

**e - akademi**  
HUKUK, EKONOMİ VE SİYASAL BİLİMLER  
AYLIK İNTERNET DERGİSİ

ARALIK 2011-  
SAYI 118



**Makale:**

**İSLAM HUKUKUNDA SATIN ALINAN MALIN  
KABZINDAN ÖNCE SATIŞI HAKKINDA GÖRÜŞLER VE  
DEĞERLENDİRMESİ**

*Dr. Mustafa KİSBET\**

**ÖZET**

Hız. Peygamberin satın alınan malın ölçülmeden ve ele geçirilmeden başkasına satışını yasaklayan hadisleri mezhepler arasında çeşitli gerekçelerle açıklanmış ve yasağın kapsamı hakkında farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Kabz öncesi satış yasağını en dar çerçeveye oturtan Malikilere göre sadece yiyecek maddeleri kabzedilmeden satılmaz. Çünkü hadislerde yiyecek kaydı geçmektedir.

Hanbelîlere göre ise ilgili hadislerde ölçüm işlemine vurgu yapıldığından ölçüm işlemleri yapılarak satılan maddeler kabzedilmeden satılmaz.

Hanefîlere göre ise kabz öncesi satışın yasaklanmasının esas sebebi gararlı olmasıdır. Mebî'in kabzdan önce helak ihtimali, satışa konu olmasını engellemektedir. Bu yüzden kabzından önce gayrimenkulün satışı geçerli iken menkul malın kabzedilmeden satışı fasittir.

\* Meslek Dersleri Öğretmeni, Ataşehir Esatpaşa Anadolu İmam Hatip Lisesi, İSTANBUL.

Hiçbir malın kabz öncesi satışını caiz görmeyen Şâfiilere göre kabz öncesi satış hem gararlıdır hem de haksız kazanca da sebep olmaktadır.

Satın alınan malın hasar sorumluluğunu üstlenilmesi tasarrufa konu yapılması ile doğrudan ilgilidir. Kural olarak mebî' hangi tarafın hasar sorumluluğunda ise o taraf tasarruf yapabilir. Mebî'in hasar sorumluluğu müşteriye, Maliki ve Hanbelîlere göre akit, Hanefî ve Şâfiilere göre ise teslim ile intikal eder. Hasarın intikalinde teslim prensibinin esas alınması hakkaniyete daha uygun görünmektedir.

Mezheplerin içtihatlarında Maliki ve Hanbelîlerin ilgili hadisler ile yetindikleri, Hanefî ve Şâfiilerin ise genel bazı prensiplere dayanıp konuyu daha ayrıntılı ve teknik açıdan ele aldıkları görülmektedir. Deliller incelendiğinde ise kabz öncesi satışın garar içermesi, haksız kazanca ve suni fiyat artışına sebep olması gibi nedenlerle Hanefî ve Şâfiilerin görüşünün daha isabetli olduğu ortaya çıkmaktadır.

*Anahtar sözcükler:* Kabz, mebî', tazmin, teslim, hasar sorumluluğu, satış.

### **ABSTRACT**

The hadiths of the Prophet which prohibit the selling of the goods to a third party before measurement and possession have been justified by the explanations of the sects and various opinions relating to the scope of the prohibition have emerged.

According to the Malikis who place the prohibition of selling before possession into the narrowest frame, the prohibition covers only foodstuff as the hadith indicates foodstuff.

According to the Hanbalis, an emphasis was laid on the measurement process; therefore, the goods subject to measurement cannot be sold before possession.

The Hanafî school's opinion is that the reason for the prohibition of selling before possession is uncertainty. The possibility of the goods to perish restrains them from being a subject matter for the sales contract. For this reason, selling of immovable properties before possession is valid while the sale of movable properties before possession is not valid.

The Shafi'i school of law disapproves any sales before possession. According to them, a sale before possession causes both uncertainty and undeserved gain.

Bearing responsibility for damage to the goods purchased is directly related to dispose of property. As a rule, the party who undertakes the damage responsibility of the subject of the sale is the one who can dispose of the property. According to the Malikis and Hanbalis, the responsibility for damage to the subject transfers to the buyer upon the realization of the contract while the Hanafis and Shafi'is' opinion is that damage responsibility passes to the buyer upon delivery. Regarding the

transfer of the damage responsibility, selection of the delivery principle as the baseline seems to be fairer.

In respect of the schools of thoughts' judicial opinions, it is observed that the Malikis and Hanbalis are contented with the related hadiths while the Hanafis and Shafi'is use some principles as a base and handle the subject in depth and from technical aspects. In the light of evidences, for a variety of reasons such as the sale before possession involves uncertainty and it causes undeserved gain and artificial increase of prices, the opinions of the Hanafis and Shafi'is come forth as being more relevant.

*Key Words: Possession, subject of the sale, compensation, delivery, responsibility for damage to the subject, sale*

## GİRİŞ

Kabz öncesi satış kavramı, kişinin satın aldığı malı henüz teslim almadan bir başkasına satmasını anlatır. Özellikle yiyeceğin kabzından veya ölçümünden önce satılmasını yasaklayan hadisler bütün İslam Hukukçularının dikkatini çekmiştir. Nitekim klasik fıkıh eserlerinde bu konu, “kabz öncesi satış”, “kabzedilmeyenin satışı” gibi başlıklar altında ele alınmıştır.

İslam hukukçuları gıda maddelerinde kabz öncesi satışın geçersiz olmasını kabul etmelerine rağmen diğer maddelerde kabz öncesi tasarruflar hakkında farklı görüşlere yönelmişlerdir. Bu yasağı Mâlikî ve Hanbelîler belli özellikteki maddeler ile sınırlandırırken, Hanefî ve Şâfiîler ise alabildiğince genişletmişlerdir. İctihatlardaki bu farklılık, kabz öncesi satış yasağının altındaki sebepleri farklı gerekçelerle izah etmekten kaynaklanmaktadır.

Günümüzde gelişen küresel ticaret ve serbest piyasa şartlarının da etkisiyle kabz öncesi satış işlemlerinin artış gösterdiği gözlenmektedir. Özellikle sanal ortamda sırf bu şekilde ticari faaliyetlerde bulunan alışveriş siteleri mevcuttur.

Kabz öncesi satış konusunun taşıdığı ve önem güncelliğine rağmen müstakil ve derli toplu bir şekilde üzerinde çalışma yapılmadığını tespit ettik.<sup>1</sup> Bu sebeple doktora<sup>2</sup>

<sup>1</sup> İslam Hukuku ile ilgili çağdaş eserlerde kabz öncesi satış konusuna özetle temas edilmektedir. Konu ile ilgili tespit edebildiğimiz tek müstakil çalışma bir yüksek lisans tezinden beklenildiği ölçüde görüşlerin aktarılması ile sınırlı olan Ali AVCI'ya ait “İslam Hukukunda Kabz Öncesi Satışın Hükmü” isimli master tezidir (M.Ü.S.B.E., İstanbul 2000).

<sup>2</sup> “İslâm Hukukuna Göre Satım Akdinde Malın Kabz ve Teslimi” (Yayımlanmamış Doktora Tezi), U.Ü. S.B.E., Bursa, 2010.

çalışmamızda karşılaştığımız bu konuyu daha sade ve bazı ilavelerle bir makalede sunmayı faydalı bulduk. Çalışmamızda önce mebî'in kabzedilmeden satışı ile ilgili görüşler ve delilleri sunulup sonrada değerlendirilmesi yapılacaktır. Konu hakkında her mezhebin farklı görüşü bulunmaktadır. Fakat karşılaştırmada kolaylık sağlanması için mezheplerin görüşleri benzerliğine göre iki grupta toplanmıştır. Buna göre öncelikle kabz öncesi satışın çerçevesini geniş tutanların sonra da buna karşı çıkanların görüş ve delilleri inceleyip çeşitli açılardan değerlendirilecektir.

## I. MEBÎ'İN KABZ ÖNCESİ SATIŞI HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER

İslam Hukuku mezhepleri arasında yiyecek maddesi satın alanın bunu kabz etmeden önce satışını yapamayacağı hakkında görüş birliği vardır. Diğer maddelere gelince, Mâlikîlere göre yasak sadece gıda maddelerine mahsus olduğundan gıda haricindeki şeyler teslim alınmadan satılabilir. Hanbelîlere göre misli olanlar, Hanefîlere göre menkuller kabzedilmeden satılamaz. Şâfiîlere göre hiç bir mebîi kabzedilmeden satılamaz.

### A. Kabz Öncesi Satış Kısımın Geçerli Görenler

Mâlikî ve Hanbelîler kabz öncesi satış yasağını diğer mezheplere göre daha dar bir çerçeveye oturtmaktadırlar. Mâlikîlere göre gıda maddesi, Hanbelîlere göre ölçümü gereken (misli veya mukadder) mebî' kabzedilmeden satılamaz. Bu özellikte olmayan herhangi bir malı satın alan müşteri, kabzından önce satabilir. Bu gruptaki fakihlere göre kabz, mebî'in ölçüm işleminin yapılması ile sağlanmaktadır.<sup>3</sup>

#### 1. Delilleri

Mâlikî ve Hanbelîlerin delilleri şunlardır:<sup>4</sup>

<sup>3</sup> İbn Rüşd, Ahmed b. Muhammed Kurtubî, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, I-II, Matbaatü Mustafa el-Bâbî, Mısır, 1975, 4. bs., II, 144; Sehnûn, Abdüsselâm b. Saîd et-Tenûhî, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, I-IV, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut, 1994, III, 132, 133. İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed, *el-Muğnî*, I-XV, thk. A. Türki, A. Muhammed el-Hulv, Dâru Alemi'l-Kütüb, Riyad 1998, 3. bs., VI, 187.

<sup>4</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 181 vd. ; 508; ez-Zerkeşî, Muhammed b. Abdullah, *Şerhu'z-Zerkeşî alâ Muhtasarî'l-Hirakî*, I-III, thk. A. H. İbrahim, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut, II, 53-59; el-Buhûtî, Mansûr b. Yunus, *Keşşâfu'l-Kinâ' an Metni'l-İknâ'*, I-VI, Dâru'l-Fikr, Beyrut, 1982, III, 241, 246; Kâdî Abdülvehhâb b. Ali, *el-Ma'ûne alâ Mezhebi Âlimi'l-Medîne*, I-II, thk. M. H. eş-Şâfiî, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut, 1998, II, 17; el-Bâcî, Süleyman b. Halef, *el-Müntekâ*, I-IX, thk. M. A. Atâ, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 1999, IV, 276; Haraşî, Muhammed b. Abdullah, *Şerh alâ Muhtasarî Sîdî Halîl*, I-IV, Dâru'l-Fikr, Beyrut, ty V, 158; Sehnûn, *age.*, III, 134; İbn-i Rüşd, *age.*, II, 147.

a. Gıda maddesinin ölçümü veya kabzı yapılmadan satılamayacağına dair hadisler:

- “*Kim bir yiyecek satın alırsa onu ölçmeden satmasın!*”<sup>5</sup>
- “*Sattığın zaman ölç, satın aldığın zaman da (satıcıya) ölçtür!*”<sup>6</sup>
- Abdullah b. Abbâs’dan rivayet edildiğine göre Hz Peygamber, (s.a.s.) ölçümü yapılmadan (bir rivayete göre kabzedilmeden) yiyecek maddesinin satışını yasaklamıştır.<sup>7</sup>

Mâlikî ve Hanbelîlere göre, yiyecek satın alan müşteri bunu kabzetmeden başkasına satamaz. Çünkü bu hadislerde yapılması istenen ölçüm işlemi ile aslında kabz gerçekleşmektedir.

İmam Mâlik hadislerde geçen “yiyecek” kaydını öne çıkarır ve bunun tahsis ifade ettiğini söyler. Bunun için Mâlikîler, kabz öncesi satış yasağını -ölçümü yapılarak satılan gıda maddeleri- ile sınırlandırır. Hanbelîler ise metinlerde geçen “ölçüm” işlemi esas alıp kabz öncesi satış yasağını ölçümü yapılarak satılan mallar ile sınırlandırır.<sup>8</sup>

b. Müşterinin satın aldığı malda tasarruf edebilmesi için onun tazmin (hasar) sorumluluğunu üstlenmiş olması gerekir. Mâlikî ve Hanbelîlere göre, ölçümü gereken mallarda tazmin sorumluluğu satıcıdan müşteriye kabz ile intikal eder. Ölçümü yapılmadan alınıp satılan malların hasar sorumluluğu ise akdin inikadı ile müşteriye geçmektedir. Çünkü Hz. Peygamberin (s.a.s.) “*Yarar, tazminat karşılığındadır*”<sup>9</sup> hadisi, hasar sorumluluğunun akit ile müşteriye intikal ettiğine delildir.

<sup>5</sup> Buhârî, Buyû, 51, 55; Müslim, Buyû, 29, 39; Ebû Dâvûd, Buyû, 65; Tirmizî, Buyû, 56; İbn Mâce, Ticârât, 37.

<sup>6</sup> Buhârî, Buyû, 51.

<sup>7</sup> “*Ölçümü yapılmadan*” şeklindeki rivayetler: Müslim, Buyû, 29, 31; Nesâî, Buyû, 55; Malik, Buyû, 40. “*Kabzetmeden*” şeklindeki rivayetler: Buhârî, Buyû, 54; Müslim, Buyû, 36; Nesâî, Buyû, 55; Dârimî, Buyû, 25; Malik, Buyû, 41.

<sup>8</sup> Sehnûn, *age.*, III, 134; İbn-i Rüşd, *age.*, II, 147; Buhûtî, *age.*, III, 241, 246.

<sup>9</sup> Ebû Dâvûd, Buyû, 71; Nesâî, Buyû, 15; İbn Mâce, Ticârât, 43; Malik, Buyû, 42; Dârekutnî, III, 53. Bir başka delilleri de Abdullah b. Ömer’in “*Satışın -akitleşme sırasında canlı ve toplu olan şeyleri kapsadığını ve bunların akit ile müşterinin malı olduğunun- sünnette bir kural olarak kabul edildiğini*” rivayetidir. Dârekutnî, *Sünen*, III, 53; Buhârî, Buyû, 57 (talik olarak).

c. Bu mezhepler mebî'de mülkiyetin istikrarı için kabzı şart koşmazlar. Akdin yapılması ile müşterinin mebî'deki mülkiyeti tamamlanmıştır. Mebî'de tasarruf için zilyetliğe gerek yoktur. Ölçüm işlemlerinden herhangi biri gerekmiyorsa mal kabzedilmiş olmasa bile satılabilir.

2. *Mâlikîlerin kabz öncesi satış yasağını yalnızca gıda maddesi ile sınırlandırması.*

Mâlikîler, hadislerde geçen kabz öncesi satış yasağının sadece yiyeceklerle sınırlı olduğu görüşündedirler. Onlara göre yiyecek dışındaki her türlü mebî' kabzedilmeden satılabilir.

Mâlikî mezhebinin kabz öncesi satış konusundaki görüşleri ana hatlarıyla şöyledir:<sup>10</sup>

a. Gıda maddelerinde kabz öncesi satış: Bunlar ölçümü yapılarak veya götürü olarak satılanlar olarak iki grupta ele alınır.

Gıda maddelerinden ağırlık, hacim ve sayı birimleri ile satılanlar (tevfîye hakkı bulunanlar) gereken ölçüm işlemleri yapılmadan satılamazlar. Bu hüküm depolanabilen veya depolanamayan, bizzat kendisi tüketilen (ekmek vb.) ya da katık olarak kullanılan (tuz, baharat vb.) her türlü yiyecek ve içecek hakkında geçerlidir.

Götürü usulle satın alınan yığın halindeki gıda maddelerinin ise kabzı için satıcının tahliyesi<sup>11</sup> yeterlidir. Çünkü ölçümü gerekmemektedir. Böyle bir yığını satın alın müşteri isterse başka bir yere nakletmeden satabilir.<sup>12</sup>

b. Gıda dışındaki maddeler: İmam Mâlik'e göre gıda dışındaki maddeler kabzedilmeden yani ölçülmeden satılabilir. Bunların ikinci defa satılmasından önce ölçüm işlemlerinin yenilenmesine gerek yoktur.

<sup>10</sup> Sehnûn, *age.*, III, 132-136; Kadı Abdülvehhâb, *el-Maûne*, II, 14; Bâcî, *el-Müntekâ*, VI, 271-273; ed-Desûkî, Muhammed b. Ahmed, *Hâşiyetü'd-Desûkî alâ Şerhi'l-Kebîr*, I-V, Dâru'l-Fikr, Beyrut, ty, III, 152.

<sup>11</sup> Hükmi kabz çeşitlerinden olan tahliye, satıcının, müşteri tarafından serbestçe tasarruf edebilecek şekilde satılan mal ile müşteri arasındaki engelleri kaldırmasıdır. Hanefilere göre her çeşit malın kabz veya teslimi o malın tahliyesi ile yapılabilir. Diğer mezhep hukukçularına göre ise malın elden teslimi veya bir başka yere nakli mümkün değilse tahliyeye başvurulabilir. Bkz. Kisbet, *age.*, s. 73 vd.

<sup>12</sup> Fakat götürü satışta yine söz konusu ise bu mebî'in başka bir yere nakledilmemesi mekruhtur. Sehnûn, *age.*, III, 134. İyne, nakde ihtiyacı olan kişinin diğer birine giderek, ondan henüz yanında olmayan bir malı veresiye bir bedelle satın alması buna karşılık satıcının da malı veresiye fiyatından çok daha düşük bir bedelle peşin olarak geri almasıdır. Böylece peşin para veren satıcı, vade sonunda verdiğinden daha fazlasını geri alacaktır. İbn-i Rüşd, *age.*, II, 147.

c. Satış için kabzın gerekli olmasını ilk işlem belirler. Örneğin müşteri, ölçek ile aldığı gıda maddesini götürü olarak satmak isterse ölçmeden satamaz. Fakat götürü olarak aldığı gıda maddesini kabzetmeden yine götürü usulle veya ölçerek veya tartarak satabilir.

d. Kişinin akitten önce eline geçmiş malı satın almasında önceki kabzın tazmin sorumluluğuna etkisi dikkate alınır. Buna göre rehin veya emanet olarak elinde tuttuğu gıda maddesini satın alan kişinin önceki kabzı zayıf kaldığından, bunu mebî‘ olarak ikinci defa kabzı (satıcının huzurunda yeniden ölçmesi) gerekir.

Mâlikî fakihî Sâvî, kabz öncesi satış yasağının hikmetleri ile ilgili olarak şu noktalara dikkat çeker:

\* Kabz öncesi satış yasağı ile gıda maddelerinin yerini değiştirmeden fiyatının yükseltilmesinin önüne geçilir. Böylece halkın yiyeceğe kolay ve ucuz erişimi sağlanır.

\*\* Bu yasak aynı zamanda faize karşı bir tedbirdir. Çünkü tefecilik yapmak isteyen kişi, nakit paraya ihtiyacı olana gıda maddesini peşin satıp bu fiyattan daha aşağıya vadeli olarak geri alma yoluna başvurabilir. Fakat kabz şart koşulduğunda bu kişinin ölçüm ve nakil gibi zahmetlere katlanması gerekir ve bunlar kendisi için caydırıcı olur.

\*\*\* Kabz öncesi satış yasağı ile ürünün teslim ve nakliyesi sırasında ölçüm ve taşıma vb. işleri yapanlara da istihdam sağlanır.<sup>13</sup>

### 3. Hanbelîlerin kabz öncesi satış yasağını yalnızca mukadderat ile sınırlandırması

Hanbelîler kabz öncesi satış yasağını hadislerdeki ölçme şartına bağlamışlardır. Onlara göre, Hz Peygamber devrinde ölçülerek ve tartılarak satılanlar genellikle gıda maddeleri olduğundan hadislerdeki yiyecek ifadesi, ölçümü yapılarak satılan mala örnektir. Bundan dolayı tartılarak ve hacmi ölçülerek satın alınan malların kabzedilmeden yani tekrardan bu ölçüm işlemleri yapılmadan başkasına satılması caiz değildir. Uzunluğu ölçülerek ve sayılarak alınıp satılan şeyler de hadislerdeki ölçülen ve tartılanlara kıyas edildiğinde kabz öncesi satış yasağının bütün misli malları kapsadığı sonucuna varılır. Bunların dışında kalan ve ölçüme tabi olmayan menkul ve gayrimenkul (ev, eşya) gibi mallar ise kabzedilmeden satılabilir.

<sup>13</sup> es-Sâvî, Ahmed el-Halvetî, *Bulğatu's-Sâlik li-Akrebi'l-Mesâlik alâ Şerhi's-Sağîr*, I-IV, Dâru'l-Maârif, Kâhire, ty., III, 205.



Hanbelîlere göre kabz öncesi satış, gararlı ve haksız kazanç sağlanan bir tasarruf olması sebebiyle caiz değildir. Çünkü bu tür bir işlemde ilk satış akdinin fesholmasına yol açabilecek bir garar, ikinci satış ise hasar sorumluluğu üstlenilmemiş bir kazanç içerir ki İslâm hukukunda böyle akitler fasittir.<sup>14</sup>

Hanbelî mezhebindeki kabz öncesi satış ile ilgili başlıca hükümler şunlardır:<sup>15</sup>

a. Hanbelîler, Mâlikîlerin aksine götürü usulle alınan mebî'î kabz için tahliyesinin yeterli olmadığını başka bir yere naklinin gerektiğini söyler. Delilleri de Abdullah b. Ömer'in "Biz üretici kabilelerinden götürü usulle yiyecek satın alırdık. Peygamber (s.a.s.) aldığımız bu yiyeceği başka bir yere taşımadan satmamızı yasakladı"<sup>16</sup> hadisidir.

b. Satıcının miktarını bildiği yığılı götürü olarak satışı iki sebeple caiz görülmez. İlk olarak bu satış sünnette yasaklanmıştır.<sup>17</sup> İkincisi ise bu tür satışlarda genellikle bu yığın ölçüldüğünde karşılık geleceği değerinden fazlasına satılır ve müşteri zarar ettirilir.

c. Kabzından önce satışı caiz olan bir şeyi satın alan (ikinci) müşteri, mebî'î ister ilk isterse ikinci satıcıdan talep edebilir.

d. Ölçümü yapılabilir olmasa bile belirli bir özellik taşıdığı için satın alınan veya müşteri tarafından akdinin yapılmasından önceki bir zamanda görülmüş olan mebî'î kabzedilmeden satılamaz. Çünkü bu mebî'î'nin teslimine kadar geçen sürede değişip değişmediğinin kontrol edilmesi gerekmektedir.

## **B. Kabz Öncesi Satışı Geçerli Görmeyenler**

Gayrimenkullerdeki görüş ayrılığı bir kenara bırakılırsa Hanefî ve Şâfiîler herhangi bir mebî'î'nin müşteri tarafından teslim alınmadan satışını kabul etmezler. Bu hukukçulara göre kabz öncesi satışı yasaklayan hadisler genel anlam taşırlar. Bunun için kabz öncesi satış yasağı gıda veya ölçümü yapılan maddeler ile sınırlandırılmaz. Bu gruptaki fukahaya göre

<sup>14</sup> İbn Kudâme, *age*, VI, 191; Buhûtî, *age.*, III, 241, 246.

<sup>15</sup> İbn Kudâme, *age*, IV, 207; Zerkeşî, *age.*, II, 57, 59; Buhûtî, *age.*, III, 242.

<sup>16</sup> Müslim, Buyû 34; Ebû Dâvûd, Buyû 65; Tirmizî, Buyû, 57; İbn Mâce, Ticârât, 38.

<sup>17</sup> "Bir şeyin miktarını bilene, bunu alıcıya açıklayana kadar götürü satması helal olmaz!" Abdürrezzâk, Buyû, VIII, 131.



nehinin asıl sebebi kabz öncesi satışın garar ve tazmin sorumluluğu üstlenilmemiş kazanç içermesidir.<sup>18</sup>

### 1. Delilleri

Hanefî ve Şâfiîlerin kabz öncesi satışın caiz olmadığına dair gösterdikleri deliller şunlardır:<sup>19</sup>

a. *Hadisler*: “Hz Peygamberin, yiyecek maddesinin kabzından önce satışını yasakladığına<sup>20</sup>” dair rivayetler, aşağıdaki hadisler ile birlikte değerlendirildiğinde her çeşit malın kabz öncesi satışının yasak olduğu ortaya çıkar.

- Hz Peygamber Hâkim b. Hızâm’a, “*Eline geçirmedığın şeyi sakın satma!*”<sup>21</sup> buyurmuştur.

- “*Rasûlullâh (s.a.s.) malların satın alındıkları yerde satışını, tüccarın onları kendi yükleri arasına almalarına kadar yasaklamıştır.*”<sup>22</sup>

- Hz Peygamberin “*götürü usulle alınmış malın yeniden satışı yapılmak istendiğinde, bulunduğu yerden başka bir yere taşınmasını emretmesi*” ve ashabin bu konuyla ilgili uygulamaları<sup>23</sup> şunu göstermektedir: Bir mal -ölçümü gerekmesee dahi- satın alınırken bulunduğu yerden, başka bir yere nakledilmeden kabzedilmiş olmaz ve alıcısı tarafından başkasına satılamaz.

<sup>18</sup> es-Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-Eimme, el-Mebsût, I-XXX, thk. H. M. Meys, Dâru'l-Fikr, Beyrut 2000, XIII, 8, 9; Nevevî, *age.*, IX, 320, 321; Öyle ki Şâfiîlere göre, kabzedilmemiş mal ilk satıcıya bile satılamaz. eş-Şirbînî, Şemsüddîn el-Hatîb, *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meânî Elfâzi'l-Minhâc*, I-IV, Dâru'l-Marife, Beyrut, 1997, II, 90.

<sup>19</sup> Serahsî, *age.*, XIII, 8-10; Kâsânî, *Bedâi*, V, 180; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, VI, 471-474; Mâverdî, Ali b. Muhammed, *el-Hâvi'l-Kebîr*, I-VIII, thk. M. Matracî, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1994, V, 220-223; en-Nevevî, Muhyiddîn Yahyâ b. Şeref, *el-Mecmû' Şerhi'l-Mühezzeb li'ş-Şirâzi*, I-XXIII, thk. M. N. el-Mutiî, Mektebetü'l-İrşad, Cidde ty.IX, 328; er-Râfî, Abdülkerim b. Muhammed, *el-Azîz Şerhu'l-Vecîz (Şerhu'l-Kebîr)*, I-XIII, thk. A. Muavvaz ve A. Abdülmevcûd, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1997, IV, 294.

<sup>20</sup> Bkz. Mâlikî ve Hanbelîlerin delilleri.

<sup>21</sup> Ebû Dâvûd, Buyû, 67, 68; Tirmizî, Buyû, 19; İbn Mâce, Ticârât, 20; Nesâî, Buyû, 60; Hanbel, *Müsned*, III, 402, 403, Beyhâkî, *age.*, V, 313. Ancak bu kaynaklarda hadisin rivayet yönünden zayıflığına da değinilmektedir.

<sup>22</sup> Ebû Dâvûd, Buyû, 65; Tirmizî, Buyû 57.

<sup>23</sup> Müslim, Buyû 34; Ebû Dâvûd, Buyû 65; Tirmizî, Buyû, 57; İbn Mâce, Ticârât, 38.

- Hz Peygamber Mekke'ye kadı ve vali olarak tayin ettiği Attâb b. Üseyd'e "*Onları kabzetmediklerini satmaktan ve tazminini üstlenmekleri kazançtan alıko!*"<sup>24</sup> buyurmuştur. Bu hadiste herhangi bir mal ayırımı yapılmamıştır.

2. Gıda maddesinin kabzından önce satışının yasaklanması ile ilgili hadislerden, diğer maddelerin bu yasağın dışında kalacağı sonucu çıkartılamaz. Hadiste yiyeceğin zikredilmesi örnek kabilindedir. Çünkü toplumda yiyeceğe diğer mallara göre daha fazla ihtiyaç duyulur ve ticareti de diğer mallara göre daha yaygın yapılır. Nitekim ilgili hadisi nakleden İbn-i Abbas'ın "*kabz öncesi satış yasağının genel olduğuna dair kanaati*"<sup>25</sup> bu durumu teyit etmektedir.

3. Kabz öncesi satış gararlı olduğundan caiz değildir. Çünkü bir kişinin satın alıp henüz kabzetmediği mal üzerindeki mülkiyeti, tam olarak istikrar kazanmamıştır. Örneğin mebî' (ilk) müşteriye tesliminden önce (örneğin nakliye sırasında) helâk olabilir. Mebî'in ilk müşterinin kabzından önce helâk olması, her iki satışın da geçersiz olmasına sebep olur. Bunun için kabz öncesi satış, teslimine güç yetirilemeyen bir malın satışına benzemektedir.

4. Hz Peygamberin yasakladığı "*tazmin (hasar) sorumluluğu üstlenilmemiş kazanç*" sadece ölçüm işlemleri ile alınıp satılan mallarda değil her türlü malın teslim alınmadan satışında ortaya çıkabilir. Çünkü (Hanefî ve Şâfiîlere göre) mebî' kabzedilene kadar müşterinin sorumluluğuna girmez. Kabz öncesi satış, risk almadan kazanma açısından faizli işlemlere benzemektedir.

5. Hapis hakkının kullanımı, kabz öncesi satışta mebî'in teslimine güç yetirilmemesi ihtimalini ortaya çıkarmaktadır. Peşin satışta satıcının bedeli tahsil edene kadar malı teslim etmek istememesi, kabz öncesi satışın güvenliğini sakatlamaktadır. Eğer ilk satıcı hapis hakkını kullanırsa borcunu ifa etmemiş olan ikinci satıcı, mebî'i ikinci müşteriye teslim edemez. Bunun için ikinci satış fasit olur.

Araştırmamızda Hanefîlerin kabz öncesi satışın geçerli olmamasının sebebini gararlı bir tasarruf olmasına, Şâfiîlerin ise buna ilaveten hasar sorumluluğu üstlenilmemesi yönüyle

<sup>24</sup> Beyhâkî, Ahmed b. el-Hüseyin, *es-Sünenü'l-Kübrâ*, I-X, thk. M. A. Atâ, Mektebetü Dâru'l-Bâz, Mekke 1414, V, 313. Benzer rivayetler için bkz. Ebû Dâvûd, *Buyû*, 67; Nesâî, *Buyû*, 60.

<sup>25</sup> Buhârî, *Buyû*, 55; Müslim, 29, 30; Tirmizî, *Buyû*, 65.

faizli işleme benzemesine bağladığını gördük. Şâfiîlerin bir başka gerekçesi de mebî'in tazmin sorumluluğunda karışıklık oluşması ihtimalidir. Çünkü teslim alınmadan satılan mal, hem ilk hem de ikinci satıcının sorumluluğu altında görünmektedir.<sup>26</sup>

Kabz öncesi satış bazen kişinin mülkiyetinde olmayan mal için de söz konusu olabilir. Hanefîler, kişinin mülkiyetinde olmayan malı kabzetmeden önce satmasını batıl, mülkiyetine olup da henüz kabzetmediği malı satmasını ise fasit görürler. Bu ayırımın pratikteki sonucu şudur: Fâsit satışın kabz ile mülkiyet ifade etmesinden hareket edilirse, ikinci müşteri mebî'i teslim alınca malın mülkiyetini de kazanacaktır. Fakat kişinin malik olmadığı bir şeyi satması hükümsüz olduğundan, o şeye daha sonra sahip olacak olsa bile satışın gerçekleşmesi söz konusu olamaz.<sup>27</sup>

## 2. Gayrimenkullerin kabz öncesi satışı

İmam Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a göre, gayrimenkuller üzerinde kabzdan önce satış ve benzeri tasarruflar yapılabilir. Çünkü taşınmazların satışında helak sebebiyle garar ihtimali kalmamıştır. Fakat İmam Muhammed ve Züfer'e göre ise yasak genel olduğundan menkuller gibi gayrimenkullerin de kabz öncesi satışı caiz değildir. Gayrimenkullerin kabzdan önce satışını caiz görenler istihsan prensibine dayanmışlardır. Hanefiler gayrimenkulün kabz öncesi satışının yapılabileceğine dair içtihad benimsemişlerdir.<sup>28</sup>

### a. Gayrimenkullerin kabz öncesi satışını geçerli görenler:

Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a göre taşınmazların teslim alınmadan satışı, kabzedilmiş ve helâk tehlikesi kalmamış taşınır malın satışı ile aynı konumdadır. Bu görüşlerine dair delilleri şunlardır:<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Râfiî, *age.*, IV, 297, 298; Nevevî, *age.*, IX, 320, 321.

<sup>27</sup> el-Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd, *Bedâiu's-Sanâi' fi Tertîbi's-Şerâi'*, I-VII, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut, 1982., V, 147, 263, 299; İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer, *Reddu'l-Muhtâr alâ'd-Dürri'l-Muhtâr*, I-VIII, Kahraman Yayınları, İstanbul, 1984, IV, 505, V, 49, 58, 148.

<sup>28</sup> Kâsânî, *age.*, V, 181. *Müşteri kable'l-kabz mebî'i akar ise âhare satabilir ve eğer menkûl ise satamaz.* (Mecelle, m. 253).

Gayrimenkullerin kabzı, satıcı tarafından tahliyesi ile gerçekleşmektedir. Günümüzde resmi teslim için tapu siciline kayıt da gerekmektedir. Kanaatimizce muhtemel sorunların önüne geçmek için, tahliye veya tescilden yalnızca biri ile yetinilmemeli her ikisi de yapılmalıdır.

<sup>29</sup> Serahsî, *age.*, XIII, 9, 10; Kâsânî, *age.*, 181; İbnu'l-Hümâm, Muhammed b. Abdülvâhid, *Fethu'l-Kadîr*, I-X, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2003, *age.*, VI, 474, 475; İbn Âbidîn, *age.*, V, 148.

- “Allah alışverişi helal kıldı”<sup>30</sup> ayeti, satım akdinin mübahlığına dair umumi bir hüküm koymaktadır. Bu hükme mebî’in kabzından önceki ve sonraki satışı da dâhildir. Oysa kabz öncesi satışı yasaklayan hadisler haber-i vâhid niteliğindedir ve bunlarla ayet tahsis edilemez. O halde bu hadisler ve ayet arasında tenakuz oluşmaması için hadisin hükmü menkul mallara hamledilip, gayrimenkuller yasak kapsamı dışında bırakılır.<sup>31</sup>

- Satın alınmış bir gayrimenkulün, normal koşullarda kabzından önce helâk olması çok ender bir olaydır. Bu nedenle taşınmazların kabz öncesi satışında akdin infisahına sebep olacak ciddi bir garar söz konusu değildir.

Hanefiler taşınmazların kabz öncesi satışlarını mutlak olarak caiz görmemişlerdir. Kabzdan önce helâkinin kuvvetle muhtemel olduğu durumlarda taşınmaz mebî’, taşınır hükmündedir ve kabzedilmeden satılamaz.<sup>32</sup>

b. Gayrimenkullerin kabz öncesi satışı geçerli görmeyenler:

Şâfiîler ile Hanefilerden İmam Muhammed ve Züfer, gayrimenkullerin kabzedilmeden satışının caiz olmadığı görüşündedirler. Delilleri şunlardır:<sup>33</sup>

- Mebî’in kabz öncesi satışı yasaklayan hadislerin hükmü genel olup menkul ve gayrimenkul ayırımı yapılmasına imkân vermemektedir.

- Hz Peygamber, hasar riski üstlenilmeyen malın satışını ve böylece kazanç elde etmeyi yasaklamıştır.<sup>34</sup> Gayrimenkullerin kabz öncesi satışında bu çeşit kazanç sıkça görülür. Bunun için taşınmazların kabz öncesi satışı fâsit kabul edilmelidir.

<sup>30</sup> Bakara, 2/275.

<sup>31</sup> Bâbertî’ye göre ise “Allah alışverişi helal kıldı” ayetindeki alışverişin mübahlığı hakkındaki genel hüküm, aynı ayetin devamındaki “faizi ise haram kıldı” ifadesi tarafından tahsis edilmiştir. Artık bu ayetin, haberi-i vâhid ile tahsisi mümkündür. el-Bâbertî, Ekmelüddîn Muhammed b. Muhammed, *el-Inâye fi Şerhi'l-Hidâye*, I-X, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2003, VI, 476.

<sup>32</sup> Örneğin arazinin deniz veya karasu kenarında olması sebebiyle denize karışması, kumla dolması, su baskınına uğrama ihtimali, yüksek (üst) kat olması nedeniyle çökme riski taşınması gibi nedenlerden dolayı kabz öncesi satışı yapılamaz İbnü'l-Hümâm, *age*, VI, 474; el-Aynî, Mahmûd b. Ahmed, *el-Binâye fi Şerhi'l-Hidâye*, I-XII, Dâru'l-Fikr, Beyrut, 1980, VII, 322. Bu tür riskler içinde bulunulan zamana göre değerlendirilmelidir. Eskiden yüksek yapılar sağlam olmamasına rağmen günümüzde yapı tekniklerindeki gelişmeler ile çok daha sağlam ve yüksek binalar yapılmaktadır. Ancak istimplâk riski zamanımızda garar olarak değerlendirilebilir.

<sup>33</sup> Kâsânî, *age.*, 181; İbnü'l-Hümâm, *age.*, VI, 474, 475; el-Mâverdî, *age.*, V, 220-222; Nevevî, *age.*, IX, 328.

<sup>34</sup> Ebû Dâvûd, Buyû, 68; Tirmizî, Buyû, 19; İbn Mâce, Ticârât, 20.

- Satım akdi ile kazanılan mal üzerindeki mülkiyet, o malda tasarruf için henüz yeterli değildir. Tasarruf mülkiyeti (tasarruf yetkisi), mebî'in kabzından sonra oluşur. Bu hususta taşınır ve taşınmaz mal arasında fark yoktur.

- Bir satım akdinin yapılabilmesi için ön şartlardan olan, akit konusunun teslimine güç yetirmek şartı menkul veya gayrimenkul her çeşit malın satışında aranır. Teslime güç yetirme şartını hem birinci hem de ikinci satıcı veya bunların temsilcileri taşımalıdır. Fakat teslim alınmamış gayrimenkul satışında, ikinci satıcı için bu şart tahakkuk etmemektedir. Çünkü zilyet olan ilk satıcı, malı kabzetmeden satan ikinci satıcının temsilcisi olamaz.

## II. KONUNUN HASAR SORUMLULUĞU İLE BAĞLANTISI

Mebî'in kabz öncesi satış yasağı ile hasar sorumluluğunun üstlenilmesi (damân) doğrudan ilişkilidir. Genel kural olarak, hasar sorumluluğu üstlenilmeyen malın satışı yapılamaz. Fakat satın alınan mal kabzedilmiş veya (gerekli görmeyenlere göre) kabzına ihtiyaç yoksa hasar sorumluluğu artık kabzedene geçmiştir.

İslam hukukçuları arasında hasar sorumluluğunun intikal zamanı hakkında iki temel görüş bulunmaktadır. Tazmin sorumluluğu Mâlikî ve Hanbelîlere göre akit ile Hanefî ve Şâfîlilere göre kabz ile müşteriye geçmektedir. Ölçüm işlemleri yapılarak satılan malların hasar sorumluluğunun kabz ile intikal ettiği hakkında ise ittifak vardır.

### A. Hasar sorumluluğunun akitle intikal ettiği görüşü

Mâlikî ve Hanbelîlere göre, ölçümü gerekmeyen veya götürü usulle satın alınan mallarda tazmin sorumluluğu akdin inikadıyla müşteriye geçer. Ancak gâip mal satışında hasar sorumluluğu kabza kadar satıcıdadır.

Mâlikî ve Hanbelîler görüşlerine delil olarak “*Yarar, tazminat karşılığındadır*”<sup>35</sup> hadisini gösterirler. Onlara göre bu hadis, satın alınan malın semere ve hasarının müşteriye ait

<sup>35</sup> Ebû Dâvûd, Buyû, 71; Nesâî, Buyû, 15; İbn Mâce, Ticârât, 43; Malik, Buyû, 42; Dârekutnî, III, 53. Diğer bir nakli delilleri de Abdullah b. Ömer'in “akdin, akitleşme anında akit konusu olarak canlı ve toplu olan ne varsa hepsini kapsadığı ve bunların müşterinin malı sayılmasının sünnette kural olduğuna” dair rivayetidir. Dârekutnî, III, 53; Buhârî, Buyû, 57 (talik olarak).

olduğuna delildir. Ayrıca müşteri'nin mebi' üzerinde mülkiyeti icap ve kabul ile tamamlandığından, akitten sonraki zarardan da o sorumlu olmalıdır.<sup>36</sup>

### **B. Hasar sorumluluğunun kabz intikal ettiği görüđu**

Hanefi ve Şâfiilere göre, malın tazmin sorumlusu zilyedir. Buna göre satın alınan mal teslimine kadar satıcının, teslimden sonra müşteri'nin damanıdır. Çünkü müşteri'nin mebi'de kabz öncesi tasarrufları zaten geçersiz olduğundan, teslimine kadar sorumlu olması da düşünülemez. Müşteri, kabz etmediği malın tazmin sorumlusu olamaz. Hz. Peygamberin, tazmin edilmeyen kazanç ile birlikte kabzedilmemiş malın satışını yasaklaması ve teslim alınmadan önce telef olan ürünün bedelini istemekten alıkoymasına<sup>37</sup> dair rivayetler buna delildir. Muasır İslam hukukçuları da bu görüğu tercih etmektedirler.<sup>38</sup>

### **C. Diğer hukuk sistemlerindeki görüđler ve mukayese**

Batı hukuk sistemlerinde hasar<sup>39</sup> sorumluluğu ve mülkiyetin intikali arasındaki iliğu üç şekilde görülür. Mülkiyet ve hasarın her ikisi de Alman hukuk çevresinde teslim, Latin hukuku çevresinde (Fransız, İtalyan, İngiliz) akit ile müşteri'ye intikal etmektedir. Fakat Roma, İsviçre ve Türk hukukunda ise mülkiyet teslim, hasar ise akit ile müşteri'ye geçer. Böylece hasarın müşteri'ye geçişi hakkında teslim ve akit olmak üzere iki prensip ortaya çıkmaktadır.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> Haraşı, *age.*, V, 158; İbn Cüzey, Muhammed b. Ahmed, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, Dâru'l-Kalem, Beyrut, ty., s. 164; İbn-i Rüşd, *age.*, II, 185,186; İbn Kudâme, *age.*, VI, 181-186; Buhûti, *age.*, III, 220.

<sup>37</sup> Nesâi, Buyû, 29.

<sup>38</sup> Serahsî, *age.*, XIII, 64, 68; Kâsânî, *age.*, V, 241, 244 v.d.; İbnü'l-Hümâm, *age* VI, 273; Mâverdi, *age.*, V, 136,137, 321; Nevevî, *Ravzatu't-Tâlibîn*, thk. A. Abdülmevcûd ve A. Muavvaz, I-VIII, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Beyrut 2003, III, 159. *Mecelle* m. 293, 294; el-Hafif, Ali, *İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri (Borçlar Hukuku ve Eşya Hukuku)*, trc. R. Yaran, Litera Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 556; Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I-III, İz Yayıncılık, İstanbul, 2001, II, 560, ez-Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Ukûdü'l-Müsemmatü fi'l-Fıkhi'l-İslâmî: Akdü'l-Beyi'*, Dımaşk, Dâru'l-Kalem, 1979, s. 121; ez-Zuhaylî, Vehbe, *Nazariyyetü'd-Damân*, Dâru'l-Fikr, Dımaşk 1982, s. 145 vd.

<sup>39</sup> Hasar kavramı ile malın tesliminin satıcıya isnat olunmayan sebeplerden dolayı imkânsızlaşması halinde ortaya çıkan tehlike kastedilir. Akıntürk, Turgut, *Satım Akdinde Hasarın İntikali*, Sevinç Matbaası, Ankara 1968, s. 24.

<sup>40</sup> Schwarz, Andreas.B., "Satış Akdinde Hasarın İntikali", trc. Kudret Ayiter, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, 1947, ss. 159-167, s. 160-162; Ansay, "Menkul Mallarda Mülkiyetin İntikali Hakkında Muhtelif Sistemler Arasında Bir Mukayese" Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, C. X, ss. 450- 456, Ankara, 1953, s. 454 vd.

Özellikle Roma hukukunda benimsenen hasarın, akdin yapılması ile müşteriye intikali kuralı oldukça tartışmalıdır. Akit prensibi, tarihi ve hukuki bazı esaslara dayanılarak savunulmaya çalışılmış ise de bu görüşler ikna edici bulunmamıştır. Bu prensibe yönelik eleştiriler, müşterinin teslim almayıp mülkiyetine geçmemiş olan malın hasarından sorumlu tutulmasında yoğunlaşmaktadır. Müşterinin satış neticesinde hiçbir şey elde etmediği halde bedeli ödemeye mecbur bırakılması, açıkça bir haksızlık olarak görülmüştür. Ayrıca akit prensibinin kabulü kötü niyetli satıcının, ayıbını gizlediği malı teslimden önce itlafı için ortam hazırlamaktadır. Öte yandan kuralın neva'n muayyen mallarda tatbiki mümkün görülmemektedir. Gerek İsviçre gerekse Türk hukuk doktrininde ortaya çıkışından itibaren çokça tenkit edilen bu hükmün halk vicdanında da kabul görmeyeceği ifade edilmiştir.<sup>41</sup>

Öte yandan teslim prensibi, satıcının teslim borcunun ifasında itinalı ve seri davranmasını sağladığından daha adil bulunmuştur.<sup>42</sup> Ülkemizdeki kanunlaştırma sürecinde son gelinen aşamada akit prensibinden vazgeçilip teslim prensibi kabul edilmiş ve sorumluluk teslimine kadar satıcıya yüklenmiştir.<sup>43</sup>

İslam hukukunda hasar sorumluluğunun intikaline ait görüşler deliller yönünden değerlendirildiğinde teslim prensibinin tercihi daha ağır basmaktadır. Akit prensibini benimseyen Mâlikî ve Hanbelîlerin delilleri ise zayıf kalmaktadır. Çünkü bu hukukçuların temel dayanakları, “bir şeyden yararlanmanın onun hasarına katlanmak karşılığında

<sup>41</sup> Schwarz, *agm.*, 162-165; Ansay *agm.*, 455; Ayiter, Kudret, “Roma Hukukunda Alım Satım Akdinde Hasarın İntikali” Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, ss. 122-142, s.125 vd; Akıntürk, *age.*, s. 78 vd.

<sup>42</sup> Bkz. Akıntürk, *age.*, s. 110 vd.

<sup>43</sup> TBK'nun satım akdinde yarar ve hasarın intikalini düzenleyen ve kaynağı olan İsviçre borçlar kanununu gibi çokça tenkit edilmiş olan (bkz. Akıntürk, *age.*, s. 76-78) 183. maddesi şu şekilde idi: *Halin icabından veya hususi şartlardan mütevellit istisnaların maadasında, satılan şeyin nefi ve hasarı akdin inikadı anından itibaren müşteriye intikal eder.*

*Bununla beraber yalnız nevan tayin edilmiş olan mebiin ayırt edilmiş olması da lâzımdır ve başka bir yere gönderilecek ise bayiin bu maksada mebi üzerinden yedini refetmiş bulunması da şarttır.*

*Taliki şart ile yapılan akitlerde temlik edilen şeyin nefi ve hasarı ancak şartın tahakkuku anından itibaren iktisap edene geçer.*

11.01.2011 kabul ve 01.07.2012 yürürlük tarihli ve yeni TBK'da teslim prensibinin esas alındığı 208. madde şu şekildedir: *Kamundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık hâller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir.*

*Taşınır satışlarında, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer.*

*Satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer.* <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6098.html>



olduğuna<sup>44</sup> dair genel fıkıh kuralıdır. Ancak bu kural Hanbeli ve Mâlikîlerin iddia ettiği gibi mülkiyet-tazmin ilişkisinden çok, faydalanma-tazmin ilişkisi ile ilgilidir. Nitekim delil olarak gösterilen hadiste, ayıplı mebf'î satıcıya iade eden müşterinin önceki kullanımından ötürü ücret ödemesinin gerekmediği vurgulanmıştır.

Teslim prensibini esas alan Hanefi ve Şâfiîlerin delilleri daha güçlüdür ve görüşleri hakkaniyete daha uygundur. Çünkü müşteri kabzdan önce garar sebebiyle mebf'îde tasarruf yapamıyorsa, kabzdan önceki hasardan da sorumlu olmamalıdır. Ayrıca müşterinin mebf' ve semerelerinden istifadesi bunların sağlam şekilde eline geçmesine bağlıdır. Gasp edilmiş, çalınmış veya kaybolmuş mal örneklerinde olduğu gibi, kişi her zaman mülkiyetinde olan şeyden istifade edemeyebilir. Dahası, müşterinin kabzedip yararlanma ve koruma imkânı bulamadığı maldan sorumlu tutulması adil değildir. Bütün bunlarla beraber (her ne kadar mülkiyetin akdin yapılması ile intikali noktasında İslam hukukundan ayrılışlar da) diğer hukuk sistemlerindeki tecrübeler de hasar sorumluluğunun geçişinin teslim prensibine bağlanmasının daha adil olduğunu göstermektedir.

### III. KABZ ÖNCESİ SATIŞ HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

#### A. Kabz Öncesi Satışı Genel Olarak Geçerli kabul eden görüşlerin değerlendirilmesi

Mâlikî ve Hanbelî fakihlerinin dayandıkları delilleri temelde, Hz. Peygamberin yiyecek maddesinin ölçülmeden veya kabzedilmeden satışını yasakladığı hadislerdir. Bu hadislerde Mâlikîlere göre gıda maddelerine, Hanbelîlere ise ölçülebilir mallara tahsis vardır diğer maddeler ise yasak dışındadır. Bu yöntem hangi maddelerin kabz öncesi satılamayacağıнын tayininde isabetlidir. Fakat yasağın kapsamı dışında kalan maddeleri belirlemede sağlıklı değildir. Bu hadislerden gıda ve mukadderâttan olan mebf'înin kabzedilmeden satılamayacağı açıkça ortaya çıkmakta ancak kabzdan önce satılabilecek maddeler aynı netlikte tespit edilememektedir.

<sup>44</sup> *Mecelle*, m. 85 (ayrıca bkz. m. 87, 88); Ali Haydar, *Düreru'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I-IV, thk. Fehmi el-Hüseyni, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 2003, I, 88, 90.

Öte yandan mebi‘in yarar ve hasarının akdin yapılmasıyla müşterinin olduğu görüşü, kabz öncesi satış konusuna delil olmaktan çok hasar sorumluluğu ile ilgilidir. Kaldı ki, hakkaniyete uygun olan çözüm hasar sorumluluğunun akit ile değil mebi‘in teslimi ile intikal ettiğinin kabulüdür.

### **B. Kabz Öncesi Satış Geçersiz bulan görüşlerin değerlendirilmesi**

Hanefî ve Şâfiîlerin delilleri şu şekilde değerlendirilebilir:

(1). Hadislerde kabz öncesi satışın genel olarak yasaklanması: Bu fakihlerin asıl naklî delilleri, Hz Peygamberin “kabzedilmeyen malın satışını ve tazmin edilmeyen kazancı yasaklaması”<sup>45</sup> ile ilgili rivayetlerdir. Bu hadislerde herhangi bir maldan bahsedilmediğinden söz konusu hadisler genel hüküm ifade eder. Buna göre her çeşit malda kabz öncesi tasarruf yapılması ve bu sayede riski üstlenilmeden kazanç sağlanması yasaktır.

(2). Garar ve haksız kazanç bulunması: Hanefî ve Şâfiîler, yukarıdaki hadislerle beraber içtihatlarında iki önemli prensibi daha göz önünde tutmaktadırlar. Bunlar İslam hukukuna göre gararlı<sup>46</sup> ve haksız kazançta yol açan tasarrufların geçersiz olmasıdır. Satın alınan malın müşteri tarafından teslim alınmadan satışında her iki durumunda gerçekleşmesi mümkündür. Örneğin bir mal kararlaştırılan özelliklerde çıkmayabilir veya ilk müşterinin kabzından önce hasar görebilir. Böyle bir durumda ilk müşteri, hasardan satıcısını sorumlu tutarak ikinci müşteriye onunla muhatap edip aradan sıyrılmak isteyebilir. Bütün bunların sonucunda ortaya çıkabilecek problemler daha da karmaşıklaşır.

Bu mezheplerin konu ile ilgili hadisler olmasa bile, garar ve haksız kazanç içermesini gerekçe göstererek kabz öncesi satış geçerli görmeyeceklerini söylemek mümkündür.

Hanefî ve Şâfiîlerin her çeşit malın kabz öncesi satışının geçersiz olduklarına dair görüşleri şu yönlerden isabetli görünmektedir:

<sup>45</sup> Ebû Dâvûd, Buyû, 68; Tirmizî, Buyû, 19; İbn Mâce, Ticârât, 20; Nesâî, Buyû, 72.

<sup>46</sup> Gararın değişik tanımları yapılmış olmasına rağmen en çok benimseneni Serahsî'nin “*sonu bilinmeyen*” nitelendirmesidir. Kabz öncesi satışta bulunan garar, akit konusuna ait olup teslimde güç yetirememeye durumudur. Dönmez, İ. Kâfi, “Garar”, *D.İ.A.*, XIII, İstanbul, 1996, ss. 366-371, s. 366, 369.

- Satışı yapılacak malın sözleşmede belirtilen şartlara uygunluğu, ayıplı veya ayıpsız olduğunun tespiti ve misli mal ise miktarının kontrolü ancak kabzedildikten sonra yapılabilir. Aksi halde bu mal üzerinde yapılacak akit gararlı olacaktır.

- Satın alınan bir malın kabzedilmeden satışı, tüketici ve toplum açısından zararlıdır. Kabz öncesi satış engellenmezse sermaye sahipleri bir çeşit faiz<sup>47</sup> olan bu yolla haksız kazanç elde eder ve fiyatların sunî olarak yükselmesine yol açarlar. Oysa kabz öncesi satış yasağı uygulanırsa kabz için katlanmaları gereken külfet caydırıcı olur.

- Kabz öncesi satışlar şirketlerin zamanında teslim yapamamaları sebebiyle hem müşterileri hem de kendileri için zarar görmelerine yol açmaktadır. Özellikle internet ortamında<sup>48</sup> yapılan satışlarda müşteriler zamanında eline geçmeyen ürünler sebebiyle mağdur olmakta, firmalarda itibar kaybına uğramaktadırlar.

- Taşınmazların satımında garar ihtimali genellikle bulunmamaktadır. Fakat bu satışlarda İslam hukukunda caiz görülmemiş riski üstlenilmemiş kazanç oluşabilir. Özellikle finans sağlama amacına yönelik satışlarda, hasar sorumluluğunun göz ardı edilmemesi ve böylece faizli kredi işlemlerinden ayrılması gerekmektedir.

- Bedeli alana kadar mebî'î alıkoymak olan hapis hakkı da kabz öncesi satışı zora sokmaktadır. İlk satıcı mal üzerindeki hapis hakkını kullandığında, ikinci satıcının bu malı müşterisine teslim edemeyeceği açıktır.

- Akit meclisinde olmayan (gaip) malın satışında, mebî'in istenilen kalitede veya sağlam olup olmadığını anlamak kabzedene kadar mümkün olmayabilir. Bu yolla satın alınan ürünlerin kabzedilmeden satışı mevcut problemleri daha da karmaşıklaştıracaktır.

---

<sup>47</sup> İbn-i Abbâs yiyeceğin kabzından önce satışının yasaklanmasını faiz ile ilişkilendirir. Ona göre kabz öncesi satış, paranın para karşılığında satışdır. Çünkü mebî'î olan yiyeceğin yeri değişmemektedir. Buhârî, Buyû, 54. Kamil Miras da nesîe faizi içeren bu tasarrufun, para ile yapılan tefecilikten daha kötü olduğunu kaydeder. Ona göre faizin zararı borçluya iken gıda maddesinde yapılan bu işlem fiyatları artırır ve karaborsacılık gibi bütün topluma zarar verir. Miras, Kamil, *Sahih-i Buhârî Muhtasarı Tecrid-i Sarîh Tercümesi*, I-XII, Diyanet İşleri Başkanlığı, Ankara 1978, 4. bs., VI, 451, 452. Öte yandan İbn-i Ömer, Hz Peygamber devrinde satın aldığı malın yerini değiştirmeden tekrar satanların cezalandırıldığını anlatır. Buhârî, Buyû, 54, 56; Ebû Dâvûd, Buyû, 65.

<sup>48</sup> Sanal ortamda yapılan satışlar temelde, satıcının mülkiyetinde olmayan ve kabzetmediği ürünü satması veya satıcı ile alıcı arasında komisyon karşılığında aracı olması şeklinde iki çeşittir. Çalışmamız sonucunda ne mülkiyet ne de kabz konusu olmamış ürün ticaretini İslam hukukuna uygun bulmamaktayız.

## SONUÇ

Günümüzdeki teknolojik gelişmeler özellikle nakliye sürecinin takibi ve hızlandırmasındaki olumlu etkisi ile önemli derecede güvenlik sağlamış ve garar ihtimalini azaltmış görünmektedir. Ancak kabz öncesi satışlarda başta gıda olmak üzere toplumun önemli derecede ihtiyaç duyduğu maddelerin spekülatif oyunlara alet edilmesi, ölçüm işlemlerinin yenilenmesinin ihmal edilmesi, gaip mal satışlarında kontrol işlemlerinin sağlıklı yapılamaması, teslimin gecikmesi sebebiyle tarafların mağdur olması ve hasar sorumluluğunun üstlenilmesi ile ilgili ortaya çıkabilecek problemler göz ardı edilemeyecek kadar ciddidir. Kabz öncesi satış konusu gerek deliller gerekse sonuçları<sup>49</sup> açısından değerlendirilmesi, her türlü malın teslim alınmadan satışını geçersiz kabul etmenin gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu sebeple özellikle menkullerin fiilen veya tahliye yoluyla hükmen kabzedilmeden satışını uygun bulmamaktayız.

## BİBLİYOGRAFYA

- Ali Haydar (1354/1935), *Dürrü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I-IV, thk., Fehmi el-Hüseyini, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 2003.
- el-Aynî, Ebû Muhammed Bedreddîn Mahmûd b. Ahmed b. Musa el-Hanefî (855/1451), *el-Binâye fi Şerhi'l-Hidâye*, I-XII, Dâru'l-Fikr, Beyrut, 1980/1400.
- el-Bâbertî, Ekmelüddîn Muhammed b. Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed (786/1384), *el-Inâye fi Şerhi'l-Hidâye*, I-X, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2003 (İbnu'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr* ile birlikte).
- el-Bâcî, Ebu'l-Velîd Süleyman b. Halef b. Sa'd et-Tüçîbî (474/1081), *el-Müntekâ*, I-IX, thk. Muhammed Abdülkadir Ahmed Atâ, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 1420/1999.
- Beyhâkî, Ebû Bekr Ahmed b. el-Hüseyin (458/1066), *es-Sünenü'l-Kübrâ*, I-X, thk. Muhammed Abdülkadir Atâ, Mektebetü Dâru'l-Bâz, Mekke 1414/1994.
- Berki, Ali Himmet, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye)*, Hikmet Yayınları, İstanbul, 1982, ss. 422.
- Buhârî, Ebû Abdullah Muhammed b. İsmail (256/870), *Sahîhu'l-Buhârî*, I-III, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.
- el-Buhûfî, Mansûr b. Yunus (1051/1641), *Keşşâfu'l-Kınâ' an Metni'l-İknâ'*, I-VI, Dâru'l-Fikr, Beyrut, 1982.

<sup>49</sup> Hanefî fihî esas alınarak hazırlanan *Mecelle*'nin, “*Müşteri kable'l-kabz mebî'i akar ise âhare satabilir ve eğer menkûl ise satamaz*” (m. 253) maddesi eleştirilmiş, tadili için oluşturulan komisyonlarca (1923, 1924) “*müşteri, kable'l-kabz mebî'i âhare satabilir*” şeklinde değiştirilmesi teklif edilmiştir (Kaşıkçı, *age.*, s. 354, 382). Fakat bu bakış açısı tek yanlı olup konu satıcılar açısından düşünülmekte ve yukarıda dikkat çektiğimiz sakıncalar göz ardı edilmektedir.

- ed-Dârekutnî, Ebu'l-Hasan Ali b. Ömer (385/995), *Sünenü'd- Dârekutnî*, I-IV, thk. Abdullah Haşim Yemânî Medenî, Dâru'l-Marife, Beyrut 1966.
- ed-Dârimî, Ebû Muhammed Abdullah b. Abdirrahmân, (255/868), *Sünenü'd-Dârimî*, I-II, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.
- ed-Derdîr, Ebu'l-Berekât Ahmed b. Muhammed b. Ahmed Adevî, (1201/1786), *Şerhu's-Sağîr alâ Akrabi'l-Mesâlik ilâ Mezhebi'l-İmâm Mâlik*, I- IV, thk. Mustafa Kemal Vafî, Dâru'l-Maârif, Kâhire, ty.
- \_\_\_\_\_, *Şerhu'l-Kebîr*, I-V, Dâru'l-Fikr, Beyrut, ty. (Desûkî, *Hâşiye* kenarında)
- ed-Desûkî, Ebû Abdullah Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed b. Arafe (1230/1815), *Hâşiyetü'd-Desûkî alâ Şerhi'l-Kebîr*, I-V, Dâru'l-Fikr, Beyrut, ty.
- Ebû Bekr Abdürrezzâk b. Hemmâm Abdürrezzâk es-San'ânî (211/827), *el-Musannef*, I-XI, thk. Habiburrahmân el-A'zamî, el-Mektebetü'l- İslâmî, Beyrut 1983, 2. bs.
- Ebû Dâvûd, Süleyman b. Eş'âs es-Sicistânî (275/889), *Kitâbü's-Sünen*, I-V, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.
- el-Haffîf, Ali, İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri (Borçlar Hukuku ve Eşya Hukuku), (Ahkâmü'l-Muâmelati's-Şer'iyye), trc. Rahmi Yaran, Litera Yayıncılık, İstanbul 2009, ss. 709.
- el-Haraşî, Ebû Abdullah Muhammed b. Abdullah (1101/1689), *Şerh alâ Muhtasarı Sîdî Halîl*, I-IV, Dâru'l-Fikr, Beyrut, ty.
- el-Hârûnî, Ahmed b. Hüseyin b. Harun b. Hüseyin (411/1020), *et-Tecrîd fî Fikhi'l-İmameyni'l-A'zameyn*; *el-Kâsım b. İbrahim ve Hafîduhu'l-İmam el-Hadi Yahya b. Hüseyin*, thk.: Abdullah b. Hammûd Azi, Müessesetü'l-İmam Zeyd b. Ali es-Sekafîyye, Amman, 1422/2002, ss. 373.
- \_\_\_\_\_, *Şerhu't-Tecrîd fî Fikhi'z-Zeydiyye*, I-IV, thk. Muhammed Yahya Salim Azzân, Hamid Cabir Ubeyd. Merkezü't-Türas ve'l-Buhûsi'l-Yemenî, San'a, 1427/2006.
- el-Haskefî, Alâeddin Muhammed b. Ali (1088/1977), *ed-Dürri'l-Muhtâr fî Şerhi't-Tenvîri'l-Ebsâr*, (İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr* ile beraber).
- Heyet, *el-Fetevâ'l-Hindiyye*, I-VI, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2000.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer ed-Dımaşkî (1252/1836), *Reddu'l-Muhtâr alâ'd-Dürri'l-Muhtâr*, I-VIII, Kahraman Yayınları, İstanbul.
- İbn Cüzey, Ebu'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kelbî (741/1340), *el-Kavânînu'l-Fikhiyye*, Dâru'l-Kalem, Beyrut, ty. ss. 300.
- İbn Hanbel, Ahmed, eş-Şeybani (241/855), *el-Müsned*, I-VI, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.
- İbnu'l-Hümâm, Kemâluddîn Muhammed b. Abdülvâhid b. Abdülhamîd (861/1457), *Fethu'l-Kadîr*, I-X, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2003.
- İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed (620/1223), *el-Muğnî*, I-XV, thk. Abdullah b. Abdülmuhsin Türki, Abdülfettâh Muhammed el-Hulv, Dâru Alemi'l-Kütüb, Riyad 1998, 3. bs.
- İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezid el-Kazvînî (273/887), *Sünenü İbn Mâce*, I-II, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.

- İbn Rüşd, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed EL-Kurtubî (595/1198), *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, I-II, Matbaatü Mustafa el-Bâbî, Mısır, 1975, 4. bs.
- Kâdî Abdülvehhâb, Ebû Muhammed Abdülvehhâb b. Ali b. Nasr (422/1031), *el-Ma'ûne alâ Mezhebi Âlimi'l-Medîne*, I-II, thk. Muhammed Hasan İsmail eş-Şâfiî, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1998.
- Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslâm Hukuku (M. İ. H.)*, I-III, İz Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- \_\_\_\_\_, "Akid" *D. İ. A.*, II, İstanbul, 1989, ss. 251-256.
- el-Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Hanefî (587/1191), *Bedâiu's-Sanâi' fî Tertîbi's-Serâi'*, I-VII, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut, 1402/1982.
- Kisbet, Mustafa, *İslâm Hukukuna Göre Satım Akdinde Malın Kabz ve Teslimi* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), U.Ü. S.B.E., Bursa, 2010.
- el-Mâverdî, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed (450/1058), *el-Hâvi'l-Kebîr*, I-VIII, thk. Mahmud Matraccî, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1414/1994.
- Miras, Kamil, *Sahih-i Buhârî Muhtasarı Tecrid-i Sarîh Tercümesi*, I-XII, Diyanet İşleri Başkanlığı, Ankara 1978, 4. bs.
- Müslim, Ebu'l-Hüseyin el-Kuşeyrî (261/875), *Sahîhu Müslim*, I-III, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.
- en-Nesâî, Ebû Abdirrahmân Ahmed b. Ali (303/915), *Sünenü'n-Nesâî*, I-VIII, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.
- en-Nevevî, Ebû Zekeriyâ Muhyiddîn Yahyâ b. Şeref b. Murî (676/1277), *el-Mecmû' Şerhi'l-Mühezzeb li's-Şîrâzî*, I-XXIII, thk. Muhammed Necîb el-Mutiî, Mektebetü'l-İrşad, Cidde, ty.
- \_\_\_\_\_, *Ravzatu't-Tâlibîn*, thk. Adil Ahmed Abdülmevcûd ve Ali Muhammed Muavvaz, I-VIII, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Beyrut 2003.
- er-Râfî, Ebu'l-Kâsım Abdülkerim b. Muhammed b. Abdülkerim (623/1226), *el-Azîz Şerhu'l-Vecîz (Şerhu'l-Kebîr)*, I-XIII, thk. Ali Muhammed Muavvaz ve Adil Ahmed Abdülmevcûd, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1417/1997.
- es-Sâvî, Ahmed b. Muhammed el-Halvetî (1241/1825), *Bulğatu's-Sâlik li-Akrebi'l-Mesâlik alâ Şerhi's-Sağîr (Haşiyetü's-Sâvî)*, I-IV, Dâru'l-Maârif, Kâhire, ty. (Derdîr, *Şerhu's-Sağîr* ile birlikte)
- Sehnûn, Abdüsselâm b. Saîd et-Tenûhî, (240/854), *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, I-IV, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1415/1994.
- es-Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ahmed b. Ebû Sehl, (483/1090), *el-Mebsût*, I-XXX, thk. Halil Muhiddîn Meys, Dâru'l-Fikr, Beyrut 2000.
- eş-Şîrbînî, Şemsüddîn el-Hatîb Muhammed b. Ahmed el-Kâhirî (977/1570), *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meânî Elfâzi'l-Minhâc*, I-IV, Dâru'l- Marife, Beyrut, 1997.
- et-Tirmizî, Ebû İsâ Muhammed b. İsâ b. Sevre es-Sülemî (279/892), *Sünenü't- Tirmizî (el-Câmiu's-Sahîh)*, I-V, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.
- ez-Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Ukûdü'l-Müsemmatü fî'l-Fıkhi'l-İslâmî: Akdü'l-Beyi'*, Dımaşk, Dâru'l-Kalem, 1420/1979, ss. 176.

ez-Zerkeşî, Abdullah Şemsüddîn, Muhammed b. Abdullah (772/1370), *Şerhu'z-Zerkeşî alâ Muhtasari'l-Hirakî*, I-III, thk. Abdülmenâm Halil İbrahim, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1423/2002.

ez-Zuhaylî, Vehbe, *Nazariyyetü'd-Damân*, Dârü'l-Fikr, Dımaşk 1982. ss. 368.

<http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6098.html> 26.03.2011