods) a sample of it, the option of viewing will not fall. Because the photos of the product may be deceptive and misleading in some cases. As a result, it is possible to say that if the product is not adequately described in online shopping, the contract will not be available.

It is possible to say that the options introduced in Islamic law to prevent the dispute arising from the uncertainty in the contract exist in the relevant laws and regulations of positive law. In this context, the right to return the goods due to the defect in the positive law can be considered as a reflection of defect option in the Islamic law; and the right to return without reason can be considered as a reflection of the option of seeing.

According to the legislation, the responsibility for the delivery of the product in online shopping varies depending on whether the shipping company is a contractor or not. If the customer chooses the cargo company with which the seller has contracted it, the seller is responsible for the damage in the period until the delivery of the product to the customer. If the customer chooses a carrier other than the contracted cargo company, the seller's liability is terminated with the delivery of the product to the carrier. In this case, the customer cannot hold the seller responsible for the damage caused during the transportation of the product.

In our opinion, measures to eliminate the uncertainty that arise in online shopping are also included in positive law as in Islamic law. However, the deceptions and disagreements caused by the uncertainty in the contract are mostly due to the fact that internet users do not have enough information about the legislation. Failure to know the legal process to be followed in case of any dispute concerning the characteristics and delivery of the product is caused by the victimization in such cases. It is important for customers to read the distance sale contract on the site before they approve their orders in order to know their rights and responsibilities.