

T.C.
YÜZÜNCÜ YIL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

İSLAM HUKUKUNA GÖRE ELEKTRONİK TİCARETTE AKDİN KURULUŞU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ömer AYKAL

VAN – 2009

T. C.
YÜZÜNCÜ YIL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

İSLAM HUKUKUNA GÖRE ELEKTRONİK TİCARETTE AKDİN KURULUŞU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan

Ömer AYKAL

Danışman

Doç. Dr. Abdurrahman HAÇKALI

YILIN 2005

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE,

Bu çalışma, jürimiz tarafından **TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI, İSLAM HUKUKU BİLİM DALI**'nda YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

İmza

Başkan (Danışman):

Üye:

Üye :

Üye :

Üye :

ONAY: Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

.... / / 2009

.....

Enstitü Müdürü

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	IV
KISALTMALAR	V
1. GİRİŞ	1
1.1. TARİHTEN GÜNÜMÜZE AKİTLERİN KURULUŞ ŞEKİLLERİNE BİR BAKIŞ	1
1.2. AKİTLERİN KURULUŞU	2
1.3. ELEKTRONİK SÖZLEŞMELER	3
1.4. ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN ÖZELLİKLERİ	3
1.4.1. MESAFELİ SÖZLEŞME OLMALARI	3
1.4.2. HAZIR OLMAYANLAR ARASINDA YAPILAN SÖZLEŞME OLMASI	3
1.4.3. KATILIMLI (İLTİHAKİ) BİR SÖZLEŞME OLMASI	4
2. İSLAM HUKUKUNDA AKİT	5
2.1. AKDİN TARİFİ	5
2.2. AKDİN UNSURLARI	6
2.2.1. TARAFLAR	6
2.2.1.1. TARAFLARIN AYRI BİRER KİŞİ OLMASI	6
2.2.1.2. TARAFLARIN BİRDEN ÇOK KİŞİDEN OLUŞMASI	6
2.2.1.3. AKDİ TEMSİLCİNİN YAPMASI	7
2.2.1.4. AKDİN İKİ TARAFINI BİR ŞAHSIN TEMSİL ETMESİ	7
2.2.1.5. KİŞİNİN KENDİ ŞAHSI TARAFINDA ASIL, DİĞER TARAFTAN VEKİL OLMASI	8
2.2.1.6. TEK ŞAHSIN HER İKİ TARAFIN VEKİLİ OLMASI	8
2.2.1.7. TARAFLARIN AKİT EHLİYETİ	8
2.2.1.7.1. VUCÛP EHLİYETİ	9
2.2.1.7.2. EDÂ EHLİYETİ	9
2.2.1.7.2.1. Nakıs Edâ Ehliyeti	9
2.2.1.7.2.2. Tam Edâ Ehliyeti	9
2.2.2. İCAP VE KABUL (SİGA)	10
2.2.2.1. İCAP VE KABULDE BULUNMASI GEREKEN ŞARTLAR	10
2.2.2.1.1. İCAP VE KABULÜN TARAFLARCA ANLAŞILIR OLMASI	10
2.2.2.1.2. İCAP VE KABULÜN UYGUNLUĞU	11
2.2.2.1.3. İCAP VE KABUL MAKAMLARININ BİRBİRLERİNİ İŞİTMESİ	12
2.2.2.1.4. İRADENİN KESİNLİĞİ	13
2.2.2.1.5. İCAP VE KABUL ARASINA UZUN FASILANIN GİRMEMESİ	14
2.2.2.2. İCAP VE KABULÜN ŞEKİLLERİ	15
2.2.2.2.1. SÖZ İLE İCAP VE KABUL	15
2.2.2.2.2. YAZIŞMA YOLU İLE YAPILAN İCAP VE KABUL	16
2.2.2.2.3. İŞARET İLE YAPILAN İCAP VE KABUL	17
2.2.2.2.4. TEATİ YOLU İLE İCAP VE KABUL	17
2.2.2.2.5. LİSAN-I HAL (SUKUT) YOLUYLA İCAP VE KABUL	18
2.2.2.2.6. HABERCİ YOLUYLA İCAP VE KABUL	18
2.2.3. AKDİN KONUSU (MAHALLÜ'L- AKD)	19
2.2.3.1. TARİFİ	19
2.2.3.2. AKİT KONUSUNUN TAŞIMASI GEREKEN ŞARTLAR	19
2.2.3.2.1. KONUNUN MEVCUT OLMASI	19
2.2.3.2.2. AKİT KONUSUN HUKUKA MÜSAİT OLMASI	21
2.2.3.2.2.1. Akit Konusunun Şer'an Hüküm Doğuracak Nitelikte Olması	21
2.2.3.2.2.2. Kamu Düzeni, Umumi Ahlak ve Adaba Uygun Olması	21
2.2.3.2.2.3. Mevzuun Tahsis Edildiği Gaye ve Maksadın Akde Uygun Düşmemesi Durumu	22
2.2.3.2.3. KONUNUN TARAFLARCA BİLİNMESİ	22

2.2.3.2.4.	EDİMİN YERİNE GETİRİLMESİ MÜMKÜN OLMALIDIR.....	23
2.2.3.2.4.1.	Objektif İmkânsızlık	23
2.2.3.2.4.2.	Tabii İmkânsızlık	23
2.2.3.2.4.2.1.	Hukuki İmkânsızlık	23
2.2.3.2.4.2.2.	Sübjektif İmkânsızlık	24
2.3.	AKİT SERBESTİSİ	24
2.3.1.	AKİT SERBESTİSİNİN ANLAMLARI	24
2.3.2.	AKİT SERBESTİSİNİN KONUMUZ AÇISINDA ÖNEMİ	26
2.3.3.	İSLAM HUKUKU AÇISINDAN AKİT SERBESTİSİ	26
2.3.3.1.	AKİT SERBESTİSİNİ DARALTAN GÖRÜŞLER	27
2.3.3.2.	AKİT SERBESTİSİNİ GENİŞLETEN GÖRÜŞLER	28
2.3.3.3.	AKİT SERBESTİNDE ORTA YOLU TAKİP EDENLERİN GÖRÜŞLERİ	29
2.4.	AKİDLERDE MECLİS	30
2.4.1.	TANIMI	30
2.4.2.	HAZIRLAR ARASINDA MECLİS	31
2.4.3.	GAİPLER ARASINDA MECLİS	31
2.4.3.1.	GAİPLER ARASINDA KURULAN AKİTLERDE AKDİN GERÇEKLEŞME ZAMANI	32
2.5.	MUHAYYERLİKLER	33
2.5.1.	TANIMI	33
2.5.2.	MECLİS MUHAYYERLİĞİ	33
2.5.3.	GAİPLER ARASINDA KURULAN AKİTLERDE RUCU MUHAYYERLİĞİ	34
2.5.4.	GAİPLER ARASINDA KURULAN AKİTLERDE KABUL MUHAYYERLİĞİ	35
2.5.5.	ŞART MUHAYYERLİĞİ	35
2.5.5.1.	ŞART MUHAYYERLİĞİNİN MÜDDETİ	36
2.5.5.2.	ŞART MUHAYYERLİĞİNİ ORTADAN KALDIRAN SEBEPLER	37
2.5.5.3.	ŞART MUHAYYERLİĞİNİN AKDE TESİRİ	37
2.5.6.	GÖRME MUHAYYERLİĞİ (HIYAR-I RÜ'YE)	37
2.5.6.1.	GÖRME MUHAYYERLİĞİNİN OLUŞMASI İÇİN GEREKEN ŞARTLAR	38
2.5.6.2.	GÖRME MUHAYYERLİĞİNİ ORTADAN KALDIRAN SEBEPLER	39
2.5.7.	AYIP MUHAYYERLİĞİ (HIYAR-I AYB)	40
2.5.7.1.	AYIP MUHAYYERLİĞİNİN SABİT OLMASININ ŞARTLARI	40
2.5.7.2.	AYIP MUHAYYERLİĞİNİN VAKTİ	41
2.5.7.3.	AYIP MUHAYYERLİĞİNİ ORTADAN KALDIRAN SEBEPLER	41
2.5.7.4.	AYIP MUHAYYERLİĞİNİN MİRAS YOLUYLA İNTİKALİ	42
2.5.8.	TAYİN MUHAYYERLİĞİ	43
2.5.9.	VASİF MUHAYYERLİĞİ	44
2.5.9.1.	VASİF MUHAYYERLİĞİNİN ŞARTLARI	44
2.5.10.	NAKİT MUHAYYERLİĞİ	44
2.5.11.	GABN VE TAĞRİR MUHAYYERLİĞİ	45
2.6.	İSLAM HUKUKUNDA GENEL OLARAK AKDİN FESÂDINI/BUTLÂNINI GEREKTİREN SEBEPLER	46
2.6.1.	BUTLÂN	47
2.6.2.	FESÂD	48
2.6.2.1.	FESÂDIN SEBEPLERİ	48
2.6.2.1.1.	İkrah	48
2.6.2.1.1.1.	Tam İkrah	49
2.6.2.1.1.2.	Zayıf Olan İkrah	49
2.6.2.1.2.	Hata	50
2.6.2.1.2.1.	Akitlerde Hatanın Bilinme Yolları	50
2.6.2.1.2.2.	Tarafların Bizzat Kendilerinin Hatayı Açık Bir Şekilde Zikretmeleri	50
2.6.2.1.2.3.	Hatanın Deliller Ve Karinelerle Ortaya Çıkması	51

2.6.2.1.2.4. Hatanın Ortaya Çıkması	51
2.6.2.1.3. Şaka ve Ciddiyetsizlik	51
2.6.2.1.4. Cehalet	52
2.6.2.1.5. Ğarar	52
3. MODERN HUKUKTA E-SÖZLEŞMELERİN KURULMASI VE KURULAN BU SÖZLEŞMELERİN İSLAM HUKUKU HÜKÜMLERİNE GÖRE DEĞERLENDİRMESİ	53
3.1. ELEKTRONİK SÖZLEŞME	53
3.1.1. ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN KURULMA AŞAMALARI	54
3.1.1.1. İCABA DAVET	54
3.1.1.2. İCAP	56
3.1.1.3. KABUL	57
3.1.1.4. İCAP VE KABULÜN GERİ ALINMASI	58
3.1.2. SÖZLEŞMENİN KURULDUĞU AN	60
3.1.3. SÖZLEŞMENİN KURULDUĞU YER	62
3.1.4. E- SÖZLEŞMELERİN ÖZELLİKLERİ	64
3.1.4.1. MESAFELİ SÖZLEŞME OLMALARI	64
3.1.4.2. Mesafeli Sözleşmenin Şekli Ve Zorunlu İçeriği	66
3.1.4.3. Mesafeli Sözleşmelerde Cayma	67
3.1.4.4. Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkı Verilmeyen Sözleşmeler	69
3.1.4.5. Mesafeli Sözleşmelerde Eksiklik Bulunması Halinde Cayma Hakkı	70
3.1.4.6. Cayma Hakkının Kullanılmasının Sonuçları	71
3.1.5. HAZIR OLMAYANLA ARASINDA YAPILAN SÖZLEŞME OLMASI	72
3.1.6. KATILIMLI (İLTİHAKİ) BİR SÖZLEŞME OLMASI	72
3.2. ELEKTRONİK TİCARET	73
3.3. ELEKTRONİK TİCARET VE ELEKTRONİK SÖZLEŞMELER ARASINDAKİ İLİŞKİ	74
3.4. İNTERNETTE SÖZLEŞMELERİN KURULMA ŞEKİLLERİ	74
3.4.1. EDI (ELEKTRONİK DATA INTERCHANGE) ARACILIĞI İLE KURULMASI	75
3.4.2. E- MAİL ARACILIĞI İLE	75
3.4.3. WEB SİTESİ ARACILIĞI İLE	76
3.4.4. ONLİNE KİTLESEL PAZARA YÖNELİK SÖZLEŞMELER (FTP)	77
3.4.5. İNTERNET AKTARIMLI SOHBET (IRC)	78
3.4.6. ELEKTRONİK TEMSİLCİ ARACILIĞI İLE YAPILAN İŞLEMLER	79
3.5. ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN KONUSU	79
3.5.1. MAL SATIŞI	80
3.5.2. DİJİTAL ÜRÜN SATIŞI	80
3.5.3. HİZMET TEMİNİ	82
3.5.4. BİLGİ TEMİNİ	82
3.6. ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERDE TARAFLAR	83
3.6.1. TACİRLER ARASI ELEKTRONİK TİCARET	84
3.6.2. TACİRLER TÜKETİCİLER ARASI İLİŞKİLER	85
3.6.3. TÜKETİCİLER ARASI İŞLEMLER	86
3.7. E- SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİK ŞARTLARI	87
SONUÇ	88
KAYNAKÇA	90
ÖZET	94

ÖNSÖZ

Hukuk kuralları, insanların yaşamlarını düzen ve adalet içinde geçirmelerini sağlamak için vardır. İnsanların hayat şartları zamanla değişmekte ve insanlar bu değişimle beraber yeni problemlerle karşı karşıya kalabilmektedirler. Hukuk kuralları bu yeni şartlara uygun hükümler getirip, insanlar arasındaki ilişkileri düzenlemek durumundadır. Şayet hukuk kuralları statik kalırsa işlevini yitirir, insanların zor duruma düşmelerine sebep olur.

Günümüzde insanlar sözleşmelerde yeni araçlar kullanmaktadırlar. Hukukun bu yeni akit kuruluş şekillerini düzenlemesi gerekir. Tezimizde bu konuyu ele alıp İslam hukuku açısından yeni araçlarla kurulan akitlerin kuruluşunun sahih olarak gerçekleşmesi için gereken şartları ve hangi durumlarda kurulduklarında bunların batıl ya da fasit olduklarını değerlendirmeye çalıştık.

Tezimiz, giriş kısmından başka, iki bölüm, sonuç ve bibliyografyadan oluşmaktadır.

Giriş bölümünde, konunun anlaşılması için akit ve e-sözleşme anlaşmasına yönelik temel bilgiler verildi.

Birinci bölümde, İslam hukukunda akdin kuruluşu için gereken unsurlar ve bu unsurlar ile ilgili şartlar verilmiştir. Daha sonra e-aracılarla kurulan akitlerdeki meclisle kıyaslamasını yapmak için İslam hukukuna göre akitlerde meclis konusu işlenmiştir. İslam hukukunda akit serbesti konusu ile akitlerde muhayyerlik konuları işlenmiştir. Son olarak da akitlerin “butlân” ve “fesâd” durumları işlenmiştir.

İkinci bölümde, modern hukukta e- sözleşmenin kuruluşu için gereken unsurlar ve bu unsurların taşınması gereken şartların üzerinde durulmuştur. Bunu yaparken aynı zamanda bu konular, İslam hukukunun akitler ile ilgili genel prensipleri çerçevesinde değerlendirilmiştir. En son bu çalışma ile ilgili ulaşılan sonuçlar sonuç bölümünde verilmiştir.

Bu tezi hazırlarken yardımlarını esirgemeyen ve kıymetli fikirlerinden istifade ettiğim tez danışmanım değerli hocam sayın Doç. Dr. Abdurrahman HAÇKALI'ya; tez konusunun belirlenmesi ve planın hazırlanmasında yardımlarını esirgemeyen hocam Doç. Dr. Sahip BEROJE'ye; fikirlerinden yararlandığım hocam Doç. Dr. Hasan TANRIVERDİ'ye burada teşekkürü bir borç bilirim.

Ömer AYKAL

KISALTMALAR

a.g.e.	:Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
b.	:İbn
BK.	:Borçlar Kanunu
bkz.	:Bakınız
C.	Cilt
C2C	: “Customer to Customer”
çev.	:çeviren
EDI	:”Electronic Data Intarchange”
e-araçlar	:Elektronik araçlar
e-mail	:Elektronik Posta
e-sözleşme	:Elektronik Sözleşme
e-ticaret	:Elektronik Ticaret
FTP.	: “File Transfer Protocol”
IRC.	: “Internet Relay Chat”
md.	:Madde
MK.	:Medeni Kanun
s.	:Sayfa
Sy.	:Sayı
TKHK	:Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
ts.	:Tarihsiz
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	:Ve benzeri
www.	:”world wide web”

1. GİRİŞ

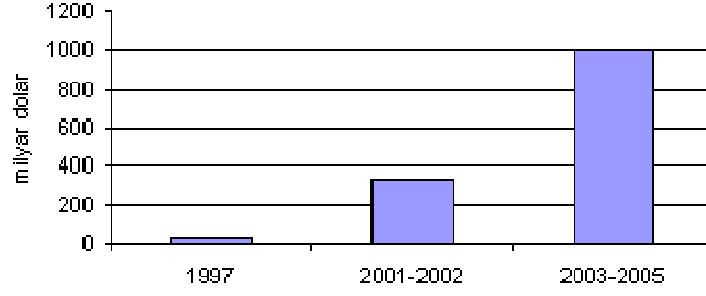
1.1. TARİHTEN GÜNÜMÜZE AKİTLERİN KURULUŞ ŞEKİLLERİNE BİR BAKIŞ

İnsan, sosyal bir varlıktır. Bu özelliğinden dolayı insan, günlük münasebetlerinde başkalarıyla ilişki kurmak zorundadır. İnsan bu münasebetlerinin önemli bir kısmını akitlerle gerçekleştirir. Günlük hayatta bu münasebetler o kadar fazla olmaktadır ki insan her an değişik bir akitte bulunduğu farkında bile olmayabiliyor.

Geçmiş çağlarda insanlar akitlerini yüz yüze ve hazır ortamlarda sözlü olarak gerçekleştirme durumunda idiler. Zamanın ilerlemesiyle, özellikle yazının icadıyla yazışma suretiyle de akitlerini yapar duruma gelmişlerdir. Ancak günümüzde ortaya çıkan imkânlar neticesinde insanlar artık ihtiyaçlarını çok daha değişik şekillerde, akitler kurarak sağlayabilir bir duruma gelmişlerdir.

Günümüzde İnternet üzerinden, telefonla ve diğer modern aletlerle yapılan akitler artık hayatın bir parçası haline gelmiştir. Eski zamanlarda bu aletler bulunmadığından, İslam hukukçuları geçmiş dönem itibarıyla bu akit şekilleriyle ilgili hükümleri belirlememişti. Ama bugün artık hayatın her alanında bu modern aletlerle yapılan akitler karşımıza çıkmakta, bundan dolayı artık bunlarla ilgili hükümlerin belirlenmesi bir gereklilik halini almıştır.

Bu modern aletlerden günümüzde en çok kullanılan ve gittikçe günlük hayatta kullanım alanı artmakta olanı internettir. Aşağıdaki grafikte gösterdiğimiz gibi internet üzerinde kurulan sözleşmelerin kullanım alanını gün geçtikçe artmaktadır. Bu şekilde hızla günlük hayatta kullanım alanı artan sözleşme şakilinin, İslam hukukuna göre mutlaka değerlendirilmesi gerekir. Tezimizde bu konuya bir açıklık getirmek gayesiyle konuyu ele alıp irdelemeye çalışacağız.



Şekil.1 OECD E-Ticaret Tahmini¹

Grafikte görüldüğü gibi internet üzerinde yapılan ticaret hızlı bir şekilde insanlar arasında yayılmakta ve alışverişin diğer yapılış şekillerinin yerine geçmektedir.

Tezimiz iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, genelde İslam hukukunda akdi ele alacağız. Özelde ise daha çok İslam hukukunda akitlerin kuruluşu üzerinde duracağız.

1.2. AKİTLERİN KURULUŞU

Bir akdin meydana gelmesi için bulunması gereken, zarûrî olan bir takım parçalar vardır ki bu önemli parçalara akdin unsurları denir.² Diğer bir deyişle bulunmadıkları durumda akdin batıl olduğu parçalardır.

İslam hukukunda akitlerin kuruluşu için gereken unsurları bilmeden modern araçlarla kurulan akitlerin, İslam hukukunun akitlerin kurulması için istediği unsurları taşıyıp taşımadıklarını bilemeyiz. Bu yüzden biz de tezimize akdin unsurlarını ele alarak başlayacağız.

Bir akdin kurulması için bulunması gereken asgari unsurlar üzerinde Hanefîler ile diğer mezhepler arasında görüş farklılığı vardır. Hanefîlere göre akdin unsuru “icap- kabul” dür. “İcap kabul”, ile akdin kurulabilmesi için ehliyetli tarafların ve akit yapmaya uygun bir mevzuun bulunması şarttır. Unsur veya kuruluş şartlarının bulunmaması halinde akit “batıl” olur. Diğer mezheplere göre icap- kabul, taraflar, mevzu ve bunlara ait vazgeçilmez vasıf ve şartlar da akdin unsurlarıdır.

¹ Serdar Altınok, *Elektronik Ticaret ve Türkiye Ekonomisi Üzerine Olası Etkileri*, http://www_bilgiyonetimi_org-cm-5.mht, son güncelleştirme tarihi, 15.06.2008.

² Orhan Çeker, *İslam Hukukunda Akitler*, A.H.İ. Yay. İstanbul-2006, s. 7.

Aslında bu şekildeki bir ayırımın pek bir farkı yoktur. Çünkü icap ve kabul aslında diğer unsurları da içerisinde taşımaktadır. İcap ve kabulün olması için mutlaka tarafların bulunması gerekir ve yine taraflar ancak bir konu üzerinde icap ve kabulde bulunmaları durumunda icap ve kabulleri bir anlam kazanır.

1.3. ELEKTRONİK SÖZLEŞMELER

Elektronik sözleşmeler, elektronik iletişim araçları kullanılarak yapılan sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır. Elektronik iletişim araçlarıyla yapılan işlemleri, bu kapsamda elektronik sözleşme olarak saymak gerekecektir.³

Elektronik sözleşmeleri yeni bir akit türü olarak ele almak yanlıştır. Çünkü elektronik sözleşmeleri diğer akit şekillerinden ayıran sadece akdin yapılış şeklidir ki bu da akdin gerçekleştirildiği vasıtalarıdır. Mesela satım akdini internet ortamında e-mail veya Chat yolu ile gerçekleştirmek bir elektronik sözleşmedir. Bu sözleşme yine satım akdi olarak kaldığı halde, kuruluş şekli değişmiş olmaktadır

1.4. ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN ÖZELLİKLERİ

Elektronik sözleşmelerin belirgin olan bazı özellikleri vardır. Özellikle bunlardan en belirgin olan özellikleri üç tanedir. Bu özellikler:

1.4.1. MESAFELİ SÖZLEŞME OLMALARI

Mesafeli sözleşmeler; yazılı, görsel ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan ve malın veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan sözleşmelerdir. Mesafeli sözleşmelerle ilgili hükümler, Tüketicileri Koruma Hakkında Kanun'da bulunmaktadır. Modern araçlarla kurulan akitle de mesafeli sözleşmeler özelliğini taşımaktadır. Bu yüzden biz de tezimizin ikinci bölümünde mesafeli sözleşmeler üzerinde duracağız.

1.4.2. HAZIR OLMAYANLAR ARASINDA YAPILAN SÖZLEŞME OLMASI

Sözleşmeleri kuruldukları yer bakımından ikiye ayırmaktayız. Bunlardan biri hazırlar arasında kurulan sözleşmeler, diğeri de hazır olmayanla (gaip) arasında

³ Ulvi Altınışık, *Elektronik Sözleşmeler*, seçkin yay. Ankara-2003, s. 33.

kurulan sözleşmelerdir. E-sözleşmeler aslında her iki şekilde de kurulabilmektedir. Ama daha çok hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmeler yapıldığı için hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmeler olarak nitelendirilmektedirler. Örneğin web sayfaları üzerinde yapılan sözleşmeler hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerdendir. Bunun yanında internette karşılıklı sohbet ortamında veya mailleşmek suretinde kurulan sözleşmeler hazırılar arasında kurulan sözleşmelerdir. Web sayfası üzerinde yapılan sözleşmelerde taraflar karşılıklı icaplarını yapamamakta iken, karşılıklı mailleşmede ise taraflar aynı anda icap ve kabulde bulunabilmektedirler

1.4.3. KATILIMLI (İLTİHAKİ) BİR SÖZLEŞME OLMASI

İltihaki sözleşme; sözleşme şartlarını, sözleşmenin taraflarından bir tanesinin, örneğin satıcının veya sağlayıcının sözleşme kurulmadan önce, ileride kuracağı tüm satış sözleşmelerinde kullanmak amacı ile ve karşı tarafın yani alıcının, herhangi bir müzakere yetkisi bulunmadan aynen kabul edeceği (veya ret edeceği) surette, tek yanlı olarak hazırladığı sözleşme türüdür.⁴

Örneğin bir ticaret şirketinin bir malının satışını internette web sayfasında satışa sürerken; malın fiyatını, ödeme şeklini ve teslim şartlarını kendisinin hazırlaması ve müşteriye bu konuda sadece kabul ya da ret seçeneğini bırakması bu tür bir sözleşmedir.

⁴ Bülent Sözer, *Elektronik Sözleşmeler*, Beta yay. İstanbul-2002, s. 113.

2. İSLAM HUKUKUNDA AKİT

2.1. AKDİN TARİFİ

“Akit” sözcüğünün aslı Arapça olup sözlük anlamı bağlamak demektir. Ukde, yani düğüm ise, iki ucu tutan ve sağlama bağlayan bağlaçtır ve bu manada “akd”, ahd ve yemin ve mübadelelerde ittifak manasında kullanılmaktadır.⁵

Akdin pek çok tanım yapılmıştır. Fakat bu tanımları iki grupta toplamak mümkündür.

Akdin tanımını geniş tutanlar akdi şu şekilde tanımlamaktadırlar: Akit, kişinin yapmaya yöneldiği her çeşit tasarruf ve borçlanmalardır. Bu bağlamda akit; vakıf, ibra, boşanma ve yemin gibi tek yanlı irade beyanı ile meydana gelebileceği gibi; satış, vekâlet ve rehin akdinde olduğu gibi iki tarafın iradesiyle de meydana gelen tasarrufları kapsar.⁶

Akdin tanımını dar tutan tanımların en güzeli mecellede geçen şu tanımdır: “Akit, tarafeynin bir hususu iltizam ve taahhüt etmeleridir ki icap ve kabulün irtibatından ibarettir.”⁷ Bu tanıma göre, akdin oluşabilmesi için bir kişinin icapta, diğer bir kişinin de kabulde bulunması gerekir.

Burada yapılan tanımların farklılık göstermesinin asıl nedeni, tek taraflı irade ile akdin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusudur. Yapılan birinci tanım şekli Malikî, Şâfiî ve Hanbelî fakihlerinin geneli tarafından kabul edilen tanımdır. Onlar kişinin yapmaya azmettiği her şey için akit kavramını kullanırlar.⁸ Diğer tanım şeklini ise daha çok Hanefî fakihleri kabul etmektedirler. Onlara göre akdin oluşabilmesi için mutlaka icap ve kabulün ve yapılacak olan icap ve kabulde mutlaka iki tarafın bulunması gerekir. Yani tek taraflı irade ile tamam olan tasarruflar akit olarak kabul edilmez.

⁵ Mustafa Muhammed ez-Zerkâ, *İslâm hukuku*, (Çev. Servet Armağan), Gündönümü Yay. , İstanbul–2006, I/ 257.

⁶ Karaman Hayreddin, *İslam Ansiklopedisi*, 2/251.

⁷ Mecelle, md. 103.

⁸ Vehbe Zuhayli, *İslâm Fıkhi Ansiklopedisi*, risale yay. İstanbul-1994, V/67.

2.2. AKDİN UNSURLARI

Bir akdin kurulması için bulunması gereken asgari unsurlar üzerinde Hanefîler ile diğer mezhepler arasında görüş farklılığı vardır. Hanefîlere göre akdin unsuru “icap- kabul” dır. Değer mezheplere göre icap- kabul, taraflar, mevzu ve bunlara ait vazgeçilmez vasıf ve şartlar da akdin unsurlarıdır. Unsur veya kuruluş şartlarının bulunmaması halinde akit “batıl” olur⁹

Biz akdin unsurlarını üçe ayırıp, üzerinde duracağız.

2.2.1. TARAFLAR

Akdin tarafları derken karşılıklı olarak aralarında akit gerçekleşen kişiler kastedilmektedir. Bu kişiler hakiki kişiler olabileceği gibi hükmi kişiler de olabilirler.

Akdi yapan kişiler bir taraftan tek kişi, diğer taraftan birden çok kişi veya her iki tarafta da birden çok kişi olabilir. Şimdi bu durumları detaylı bir şekilde ele alacağız.

2.2.1.1.TARAFLARIN AYRI BİRER KİŞİ OLMASI

Bu akdin normal olarak yapılan ve sıkça rastlanan şeklidir. Bu tür akitler de taraflardan birinin icabı ve diğerinin kabulü ile akit gerçekleşmiş olur.

2.2.1.2.TARAFLARIN BİRDEN ÇOK KİŞİDEN OLUŞMASI

Akitte taraflar her zaman tek kişi tarafından temsil edilmez. Bazen akitte taraflar iki veya daha fazla kişi tarafından da temsil edilebilir. Meselâ mirasçı olanların aralarında anlaşıp mirasçı olanlardan bir kişinin payını alması veya satım akdinde bir arabayı birden çok kişinin satın alması bunun örneklerindendir.

Ayrıca akdin icap tarafında bir kişi kabul tarafında ise birden çok kişi de olabilir. Meselâ; bir kişinin evini birden çok kişiye kiraya vermesi böyledir.

Akitlerde taraflar her zaman ikidir. Taraflarda nicelik olarak bir artış veya azalma olsa da bu durum değişmez. Çok kimsenin yaptığı akitlerde akdin tarafları yine iki olarak kalır; fakat tarafları meydana getiren şahıs sayısı artmış olur. Meselâ

⁹ Çeker, *a.g.e.* , s. 7.

sigortayı ele alalım. Sigorta edenler akdin bir tarafını, sigortalılarda akdin diğer tarafını teşkil ederler.¹⁰

2.2.1.3.AKDİ TEMSİLCİNİN YAPMASI

İslam hukuku akitlerde kişilerin kendi yerlerine temsilciler kullanarak akitte bulunmalarını kabul etmektedir.

Temsilci temsil görevini iki şekilde yapmaktadır: temsilci ya müvekkilinin adını zikreder yada akdi doğrudan kendi adına imiş gibi yapar.

- A satım için B'nin vekilidir, C'ye "sana şu evi şu kadara sattım" diyerek bir akit yapmıştır. Bu akitte A vekil olmasına rağmen akdi yaparken müvekkilinin adını zikretmemiş, akdi onun adına dayandırarak yapmamış, kendi malını satıyormuş gibi hareket etmiştir.

- Yine A, bir evin satımı için B'nin vekilidir ve C'ye " B, şu evi sana, şu kadara sattı" diyerek bir akit yapmıştır. Burada da A vekildir; fakat akdi yaparken kendi adına hareket etmemiş, müvekkilinin adını zikrederek akdi onun adına dayandırmıştır.¹¹ Bir kaç istisna hariç temsilci akdi bu her iki şekilden hangisiyle yaparsa akit diğer şartları sahih olmak şartıyla sahih olarak gerçekleşir.

- Vekilin akdi kendi adına imiş gibi yapamayacağı istisnalar vardır. Bunlar: evlenme, ıskat, hibe, sadaka, karz, ariyet, vedia ve rehin akitleridir. Bu tür akitlerde vekil kesinlikle müvekkilinin adına akitte bulunmalıdır (Yani bunu icap ve kabulde açıkça zikredip belirtmelidir). Meselâ, A'nın B ile evlenme akdinde, C, A'nın vekili olduğu halde B'ye gidip "seninle evlendim" dese B ile bizzat kendisi evlenmiş olur. Bu da akdin amacına zıt olan bir durumdur.

2.2.1.4. AKDİN İKİ TARAFINI BİR ŞAHSIN TEMSİL ETMESİ

Akdin her iki tarafının tek kişide toplanması; tek kişinin, akdin iki tarafını da kapsaması, diğer bir ifade ile icabın aynı zamanda kabul yerine geçmesidir. Akitlerde, tarafların ayrı ayrı kişilerce temsil edilmesi gerekir. Bu durum tarafların sayısı esaslarına aykırıdır. Bu esasın istisnaları olmakla beraber tek şahsın, akdin her iki tarafını deruhte etmesi caiz görülmemiştir.¹² Bu iki şekilde kendini gösterir:

¹⁰ Çeker, *a.g.e.* s. 15.

¹¹ Hayreddin Karaman, *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku*, Ensar Neşriyat, İstanbul-2006, s. 598.

¹² Çeker, *a.g.e.* , s.11.

2.2.1.5.KİŞİNİN KENDİ ŞAHSI TARAFINDA ASIL, DİĞER TARAFTAN VEKİL OLMASI

Meselâ; kişinin kendisine vekil olduğu bir başkasının malını satın alması. Bu alış veriş şekli caiz değildir. Çünkü bu durum akdin esasına ve gayesine zıt olan bir durumdadır. Şafiî ve Hanefîlere göre velev onun şahsının izniyle dâhi olsa caiz görmemişlerdir. Hanbelî ve Mâlikîler ise o şahsın izni, icazetiyle olması durumunda akdin sahih olacağını benimsemişlerdir.

2.2.1.6.TEK ŞAHSIN HER İKİ TARAFIN VEKİLİ OLMASI

Bu şekilde yapılan akitler yine Şafiî ve Hanefî mezhepleri caiz görmemişlerdir. Hanbelî ve Mâlikîler müvekkillerin izniyle olması şartıyla kabul etmişler.¹³

Kanaatimce bu konuda tercihe değer olan görüş Mâlikî ve Hanbelîlerin görüşüdür. Çünkü müvekkiller, yani akdin her tarafındaki asıl kişiler vekâletlerini verdikten sonra vekil, akdi onların adına gerçekleştirebilir. Bunun bir sakıncası da yoktur. Çünkü taraflar vekili akit yapmak için kendileri atamışlardır.

Meselâ, evlenme akdinde A, B'nin vekil veya velisi olduğu gibi C'nin de vekil veya velisi olur. B'yi, C'ye nikâhlarsa yine akdin iki tarafını temsil etmiş bulunur. Ve akit sahih olarak gerçekleşir.¹⁴

2.2.1.7.TARAFLARIN AKİT EHLİYETİ

Prensip olarak herkesin akit yapma hakkı vardır. Yani her şahıs mülk edinme, evlenme, mal satın alma gibi haklara sahiptir; fakat bu durum mutlak değildir, şayet bu durum bazı kayıtlarla bağlanmazsa hem kişiler arasında kargaşalar, haksızlıklar ve geçimsizlikler baş gösterir hem de ekonomik ve sosyal hayat çöküntüye uğrar. İşte bu yüzden akitlerde bulunan taraflarda bazı şartların aranması kaçınılmazdır.

Şimdi bunları kısaca irdelemeye çalışacağız. Ehliyetin iki çeşidi vardır.

¹³ Çeker, *a.g.e.*, s.12.

¹⁴ Hayreddin Karaman, tek şahsın her iki tarafın vekili olamayacağını ancak evlenme akdinde istisna olarak akdin gerçekleşeceği görüşündedir. Bu görüşünü de şu şekilde delillendirmektedir: “Evlenme akdinde akdin hükmü ile hukuku birbirinden ayrılmamakta, her ikisi de temsil olunan namına gerçekleşir.”, Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku, s.602.

2.2.1.7.1. VUCÛP EHLİYETİ

Vucûp ehliyeti, insanın kendi lehine ve aleyhine olan haklarının kendisinde elveriş olması durumudur.¹⁵

Vucûp ehliyeti bütün kişilerde mevcuttur. Kişilerin hak sahibi oluşlarından ileri gelir. Vucûp ehliyetine sahip olmak için insan olmak kâfidir.¹⁶ Vucûp ehliyetine sahip olmak için hiçbir şart aranmaz. Yani kişinin çocuk-büyük, akıllı-deli, sefih, cenin olmasına bakılmaksızın insan olduğu hasebiyle sahip olduğu ehliyettir.

2.2.1.7.2. EDÂ EHLİYETİ

İnsanın, sorumlu olacak şekilde şer'an muteber bazı filler işlemesi ve kendisinden bir kısım ilzam edici (borçlandırıcı) meşru tasarruflar sadır olması salahiyetidir. Bu sorumluluklar eş zamanlıdır; namaz, oruç, hac ve Allah haklarına ve şahıstan sadır olan kavli ve fiilî tasarrufları kapsar.¹⁷

Edâ ehliyeti iki türlüdür:

2.2.1.7.2.1. Nakıs Edâ Ehliyeti

Kişinin sadece bazı tasarruflara ehil olması demektir. Bu tasarruflarda bulunması için başkasının reyine (iznine) ihtiyaç duyduğu ehliyettir. Kişinin bu ehliyeti yedi yaşının bitiminden buluğa kadar olan temyiz devresinde sabit olur. Tamamıyla aklını kaybetmemiş bunayan kimselerin (sefih) de ehliyeti nakıs edâ ehliyetidir.

2.2.1.7.2.2. Tam Edâ Ehliyeti

Bu, kişinin başkasının reyine bağlı kalmadan şer'an geçerli sayılacak şekilde bizzat tasarruflarda bulunmaya uygun olması demektir. Bu, akıllı olarak bulûğa eren kişide, yani rüştüne ermiş baliğ kişide bulunur. Bunun gereği olarak başkasının iznine bağlı kalmadan bütün akitleri yapabilir.

Edâ ehliyetine sahip olan bir kişi ise sadece ilzam ve iltizamla kalmaz kendi iradesiyle başka tasarruflarda da bulunur. Kişinin edâ ehliyetine sahip olması için bazı şartları taşıması ve bazı arızalardan da beri olması gerekir.

¹⁵ Zeydan, Abdulkarim, *Fıkıh Usulü*, s. 94, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, Çeviren Ruhi Özcan, İstanbul-1993.

¹⁶ Çeker, *a.g.e.*, s. 16.

¹⁷ Vehbe Zuhayli, *a.g.e.*, V/95; Zeydan, *a.g.e.*, s. 95.

Kişinin tam bir edâ ehliyetine sahip olması için mutlaka buluğ çağına girmiş olması gerekir. Fakat buluğ çağına giren herkes de tam bir edâ ehliyetine sahip olmuş denemez. Çünkü buluğa girmiş olup da tam bir rüşde¹⁸ sahip olmayabilir. Bazen de kişi ergenlik çağına girmiş olmasına rağmen aklında sorun olabilmektedir. Bu durumda da tam bir edâ ehliyeti yoktur, yaptığı tasarrufları batıldır. Ayrıca kişinin edâ ehliyetinin tam olması için ehliyeti sakatlayan arızalardan da beri olması gerekir.

2.2.2. İCAP VE KABUL (SİGA)

İcap ve kabul, tarafların akit yapma rızâlarını dışa yansıtmalarıdır.¹⁹ Akitte birinci kişinin yapmış olduğu teklife “icap”, karşı tarafın bu îcâba karşı yapmış olduğu olumlamaya ise “kabul” denir. İcap ve kabule irade beyanı da denir.

İcap ve kabul, akdin asıl unsurudur. Akdin gerçekleşmesi için mutlaka akitte icap ve kabul olmalıdır. Aksi takdirde akdin gerçekleşmesi düşünülemez. Çünkü akit, tarafların irade beyanında bulunarak bir konu üzerinde anlaşmalarıdır. İrade beyanı olmayınca akit de olmaz.²⁰

Akdin bu unsuru tezimizin ana konusunu oluşturmaktadır. Çünkü modern araçlarla yapılan akitlerde icap ve kabul nasıl olur? Bugün ki modern araçlarla yapılan akit şekli İslam hukukuna uygun mu? Değil mi? Konusu tezimizde büyük önem taşımaktadır.

2.2.2.1. İCAP VE KABULDE BULUNMASI GEREKEN ŞARTLAR

İcap ve kabul ne şekilde yapılırsa yapılsın mutlaka bazı şartları taşıması gerekir. Bu şartlar da genel itibarıyla dört tanedir.

2.2.2.1.1. İCAP VE KABULÜN TARAFLARCA ANLAŞILIR OLMASI

İcap ve kabulün taraflarca doğru anlaşılması gerekir. Şayet icap ve kabul doğru bir şekilde anlaşılmazsa akit sahih olarak gerçekleşmez. Meselâ, A kişisi “sana şu saati veriyorum” dese ve B kişisi, A kişinin “şu saati veriyorum” demesinden hibe, satım, ariyet veya emanet gibi hangi akdi kastettiğini anlamasa,

¹⁸ Rüşd: Malda tasarrufun güzel ve mükemmel olması demektir. Bkz, mecelle md. 947.

¹⁹ Diyanet İlmihali, II/345.

²⁰ Mecellede konuyla ilgili şu şekilde bir madde vardır: “Bey’de icap ve kabul, örf ve âdetin belde inşâ-yı bey’ için kullanılan lafızlardır ki bunlarla pazarlık kesilip lisanımızda hayırlaşmak tabir olunur.” md. 168.

icap ve kabulde bulunması gereken bir şartın bulunmaması demek olur ki, akdin asıl rüknü olan irade beyanını sakatlar.

İcap ve kabul için kullanılan sözcükler, taraflarca hangi akdin kastedildiğini açık bir şekilde belirtmelidir. Akitler kuruluş şartları ve hükümlerinde birbirinden farklı olduğundan bu gereklidir. Eğer iki “âkit” tarafın aynı akdi kastettiği yakinen bilinmezse, o akde ait özel hükümleri ile alıcıyı bağlamak mümkün olmaz.²¹ Yukarıda vermiş olduğumuz örneği ele alacak olursak: A, satım anlamında kullanılmış olduğu “sana şu saati veriyorum” sözünü B hibe şeklinde anlarsa hükmün ne kadar değişeceği açıktır. Bu durumda B’yi satım akdinin hükümleriyle bağlamak mümkün değildir.

2.2.2.1.2. İCAP VE KABULÜN UYGUNLUĞU

İcap ve kabul bir birine uygun olmalıdır. Bu husus mecellede şu şekilde geçmektedir: “Akideynden biri her ne ile neyi icap ederse diğeri dahi bi aynihima anınla anı kabul etmek lazımdır. Yoksa semeni yahut müsemmeni teb’iz ve tefrik etmeye salahiyeti yoktur.”²²

Mecellede geçtiği gibi satıcı veya alıcı ne ile icapta bulunursa karşı tarafın da yapılan îcâba uygun kabulde bulunması gerekir.

İcap ve kabul her yönüyle bir biriyle uygun olmalıdır.²³ Meselâ, A şahsı B’ye bir bilgisayarı bin dolara satsa, buna karşın B şahsı ise bilgisayarı senden bin YTL’ye aldım dese burada icap ve kabul arasında bir uygunsuzluk olmuş olur. Bu yüzden de satım akdi gerçekleşmez. Bu örnek semen konusundaki uygunsuzluluğa örnektir. Bazen de akdin konusunda uygunsuzluk söz konusu olabiliyor. Meselâ, bir A kişinin bir konfeksiyoncuya gidip yirmi beş liraya birinci kalite bir gömlek için icapta bulunmasına karşın konfeksiyoncunun daha düşük kaliteli bir gömleği ona vermekle kabulde bulunması buna örnektir.

Her zaman uygunsuz kabul batıl olmamakta bazen uygunsuz kabul yeni bir icap olarak kabul edilir ve diğer tarafın bu îcâba razı olmasıyla akit gerçekleşmiş

²¹ ez Zerkâ, *a.g.e.* , I/279.

²² Mecelle, md.181.

²³ Abdurrahman b. Adullah, *el-Ahkâmü’l-Fıkhiyye li’t-Teamülati’l-Elektronikiyye*, Dârü’l-Varak yay. , Beyrut- 2004, s. 174.

olur. Böylece ilk başta kabul makamında olan kişi icapçı, icapçı olan kişi de kabul makamına geçmiş olur.²⁴ Bunu bir örnekle açıklayacak olursak meselâ, satım akdinde A şahsı “arabamı sana 10.000 TL’ ye satıyorum” dese ve alıcı olan B şahsı ise “ ben senin arabamı 9.000 TL ‘ye alıyorum” dese, burada icap 10,000 TL iken kabul 9.000 TL olmaktadır. Görüldüğü gibi burada icap ve kabul arasında bir uygunsuzluk söz konusudur. Buna karşın A şahsı B’nin 9.000 YTL’lik kabulünü, kabul ederse burada B’nin 9.000 TL’lik kabulü A için icap olmuştur. A şahsı bu 9.000 TL’lik icabı kabul ederse akit gerçekleşmiş olur. A şahsı birinci durum da icapçı durumunda iken, ikinci durumda kabulcü konumuna geçmiş oluyor. B şahsı da kabul makamından icap makamına geçmiş oluyor.

Eğer kabul îcâba zımnen uygun olursa her ne kadar zahiren kabul îcâba uygun olmasa da akit sahih olur. Mecellede bu durum şu şekilde kanunlaştırılmıştır: “Kabulün îcâba zımnen muvaffakatı kâfidir.”²⁵

Meselâ satıcı, şu malı sana bin liraya sattım deyip müşteri de bin beş yüz liraya aldım dese satış bin kuruş üzerine gerçekleşmiş olur. Ancak akdin kurulmuş olduğu mecliste satıcı ve alıcı, beş yüzlük ziyadeyi kabul edip akdi bu şekilde bitirirlerse müşterinin bin beş yüz lira ödemesi gerekir.

Aynen bunun gibi bir müşteri, şu malı bir liraya aldım dese ve satıcı ise sekiz yüz liraya verdim dese satış sekiz yüz lira üzerine kurulmuş olur.²⁶

2.2.2.1.3. İCAP VE KABUL MAKAMLARININ BİRBİRLERİNİ İŞİTMESİ

Akdi yapanlar, bir birlerinin konuşmalarını işitebilmelidirler. Satış akdi, şahitler huzurunda yapılırsa, şahitlerin işitmeleri yeterli olur. Bu takdirde taraflardan biri, diğer tarafın konuşmasını işitmediğini iddia ederse iddiası doğrulanmaz. Söz gelimi satıcı “şu malı şu fiyata sattım” der, müşteri de “kabul ettim” derse ve bir birlerinden ayrıldıktan sonra satıcı, “ müşteriye kabulünü işitmedim” veya müşteri,

²⁴ ez- Zerkâ, *a.g.e.* , I/281.

²⁵ Mecelle, md. 177.

²⁶ Ahmet Akgündüz, *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay. , Diyarbakır-1986, s.392.

fiyatın ne kadar olduğunu işitmedim” diye iddiada bulunurlarsa şahit getirmemeleri durumunda bu iddiaları doğrulanmaz.²⁷

Bu durum sadece sözlü olduğunda işitmenin sağlanmasıdır. Bunun dışında eğer icap ve kabul işaret ile olursa görme; mektup, e- mail, telgraf ile olursa karşı tarafa ulaşması gerekir.

2.2.2.1.4. İRADENİN KESİNLİĞİ

İrade kesinliği, icap ve kabulün hiçbir tereddüt barındırmayacak ve şakadan uzak²⁸ bir şekilde kesinlik ifade etmeleridir ki, bir daha görüşmeyi gerektirmeyecek şekilde akdin kesin olarak kurulmasıdır. Aksi halde akitte tereddütün bulunması iradenin sakatlığına delalet eder.²⁹

Zerka’nın da belirttiği gibi irade kesin bir şekilde ortaya konulmalıdır. Bu iradenin beyanı ancak sigayla mümkündür. Şayet iradenin kesinliği sigadan açık ve net bir şekilde anlaşılmazsa o zaman karşılıklı irade beyanı üzerine bina edilen akit de gerçekleşmez. İradenin net bir şekilde anlaşılabilmesi için icap ve kabulün hangi kiple olması gerektiği üzerinde durulmuştur. Mecellede akdin kipi ile ilgili hangi zaman kiplerinin kullanılması gerektiği ile ilgili maddeler zikrolunmaktadır.

Önce bu maddeleri sırasıyla zikredelim, daha sonra bunlarla ilgili değerlendirmeye geçeceğiz.

- 1- İcap ve kabul için ekseriya mazi kipi kullanılır.³⁰
- 2- Alırım veya satarım gibi lafızlarla, hazırlar arasında akit yapılırsa, akit gerçekleşmez.³¹
- 3- Alacağım satacağım gibi gelecek zaman kipiyle yapılan sözleşmelerle akit kurulmaz.³²
- 4- Sat ve satın al gibi emir kipiyle alış-veriş olmaz. Fakat gereklilik yoluyla hâle delalet eden emir ile dahi alış-veriş olur.³³

Bu maddeler ışığında iradenin kesinliğini açıklayacak olursak:

²⁷ el-Cezîrî, Abdurrahman, *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkıhı*, III/128, Çağ Yay. , Çeviri Mehmet Keskin, İstanbul-1994.

²⁸ Abdurrahman b. Adullah Sened, *a.g.e.* , s. 175.

²⁹ ez- Zerkâ ,*a.g.e.* , s.282.

³⁰ Mecelle, md. 169.

³¹ Mecelle, md.170.

³² Mecelle, md. 170.

³³ Mecelle, md. 172.

Akitte kullanılan kip geçmiş zaman kipi olması en uygun olanıdır. Meselâ, satıcı “şu kalemi sana şu kadara sattım” ve müşterinin “bu kalemi senden dediğin fiyata aldım” demesi. Burada kullanılan kip geçmiş zaman kipidir, bu kip iradeyi kesin bir şekilde ortaya koymaktadır.

Muzari kipi kullanıldığında eğer hal dediğimiz şimdiki zaman “-yor” manasında kullanılırsa akit yine geçerli olur. Meselâ satıcı “şu malı sana şu fiyata satıyorum” ve müşterinin de “senden şu dediğin fiyata alıyorum” demesi gibi; fakat muzari kipi gelecek zaman için kullanılırsa akit gerçekleşmez. Meselâ; satıcı, sana şu malı şu kadara satacağım” demesi ve alıcının da “şu malı senden dediğin fiyata alacağım” demesi gibi bu şekilde olan akitler gerçekleşmez.

Şayet emir kipiyle olursa meselâ, müşteri şu malı bana şu kadar kuruşa sat deyip satıcı dahi sattım dese alış-veriş kurulmuş olamaz. Amma satıcı bu malı şu kadar kuruşa al deyip müşteri dahi aldım dese yahut müşteri aldım deyip satıcı dahi al veyahut ver hayrını gör derse alış-veriş kurulmuş olur.³⁴ Yani kullanılan ifadeden hale delâlet anlaşılıyorsa akit kurulmuş olur.

2.2.2.1.5. İCAP VE KABUL ARASINA UZUN FASILANIN GİRMEMESİ

İcap ve kabul arasına uzun bir fasılanı girmesi ve bu fasılanın, tarafların akitten caydıkları hissini vermesi, akdi iptal eder.³⁵ Meselâ, bir kişi bir mecliste bir icapta bulunur; fakat kabul tarafı o îcâba cevap vermez, başka bir şeyle uğraşır, uzun bir zaman sonra cevap verirse tarafın kabulüyle akit gerçekleşmez. Akdin gerçekleşebilmesi için icap ve kabulün yeniden cereyan etmesi gerekir.

İcap ve kabul arasındaki fasılanın uzunluğu hususunda mezheplerin görüşleri şöyledir:

Hanefîlere göre: icap ve kabul arasına konması muaf olan az miktardaki fasıla; satıcının “bu elbiseyi sana on liraya sattım” demesine müteakiben, elinde su bardağı bulunan müşterinin o bardakta ki suyu içtikten sonra “kabul ettim” demesi gibidir. Ki bu fasılanın, akdi gerçekleşmesine zararı olmaz. Fakat Müşteri uykuya dalarsa, akit meclisi bozulmuş olur ve icap ve kabul arasına uzun fasıla girmiş olduğundan icap ve kabulün yeniden cereyan etmesi gerekir. Yine bunun gibi ona,

³⁴ Akgündüz, *a.g.e.*, s. 390.

³⁵ Sened, *a.g.e.*, s.175.

“bu malı şu fiyatla san sattım” der de müşteri ona cevap vermez, sonra her hangi bir ihtiyaç nedeniyle başkasıyla konuşursa ve bu konuşmasından akdi terk ettiği hissi uyanırsa bu, satışı iptal edecek bir fasıla olur.

Şâfiîlere göre, icap ile kabul arasına az olsun çok olsun, konu dışı bir konuşma girerse, bu meclisi bozan bir fasıla olur. Ama uzun da olsa ve mahiyeti taraflarca önceden bilinse de satılan malın sınırlarıyla ilgili olan konuşmanın icap ve kabul arasına fasıla olarak girmesi, zarar vermez. Azıcık susma fasılası da icap ile kabul arasına girerse bunun bir zararı olmaz. Uzunca susmaya gelince bu, kabulden yüz çevirme hissini verdiği için muaf sayılmaz. Alış verişin yapıldığı meclisten ayrılmadıkları sürece satıcı da müşteri de cayma hakkına sahiptirler. Çünkü şart koşmasalar bile mecliste bulundukları sürece akitten cayma muhayyerleri vardır. Hatta cayma muhayyerliğinin olmasını şart koşarlarsa alış-veriş akdi batıl olur.³⁶

2.2.2.2.İCAP VE KABULÜN ŞEKİLLERİ

İcap ve kabulün tarafların iradelerini ortaya koydukları şekil olduğunu belirtmiştik. Taraflar iradelerini değişik şekillerde ortaya koyabilmektedirler. Özellikle günümüzde teknolojinin gelişmesiyle insanlar iradelerini ortaya koyma konusunda daha geniş olanaklara sahiptirler.

Toplumda en çok rastlanılan şekil sözle olan irade beyanıdır. Çoğu kere sözle olması insanların bir kısmını sanki icap ve kabulün sadece aynı mecliste karşılıklı sözle olması gerekir kanısına götürmüştür. Bu kanı yanlıştır ve insanlar bir birlerine iradelerini çok değişik şekillerde ve vasıtalarla da yapabilmektedirler. Özellikle günümüz teknoloji çağında bu vasıtalar çok fazla gelişmiştir.

Şimdi icap ve kabulün şekillerini ana hatlarıyla işleyeceğiz:

2.2.2.2.1. SÖZ İLE İCAP VE KABUL

Bu icap ve kabulün en sık rastlanan şeklidir. Eskiden iletişim araçlarının kısıtlı olduğu zamanlardan bu sözlü şekil, sadece karşılıklı konuşma şeklinde olabilmekteydi.

³⁶ el- Cezirî, *a.g.e.* , III/1287

İlk zamanlarda sadece karşılıklı hazırlar arasında yapılabilen icap ve kabul, telefon ve ya başka icatlarla beraber hazır olmayanlar arasında da icap ve kabulde bulunma fırsatı doğmuştur.

Günümüzde bu işin zirvesi diyebileceğimiz, bilgisayarda internet aracılığıyla görüntülü ve sözlü olarak akit yapabilme fırsatı oluşmuştur. Bu araçlarla yapılan akitlerin nasıl yapıldığı, bunların avantajlarını, sınırlılıkları ve hükümlerini gelecek bölümlerde detaylı bir şekilde ele alacağız.

2.2.2.2.2. YAZIŞMA YOLU İLE YAPILAN İCAP VE KABUL

Akitleşmede icap ve kabul, şifahen olduğu gibi yazışma ile de olur. Yazışma ile yapılan akitleşmeler İslam hukukunda eskiden beri uygulanan bir akit şekildir. Yazışma ile yapılan akitleşmeler şu şekilde yapılmaktadır: Satıcı bir mektup veya yazışma aletlerinden herhangi birisiyle “sana şu malımı şu kadar fiyata sattım” diye birine göndermesi ve kendisine yazının gönderildiği kişi de onu açıp okuması ve kabul ettiğini bulunduğu mecliste belirtmesi ve ya satıcıya kabul haberini göndermesi suretiyle akit kurulur.³⁷

Yazışma suretiyle yapılan akitler genellikle aşağıdaki yollardan bir ile yapılmaktadır.

- 1- Mektuplaşma ile,
- 2- Bilgisayarlarda internet aracılığıyla ”e-mail”, ya da ”Chat” ile,
- 3- Faks cihazıyla,
- 4- Telefonlarda yazılı mesajlaşma ile,
- 5- Telgraf ile,

Yazışmakla yapılan akitlerin de belli şartları vardır. Özellikle internet yolu ile yapılan yazışmalarla ilgili bilinmesi gereken pek çok husus vardır. Bu şartları ve bu yazışma aletlerinin özelliklerini tezimizin ikinci bölümünde ele alıp, bu şekilde yapılan akitlerin hükümlerini irdelleyeceğiz.

³⁷ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-I İslamiye ve Istılahat-I Fıkhiyye Kamusu*, VI/15, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1967.

2.2.2.2.3. İŞARET İLE YAPILAN İCAP VE KABUL

İcap ve kabulün yapıldığı şekillerden biri de işaretle yapılan akitir. Mecellede işaret ile ilgili olarak:“Dilsizin işareti mahudesi lisan ile beyan gibidir.”³⁸ Denmektedir. Dilsizin bilinen işareti diliyle konuşarak yaptığı açıklama gibidir. Dilsiz olan bir kimse toplumda bütünüyle soyutlanıp tasarruflarından alıkonamaz. Dilsizler de toplumun birer ferdidirler ve tasarrufta bulunabilme ehliyetine sahip olduklarından akitlerde buluna bilirler. Dilsizler konuşamadıkları için akitlerde icap ve kabullerini söz ile yapamamaktadırlar. Bunun yerine eğer yazı yazabiliyorlarsa yazıyla, eğer yazı da yazamıyorlarsa o zaman bilinebilen işaretleriyle iradelerini beyan edip akitte bulunabilirler. Mecellede de denildiği gibi bu işaretleri dilleriyle yaptıkları beyanları gibidir.

Mecellede denildiği gibi “ işaret-i ma’hudesi” yani bilinen işaretleri, tasarruflarda geçerlidir. Günümüzde duyma ve konuşma özürllüleri için özel okullar açılmış ve onlarla iletişim kurmak amacıyla özel bir vücut dili geliştirilmiştir. Dolayısıyla hukuk gibi çok önemli bir konuda, dilsiz kimsenin işaret ve hareketlerini değerlendirmek için, mutlaka konunun uzmanına başvurulması şart görülmelidir.³⁹

Dilsizin işareti ise, İslam hukukçularının ittifakı ile eğer yazı yazmayı bilmiyorsa, bilinen ve anlaşılan işaretleri konuşmasının yerine geçer. İster satım, alım ve nikâh gibi olsun, ister bir hayır gayesine vasiyet ve vakıf gibi mülkiyet devir muamelelerinde (temlikat) veya boşanma, ibra ve şuf’adan iskat gibi hak düşürücü muameleler olsun yahut da dava, ibra ve yemin etmek gibi diğer tasarruflarında olsun, hepsinde de durum aynıdır.⁴⁰

2.2.2.2.4. TEATİ YOLU İLE İCAP VE KABUL

Teâtî, karşılıklı alıp vermek demektir. Hukuk terimi olarak kelimenin manası ise sözlü yahut işaret yoluyla irade beyanı yapmaksızın, akit konusu malı veya bedeli alıp vermektir. Başlangıçta bu şekilde irade beyanı ile yapılan akdin teşekkül edip

³⁸ Mecelle, md. 70.

³⁹ Yıldırım, Mustafa, *Mecellenin Külli Kaideleri*, s. 155, İzmir İlahiyat Fakültesi Yay. , İzmir-2001.

⁴⁰ ez- Zerkâ, *a.g.e.* I/286.

etmeyeceği tartışılmış, ancak sonraları müçtehitlerin çoğu tarafından teâtî akdinin muteberliği benimsenmiştir.⁴¹

Teâtî ile yapılan akitler bu gün hayatımızın her alanında kendini göstermektedir. Meselâ; ekmek alırken, otobüse binerken, sinemaya giderken vb. gibi.

Teâtî ile yapılan bütün akitlerin geçerli olup olmayacağı İslam hukukunda çokça tartışılan ve ihtilafli olan bir konudur. Bazı ulemaya göre teâtî ile yapılan akitlerin hepsi sahihtir. İbni Teymiye bu konuda bu şekilde düşünenlerdendir. Ona göre, icap ve kabulden maksat karşılıklı olarak rızanın belirtilmesidir. Akdin temelinde de rıza yatar. Rıza olduktan sonra isterse söz ile isterse hareket ile belirtir, fark etmez. Allah-u Teâlâ, Kur’ân-ı Kerimde hem muavezat hem de teberruatta rızadan bahsetmiştir.⁴² Ve her iki gurup akit için de mutlaka söz ile yapılacaklarına dair bir ifade mevcut değildir.⁴³

2.2.2.2.5. LİSAN-I HAL (SUKUT) YOLUYLA İCAP VE KABUL

İcap ve kabulün diğer bir yapılış şekli de lisan-ı hal ile yapılmasıdır. Mecellenin kaidelerinden biri olan “sâkite bir söz isnat olunmaz. Lakin maraz-ı hacette sukut beyandır,”⁴⁴ kaidesi sukutun bir beyan şekli olduğunu belirtmektedir. Meselâ, bir kişi sebze ve meyve haline gidip, diyelim ki domateslerini bir komisyoncunun önüne indirmesi ve oradan da konuşmadan, işaret etmeden gitmesi halinde bu kişi lisan-ı haliyle aslında mallarını komisyoncuya satması için onu vekil tayin ettiğini göstermektedir. Başka bir örnek de bir kişi malını bir otobüs firmasının yazıhanesinin emanet bölümüne bırakması da mallarını onlara emanet ettiğini gösterir ki buna “emanet” akdi denir. Eğer emanet ettiği mallara bir zarar gelirse emanet edilen kişilerden tazmin edilir.

2.2.2.2.6. HABERCİ YOLUYLA İCAP VE KABUL

Bu icap ve kabul şekli de aslında sözle yapılan bir icap ve kabul şeklidir. Tek farkı ise kişi kendisi bizzat konuşup akdi yapan değil, yerine bir temsilci gönderip akdi yapmaktadır.

⁴¹ Karaman, *a.g.e.* , S. 535; el-Cezirî, *a.g.e.* , III/1282.

⁴² Nisa, 29.

⁴³ Abdulkерim Zeydan, *el- Medhal li Diraseti’ş-Şerîati’l-İslamiyye*, s. 298, Bağdat-976.

⁴⁴ Mecelle, md. 67.

Mektupla haberci arasında şöyle bir fark vardır: Mektupla yapılan akitlerde akdin gerçekleşebilmesi için mektubun karşı tarafa ulaşması ve karşı tarafın kabul haberinin bir şekilde icapta bulunan tarafa ulaşması ile kabul gerçekleşmiş olur. Haberci ile yapılan akitlerde ise haberci temsilci (vekil gibidir). Vekil icabı sunduğunda, karşı taraf da kabul ederse akit gerçekleşmiş olur. Yani tekrar kabul haberinin asli tarafa ulaşmasına gerek yoktur.

2.2.3. AKDİN KONUSU (MAHALLÜ'L- AKD)

2.2.3.1.TARİFİ

Akdin konusu, akdin hüküm ve sonuçlarının kendisinde ortaya çıkıp gerçekleştiği şeydir.⁴⁵ Akdin olmazsa olmazlarından biri de akdin konusudur. Çünkü konu olmazsa akit gerçekleşmez ve bir sonuç doğurmaz.

Akdin konusu, akdin çeşitlerine göre farklı isimler alır. Meselâ bey' akdinde "mebi'", hibe akdinde "mevhub", rehin akdinde "merhûn", kefâret akdinde "mekfun bih" gibi isimleri alır.⁴⁶

Tezimiz açısından akdin konusunun bilinmesinin büyük önemi vardır. Çünkü modern araçlarla yapılan akitlerde konu hazırlar arasında yapılan akitlerde olduğu gibi mecliste hazır bulunmayabilir. Bazen de internet üzerinden yapılan akitlerde olduğu gibi malın sadece bir iki fotoğrafı veya özelliklerinin açıklanması şeklinde akitler kurulabilir. İşte bu şekilde kurulan akitlerin İslam hukukunda hükümleri nedir? Bu soruya cevap verebilmemiz için İslam hukukunda akdin konusunun ne olduğunu ve hangi şartları taşıması gerektiğini iyice bilmemiz gerekiyor.

2.2.3.2.AKİT KONUSUNUN TAŞIMASI GEREKEN ŞARTLAR

Herhangi bir şeyin akde konu olabilmesi için mutlaka bazı şartları taşıması ve bazı kusurlardan da uzak olması gerekir. Şimdi bunları sırasıyla göreceğiz.

2.2.3.2.1. KONUNUN MEVCUT OLMASI

Olmayan bir şey üzerinde herhangi bir akit yapmak geçerli değildir. Meselâ; tarım ürünü yetişmeden satmak, hayvanın karnındaki yavruyu doğmadan satmak, yine hayvanın memesindeki sütü satmak caiz değildir. Çünkü tarım ürünü hasat

⁴⁵ H. Yunus Apaydın, *İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü*, (Basılmamış Doktora Tezi), Ankara-1989, s. 10.

⁴⁶ ez- Zerkâ, *a.g.e.* , I/275.

edilmeyebilir, hayvan yavrusu ölü doğabilir, henüz sağılmamış hayvanın sütü bilinmez. Bütün bunlarda bilinmezlik yüzünden aldanma riski vardır.⁴⁷

Gerçekte bu şart mutlak değildir, fukahanın çoğu da bu şartı bütün akitler için kabul etmemişlerdir. Örneğin istisna akdinde mal mevcut olmadığı halde satışı caizdir.⁴⁸

Bu şart kaynağını hadislerden alır. Sevgili peygamberimize bir gün Hakim b. Hızâm (r.a) Rasûlullah (s.a)'a şunu sorar: "Bir kimse bana gelip yanımda olmayan bir malı istiyor. Ona malı satıp, sonra çarşıya giderek bu malı satın alıyor ve o kimseye teslim ediyorum. Böyle bir alış-verişin hükmü nedir?" Hz. Peygamber cevap olarak şöyle buyurur: "Yanımda olmayan şeyi satma."⁴⁹

Bu hadis alış-veriş hakkında varit olan bir hadistir. Bu yüzden de genellikle bey' akdinde konunun mevcut olması şart koşulur. Örneğin hayvanın karnındaki yavruyu bey' akdiyle satmak taraflar arasında bir anlaşmazlığa yol açabilir. Meselâ, hayvan sakat veya ölü doğabilir. Ama hayvanın karnındaki yavruyu birine hibe etmek her hangi bir anlaşmazlığa sebebiyet vermez.

Mâlikî mezhebine göre ilerde meydana gelebilmesi şartıyla gayrı mevcut mallar da akit mevzuu olabilir.⁵⁰

Hanbelî mezhebi ve özellikle ibni Teymiye ve ibnu'l-Kayyim daha da ileri giderek mahallin mevcudiyetini şart koşmamışlardır. Onlara göre ma'dumun akitlere konu olamayacağına dair herhangi bir bilgi naslarda yoktur. Nehy olunan şey ma'dumun satışı değil, garar(aldatma) ve bunun neticesinde taraflar arasındaki nizadır. Olmayan şeyin satılmaması ma' dumiyetten (olmamasından) değildir. Nitekim bazı şeyler mevcut olduğu halde yine satılamıyor. O halde teslim edilememesi hali satışına mani oluyor. Teslim edilebildikten sonra ma'dum olması akde zarar vermez.⁵¹

Meseleyi günümüz açısından değerlendirecek olsak, akit konusu olan şeyin, akdin yapılışı sırasında mevcut olmasını şart koşturmak, bu gün insanların teamül haline getirdiği ve pratik hayatta sıkça karşılaşılan çeşitli dergilere abone olmak, yeni

⁴⁷ Döndüren Hamdi, *Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmi*, Ekrem Yay. İstanbul- 2003 s. 62.

⁴⁸ Sened, *a.g.e.* , s. 127.

⁴⁹ Ebû Davûd, *Büyû'*, 68; Tirmizî, *Büyû'*, 19.

⁵⁰ Abdülkerim Zeydan, *İslam Hukukuna Giriş*, (Çev. Ali Şafak) Kayıhan Yayınları, İstanbul- 1995, s. 451.

⁵¹ Çeker, *a.g.e.* , s. 71.

çıkacak kitap ve ansiklopedilere abone olmak, yapı kooperatiflerine üye olmak gibi akitleri yasaklamaktır. Bu da insanların yararına olan bir durumun yok sayılması demektir.⁵²

2.2.3.2.2. AKİT KONUSUN HUKUKA MÜSAİT OLMASI

Akit konusu birkaç açıdan hukuka uygun olmalıdır. Bu durum özellikle e-sözleşmelerde daha fazla önem taşımaktadır.

2.2.3.2.2.1.Akit Konusunun Şer'an Hüküm Doğuracak Nitelikte Olması

Akdin konusunun şer'an hüküm doğuracak niteliklere sahip olması gerekir. Bu da akit konusunun sahipli ve mütekavvim bir mal olmasıyla gerçekleşir. Aksi halde yapılan akit hükümsüz olur. Meselâ; murdar ve ölmüş hayvan eti, şarap vb. gibi mal olmayan şeyi satmak, bağışlamak, vakfetmek veya vasiyet etmek hukûki bir sonuç doğurmaz. Çünkü mal sayılmayan şeyin başkasına temlikî geçerli değildir.⁵³

Bir erkek evlenmesi haram olmayan bir kadınla evlenebilir. Nikâh akdinin hükmü eşlerin bir birinden istifade etmeleridir. Evlenmesi helal olan kimseler için nikâh akdinin mahalli, akdin hükmünün uygulanmasına müsaittir. Ama bir erkeğin meselâ kendi kız kardeşiyle evlenmesi caiz olmaz. Çünkü kardeşlerin şehvi yönden birbirlerinden istifade etmesi haramdır ve nikâh akdinin kazandırdığı haklar gerçekleştirilemez.⁵⁴

2.2.3.2.2.2.Kamu Düzeni, Umumi Ahlak ve Adaba Uygun Olması

Kamu düzeni ile ilgili kaide ve müesseseler İslam'da Allah hakkı olarak kabul edilmiş, titizlikle korunmuş ve maksatlarına ters düşen tasarruflara mevzû kılınmamıştır. İslam'ın insan ve ahlak anlayışına aykırı düşen mevzular da bu bakımda bir takım tasarruflara konu olamamış, olduğu takdirde tasarruf batıl sayılmıştır.⁵⁵

Özellikle günümüzde elektronik sözleşmelerin yaygınlaşmasıyla bu şart çok daha büyük önem kazanmıştır. Çünkü internet yoluyla bilgi temini sözleşmeleriyle, ister ücretli ister de ücretsiz olsun, kamu düzenini bozacak şekilde yayınlar ve

⁵² Apaydın, *a.g.e.* , s. 36.

⁵³ Döndüren, *a.g.e.* , s. 63,64.

⁵⁴ Çeker, *a.g.e.* , s.70.

⁵⁵ Karaman, Hayreddin, *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku*, s. 566.

haberler yapılmaktadır. Elektronik olarak günümüzde neredeyse bu tür yayınlar ve sitelerin önü alınamamaktadır. Bu durum toplum için büyük felaketlere neden olabilmektedir. Özellikle bu durum gençlerde kendini daha çok göstermektedir. Bu yüzden elektronik sözleşmelerde mutlaka kamu düzeni ve umumi ahlak kurallarına riayet edilmesi gerekir. Bu şartlara riayet etmeyen konuların yasaklanması gerekir.

2.2.3.2.2.3.Mevzuun Tahsis Edildiği Gaye ve Maksadın Akde Uygun Düşmemesi Durumu

Mevzuun tahsis edildiği gaye ve maksadın başka bir tasarrufa uygun düşmemesi de akit konusunun hukuka müsait olması bağlamında değerlendirilebilir.⁵⁶ Meselâ mescit yapıp vakfedilen bir yerin başka bir gaye için, meselâ bir ev olarak kullanılması uygun değildir. Çünkü vakfedilen yer sadece insanların ibadetlerini yapmaları maksadıyla vakfedilmiştir. Oranın ev veya başka bir amaç için kullanılması asıl gayeye aykırıdır ve böyle bir uygulamaya İslam hukukuna aykırıdır.

Buna elektronik ticaretten de bir örnek verecek olursak, dijital ürün satımına yönelik olarak satılan bir program CD'si, sadece kişinin bilgisayarına kurması için satılırsa kişi ancak bunu bu amaç için kullanabilir. Bunun dışın da örneğin CD'yi çoğaltıp satmaya kalkışması, mevzuun tahsis edildiği gayeye uymayan bir biçimde kullanmak olur ki bu şekilde kullanılması sahih olmaz. Yapılan akit ya batıl ya da fasit olur.

2.2.3.2.3. KONUNUN TARAFLARCA BİLİNMESİ

Akit mevzuunun âkitlerce bilinmesi şarttır. Şöyle ki; akdin mevzuuyla ilgili nizaa ve ihtilafa sebebiyet veren bilgisizlik olmamalıdır. Çünkü İslam hukuku akitler arasındaki ihtilaf sebeplerini kapatmayı arzulamıştır. Onun için konunun bilinmesi şarttır. Akit konusunun bilinmesi, tayini, işaret veya görmekle, misli veya eşya ise cinsini, çeşidini ve vafını açıklamakla gerçekleşir.⁵⁷

Bilinmezlik anlaşmazlığa yol açacak derecede büyük olursa, yapılan akit Hanefîlere göre fasit, diğer mezheplere göre ise batıl olur. Meselâ; veresiye satışta,

⁵⁶ Karaman, *a.g.e.* , s. 565.

⁵⁷ Bkz. Zeydan, *a.g.e.* , s. 453; Muhammed Tefvik Ramazan, *el-Büyû's-Şâia'* , s. 46; Sened, *a.g.e.* , s.52.

bedelin ödeme tarihinin belirlenmemesi anlaşmazlığa yol açacak önemli bir eksikliktir. Ancak insanların müsamaha ile karşıladıkları az bilinmezlikler akitlere zarar vermez. Satın alınan malın dükkânda mı yoksa evde mi teslim edileceğinin konuşulmaması gibi.⁵⁸

Akit meclisinde bulunmayan konu kendine mahsus bir özellik sebebi ile belli ise onun zikredilmesi belirlenmesi için yeterlidir.⁵⁹ Örneğin sadece kendisinde olan ve ismini zikretmekle herkesin tanıdığı eşyasını satarken o eşyasının ismini zikretmesi yeterlidir.

2.2.3.2.4. EDİMİN YERİNE GETİRİLMESİ MÜMKÜN OLMALIDIR

Malın alıcıya teslimi mümkün olmalıdır.⁶⁰ Mecellede de konu “ mebi’in (satılan şey) teslimi mümkün ve makdur olmak (güç yetirmek) lazımdır,”⁶¹ şeklinde ifade edilmiştir.

Edimin yerine getirilmemesi iki türlüdür:⁶²

2.2.3.2.4.1. Objektif İmkânsızlık

Akitle yüklenilen edimin, hiç kimse tarafından yerine getirilememesidir. Apaydın objektif imkânsızlığı da ikiye ayırmaktadır.

2.2.3.2.4.2. Tabii İmkânsızlık

Akit konusunun akit yapıldığı sırada fiilen hiç kimse tarafından yerine getirilememesi, herkesin bundan aciz kalması durumudur. Bu durumda akdin kurulması söz konusu değildir. Meselâ bir kimseyle ölüyü diriltme konusunda bir akit yapmak bu duruma örnektir.

2.2.3.2.4.2.1. Hukuki İmkânsızlık

Akitte yüklenilen edimin yerine getirilmesinin hukuken mümkün olmamasıdır. Bu durumda edimin ifasının “fiilen” imkân dâhilinde olmasına itibar edilmez. Akdin konusu olan şeyin ifası, hukuken imkânsız ise akit kurulmaz. Meselâ

⁵⁸ Bkz. Apaydın, *a.g.e.* , S. 133; Döndüren, Hamdi, *Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihali*, s. 65.

⁵⁹ Karaman, *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku*, s. 563.

⁶⁰ Muhammed Tefik Ramazan, *el-Büyû’ş-Şâia*’, s. 47; Apaydın *İslâm Hukukunda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü*, s. 37.

⁶¹ Mecelle, md. 198.

⁶² Apaydın, *İslâm hukukunda hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü*, s. 32-40.

evli bir kadınla evlenme durumu buna örnektir. Fiilen evli bir kadınla evlenebilir, fakat hukukten böyle bir Şey imkânsızdır. Bu yüzden böyle bir akit kurulamaz.

2.2.3.2.4.2.2. Söbjektif İmkânsızlık

Sadece edimi yüklenen borçlunun özel durumlarıyla ilgili olan imkânsızlıktır. Meselâ; resim yapmayı bilmeyen birinin, bir tablo yapmayı taahhüt etmesi, başkasına ait bir Şeyi “kendi adında” satması veya kiraya vermesi bu tür imkânsızlığın örneklerindendir.⁶³

Yapının çatısından bir ağacı, duvardan bir miktar tuğlayı, kilimin bir parçasını satma olaylarında teslim imkânsızlığı yoktur; ancak satıcının mevzuu teslim edebilmesi için çatıyı ve duvarı yıkmaması, kilimi parçalamaması gerekecek, bu da onun zarara girmesine sebep olacaktır. İslam hukuku bu durumu da imkânsızlık içinde görmüş ve akdin fesâdına hükmetmiştir.⁶⁴

2.3. AKİT SERBESTİSİ

Hukukta, irade ile ilgili olarak iki ana teoriden bahsedilir. Bunlardan birincisi, sözleşmelerde iç iradeye mi, yoksa dış iradeye mi itibar edilmesi gerektiği noktasındaki tartışmaları içeren irade beyanı teorisi; diğeri ise kişilerin sözleşme yapıp yapmama konusundaki serbestilerinin dayanağını oluşturan irade hürriyeti teorisidir.⁶⁵

Akit serbestisi, daha çok irade hürriyeti teorisini savunanlar tarafından kabul gören ve geliştirilen bir konudur. İrade beyanı teorisini benimseyenlere göre de akit serbestisi, kabul edilmeyecek bir Şey değildir. İrade beyanı teorisini benimseyenler, asıl irade beyanının dışı vurulan irade olduğunu benimsemekle beraber hangi durumlarda iç iradenin, hukuki iradeyi zedeledikten kurulabileceğini de araştırırlar.⁶⁶

2.3.1. AKİT SERBESTİSİNİN ANLAMLARI

Akit serbestisi prensibi, birkaç anlamı ifade eder. Bu noktalar Şunlardır:

⁶³ Geniş bilgi için; Apaydın, *İslâm Hukukunda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü*, s. 37-39.

⁶⁴ Karaman, *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku*, s. 562.

⁶⁵ Haçkalı, Abdurrahman, “İslâm Hukuku Açısından Akit Serbestisi”, *Dini Araştırmalar dergisi*, Mayıs-Ağustos 2002, V, Sayı 13, s. 121.

⁶⁶ Geniş bilgi için bkz. Haçkalı, *a.g.m.*, s.121.

a- Akit serbestisinin ifade ettiği birinci anlam şekil serbestisidir. Şekil, iradenin belirli bir tarzda ve belirli vasıtalar ile beyan edilmesidir.⁶⁷ Bizi asıl ilgilendiren akit serbestisi “şekil Serbestisi”dir. Çünkü “İslam hukukuna göre elektronik ticarete akdin kuruluşu” olan konumuz, tamamıyla akdin şekil serbestisi ile ilgilidir. Yani yapılan akitlerin elektronik ortamda, elektronik aletlerle yapılmasının İslam hukukuna göre hükmünün irdelenmesidir. Bu da şekil ve tanzim ile ilgili bir durumdur.

Akitlerin şekli kılınıp kılınmaması noktasındaki tartışmalar, aşırı şekilciliğın de şekil konusunda tamamen serbest olunmasının da sakıncalı olduğunu göstermektedir. Şekil, iradenin daha belirgin olarak ortaya konulabilmesi imkânını içerirken, aynı zamanda akit yapmayı zorlaştırabilir ya da suiistimal vb. hususlara yol açabilir.⁶⁸

Özellikle elektronik aletlerle yapılacak olunan akitlerin şekilsel olarak serbestilik derecelerinin önceden belirlenmeleri büyük önem taşımaktadır. Çünkü taraflar iradelerini beyan ederken ne şekilde ve nasıl tanzim edecekleri büyük önem taşımaktadır. Her ne kadar prensip olarak akit serbestisi gereğı olarak akitlerin elektronik aletlerle yapılmasının herhangi bir sakıncası yoksa da, mesafeli sözleşmeler yönetmeliğinde geçtiğı şekilde sözleşme kurulmadan önce mutlaka bazı hususlar belirlenmelidir. Tanzim ile ilgili olarak da sözleşmenin hangi şartlarla kurulacağı ve hangi durumlarda feshedilip edilemeyeceğı belirlenmeli ve fesihten sonra uygulanacak hukukun belirlenmesi akit açısından büyük önem taşımaktadır. Bunları akit serbestisinden dolayı terk etmek akdin sağlıklı bir şekilde yapılmasına zarar verebilir.

b- Akit serbestisi, kişilerin, akit çeşitlerinden dilediğini gerçekleştirme hürriyetlerini de ifade eder. Bu serbesti, isimli akitler açısından geçerli olduğu gibi, yeni ortaya çıkan isimsiz akitleri de kapsar.⁶⁹ Tezimizin ikinci bölümünde değineceğimiz gibi, elektronik sözleşmeler yeni bir sözleşme türü değil sadece şekilsel olarak elektronik aletlerle sözleşmelerin yapılmasıdır.

⁶⁷ Haçkalı, Abdurrahman, “İslâm Hukuku Açısından Akit Serbestisi”, *Dini Araştırmalar dergisi*, Mayıs-Ağustos 2002, C. V, Sayı 13, s. 122.

⁶⁸ Haçkalı, *a.g.m.*, s. 123.

⁶⁹ Haçkalı, *a.g.m.*, s. 123.

c- Akit serbestisinin diğ er bir anlamı ise tanzim serbestisidir. Buna şart serbestisi de denilmektedir. Bu serbesti; akdin konusunu, muhtevasını ve neticelerini tayin edebilmeyi ifade eder.

2.3.2. AKİT SERBESTİSİNİN KONUMUZ AÇISINDA ÖNEMİ

Akit serbestisinin birkaç noktadan incelenebileceğini belirtmiştik. Bu noktalardan özelikle şekil serbestisi prensibinin konumuz açısından büyük önemi vardır.       modern araçlarla yapılan akitleri diğ er akitlerden ayıran özellik sadece şekilsel bir ayrılıktır. şekilsel olan bu ayrılığın akit serbestisi içerisinde kabul edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi noktasında akit serbestisi prensibinin iyice bilinmesinin konumuz açısından büyük önemi vardır.

Akit serbestisi, mutlak olarak hiçbir sınırlandırmaya tabi tutulmayacak bir serbesti değildir. Böyle bir şeyin olması akdin her iki tarafına da zarar verecektir. Bu yüzden mutlak bir serbestiden söz etmek yanlış olur. Akit serbestisinin bir sınırı olmalıdır. Akit serbestisine bir sınır belirleme noktasında İslam hukuk ları arasında farklı düşünceler söz konusu olmaktadır.

2.3.3. İSLAM HUKUKU AÇISINDAN AKİT SERBESTİSİ

İslam hukukunun ana kaynağı olan Kur’ân’ı Kerim’de akitlerde irade serbestliğı ile ilgili olarak şu ayetler vardır:

“Ey inananlar! Mallarınızı aranızda haksızlıkla değil, karşılıklı rıza ile yapılan ticaretle yiyin.”⁷⁰ Bu ayette açıkça görülmektedir ki Allah insanları akitlerinde serbest bırakmış; ancak bir birlerini kandırmalarını da yasaklamıştır. Bu ayetten akitlerde asıl olanın akit serbestisi olduğunu çıkarabiliriz.       eğ er yasaklar belirlenirse bunların dışında yapılacak olan her türlü mu melat serbesttir anlamı çıkar ki ayette “haksızlıkla” yemenin yasak olduğu belirtilmiş ve daha sonrasında “karşılıklı rıza ile yapılan ticaretle yiyin” ifadesi zikredilmiş. Bu ikinci ifade bize akitlerde asıl olanın karşılıklı rıza olduğunu göstermektedir. Bu karşılıklı rızanın ifade ediliş şekli her hangi bir formata konulmamış insanların iradelerine bırakılmıştır.

⁷⁰ Nisa, 29.

Bir başka ayette de “Ey iman edenler! Akitleri yerine getirin buyrulmaktadır.”⁷¹ Bu ayette ise akit yapıldıktan sonra tarafların mutlaka akdin gereğini yerine getirmeleri gerektiği vurgulanmaktadır.

Bir diğer ayette: “Kadınlara mehirlerini cömertçe verin, eğer onlar gönül hoşnutluğu ile size bir şey bağışlarsa onu afiyetle yiyin.”⁷² Bu ayette de yine akit serbestisine vurgu yapılmaktadır.

Konuyla ilgili bu ayetlerin dışında bir de peygamberimizin hadisleri vardır. Bu hadislerden bir tanesini zikredeceğiz:

“Allah’ın kitabında yer almayan her şart batıldır.”⁷³

Bu hadis de akit serbestisinin kabul edilemeyeceğine dair zikredilen hadislerden bir tanesidir.

İslam hukukçuları bu zikretmiş olduğumuz ayet ve hadislerden yola çıkarak akit serbestisi ile ilgili olarak genel itibariyle üç görüş ileri sürmüşlerdir. Bu görüşleri ve bu görüşleri savunanları şimdi başlıklar halinde göreceğiz.

2.3.3.1.AKİT SERBESTİSİNİ DARALTAN GÖRÜŞLER

Akit serbestisi prensibini daraltanlar, akdin gereği prensibine bağlı olan içtihatlardır. Bu içtihatlar göre, İslam hukukunda her akdin temel hükümleri vardır ki bunlar akdin gereği olarak adlandırılır. Bunlar ya İslam dininin doğrudan koymuş olduğu naslarla belirlenmiş, ya da İslam âlimlerinin akit taraflarının hakları korumak için koymuş oldukları içtihatlardır.⁷⁴

Bu görüşte olanlara göre akdin bütün gerekleri, ancak şerî bir delille sabit olur. Akitte bulunanların buna aykırı, buna bir şey ilave etme veya bunu bir sınırla sınırlamaya yetkileri yoktur. Kesinlikle bir serbestîleri söz konusu değildir.

Bu görüşü Zahirîler benimsemişlerdir.⁷⁵ Bu görüşte olanların delilleri Kur’ân ve peygamberimizin hadisleridir. Meselâ Kur’ân’da geçen: “Kim Allah’ın sınırlarını

⁷¹ Maide, 1.

⁷² Nisa, 4.

⁷³ Buhârî, Buyû’, 34/67,73; Tirmizî, Buyû’, 12/33.

⁷⁴ ez- Zerkâ, a.g.e. , I/400.

⁷⁵ Haçkalı, *İslâm hukukunda satım akdiyle ilgili şartlar*, basılmamış yüksek lisans tezi, Samsun-1995,s. 27.

çığnerse onlar zalimlerin ta kendileridir.”⁷⁶ Bu görüşte olanlara göre Allah, İslam hukuku alanında bütün hükümleri koymuştur ve bu şekilde Allah’ın hükümlerin hepsini koyduğuna delil de “Bu gün size dininizi kemale erdirdim, size nimetimi tamamladım.”⁷⁷ Ayetidir. İşte madem Allah dini kemale erdirmişse, artık kim dine başka hükümler koyarsa Allahın sınırlarını çiğnemiş olur. Bunlar da zalimlerin ta kendileridir.

Diğer bir delilleri de peygamberimizin hadisleridir. Bu hadislerden bir tanesi olan: “Allah’ın kitabında yer almayan her şart batıldır”⁷⁸ şeklindeki rivayetlerdir.

2.3.3.2.AKİT SERBESTİSİNİ GENİŞLETEN GÖRÜŞLER

Akit serbestisi görüşünü genişletenler Hanbelîlerdir ki başlarında İmam İbni Teymiye ve talebesi ibnu’l-Kayyım gelir. Onlar akitler ve şartlarda insan iradesini esas alırlar. İnsan iradesine bu konuda geniş bir hürriyet verirler. Bu görüşte olanlara göre akit ve şartlarda asıl olan sıhhat ve cevazdır. Ancak kitap, sünnet, icma ve muteber kıyasta haram ve batıllığını gösteren bir hüküm bulunursa o zaman akit ve şart batıl ve haram olur.⁷⁹

Hanbelîler, diğer mezheplerin aksine nikâh akdinde dahi meşru bir maslahatı gerçekleştirecek şartı sahih kabul ederler.⁸⁰ Meselâ bir kadın evlenmeden “evlendiğimizde bu memlekette kalacağız” şartını koşsa bu şart sahihtir ve şayet koca evlilikten sonra bu şarta riayet etmese, kadın nikâh akdini bozabilir.

Meselâ; nikâh akdinde, eşler arası istifadenin helal olmadığı şart koşulsa, nikâh bu şart ile batıl olur. Çünkü bu şart ile evliliğin manası kalmaz, bilakis akit yalnız şekli bir durum alır.⁸¹

Hanbelîlerin nikâh akdinde dahi geniş bir şart hürriyetini kabul etmelerinde ileri sürdükleri delil peygamberimizin şu hadisidir: “Yerine getirilmesi en doğru olan şartlar; kendileriyle namusları helal kıldığımız şartlardır.”⁸²

⁷⁶ Bakara, 29.

⁷⁷ Maide, 3.

⁷⁸ Buhârî, buyû’, 34/67,73; Tirmizî, buyû’,12/33.

⁷⁹ Zeydan, Abdülkerim, *İslâm hukukuna giriş*, s. 576.

⁸⁰ Haçkalı, *İslâm Hukukunda Satım Akdiyle İlgili Şartlar*, s. 32.

⁸¹ ez- Zerkâ, *a.g.e.* , I/ 407.

⁸² Buhârî, şurût, 54/6; Müslim, Nikâh, 16/8; ibn Mace, Nikâh, 9/41.

Hanbelîler akit serbestisini savunurken dayanmış oldukları deliller Kur'ân'dan ayetler ve peygamberimizin hadisleridir. Bu konuyla ilgili şu ayetleri delil kabul etmişlerdir:

“(Ahitleşip) anlaşma yaptığınız zaman Allah'ın ahdini tam olarak yerine getirin (verdiğiniz sözü tutun)”⁸³

“Ahdi de yerine getirin, çünkü insan ahdinden sorumludur.”⁸⁴

“Ey inananlar! Mallarınızı aranızda haksızlıkla değil, karşılıklı rıza ile yapılan ticaretle yiyin.”⁸⁵

Hanbelîler bu zikretmiş olduğumuz ayetleri delil olarak kabul ederek akitlerde asıl olanın, insanların akitleri rızalarıyla diledikleri şekilde yapmaları olduğunu savunurlar. Bu ayetler ışığında akit konusunda Allah'ın insanlara geniş bir akit serbestisini verdiğini, Allah'ın verdiği bu serbestiyi kısıtlamamanın gerektiğini savunurlar.

Hanbelîlerin akit ve şartlarda asıl olanın mubahlık olduğuna delil olarak kabul etmiş oldukları hadisler ise şunlardır:

“... Müslümanlar şartlarına bağlıdır; helali haramı helal kılacak bir şart olmadıkça.”⁸⁶

Mekke fethinden dönerken Resûlullah (s.a.v.) Hz. Cabir'den, devesini kendisine satmasını istemiş, o da Medine'ye kadar kendisinin binmesi şartıyla bunu kabul etmiştir. Medine'ye gelince Resûlullah (s.a.v.) önce devenin parasını ödemiş, sonar deveyi de Hz. Cabir'e hibe etmiştir.⁸⁷

İşte Hanbelîler bu hadislerin de insanlara akitlerinde serbesti verilmiş olduğuna işaret ettiklerini savunurlar.

2.3.3.3.AKİT SERBESTİNDE ORTA YOLU TAKİP EDENLERİN GÖRÜŞLERİ

Akit serbestisi konusunda insan iradesine herhangi bir yetki tanımayan Zâhirî mezhebi hukukçuları ile bu konuda insan iradesini esas kabul ederek ona serbesti

⁸³ en-Nahl, 91.

⁸⁴ İsrâ, 34.

⁸⁵ Nisa, 29.

⁸⁶ Buhârî, İcare, 37/14; Tirmizî, Ahkâm, 13/17; İbn Mace, Ahkâm, 13/23.

⁸⁷ Buhârî, Şurût, 54/4; Müslim, Musakat, 22/21; Ebu Davud, Buyu', 22/69; Tirmizî; Buyu', 12/30.

tanıyan Hanbeli mezhebi hukukçuları arasında orta bir yol tuttuğu için Hanefilere orta yolu tutanlar denilmiştir.⁸⁸

Hanefiler akitlerle ilgili şartları sahih, fasit ve batıl olarak üçe ayırırlar. Hanefilerin orta yolu takip ettikleri bu şekilde bir üçlü tasnife gitmelerinde görülebilir. Diğer bir delil de Hanefilerin örf itibar edip maslahatı bir delil olarak kabul etmeleridir. Örf ve maslahat delilleri akitlerde serbesti prensibinin gereği olarak kabul edilebilecek hususlardır.

Sonuç olarak İslam hukukunda asıl olan akit serbestisinin var olmasıdır. Biz de bu prensipten hareketle akitlerin kuruluş şekillerinden biri olan elektronik ortamda akitlerin kuruluşunu, bu prensip dahilinde kabil edip konuyu değerlendireceğiz.

2.4. AKİDLERDE MECLİS

2.4.1. TANIMI

Mecellede yapılan tanım ise şu şekildedir: “ alış- veriş meclisi, tarafların pazarlık için bir araya gelmesidir.”⁸⁹

Akit meclisi, icap ile başlayıp tarafların anlaşmaları ve dolayısıyla akdin kurulması veya bu anlaşmanın olmayışı ile sona eren bir zaman aralığıdır.⁹⁰

Yapılan tanımlara baktığımızda birinci tanımda ” tarafların akilde meşgul olduğu hal”, ikinci tanımda “icap ve kabul arasındaki zaman aralığı” şeklinde tanımlanmış bulunmaktadır. Birinci tanım olan mecelle’de geçen tanımda “ tarafların bir araya gelmesi” şeklindeki tanım mekânsal olarak bir araya gelme anlamını vermektedir. İkinci tanımda ise açık bir şekilde meclisin maddi bir mekânla sınırlandırılmaması gerektiği belirtilmiştir. Günümüzde yapılan alış-verişlerde tarafların maddi bir mekânda alışverişlerini yapmaları şart koşulursa insanlar, alış-veriş konusunda pek çok zahmetlere girmekle beraber ekonomik olarak da büyük zararlara gireceklerdir.

Bu sebepten akit meclisini iki ye ayırmak gerekir:

⁸⁸ Haçkalı, *a.g.m.* s. 126.

⁸⁹ Mecelle, md. 181.

⁹⁰ Apaydın, *İslâm Hukukunda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü*, s. 43; diğer tanımlar için bkz. Zuhayli, *a.g.e.* , V/85.

2.4.2. HAZIRLAR ARASINDA MECLİS

Hazırlar arasında yapılan meclis, her iki tarafın bir mekânda buluşup akitte bulundukları meclistir. Bu durumda bir birlerinden ayrıldıklarında veya konuşmalarında başka bir konu hakkında konuşmaya başladıklarında akit meclisi sona erer.

2.4.3. GAİPLER ARASINDA MECLİS

Bir birleriyle aynı mekânda olmayanlar arasındaki meclis, tarafların akitle meşgul oldukları zamandır⁹¹. Taraflar akitle meşgul olduklarında yani birisinin icabıyla bu meclis başlar ve diğer tarafın kabulüyle veya reddi ile bu meclis sona erer. Meclisi sona erdiren bir başka sebep de yapılan îcâba, diğer tarafın lakayt kalması yani umursamaması veya başka şeylerle olmasıdır.

Bir elçi göndermek veya mektup göndermek suretiyle yapılacak akitte akit meclisi, elçinin tebliğ ettiği veya mektubun diğer tarafın eline ulaştığı meclistir. Çünkü elçi, onu gönderen adına konuşmaktadır. Sanki bizzat kendisi mecliste bulunmuş, îcâba muhatap olmuş da kabul etmiş gibidir. O halde akit yapılmış olur. Hazır olamayanların hitabı da onu sanki bizzat hazır bulunmuş, îcâba muhatap olmuş da mecliste kabul etmiş hale getirir. Kabul ikinci bir meclise tehir edilirse akit meydana gelmez.⁹²

Telefonla yapılan akitte meclis ise, icap yapan ve kabul edecek olan tarafın akit yapmaya başladıkları zaman meclis kurulmuş olur. Taraflar akitten söz etmeyi bırakıp hal hatır sormaya başladıkları vakit meclis bozulmuş olur⁹³.

Muhammed Tevfik ramazan akit meclisi hakkında mezheplerin görüşlerini verdikten sonra akit meclisini, kabulün yapıldığı yer olarak kabul eder. Mektupla, telefonla ve faksla da akdin gerçekleşeceğini ve bunlarda da akit meclisi, kabulün yapıldığı yer olduğu görüşündedir.⁹⁴

⁹¹ Çeker, *a.g.e.*, s. 60.

⁹² Bkz. Zuhayli, *İslâm Fıkıhı Ansiklopedisi*, V/87; Döndüren, *a.g.e.*, s. 111; Karaman, *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku*, s. 540.

⁹³ Bkz. Çeker, *İslâm Hukukunda Akidler*, s. 60; Zuhayli *a.g.e.*, V/86.

⁹⁴ Muhammed Tevvik Ramazan, *el- büyû'-ş Şayia*, s. 37.

2.4.3.1.GAİPLER ARASINDA KURULAN AKİTLERDE AKDİN GERÇEKLEŞME ZAMANI

Geçmiş fukaha zamanında gaipler arasında akitleşme çok yaygın olmadığı için akdin gerçekleşme zamanı hazırlar arasındaki akitleşme bakımından tartışılmış ve “akdin gerçekleşmesi için tarafların, karşılıklı irade beyanlarını duyup anlamaları gerektiğine” karar verilmiştir. Buna göre icabı yapanın kabul beyanını duyması gerçekleşme şartı olmaktadır.⁹⁵ Bu durum hazırlar arasında yapılan akitler için geçerli olan bir durumdur. Peki, gaipler arasında yapılan akitlerde akit ne zaman gerçekleşir? Meselâ telefonla, internetle mektup veya faksla yapılan akitlerde, akit ne zaman gerçekleşir?

Bu konuda İslam hukukçuları arasında tam bir fikir birliği yoktur. Muasır İslam hukukçuları gaipler arasındaki akdin gerçekleşme zamanını tartışmış ve farklı iki görüş illeri sürmüşlerdir.

1- Gaipler arasında akdin gerçekleşme zamanı kabulün yapıldığı zamandır; kabul yapılıncı iki irade beyanı bir noktada birleşmiş ve akit gerçekleşmiştir.

2- Gaipler arasında akdin gerçekleşme zamanı, icabı yapanın kabul haberini aldığı, kabulün yapıldığını öğrendiği zamandır.⁹⁶

Akdin ne zaman gerçekleşeceği önemlidir. Çünkü, icapta bulunan kişi karşı tarafın kabul beyanı kendisine ulaşmadan isterse icabından vazgeçebilir. Hazırlar arasında yapılan akitte zaten sorun yoktur. Gaipler arasında akit olduğunda akdin ne zaman gerçekleştiği büyük önem taşır. Eğer akdin gerçekleşme anı icabın karşı tarafa ulaştığı an olarak kabul edilirse o zaman rucu’ muhayyerliği icap haberi karşı tarafa ulaşmadan önce kullanılırsa geçerli olur. İcap beyanı karşı tarafa ulaştıktan sonra artık rucu’ muhayyerliği ortadan kalkmış olur. Akdin gerçekleşme zamanını kabul haberinin icapta bulunana ulaşma zamanı olarak kabul ettiğimizde o zaman icapta bulunan kimsenin kabul haberi kendine ulaşana kadar icabından dönme muhayyerliği devam eder.

⁹⁵ Karaman, *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku*, s. 540.

⁹⁶ Karaman, *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku*, s. 541.

İcap ve kabulün ulaşma anlarını tespiti bu konuda büyük önem arz etmektedir. Bu konuyu ikinci bölümde detaylı bir şekilde işleyeceğiz.

2.5. MUHAYYERLİKLER

2.5.1. TANIMI

Muhayyerlik “hıyar” kelimesinden gelmektedir. “Hıyar” kelimesinin çoğulu “hıyarat” tır ki, manası iki veya daha fazla şeyden en iyisini seçmek, istemektir.⁹⁷ İstilah manası ise; bir akdi kurup kurmamakta serbest olmak demektir. Kendisinde böyle muhayyerlik bulunan kimse yaptığı bir akdi diğer tarafın rızasına gerek kalmaksızın bozabilir.⁹⁸

Muhayyerlilik çeşitleri konusunda net bir sayı vermek mümkün değildir. Bütün muhayyerliklerin üzerinde durmayacağız. Sadece tezimiz açısından bize lazım olacak, bize mukayese olanağı verecek olanlar üzerinde durmaya çalışacağız.

2.5.2. MECLİS MUHAYYERLİĞİ

Satan ile alan arasında icap ve kabul meydana geldiği ve akit tamamlandığı zaman, her ikisi de, muhayyerliği bulunduğu dair anlaşmadıklarında, alış-veriş akdinin yapıldığı meclisten ayrıldıkları sürece, akdi bozma veya devam edebilmelerine meclis muhayyerliği denir.⁹⁹

Meclis muhayyerliği konusunda mezhepler arasında ihtilaf bulunmaktadır. Bu ihtilafın asıl sebebi peygamberimizin şu hadisinin farklı anlaşılmasından kaynaklanmaktadır. “alış-veriş yapanlar, bir birlerinden ayrıldıkça akdi bozma konusunda muhayyerdirlər.”¹⁰⁰ Meclis muhayyerliğini kabul edenler hadiste geçen “bir birlerinde ayrıldıkça” sözünü gerçek anlamıyla yani bedenen, mekânsal olarak bir birlerinden ayrılma olarak kabul ederler.

Meclis muhayyerliğini kabul etmeyenler ise hadiste geçen “ birbirlerinden ayrıldıkça” sözünü akde tarafların pazarlıklarını devam ettirme hali olarak yani akitte yapılan îcâba herhangi bir kabul veya ret cevabının verilmesi olarak kabul ederler.

⁹⁷ Zeydan, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 551.

⁹⁸ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuku İslâmiye ve İstilahatı Fıkhiye Kamusu*, VI/56.

⁹⁹ Seyyid Sabık, *Fıkhu’s-Sünne*, s. 50.

¹⁰⁰ Buhârî, *Buyu’*:42; Müslim, *Buyu’*:45; Ebu Davut, *Buyu’*:51.

Müçtehitlerin çoğu yukarıdaki hadisin sıhhatini kabul etmekle beraber umumi hükümleri, akitle ilgili nasları ve kıyas delilini kullanarak hadisi şöyle anlamışlardır: “tafırlar icap ve kabul ile akdi tamamlamadıkları müddetçe muhayyerdirler.” Bunlara göre ayrılmadan maksat, bedenlen ayrılmak değil, akdi bitirmek, karşılıklı irade beyanını usulüne uygun olarak yapmaktır.¹⁰¹

2.5.3. GAİPLER ARASINDA KURULAN AKİTLERDE RUCU MUHAYYERLİĞİ

Akitlerde rucu muhayyerliğini kabul etmek akit serbestisinin bir gereğidir. Çünkü kişi, irade beyanında bulunup icap yapabildiği gibi aynı zamanda da icabı karşi tarafa ulaşmadan icabından döne de bilir.

Mucib (icapta bulunan) karşi tarafın kabulünden önce icabından dönebilir. Cümlelin manası; icap bağlayıcı değildir, kabul beyanından önce mucib icabından rucu’ edebilir. Buna” hıyarı’r-ruçu” denir.¹⁰²

Mecellede rucu’ muhayyerliği şu şekilde ifade edilmiştir: “ meclis-i bey’de bad-el icap nihayet-i meclise kadar tarafeyn muhayyerdir.”

Cumhur (Hanefî, şâfiî ve Hanbelîler)’e göre: icabı yapan, diğer tarafın icabı kabul etmesinden önce icabından dönebilir, o takdirde icap batıl olur. Çünkü henüz akit meydana gelmemiştir. Bu da ancak kabulün îcâba bitişik olmasıyla meydana gelir. Çünkü icabı yapan mülkünde ve hukukunda tasarrufu hür insandır.¹⁰³

Cumhurun hilafına olarak Mâlikî mezhebi ulemasının çoğu rucu’ muhayyerliğini kabul etmemişlerdir. Onlara göre icabı yapan icabından dönemez, onunla bağlıdır. Karşi taraf ya kabul eder, böylece akit tamam olur, ya reddeder, icap da hükümsüz kalır.¹⁰⁴

Tercihe değer olan görüş kanaatimce birinci görüştür ki; rucu’ muhayyerliğini kabul etmektir. Rucu’ muhayyerlini kabul etmek hiçbir tarafa zarar vermez ve zaten bir tek icapla akit munkaid olmaz ki icaptan dönmekle akit bozulmuş olsun. Rucu’ muhayyerliği icapçıya düşünme imkânı veya malını daha iyi değerlendirme fırsatını verir. Karşi tarafın herhangi bir zararı söz konusu olmaz.

¹⁰¹ Karaman, *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku*, s.539; ez- Zerkâ, *a.g.e.* , I/ 378.

¹⁰² Zeydan, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 430.

¹⁰³ Zuhayli, *a.g.e.* , V/89.

¹⁰⁴ Zeydan, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 439.

İcapta bulunan kişi karşı taraf kabul etmeden icabından dönüp başka bir icapta bulunabilir. Bu durum mecellede şu şekilde dile getirilmiştir: “Kabl-el kabul icabın tekrarı icabı evveli iptal edip icab-ı saniye itibar olunur.”¹⁰⁵ Yani, eğer icabı yapan kişi karşı taraf bu icabını kabul etmeden ikinci bir icapta bulunursa birinci icabı iptal edilmiş olur ve ikinci icabı geçerli olur.

Buna bir örnek verecek olursak, bir kişi arabasını on bin TL satıyorum derse ve daha kimse kabul etmeden on bir bine satıyorum dese birinci icâba itibar edilmez, ikinci icap muteber olur.

2.5.4. GAİPLER ARASINDA KURULAN AKİTLERDE KABUL MUHAYYERLİĞİ

Mucibin icabından sonra kabul edecek olan ister icabı kabul eder isterse reddeder. Çünkü o bunda serbesttir. Zorlama ile karşı karşıya değildir. Ret veya kabulden birini seçebilir. Bu, kabul muhayyerliğidir. Bu muhayyerlik mecliste durduğu müddetçe geçerlidir. Çünkü adam düşünüp taşınma ihtiyacını hissedebilir.¹⁰⁶

2.5.5. ŞART MUHAYYERLİĞİ

Bir kişinin, bir malı satmak veya satın almak üzere akit yaparken bu akdi gerçekleştirmek veya fesih etmekte muhayyer olacağını şart koşmasına şart muhayyerliği denir.¹⁰⁷ Meselâ bir öğrencinin, satıcıya; “öğretmenim bu kitabı derste okutmayı kabul ederse senden satın alırım,” demesi şatlı bir alışveriştir.

Mecelle, “akd-i bey’in muktezasından olan şartla bey’ sahih ve şart muteber olur¹⁰⁸,” maddesiyle akdin gereği olan şartla yapılan akitlerin geçerli olacağını belirtmiştir. Meselâ, bayi’ (satıcı) kabz-ı semen (ücret) edinceye kadar mebi’i (satılan malı) hapsetmek şartıyla satması böyledir. Buradaki şart bey’e zarar vermeyip, belki muktezay-ı akdi (akdin gereğini) beyandır.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Mecelle, md.118.

¹⁰⁶ el-Mevsilî, Abdullah Bin Mahmud Bin Mevdud, *el-İhtiyar Li Ta’lîl-i-Muhtar*, II/16, Beyrut, 1975.

¹⁰⁷ el- Cezirî, *Dört Mezhebe Göre İslâm Fıkhı*, III/1305.

¹⁰⁸ Mecelle, md. 186.

¹⁰⁹ Akgündüz, *Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, s. 339.

Şart muhayyerliğinin caiz olduğuna en büyük delil şu hadis-i şeriftir: Ashab-ı Kiramdan Hubban b. Munakkız (r.a.) alış-verişlerde aldanıyordu, yakınları Hz. Peygambere başvurup Hubba'nın hacr altına alınmasını istediler. Bunun üzerine Allah resulü, Hubban'a şöyle buyurdu: "Alış-veriş yaptığın zaman; aldatma yok, benim için üç gün süreyle muhayyerlik hakkı vardır" de.¹¹⁰

Şart muhayyerliği sadece tek taraflı veya iki taraf için bağlayıcı (lazım) olan akitlerde söz konusu olur. Satım, kira, muzaraa, müsakat, mudarebe, taksim, kefalet ve havale (sened ve çek ciro) bunlar arasındadır. Vekâlet, ariyet, vedia, hibe ve vasiyet gibi bağlayıcı olmayan akitlerde muhayyer olmaya ihtiyaç yoktur. Çünkü bu akitler taraflar için bağlayıcı nitelikte değildir. Böyle bir muameleden razı olmayan kimsenin bunu tek yanlı iradeyle bozma hakkı vardır. Nikâh, muhalea (bir bedel karşılığı boşanma akdi) ve boşanma gibi feshi kabul etmeyen bağlayıcı akitlerde ise muhayyerlik şart koşması geçerli değildir.¹¹¹

2.5.5.1.ŞART MUHAYYERLİĞİNİN MÜDDETİ

Şart muhayyerliğinin zamanı konusunda mezhepler arasında farklı görüşler vardır. Ebu Hanife'ye ve bazı Şâfiî fukahasına göre üç gün veya daha azdır. Hanbelî ve Caferilere göre, müddet uzun olsun kısa olsun muhayyerliği devam ettikçe süre üç günden fazla olabilir. Mâlikîlere göre de önceden şart koşulmaksızın akit zamanındaki şarta veya örfe göre muhayyerlik suresi belirlenir.¹¹²

Süreyi sadece üç günle sınırlayanların delili Hubban hakkında varid olan peygamberimizin hadisidir. Peygamberimizin Hubban için öngördüğü üç günlük süreyi bütün herkese teşmil etmişlerdir.

Mecellenin konuyla ilgili maddesi şöyledir: " bayi' ya müşteri veyahut ikisi birde müddeti malume içinde bey'i fesih etmek veyahut icazet eylemek hususunda muhayyer olmak üzere bey'de şart koşmak caizdir"¹¹³. Burada geçen "müddetti malume" tarflarca belirlenecek zamandır. Yoksa kastedilen üç günlük zaman değildir.

¹¹⁰ Buhârî, Buyu, 48; Müslim, Buyu, 48; Ebu Davut, Buyu, 66.

¹¹¹ Bkz. Döndüren, *Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmi*, s. 81; Karaman, *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku*, s. 585; Zeydan, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 554.

¹¹² Zeydan, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 553.

¹¹³ Mecelle, md. 300.

Akitten dönmek üzere mutlak şart koşmak veya zamanın meçhul olması sahih olmaz. Meselâ belirsiz bir güne kadar veya falan adamın gelişine kadar gibi şartlar sahih değildir.¹¹⁴

2.5.5.2.ŞART MUHAYYERLİĞİNİ ORTADAN KALDIRAN SEBEPLER

- Şart koşulan müddet sona erdiğinde şart muhayyerliği ortadan kalkar.¹¹⁵ Şart koşulan müddet sona erdiğinde, şart koşan kişi akdi feshetmemişse akit kesinleşir.

- Muhayyerlik müddeti içerisinde akdi kabul veya feshetmek

- Muhayyerlik hakkı sahibinin satım akdi icazetine delâlet eden bir tasarrufta bulunması. Meselâ, muhayyerlik hakkı olan alıcının, almış olduğı şeyi satması, kiraya vermesi veya rehin vermesi gibi. Bu durumlar alıcının muhayyerliğinden vazgeçtiğine delalet eder. Bu yüzden şart muhayyerliği ortadan kalkar.

- Muhayyerlik hakkı olanın ölmesi: Bu görüş Hanefî ve Hanbelîler gibi bir gurup İslam hukuklukçularınınındır. Çünkü muhayyerlik şartı hak sahibinin arzusu ve iradesinden ibarettir. Arzular ve diğer münhasıran şahsa ait sıfatlar mirasla intikal etmez¹¹⁶. Bu görüş mecellede de kabul edilmiştir.¹¹⁷

2.5.5.3.ŞART MUHAYYERLİĞİNİN AKDE TESİRİ

Şart muhayyerliğinin bulunduğı akitte malın mülkiyeti Hanbelî mezhebine göre karşı tarafa kesin bir şekilde geçer. Mâlikî mezhebine göre malın mülkiyeti hiçbir şekilde karşı tarafa geçmez. Şâfiî ve Hanefî mezhebine göre muhayyer olan tarafın mülkiyetinden dışarı çıkmaz.¹¹⁸

2.5.6. GÖRME MUHAYYERLİĞİ (HIYAR-I RÜ'YE)

Müşterinin görmediğı bir şeyi olması durumunda, onu görünce dilerse kabul etmeme hakkına sahip olmasına görme muhayyerliği denir. Malını görmeden satan satıcı için görme muhayyerliği yoktur. Numune üzerine satılan şeylerde numunenin görülmesi lazım ve kâfidir. Ancak satılan şey numuneden değişik çıkarsa müşteri o

¹¹⁴ el- Hin, el- Buğa, eş- Şerbeci, *Büyük Şâfiî Fıkhi*, III/132.

¹¹⁵ Zeydan, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 555.

¹¹⁶ Zeydan, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 555.

¹¹⁷ Mecelle, md. 306.

¹¹⁸ Zuhayli, *a.g.e.*, V/397

şeyi kabul edebileceği gibi ret de edebilir. Görme engellilerin satın akdi yapması mümkündür, ancak vasfını bilmediği bir mal aldığı takdirde muhayyer olur.¹¹⁹

Görme muhayyerliği hadisle sabittir. Ebu Hureyre ve ibn. Abbas (r.a.)’dan gelen rivayete göre, Resulullah (s.a.v.) şöyle buyurmuştur: “Görmediği malı satın alan kimse, malı görünce muhayyerdur.”¹²⁰ Bu hak sadece akitte alıcı veya kiracı gibi kimselerde bulunur. Satıcı veya kiraya verenin bu hakkı bulunmaz.¹²¹

Mâlikî ve Hanbelî mezhepleri görme muhayyerliğini, niteliklerdeki muhayyerlik olarak görmüşlerdir. Meselâ; müşteriye nitelikleri belirtildiği takdirde orada hazır olmayan malın satışı caizdir. Müşteriye, selemin sahih olacağı kadar o şeyin niteliklerinde söz edilir. Ayrıca satılan şey belirtilen niteliklerle tanınmış olur. Müşteri belirtilen niteliklerle satılan şeyin uygun olmadığını gördüğünde muhayyerdur, ama satılan şey söylenen niteliklere uygunsa akit لازم olur ve onu feshetme yetkisi bulunmaz.¹²²

Şâfiîlere göre, satılan mal alış-veriş akdinden ayrı, meclis içinde olup da akdi yapanlarca görünmeyen bir yerde bulunursa onu satmak sahih olmaz. Satılan bu malın cinsini belirleyen bir sıfatla nitelenmesi ve nitelenmemesi arasında bir fark yoktur.¹²³

2.5.6.1.GÖRME MUHAYYERLİĞİNİN OLUŞMASI İÇİN GEREKEN ŞARTLAR

Görme muhayyerliğinin oluşması için gereken bazı şartlar vardır. Bu şartlar gerçekleşmezse muhayyerlikten söz edilmez.

- Akit mahallinin tayin ile belirlenen şeylerde yani herhangi bir ayn olması gerekir. Eğer bir ayn olmazsa onda muhayyerlik sabit olmaz.¹²⁴

Eğer bedel de müşahhas mal ise satıcının da görme muhayyerliği doğar. Meselâ, taksiyle at karşılıklı (takasla) satılırsa muhayyerlik hem satıcı hem de alıcı için vardır.¹²⁵

¹¹⁹Bkz. Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuku İslâmiye ve Istılahatı Fıkhiye Kamusu*, VI/66; Osman Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, s. 263.

¹²⁰ ez-Zeylâî, *Nasbu'r-Raye li Ehadisi'l-Hidâye*, IV/9, el-Mektebetü'l-İslamiyye, 1973.

¹²¹ Döndüren, *Delilleriyle Ticaret Ve İktisat İlmi*, s. 83.

¹²² Zuhayli, *a.g.e.* , V/421.

¹²³ Bkz. el- Cezirî, *Dört Mezhebe Göre İslâm Fıkhı*, III/1358; Halil Günenç, *Günümüz Meselelerine Fetvalar*, III/34.

¹²⁴ Zuhayli, *a.g.e.* , V/ 424.

- Alıcının malı görmemiş olması gerekir. Şayet alıcı malı görürse veya satın aldığı malın bir numunesini görmüşse görme muhayyerliğinden söz edilemez.

- Akdin feshedilebilmesi için kabili fesih akitlerden olması. Evlenme ve mal mukabili boşanma gibi. Kabili fesih olmayan akitlerde görme muhayyerliği yoktur.

2.5.6.2.GÖRME MUHAYYERLİĞİNİ ORTADAN KALDIRAN SEBEPLER

- Görme muhayyerliği olanın açıkça veya zımmen akde razı olması “akde razı oldum” demesi gibi. Meselâ, Mevsili el- ihtiyar adlı eserinde şöyle demektedir: “...(alıcı) görmeden satış akdini geçerli kılar, akit yinede bağlayıcı olmaz. Görmeden evvel sarîh ifade ile; ben muhayyerlik hakkımı iptal ettim derse bile, bu hak yok olmaz. Çünkü bu muhayyerlik şer’an sabit olmuştur; tarafların iptal etmesiyle yok olmaz.”¹²⁶

- Malı veya örneğini görmekle¹²⁷ malı temsil edecek numuneyi görmek de muhayyerliği kaldırır.

- Satın alanın ölmesiyle muhayyerlik vârislere geçmez. Ve akit kesinleşir. Akit mevzuunun bir kısmının özürlü hale gelmesi, kayıp olması sebebiyle tamamının sahibine iadesinin imkânsızlaşması gibi sebepler de muhayyerliği sona erdirir.¹²⁸

- Satın alanın satın alınan mevzu üzerinde, feshi kabil olmayan bir tasarrufta bulunması.¹²⁹

Sonuç olarak İslam’ın aldanmaları önlemek için öngördüğü görme muhayyerliği akit konusu belirlenebilen, feshi kabil bulunan ve akit sırasında veya daha önce konusu görülmemiş olan akitlerde söz konusu olur. Satım, kira, taksim ve sulh akitleri bu niteliktedir. Nikâh, talak ve muhalea gibi akitler ise feshe elverişli olmadıkları için bunlarda görme muhayyerliği geçerli değildir.¹³⁰

¹²⁵ Zeydan, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 560.

¹²⁶ el-Mevsilî, *a.g.e*, II/ 16.

¹²⁷ Mecelle, md. 324.

¹²⁸ Zeydan, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 564.

¹²⁹ Karaman, *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku*, s. 58.

¹³⁰ Döndüren, *Delilleriyle Ticaret Ve İktisat İlmihali*, s. 85.

2.5.7. AYIP MUHAYYERLİĞİ (HIYAR-I AYB)

Bir şeyde mevcut olan bir kusurun akitten sonra ortaya çıkmasıyla taraflardan biri için sabit olan muhayyerliğe denir.¹³¹

Mecellede bu husus şu şekilde tanımlanmıştır: “Bey-i mutlak ile satılan bir malın ayb-ı kadimi tebayün ettik de müşteri muhayyerdir. Dilerse reddeder ve dilerse semen-i müsemma ile kabul eder. Yoksa malı alıkoyup da ayıp için bahasını tenkis edemez.”¹³² Mecelle 339. Maddesinde ayb-ı kadimi şu şekilde tarif etmektedir: “Ayb-ı kadim bayi’ yedinde iken mebi’de mevcut olan ayıptır.”

Akitlerde ayıp muhayyerliği delaleten ve zımnen şart koşulmuş kabul edilir. Çünkü malın veya bedelin kusursuz olması açıkça şart koşulmazsa bile akdi yapanlar bunların tam olmasını isterler. Mutlak olarak yapılan satım akdi, satılan malın ayıptan salim olmasını gerektirir.¹³³

Ayıpla karşılaşan kişinin ayıp muhayyerliği hakkının olduğunun delilleri peygamberimizin hadislerinde mevcuttur. Bir hadisinde: “bir kimse memelerinde süt biriktirilmiş bir koyunu satın alır ve bu hayvanın alıcıyı aldatmak için memelerinin şişirilmiş olduğunu anlarsa üç gün süreyle muhayyerdir.” Başka bir rivayet; “bu kimse üç güne kadar muhayyerdir. Dilerse akdi geçerli kılar, dilerse bozar ve koyunla birlikte bir sa hurma verir”¹³⁴ Şeklinde. Bu hadisin dışında başka hadisler de vardır. Onlardan bir tanesi de şu hadistir: “Müslüman Müslüman’ın kardeşidir. Bir Müslüman’ın kardeşine ayıbını açıklamadıkça ayıplı bir mal satması helal olmaz.”¹³⁵

2.5.7.1. AYIP MUHAYYERLİĞİNİN SABİT OLMASININ ŞARTLARI

- Ayıbın akitten evvel veya akitten sonra teslimden önce var olması lazımdır. Yani ayıp eski olmalıdır. Eğer ayıp teslimden sonra veya müşterinin yanında meydana gelirse ayıp muhayyerliği söz konusu olmaz.

- Akit ve teslim alma sırasında alıcının ayıbın varlığını bilmemesi gerekir. Eğer bu iki vakitte ayıbın varlığını biliyor idiyse muhayyerlik hakkı olmaz. Çünkü bu onun delalet yoluyla razı olduğunu gösterir.

¹³¹ Bilmen, *Hukuku İslâmiye ve ıstılahatı fıkhiye kamusu*, VI/70.

¹³² Mecelle, md. 337.

¹³³ Bkz. Bilmen, *Hukuku İslâmiye ve ıstılahatı fıkhiye kamusu*, VI/71; Döndüren, *Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihali*, s. 85.

¹³⁴ Buhârî, *Buyu*, 65; Müslim, *Buyu*, 23, 26, 28; İbn. Mace, *Ticaret*, 42.

¹³⁵ İbn. Mace, *Ticaret*, 45.

- Satıcı, malın kusurlarından sorumlu olmadığını şart koşmamış olmalıdır. Aksi halde alıcının muhayyerlik hakkı olmaz. Çünkü satıcıyı kusurlardan ibra etmekle kendi hakkından vazgeçmiş olur.

- Ayıp fesihten evvel yok olmamalıdır.¹³⁶

2.5.7.2.AYIP MUHAYYERLİĞİNİN VAKTİ

Bu konuda mezhepler arasında ihtilaf vardır. Şâfiîlerin görüşüne göre alınan malda bir kusur görüldüğünde alan kişinin malı hemen iade etmesi gerekir. Hemen iade etmek, örfe göre belirlenir. Meselâ kişi aldığı malda namaz kılarken veya yemek yerken bir ayıp görürse, malın iadesini namaz kılincaya kadar veya yemek yiyinceye kadar erteleyebilir. Malın ayıbını gece görürse iade etmeyi sabaha erteleyebilir. Ancak malın iadesi örfün belirlediği zamanda yapılmazsa, muhayyerlik hakkı ortadan kalkar.¹³⁷

Mâlikîlerin görüşü de bu şekildedir.¹³⁸

Hanefî ve Hanbelîlere göre ise, ayıp sebebiyle bir malı geri verme gecikmeli olabilir. Buna “terahi” denir. Ayıplı malın derhal geri verilmesi şart değildir. Alıcının, ayıplı mala razı olduğunu gösteren bir fiil bulunmadıkça geri verme gecikebilir. Çünkü bir hak sabit olunca ya düşürme ile veya belirlenen surenin sora ermesiyle sona düşer. Ayıp muhayyerliği için ise belirli bir süre konulmamıştır.¹³⁹

Görme muhayyerliği gibi ayıp muhayyerliğinin de geçerli olduğu akitler feshi kabil olan akitlerdir.

2.5.7.3.AYIP MUHAYYERLİĞİNİ ORTADAN KALDIRAN SEBEPLER

Aşağıda sayacağımız sebeplerden dolayı ayıp muhayyerliği ortadan kalkar

- Ayıbın varlığını öğrendikten sonra razı olmak. Alıcı ister sarîh olarak rızasını telaffuz eder isterse de malı kullanmak gibi delalet yoluyla rızasını gösterirse, artık muhayyerlik hakkı iptal olur.

¹³⁶ Zuhayli, *a.g.e.* , V/197.

¹³⁷ el- Hin, el- Buğa, eş- Şerbeci, *Büyük Şâfiî Fıkhi*, III/137.

¹³⁸ Zuhayli, *a.g.e.* , V/ 198.

¹³⁹ İbn Abidin, Muhammed, *Reddu'l-Muhtâr Ala'd-Durri'l-Muhtâr*, 9/39, Kahraman Yay. İstanbul-1984.

Müşteri aldığı malı bir başkasına sattıktan sonra bir kusur yüzünden malı geri alırsa, onu kendisine satana geri verme hakkı yeniden doğar.¹⁴⁰

- Muhayyerlik hakkını düşürmek: Bu düşürme “muhayyerlik hakkımı düşürdüm” gibi ifadelerle olabileceği gibi; “satıcıyı, malda çıkabilecek ayıplardan beri kıldım” gibi dolaylı sözlerle de gerçekleşebilir. Çünkü kişi sahip olduğu muhayyerlik hakkını düşürme yetkisine de sahiptir.¹⁴¹

Örneğin; bir konfeksiyoncu, bir elbiseyi “renk verse vermese, kısa olsa uzun olsa hiçbir kusurundan sorumlu değilim” diye satsa ve alıcı da kabul etse artık alıcının muhayyerlik hakkı kalmaz.

- Akit konusunun helak olması veya alıcının elinde yeni bir kusurun daha oluşması yahut ta malın tamamen değişikliğe uğraması. Meselâ; buğdayın un, unun ekmek haline gelmesi gibi.¹⁴²

- Ayıp muhayyerliği hakkına sahip olanın elindeki malda, arsaya bina yapmak, ağaç dikmek, kumaşı boyamak gibi maldan doğmayan, fakat mala bitişik olan bir fazlalığın meydana gelmesi yahut ağcın meyvesi, hayvanın yavrusu gibi maldan doğan fakat mala bitişik olmayan bir fazlalığın meydana gelmesi de malın iadesini imkânsız hale getirir.¹⁴³

2.5.7.4. AYIP MUHAYYERLİĞİNİN MİRAS YOLUYLA İNTİKALİ

Daha önce gördüğümüz gibi görme ve şart muhayyerliğinde Hanefîler miras yoluyla muhayyerliğin vârislere intikalini kabul etmezler. Ayıp muhayyerliğinde ise Hanefîler muhayyerliğin miras yoluyla vârislere geçeceği görüşündedirler. Çünkü miras bırakan, satın aldığı bu mala ayıplardan salim olarak hak kazanmıştır. Miras bırakan için sabit olan hak, mirasçıları için de sabit sayılır.¹⁴⁴

Şâfiî ve Mâlikîlere göre ise hıyar-ı şart ve hıyar-ı rü’yet de mirasla vârislere intikal eder. Çünkü asıl olan hakların ve mallarının miras yoluyla intikal etmesidir. Resulullah’ın şu hadisini buna delil olarak gösterirler: “Kim geriye bir mal veya hak

¹⁴⁰ el- Mevsili, *a.g.e.*, II/18.

¹⁴¹ Mecelle, md. 343.

¹⁴² el- Mevsili, *a.g.e.*, II/19.

¹⁴³ Zuhayli, *a.g.e.*, V/200.

¹⁴⁴ Döndüren, *Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihali*, s. 88, 89.

bırakırsa o mirasçılarınınndır.”¹⁴⁵ Ancak miras açısından mal ile hak arasında bir fark olduğuna dair delil bulunursa hak intikal etmez.¹⁴⁶

2.5.8. TAYİN MUHAYYERLİĞİ

Kıyemî mallardan iki veya üç şeyin başka başka fiyatları belirtilerek, onlardan müşteri dilediğini almak veya satıcının dilediğini verme muhayyerliğine sahip olmasıdır.¹⁴⁷ Bu muhayyerlik ancak satış gibi aynı eşyanın mülkiyetinin naklini ifade eden malî muavaza akitlerinde sabit olur¹⁴⁸

Tayin muhayyerliğinde tayinin belirli bir müddetle belirlenmesi gerekir¹⁴⁹, belirli bir müddetle belirlenmezse işin, içinden çıkılamaz. Örneğin bir alıcı bir yerden üç tane aynı takımını farklı fiyatlarla alsa ve bunlarda hangisini beğenirse alacağını belirtmekle muhayyerlik hakkı istese fakat zaman belirmese bu anlamsız bir anlaşma olur ki satıcı bundan zarar görür.

Tayin muhayyerliği vârise intikal eder.¹⁵⁰ Örneğin yukarıda vermiş olduğumuz örnekte kişi, fiyatları belirlenmiş takımları alsa ve ondan sonra ölürse muhayyerlik vârislerine geçer. Vârisleri onlardan birini belirtilen zaman içinde seçmek durumundadır.

Tayin muhayyerliğinin meşru olup olmadığı konusunda fakihler ihtilaf etmişler. İmam Şâfiî, Ahmed ve Hanefîlerden Züfer satılan mal meçhul olduğu için meşru kabul etmemişlerdir. Zira malın malum olması şarttır.¹⁵¹

Kanaatimce burada Hanefîlerin görüşü tercihe layık olan görüştür. Çünkü kişi, günümüzde ihtiyaç duyduğu şeylerle ilgili zengin bir menü ile karşılaşmaktadır. Bu menüden hangisini seçeceğini bazen kestirememekte ve işin ehli olan kişilerle danışma gereksinimini duyabilmektedir. Bu konuda tayin muhayyerliği kişiye büyük kolaylıklar sunmaktadır.

¹⁴⁵ Ebû Dâvud, Ferâiz, 8; Tirmizi, Ferâiz, 12; İbn Mâce, Diyât, 7, Ferâiz,9.

¹⁴⁶ Zuhayli, *a.g.e.* , V/201.

¹⁴⁷ Mecelle md. 316.

¹⁴⁸ Zuhayli, *a.g.e.* , V/190.

¹⁴⁹ Mecelle md. 317.

¹⁵⁰ Mecelle, md. 319.

¹⁵¹ Zuhayli, *a.g.e.* , V/190.

2.5.9. VASIF MUHAYYERLİĞİ

Vasıf muhayyerliği, satılan eşyada bulunması gereken bir vasfın sonradan bulunmadığı anlaşıldığı takdirde karşı tarafa tanınan seçimlik hakkına denmektedir.¹⁵²

Örneğin; kaloriferli diye bilinerek alınan bir evin kalorifersiz çıkması gibi. Burada alıcı geri vermek ile evi aldığı fiyata kabul etmek arasında muhayyerdir.

2.5.9.1. VASIF MUHAYYERLİĞİNİN ŞARTLARI

- Şart koşulan niteliğin şer'an mubah olması. Haram olan bir şey olursa muhayyerlik sahih olmaz.

- O niteliğin âdetten istenen bir şey olması gerekir. Şayet örfte arzu edilen bir şey değilse şart boştur. Satış sahih olur, muhayyerlik olmaz. Hayvanlarda dişilik ve erkek olma niteliği gibi. Her kim erkek diye bir hayvan satın alırsa, sonra dişi olduğu ortaya çıkarsa satış sahihtir ve muhayyerlik sabit olmaz. Çünkü halk arasında asıl istenen şey hayvanın dişi olmasıdır.

- Arzulanan niteliğin tayini anlaşmazlığa götürecek bir bilgisizliği ortaya çıkarmaması gerekir. Eğer böyle bir şey olursa satış da şart da fasit olur. Meselâ; süt veren bir inekte günde şu kadar süt vermesini şart koşturmak böyledir. Bu fasit bir şarttır. Çünkü bunu tespit etmeye imkân yoktur.¹⁵³

Vasıf muhayyerliği vârise intikal eder¹⁵⁴.

Vasıf muhayyerliği ile muhayyer olan kişi almış olduğu maldan herhangi bir kabul yani temellük göstergesi sergilerse muhayyerliği iptal olur¹⁵⁵.

2.5.10. NAKİT MUHAYYERLİĞİ

Bu şart muhayyerliğinin bir şeklidir. Meselâ, vadeli satış akdinde tarafların, müşterinin tayin edilen süre içerisinde - bu da üç gündür- semeni ödememesi halinde satışın gerçekleşmemesi üzerinde anlaşmaları gibi. Şayet bu şekilde alıp dört güne kadar semeni ödemezse akit sahih olmaz.¹⁵⁶

¹⁵² Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, s. 263.

¹⁵³ Zuhayli, *a.g.e.* V/324.

¹⁵⁴ Mecelle, md. 311.

¹⁵⁵ Mecelle, md. 311.

¹⁵⁶ Zuhayli, *a.g.e.*, V/375.

Belirtilen vakitte müşteri semeni vermezse nakit muhayyerliği ile akit olunan alışveriş fasit olur. Nakit muhayyerliği ile muhayyer olan müşteri belirlenen vakit içinde vefat ederse alışveriş batıl olur.¹⁵⁷

Müşterinin nakit muhayyerliği ile almış olduğu malın elinde telef olması veya maldan bir kusurun oluşması durumunda müşterinin muhayyerliği ortadan kalkar. Satış lazım olur, müşteri malın fiyatını ödemek zorunda olur.

2.5.11. GABN VE TAĞRİR MUHAYYERLİĞİ

“Hıyar-ı gabn ve tağririn” beraber zikredilmesinin sebebi birazdan göreceğimiz gibi İslam hukukçularının genelde gabndan dolayı muhayyerliğin oluşması için “tağriri” şart koşmalarıdır.¹⁵⁸

Gabn, alışverişte aldatmak, eksik vermek, saklamak, gizlemek, farkına varmamak gibi anlamlara gelir.¹⁵⁹ Bir fıkıh terimi olarak “hıyar-ı gabn ve tağrir”; Satım akdinde semen ile “mebi” arasında (taraflardan birisinin karşı tarafı aldatarak) büyük bir farklılığın olması halinde, aldanan tarafın akdi feshetme hakkına sahip olmasıdır.¹⁶⁰

Gabn, fahiş (çok aldatma) ve yesir (az aldatma) olmak üzere ikiye ayrılır. Fahiş sözcüğü, fühüş masterından ismi fail olup, kök anlamı söz veya işin çok çirkin olması, haddi ve ölçüyü aşmak yüz kızartıcı iş yapmak demektir. fahiş fiyat bir malın normal piyasa değerinin çok üstünde veya çok altında satılmasıdır.¹⁶¹

Ğabn ve tağrir muhayyerliğinin olması için iki şartın bulunması gerekir. Bunlar:

Alış-verişte tağrir olmadığı müddetçe gabn-ı fahiş bulunsa da aldanan kimse akdi fesih edemez. Akdi kabul veya fesih edebilme muhayyerliğine sahip olması için mutlaka gabn-ı fahiş ve tağrir beraber olmalıdır.

Fakat kişi, yetim malını, vakıf malı veya beytülmal mallarını tağrir olmaksızın sadece gabn-ı fahiş ile dahi alsa veya satsa bu alış-veriş feshedilebilir.

Piyasa fiyatlarının üstünde veya altında gabn-ı fahiş söz konusu olmalıdır:

¹⁵⁷ Mecelle, md. , 314, 315.

¹⁵⁸ Ömer Nasuhi Bilmen, *a.g.e.* , VI/78.

¹⁵⁹ Döndüren, *Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihali*, s. 270.

¹⁶⁰ Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, s. 264.

¹⁶¹ Döndüren, *Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihali*, s. 271.

Bu bedelin insanların çoğu tarafından aldanma sayılacak ölçüde yüksek olması gerekir. Hanefîlere göre bu oranlar; gayrı menkullerde %20, hayvanlarda %10, menkul eşyalarda %5 ve daha fazla olmasıdır.¹⁶² Bu oran Mâlikîlerde; malın değerini üçte bir aşması halidir.¹⁶³

Fahiş gabn için kesin oranlar belirlemek yanlış olur. Çünkü bu ancak örfle ve zamanın şartlarına göre belirlenebilecek bir durumdur. Meselâ; enflasyon çok yüksek olduğu yıllarda birkaç gün içinde fiyatlarda büyük artışlar gözlenebilmektedir. Böyle bir zamanda kişinin, 100 liraya almış olduğu bir malı yüksek enflasyonun etkisiyle, paranın değerini kaybetmesinden dolayı 150 hatta 200 liraya da satabileceği durumlar olabilmektedir. Bu duruma gabn-ı fahiş demek, tüccarı zarara, alış-veriş yapamayacak zor duruma düşürmek olur. Sağlam ve düşük bir enflasyona sahip olan bir ülkede uzun yıllar malların fiyatları değişmemektedir. Bu tür durumlarda malın fiyatını 100 lirada 105 liraya dahi yükseltmek, gabn i fahiş olabilir.

Gabn-ı fahiş ve tağrir ile muhayyer olan bir kimse öldüğünde muhayyerlik hakkı vârislerine geçmez.¹⁶⁴

Aşağıdaki durumlardan dolayı ğabn-ı fahiş ve tağrirden dolayı muhayyerlik hakkı düşer:

1- Kandırılan müşteri, alış-verişte ğabn-ı fahiş olduğunu öğrense ve buna rağmen, malı kabul ettiğini hissettirecek bir tasarrufta bulunursa kişinin fesih hakkı düşer.

2- Kandırılma ve ğabn-ı fahiş ile alınan mal alıcı yanında telef olsa veya büyük bir zarar görse artık alıcının fesih hakkı kalmaz.

Örneğin: almış olduğu kitabın tümünden yanması veya birkaç sayfasının yırtılması gibi.

2.6. İSLAM HUKUKUNDA GENEL OLARAK AKDİN FESÂDINI/BUTLÂNINI GEREKTİREN SEBEPLER

İbadetler konusunda “fasit” ve “batıl” terimleri eş anlamlı olarak kullanılır. Meselâ namazda kıraat gibi bir rûknün terk edilmesi halinde namazın fasit olduğunu

¹⁶² Mecelle md. 165.

¹⁶³ Döndüren, *Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihali*, s. 272.

¹⁶⁴ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuku İslâmiye ve İstılahatı Fıkhiye Kamusu*, VI/ 79

söylemekle batıl olduğunu söylemek arasında bir fark yoktur. İkisi de namazın bozulduğu anlamına gelir. Bu konuda mezhepler arasında görüş ayrılığı yoktur.

Fakat muâmelâtla ilgili meselelerde fasit ile batılın aynı şey olup olmadıkları konusunda mezhepler arasında görüş farklılığı vardır. Şâfiî, Hanbelî ve Mâlikîlerin ortak görüşüne göre muâmelâtla ilgili konularda da iki terim aynı anlamı ifade eder. Hanefiler muâmelâtla ilgili konularda fasit ile batılın aynı şeyler olmadıkları görüşündedirler.¹⁶⁵

2.6.1. BUTLÂN

Butlân, hukuk düzeninin, akdin rükün ve şartlarının eksikliğine terettüp ettirdiği bir “ceza” olarak değerlendirilir.¹⁶⁶ Kısaca butlân, akdin ana unsurlarında herhangi bir hatadan dolayı akdin gerçekleşmemesidir. Butlân daha çok akdin unsurları ile alakalı olarak herhangi bir eksikliğin bulunması durumunda ortaya çıkan bir husustur. Bu yüzden butlânın sebepleri arasında şunlar sayılabilir: akdi yapanın akit ehliyetine sahip olmaması, akit konusunun akde uygun olmaması veya tarafların iradelerinde bir sakatlığın olması.

Batıl olan akitlere birkaç örnek verecek olursak: küçük ve delinin yaptığı akit, vakıf malının satılması, kişinin mahremiyle evlenmesi ve şahitsiz evlenme gibi.

Butlânla ilgili bilinmesi geren önemli bir nokta, batıl satış akdinin hiçbir hukuki sonuç meydana getirmemesidir. Meselâ, satılan mal veya paranın mülkiyeti karşı tarafa geçmez. Satılan mal karşı tarafa teslim edilmişse onun elinde emanet hükümlerine tabi olur. Mala kasıtlı olarak zarar verirse, misli mallarda misli ile, kıyemîlerde ise değeri ile tazmin edilmesi gerekir. Kasıt, kusur veya ihmal olmaksızın meydana gelecek zararlardan ise alıcı sorumlu değildir.¹⁶⁷

Bununla beraber bazı çağdaş İslam hukukçuları, batıl akdin bir hükmü bulunmadığı şeklindeki genel kanaatin pek isabetli olmadığını ileri sürerek, batıl akdin, bazı noktalardan hüküm doğura bileceği kanaatindedirler.¹⁶⁸

Bu durum en iyi nikâh akdinde görülmektedir. Batıl bir evlenme akdiyle evlenen taraflar buna dayanarak cinsi münasebete girmiş olabilirler ve bundan bir çocuk da dünyaya gelmiş olabilir. Evlenme akit olarak batıl da olsa maddi vakıa

¹⁶⁵ Çeker, *İslam hukukunda akidler*, s. 99.

¹⁶⁶ Apaydın, *a.g.e.* s. 104.

¹⁶⁷ Mecelle, md. 370.

¹⁶⁸ Apaydın, *a.g.e.* , s. 114.

olarak mevcut olduğu, taraflar evliyiz zannederek bu hayatı yaşadıkları için zina yapmış sayılmamaları ve doğan çocuğun nesebinin sahih olması, sahih evliliktekinden farklı da olsa iddet ve mehir, akdin fiilen var olmasının sonuçlarıdır.¹⁶⁹ Görüldüğü gibi batıl olarak kurulan nikah akdinde nikahın hiçbir sonuç doğurmayacağını söylemek doğru değildir.

2.6.2. FESÂD

Fasitten murat, fıkıhçıların örfüne göre yasak olandır. Akdin rüknünde eksiklik ve hâlel meydana getiren her şey bey'i iptal, rüknün dışında eksiklik meydana getiren de akdi ifsat eder. Akitlerin sahih olarak kurulabilmeleri için ana unsurlarının yanında bir de bu ana unsurlara bağlı olan bazı fer'i şartları da taşınması gerekir.¹⁷⁰

Örneğin; satıcı ve alıcı yirmi bin TL üzerinde bir mal üzerinde anlaşır, alıcı satıcının kendisini fahiş fiyatla kandırdığını öğrenip, mahkemeye başvurur ve bilirkişi de alıcının fahiş fiyatla kandırıldığına ve almış olduğu malın piyasa değerinin ancak on beş bin olduğunu belirlerse bu akit fasit bir akit olur. Alıcı satıcıya on beş bin vermekle yükümlü olur. Görüldüğü gibi bu akitte ana unsurlar var olduğu halde bedelde meydana gelen bir eksiklikten dolayı akit fasit olup bu fesât sebebi giderilerek akit sahih hale dönmüştür.

2.6.2.1.FESÂDIN SEBEPLERİ

Akitlerde fesât sebepleri her akde göre değişiklik gösterdikleri halde genel olarak kabul edilen bazı fasid sebepler de vardır. Bunlar: ikrah, hata, şaka-ciddiyetsizlik, cehalet ve ğarar.

2.6.2.1.1. İkrah

İkrah, korkulan bir vesile veya korkutucu alet ile bir fiili isteme veya terk etmeye icbar için insan üzerindeki baskıdır.¹⁷¹

Tanımdan anlaşıldığı üzere ikrah iki şekilde kendisini göstermektedir. Bunlardan birincisi, bir kişinin korkutulmak, zorlanmak üzere bir şeyi yapması; ikinci şekilde, yine korkutma ve zorlama ile kişinin bir şeyi terk etmesi.

¹⁶⁹ Karaman, *Ana Hatlarıyla İslam Hukuku*, s. 580.

¹⁷⁰ Apaydın, *a.g.e.*, s. 133.

¹⁷¹ Döndüren, *a.g.e.*, s. 220.

İkrahta kullanılan korkutucu vesilenin kuvvetine göre, şiddet ve tesir derecesine göre ikiye ayrılır.

2.6.2.1.1.1.Tam İkraha

Bir kişiyi öldürme, bir organını kesme, çok acı veren bir darbe vurma, uzun zaman hapsetme veya korkutucu bir fiil vb. şahsına veya gerekse babası, oğlu veya karısı gibi himaye ettiği bir kimseye olsun, kuvvetli tesiri olan şiddet vasıtalarından birinin kullanıldığı ikrahtır.¹⁷² Haklı olarak kullanılan ikrah dışındaki ikrahlarla kurulan akitler sahih değildir. Haklı olarak kullanılan ikraha örnek: borcu olup vermeyen kişinin hâkim kararıyla malının satılıp borcunu verilmesi.¹⁷³

2.6.2.1.1.2.Zayıf Olan İkraha

Bu ikrah çeşidi de az acı veren bir darp veya hafif üzüntü meydana getirme şeklindeki ikrahtır.

İkraha'nın bu şekilde ikiye ayrılması tasarruflara tesiri bakımından önem taşımaktadır. İkraha'nın her iki çeşidi de kavli tasarruflara tesir edip onları bozarken fiili tasarruflarda tesirleri farklı olmakta ve hafif ikrah bunlara tesir etmemektedir.¹⁷⁴

Korkutulan kimsenin korku altında yaptığı tasarrufları sahih değildir. Bunda ulemanın ihtilafı yoktur. Ancak “sahih olmamanın” derecesinde ihtilaf etmişlerdir. Hanefiler korkutulan kimsenin tasarruflarına fasit derken Cumhur fasit ile batıl arasında bir fark görmemiş her ikisini müteradif kabul etmiştir.¹⁷⁵

İkraha konusundaki ikinci bir ihtilaf, içinde şakanın tesiri olmayan kavli tasarrufların istisna edilmesi meselesidir. Hanefiler, nikâh, boşanma ve köle azat etmek akitlerine ikraha'nın i tesir etmediğini söylerler. Yani ikrah halinde bile olsa yapılan Nikâh, boşama ve köleyi azad etme akitleri sahih olarak gerçekleşir. Hanefilerin dışındaki Cumhur ise bu akitleri istisna etmemiş ve onlara göre ikrah bu akitleri de ifsat eder.¹⁷⁶

¹⁷² ez- Zerkâ, *İslam Hukuku*, I/317

¹⁷³ Sened, *a.g.e.* , s. 149.

¹⁷⁴ Karaman, *Ana Hatlarıyla İslam Hukuku*, s. 554.

¹⁷⁵ Çeker, *İslam Hukukunda Akitler*, s.39.

¹⁷⁶ ez- Zerkâ, *İslam Hukuku*, I/319.

2.6.2.1.2. Hata

Hata, akit taraflarında herhangi birisinin veya ikisinin olmayan bir şeyi olmuş gibi yanlış anlamasıdır ki bu yanlış anlamadan tarafların yapmayacağı akdi yapmaya götürür.¹⁷⁷ Hata, akdin ana unsurlarından olan rızanın kusurlu olmasıdır. Bu yüzden hatayla yapılan akitler fasittirler.

Mesela; iyi kalite olduğunu zannedip aldığı ütünün, düşük bir kalite olması, normal bir halı zannedip aldığı halının nadir bir antika olması, hissesini 1/6 olduğunu zanneden mirasçının hissesini satması ve fakat hissesinin 1/3 olması gibi.

Hatayı rızanın ayıplarından saymanın sebebi İslam hukukunda akitlerin iki tarafın iradeleri üzerine bina olduğu bir yapı görülmesindendir. Yani her iki taraftan hangisi iradesinde hata etmiş bulunursa bulunsun, bu, iradenin sakatlanması demek olur ki akit zarar görür ve fasit olur. Şayet rızayı bozan hatanın çerçevesi genişletilir, objektif ölçülere bağlanmazsa, yaptığı akdi fesih etmek isteyen şahıslar, hata iddiası ile ortaya çıkar ve akitlerin sağlamlık ve güvenilirlik vasıflarını tehlikeye düşürür. Bu sebeple İslam Hukuku güven prensibinin sarsılmadığı yerlerde hataya itibar etmemiştir. Güven prensibi ile gerçek rıza prensibinin çatıştığı yerlerde ise güven ve istikrarını tercih etmiştir.¹⁷⁸

2.6.2.1.2.1. Akitlerde Hatanın Bilinme Yolları

Akitlerde hata iki şekilde bilinir: ya tarafların açık bir şekilde hataları zikretmeleri şeklinde ki buna zahiri hata denir. Ya da delil ve karinelerle hata bilinebilir. Şayet hata bu iki şekilde de bilinemese bu durumda iddia edilen hata akitlerde herhangi bir tesirde bulunmaz.

2.6.2.1.2.2. Tarafların Bizzat Kendilerinin Hatayı Açık Bir Şekilde Zikretmeleri

Mesela, taraflardan birinin malın cinsini tayin edip veya akdin konusunun özelliklerini belirtip akdi gerçekleştikten sonra durum belirtildiği gibi olmaması halidir. Örneğin kişi altın bir saat sattım zannıyla, altın olmayan bir saati satması ve satış anında: “sana şu altın saati şu kadara satıyorum.” demesi gibi.

Bu tür durumlarda hata açıktır. Ve bu tür hataların olduğu akitler gerçekleşmez.

¹⁷⁷ ez- Zerkâ, *İslam Hukuku*, I/333.

¹⁷⁸ Karaman, *Ana Hatlarıyla İslam Hukuku*, s. 550.

Eğer akdin üzerine kurulduğu şey akit meclisinde tarafların müşahedesi altında işaret edilen açık bir şekilde mevcut ise renk ve hacim olarak bu müşahede ile malın özeliği anlaşılır; mahiyette ise, mesela satıcının şöyle söylemesi gibi: “bu beyaz küçük kısrakı sana şu kadara sattım” fakat onun büyük siyah bir erkek at olması gibi veya “sana ayağı beyaz bir at sattım” demesi hâlbuki gerçekte atın ayağının siyah olması gibi. Alıcı akdi bu şekilde kabul ederse akit alıcı için iptal muhayyerliği kalmaz. Çünkü müşahede ve işaretten sonra bu hatada mazeretli sayılmaz. Zikredilen özelliğin gerçekten farklı olması ise burada nazara alınmaz. Çünkü burada hazır bir şeye işaret, tarif metotlarının en bilineni ve en kuvvetlisidir.¹⁷⁹

2.6.2.1.2.3.Hatanın Deliller Ve Karinelerle Ortaya Çıkması

Akit esnasında taraflar hatayı açık bir şekilde ortaya koymayıp. Hata deliller ve karineler yardımıyla ortaya çıkarılabilir.

Mesela, Mâlikî mezhebinde konuyla ilgili şu örnek verilmektedir: bir şahıs, mücevherciler çarşısında bir taş satsa, akitte taşın cinsi tasrih edilmemiş olsa dahi, bu onun bir mücevher sattığına delalet eder. Taşın mücevher olmadığı ortaya çıkarsa, alıcının muhayyerlik hakkı vardır. Şayet mücevherciler çarşısı dışında bir yerde

Bu tür hatalarda almışsa, muhayyerlik hakkı olmaz hatta kusur kabul edilir. Ve akdin feshine gidilir.

2.6.2.1.2.4.Hatanın Ortaya Çıkması

Eğer hata, tarafın, iradesini keşfetmeyecek derecede veya deliller ve karinelerden de keşfedilmeyecek derecede gizli ve açık değilse, bu takdirde İslam Hukuku onu, akit tarafın hatası olarak kabul etmez. Bu esasa dayanarak İslam Hukukçuları, nevi zikretmeyerek ve pamuk veya keten zannederek bir namaz seccadesi satan kimse için daha sonra seccadenin iplikten yapıldığı anlaşılırsa, muhayyerliğini kabul etmemişlerdir. Aynı şekilde, onun ipek zannıyla alır, fakat aksi çıkarsa, bu takdirde o akitle bağlı olup, akdi fesih edemeyeceğini söylemişlerdir¹⁸⁰.

2.6.2.1.3. Şaka ve Ciddiyetsizlik

¹⁷⁹ ez- Zerkâ, *İslam Hukuku*, I/337.

¹⁸⁰ ez- Zerkâ, *İslam Hukuku*, I/339.

Şaka ve ciddiyetsizlik, akitlerde taraflardan birinin veya her ikisinin şaka veya ciddiyetsizlik göstermesi durumudur. Kişilerin bu şekilde yapmış oldukları tasarrufları akit ehliyetlerine tesir eder ve ehliyetlerini arızalı hale getirir ki yapmış oldukları akit de geçersiz yani fasit olur. İslam Hukukçuları peygamberimizin şu hadisine dayanarak “Üç şey vardır ki; ciddisi de ciddidir, şakası da ciddidir: nikâh, talak ve boşanan karıya kocasının yeniden dönmesi.”¹⁸¹ Nikâh akdine yapılan şaka ve ciddiyetsizliğin akde zarar vermeyeceğini hükmetmişlerdir.

Çünkü şaka yapan kişi, satışın aslını kastetmiş değildir. Dolayısıyla manen serbest iradeli değildir. Telcie ve şakacıktan satışlarda akit yapanın iddiası, gerçekten satış yapmayı kastetmediğine ilişkin bir delilin bulunması halinde yeminle birlikte kabul edilir. Eğer böyle bir delil yoksa delil ibraz etmediği takdirde iddiası kabul edilemez.¹⁸² Akit sahih olarak gerçekleşmiş olur.

2.6.21.4. Cehalet

Akitleri fasit kılan cehalet, taraflar arasında, tarafların delillerinin çözümü güç bir anlaşmazlığın ortaya çıkmasına yol açan cehalettir.¹⁸³ Mesela, bir kimsenin, bir sürü içinde belirlenmemiş bir koyunu satması böyledir. Alıcının en iyisini almak, satıcı ise en cılızını vermek isteyeceği için aralarında ciddi bir anlaşmazlık çıkabilir. Bu yüzden bu şekilde kurulan akitler cehaletten dolayı sahih kabul edilmez, fahiş cehaletten dolayı fasit kabul edilirler.

Başka bir örnek verecek olursak, internet üzerinden kredi kartıyla alınan bir malın ödeme taksitleri ve zamanının belirlenmemesi de böyle bir cehalet türüdür.

Anlaşmazlığa yol açmayacak bilinmezlik akdin sahih olmasını engellemez. Mesela, bir kimse, bir sandıkta veya evde bulunan şeylerin tamamını satabilir. Her ne kadar, satılan şey meçhul ise de, bizzat sandık veya ev olarak belirlenmiştir. Bu tayın ise hem tarafları bağlar, hem de anlaşmazlığı ortadan kaldırmaya yeterlidir.¹⁸⁴

2.6.21.5. Ğarar

¹⁸¹ Tirmizi, Talak, 9.

¹⁸² el- Cezirî, *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkhı*, III/1289.

¹⁸³ Bkz. el- Mevsili, *a.g.e.* , II/5;çeker, *a.g.e.* , 105; Apaydın, *a.g.e.* s. 133.

¹⁸⁴ Apaydın, *a.g.e.* , s. 133.

Ğarar, lüğatte aldatmak anlamına gelir. İslam hukuku literatüründe ise; akdi, vucudu kesin olmayan, şüpheli ve ihtimalli bir unsura dayandırmaya ğarar denir.¹⁸⁵ Ğararın fesâd sebebi olmasının delili, Hz. Peygamber'in ğarar satımını yasaklamasına dayanır.

Hanefi mezhebinde, akit konusunun aslı ile vasıf ve miktardaki ğarar arasında fark gözetilmektedir. Akit konusunun aslında olan ğarar butlâna sebepken, Mesela, hayvanın karnındaki cenin satılması böyledir. Çünkü bu ceninin hiç doğmaması veya ölü doğması mümkündür.¹⁸⁶

Vasıf ve miktardaki ğarar ise butlâna değil fesâda sebeptir. Örneğin, bir kimse, bir malı üç yıl garanti ile satarsa ve o mal üç yıl dolmadan bozulursa akit, vasıftaki ğarardan dolayı fasit olur. Bu fesât satıcının malı tamir etmesiyle giderilebilir. Zaten fasit akdin özelliği de budur.

Diğer bir örnek de, şirket akdinde, ortaklardan her birinin alacağı kar miktarı net aylık 100.000 lira belirlenirse, fasit olur. Çünkü şirket farklı miktarlarda kar edebilir.¹⁸⁷

3. MODERN HUKUKTA E-SÖZLEŞMELERİN KURULMASI VE KURULAN BU SÖZLEŞMELERİN İSLAM HUKUKU HÜKÜMLERİNE GÖRE DEĞERLENDİRMESİ

Bu bölümde, günümüzde kullanılan modern alış-veriş araçlarını tanımlayıp, bunlarla yapılan sözleşmelerin nasıl yapıldıkları ile bu şekilde kurulan sözleşmelerin İslam hukukuna göre değerlendirilmesini ele alacağız. Bu alış-veriş araçlarından da özellikle internetle yapılan sözleşmelerin yapılışı üzerinde duracağız. Çünkü günümüzde elektronik sözleşmelerin büyük çoğunluğu internetle yapılmaktadır.

3.1.ELEKTRONİK SÖZLEŞME

Elektronik sözleşmeler, elektronik iletişim araçları kullanılarak yapılan sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır.¹⁸⁸ Bu e-aletlerden en çok kullanılanı internet¹⁸⁹

¹⁸⁵ Çeker, *a.g.e.* , s. 104.

¹⁸⁶ Apaydın, *a.g.e.* , s. 134.

¹⁸⁷ Apaydın, *a.g.e.* , s. 135.

¹⁸⁸ Bkz. Sened, *a.g.e.* , s. 125; Ulvi Altınışık, *Elektronik Sözleşmeler*, s. 33, Sözer, Bülent, *Elektronik Sözleşmeler*, s. 89.

¹⁸⁹ İnternet, birden fazla haberleşme ağının birlikte meydana getirdikleri; metin resim, müzik, grafik vb. dosyalar ile bilgisayar programlarını kısaca tüm insanlık bilgisinin paylaşıldığı ve bilgisayarlar

olduğundan, insanlarda sadece internet üzerinde yapılan sözleşmelerin e-sözleşme olduğu kanısını oluşturmuştur. Oysa tanımda geçen “elektronik iletişim araçları” gerçek anlamındadır, sadece internete hasredilemez. Telefon ve telgraf gibi bütün araçları kapsar.¹⁹⁰

3.1.1. ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN KURULMA AŞAMALARI

Elektronik sözleşmeler de diğer sözleşmeler gibi bazı aşamalardan geçip kurulmaktadır. İslam hukukunda akdin kurulabilmesi için bazı unsur ve rükünlerin bulunması gerekir. Bunlar elektronik sözleşmeler için de geçerlidir.

Elektronik sözleşme kavramında yer alan “elektronik” tabiri, sadece sözleşmenin kuruluşunda ve bazen de ifasında kullanılan araçları ifade etmektedir. Sırf bu özelliği sebebiyle “elektronik sözleşmeler” şeklinde yeni bir sözleşme kategorisi oluşturmanın ve bu sözleşmelere uygulanacak özel kurallar oluşturmanın gereksiz olduğunu söyleyenler vardır. Onlara göre, borçlar hukuku kapsamındaki sözleşmelerin kuruluşu, geçerliği ve ifasına ilişkin hükümler elektronik sözleşmeler için de yeterlidir.¹⁹¹

Elektronik araçlarla yapılan sözleşmeler yeni bir sözleşme olmadıkları için onlara göre yeni düzenlemeler yapmaya gerek olmadığını savunmak yanlıştır. Bu araçlarla yapılan sözleşmelerin sağlam bir şekilde yapılabilinmesi için yeni düzenlemeler gereklidir. Her ne kadar yeni bir sözleşme türü olmasalar da yapıları bakımından diğer sözleşmelerden farklıdırlar.

3.1.1.1. İCABA DAVET

İcaba davet İslam hukukunda pek kullanılan bir kavram değildir. Bu kavram özellikle mesafeli sözleşmelerde sıkça karşılaşılan bir kavramdır. Çünkü icâba davet daha çok gaipler arasında ve özellikle elektronik ticarete söz konusu olan bir husustur.

İnternet dünyasında bir web sayfası düzenleyerek elektronik ticarete atılmış olan satıcının, bu sayfa üzerinden muhataba iletmiş olduğu irade beyanının icap mı

arasında karşılıklı olarak iletildiği, bilgisayarlar arasında kurulmuş bir ağıdır. Ali Osman Özdelek, *İnternet ve Hukuk*, İstanbul-2002, s. 13.

¹⁹⁰ Geniş bilgi için bkz. Nuran Zühre, *Elektronik Sözleşme*, http://www.turkhukuksitasi.com/art_listing.php, 03.03.2008.

¹⁹¹ Alihan Uncu, *Elektronik Sözleşmelerde Uygulanacak Hukuk*, http://www.turkhukuksitasi.com/art_listing.php, 08.05.2007.

yoksa îcâba davet mi olduğu hususu, tartışmalara son derece açık bir alandır.¹⁹² Biz bu tartışmalara fazla girmeden borçlar kanununda yapılan icapın tanımını göz önünde bulundurarak: “Semenini göstererek emtia teşhiri, kaideten icap addolunur”¹⁹³ tanımından hareketle elektronik ortamda sergilenen bir malın icap olması için malın teşhiri ile beraber fiyatı ve ödeme şartları birlikte verilmelidir. Fiyat ve ödeme şartları belirtilmeden mal sergilenmişse bu bir icap değil, îcâba davet olarak anlaşılmalıdır.

Bazı web sayfalarında, ödeme şartları, teslim şekli ve yeri gibi hususları alıcının bildirmesini temin için boş alanlar bulunur; bunlar alıcıya sözleşme şartları üzerinde müzakere imkânı veren hükümler olmayıp, sadece satıcının tespit etmiş olduğu seçeneklerden alıcının tercih yapmasıdır. Yani alıcının yapmış olduğu bu tercihler yeni bir icap değil satıcının çizmiş olduğu sınırlar içerisinde tercihte bulunmuş olur.¹⁹⁴

Web sayfasında yapılacak olan akde göre de yapılan mal sunumunun icap mı yoksa îcâba davet mi olduğu değişir. Fakat modern hukukçular arasında genel kabul edilen görüş, sunulan ürünler açısından ayırım yapmakta ve web sayfasında maddi malların sunulmasını, yani web sayfaları üzerinden sözleşmenin kurulduğu ancak teslimin off-line, yani posta gibi geleneksel yollarla yapıldığı, dolaylı elektronik ticaret işlemlerine ilişkin sayfaları îcâba davet; buna karşın dijital ürünlerin internet üzerinden kopyalanarak kullanıcının bilgisayarına yüklenmesi suretiyle gerçekleşen doğrudan elektronik ticaret işlemlerine ilişkin sayfaları ise icap olarak nitelendirmektedirler.¹⁹⁵

Buna örnek verecek olursak; bir kişi, bir müzik veya filmi bilgisayarına indirmek istese, kişi bu hizmetten hemen yararlanacağı için bu hizmetin bedelini herhangi bir şekilde ya kredi kartıyla internetten direkt ödemekle veya önceden havaleyle göndermek gibi yöntemlerle ödemeli, çünkü kişi hizmeti alırsa bedeli vermeme tehlikesi doğar. Bu yüzden kişi web sayfasında yapılan mal sunumuna yönelik formları icap olarak değerlendirir ve yapacağı işlemlerin kabul olduğunu bilir. Bu şekilde davranır.

¹⁹² Sağlam, ipek, *Elektronik Sözleşmeler*, Legal yay. İstanbul-2007, s.113,

¹⁹³ BK. md, 7/III, 22.4.1926.

¹⁹⁴ Bülent Sözer, *Elektronik Sözleşmeler*, s. 97.

¹⁹⁵ Emrehan İnal, *E- Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması*, Vedât kitapçılık, İstanbul-2005, s. 128.

Eğer malın sunumu îcâba davet olursa, alıcının yapacağı işlem icap olur ve ancak satıcının kabulüyle sözleşme gerçekleşmiş olur.¹⁹⁶

3.1.1.2.İCAP

İcap sözleşme yapma teklifini içeren ve karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir irade beyanıdır. Bir irade beyanının icap sayılabilmesi için sözleşmenin sadece karşı tarafın kabul beyanı ile kurulması gerekir. Dolayısıyla, icabın, sözleşmenin bütün esaslı unsurlarını içermesi gerekmektedir.¹⁹⁷ Daha önce de web sayfalarında sunulan malların icap mı îcâba davet mi olduklarının nasıl ayırt edileceğinin üzerinde durmuştuk.

Borçlar kanunda da icabın şekilsel olarak her hangi bir biçimde olması gerektiği hususu belirlenmemiştir. Bu yüzden icap sözlü, fili, yazılı veya İslam hukukunda icabın yapılış şekillerini irdelediğimizde dediğimiz gibi işaret veya teâtî ile dahi olabilir.

Avrupa Birliği'nin 2000/31/EC Sayılı Elektronik Ticaret Yönerge'sinin 11. Maddesinin yorumunda, web sayfaları üzerinde yapılan sunumların, icap olduğu neticesi ortaya çıkmaktadır.

web sayfaları üzerinde malların sunumu hem icap hem de îcâba davet de olabilir. Bunu şu şekilde bir birinden ayırabiliriz:

- Yukarda da değindiğimiz gibi sunulan mal hizmete yönelik bir malsa ve malın fiyatı teslim tarihi gibi diğer özellikleri verilmişse o malın icap edilmiş olduğuna delalet eder.
- Eğer mal hizmete yönelik bir mal değilse, fiyatı ve özellikleri verilmesine rağmen fiyatı ödeme şekli belirtilmemişse bu bir îcâba davettir.
- Şayet satıcı web sayfasında, yapılan sunumun îcâba davet olduğunu belirtmişse, bu durumda fiyatı belirlese, ödeme şeklini belirtse ve teslim şeklini de belirtse bu bir îcâba davet olmaktan öteye geçemez.¹⁹⁸

¹⁹⁶ Sened, *a.g.e.* , s. 189.

¹⁹⁷ Alihan Uncu, *Elektronik Sözleşmelerde Uygulanacak Hukuk*, http://www.turkhukuksitasi.com/art_listing.php , 08.05.2007.

¹⁹⁸ Bu görüşle ilgili detaylı bilgiler için şu kaynaklara bakılabilir: ipek Sağlam, *Elektronik Sözleşmeler*, s.120; Sözer, *a.g.e.* , s. 93-98.

Muasır İslam âlimlerinden olan Fehd bin Muhammed el-Humeyzî, İnternet üzerinden yapılan bir mal sunumunun akit için icap olması için iki şartı taşıması gerektiğini söyler.

1- Satıcının kredi kartı numarası için boş bir yer bırakması ve bu şekilde alıcının da kart numarasını girip malı veya hizmeti talep edebilmesi.

2- Alıcının, satıcıya elektronik adresini vermesi ki, ta satıcı kabul ettiğinde ona haber verebilsin. Bu iki şart beraber gerçekleşirse icap yapılmış olur. Şayet sadece ikincisi yapılırsa bu bir icap değil îcâba davet olur.¹⁹⁹

İslam hukukunda da internet üzerinde yapılan her sunumun icap olmayacağı açıktır. Bir sunumun icap olabilmesi için o sunulan şeyin fiyatı, cinsi, özellikleri, teslim şartları, ödemenin yapılacağı şeklin önceden belirlenmesi gerekir.²⁰⁰

Elektronik ortamda yapılan icaplar İslam hukukuna göre sahihtir. Fakat İslam hukuku elektronik ortamda yapılan icapların İslam hukukuna uygun yapıldığını denetlemelidir. Bu denetleme normal yollarla yapılan icapta bulunması gereken hususların elektronik icapta da sağlanmasıdır. Tek fark bu icap direk sözle değil de elektronik ortamda olması olur.²⁰¹

Abdurrahman b. Abdullah Sened elektronik ortamda e-mail ile yapılan icabı mektupla yapılan icapla kıyaslayıp, elektronik icabın da İslam hukukuna göre caiz olduğuna dikkat çekerek hatta elektronik ortamda icabın daha kısa sürede ve daha az bir maliyetle gerçekleşmek gibi avantajları olduğunu da belirtir.²⁰²

3.1.1.3.KABUL

Önceden yapılmış olunan îcâba uygun olarak sözleşmenin kurulmasını sağlayan irade beyanına kabul denir.²⁰³

Kabul da icap gibi sadece sözle olmayabilir. Bu konuda borçlar kanununda şu düzenleme bulunmaktadır: İcabı yapan kişi özel bir durumdan ötürü kesin bir kabul beyanına gereksinim duymadan icapta bulunursa ve bu icabına belli bir zamanda ret

¹⁹⁹ el-Humeyzî Fehd bin Muhammed, *Mesailun Hadisetün fi Fıkhi'l Muâmelât*, s. 11.

²⁰⁰ Sened, *a.g.e.*, s. 167; el-Hümezyî Fehd bin Muhammed, *a.g.e.* s. 10.

²⁰¹ Sened, *a.g.e.*, s. 196.

²⁰² Sened, *a.g.e.*, s. 170.

²⁰³ İnal, *a.g.e.*, s. 124.

cevabı verilme akit kurulmuş olur. Buradaki susma kabul anlamına gelir.²⁰⁴ Daha önce de değindiğimiz gibi bu husus İslam hukukunda da kabul edilmiş bulunmaktadır. Konuyla ilgili bir de şu örneği vermiştik: Bir kişi bagajını bir otobüs firmasının emanet bölümüne onların önünde bırakması da mallarını onlara emanet ettiğini gösterir ki buna “emanet” akdi denir. Emaneti alan kişi de her hangi bir itirazda bulunmayıp susarsa, bu onun kabul ettiğine işaret eder. Eğer emanet ettiği mallara bir zarar gelirse emanet edilen kişilerden tazmin edilir.

Zımnî kabul iki şekilde söz konusu olabilir. Birincisi, icap karşı tarafı borç altına sokmaksızın ona açık bir menfaat sağlıyorsa, susmak icabın kabul edildiğini gösterir. Bu duruma internet ortamında pek rastlanılmaz. İkincisi akit taraflar arasında sürekli bir iş akışı varsa, açıkça kabul beyanının gönderilmesi gerekli değildir.²⁰⁵

Bu durum İslam hukukunda da aynıdır. Mesela bir kişi herhangi birisine bir malı hibe ederse, karşı taraf sesini çıkarmayıp açıktan kabul beyanında bulunmasa da bu durumu zımnî kabul sayılır. Diğer zımnî kabulde özellikle teâtî suretindeki akitlerde söz konusu olur. Mesela bir marketten alış veriş yapan bir kişi malı alır ve parayı satıcıya verirse satıcının parayı alması zımnî bir kabuldür.

3.1.1.4. İCAP VE KABULÜN GERİ ALINMASI

Bu konu İslam hukukunda da işlenen bir konudur. Birinci bölümde rucû muhayyerliğinde bu konuyu işlemiştik. Şimdi borçlar hukukunda nasıl olduğunu işleyip İslam hukukuna göre değerlendirmesini yapacağız.

Borçlar kanununda konuyla ilgili şu hüküm bulunmaktadır: Kabul için bir müddet tayin olunmaksızın hazır olan bir şahsa karşı vaki olan icap derhal kabul olunmadığı takdirde, icabı yapan bağlı kalmaz. İki taraf yahut vekillerinin bizzat telefon ile yaptıkları akitlere hazırlar arasında icra olunmuş nazariyle bakılır.²⁰⁶ Bu kanuna bakıldığında hazırlar arasında yapılan sözleşmelerde, eğer taraflar kabul için herhangi bir süreyi şart koşmasalar, kabul icaptan hemen sonra yapılmalıdır. Aksi

²⁰⁴ BK. md, 6, tarih: 22.4.1926.

²⁰⁵ Topaloğlu, *a.g.e.*, s. 111.

²⁰⁶ BK. md, 4, kabul tarihi: 22.4.1926.

takdirde icap geçerliğini yitirir. Bir de telefonla yapılan akitler de hazırlar arasında yapılan akitler gibi olduğu belirtilmelidir.

İslam hukukunda da kabul îcâba bitişik olmalıdır. Eğer şahıslar meclisi terk etse veya meclisten ayrılmasalar bile, akdi bırakıp başka bir meseleyle ilgili konuşmaya başlasalar da artık icap geçersiz olur. Mecelleye daha sonra yapılan eklemelerde telefonla yapılan akitlerin hazırlar arasında yapılan akitler gibi olduğu belirtilmiştir.

Modern hukukta hazır olmayan bir şahsa karşı müddet tayin olunmaksızın yapılan icap, zamanında ve muntazam surette ulaşacak bir cevabın ulaşmasına kadar olan bir müddette, o icapta bulunan hakkında lüzum ifade eder.²⁰⁷ Maddeden de anlaşıldığı gibi hazır olmayanlar arasında yapılan bir akitte taraflar her hangi bir zaman tayin etmeyip bir icapta bulunursa, icabın ve bunun akabinde muntazam surette kabul haberinin ulaşacağı zamana kadar icap, icabı yapan kişiyi bağlar.

İslam hukukunda görmüş olduğumuz “rucû muhayyerliği” konusunda değindiğimiz gibi kişi, karşı taraf icabını kabul etmediği müddetçe icabından dönebilir.²⁰⁸ Sadece Mâlikî mezhebi rucû muhayyerliğini kabul etmemektedir.²⁰⁹

Elektronik ticarete taraflar icap ve kabullerini belli bir müddetle belirlemişlerse icap ve kabul sağlam bir şekilde ulaşsa da akit kurulmuş olmaz. Taraflar belirlenen vakit bitmeden icap ve ya kabullerinden dönebilirler. Bu husus hem İslam hukukunda hem de modern hukukta aynı şekildedir.²¹⁰

Bu husus borçlar kanununda da mevcut bulunmaktadır. Şu şekilde:” İcabın geri alındığı haberi icabın vusulünden evvel yahut aynı zamanda mürselünileyhe vasil olur yahut icaptan sonra vasil olmakla beraber mürselünileyhe îcâba muttali olmazdan evvel kendisine tebliğ olunursa, icap keenlemyekün addolunur.”²¹¹ Bu durum kabul içinde geçerli kabul edilir.

²⁰⁷ BK. md, 5, kabul tarihi: 22.4.1926.

²⁰⁸ Zuhayli, *a.g.e.* , V/89.

²⁰⁹ Zeydan, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 439.

²¹⁰ Sened, *a.g.e.* , s. 189; BK. md, 5, kabul tarihi: 22.4.1926.

²¹¹ BK. md, 9, kabul tarihi: 22.4.1926.

Maddenin devamında, “Bir kimsenin icabını zamanında vasıl olmuş addetmeğe hakkı vardır” denmektedir. Ama bunu diyen kişinin bu haberini ispatlaması gerekir.

Yine aynı maddenin devamında, “vaktinde gönderilen kabul haberi icabı yapana geç varır ve o kimse onunla bağlı kalmamak iddiasında bulunursa keyfiyeti derhal kabul edene bildirmeğe mecburdur.” Eğer icabı yapan kişi icabı yaptıktan ve icabının diğer tarafa ulaştığından emin olduktan sonra kabul haberi kendisine gelmiyorsa, icabı yapan kişi sonradan gelecek kabulle bağlı kalmak istemiyorsa durumu kabul edecek tarafa bildirmelidir.

3.1.2. SÖZLEŞMENİN KURULDUĞU AN

Sözleşmenin kurulduğu ve hüküm doğurmaya başladığı anın tespiti çok önemlidir. Çünkü taraflar irade beyanlarının yerine ulaşp ulaşmadığını veya ne zaman ulaştığını bilmeseler sözleşme kurulmaz. Veya taraflardan biri icabından vazgeçmek isterse ve kabul haberinin kendisine ulaşmadan icabından döndüğünü belirtilse, bunun doğru mu yanlış mı olduğu ancak anlaşmanın kurulduğu anın tespit edilmesiyle mümkün olur.

Sözleşmenin kurulduğu anı tespit etmek için sözleşmeleri BK.’unda yapıldığı gibi hazırlar ve hazır olamayanları bir birinde ayırmak gerekir. Elektronik araçlarla yapılan sözleşmelerin hazırlar arasında mı yoksa gaipler arasında mı kurulduğu konusunda her hangi bir fikir birliği yoktur.

Fakat genel olarak kabul edilmektedir ki, beyanda bulunan ve muhatap ayrı mekânlarda bulunsalar bile, aynı mekânda bulunanlar arasındaki diyaloglar gibi doğrudan ve eş zamanlı bir iletişim ilişkisi içerisinde bulunuyorlarsa, irade beyanı, hazırlar arasında yapılmış sayılacaktır.²¹² Nitekim BK. ‘unda telefonla yapılan sözleşmelerin hazırlar arasında yapılan sözleşmeler olarak kabul edildiğini belirtmiştik.

Hazırlar arasında yapılan sözleşmelerde akit, kabul haberinin açıklanmasıyla kurulmuş olur.

²¹² İnal, *a.g.e.* , s. 103.

İnternet telefonu ve görüntülü konferans sisteminde kabul beyanının açıklandığı anda sözleşme kurulmuş olur. Eş zamanlı sohbet programları aracılığıyla yapılan sözleşmelerde kabul beyanının yazılıp enter tuşuna basılması ve karşı tarafa yollanmasıyla sözleşme kurulmuş olur.²¹³

İnternet kullanıcısının veya müşterinin elektronik olarak beyan ettiği icabın mal ve hizmet sunan kişi tarafından kabul edilmesi ile sözleşme kurulmuş olur. Kabul beyanının icapta bulunan tarafa ulaşması anında hüküm ve sonuçlarını doğurur.²¹⁴

Her ne kadar sözleşme kabul haberinin öneriyi yapana ulaşması anında kurulsada, hükümlerini kabul haberinin gönderildiği andan itibaren doğuracağı, yani geriye etkili olacağı esası BK. M. 10 hükmünde belirtilmiş bulunmaktadır.²¹⁵

Açık bir kabule gerek bulunmayan hallerde sözleşme, ret müddetinin geçmesi veya kabul anlamına gelen davranışlarını icrası anında kurulmuş olur.²¹⁶ Kabul iradesinin susma veya fille sunulan sözleşmeler, önerinin muhataba ulaştığı andan itibaren hükümlerini doğurmaya başlar. Bu husus borçlar kanununda belirlenmiştir.²¹⁷

Web sayfası aracılığıyla yapılan sözleşmelerde, satıcının malı göndermesi ya da parayı çekmesi anında sözleşme kurulmuş olur. Açık kabul beyanı da gönderilebilir. Eğer dijital bir ürün söz konusu ise alıcının malı indirmesi ile sözleşme kurulmuş olur.²¹⁸

Daha önce İslam hukukunda akdin hazırlar arasında ve gaipler arasında yapılış şekillerini görmüştük. Orada akdin kabul haberinin ulaşmasıyla akdin gerçekleştiğini görmüştük. Modern hukukta da durum aynıdır. Fakat gaipler arasında yapılan akitlerde kabul haberinin ne zaman ulaştığı veya ne zaman ulaşması gerektiği hususunda belirsizlikler vardır. Örneğin e-mail ile yapılan bir irade beyanının ne

²¹³ Nuran Zöhre, *Elektronik Sözleşmeler*, http://www.turkhukuksitasi.com/art_listing.php , 3.03.2008.

²¹⁴ Topaloğlu, *a.g.e.* , s. 111.

²¹⁵ İnal, *a.g.e.* , s. 125; madde olduğu gibi şöyledir:” – Gaipler arasında icra olunan akitler, kabul haberi irsal olunduğu anda hüküm ifade ederler.”

²¹⁶ Sened, *a.g.e.* , s. 189,190; ayrıca bkz. İnal, *a.g.e.* , s. 125.

²¹⁷ BK. md, 10; ”Eğer sarıh bir kabule ihtiyaç bulunmazsa akdin hükmü, icabın vusulü anından itibaren cereyana başlar.”

²¹⁸ Nuran Zöhre, *Elektronik Sözleşmeler*, http://www.turkhukuksitasi.com/art_listing.php . 03.03.2008.

zaman karşı tarafa ulaştığı veya karşı tarafın ne zaman bu irade beyanından haberdar olduğu kesin değildir. Ama işin aslına baktığımızda İslam hukuku ile modern hukuk arasında bu konuda pek bir farklılık görülmemektedir. Çünkü eğer kabul haberi ulaşırsa veya kabul belli bir zamanın şart koşulmasıyla yapılmışsa, şart koşulan zaman içerisinde taraflar akdi bozmasalar kabul ettiklerine delalet eder, bu da akdin kurulduğu andır.²¹⁹

Modern hukukta akit, İslam hukukunda olduğu gibi kabul haberinin ulaşmasıyla kurulur, fakat kabul haberi, gaipler arasında yapılan sözleşmelerde bazen geç ulaşabilir. Bu durumda modern hukuk, sözleşmenin hüküm ifade etmeye başlamasını, kabul haberinin gönderildiği an olarak kabul eder. Bu hüküm BK. M. 10'da belirtilmiş bulunmaktadır. İslam hukukunda böyle bir durum söz konusu değildir. Yani, akit ne zaman kurulursa, o zamandan itibaren hüküm doğurmaya başlar.

3.1.3. SÖZLEŞMENİN KURULDUĞU YER

Hazırlar arasında yapılan sözleşmelerin kurulduğu yer zaten sözleşmenin yapıldığı mekândır. Daha önce telefonla, sesli ve görüntülü çet gibi kişilerin doğrudan bir birleriyle iletişime girmiş oldukları sözleşmelerin de hazırlar arasında olan sözleşmeler gibi olduklarını belirtmiştik. Sanırım, sözleşmenin kurulduğu yerin tespitini yaparken bunların hazırlar arasında yapılan sözleşmeler de olduğu gibi sözleşmenin kurulduğu yerin, bulundukları mekân olarak tespit edemeyeceğiz. Bunlarda da sözleşmenin kurulduğu yerin tespiti çok zor olmaktadır. Gaipler arasında gerçekleşen sözleşmeler gibi değerlendirilmesi gerekir.

Gaipler arasında kurulan sözleşmelerde, sözleşmenin nerede yapılmış olduğunun tespiti son derece önemlidir. Bu husus, Devletler Özel Hukuku bakımından ciddi bir değer taşımaktadır, yurt içinde yapılan sözleşmelerde de mahkemelerin yetkisini belirlemede kullanılmaktadır.²²⁰

Elektronik ticarete akit meclisi, fiziki bir mekan değil, hükmi bir mekandır. Bu meclis satıcının müşteriye icapta bulunması ile başlar, müşterinin icabı alıp ya kabul etmesi ya da ret ettiğini satıcıya ulaştırması ile sona erer. Şayet müşteri

²¹⁹ Bkz. Sened, *a.g.e.*, s. 189.

²²⁰ Topaloğlu, *a.g.e.*, s. 112.

satıcının gönderdiği îcâba uygun olmayan bir kabul ile cevap verirse müşterinin bu kabulü, yeni bir meclis için icap niteliğindedir.²²¹

Akdin kurulduğu yer, internet üzerinden yapılan fiziki mal satışlarında alıcının beyan ettiği teslim yeri, dijital mallar bakımından ürünün indirildiği bilgisayarın IP adresi veya ISP ile yapılan sözleşmelerde gösterilen adres esas alınır.

İnternet aracılığıyla yapılan sözleşmelerde, kolaylık sağlaması açısından bir uygulama geliştirilmiştir. Özellikle sürekli iş ilişkisi içinde olanlara yararlı olabilecek bu uygulamada, taraflar başlangıçta bir ana sözleşme (master contract) imzalayarak, ileride internet üzerinden yapacakları sözleşmelerin; kurulduğu yeri, kurulma anını, sözleşmeye uygulanacak hukuku, uyuşmazlık halinde sözleşmenin nasıl yorumlanacağını, elektronik belgelerin delil değerini önceden belirleyerek sorunları aşma yoluna gitmektedirler.²²²

İslam hukukunda akdin kurulduğu yer üzerinde pek durulmamıştır. Bu konuya, akit meclisinin tespiti konusunda değinilmiştir. Hatırlanacağı üzere, akit meclisini akdin yapıldığı meclis olarak tanımlamıştık. Şâfiîler, meclis muhayyerliğini kabul ettiklerinden dolayı akdin kurulduğu meclisin tespitine büyük önem vermişlerdir. Şâfiîlere göre meclis akdin kurulduğu yerdir. Eğer diyelim ki, bir odada akit yapılıyorsa, o odadan başka bir odaya geçmekle meclis bozulmuş olur. Görüldüğü gibi akdin kurulmuş olduğu yerin tespitinin önemi, modern hukukta olduğu gibi, akde bakacak mahkemenin tespiti açısından değildir. Bu yüzden telefon veya internet gibi modern araçlarla dahi olsa akit meclisi, akitten söz edilmeye başlandığı andan akdin, ya kurulduğu ana veya akitten bir şekilde vazgeçtiklerini gösterecek bir karinenin gözüktüğü ana kadardır.

İşin gerçeği eskiden akitten doğacak sorunları gidermek için hangi mahkemenin meseleye bakacağı bir problem teşkil etmemekteydi. Ama günümüzde bu bir problemdir ve akdin gerçekleştiği yerin tespitine yönelik olarak kuralların belirlenmesi gerekir. Kanaatimce modern hukukta benimsenen; “internet üzerinden yapılan fiziki mal satışlarında alıcının beyan ettiği teslim yeri, dijital mallar bakımından ürünün indirildiği bilgisayarın IP adresi veya ISP ile yapılan

²²¹ Sened, *a.g.e.* , s. 188.

²²² Altınışık, *a.g.e.* , s. 36.

sözleşmelerde gösterilen adres esas alınır.”²²³ Kaidesini kabul etmede her hangi bir sakınca bulunmamaktadır.

3.1.4. E- SÖZLEŞMELERİN ÖZELLİKLERİ

E- sözleşmelerin belli başlı özellikleri vardır. Şimdi bu özellikleri kısaca göreceğiz. Şöyle ki

3.1.4.1.MESAFELİ SÖZLEŞME OLMALARI

4822 sayılı kanun’un ek maddesi olarak düzenlenen 9/A maddesi Mesafeli Sözleşmeyi şöyle tanımlamıştır: “mesafeli sözleşmeler; yazılı, görsel ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan ve malın veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan sözleşmelerdir.” Tanımda “elektronik ortamda” ifadesinin yer alması elektronik sözleşmelerin de mesafeli sözleşmeler kapsamında değerlendirilmesini ifade etmektedir. Elektronik araçlarla sözleşmelerin yapılmasının nedeni tarafların karşı karşıya bulunmamalarından kaynaklanmaktadır. Bu yüzden elektronik sözleşmelerin en önemli özellikleri mesafeli sözleşmeler olmalarıdır, denilebilir.

Elektronik sözleşmelerle ilgili düzenlemeleri tüketicileri koruma hakkındaki kanunun mesafeli sözleşmeler kısmında bulmaktayız. Tüketicileri Koruma Hakkında Kanun’da düzenlenen “mesafeli sözleşme” kavramıyla, Borçlar Kanun’unda yer alan “mesafeli satış” kavramları bir birinden farklıdır. Borçlar Kanunu’na göre mesafeli satış, satılan malın normal olarak sözleşmenin ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi halinde söz konusu olur ki, buradaki mesafe kavramı malın gönderilmesi ile ilgilidir. Tüketicileri Korunması anlamında mesafeli satış ise, tüketici ile mal ya da hizmet satıcısının aynı yerde olmamasını, aralarında mesafe bulunmasını ve sözleşmenin iletişim araçları ile yapılmasını ifade etmektedir.²²⁴

Mesafeli sözleşmelerde sözleşme yapılmadan önce tüketicilerin bilgilendirilmesi gereken bazı hususlar vardır. Bunlar TKHK’nun 9/A maddesinin 2. Fıkrasına ve 31. Maddesine dayanılarak bakanlık tarafında çıkarılan Mesafeli

²²³ Altınışık, *a.g.e.* s, 37.

²²⁴ Aydoğdu Zevkliler, ” tüketiciyi korunması hukuku”, Mustafa Topaloğlu, *bilişim hukuku*, s.195.

Sözleşmeler Yönetmeliğinin “önbilgiler” başlığını taşıyan 5. Maddesine göre “mesafeli sözleşmenin akdinden önce aşağıdaki bilgilerin tüketiciye verilmesi zorunludur.

- a- Satıcı ve sağlayıcının isim, unvan, açık adres, telefon ve varsa diğer iletişim bilgileri
- b- Sözleşme konusu mal ya da hizmetin temel özellikleri
- c- Sözleşme konusu mal ya da hizmetin tüm vergiler dahil satış fiyatı
- d- Satıcı ve sağlayıcının fiyat dahil tüm vaatlerinin geçerlik süresi
- e- Tüketicinin ödemelerini nasıl yapacağına dair bilgiler
- f- Teslimat ve ifanın nasıl yapılacağına ve varsa buna ait masrafların tutarı ve kimin tarafından karşılanacağına dair bilgiler
- g- Cayma hakkı ve bu hakkın nasıl kullanılacağına dair bilgiler
- h- Tüketicie bir maliyeti varsa kullanılan iletişim yollarının ücreti
- i- Sözleşme konusu mal ya da hizmetin, teslim ve ifa tarihlerine ilişkin program
- j- Tüketicinin talep ve şikâyetlerini iletebileceği satıcı veya sağlayıcının açık adresi, telefon ve varsa diğer erişim bilgileri.

Tüketici, bu bilgileri edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemez. Elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde teyit işlemi, yine elektronik ortamda yapılır. Satıcı ve sağlayıcı, mallar için mal tüketiciye ulaşmadan, hizmetler için de en geç sözleşmenin ifasından önce yazılı olarak, elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde ise tüketici tarafından ulaşılabilir veya sürekli olarak erişilebilir başka bir sürekli veri taşıyıcısıyla bilgilendirme formunu tüketiciye ulaştırmak zorundadır.

Bu bilgiler yapılacak olunan icabın en mükemmel surette olmasını sağlayacak olan hususlardır. Bu yüzden mesafeli sözleşmelerde bu hususların önceden belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Bu hususları önceden şart koşulmasını, İslam hukukunda görmüş olduğumuz “akit serbestisi” bazında değerlendirip bu şartların muteber olduğu hükmüne varabiliriz. Bu serbestinin delili mecellede şu şekilde

zikredilmektedir: “mukteza-i akdi teyit eden şartla bey sahih ve şart muteberdir.”²²⁵ Yani, adkin gereği olan şartlarla yapılan akitler geçerli ve bu şartlara da uyulmalıdır.

Bu madde de akdin gereği olan bir durumu teyit etmesi öngörülmektedir. Mesafeli sözleşmelerde önceden belirlenmesi gereken bu şartlar da akdin sıhhatli bir şekilde yapılmasına katkıda bulunur. Bu yüzden İslam hukukunda bunların önceden şart koşulması muteber bir durumdur. Herhangi bir sakıncası da yoktur.

3.1.4.2. Mesafeli Sözleşmenin Şekli Ve Zorunlu İçeriği

Mesafeli sözleşmeler yönetmeliğinin 7. Maddesine göre mesafeli sözleşmeler şu içeriği taşımaktadır:

- a- Satıcı ve sağlayıcının isim, unvan, açık adres, telefon ve varsa diğer iletişim bilgileri.
- b- Sözleşmenin düzenlendiği tarih
- c- Malın veya hizmetin teslim veya ifa tarihi ve şekli
- d- Teslimat ve ifanın nasıl yapılacağına ve varsa buna ait masrafların tutarı ve kimin tarafından karşılanacağına dair bilgiler
- e- Sözleşme konusu malın veya hizmetin cinsi veya türü, miktarı ve varsa marka ve modeli
- f- Malın veya hizmetin Türk Lirası olarak vergiler dâhil peşin satış fiyatı
- g- Vadeye göre faiz ile birlikte ödenecek Türk Lirası olarak toplam satış fiyatı
- h- Faiz miktarı, faizin hesaplandığı yıllık oran ve sözleşmede belirtilen faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faizi oranı
- i- Peşinat tutarı
- j- Ödeme planı
- k- Borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları

Elektronik olmayan sözleşmelerde kişilerin akit ehliyetleri olup olmadıkları rahat bir şekilde tespit edilebiliyor. Fakat elektronik sözleşmelerde tarafların

²²⁵Mecelle, md. 187.

gerçekten akde ehil olup olmadıkları, akit esnasında doğru bilgiler verip vermediklerini veya başkasına ait bilgileri kullanıp akitte bulunup bulunmadıklarını kestirmek çok zordur. Mesela sıkça karşılaşılan problemlerden biri olan daha rüşt ve temyiz çağına gelmeyen çocukların babalarının bilgilerini kullanarak akitte bulunmalarıdır. Ve bilindiği gibi İslam hukukunda bu çocukların edâ ehliyetleri yoktur ve yapmış oldukları akitler batıldır.²²⁶

Şayet akdi yapan mümeyyiz bir çocuk ise bunun yapmış olduğu akdin kurulması velisinin iznine bağlıdır. Şayet velisi kabul ederse akit sahih olarak kurulmuş olur, kabul etmese akit de kurulmuş olmaz.²²⁷

Elektronik ticarete tarafların kimliklerinin tespiti için günümüzde pek çok çalışmalar ve kanuni düzenlemeler yapılmaktadır. Bu çalışmalardan en çok üzerinde durulanı “elektronik imza” çalışmalarıdır. Elektronik imzanın normal el imzasının yerine kabul edilip edilemeyeceği İslam hukukçuları arasında tartışmalı bir husustur. Ama genel kanı sağlam bir şekilde oluşturulacak olan düzenlemelerle elektronik imzanın diğer imza gibi kullanılabileceği kanısındır.²²⁸

Diğer bir husus da İslam hukukunun hiçbir şekilde faize yer vermemesi ve faizle yapılan bütün akitleri fasit olarak nitelemesidir. Bu yüzden mesafeli sözleşmelerde geçen faiz oranlarının, sözleşmede yer almasının zorunluluğu İslam hukukunca kabul edilmez. İslam hukukunun, faizle ilgili olan maddelerin dışındaki maddeleri kabul etmesinde bir sakınca yoktur. Zaten icabın net olabilmesi için zikredilen diğer maddeler icabı yapan tarafça belirlenmeli ve zikredilmelidir. Mesafeli sözleşmelerde 6. maddede ve 7. madde olan bu hususların yazılı olması gerekir. İslam hukuku bunu güzel görür fakat bunu zorunlu şart olarak koşmaz.²²⁹

3.1.4.3. Mesafeli Sözleşmelerde Cayma

Yine mesafeli sözleşmeler yönetmeliğine göre “tüketici; mal satışına ilişkin mesafeli sözleşmelerde, teslim aldığı tarihten itibaren yedi gün içerisinde hiçbir hukuki ve cezai sorumluluk üstlenmeksizin ve hiçbir gerekçe göstermeksizin malı reddederek sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Hizmet sunumuna ilişkin mesafeli

²²⁶ Geniş bilgi için bkz. Sened, *a.g.e.* , s. 141.

²²⁷ Sened, *a.g.e.* , s. 142.

²²⁸ Sened, *a.g.e.* , s. 144.

²²⁹ Bakara, 282.

sözleşmelerde ise, bu süre sözleşmenin başladığı tarihten itibaren başlar. Sözleşmede, hizmetinin ifasının yedi günlük süre dolmadan yapılması kararlaştırılmışsa, tüketici ifanın başlayacağı tarihe kadar cayma hakkını kullanabilir. Cayma hakkının kullanımından kaynaklanan masraflar satıcı veya sağlayıcıya aittir.”²³⁰

Bu husus İslam hukukunda şart muhayyerliği konusunda işlenmişti. Şart muhayyerliğinin zamanı konusunda mezhepler arasında farklı görüşlerin olduğunu belirtmiştik. Ebu Hanife’ye ve Şâfiîlerin bazılarına göre şart muhayyerliğinin müddeti üç gün veya daha azdır. Hanbelî ve Caferilere göre, müddet uzun olsun kısa olsun muhayyerliği devam ettikçe süre üç günden fazla olabilir. Mâlikîlere göre de önceden şart koşulmaksızın akit zamanındaki şarta veya örfe göre muhayyerlik suresi tanınır.²³¹ Kısacası, İslam hukukçularının da şart muhayyerliğini kabul etmiş olduklarını hatta bazı mezheplerde de olsa zamanın üç günle sınırlanamayacağı görüşünde olanların da var olduklarını söyleyebiliriz.

Alıcının hiçbir kusur zikretmeksizin anlaşmadan cayabilmesi hususu, tartışmaya açık bir husustur. Bu husus satıcı veya sağlayıcıya zarar verebilir. Çünkü malın geri alınmasının masrafları ve diğer caymadan kaynaklanan masraflar satıcıya veya sağlayıcıya yüklenmiş bulunmaktadır. Bu husus akitlerin bağlayıcılığına zarar vermektedir.

Tüketicie hiçbir kusur zikretmeksizin cayma hakkının verilmesi doğru değildir. Burada tüketiciyi koruyalım derken satıcıya zarar verecek düzenlemeler yapmak olur.

Fakat taraflar önceden kendi aralarında rızalarıyla anlaşarak cayma haklarını belirleseler, o zaman bu cayma hakları şart serbestisi bağlamında kabul edilmeli ve akdin tarafları akitte bulunurken aralarında anlaşıp cayma haklarını belli bir zamana kadar belirleyebilirler.²³²

Tarafların cayma haklarını kendi rızalarıyla belirlemeleri halinde de “hiçbir kusur belirtmeden cayma hakkı verilmez” demek tüketiciyi zarara uğratabilir. Çünkü

²³⁰ Mehmet Türkan, *Mesafeli Sözleşmeler*, http://www.turkhukuksitasi.com/art_listing.php. 07.10.2007.

²³¹ Zeydan, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 553.

²³² Sened, *a.g.e.*, s. 180.

hazırlar arasında kurulan akitler ile elektronik ortamda kurulan akitler arasında, tarafların tespitinde ve akit konusunun sağlıklı bir şekilde tespitinde büyük farklılıklar vardır. Bu akitleri birbirleriyle kıyaslayıp onlarla ilgili aynı hükümleri vermek yanlış olur. Tüketicinin bu tür akitlerde korunması gerekir.

Satıcı aynı zamanda malın gönderilmesinde ve sağlam bir şekilde yerine ulaştırılmasından sorumludur. Mala herhangi bir zararın gelmesi halinde satıcı bu zararları gidermek ve ya yeni bir ürün göndermek durumundadır. Satıcı bu hususları anlaşmadan önce belirtmeli ve satıcının hiçbir şekilde bu hususlardan sorumlu olmadığını anlaşmanın maddelerine koyma hakkı yoktur. Bu tür şartlar batıldır.²³³

Ayrıca İslam hukukunda alıcının mağdur edilmesinin engellenmesi için, alıcıya görme ve ayıp muhayyerliği hakkı verilmiştir. Şayet alıcı aldığı malda ya bir ayıp ya da görmediğinden dolayı yanlışlık olursa, kişi malı geri iade etme hakkına sahiptir.

Nasıl normal yollarla kurulan sözleşmelerde muhayyerlik varsa aynı zamanda elektronik ortamda kurulan sözleşmelerde de muhayyerlik hakkı vardır. Elektronik ticarette muhayyerliklerin doğmasının sebebi daha çok malın tarif edildiği şekilde olmaması, malın kusurlu olması ve kişinin malı görmemesi gibi durumlardan kaynaklanıyor. Bütün bu durumlarda tüketicinin muhayyerlik hakkı vardır.²³⁴

3.1.4.4. Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkı Verilmeyen Sözleşmeler

Mesafeli sözleşmeler yönetmeliğinin 8. Maddesinin 2. Fıkrası; ” elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler ve tüketiciye anında teslim edilen mallara ilişkin sözleşmeler cayma hakkı ve kullanımına ilişkin hükümlere tabi değildir,” şeklindedir. Mesela kişinin bilgisayarına internetten indirdiği programlar bu tür bir hizmet alımıdır. Bu tür mallarla yapılan akitler feshedilemez. Yani bu tür akitlerde cayma hakkı yoktur. Anında ifa edilen hizmetlerden olan; kişinin internet üzerinden kredi kartının borcunu ödemesi, uçak biletini alması gibi durumlar buna örnektir.

Yine mesafeli sözleşmeler yönetmeliğinin 8. Maddesinin 4. Fıkrası; “tüketicinin özel istek ve talepleri uyarınca üretilen veya üzerinde değişiklik ya da

²³³ Sened, a..g.e. , s. 198.

²³⁴ Sened, a..g.e. , s. 209.

ilaveler yapılarak kişiye özel hale getirilen mallarda tüketici cayma hakkını kullanamaz. Ayrıca tüketici, niteliği itibariyle iade edilemeyecek, hızla bozulma veya son kullanma tarihi geçme ihtimali olan mallar söz konusu olduğunda cayma hakkını kullanamaz,” şeklindedir.

Bu durum İslam hukukunda da aynı şekildedir. Çünkü alıcı kendisine has bir durum için sipariş vermiş ve yapılan malı kendisi almasa o mal satıcının elinde kalır. Fakat eğer satıcı alıcının istediği şekilde yapmamışsa; alıcı, satıcıdan kusurları gidermesini isteyebilir. Aynı şekilde çabuk bozulan mallarında geri iade edilmesi İslam hukukuna göre de uygun değildir. Çünkü İslam hukuku kişileri zarara uğratacak noktalarda başkalarına hak tanımaz.

3.1.4.5. Mesafeli Sözleşmelerde Eksiklik Bulunması Halinde Cayma Hakkı

Mesafeli sözleşmeler yönetmeliğinin 8. Maddesinin 5. Fıkrasına göre; satıcı ve sağlayıcının 6. Veya 7. Maddede belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, satıcı veya sağlayıcı en geç otuz gün içerisinde eksikliği giderir. Bu durumda yedi günlük süre, söz konusu eksikliğin giderildiğine dair bilgisini yazılı olarak tüketiciye ulaştırdığı tarihten itibaren başlar. Aksi takdir de, tüketici cayma hakkını kullanmak için yedi günlük süre ile bağlı değildir.

Bu durumda satıcı- sağlayıcının bu eksikliklerini 30 gün içinde tamamlaması gerekmektedir. Cayma ile ilgili olan 7 günlük süre söz konusu eksikliğin giderildiğine dair bilginin yazılı olarak tüketiciye ulaştırıldığı tarihten itibaren başlar. Aksi takdirde, tüketici cayma hakkını kullanmak için yedi günlük süre ile bağlı değildir.²³⁵

Aslında bu madde açıklanmaya oldukça muhtaç bir maddedir. Çünkü bu maddelerden bazıları var ki, sözleşmenin esasını teşkil etmektedirler. Mesela fiyat belirtilmeden, kişinin kimlik bilgileri belirtilip akde ehil olup olmadığının bilinmesi gibi hususların belirtilmeden bir sözleşmenin yapılması düşünülemez.²³⁶

²³⁵ Mehmet Türkan, *Mesafeli Sözleşmeler*, http://www.turkhukuksitasi.com/art_listing.php. 07.10.2007.

²³⁶ Sened, *a.g.e.* , s. 142.

Çünkü fiyatın belirlenmesi ve akdin taraflarının akde ehil olmaları sözleşmenin rûknüdür. Dolayısıyla rûkûnlerin yerine getirilmemesi akdin kurulmamasına sebepken, böyle kurulmamış bir sözleşmenin feshi zaten söz konusu olamaz, çünkü batı bir sözleşmedir. Bazı maddeler de vardır ki, ilk başta belirlenmese de sözleşmeye bir zararı olmaz. Mesela: satıcının adresi, telefonu ve sözleşmenin yapıldığı tarihin belirtilmesi bunlardandır.

3.1.4.6. Cayma Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

Mesafeli sözleşme yönetmeliğinin 9. maddesinin 2. fıkrasında, satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin cayma bildiriminin kendisine ulaştığı tarihten itibaren on gün içinde almış olduğu bedeli, kıymetli evrakı ve tüketiciyi borç altına sokan her türlü belgeyi iade etmekle yükümlü kılınmıştır. Satıcı veya sağlayıcı on günlük bu sürede aldığı bedeli tüketiciye iade ederse anaparaya ilave olarak ayrıca faiz ödemek zorunda değildir.²³⁷

Satıcı ve sağlayıcının diğer bir yükümlülüğü de, cayma hakkını kullanan tüketiciden almış olduğu malı en geç yirmi gün içerisinde geri almak zorundadır. Eğer satıcı bu edimini vaktinde yerine getirmese, mala gelecek olan zarardan alıcı sorumlu olmaz. Ama satıcı vaktinde edimini yerine getirdiği halde alıcı mala bir zarar vermişse, alıcı bu vermiş olduğu zararı tazmin etmek zorundadır.²³⁸

İslam hukukunda da bazı durumlardan dolayı cayma hakkı alıcıya tanınmıştır. Cayma hakkının kullanılması sonucunda, şayet edimler yani; malın kim tarafında geri verilmesi ve bu malın geri iadesi sonucundaki masrafların kim tarafından ödeneceği önceden belirlenmişse bu şartlara riayet edilir. Bu akit serbestisinin bir gereğidir, akde zarar vermez. Fakat satıcının veya alıcının, belirlenen zaman sürecinde edimlerini yerine getirmemeleri sonucunda faiz ödemek zorunluluğu İslam hukukunda batıl bir şarttır, kabul edilemez.²³⁹

²³⁷ İnal, *a.g.e.*, s. 91.

²³⁸ Mustafa Topaloğlu, *Bilişim Hukuku*, s. 199.

²³⁹ el- Cezirî, *Dört Mezhebe Göre İslâm Fıkhı*, III/1305.

3.1.5. HAZIR OLMAYANLAR ARASINDA YAPILAN SÖZLEŞME OLMASI

Daha önce de sözleşmenin kurulduğu yerin tespitinde dediğimiz gibi; eğer karşı taraf, icabı yapıldığı anda değil de bir müddet sonra öğrenebiliyorsa hazır olmayalar arasında yapılan bir sözleşme vardır. Hazır olmayanlar arasındaki irade beyanlarında, soru ve cevap biçiminde doğrudan doğruya, kesintisiz bir iletişim olanağı yoktur. Taraflar bir birlerinin tekliflerine karşı o anda reaksiyon gösterememektedirler.²⁴⁰ Hazırlar arasında yapılan sözleşmelerde ise irade beyanları, direk karşı tarafa iletilmekte ve karşı taraf da iradesini hemen karşı tarafa iletebilmektedir. İşte bu şekilde kurulan sözleşmeler hazırlar arasında kurulmuş kabul edilir.

Elektronik sözleşmelerde hem hazırlar arasında yapılan sözleşmeler hem de hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşme şekilleri mevcuttur. Fakat hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşme şekline daha çok rastlanmaktadır. Örneğin web sayfası, e-mail, faks gibi aletlerle yapılan sözleşmeler hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmeler; telefonla, çet ve sesli sohbet şeklinde olan sözleşmeler hazırlar arasında yapılan sözleşmelerdir.

3.1.6. KATILIMLI (İLTİHAKİ) BİR SÖZLEŞME OLMASI

İltihaki sözleşme; sözleşme şartlarını, sözleşmenin taraflarından bir tanesinin, örneğin satıcının veya sağlayıcının sözleşme kurulmadan önce, ileride kuracağı tüm satış sözleşmelerinde kullanmak amacı ile ve karşı tarafın yani alıcının, herhangi bir müzakere yetkisi bulunmadan aynen kabul edeceği (veya red edeceği) surette, tek yanlı olarak hazırladığı sözleşme türüdür.²⁴¹

Tanımından da anlaşıldığı gibi iltihaki sözleşme, sözleşme şartlarının akdin bir tarafınca belirlenen ve diğer tarafın bu şartlara müdahale yetkisinin olmadığı sözleşmelerdir. Elektronik sözleşmelerin katılımlı sözleşmeler olup olmadığı konusunda görüş ayrılıkları vardır.

Elektronik sözleşmeler de katılımlı sözleşmelerdendir. Elektronik sözleşmelerde taraflar iradelerini dijital ortamda beyan etmektedirler ve tarafların

²⁴⁰ ipek Sağlam, *Elektronik Sözleşmeler*, s. 74.

²⁴¹ Bülent Sözer, *Elektronik Sözleşmeler*, s. 113.

karşılıklı müzakere edebilme imkânları mevcut değildir. Satıcı, web sayfası üzerinde, kurmayı hedeflediği sözleşmenin tüm şartlarını önceden hazırladığı şekilde sunar ve karşı taraftan da bu şartlara aynen uymasını bekler. Web sayfası üzerinden arz edilen sözleşme hükümleri bu sözleşmeye taraf olmayı isteyen herkes için aynı uygulanır.²⁴²

Web sayfası üzerinden gerçekleştirilen sözleşmelerin katılımlı sözleşmeler olduğunu söylemek mümkündür. Yukarıda da söylendiği gibi satıcı şartlarını web sayfasında herkese açık ya da sadece belli bir kesime sunmak suretiyle sunar. Alıcı artık şartlara müdahale edemez, alıcı dilerse kabul eder, dilerse de ret eder.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, elektronik sözleşmelerden kastımız sadece web sayfası üzerinden yapılan sözleşmeler değildir. Bunun yanında telefonla, faksla, televizyonla vb. elektronik aletlerle yapılan bütün sözleşmeler dâhildir. Telefonla yapılan sözleşmelerin her zaman katılımlı sözleşmeler olduğunu belirtmemiz doğru olur mu? Kanaatimce bütün elektronik sözleşmelerin katılımlı sözleşme özelliğinin taşıdıklarını belirtmek yanlıştır. Dediğimiz gibi telefonla yapılan bir sözleşme pekâlâ normal olarak her iki tarafın karşılıklı sözleşmenin şartlarını belirledikleri bir sözleşme türü olarak kurulabilir kurulan bu sözleşme de iltihaki sözleşme olamaz.

3.2.ELEKTRONİK TİCARET

Elektronik ticaret yeni bir kavram olmasına karşın, çoğunlukla geleneksel ticaretin ilkelerinden faydalanmaktadır. Dolayısıyla elektronik ticaret geleneksel ticaretin alternatifi değildir. Ancak ticaretin geleneksel yapıdan ve usullerden giderek uzaklaştığı, elektronik ortama taşındığı ve yeni ilke ve esaslar getirdiği de unutulmamalıdır. Elektronik ticaretle geleneksel ticaret arasındaki en önemli farkın piyasaların genişliği konusunda olduğu ifade edilebilir.²⁴³

Elektronik ticaretin birçok tanımı olmasına karşın hepsinde ortak olan ve günümüz uygulamalarında kabul gören tanım; ürün, hizmet ve bilgi değişiminin ve ödemelerin elektronik ortamda gerçekleşmesidir. Bu tanımdaki “elektronik ortam”dan kasıt bilgisayarlar ve bu bilgisayarları birbirine bağlayan ağ ortamıdır.²⁴⁴

²⁴² İpek Sağlam, *Elektronik Sözleşmeler*, s. 80.

²⁴³ İbrahim Yumuşak Güren, *Elektronik Ticaretin Gelişmekte Olan Ülkelere Etkileri Ve Türkiye Üzerine Bir Değerlendirme*, http://www_bilgiyonetimi_org-cm-5.mht, 07.10.2007.

²⁴⁴ Sened, *a.g.e.*, s. 115.

Elektronik ticaretin geniş anlamdaki tanımından hareketle, sağlayacağı faydaları şu şekilde sayabiliriz: kamu yönetimlerinin vatandaş ve firmalarla olan mali ilişkilerinde zaman ve maliyet tasarrufları sağlamak, yeni bir şirket kurma, vergileri ödeme, ruhsat alma, yıllık hesapları görme, enformasyon sağlama, e-posta kanalıyla soru sorma ve form doldurma gibi işlemler internet üzerinden yapıldığında verilen hizmetlerin kalitesinin artmasıyla birlikte birçok getiri elde etmek mümkün gözükmektedir. Buna ilave olarak yeni oluşturulacak bürokratik mekanizmaların internet üzerinden faaliyet yürütmesi, kuruluş maliyetlerini de önemli ölçüde azaltabilecektir. Ayrıca, kamu hizmet ve ihalelerin elektronik ortama taşınmasıyla sağlanacak şeffaflık sayesinde de gelişmekte olan ülkelerin en önemli problemlerinden biri olan yolsuzlukların azalması mümkün olabilecektir.²⁴⁵

3.3.ELEKTRONİK TİCARET VE ELEKTRONİK SÖZLEŞMELER ARASINDAKİ İLİŞKİ

Elektronik sözleşme ve elektronik ticaretin birbirinden farkları yoktur. Yapılan tanımlara bakıldığında bu durum kendisini göstermektedir. Elektronik ticaret, ürün, hizmet ve bilgi değişiminin ve ödemelerin elektronik ortamda gerçekleşmesi, internet üzerinden ve bilgisayar desteğiyle telekomünikasyon teknolojisi kullanılarak mal üretilmesi ve hizmet sunulması ve satış bedellerinin tahsil edilmesidir²⁴⁶. Elektronik sözleşme, elektronik ticaretten daha kapsamlıdır. Çünkü elektronik ticaret, , ürün, hizmet ve bilgi değişiminin ve ödemelerin elektronik ortamda gerçekleşmesi iken; elektronik sözleşmeler bunları ve daha başka elektronik ortamda yapılan her türlü işlemleri içermektedir. Bununla beraber ikisini bir sayanlar da vardır.

3.4.İNTERNETTE SÖZLEŞMELERİN KURULMA ŞEKİLLERİ

İnternette sözleşmeler çeşitli şekillerde kurulabilmektedir. Bu sözleşmelerin kuruluş şekilleri şunlardır:

²⁴⁵ İbrahim Yumuşak Güran, *a.g.m.* , http://Www_Bilgiyonetimi_org-Cm-5.mht, 07.10.2007.

²⁴⁶ Bülent Sözer, *Elektronik Sözleşmeler*, s. 89.

3.4.1. EDI (ELEKTRONİK DATA INTERCHANGE) ARACILIĞI İLE KURULMASI

EDI, bilgisayarlar arasında bilginin doğrudan değişimidir. Veriler önceden belirlenmiş standartlara göre formatlanmıştır ve alıcı bilgisayar tarafından doğrudan işleme konabilir. Başka bir anlatımla elektronik veri değişimi, farklı görevleri üstlenen bilgisayarlar arasında otomatik uyarı sistemi kullanmak suretiyle yürütülerek tamamlanan bir iş ilişkisidir. Tarafların kabul ettiği belli formatlar çerçevesinde bilgisayarlar arası değişimi sağlayan bir çeşit bilgisayar programıdır.²⁴⁷

İnsan faktörü sadece formatların belirlenmesinde ve ifa aşamasında mevcuttur. Bankacılık, satış noktalarına bağlı stok ikmali ile kontrolü sistemlerinde kullanılabilen bir programdır. EDI, anlatılan bu haliyle bir sözleşme şekli olmayıp yapılmış bir sözleşmenin yerine getirilmesinde kullanılan bir yöntemdir. Bu yöntem ile çalışacak tarafların öncelikle bir sözleşme yapmaları ve karşılıklı ileti iletişimde kullanacakları standartları tespit etmeleri gerekir.²⁴⁸

EDI yoluyla yapılan sözleşmeler, her ne kadar bilgisayarlar arasındaki bir bilgi ağı değişimi sonucu kuruluyorsa da, aslında sözleşme yine de iki taraf arasında yapılmış olmaktadır. Çünkü taraflar şartlarını daha önce belirlemiş olmakta ve bu şekilde bir programın yardımıyla daha hızlı ve daha az bir masrafla bir hizmet sunmak suretiyle sözleşme kurmaktadır. Bunu şuna benzetebiliriz: Nasıl ki bir kişi markete gider ve pazarlık yapmadan alacağı eşyaları seçer, sepetine koyar ve kasiyerde hesaplarını yaparak malını alır, bu şekilde yapılan sözleşmeler de böyledir. Hatırlanacağı gibi bu tür durumlarda yapılan akitlerin teâtî yoluyla yapılan akitler olduklarını belirtmiştik. Aynen bu şekilde EID yoluyla yapılan sözleşmeleri de teâtî yoluyla yapılan sözleşmelere kıyas edebiliriz.

3.4.2. E- MAİL ARACILIĞI İLE

Taraflar karşılıklı e-mail alışverişiyle sözleşme kurabilirler. E-mail, bilgisayarlar ile iletişim ağları yardımıyla taraflar arasında dijital yollardan mesaj iletilmesini ifade eder. İcap ve kabul tamamen e-mail aracılığıyla iletebileceği gibi, yazılı belge, faks, karşılıklı görüşme desteğinde de kullanılabilir.

²⁴⁷ Ulvi Altınışık, *Elektronik Sözleşmeler*, s. 35.

²⁴⁸ Mustafa Topaloğlu, *Bilişim Hukuku*, s. 89.

EDI ‘den farkı, insan unsuru her iki tarafta da mevcuttur. E-mail yoluyla kurulan sözleşmeler kimi hukukçular tarafından gerçek anlamda elektronik sözleşme olarak kabul edilmekte, kimilerince de gerçek elektronik sözleşme olarak kabul edilmemektedir.

E-mail, tarafların birbirleriyle her türlü müzakerede bulunmalarına olanak tanır. Karşılıklı olarak tarafların her türlü teklifi birbirleriyle iletme, değerlendirme ve sözleşmenin kurulmasına dair aşamaları gözden geçirmelerine olanak sağlar. E-maili elektronik sözleşme olarak kabul eden görüşe göre taraf unsuru açık bir şekilde mevcut, aynı zamanda iradeler birbirine uyumlu ve karşılıklıdır. İradenin klasik sözleşme tiplerinden farklı olarak dışa vurumu değişiklik arz eder.

E-maili elektronik sözleşme olarak kabul etmeyenlere göre, e-mailin telefon görüşmesinden hukuki anlamda bir farkı yoktur. Birinci görüşün kabul edilmesi durumunda internet ortamında meydana gelecek olan her irade uyumu elektronik sözleşme olarak kabul edilecek olur ki bu da çözümü güç sorunlar doğurur.

E-maili yoluyla kurulan sözleşmeleri elektronik sözleşme olarak kabul etmeyen Topaloğlu’na ve Sözer’ e göre gerçek anlamda elektronik sözleşme kapsamına girmediği açıklanmak suretiyle, e-mailin hukuki anlamda teleks ve faks haberleşmesinden farklı olmadığı izah edilir. Bu yazarlara göre farklılık sadece sözleşmenin fiili anlamda dijital ortamda ve hızlı bir biçimde gerçekleşmesidir.²⁴⁹

3.4.3. WEB SİTESİ ARACILIĞI İLE

İnternetin yaygınlaşmasının en önemli unsurlarından biri olan “www” üzerinden browser sayesinde web sitelerini ziyaret etmek;²⁵⁰ arama motorları sayesinde aranan konu ile ilgili web sitelerini bulmak ve linkler sayesinde kolayca o sitelere ulaşmak; gazete okumak; akla takılan bir sorunun cevabını bulmak; eğlence sitelerine girmek; kütüphane kataloglarında tarama yapmak; yüksek mahkeme kararlarına ulaşmak; tatil rezervasyonu veya alış-veriş yapmak ve burada saymakla bitmeyecek, insan aklına gelen gelmeyen pek çok konuda hazırlanmış sayısız web sitelerinin hizmetlerinden yararlanmak mümkündür.²⁵¹

²⁴⁹ Nuran Zöhre, *Elektronik Sözleşme*, http://www.turkhukuksitasi.com/art_listing.php, 03.03.2008.

²⁵⁰ Sened, *a.g.e.* , s. 98.

²⁵¹ İnal, *a.g.e.* , s. 12.

Burada alıcı taraf tamamen "computerised" durumunda bulunan, akide muhatap durumundadır ve dolayısıyla da bir taraf önceden planlanmış şekilde "dijital" ortamda hareket etmektedir. Alıcı ise kendisine sunulan çerçeve içerisinde iradesini beyan etmektedir. Alıcının web sayfası üzerinden beyanda bulunması veya e- mail yoluyla cevap vermesi işin niteliğini değiştirmez.²⁵²

Web sayfaları üzerinden kurulan satım sözleşmelerinde, alıcı taraf (kullanıcı) karşısındaki satıcı taraf, iradesini tamamen internet ortamında ortaya koymuş olur. Sözleşmenin kurulması için gerekli bütün şartlar, satıcı tarafından belirlenmiştir. Ve alıcı tarafın bu şartları müzakere yoluyla tartışıp değiştirebilmesi ve yeni şartlar ileri sürebilmesi imkânı yoktur.²⁵³

Bu şekilde web siteleri aracılığıyla yapılan sözleşmeler günümüzde en çok kullanılan sözleşme şekilleridirler. Bu sözleşmelerin bu şekilde kurulmalarında herhangi bir sakınca yoktur. Çünkü satıcı malın özelliklerini ve hatta bu özellikleriyle ilgili fotoğraflarını da web sayfasında yayımlamakta, fiyatını ve ödeme şeklini de belirtmektedir. Bu şekilde satıcı web sayfasında bir icap yapmış olur. Alıcı olan kimse web sayfasını açıp bu sunulan icabı kabul ederse, satıcının şartlarını da kabul etmekle sözleşmenin kurulmasını gerçekleştirmiş olur.

3.4.4. ONLİNE KİTLESEL PAZARA YÖNELİK SÖZLEŞMELER (FTP)

Bir tarafta yayımcı bulunurken diğer tarafta da on-line kullanıcısı bulunmaktadır. Yayımcı yazılım veya başka dijital içerikleri kalıp sözleşmeler halinde elektronik ortamda arz eder. Online kullanıcısı da içerikleri bilgisayarına indirmek suretiyle alır. Online kullanıcısının yaptığı işlem yani bu içerikleri bilgisayarına indirmesi (download) kalıp sözleşmenin kabulü niteliğindedir. Bu tip sözleşmeler elektronik sözleşmeler olarak kabul edilmektedirler.²⁵⁴

FTP (File Transfer Protocol) Internet'e bağlı bir bilgisayardan diğerine (her iki yönde de) dosya aktarımı yapmak için geliştirilen bir internet protokolü ve bu işi yapan uygulama programlarına verilen genel addır. İlk geliştirilen internet protokollerinden biridir. FTP protokolü ile bir başka bilgisayardan bir başka bilgisayara dosya aktarım yapılırken, o bilgisayar ile etkileşimli-aynı anda (on-line) bağlantı kurulur ve protokol

²⁵² Topaloğlu, *a.g.e.* , s. 92.

²⁵³ Sağlam, *a.g.e.* , s. 96.

²⁵⁴ Zöhre, *a.g.m.* , http://www.turkhukuksitasi.com/art_listing.php, 03.03.2008.

ile sağlanan bir dizi komutlar yardımıyla iki bilgisayar arasında dosya alma/gönderme işlemleri yapılır.²⁵⁵

Bu sözleşmeler herkese açık olan sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde bulunmak için önceden karşı tarafın hazırlamış olduğu şartları, yazılım programından takip etmek suretiyle alıcı bu şartları kabul ettiğini kabul butonuna basmak gibi onaylamak suretiyle kurulan sözleşmelerdir.

Hukuk açısından ise, FTP ile bir web sayfası arasında hemen hiçbir fark bulunmamaktadır.²⁵⁶

3.4.5. İNTERNET AKTARIMLI SOHBET (IRC)

Günlük hayatımızda “Chat” diye çok sık kullandığımız bu kelime insanların aynı anda bilgisayarın klavyesini kullanarak karşılıklı konuşmalarını ifade eder. IRC’de aynı anda birden fazla kişi ile iletişim kurma imkânı bulunmaktadır. Eş zamanlı olarak konuşma sırası beklemeden herkes istediğini yazmakta ve önce “enter” tuşuna basan kişinin mesajı ekranda görülmektedir.²⁵⁷

Chat yolu ile yapılan haberleşmeler, elektronik posta yoluyla gerçekleştirilen haberleşmelerden farklıdır. IRC’de haberleşme hiçbir gecikme veya kesintiye uğramaksızın anında muhataba ulaşmaktadır. Diğer bir deyişle taraflar arasındaki sohbet akıcı ve sürekli. Elektronik postada olduğu gibi muhatap, posta kutusuna gelen bilgileri sadece çağırdığı zaman öğrenmez. Chat yapan kişilerin iletişimi, dolaylı yoldan değil, doğrudandır. Zaten bu sebeple de Chat ortamı içinde bir sözleşme yapılması gündeme gelse, yapılan sözleşme, hazırlar arası sözleşme olarak nitelendirilecektir.²⁵⁸

Günümüzde artık bilgisayardan internet yoluyla sohbet etmek, sadece klavyenin yardımıyla yazılı olarak yapılmakla kalmamış, sesli bir şekilde de sohbetler yapılabilmektedir. Hatta IRC teknolojisi daha fazla gelişme göstererek hem sesli hem de görüntülü olarak sohbet etme fırsatını vermiştir.

Bir sözleşme, Chat iletişimi kullanılması yoluyla kurulmaktaysa, bu sözleşme bir elektronik sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Sözleşme kurmayı hedefleyen

²⁵⁵ Ankara ticaret odası, *İş Hayatında Yeni Kavramlar Elektronik Ticaret Ve İnternet*, Haziran 1999, ATO yay. No;08.

²⁵⁶ İnal, *a.g.e.* , s. 12.

²⁵⁷ Uncu, *a.g.m.* , http://www.turkhukuksitasi.com/art_listing.php , 08.05.2007.

²⁵⁸ Bkz. Sağlam, *a.g.e.* , s. 95; İnal, Emrehan, *a.g.e.* , s. 13.

taraflar, sözleşmenin kurulma aşamasında gerçekleştirilen icap-kabul beyanlarını, chat yapmak suretiyle ortaya koymaktadırlar. Bu aşama fiziksel ortamda değil, dijital ortamda yaşanır. Ancak ifa aşaması diğer sözleşmelerde olduğu gibi fiziksel ortamda gerçekleşir.²⁵⁹

İfa yeri de dijital ortamda yapılabilir. Örneğin satıcının hesap numarasını alıcıya vermesi, alıcının da almış olduğu hesaba enteraktif bankacılıktan yararlanarak ödeme yapması. Bu duruma bir örnektir

3.4.6. ELEKTRONİK TEMSİLCİ ARACILIĞI İLE YAPILAN İŞLEMLER

Taraflardan birinin veya ikisinin elektronik temsilci kullanarak sözleşme yapabilmesi mümkündür. Elektronik temsilci, şahısların aracılığı olmadan bir hareket başlatan, elektronik mesajlara ya da uygulamalara cevap veren bir yazılımdır. Yazılım, Borçlar Hukuku anlamında temsilci olarak tanımlanabilir.

EDI farklı olarak bir bilgisayar programı değil, EDI bir yazılımdır ve program gibi sabit olmayıp yazılımı oluşturanlarca sürekli yenilenir. Yazılımın oluşturulması ve yenilenmesi bizzat yapıldığından dolayı kullanıcının görüş ve düşüncesinin yansıttığı kabul edilir.

Taraflardan birinin temsilci olabileceği gibi her iki tarafta da temsilci olabilir. Kişinin bu şekilde yazılımı oluşturmaları ve değişiklikleri işlemesi sebebiyle ABD de yapılan düzenlemeye göre "kişi elektronik temsilcisinin hareketini ya da işlemin sonuçlarının neler olacağını bilmeseyse bile sözleşme geçerlidir" hükmüne yer verilmiştir.²⁶⁰

Bu bir nevi vekil vasıtasıyla yapılan sözleşmeler gibidir. Bu şekilde yapılan sözleşmeler bilindiği gibi hem bir tarafta asıl, diğer tarafta vekil hem de her iki tarafta da vekiller vasıtasıyla da yapılabilir. Fakat mezheplerin çoğuna göre kişi her iki tarafın da temsilcisi olamaz.²⁶¹

3.5.ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN KONUSU

Normal olarak yapılan sözleşmelerde olduğu gibi elektronik sözleşmelerde de sözleşmeden söz edebilmek için mutlaka bir konunun olması gerekir. Eğer herhangi bir konu yoksa yapılan sözleşme hayali bir sözleşme olur ve böyle kurulan bir

²⁵⁹ Sağlam, *a.g.e.* , s. 95.

²⁶⁰ Zöhre, *a.g.m.* , http://www.turkhukuksitasi.com/art_listing.php , 03.03.2008.

²⁶¹ Muhammed edip kelkel, *el-Fıkhü'l Mebsut Ehkâmu'l Bey'* , s. 34, yay. Darul fıkır, Dımeşk, 2006.

sözleşme herhangi bir anlam ifade etmez. İslam hukukunda üzerinde durduğumuz gibi sözleşmenin konusu sözleşmenin olmazsa olmaz unsurlarından biridir.

Elektronik sözleşmelerin konularına geçmeden şunu belirtmeliyim ki, elektronik sözleşmelerin konusunun diğer şekillerde yapılan sözleşmelerin konusundan tek farkı, dijital ürün satışını mümkün kılmasıdır. Diğer sözleşme konuları bütün sözleşme şekillerinde de bulunabilen konulardır. Şimdi bunları sırasıyla göreceğiz.²⁶²

3.5.1. MAL SATIŞI

Elektronik ticaretin en yaygın uygulaması mal satımında görülür. Mal kapsamı içine oyuncaklar, kıyafet ve kitaplar gibi tüketici ürünlerde girer. Malların elektronik satışında sipariş, çoğunlukla internet üzerinden verilir (elektronik posta veya web üzerinden). Sipariş edilen malın teslimatı ise, posta veya kurye yolu ile gerçekleştirilir. Diğer bir deyişle sözleşme elektronik yolla akdedilse dahi satıcı borcunu, klasik usullerle ifa eder. Alıcı ise kendi borcu olan semeni ödeme borcunu elektronik ortamda yerine getirir. Ödeme, kredi kartı veya banka havalesi şeklinde yapılır.²⁶³

Buradaki “mal” kuşkusuz taşınır (menkul) eşyayı ifade etmektedir. Hâlihazır durumda taşınmaz malların e-ticaret konusu olması mümkün değildir. Bununla beraber, e-ticaret konusunu oluşturan mal kavramını tanımlamak hiç de kolay değildir. Türk Hukuku açısından, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 3/c hükmünde ticaret konusu taşınır eşya “mal” olarak tanımlanmıştır. Aynı maddede, elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan gayri maddi mallar da “mal” kavramına dâhil edilmişse de, bunları mal olarak değil de “dijital ürün” kabul etmek daha uygun olur. Mal kavramını fiziksek varlığı olan taşınır eşyalarla sınırlamak gerekir.²⁶⁴ Zaten biz de elektronik ticaretin konularından biri olan dijital ürünleri ayrıca ele alacağız.

3.5.2. DİJİTAL ÜRÜN SATIŞI

Dijital ürün satışı, sözleşmenin hem kuruluşunun hem de ifasının internet üzerinden yapıldığı, en tipik elektronik sözleşmelerdendir. İnternet veri bankası

²⁶² Sened, *a.g.e.* , s. 128.

²⁶³ Sened, *a.g.e.* , s. 193; Sağlam, *a.g.e.* , s. 66.

²⁶⁴ Topaloğlu, *a.g.e.* , s. 113.

sözleşmesi olarak da nitelendirilir. Yazılım, müzik, film, makale, kitap gibi elektronik ortamda sunulan ürünlerin kullanıcının bilgisayarına indirilmesini (download) ifade eder. Sözleşmenin hem kuruluşu hem de ifası elektronik ortamda gerçekleşir.²⁶⁵

Bu sözleşmelerde ürün bazı durumlarda deneme şartıyla satışa sunulmaktadır. Deneme süresinin sonunda alıcı malı aldığı ve bedelinin ödemeyi kabul ettiği takdirde ürünü kullanmaya devam eder aksi durumda dijital ürünü kullanma olanağı kendiliğinden ortadan kalkar.²⁶⁶

Elektronik sözleşmelerin geleneksel anlamdaki sözleşmelerden en fazla ayrıldıkları hatta neredeyse tamamen farklı koşullara tabi oldukları uygulama, dijital ürün temini sözleşmeleridir. Alıcının sipariş aşaması çok büyük yenilikler taşımasa dahi satıcının ifa aşaması olan teslim, alışageldik fiziksel teslim biçimlerinden çok farklı olmaktadır. Bu sebeple, sözleşmenin kurulduğu yer ve ifa yerinin neresi olacağı, ayıplı mal teslimi halinde satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu ne şekilde çözümleneceği gibi pek çok daha önceden karşımıza çıkmamış olan sorunlarla yüz yüze gelmekteyiz.²⁶⁷

Günümüzde dijital ürünlerin satışına dair olarak en çok indirilen konular bilgisayar programları, müzikler ve videolar yer almaktadır. Bu konuyla ilgili tezimizle alakalı olmasa da çok önemli olan bir husus da, bu dijital ürünlerin korsan olarak çoğaltılarak piyasaya sürülmesi ile haksızlık söz konusu olmaktadır. Bu işi yapmak kesinlikle kul hakkına girmekte ve dinen yasak bir fiil olmaktadır. Bu tür malları almak ta bu işleri teşvik etmektir ve bu işi yapan kadar mesul olur.

Yine bu konuyla ilgili İslam hukukunda konunun akde konu olabilmesi için taşınması gereken kurallardan biri de, kamu düzeni ile ilgili kaide ve müesseselere aykırı olmaması gerekir. Bu konu İslam'da Allah hakkı olarak kabul edilmiş, titizlikle korunmuş ve maksatlarına ters düşen tasarruflara mevzû kılınmamıştır. İslam'ın insan ve ahlak anlayışına aykırı düşen mevzular da bu bakımda tasarruflara

²⁶⁵ Sened, *a.g.e.* , s. 193.

²⁶⁶ Zöhre, *a.g.m.* , http://www.turkhukuksitasi.com/art_listing.php , 03.03.2008.

²⁶⁷ İpek Sağlam, *Elektronik Sözleşmeler*, s. 69; Sözer de aynı konuya değinmekte fakat sorunların nasıl olması gerektiğini kendisi de açıklamamaktadır. Sözer, Bülent, *Elektronik Sözleşmeler*, s. 28.

konu olamamış, bunlarla sözleşme kurulduğu takdirde tasarruf batıl sayılmıştır.²⁶⁸ Bu yüzden ahlaka aykırı olan, insanları kine nefrete sevk edip birbirlerine düşman edecek, İslam'a aykırı inançları lanse edip propagandasını yapan içerikte olan ürünler İslam hukukuna göre akde konu olamazlar.

3.5.3. HİZMET TEMİNİ

Sözleşmenin yapılması ve ifası internet ortamında gerçekleşir. Hizmet sunumuna ilişkin sözleşmenin içeriğini bir hizmetin yerine getirilmesinin taahhüdü ve kabulü teşkil eder. Hizmet sunan web sayfası aracılığıyla hizmet sunma taahhüdü altına girerken alıcıda bir miktar para ödeme yükümlülüğüne girer. Havale, virman, EFT gibi bankacılık hizmetleri olabileceği gibi uçak bileti temini, tatil organizasyonları video konferansları, sanal eğitim hizmetleri, üniversiteye hazırlık hizmeti, sanal ortamda dil eğitimi de olabilir.²⁶⁹ İşte bütün bu işlemler elektronik sözleşmeler vasıtasıyla yerine getirilebilir.

Hizmet temini sözleşmelerinde, hizmet taahhüt eden taraf borcunu iki değişik yoldan ifa edebilir. Hesaplar arası para havalesi veya virman yapılması gibi bankacılık hizmetlerinde, borç yine dijital ortamda ifa edilmiş olacaktır; hatta otel rezervasyonunda da bu mümkündür, şöyle ki, seyahat acentesi rezervasyonun yapılmasından sonra, müşteriye, yine internet yolu ile rezervasyonun yapıldığını teyit eder ve otele gittiği zaman kendini tanıttırması için kullanacağı bir referansı veya takip numarasını bildirir veyahut da rezervasyonu teyit eden bir belgeyi elden, fiziksel teslim yolu ile müşterisine verir.²⁷⁰

Hizmet temine yönelik sözleşmeleri, İslam hukukunda icare/kira akdi bağlamında değerlendirmek gerekir. Çünkü hizmet temini sözleşmelerinde web sayfası sahibi hizmet sunma taahhüdü altına girer. Yani, alıcının bir işini belli bir miktarda ve belli bir zamanda görme zorunda olması demektir ki bu da tam olarak icare/kira akdi demek olur. Alıcı da bu göreceği fayda için belirlene ücreti vermek durumunda olur.

3.5.4. BİLGİ TEMİNİ

²⁶⁸ Karaman, *Ana Hatlarıyla İslam Hukuku*, s. 566.

²⁶⁹ Zöhre, *a.g.m.* , http://www.turkhukuksitasi.com/art_listing.php , 03.03.2008.

²⁷⁰ Sözer, *a.g.e.* , s. 24.

Konusu bilgi temini olan elektronik sözleşmelerde, belli bazı bilgilerin (uçak tarifeleri, sinema seansları, döviz kurları, borsa bilgileri v.b. gibi) karşı tarafın yararlanmasına veya kullanılmasına açık tutulması hali söz konusudur. Sözleşmenin ifası, bilginin internet ortamında elde edilebilir olması ile yerine gelmiştir. Ayrıca hizmeti sunan fili bir davranışta bulunmasına gerek yoktur. Alıcının hizmetin bedelini ödemesi ise biraz da işin doğası gereği başlangıçta ve internet yolu ile gerçekleştirilmektedir.²⁷¹

Web üzerinden bilgi teminine ilişkin olarak şunu da belirtmek gerekir ki, internet teknolojisi yoluyla herkese açık olarak yapılan bu bilgilendirmenin, gündelik hayatta duraklarda, panolarda, duvarlarda, döviz bürolarında, ışıklı levhalarda v.b yerlerde gerçekleştirilen bilgi temini biçimlerinden hukuki açıdan bir farkı yoktur.²⁷²

Bu tür bilgi teminini sağlayan web sayfaları genellikle ücretsiz olmaktadır. Ücretle olanları ise daha çok belli bir ücret karşılığında, kullanıcılarını üye etmekle onlara bilgi vermektedirler. Yani alıcı bilgi teminin karşılığını önceden vermiş olmaktadır.

3.6.ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERDE TARAFLAR

Normal akitlerde nasıl ki, akdın asıl unsurlarından biri de taraflardır, elektronik sözleşmelerde de taraflar yine asıl unsurdur. Sözleşmenin olabilmesi için mutlaka icapta ve yapılan îcâba, ya ret ya da kabul de bulunacak tarafların bulunması gerekir.

Elektronik ticaret; bilgi, ürün veya hizmet satın alma ve satma faaliyetlerinin bilgisayar ağları ile gerçekleştirilmesinin yanı sıra sunulan bilgi veya hizmet için talep oluşturmak, müşteri desteği vermek ve ticari işletmeler ile müşteriler arasındaki her türlü iletişimi yine bilgisayar ağları aracılığıyla sağlamaktır. Bu bağlamda taraflar arasındaki ilişkiler önem kazanmakta ve elektronik ticaretin kapsamının bu kadar geniş olması birçok alanda değişik etkiler oluşturmaktadır.²⁷³

²⁷¹ Topaloğlu, *a.g.e.* , s. 114.

²⁷² Sağlam, *a.g.e.* , s. 68; Sözer, *a.g.e.* , s. 26.

²⁷³ O. Ayhan Erdem - Özlem Efiloğlu, *Bilgi Çağında Elektronik Ticaret*, s.5, G.Ü. Teknik Eğitim Fakültesi, Elektronik Ve Bilgisayar Eğitimi Bölümü 06500 Teknikokullar, Ankara.

Elektronik sözleşmelerde taraflar, çeşitli kaynaklarda değişik şekillerde tasnif edilmektedir. Yapılan bu tasniflerden üçlü tasnif, hem daha öz hem de daha muteber olan tasniftir. Biz de bu tasnifi temel alıp, konuyu işleyeceğiz.

3.6.1. TACİRLER ARASI ELEKTRONİK TİCARET

Tüm dünyada Business to Business (B2B) e-commerce adıyla bilinen işletmeler arası elektronik ticaret; birçok alıcı ve satıcı firmanın bir araya gelip alım satım işlemlerini ve tedârik zincirindeki tüm süreçleri elektronik ortamda gerçekleştirebildikleri yeni ticaret şeklini ifade etmektedir. İşletmeden işletmeye yönelik e-ticaret modelindeki amaç; otomasyonlandırılmış sistemlerin ortaklaşa iş yapılan birimlere (üretici firma, tedârikçi firmalar, bayiler, mağazalar, departmanlar vb.) entegrasyonu ile ürün, hizmet ve bilginin işletmeler arasında satışını, kullanımını ve paylaşımını sağlamaktır. İşletmeler arası e-ticaret, sadece dağıtımçıların güvenli bir şekilde bir dizi ürünü sipariş vermelerine imkân verecek şekilde basit olabilirken, bir dağıtımıcının binlerce müşterisine özel içerik ve fiyat seçenekleri ile farklı ürün kombinasyonları sunması ve neredeyse eş zamanlı olarak tüm üretim süreci aşamalarındaki stok düzeylerine erişim imkânı vermesi gibi karmaşık bir yapı olarak da ortaya çıkabilmektedir.

İdari maliyetlerin azalması, insan gücünden kaynaklanan hataların ve gecikmelerin önlenmesi, kağıt masraflarının azalması, telefon ve faks ödemelerinde tasarruf, zamandan tasarruf, hızlı ve doğru bilgi paylaşımı, B2B e-ticareti tedârik ve bayi zincirlerine entegre eden işletmelerin sahip olacağı avantajlardır. Bütün bunlar üretimin artmasına sebep olacak ve artan tasarruf ve üretim, şirket gelirlerine yansıyacaktır. Bilgi paylaşımında mesafe sınırları ortadan kalkacağından zamanla şirketlerin bayilik ve tedârik zincirleri büyüyecek ve bu durum pazar payını olumlu yönde etkileyecektir.²⁷⁴

İslam hukuku açısından akitte tarafların tacirler arasında olmasının hiçbir sakıncası yoktur. Çünkü İslam hukukunda var olan kurallardan bir olan “ eşyada asıl olan ibahadır” kaidesi gereğince eğer bir şey nasla veya diğer kaynaklarla yasaklanmamışsa, asıl olan o şeyin mubah olmasıdır. İşte akdin tacirler arasında

²⁷⁴ O. Ayhan Erdem- Özlem Efiloğlu, *a.g.m.* , s.5.

olması hali de İslam hukukunda yasaklanan bir durum değildir. İslam hukukunda asıl olan akitte tarafların mevcut olmasıdır.

Tacirler ister bir kişi tarafında temsil edilsin ister birden çok kişi tarafından temsil edilsin fark etmez, akitlerde taraflar her zaman ikidir. Taraflarda nicelik olarak bir artış veya azalma olsa da bu durum değişmez. Çok kimsenin yaptığı akitlerde akdin tarafları yine iki olarak kalır; fakat tarafları meydana getiren şahıs sayısı artmış olur. Mesela sigortayı ele alalım sigorta edenler akdin bir tarafını, sigortalılarda akdin diğer tarafını teşkil ederler. Sigorta eden şahıslar akdin mesela icap görevini yaparken sigortalılar kabul görevini yaparlar. Yani rol ikidir; lakin bu rolde oynayanlar çoktur.²⁷⁵

3.6.2. TACİRLER TÜKETİCİLER ARASI İLİŞKİLER

İşletmeden tüketiciye (Business-to-Customer-B2C) e-ticaret, bir girişim ile tüketiciler arasında elektronik ticaretin yapılmasıdır. B2C, büyük ölçüde elektronik perakendeciliğe denk düşmektedir. Bu kategori the World Wide Web'in ortaya çıkışıyla önemli ölçüde gelişme göstermiştir. Bugün kek ve pastadan, bilgisayarlar ve motorlu araçlara kadar tüketici mallarının her çeşidini sunarak İnternet üzerinden alışveriş yapmak mümkündür. OECD uzmanlarına göre, her ne kadar B2B ticareti bugün e-ticaretin önemli bir bölümünü oluştursa da, yarının iş dünyasında doğrudan tüketiciyi hedefleyen görüş öne çıkacaktır.²⁷⁶

Elektronik kataloglardan yararlanan tüketicilerin mal, bilgi ve hizmet alışverişi, elektronik ödeme, elektronik bankacılık ve sigortacılık, danışmanlık işlemleri kapsamaktadır. Tüketici korunması hakkındaki sorunlar bu ilişkinin sonucunda gerçekleşir.²⁷⁷

Bu ticaret şekli günümüzde en yoğun kullanılan ticaret şeklidir. Günümüzde bu ticaret şekli gittikçe elektronik aletlerle elektronik ortamda yapılmaya başlanmıştır. Sanırım gün geçtikçe bu daha da artacaktır. Bu şekilde elektronik ortamda tacirler ve tüketiciler arasında yapılan ticaretin, normal olarak fiziksel

²⁷⁵ Çeker, a.g.e. , s,15.

²⁷⁶ Şevki Özgener, *Küçük ve Orta Boy İşletmelerin E-Ticarete Adaptasyonu ve Devletin Rolü*, http://www_bilgiyonetimi_org-cm-5.mht, 15.06.2008.

²⁷⁷ İzzet Uslu, *Küresel Pazar ve Elektronik Ticaret*, http://www_bilgiyonetimi_org-cm-5.mht , 10.06.2003.

ortamda yapılan ticaretten, elektronik ortamda olması dışında pek bir farkı yoktur. Bu yüzden İslam hukuku açısından bu şekilde yapılan ticaretin -diğer şartları da uygunsa- herhangi bir sakıncası yoktur.

3.6.3. TÜKETİCİLER ARASI İŞLEMLER

Tüketiciden tüketiciye (Customer to customer-C2C) e-ticaret, henüz yeni başlayan bir uygulamadır. Kişiler eskimiş eşyalarını, bir Pazar günü garajlarının önüne çıkararak rastgele insanlara satmaktadırlar. Bu iş yapma süreci, sürekliliği olmayan bir ticari faaliyettir ve satıcı ailenin elindeki mallarla sınırlıdır. “Garaj satışı kavramına çok alışık olduklarından Kuzey Amerika’daki C2C uygulamaları büyük bir çevre bulmuştur. Öyle ki kimileri B2C dünyasına girecek satışlarını C2C dünyasında yapmaya başlamıştır. Örneğin, toptancıdan çok ucuz fiyata yüzlerce, binlerce Pokemon kartı satın alıp, bunları satmak gibi. C2C modelinde açık artırma süreci vardır. Burada satılan malın adedi sınırlıdır ve satıcı bundan dolayı bir alt limit ve süre koyarak, o süre sonunda en yüksek rakamı önerenlere satmaktadır. Bu alt yapıyı kuran şirket de satış işlemi üzerinden komisyon almaktadır. Yani, C2C yapan bir şirketin aslında alacak ya da satacak bir mal veya hizmeti yoktur. Tek amaç, alıcı ve satıcıyı buluşturmadır. C2C’de e-posta gibi elektronik araçlar vasıtasıyla iki müşterinin bir araya gelerek, mal veya hizmetler için anlaşma yapması söz konusudur. C2C hakkında doğru bilgi ve verileri hem tedârik etmek, hem de değerlendirmek güçtür. Bu e-ticaret türü Türkiye’de çok hızlı gelişme göstermektedir.”²⁷⁸

Tüketiciler arasında yapılan e-ticaret, genellikle ikinci el mallarda olmaktadır. Bu malların satımı özellikle web sayfaları üzerinden açık artırma şeklinde yapılmaktadır. Bu malların ikinci el olması, açık artırma şeklinde yapılması ve satışı yapan web sayfasının asıl mal sahibi olmaması gibi bazı durumlardan dolayı, elektronik ortamda tüketiciler arasında yapılan sözleşmeler birkaç noktadan sıhhatlerini kaybedebilmektedirler.

Şimdi bu noktaları değerlendirelim:

²⁷⁸ Şevki Özgener, *a.g.m.* , http://www_bilgiyonetimi_org-cm-5.mht , erişim tarihi: 15.06.2008.

Birincisi İkinci el mal olmaları noktasıdır ki, mallar ikinci el oldukları için vasıfları iyice belirlenmeyebilmektedir. Mesela diyelim ki eğer bir arabaysa modeli belirtilmeyebiliyor veya boyalı olması söylenemeyebiliyor. Ama birinci el olsaydı modeli kesinlikle belirtilir ve boyalı olması hali zaten kusur muhayyerliğini doğururdu ki, alıcı malı iade edebilme serbestiyetine sahip olurdu. Ama mal ikinci el olduğu için malın vasıfları iyice belirlenmelidir, yoksa sözleşmede belirsizlikler olur ve bu da sözleşmenin fasit olmasına sebep olur.

İkincisi genellikle açık artırımıyla yapılmaları noktasıdır, tüketiciler arasında elektronik ortamda yapılan sözleşmeler açık artırma şekliyle yapılmaları pek çok defa fahiş fiyatla kandırma yapılmaktadır. Mesela satıcı kendi malına, kendisi yüksek fiyat verip insanları kandırarak hile yapabilmektedir. Bu şekilde hile yapılarak malını fahiş fiyat ile satması İslam hukukuna göre sözleşmeyi fasit kılar.

3.7.E- SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİK ŞARTLARI

E-sözleşmelerin sahih bir şekilde gerçekleşmesi için taşınması gereken bazı şartlar vardır. Mesela sözleşmenin unsurları bulundurması ve bunlarla ilgili şartları da sağlaması gerekir. Aksi halde diğer akit kurulma şekillerinde olduğu gibi akit batıl veya fasit olur. Daha önce de değindiğimiz gibi e-sözleşmelerin taşınması gereken unsurlar ve sağlaması gereken şartlar bakımından, diğer akitlerden pek bir farkı yoktur. Fakat sözleşmelerin elektronik ortamlarda kurulmasından, unsurların taşınması gereken şartların sağlanıp sağlanmadığı kesin bir şekilde, akdin kuruluşu esnasında bilinemeyebilmektedir. Bundan dolayı elektronik ortamlarda akit yapan kimseler akdin geçerlik şartlarını iyi bilmelidir ki, herhangi bir noksanlıktır olması halinde muhayyerlik hakkını kullanabilip zarara uğramasın.

Birinci bölümde akdin butlân ve fesât hallerini detaylı işlediğimizden burada bu durumları birer birer ele alıp incelemeyeceğiz.

SONUÇ

İnternet üzerinden, telefonla ve diğer modern aletlerle yapılan alışverişler artık hayatın bir parçası haline gelmiştir.

İslam hukukunda, borçlar hukukunun hem genel hem de özel hükümlerinin esasları ortaya konmuştur. İslam hukukunun akitlerin kuruluşu için aradığı esaslar ve bu esasların taşımaları gereken şartlara baktığımızda borçlar hukukunun hükümlerinin esaslarını görmekteyiz. Bu esaslar; icap- kabul, akdi yapan taraflar ve akdin konusudur.

Akdin sahih olması için şart koşulan unsurlar ve bu unsurların taşınması gereken şartların tam olarak akitte bulunması gerekir. Şayet akdin unsurları bulunup bu unsurlarda herhangi bir kusur söz konusu olursa bu akitler fasit olur. Ancak bu kusurlar kaldırıldığında akit sahih olarak geçerli olur.

İslam hukuku akitlerle ilgili genel prensiplerini belirledikten sonra artık bu prensiplere aykırı olmamak şartıyla, zamanın değişmesiyle yeni durumlara göre yeni akitler ve ya bu akitlerle ilgili yeni şartlar ve şekilleri kabul etmektedir. İslam hukukunun bu özelliği, akit serbestisi ile ilgili kuralları çerçevesinde ortaya çıkmaktadır.

Günümüzde modern araçlarla yapılan akitlere, “elektronik sözleşmeler” denmektedir. Bu akitlerle ilgili düzenlemeler, Türkiye hukukunda 4822 sayılı tüketicileri koruma hakkındaki kanunun ek maddesi olarak düzenlenen 9/A maddesi olan Mesafeli Sözleşmeler kısmında bulunmaktadır. İslam hukuku akdin kuruluşunda rızayı ve rızaya delâlet eden icap ve kabulü esas almaktadır. Modern araçlarla kurulan sözleşmeler İslam hukukunun akdin kuruluşu için aradığı şartları taşıdığı müddetçe sahih kabul edilmelidir.

E-sözleşmeler, modern hukukta mesafeli sözleşmeler olarak kabul edilmektedirler. İslam hukuku açısından baktığımızda da daha çok bu özellikte olduklarını görmekteyiz. E-sözleşmeler gaipler arasında kurulan sözleşmeler özelliğini taşıdıklarından alıcı, karşı tarafı ve sözleşmenin konusunu pek çok kere görmemekte ya da e-ortamda görmüş olduğu konunun dışında kendisine başka bir konunun gönderilebileceğinden; şart, görme, tayin ve kusur muhayyerlikleri gibi

muhayyerliklere sahip olmalıdır. Yoksa alıcı sözleşmelerde kandırılıp zarara uğratılabilir. Bu husus İslam hukukunda kabul edilen bir husustur.

İslam hukuku bu muhayyerlikleri alıcıya vermekle, alıcıyı yaptığı sözleşmelerde korumuş bulunmaktadır. Buna benzer bir durum e-sözleşmelerde “cayma hakkı” olarak geçmektedir.

KAYNAKÇA

- İbn ABİDİN, Muhammed Emin (1252/1836), *Reddu'l-Muhtâr Ala'd-Durri'l-Muhtâr*, Kahraman Yay. İstanbul-1984.
- AKGÜNDÜZ, Ahmet, *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay. , Diyarbakır-1986.
- ALTINIŞI, Ulvi, *Elektronik Sözleşmeler*, Ankara-2003.
- ALTINOK, Serdar, *Elektronik Ticaret ve Türkiye Ekonomisi Üzerine Olası Etkileri*, http://www_bilgiyonetimi_org-cm-5.mht , son ziyaret tarihi 15.06.2008
- APAYDIN, H. Yunus, *İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü*, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü -1989.
- BAYAR, Mesut, *İslam Hukukunda Banka Kartları ve Kredi Kartları*, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır Sosyal Bilimler Enstitüsün, 2007.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi, *Hukuk-I İslamiye ve Istılahat-I Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1967.
- ÇALIŞ, Halit, “İslam Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi Ve Genel Olarak Sınırlamaları”, *Dini Araştırmalar*, C.VII, Sayı 19, Mayıs-Ağustos 2004.
- ÇEKER, Orhan, *İslam Hukukunda Akidler*, A.H.İ. Yay. İstanbul-2006.
- DEMİR, Mehmet, *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması*, Turhan kitap evi, Ankara-2004.
- DÖNDÜREN, Hamdi, *Delilleriyle Ticaret Ve İktisat İlmihali*, Ekrem Yay. İstanbul-2003.
- *İslami Ölçülerle Ticaret Rehberi*, Ekrem Yay. İstanbul-1998.
- el- HUMEYZÎ, Fehd b. Muhammed, *Mesai'l- Hediseti fi Fıkh'ıl- Muamelât*, www.saaaid.net.
- el- KAZVANÎ, Ebu Abdillâh Muhammed b. Yezid (173/887), *Sünen*, Kahire, Ts.
- el-CEZÎRÎ, Abdurrahman, *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkhı*, Çağ Yay. , Çeviri Mehmet Keskin, İstanbul-1994.
- el-HİN, Mustafa ve diğerleri, *Büyük Şâfiî Fıkhı*, tercüme (Ali Arslan) Huzur Yay. , İstanbul- 2004.

- el-KERAVİYE, Yasir b. Taha Ali, *el-Muâmelâtu'l Maliyyeti'l- Muasire fi'l Fıkri'l- İktisâdi el-İslâmî*, www.saaaid.net.
- el-MEVSİLÎ, Abdullah Bin Mahmud Bin Mevdud, *el-İhtiyar Li Ta'lili'l-Muhtar*, Beyrut, 1975.
- ERDEM, Ayhan- ELİFOĞLU, Özlem, *Bilgi Çağında Elektronik Ticaret*, G.Ü. Teknik Eğitim Fakültesi, Elektronik Ve Bilgisayar Eğitimi Bölümü 06500 Teknikokullar, Ankara. Ts.
- ez- ZERKÂ, Mustafa Ahmed, *İslam Hukuku*, Gündönümü Yay. , Çeviren Servet Armağan, İstanbul-2006.
- GÜNENÇ, Halil, *Büyük Şafii İlmihali*, Anadolu Yay. İstanbul-1998.
- *Günümüz Meselelerine Fetvalar*, Yasin Yay. , (Tercüme Hasan Ahmetoğlu), İstanbul-2007.
- HAÇKALI, Abdurrahman, "İslam Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi", *Dini Araştırmalar*, C.V, Sayı 13, Mayıs-Ağustos- 2002.
- *İslam Hukukunda Satım Akdiyle İlgili Şartlar*, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Samsun Sosyal Bilimler Enstitüsü-1995.
- HAMİD b. Abdullah Ali, *Be'de İhkâm-ul Buyui vel Mûamelâtı'l Muâsire*, www.saaaid.net.
- İNAL, Emrehan, *-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması*, Vedât Kitapçılık, İstanbul-2005.
- İNCE, Murat, *Elektronik Ticaret: Gelişme Yolundaki Ülkeler İçin İmkânlar ve Politikalar*, DPT-1999.
- KARAMAN, Hayreddin, *Ana Hatlarıyla İslam Hukuku*, Ensar Neşriyat, İstanbul-2006.
- *İslam'ın Işığında Günün Meseleleri* (1-2), İz Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- KAŞIKÇI, Osman, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, Osav. Yay. , İstanbul-1997.
- KAYAOĞLU, İsmet, *İslam Kurumları Tarihi*, Ankara-1980.
- KELKEL, Muhammed Edip, *el-Mebsût Ehkâmu'l Bey'*, Daru'l Fıkr Yay. , Dimaşk - 2006.
- KOMİSYON, *Kur'an-ı Kerim ve Açıklamalı Meal*, TDV yay. , Ankara-2005.
- KOMİSYON, *İlmihal*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yay. , Ankara-2006.

- ÖZDİLEK, Ali Osman, *İnternet ve Hukuk*, İstanbul-2002.
- ÖZGENER, Şevki, *Küçük ve Orta Boy İşletmelerin E-Ticarete Adaptasyonu ve Devletin Rolü*, http://www_bilgiyonetimi_org-cm-5.mht , 15.06.2008
- SABIK, Seyyid, *Fıkhu's-Sünne*, Pınar Yayınları, Tercümesi Mehmet Yılmaz, İstanbul- 1992.
- SAĞLAM, İpek, *Elektronik Sözleşmeler*, Legal Yayınları, İstanbul-2007.
- SENED, Abdurrahman b. Adullah, *el-Ahkâmü'l-fıkhiyye li't-teamülati'l-elektronikiyye*, dârü'l-Varak yay. , Beyrut- 2004.
- SERAHSÎ, Şemsü'l-eimme Ebû Sehl Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed (1009-1090), *Mebûsât*, tercüme komisyon, Gümüşev yay. , İstanbul-2008.
- SÖZER, Bülent, *Elektronik Sözleşmeler*, Beta Yayınları, İstanbul-2002.
- TDV. , *İslam Ansiklopedisi*, İstanbul-1989.
- TİRMİZİ, Muhammed b. İsa (ö.279), *Sünen*, Daru ihyai't-Türasi'l-Arabi yay. , Beyrut ts.
- TOPALOĞLU, Mustafa, *Bilişim Hukuku*, Karahan Kitapevi, Adana-2005.
- TOPEL ÇELİKOĞLU, Cengiz, *E-Ticaretin Özel Hukuk ve İspat Hukuku Boyutu*, <http://www.turkhukuksitasi.com/art-showerticle.php?id=49> , 17.04.2004.
- TÜRCAN, Mehmet, *Mesafeli sözleşmeler*, http://www.turkhukuksitasi.com/art_listing.php , 07.10.2007.
- UNCU, Alihan, *Elektronik Sözleşmelerde Uygulanacak Hukuk*, http://www.turkhukuksitasi.com/art_listing.php/ , 08.05.2007.
- USLU, İzzet, *Küresel Pazar ve Elektronik Ticaret*, http://www_bilgiyonetimi_org-cm-5.mht , 10.06.2003.
- YILDIRIM, Mustafa, *Mecellenin Külli Kaideleri*, İzmir İlahiyat Fakültesi Yay. , İzmir-2001.
- YUMUŞAK, İbrahim Güran, *Elektronik Ticaretin Gelişmekte Olan Ülkelere Etkileri ve Türkiye Üzerine Bir Değerlendirme*, http://www_bilgiyonetimi_org-cm-5.mht , Son Ziyaret Tarihi 07.04.2008.
- ZEYDAN, Abdülkerim, *İslam Hukukuna Giriş*, Kayıhan Yayınları, Çeviri Ali Şafak, İstanbul- 1995.

----- *Fıkıh Usulü*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları,
Çeviren Ruhi Özcan, İstanbul-1993.

----- *el- Veciz Fî Usûli'l-Fıkıh*, Bağdat, 1977.

ZEYLAÎ, Abdullah b. Yusuf, *Nasbu'r-Raye li Ehadisi'l-Hidâye*, c. IV, 9, .el-
Mektebetü'l-İslamiyye,1973.

ZÖHRE, Nuran, *Elektronik Sözleşme*,http://www.turkhukuksitasi.com/art_listing.php.
, 03.03.2008.

ZUHAYLÎ, Vehbe, *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi*, Çeviri Komisyon, Risale Basın-Yayın
Ltd. 1994.

ÖZET

Modern araçlarla yapılan akitler günümüzde hayatın her alanında karşımıza çıkmaktadır. Bu araçlarla kurulan akitler, Pek çok noktada kolaylıklar sağlamakla beraber, pek çok noktada da riskler taşımaktadırlar. Bu risklerinin aza indirilmesi için bu akitlerin kuruluşunun iyice bilinmesi gerekir. Modern araçlarla kurulan akitler, İslam hukukunda sahih bir akdin taşınması gereken özellikleri taşıdıkları müddetçe, sahih olarak kurulmuş kabul edilir.

Taşınması gereken hususlar kısaca; akit ehliyetine sahip olana tarafların - bu taraflar bizzat asli kişiler olmak zorunda değildir. Asli tarafları temsil eden başkaları veya da bu iki tarafı temsil edecek bir bilgisayar programı da olabilir- bulunması, bu tarafların icap ve kabullerinin bir birlerine sağlam bir şekilde ulaşması ve bu tarafların üzerinde anlaşma yapacakları sağlam bir konunun bulunup bu konunun İslam hukukunda belirtilen şartlara uygun olmasıdır. Bu hususlar gerçekleşikten sonra, akdin ne isimle veya ne şekilde kurulduğu, akit serbestisi çerçevesinde kabul edilir.

Modern araçlarla akitlerin kuruluşlarına baktığımızda, bu şartların yerine rahat bir şekilde getirilebileceğini görüyoruz. Öyleyse bu aletlerle akitler kurulduğunda bu esaslara dikkat edilmeli ve akdi fasit eden kusurlardan kaçınmaya dikkat edilmelidir.

SUMMARY

At the present time, the agreements made by with modern tools emerge in every area of life against us. The agreements established by these tools provide facilities in other hand also carry risks in many points. Establishment of these agreements must be known thoroughly for minimise these agreement risks. The agreements established by modern tools accepted as a right established agreements till they carries the propeties of right agreements in Islamic law.

The properties that must be carry; it must be sides that have proficiency in agreement- this sides must not be substantives it can be the representatives of substantives or a computer program that represant this two sides.- these sides requirements and acceptances must reach each other in a safety way and must be a topic that these sides will agree on and this topic must be convenient to conditions specified in Islamic law. After performing these issues what name or how to conclude it was established, is considered in the context of agreement freedom.

When we look at the agreement of the establishment of modern tools, we see, these conditions can be brought in a comfortable way. So, when the agreements have established by these tools,we would be aware of these principles and avoid defects that vicious the agreements.