

**T. C.
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI**

**SATIM AKDİ ÖZELİNDE
İSLAM BORÇLAR HUKUKUNDA GARAR**

DOKTORA TEZİ

**DANIŞMAN
PROF. DR. AHMET YAMAN**

**HAZIRLAYAN
NECMEDDİN GÜNEY**

KONYA 2013



Mavi Tükenmez Kalemle doldurunuz.

T. C.

NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Savunma Sınavı Tutanak Formu



I. Öğrenci Bilgileri

Adı:	Necmeddin	Anabilim Dalı:	Temel İslam Bilimleri
Soyadı:	GÜNEY	Bilim Dalı:	İslam Hukuku
Numarası:	064144031001	Sınav Durumu:	<input checked="" type="checkbox"/> I.Savunma Sınavı <input type="checkbox"/> II.Savunma Sınavı
Danışman:	Prof. Dr. Ahmet YAMAN	Programı:	<input type="checkbox"/> Yüksek Lisans <input checked="" type="checkbox"/> Doktora

II. Sınav Bilgileri:

Tarihi	Saat	Süresi
26.04.2013	10:00	120 dk.

III. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

<input checked="" type="checkbox"/>	Savunulan tezin Kabul Edilmesine,	
<input type="checkbox"/>	Savunulan tezin Düzeltilmesine,	
<input type="checkbox"/>	Savunulan tezin (*) Reddedilmesine,	
Salt Çoğunluk <input type="checkbox"/>	Oy Çokluğu <input type="checkbox"/>	Oy Birliği <input checked="" type="checkbox"/> ile karar verilmiştir.

N.E.Ü. Lisansüstü Eğitim Öğretim Yönetmeliği hükümleri uyarınca yapılan **Yüksek Lisans/ Doktora Tez Savunma Sınavı** gerçekleştirilmiş ve adayın durumu bu tutanakla tespit edilmiştir.

IV. Tez İzleme Komitesi Üyeleri

Unvanı	Adı Soyadı	İmza
1 Prof. Dr.	Danışman Ahmet YAMAN	
2 Prof. Dr.	Üye Halit GALIŞ	
3 Prof. Dr.	Üye Bilal AYBAKAN	
4 Prof. Dr.	Üye Orhan GEKER	
5 Yard. Doç. Dr.	Üye Abdurrahman SAVAŞ	

Not:

Bu belge, Tez Savunma Sınavı'ndan sonra üç gün içerisinde, Tez inceleme ve Değerlendirme Formu (Rapor) ile birlikte Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne gönderilmelidir.

(*)Tezi Reddedilen öğrenci, Reddedilen tezin bir nüshasını gerekçeli kararla birlikte Enstitüye teslim etmesi gerekmektedir.

Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ahmet Keleşoğlu Eğitim Fak. Erol Güngör Konferans Salonu Altı 42090 Meram Yeni Yol /Meram /KONYA
Tel: 0 332 324 5437 Faks: 0 332 324 5510 www.konya.edu.tr e-mail:sosbil@konya.edu.tr

BİLİMSEL ETİK SAYFASI

Öğrencinin	Adı Soyadı	Necmeddin GÜNEY
	Numarası	064144031001
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Temel İslam Bilimleri / İslam Hukuku
	Programı	Tezli Yüksek Lisans <input type="checkbox"/> Doktora <input checked="" type="checkbox"/>
Tezin Adı	Satım Akdi Özelinde İslam Borçlar Hukukunda Garar	

Bu tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

Necmeddin GÜNEY
(İmza)

ÖZET

Öğrencinin	Adı Soyadı	Necmeddin GÜNEY
	Numarası	064144031001
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Temel İslam Bilimleri / İslam Hukuku
	Programı	Tezli Yüksek Lisans <input type="checkbox"/> Doktora <input checked="" type="checkbox"/>
	Tez Danışmanı	Prof. Dr. Ahmet YAMAN
Tezin Adı	Satım Akdi Özelinde İslam Borçlar Hukukunda Garar	

İslam borçlar hukukundaki temel konulardan birisi olan garar, genel olarak akitlerdeki belirsizlik ve bilinmezlikleri ifade etmektedir.

Tez çalışmamızda, garar yasağının naslardaki temelleri, fıkıh literatüründeki algılanma ve yorumlanma biçimi, garar teriminin gelişim süreci ve gararın akidlere etkisi ele alınmıştır.

Çalışmamız bir giriş ve dört bölümden oluşmaktadır.

Giriş kısmında konunun fıkıh ilmi içindeki yerine, sınırlandırılmasına, araştırmanın amaç ve yöntemi ile kaynaklarına dair bilgilere yer verilmiştir.

Birinci bölümde garar teriminin kavramsal çerçevesi ortaya konulmuştur. Bu bölümde gararın anlamı ve tanımı, konuyla ilgili naslar, gararın mahiyeti, benzer terimlerle ilişkisi ve diğer hukuk sistemlerinde gararı ilgilendiren konular hakkındaki düzenlemelere yer verilmiştir. Bu bölümde, son olarak garar konusunun klasik literatürde ele alınış biçimi ve garar konusunda yapılan taksimlere giriş yapılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümü satım akdinin sigasında garar, üçüncü bölümü ise mebi ve semende garar konularına tahsis edilmiştir.

Çalışmamızın son bölümü olan dördüncü bölümde ise, gararın yasaklanmasındaki hikmet ile gararın satım akdi üzerindeki etkisi ve doğurduğu sonuçlar ele alınmıştır. Bu bölümde garar, akde etkisi açısından ele alınmış, gararın akdin sıhhatini etkilemesinin şartları ortaya konulmuş ve gararın hukukî sonuçları incelenmiştir. Çalışmamız, vardığımız neticeleri ve önerilerimizi içeren bir sonuç bölümüyle tamamlanmıştır.

SUMMARY

Öğrencinin	Adı Soyadı	Necmeddin GÜNEY		
	Numarası	064144031001		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Temel İslam Bilimleri / İslam Hukuku		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans <input type="checkbox"/>	Doktora	<input checked="" type="checkbox"/>
	Tez Danışmanı	Prof. Dr. Ahmet YAMAN		
	Tezin İngilizce Adı	Gharar in Islamic Law of Contracts with Special Reference to Sales Contract		

Gharar, which is one of the main issues in Islamic contract law, refers to uncertainty and ambiguity in contracts. In this dissertation, we have discussed the fundamentals of the prohibition of gharar, its perception and interpretation in fiqh literature, the process gharar underwent until it was coined as a term, its development process and its impact on contracts.

This study consists of an introduction and four chapters.

In the introduction, we have given a synopsis of the topic in Islamic law and mentioned the limitations, purpose and method of the study and listed the sources of our research.

In the first chapter, the conceptual framework of the term has been discussed. In this chapter, we have dealt with the meaning and definition of gharar, relevant quranic and prophetic texts, the nature of gharar and its relationship with other similar terms and compared it to similar regulations in other legal systems. Finally, in this section, the classification and handling of gharar in classical fiqh literature has been portrayed in general.

The second chapter of the thesis deals with gharar in the conditions and terms of a contract, while the third chapter is devoted to gharar in the subject matter and the price.

In the fourth chapter, we have discussed the wisdom behind the prohibition of gharar, its impact on sales contract and the consequences of the ban on contracts containing gharar. In this section, gharar is discussed in terms of its effect on contracts, the requirements of an gharar to be effective are introduced and the legal consequences of gharar is studied. The dissertation is completed with a conclusion that summarizes the results we reached and our recommendations.

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	14
ÖNSÖZ.....	15

GİRİŞ

ARAŞTIRMANIN ÇERÇEVESİ VE KAYNAKLARI

I. ARAŞTIRMANIN ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI	20
A. Araştırma Konusunun Akid Teorisi İçindeki Yeri ve Önemi	20
B. Konunun Sınırlandırılması.....	21
II. ARAŞTIRMANIN AMACI VE YÖNTEMİ	23
III. ARAŞTIRMANIN KAYNAKLARI	24
A. Klasik Eserler	24
B. Modern Çalışmalar.....	27
1. Yurt Dışında Yapılmış Çalışmalar	27
2. Türkiyede Yapılmış Çalışmalar	32

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÇERÇEVE

I. GARAR'IN ANLAMI VE TERİMLEŞME SÜRECİ.....	35
A. Sözlük Anlamı	35
B. Terim Anlamı ve Gelişim Süreci	40
1. Sahâbe ve Tâbiûn Dönemi	42
2. Müctehid İmamlar Dönemi	43
3. Müctehid İmamlar Sonrası Dönem	46
a. Hanefî Mezhebi.....	47
b. Mâlikî Mezhebi.....	48
c. Şâfiî mezhebi	51
d. Hanbelî Mezhebi.....	52
e. Zâhirî Mezhebi.....	54
f. Şii Mezhepler ve İbâzîler	55
Klasik Dönem Tanımlarının Genel Değerlendirmesi.....	58
4. Modern Dönem	59
a. Modernist yaklaşım.....	59
b. Muhafazakar Yaklaşım	60
II. GARAR YASAĞININ DELİLLERİ.....	63
A. Garar Yasağıyla İlgili Naslar	64
B. İcma	71
C. Kıyas	73
III. MAHIYETİ	74

<i>A. Rıza Ayıpları ve Garar Yasağı</i>	75
<i>B. Akid Serbestisi ve Garar Yasağı</i>	76
IV. BENZER TERİMLERLE İLİŞKİSİ	77
<i>A. Cehâlet</i>	77
1. Sözlük ve İstlahi Anlamı.....	77
2. Cehâletin Dereceleri.....	78
3. Cehâlet - Garar ilişkisi	80
a. Umûm-Husûs Mutlak.....	80
b. Umûm-husûs min vech	81
c. Cehâlet ile Garar Eş Anlamlıdır	83
<i>B. Kumar, Meysir ve Muhâtara</i>	85
1. Meysir ve Kumar	86
2. Muhâtara, Kumar ve Garar İlişkisi.....	87
<i>C. Hile, Tağrir ve Ğarûr</i>	91
<i>D. Gabin</i>	93
<i>E. Galat (Hata)</i>	94
V. DİĞER BAZI HUKUK SİSTEMLERİNDE GARAR	96
<i>A. Muhâtartalı Akidler (Sonuçları Talih ve Tesadüfe Bağlı Sözleşmeler)</i>	96
<i>B. Bedellerde Cehâlet ve Teslim Edilebilirlik</i>	99
1. Sözleşmelerde Esaslı ve İkinci Derecede Noktalar	99
2. Sözleşmelerde Edimde Aranan Şartlar	102
VI. FIKIH DOKTRİNİNDE GARAR KONUSUNUN ELE ALINIŞI VE TAKSİMİ.....	105
<i>A. Akdin Unsurları ve Şartları Açısından Garar</i>	105
<i>B. Gararın Taksimi</i>	107
1. Mâlikî Mezhebindeki Taksimler	107
2. Diğer Mezheplerdeki Taksimler.....	110

İKİNCİ BÖLÜM

SATIM AKDİNİN SİĞASINDA GARAR

I. GENEL ÇERÇEVE	115
II. YASAKLANAN BAZI CAHİLİYE SATIŞLARI	116
<i>A. Bey 'u 'l-hasât</i>	116
<i>B. Bey 'u 'l-mülâmese ve Bey 'u 'l-münâbeze</i>	119
1. Mülâmese.....	119
2. Münâbeze.....	120
III. ŞARTLI AKİDLER.....	122
<i>A. Takyid Şartları</i>	123
1. Mebi ile ilgili şartlar.....	127
a. Şart Muhayyerliği	127
b. Sünyâ Satışı	128
c. Mebinin Belli Bir Nitelikte Olması Şartıyla Satım.....	130
d. Ayıptan Sorumlu Olmama Şartı.....	131

2. Semenle İlgili Şartlar	132
a. Kaparolu Satım (Bey' u'l-urbân)	132
b. Nakit Muhayyerliği	137
c. Parayla ilgili diğer şartlar	138
<i>B. Ta'lik Şartları ve Zamana İzâfe</i>	138
IV. TEK AKIDDE BİRDEN FAZLA AKDİN VEYA ŞARTIN BİRLEŞMESİ	142
<i>A. Bir Satışta İki Satış (Bey'atân fî bey'a)</i>	142
1. İki Ayrı Fiyat ve Ödeme Planının Tespit Edilmesi	143
2. Karşılıklı İki Akid Yapılmasının Şart Koşulması	144
3. Bedellerden birinin iki seçenekli bırakılması	145
4. Farklı mebilere birinin tayin edilmeksizin satımı	146
5. Riba'yı Meşrûlaştırma Amacıyla Yapılan Satım	147
<i>B. Bir Akidde İki Akid (Safkatân fî safka)</i>	149
V. BAZI ARAP MEDENİ KANUNLARINDA SIGADA GARAR	151
<i>A. Muhâtaralı/İhtimâlî Akidler</i>	153
1. Kumar ve Bahis Akidleri	154
2. Ömür Boyu Gelir Sözleşmesi	154
3. Sigorta Akidleri	155
<i>B. Takyidi Şartlar, Şarta Talik ve Zamana İzafe</i>	157
1. Takyidi Şartlar	157
2. Şarta Talik ve Zamana İzafe	158

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SATIM AKDİNİN KONUSUNDA VE BEDELİNDE GARAR

I. GENEL ÇERÇEVE	159
II. SATIM AKDİNİN KONUSUNDA GARAR	160
<i>A. Cehâlet Sebebiyle Garar</i>	160
1. Mebinin Görülmemesi	160
a. Mebinin Görülmeden Satın Alınmasının Hükmü	161
b. Mebinin Görülmesi Konusunda Özel Durumlar	164
c. Görme Muhayyerliği	166
2. Mebinin Bizzat Tayin Edilmemiş Olması	167
a. Mebinin Bizzat Tayin Edilmemiş Olmasının Hükmü	167
b. Tayin Muhayyerliği	168
3. Mebinin Cinsinin Bilinmemesi	169
4. Mebinin Türünün Bilinmemesi	170
5. Mebinin Niteliğinin Bilinmemesi	171
a. Yerde Gömülü Kök Bitkilerin Satımı	172
b. Kabuklu Bitkilerin Satımı	173
6. Mebinin Miktarının Bilinmemesi	173
a. Götürü Usûlü Satış	175
b. Müzâbene ve Muhâkale	178
c. Arâyâ Satışı	180

d. Ham Maddelerin Aynı Cinsten Mamul Madde Karşılığında Değişimi	182
e. Hammaddenin İçindeki Mamülün Satılması	182
f. Memedeki Sütün Satımı	183
g. Hayvanın Sırtındaki Yünün Satımı	184
h. Dalgıç ve Balıkçı Satışları	185
7. Mebinin Teslim Tarihinin Bilinmemesi	185
B. Teslim Edilememe Riski Sebebiyle Garar	188
1. Teslimin Hukuken İmkansızlığı	191
a. Mübah Malın Satışı	192
b. Mülkiyeti Başkasına Ait Malın Satışı	195
2. Fiilen Teslim Edememe Riski	196
a. Kabzedilmemiş Mebinin Başkasına Satımı	196
b. Meğânim ve Sadakât Satışları	200
c. Kaçan, Kaybolan, Çalınan veya Gasbedilen Malın Satımı	200
d. Borcun Satımı (Bey' u' d-deyn)	204
C. Ma'dûm Olma Sebebiyle Garar	207
1. Gelecekte Mevcudiyeti Şüpheli Mebinin Satışı	211
a. Hayvan Dölllerinin ve Henüz Doğmamış Yavrularının Satışı	212
b. Zirâî Ürünlerin Satımı	217
2. Gelecekte Mevcudiyeti Kesin Mebinin Satışı	225
3. Selem ve İstisnâ' Akidleri	227
a. Selem	227
b. İstisnâ'	231
III. SATIŞ BEDELİNDE GARAR	233
A. Bedelin Cins ve Niteliğinin Bilinmemesi	235
B. Bedelin Miktarının Bilinmemesi	236
C. Ödeme Tarihinin Bilinmemesi	238
IV. BAZI ARAP MEDENİ KANUNLARINDA BEDELLERDE GARAR	241
A. Akid Mahallinde Cehâlet	241
B. Semende Cehâlet	242
C. Akid Mahallinin Mevcut olması	242

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

GARARIN YASAKLANMA GEREKÇESİ, SATIM AKDİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ VE SONUÇLARI

I. GENEL ÇERÇEVE	245
II. YASAKLANMA GEREKÇESİ AÇISINDAN GARAR	245
A. Fıkıh Literatüründeki Yaklaşımlar	246
B. Değerlendirme	250
III. GARARIN AKDİ ETKİLEMESİNİN ŞARTLARI	255
A. Malî muâvaza akidlerinden birinin söz konusu olması	255
B. Gararın sonuç doğuracak miktarda olması	259
C. Gararın akdin konusunda aslî olarak bulunması	265

<i>D. Akde ihtiyacın bulunmaması</i>	267
1. Zaruret ve Hacet	269
2. Meşakkat.....	273
3. Teâmül ve Örf.....	275
IV. GARARIN HUKUKİ SONUÇLARI	276
<i>A. Genel Fesâd Sebebi olarak Garar</i>	276
<i>B. Garara Dair Nehyin Akidlere Etkisi</i>	277
<i>C. Gararın Hukuki Sonucu</i>	279
V. DEĞİŞEBİLİRLİK VE GARAR.....	284
SONUÇ	286
BİBLİYOGRAFYA	289

KISALTMALAR

AAOIFI: Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions
(İslamî Finans Kurumlarının Muhasebe ve Denetim Organizasyonu)

- b. : İbn, bin
bkz. : bakınız
c. : cilt
DİA : Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, İstanbul 1988 →
eBK : 818 sayılı mülğa Borçlar Kanunu (1926)
EI² : *Encyclopaedia of Islam (New Edition)*
h. : Hicrî
hk. : hakkında
Hz. : Hazreti
krş. : karşılaştırınız
ktp. : Kütüphanesi
md. : maddesi
MK : Medeni Kanun(u)
Mv.F. : el-Mevsûatü'l-fikhiyye, Kuveyt 1404/1983-2006
nşr. : neşreden
ö. : ölüm tarihi
s. : sayfa
(s.a.) : sallallâhu aleyhi ve sellem
sy. : sayı
TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (2011)
TMK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (2001)
thk. : tahkik eden
ty. : yayım tarihi yok
Ü. : Üniversitesi
vr. : varak
vb. : ve benzeri, ve benzerleri
vd. : ve devamı
yy. : yayım yeri yok

ÖNSÖZ

Bismillâhirrahmânirrahîm.

Alemlerin rabbı olan Allah'a hamd, O'nun kulu ve elçisi olan Hz. Muhammed'e (s.a.), âline ve ashabına salât u selâm olsun...

Bir sosyal düzen kuralları manzumesi olan İslam hukuku, bu niteliğiyle müslümanların ibadet hayatı yanında sosyal ve ekonomik hayatına dair ayrıntılı hükümler ihtiva eden bir ilimdir. Muâmelât genel başlığı altında yer alan borç ilişkileri ve ticaret meseleleri, bu ilim içinde önemli bir yere sahiptir. Bu alanlarda yapılan düzenlemelerde genel olarak akid serbestisi ilkesi benimsenmiş, adaletin sağlanması hedeflenmiş, tarafların karşılıklı hakları ve rızaları korunmaya çalışılmış, rızayı zedeleyen ve tarafları tartışma ve çekişmeye sürükleyebilecek muhtemel olumsuz durumların oluşması önceden önlenmeye çalışılmıştır.

İslam hukukunda bir akdin meşrû olarak kurulabilmesi için, *akdin amacının meşrû olması* ve *karşılıklı rızanın temini* şarttır. Satım akdi başta olmak üzere, fıkhıdaki isimli (tipik) akidler (*el-ukûdu'l-musemmât*), akdin amacının meşrû olmasını sağlayan standart akidlerdir. Karşılıklı rıza ise, Kur'an'ın kendisine yaptığı vurgu sebebiyle İslam borçlar hukukunun temel ilkelerindedir. Karşılıklı rıza, her şeyden önce, tarafların akdin kendisi/mahiyeti, akdin konusu ve akdin neticesi hakkında yeterli bilgiye sahip olmalarına bağlıdır.

Bununla birlikte, gerek isimli akidler, gerekse de günümüzde ortaya çıkan yeni akid türleri, çeşitli oranlarda *belirsizlik* ve *bilinmezlik* içerebilmektedir.

Fıkıh literatüründe bu tür belirsizlik ve bilinmezlikler *garar* ve *cehâlet/cehl* terimleri altında ele alınmış ve sünnetteki düzenlemeler dikkate alınarak, belli oranın üstünde garar içeren akidler yasaklanmıştır. Garar yasağının etki alanı çok geniş kapsamlıdır ve özellikle satım akdini ifsad eden birçok husus, köken itibarıyla gararla ilgilidir. Bu açıdan garar yasağı, İslam hukukunda akid serbestisine getirilen önemli sınırlamalardan biridir.

Garar konusu, klasik fıkıh literatüründe, diğer birçok terim gibi, kazuistik örnekler çerçevesinde ve farklı bölümlerde dağınık olarak ele alınmış, genellikle garar için müstakil bir başlık ayrılmamıştır. Klasik literatürde, gararın yasak olduğunda ittifak olmakla birlikte, bu yasağın anlamı ve kapsamı hakkında farklı görüşler söz konusu olmuştur.

Öte yandan garar yasağı, İslam borçlar hukuku ve İslam iktisadı alanında yapılan modern çalışmalarda, özellikle sigorta sözleşmesi, türev ürünler gibi bazı konularda riba yasağı yanında sıkça gündeme gelmiştir. Ancak bu çalışmalarda daha ziyade riba konusuna

yoğunlaşmış, garar yasağının klasik literatürde nasıl anlaşıldığını ve günümüzde nasıl anlaşılması gerektiğini ortaya koyan çalışmalar yeterince yapılmamıştır. Az sayıda yapılan çalışmada ise, yasaklanan veya şartları düzenlenen belirli satım türleri ele alınmış, genel bir garar teorisine ulaşılamamıştır.

Konunun çağdaş çalışmalarda yeterince işlenmemiş olması sebebiyle olsa gerek, birçok araştırmacı, aynı kökten gelen *tağrir* ile *gararı* birbirine karıştırmakta, *garar* terimine 'aldatma' anlamı vermektedir. Halbuki garar, belirsizlik ve bilinmezlik anlamı içerirken; *tağrir*, *hile* ve *tedlis* ile eşanlamlı olarak aldatma anlamında kullanılan bir terimdir.

Çalışmamız fıkıh literatüründe kazuistik olarak bulunan garar konusunu, genel ilkelere bağlayarak bir nazariye haline getirmeyi hedeflemektedir. Bu amaçla, garar yasağının naslardaki temelleri, fıkıh literatüründeki algılanma ve yorumlanma biçimi, garar teriminin gelişim süreci ve gararın akidlere etkisi vb. konular geniş biçimde ele alınmıştır.

Çalışmamız bir giriş ve dört bölümden oluşmaktadır. Giriş kısmında konunun fıkıh ilmi içindeki yerine, sınırlandırılmasına, araştırmanın amaç ve yöntemi ile kaynaklarına dair bilgilere yer verilmiştir.

Birinci bölümde garar teriminin kavramsal çerçevesi ortaya konulmuştur. Bu bölümde gararın anlamı ve tanımı, konuyla ilgili naslar, gararın mahiyeti, benzer terimlerle ilişkisi ve diğer hukuk sistemlerinde gararı ilgilendiren konulara dair düzenlemelere yer verilmiştir. Bu bölümde, son olarak garar konusunun klasik literatürde ele alınış biçimi ve garar konusunda yapılan taksimlere değinilmiştir.

Birinci bölümdeki taksimlerden yola çıkarak, çalışmanın ikinci bölümü satım akdinin sigasında garar, üçüncü bölümü ise mebi ve semende garar konularına tahsis edilmiştir.

Çalışmamızın son bölümü olan dördüncü bölümde ise, önceki bölümlerde verilen bilgilerden hareketle, gararın yasaklanmasındaki hikmet ile gararın satım akdi üzerindeki etkisi ve doğurduğu sonuçlar ele alınmıştır. Bu bölümde garar, akde etkisi açısından ele alınmış, gararın akdin sıhhatini etkilemesinin şartları ortaya konulmuş ve gararın hukukî sonuçları incelenmiştir. Çalışmamız, vardığımız neticeleri ve önerilerimizi içeren bir sonuç bölümüyle tamamlanmıştır.

Takdir edileceği üzere, garar gibi medeni hukukun neredeyse bütün alanlarını kapsayan bir konunun tek bir doktora teziyle bütün boyutlarının incelenmesi mümkün değildir. Elinizdeki bu çalışmanın, garar konusunun günümüzde daha iyi anlaşılmasına katkıda bulunmasını ve günümüzde ortaya çıkan yeni akid türlerine sağlıklı hüküm verilmesini sağlayacak teorik bir alt yapı teşkil etmesini temenni ediyorum. Ayrıca bu alanda yapılacak daha spesifik çalışmalara zemin hazırlamasını ümit ediyorum.

Bu vesileyle, gerek konu tespiti ve gerekse sonraki süreçlerde önerileriyle bana yol gösteren ve teşvikleriyle beni destekleyen danışman hocam Prof. Dr. Ahmet Yaman'a teşekkürlerimi sunuyorum. Ayrıca tez izleme heyetimde bulunan ve istişarelerimde bilgi ve görüşlerinden istifade ettiğim değerli hocalarım Prof. Dr. Halit Çalış ve Yard. Doç. Dr. Abdurrahman Savaş'a; tez savunmasında eleştirilerinden istifade ettiğim Prof. Dr. Orhan Çeker ve Prof. Dr. Bilal Aybakan'a ve diğer bütün hocalarıma da şükranlarımı arz ediyorum. Hocalarımın sundukları çok kıymetli öneri ve eleştirilerin bir kısmını tezin bu haline yansıtamadım ancak inşallah çalışmamı kitaplaştırma sürecinde bütün önerileri dikkate alacağım.

Nihayet, üzerimde hiçbir zaman ödeyemeyeceğim emekleri bulunan sevgili anne ve babama; evliliğimizin başından itibaren araştırma görevliliğinin sıkıntılarını benimle birlikte çeken, lisansüstü çalışmalarım boyunca fedakarlıkta bulunan vefakâr eşime ve yavrularımız Mustafa Ahmet ve Abdullah Baha'ya, sabır, anlayış ve desteklerinden dolayı teşekkürü bir borç biliyorum.

Gayret bizden, muvaffâkiyet Allah'tandır.

Necmeddin Güney

Konya - 2013

GİRİŞ

ARAŞTIRMANIN ÇERÇEVESİ VE KAYNAKLARI

Kur'an'ın nazil olduğu dönemde, Arap yarımadasında ticaret çok ciddi bir konuma sahipti. Ticaret kervanları ve panayırlar son derece canlı bir ticarî hayatı yansıtıyorlardı. Mekke önemli bir ticarî merkez haline gelmişti. Ticaret kervanları mudâربه yöntemiyle veya faizli kredilerle finanse ediliyordu. Ayrıca çok sayıda farklı ticarî uygulama ve akid söz konusuydu.

Bu ticarî hareketlilik, Arapların geçimlerini sağladıkları birçok olumlu ticarî faaliyeti içermekle beraber, başta faizden kaynaklanan zulüm ve sömürü olmak üzere, manipülasyon, aldatma, haksızlık ve kumarvârî belirsizlik içeren çok sayıda akdin de icra edildiği; ticarî ahlakın zayıfladığı ve güçlünün zayıfı sömürdüğü bir ortama da zemin hazırlamıştır. Mesela tezin ilerleyen sayfalarında ele alacağımız birçok satış türü (*bey'u'l-hasât, mülâmese, münâbeze, müzâbene, mecr, melâkih, medâmîn, habelu'l-habele* vb. satışlar), karşılıklı rızanın ve bedeller arasındaki adaletin ihlal edildiği bu tür akidlerdendir.¹

İslam dini, sosyal hayata dair genel ilkeleriyle ve ticarî hayata yönelik özel ilkeleriyle ticarî alanı düzenlemiştir. Adalet, güven, dürüstlük, iyilikte yardımlaşma gibi hususlar genel ilkeleri teşkil ederken; ticaretin helal yoldan gerçekleştirilmesi, akidlerin karşılıklı rızaya dayanması, aldatma vb. ahlaki olmayan uygulamalardan uzak durulması özel ilkeleri oluşturmaktadır.

Hz. Peygamber (s.a.), İslam'ın getirdiği bu ilkeleri esas alarak, o dönemdeki ticarî uygulamalardan bu ilkelerle tam uyum halinde olanlarını aynen korumuş; yeterince

¹ İslam öncesi ticarî hayat hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cevâd Ali, *el-Mufasssal fî târihi'l-Arab kable'l-İslâm*, 7/365-452; H. İbrahim Hasan, *İslam Tarihi*, (Çeviren: İsmail Yiğit ve diğerleri), İstanbul 1985, 1/17-98; Neşet Çağatay, *İslam Öncesi Arap Tarihi ve Cahiliye Çağı*, Ankara 1982; Darîr, *el-Garar*, s. 64-65; İbn Abdullah, *The Concept of Gharar*, s. 19-29.

uymayanlarına belirli şartlar ve kriterler koyarak çekidüzen vermiş; bu ilkelere tünden ters olan bir kısmını ise yasaklayarak bunların ticarî uygulamadan kalkmasını sağlamıştır. Mesela *cuâle* (yapılacak bir iş karşılığında ücret veya mükâfât vaadi) ve *umrâ* (bağışlayan kişinin hayatta bulunduğu süreyle sınırlı hibe) cahiliye döneminde uygulanan ve İslam'ın da izin verdiği işlemlerdir. Cahiliye döneminde de uygulanan *selem* akdine ise belli kayıtlar getirilerek izin verilmiştir. Yine uygulanmakta olan *habelu'l-habele* vb. birçok akid ise İslam'ın garar konusundaki ilkelerine ters düştükleri için tamamen yasaklanmıştır. Bu döneme konumuz açısından baktığımızda, İslam hukukundaki garar yasağının cahiliye döneminde uygulanmadığı, İslam'ın ticaret hayatına getirdiği yeni bir düzenleme olduğu görülmektedir.²

I. Araştırmanın Önemi ve Sınırlandırılması

A. Araştırma Konusunun Akid Teorisi İçindeki Yeri ve Önemi

Garar, İslam borçlar hukukunda önemli fesâd sebeplerinden biridir. Bu da garar konusunu, borçlar hukukunun önemli konularından birisi haline getirmektedir. Öte yandan garar yasağı, akdin in'ikâd ve sıhhat şartlarıyla da yakından ilgilidir. Akid mahallinin ma'lum olması, zararsız olarak teslim edilebilir olması, mevcut ve satıcının mülkiyetinde olması, ayrıca akidde fâsid şart bulunmaması gibi hususlar, akidlerde garar oluşmaması için konulmuş şartlardır. Bunun yanı sıra, naslarda özel olarak yasaklanan veya fakihlerin kıyâs yoluyla fâsid kabul ettiği birçok satım türünün de garar sebebiyle yasaklandığı görülmektedir.

Konunun önemi, birçok klasik dönem İslam hukukçusu tarafından da dile getirilmiştir: Mesela Mâlikî fakih Ebubekir İbnü'l-'Arabî (ö. 543/1148), *Ahkâmu'l-Kur'ân*'ında muâvezât alanındaki yasakları, temel olarak *riba*, *bâtıl* (yani bâtil yolla kazanç) ve *garar* konusundaki yasaklar olarak tespit etmiş ve gararın da mahiyet itibariyle 'bâtıl' kısmına irca edilebileceğini ifade etmiştir.³ Yine İbnü'l-'Arabî muâvezât alanının bina edildiği dört temel esastan birisi olarak, *garar* konusundaki hadisleri (*ehâdîsu'l-ğarar*) zikretmiştir.⁴

² Darîr, *el-Garar*, s. 66.

³ İbnü'l-'Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, 1/324:

ولا تخرج عن ثلاثة أقسام؛ وهي الربا، والباطل، والغرر. ويرجع الغرر بالتحقيق إلى الباطل فيكون قسمين على الآيتين

⁴ İbnü'l-'Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, 1/137:

وأساس المعاوضات بيني عليها، وهي أربعة: هذه الآية وقوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربا (البقرة) وأحاديث الغرر واعتبار المقاصد والمصالح

Yine Kurtubalı Mâlikî fakih İbn Rüşd el-Hafîd (ö. 595/1198) *Bidâyetü'l-müctehid*'inde satım akdinde aslî fesâd sebeplerini dörde irca etmiş ve üçüncü sırada gararı saymıştır.⁵

Şâfiî mezhebinin önde gelen fakihlerinden Nevevî (ö. 676/1277) ise gararlı satışın yasaklanmasının *kitâbu'l-buyû*'un temel ilkelerinden biri olduğunu ve bu kapsam dâhiline çok sayıda konunun girdiğini ifade etmektedir.⁶

Günümüz araştırmacıları da borçlar hukuku alanındaki fesâd sebeplerini sayarken garar konusuna yer vermişlerdir. Birçok araştırmacı İslam hukukunun modern Batının borçlar ve ticaret hukukundan ayrıldığı başlıca iki husus olarak *riba* ve *garar* yasaklarını saymaktadır.⁷

Borçlar hukukundaki önemine ve günümüz iktisadi işlemlerindeki yaygınlığına rağmen garar konusu yeterince bilinmemektedir. Bu durumu, İslamî finansal işlemlerin en yüksek piyasa payına sahip olduğu Malezya'da gerçekleştirilen bir anket sonucu da desteklemektedir: Mikro kredi kullanan girişimcilerin İslamî finans terminolojisine vukûfiyetini tespit amacıyla yapılan bir ankette, katılımcıların %91.1'i *garar* teriminin ne olduğunu bilmediklerini belirtmiştir. Aynı ankette '*ribâ*' terimi hakkında bilgisi olmadığını belirtenlerin oranı ise %21.8'dir.⁸

B. Konunun Sınırlandırılması

Garar, muâmelât alanındaki hemen hemen her konuyu ilgilendirmektedir. Bey, selem, istisnâ' ve icâre gibi *muâvezâta*, şirket akidlerinde, hibe ve vasiyet gibi *teberruâta*, rehin, vekâlet, kefâlet, cuâle ve nikah akidlerinde garar konusu sıklıkla gündeme gelmektedir. Bu kapsam genişliği sebebiyle, garar konusunu sınırlandırmadan ele almak, yapılan araştırmanın -daha önce yapılan bazı çalışmalarda olduğu üzere- geniş kapsamlı olmasına ve bu sebeple yüzeysel kalmasına yol açacaktır.

Bu sebeple biz araştırma konumuzu satım akdiyle sınırlandırdık. Bilindiği üzere satım akdi, fıkıh literatüründe hem borçlar hukukunun genel ilkeleri, hem de diğer akid türleri

⁵ İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/125:

الأسباب التي من قبلها ورد النهي الشرعي في البيوع وهي أسباب الفساد العامة وجدت أربعة: ... والثالث الغرر ... وهذه الأربعة هي بالتحقيق أصول الفساد.

⁶ Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/258; Nevevî, *Sahih Müslim bi-şerhi'n-Nevevî*, 10/156:

وأما النهي عن بيع الغرر فهو أصل عظيم من أصول كتاب البيوع

⁷ Bkz. Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, 3/14; Coulson, *A History of Islamic Law*, s. 138; Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. xvi-xvii.

⁸ Norma Md Saad ve Jarita Duasa, "Determinants of Economic Performance of Micro-credit Clients and Prospects for Islamic Microfinance in Malaysia", *ISRA International Journal of Islamic Finance*, Vol. 2, Issue 1 (2010), s. 123.

açısından bir ‘*model/prototip akid*’ durumundadır. Diğer bir ifadeyle, satım akdi, diğer akid türlerine de temel teşkil eden bir ‘*tipik akid*’dir. Nitekim naslarda gararla ilgili düzenlemeler daima satım akdi bağlamında zikredilmiştir. Öte yandan, klasik fıkıh literatüründe de garar konusu en çok satım akdi ve şirket konularında ele alınmıştır.⁹ Netice itibariyle, garar konusunu satım akdi üzerinden ele almak, hem garar yasağının mahiyetinin daha iyi anlaşılmasını, hem de konunun bir tez konusu olacak şekilde sınırlandırılmasını sağlayacaktır.¹⁰

Bu noktada, satım akdinin kapsamı gündeme gelmektedir. Arapçada satım akdi için kullanılan *bey*‘ ve *şirâ* fillerinin her ikisi de sözlük anlamı olarak “mutlak mübâdele” anlamına gelir. Nitekim fıkhi ıstılahta da genel olarak “*bir mütekavvim mal ile başka bir mütekavvim malın (karşılıklı rızayla) değişimi*” olarak tanımlanmıştır.¹¹

Mezheplerin mal anlayışına da bağlı olarak, *bey*‘ kapsamına giren akidler değişkenlik göstermektedir. Mezheplerdeki görüşler incelendiğinde *bey*‘ teriminin, *geniş*, *orta* ve *dar* olmak üzere üç kapsama sahip olduğu söylenebilir:

a) En geniş anlamıyla *bey*‘ terimi, bütün *muâvezâtı* kapsar. Buna göre, peşin ve vadeli satışlar (*mutlak bey*‘), trampa (*mukâyaza*), selem, istisnâ‘, sarf ve hatta icâre akidleri *bey*‘ kapsamındadır.¹²

b) *Bey*‘in orta kapsamlı anlamı, mutlak *bey*‘i, selem, istisnâ‘ ve mukâyazayı içermektedir.¹³

c) *Bey*‘in dar anlamı ise, mutlak *bey*‘i ifade eder. Mutlak *bey*‘, bir malı (*mebi*) peşin veya vadeli bir bedel (*semen*) karşılığında satmaktır.¹⁴ (Burada *mebi ayndır*, *semen deyndir*.)

Biz çalışmamızda orta kapsamlı anlamı esas alarak, mutlak *bey*‘, trampa, selem ve istisnâ‘ akidlerini tez kapsamına aldık. En geniş dairede yer alan icâreyi tezimizin kapsamı dışında tuttuk. Zirâ icâre, satımdan özü itibariyle farklıdır, icâre mal yerine *menfaatın*

⁹ Zerkâ, *el-Medhal*, 2/745.

¹⁰ Bardakoğlu, Ali, “Gabn”, *DİA*, 13/269; Dönmez, İ. Kafi, “Garar”, *DİA*, 13/367; Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 3.

¹¹ Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 5/133, 299; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/5; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/3; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, 6/247. (البيع في اللغة: مطلق المبادلة ... وفي الشرع: مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تملكاً وتملكاً (الاختيار).

¹² Bkz. Şâfîî, *el-Ümm*, 5/43, 45 (والإحارات صنف من البيوع); İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/384 (selem), 8/7, 22 (icâre); İbnü’l-Kayyım, *I’lâmu’l-muvakkîn*, 2/24 (icâre).

¹³ Bkz. İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, 6/400:

البيع ... ثلاثة أنواع: بيع الدين بالدين وهو السلم، وبيع العين بالعين وهو المقايضة، وبيع العين بالدين وهو البيع المطلق.

¹⁴ “Bey”, *Mv.F.*, 9/8.

temlikidir ve satımın aksine *süre veya işle sınırlıdır*. Aynı şekilde sarf akdini de, sadece kıymetli madenlerle ve paralarla ilgili özel hükümlere sahip olması ve temelde ribayı ilgilendirmesi sebebiyle mümkün olduğunca tezimizin dışında tutmaya çalıştık. Ancak ‘mebinin miktarındaki cehâlet’ konusunda zorunlu olarak sarf akdini ilgilendiren bazı hususlara değinmek durumunda kaldık.

II. Araştırmanın Amacı ve Yöntemi

Bilindiği üzere, İslam hukuku ilk dönemlerinden itibaren meseleci (kazuistik) bir metodla tedvin edilmiştir. Fıkıh edebiyatı içinde özellikle muâmelât konuları ayrıntılı şekilde ele alınmış ve oldukça geniş bir yekün tutmuştur.¹⁵

İslam hukukçuları, garar konusundaki hükümleri ortaya koyarken, bunu çeşitli verileri yorumlayarak gerçekleştirmişlerdir. Bu veriler, doğrudan gararla ilgili naslar, garar içeren satım türlerine dair naslar ve ticarî hayata dair İslam hukukunun genel ilkeleridir. Yukarıda söz konusu edilen meseleci metod sebebiyle, garar konusu da farklı bölümlerde ve genellikle münferid örnekler çerçevesinde ele alınmıştır. Ancak zaman zaman konuyla ilgili genel ilkelerin tespiti şeklinde daha teorik çıkarımlar yapıldığı da olmuştur.¹⁶

Günümüzde İslam borçlar hukuku alanında yapılan çalışmalara bakıldığında, genellikle klasik literatürdeki verilerin derlendiği ve bunlardan tümevarım yoluyla genel bir teoriye ulaşılmaya çalışıldığı görülmektedir. Biz de bu çalışmamızda, garar konusunu satış akdi çerçevesinde inceleyerek, konunun klasik literatürdeki ele alınış biçimini tikel örneklerden ve meseleci çözümlerden hareketle ortaya koymaya çalışacağız. Bu veriler neticesinde, günümüzde İslam borçlar hukuku alanında kriter olarak kullanılabilen genel ilke ve prensiplere sahip bir garar teorisi geliştirmeye gayret edeceğiz. Bu tezin belki de en önemli amacını, akde tesir eden ve etmeyen garar için sağlam bir teorik çerçeve ve ölçüt belirlemek oluşturmaktadır.

Söz konusu amaçlara ulaşmak için, öncelikle gararın fakihlerce yapılan tanımları, nasıl anlaşıldığı ve kapsamı ortaya konacaktır. Garar konusunda mezhep görüşleri arasındaki ortak paydalar, ihtilaf edilen hususlar ve ihtilaf sebepleri, tarafların kendi görüşlerini teyid için sunduğu delillerle birlikte kronolojik olarak tespit edilecektir. Böylece garar yasağının genel

¹⁵ Saleh, Nabel, “Definition and Formation of Contract under Islamic and Arab Laws”, *Arab Law Quarterly*, Cilt: 5, No: 2, Mayıs 1990, s. 101; Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 2.

¹⁶ Dönmez, “Cehâlet”, *DİA*, 7/220; Dönmez, “Garar”, *DİA*, 13/367.

akid teorisi içindeki yeri ve *makâsîd* (dini hükümlerin gayesi) açısından konumu tespit edilmeye çalışılacaktır.

Bu noktada, çalışmamızın bazı zorluklarla karşı karşıya olduğunu belirtmeliyiz. Mesela konuyu daha sistematik olarak incelemek için çalışmamızın bölümleri akdin unsurlarına göre tasnif edilmiştir. Ancak klasik kaynaklarda yer alan birçok garar örneği, akdin birden çok unsurunda garar içermektedir. Bu da çalışmamızda hem tasnif zorluğuna hem de zaman zaman aynı örneklerin tekrarına yol açmaktadır. Bunun çözümü olarak biz, çok yönlü garar içeren alt akid türlerini en uygun olduğu yerde ayrıntılı olarak ele alacak, ilgili diğer başlıklarda ise buna atıfla yetineceğiz. Çalışmamızdaki bir diğer zorluk ise, cahiliyede uygulanmış ancak günümüzde unutulmuş bazı akid türlerinin ve örneklerin de gündeme gelmiş olmasıdır. Konunun tam olarak anlaşılması için, bu akid türlerinin de incelenmesi zorunlu görülmüştür.

III. Araştırmanın Kaynakları

Çalışmamızda, Kur'an ve sünnet nasları başta olmak üzere, sahâbe ve tâbiûn fetvalarına ve klasik İslam hukuku kaynaklarına başvurulmuştur. İslam hukuku çerçevesinde, dört fıkıh mezhebi ve Zâhirî mezhebi kaynakları başta olmak üzere, zaman zaman Zeydî, Câferî ve İbâzî mezheplerine de müracaat edilmiştir. Ayrıca fıkıh usûlü, hadis ve tefsir literatüründen de ihtiyaç oranında istifade edilmiştir. İslam dünyasında ve Batıda konuyla ilgili yapılan modern çalışmalara da müracaat edilmiştir.

A. Klasik Eserler

Klasik fıkıh kaynaklarında gararın ve konuyu ilgilendiren furû örneklerin tek bir başlık altında toplanmadığını, çok farklı konular altında yer aldığını belirtmiştik. Çalışmamız esnasında kaynaklarda özellikle üç vesileyle satım akdinde garar konusuna yoğun olarak değinildiğini tespit ettik:

a) Fâsid veya yasaklanan satımlar:

Birçok klasik fıkıh kaynağında, '*fâsid/yasaklanan satımlar*' (البيوع الفاسدة، البيوع المنهي عنها) başlıkları altında garar konusuna yoğun olarak değinilmiştir. Bu başlık altında, naslarda yasaklanmış olan satım türleri tek tek ele alınmış ve her biri hakkında ayrıntılı açıklamalara ve örneklere yer verilmiştir. Bu satım türleri incelendiğinde büyük bir kısmının ya doğrudan garar içermesi ya da başka unsurlarla birlikte garar da içermesi sebebiyle yasaklandığı görülmektedir.

b) Satım akdinin şartları:

Bazı fıkıh eserleri, bir akdin geçerli olabilmesi için gerekli in'ikâd ve sıhhat şartlarını sistematik olarak ele almıştır. Bu şartlardan özellikle *mâlum olma*, *teslime güç yetirme*, *satıcının mülkiyetinde olma* ve *mevcut olma* (*ma'dûm olmama*) şartları, temel itibariyle garar yasağına dayanmaktadır. *Fâsid şart içermeme* şartı da belli oranda gararla ilgilidir. Bu eserlerde bu şartlar vesilesiyle garara ve gararlı satımlara yoğun olarak değinilmektedir.

c) Müstakil olarak garar başlığı altında:

Bazı kaynaklarda garar konusuna müstakil başlık ayrıldığı da görülmektedir. Ancak bunların da çoğunluğu garar konusunu tüm yönleriyle sistematik olarak bu başlık altında incelememiş, başka yerlerde de garar kapsamındaki bazı satışlara ve garar konusuna değinmişlerdir.

Bu üç yer dışındaki bazı konularda da garar konusuna sıkça atıflar yapılmıştır. Özellikle muhayyerlikler bahsi bunlardandır.

Konuya fıkıh mezhepleri açısından tek tek baktığımızda, şu durum gözlenmektedir:

a) Hanefî kaynaklarda garar konusu hemen her zaman *Kitâbu'l-buyû'* altındaki fâsid satışlarla ilgili fasıllarda (البيع الفاسد، البيوع الفاسدة) yer almaktadır. Buralarda tikel olarak zikredilen geçersiz satım türlerinden bahisle garar gündeme gelmektedir. Ayrıca muhayyerlikle ilgili fasıllarda da sıkça garara atıfta bulunmaktadır. Sıhhat şartlarında ise garar terimi ancak nadiren zikredilmektedir.

Tespitimize göre, Hanefilerde gararı ilgilendiren müstakil bir risâle de kaleme alınmıştır. Mısırlı Hanefî fakihî Hasan b. Ammar Şürübülâlî (ö. 1069/1659) tarafından yazılan ve müellifin risalelerini derlediği *et-Tahkîkâtü'l-kudsîyye* isimli eserinde otuzbeşinci risaleyi teşkil eden *Nefisü'l-metcer bi şirâ'i'd-dürer* isimli risale, cinsi bilinen ancak miktar ve sıfatı (nicelik ve niteliği) bilinmeyen şeylerin satımının cevazından bahsetmektedir. Risale, ismini, inci içeren istiridyenin içi açılmadan satılması örneğinden almıştır.

b) Mâlikî mezhebinin ilk kaynaklarından *Muvatta'* da ve *Müdevvene'* de garar başlıklı birer bâb/kitap bulunmakla birlikte¹⁷, ilk eserdeki başlığın içeriği tüm garar konularını kapsamamaktadır, ikinci eser ise garar içeren tikel örnekleri bir başlık altında sıralamakla yetinmiştir ve sistematik bir tasnife sahip değildir. Sonraki bazı kaynaklarda ise konu daha bütüncül olarak ele alınmıştır. Tespitlerimize göre, garar konusunu tümevarım yoluyla tasnif ederek, müstakil bir başlık altında ve sistematik olarak ele alan üç kaynak bulunmaktadır:

¹⁷ Muvatta, "Buyû", 75 (4/960): (بيع الغرر); Sahnûn, *el-Müdevvene*, 3/252-270: (كتاب الغرر).

Bunlar İbn Rüşd el-Cedd'in (ö. 520/1126) *el-Mukaddimâtü'l-mümeħhidât*,¹⁸ İbn Rüşd el-Hafid'in (ö. 595/1198) *Bidâyetü'l-müctehid*¹⁹ ve İbn Cüzey'in (ö. 741/1310) *el-Kavânînü'l-fikhiyye*²⁰ isimli eserleridir. Öte yandan, Mâlikîlerdeki iki önemli kısa metin olan İbn Ebî Zeyd el-Kayrevânî'nin (ö. 386/996) *er-Risâle*'si ve Halil b. İshâk'ın (ö. 776/1374) *el-Muhtasar*'ı üzerine yapılan şerh ve hâşiye çalışmalarında ise konu ya dağınık olarak ele alınmıştır, ya da (البیوع المنهي عنها), (البیوع الفاسدة) veya (العقود الفاسدة) gibi başlıklar altında gündeme gelmektedir.

c) Şâfiî mezhebinin ilk kaynakları *el-Üm*'de ve Müzenî'nin (ö. 264/878) *el-Muhtasar*'ında gararla ilgili birer başlık (باب بيع الغرر) bulunmakla birlikte, bu başlık sadece gararın yasaklandığına dair rivayeti içermektedir. Tespitlerimize göre, Şâfiî kaynaklardan garar konusunu müstakil bir başlık altında toplayarak inceleyen üç kaynak bulunmaktadır: Bunlar, Mâverdî'nin (ö. 450/1058) *el-Hâvî'l-kebir*'i²¹; Şîrâzî'nin (ö. 476/1083) *el-Mühezzeb*'i²² ve onun Nevevî tarafından kaleme alınan *el-Mecmû* isimli şerhidir.²³ Ancak her üç eser de garar içeren satım örneklerinin çoğunluğunu bir başlık altında toplayıp incelemekle yetinmiş, bunlardan tümevarım yoluyla bir çerçeve nazariyeye ulaşmamıştır. Bunların dışında çok sayıda kaynakta, konu satım akdinin sıhhat şartlarından *teslime güç yetirme* ve *mâlum olma* konularında ele alınmıştır.

d) Hanbelî mezhebi kaynaklarında konu genellikle *satım akdinin şartları* (شروط البيع) başlığı altında ele alınmıştır. Garar konusuna müstakil bir başlık ayrılmamıştır.

e) Şevkânî (ö. 1250/1834) gibi bazı müellifler de konuyu müstakil başlık altında incelemiştir²⁴ ve garar nedeniyle yasaklandığı kanaatinde oldukları satım türlerini bu başlık altında toplamışlardır.

¹⁸ İbn Rüşd el-Cedd, *el-Mukaddimâtü'l-mümeħhidât*, 2/71-83: (كتاب الغرر)

¹⁹ İbn Rüşd el-Hafid, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/148-159:

(الباب الثالث: وهي البيوع المنهي عنها من قبل الغبن الذي سببه الغرر) veya (الباب الثالث: في البيوع المنهي عنها بسبب الغرر)

²⁰ İbn Cüzey, *el-Kavânînü'l-fikhiyye*, s. 404-406: (الباب الخامس: في بيع الغرر)

²¹ Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebir*, 5/324-336: (باب بيع الغرر)

²² Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 2/12-22: (باب ما نهي عنه من بيع الغرر وغيره)

²³ Nevevî, *el-Mecmû*, 9/257-363: (باب ما نهي عنه من بيع الغرر وغيره)

²⁴ Şevkânî, *Neylu'l-evtâr*, 10/29: (باب النهي عن بيع الغرر)

Görüldüğü üzere, mezheplerin literatürü açısından bakıldığında, garar açısından en kapsamlı ve sistematik yaklaşımlara, sonraki dönem bazı Mâlikî kaynaklarında rastlanmaktadır. Literatürün çoğunluğu ise konuya münferit örnekler biçimde yer vermiş; kimi eserler bu örnekleri tek başlık altında toplarken, kimisi de farklı fasılların altına serpiştirilmiş şekilde yer vermişlerdir.

Fıkıh dışındaki literatüre bakıldığında şu durum görülmektedir:

a) Hemen tüm hadis kitapları, gararlı satışı bir bâb konusu yapmışlardır. Ancak burada sadece Hz. Peygamber'in (s.a.) gararı nehyettiğine dair rivayete yer vermişler; garar sebebiyle yasaklanan alt satım türlerini bu başlık altında toplama yoluna gitmemişlerdir. Gararlı satışın alt türlerini oluşturan satışlar ise, başka çeşitli başlıklar altında ayrı ayrı verilmiştir.

b) Tefsirler ve Ahkâmü'l-Kur'ân türü eserler ise, garar konusuna “*akidlerin ve verilen sözlerin yerine getirilmesi*”, “*bâtıl yollarla mal temin edilmemesi ve karşılıklı rızanın sağlanması*” üzerinde duran ayetler bağlamında değinmektedirler. Ancak bu eserlerdeki açıklamalar genelde ilgili ayetleri tefsire yetecek kadar kısa ve öz tutulmuş, konunun ayrıntısına girilmemiştir.

B. Modern Çalışmalar

Son asırda İslam borçlar hukuku ve İslam iktisadı alanlarında çok sayıda çalışma yapılmıştır. Ancak her iki sahayı da yakından ilgilendiren garar yasağı hakkında yeterli çalışmanın yapıldığını söylemek zordur. İlerleyen satırlarda, İslam dünyasında ve Batıda konuyla ilgili yapılan akademik çalışmalar kronolojik olarak kısaca tanıtılacak, ardından Türkiye’de bu konuya yer veren çalışmalara değinilecektir.

1. Yurt Dışında Yapılmış Çalışmalar

a) Konuyla ilgili daha eski bazı etütler²⁵ bulunmakla birlikte, garar konusunda yapılmış ilk kapsamlı çalışma, Sıddîk Muhammed el-Emîn ed-Darîr’in doktora tezidir. *el-Garar ve eseruhu fi'l-ukûd fi'l-fikhi'l-İslâmî* ismini taşıyan bu tez, Kahire Üniversitesi Hukuk Fakültesine bağlı ‘Şerî’a Enstitüsü’nde Prof. Dr. M. Sellam Medkûr’un danışmanlığında hazırlanmış ve 1967’de savunulmuştur. Kral Faysal İslâmî araştırmalar ödülüne lâyık görülen bu çalışma, kitap olarak da birçok defa yayınlanmıştır.²⁶

²⁵ Mesela araştırmacı Abdullah b. Cübeyr daktiloda yazılmış *el-Garar fi mahalli'l-iltizâmi't-teâkudî* isimli bir çalışma yapmıştır. (Derâdike, *Nazariyyetü'l-garar*, 1/XVII; Darîr, *el-Garar*, s. 16)

²⁶ Kahire: Dâru Neşri's-sekâfe 1967; Hartûm: ed-Dâru's-Sûdâniyye li'l-kutub 1990; Beyrut: Dâru'l-Cil 1990; Cidde: Dallah Albaraka yay. 1995/1416. Tezimizde bu en son baskıdan faydalandık.

Darîr'in kitabı, bu sahada yazılan ilk eserlerden olması ve konuyu kapsamlı olarak ele alması sebebiyle temel başvuru kaynağı haline gelmiş; yapılan sonraki çalışmalar mutlaka buna atıfta bulunmuşlardır.

Bu çalışmanın incelediği konu yelpazesi oldukça geniştir. Sadece satım akdiyle veya muâvezâtla sınırlı olmayıp münâkehât da dâhil bütün muâmelât alanını kapsamış, ayrıca başta sigorta olmak üzere günümüzdeki gararlı akidleri de incelemiştir. Eserde gararla ilgili klasik literatürdeki bilgiler bir araya getirilmiştir. Ancak bilgilere mezhep temelli olarak ayrı ayrı yer verilmiş, bu sebeple tekrara düşülmüş ve konular bazen klasik kaynaklardan alıntılar da yapılarak uzun uzun zikredilmiştir. Kanaatimizce, eserin kapsamının fazla geniş tutulması, konunun derinlemesine incelenmesine, mukayese ve tahliline engel olmuştur. Hazırlandığı dönem açısından son derece başarılı olan bu çalışma, daha dar ve derinlemesine çalışmalara ihtiyaç hissettirmektedir.

b) Darîr'in tezinden kısa süre sonra hazırlanan ve konuyu çeşitli yönleriyle ele alıp inceleyen diğer bir çalışma, Yasin Ahmed Derâdike'nin Ürdün'de doktora tezi olarak hazırladığı *Nazariyyetü'l-garar fi's-şer'ati'l-İslâmiyye: Dirâse Mukârane* isimli çalışmasıdır. Eser iki cilt halinde 1973'te Amman'da yayımlanmıştır. Darîr'in eserine atıfta bulunan ve ona gerek kapsam gerekse ana hatlarıyla benzeyen bu kitapta Derâdike, mezheplerin görüşlerini gözden geçirmiş, ittifak ve ihtilaf edilen hususları tespit etmiş, delilleri ortaya koyarak tartışmaya ve bir sonuca ulaşmaya çalışmıştır.

Derâdike'nin bu çalışması, Ürdün dışında Darîr'in çalışması kadar bilinmemektedir. Eserin kavramsal çerçeveyi oluşturacak kısmı son derece zayıftır. Mesela gararın sözlük ve ıstılâhî anlamlarına yeterince yer verilmemiştir.²⁷ Gararın daha iyi anlaşılmasını sağlayacak olan cehâlet, tağrir, hata vb. yakın terimlere ise hiç yer verilmemiştir. Yine mezhep içlerinde görüşler serdedilirken kronolojik tertip gözetilmemiş, incelenen konular ve verilen bilgiler yeterince tahlil edilmemiştir.

c) Mısır'da Asyût Üniversitesi Hukuk Fakültesi hocalarından Muhammed Vefâ'nın 1984'te yayımladığı *Ebrazu suveri'l-buyû'i'l-fâside* isimli eserde, riba, garar ve fâsid şartlı satışlar Mısır hukukuyla mukayeseli olarak incelenmiştir (yy. 1984, Matbaatü's-Saade, 298 s.). Müellif, eserin yarısını (s. 73-230) garar konusuna tahsis etmiştir. Eserde temel bazı fıkıh kitaplarına atıfla konu kazuistik tarzda ve sadece ana hatlarıyla incelenmiştir. Ayrıntılı tahlillere ve mukayeseye yer verilmemiş ve konuyla ilgili genel bir teoriye ulaşma gayesi güdülmemiştir.

²⁷ Bkz. Derâdike, *Nazariyyetü'l-garar*, 1/71-77.

d) Konuyla ilgili ilk İngilizce çalışma, Londra’da ikamet eden ve Lübnan asıllı bir hukukçu olan Nabel Saleh’in *Unlawful Gain and Legitimate Profit in Islamic Law - Riba Gharar and Islamic Banking* isimli eseridir. Bu çalışma, isminden de anlaşıldığı üzere, ‘helal ve haram kazanç’ bağlamında, riba, garar ve İslamî bankacılık konularını incelemektedir. Çalışma ilk olarak 1986’da Cambridge Üniversitesi tarafından yayımlanmış, alanıyla ilgili derli toplu İngilizce tek çalışma olması sebebiyle yoğun ilgi görmüş ve 1992’de bazı eklemeler ve genişletmelerle yeniden basılmıştır (İngiltere 1992, Graham & Trotman Ltd., 160 s.). Garar konusu, küçük çaplı bu eserin ikinci bölümünde ele alınmıştır (s. 62-106). Bu sebeple konu ancak fıkıh literatüründeki görüşler özetlenerek ana hatlarıyla verilmiştir. Gararın sözlük ve ıstılah anlamlarına, dayandığı delillerine, bunların değerlendirilmesine ve günümüz İslam dünyasının hukuk mevzuatındaki yerine değinilmemiştir.

e) İngilizce olarak yapılan en kapsamlı çalışma, Malezyalı fıkıh profesörü Ahmad Hidayat Buang’ın Londra üniversitesinde 1995 yılında hazırladığı doktora tezidir.²⁸ Bu tezde garar konusunun yanı sıra, Malezya borçlar hukukuna ve garar yasağının Malezya’daki uygulamasına yoğun olarak yer verilmiştir. Müellif, tezinden Malezya ile ilgili bölümleri çıkararak *Studies in the Islamic Law of Contracts: The Prohibition of Gharar* başlığıyla kitaplaştırmıştır.²⁹ (Kuala Lumpur 2000, International Law Book Services, xxvii + 242 s.)

Eser, ciddi bir gayret mahsulü olmakla birlikte, konunun başlık ve içeriklerinin yeterince oturmadığı görülmektedir. Müellif, başta Darîr olmak üzere, kendisinden önceki modern çalışmalardan çokça istifade etmiştir. Müellifin ana dilinin Arapça olmaması sebebiyle, kitapta zaman zaman klasik literatüre ait okuma ve anlama hataları bulunmaktadır. Bu hatalara yeri geldikçe işaret edilecektir.

Giriş ve birinci bölüm, konuyla doğrudan ilgisi olmayan konulara ayrılmıştır. Burada, son yüzyıldaki içtihat hareketleri, ictihat-telfik ve tahayyur kavramları, Arap ülkelerindeki ve Malezyadaki kanunlaştırma hareketleri ve hazırlanan yeni medeni kanunların İslam hukukuyla ilişkisi, Senhûrî (ö. 1971) başta olmak üzere modern hukukçuların İslam borçlar hukukuna bakışları gibi konular ele alınmış; müsteşriklerin ‘İslam’ın akid teorisi olmadığı, teori-pratik arasında fark bulunduğu’ gibi iddiaları uzunca ele alınmıştır. Buang, muhtemelen

²⁸ Buang, Ahmad Hidayat, *The Prohibition of Gharar in the Islamic law of Contracts: A Conceptual Analysis with Special Reference to the Practice of Islamic Commercial Contracts in Malaysia*, London University School of Oriental and African Studies, Danışman: Ian Edge, 1995, 525 s.

²⁹ Kitap haline dönüştürülürken tezden çıkarılan bölümler şunlardır: Malezya’da İslam hukuku, borçlar ve ticâret hukuku, akidlerin durumuna dair olan ikinci bölüm (s. 83-123), sekizinci bölüm (s. 361-428) ve dokuzuncu bölümler (s. 429-484).

gayri müslim okuyucu kitlesine de hitap etmek amacıyla, ortalama Müslüman bir okuyucuya açıklama gerektirmeyen konuları ve terimleri de ayrıntılı olarak açıklamıştır.

Buang, konuyla ilgili bir de makale³⁰ kaleme almıştır, ancak söz konusu makale, kitabın özeti niteliğindedir ve orijinal bir yönü bulunmamaktadır.

f) Konuyla ilgili İngilizce’de yapılan diğer bir çalışma, Malezyalı Atıkullah b. Haji Abdullah tarafından 1998 yılında hazırlanan *A Critical Study of the Concept of Gharar and its Elements in Islamic Law of Business Contract* başlıklı yayımlanmamış doktora tezidir.³¹

Kanaatimizce, bir önceki Buang’ın çalışmasında bahsettiğimiz eksikler bu eserde daha yoğun olarak bulunmaktadır. Gerek tezin bölümlendirmesinde gerekse de anlatımda, gararla doğrudan ilgisi olmayan birçok konu ve bilgiye yer verilmiştir. (Garar konusu tezin ancak 91. sayfasında başlamaktadır.) Çalışmada epeyce Arapça okuma ve anlama hatası bulunmaktadır. Bu eksikleriyle çalışmanın, kendisinden önceki çalışmaların gölgesinde kaldığı söylenebilir.

Genel olarak zayıf olmasına rağmen, çalışmada bazı orijinal yönler de vardır. Müellif, konuyu taksimde, önceki çalışmalara göre farklı bir yol takip etmeye çalışmıştır. Garar konusu, akidde bulunduğu yere göre değil, garara sebep olan unsurlara göre ele alınmıştır. Buna göre, garar örnekleri, *mebinin teslim edilmesiyle ilgili belirsizlik, mebiye dair bilinmezlik (cehâlet) ve akdin sigasında fâsid şart* başlıkları altında tasnif edilmiştir. Ancak kanaatimizce bu orijinal taksim konuya yeterince oturmamıştır ve üzerinde daha fazla düşünmeye ihtiyaç hissettirmektedir. Müellif, diğer çalışmalara göre daha çok tahlile yer vermiştir ancak bu tahliller genellikle yeterli bilgiye dayanmadığı için hata ve eksiklikler taşımaktadır.

Müellif aynı konuda bir de makale³² yayımlamıştır. Makale, tezin özeti niteliğindedir ve orijinal bir yönü bulunmamaktadır.

g) Ezher Üniversitesi Şerîa ve Kânun Fakültesi fıkıh profesörlerinden *Ramazan Hâfiz Abdurrahman Suyûtî* tarafından yayımlanan *Nazariyyetü’l-ğarar fi’l-buyû* isimli çalışma (Mısır 2005, Dâru’s-selâm) konuyu satım akdi özelinde ele alan Arapça tek çalışmadır. Müellif, konuyu *haramlığında ittifak edilen satışlar ve haramlığında ihtilaf edilen satışlar*

³⁰ Buang, Ahmad Hidayat, “The Significance of Prohibition of Gharar Towards The Formulation of Essentials of Contract (Arkan) In Islamic Mu‘amalât: An Analysis From the Quran and Hadith”, *Al-Bayan Journal of Al-Quran & al-Hadith*, (2004) 2, s. 171-188.

³¹ Atikullah b. Haji Abdullah, *A Critical Study of the Concept of Gharar and its Elements in Islamic Law of Business Contract*, Doktora tezi, The University of Birmingham Faculty of Arts, 1998.

³² Atikullah b. Haji Abdullah, “Gharar and its Legal Position in the Islamic Law of Business Contract”, *Hamdard Islamicus*, (2007) vol. 30 no:2, s. 39-50.

şeklinde ikili bir ayırım çerçevesinde incelemiş ve bunlardan her birinin kapsamına giren satım türlerinin detaylarına yer vererek okuyucunun zihninde bir fikir oluşturmaya çalışmıştır. Doğrudan garar konusunu ele alan en yeni çalışma niteliğindeki bu eser, gerek kazuistik tarzı gerekse küçük hacmi (94 sayfa) sebebiyle incelediği konular hakkında giriş niteliğinde bilgiler sunmaktadır.

h) Garar başlığını taşımasa da, onunla yakından ilişkili olan *cehâlet* konusunda iki çalışma bulunmaktadır:

- Bunlardan ilki, Muhammed Mahmud Muhammed tarafından Bağdat üniversitesinde 1998’de doktora tezi olarak kabul edilen *Eseru’l-cehâle ve’d-darûra fi’l-muâmelâti’l-mâliyye* isimli kitaptır (yy. 2004, Mektebetü’s-sahâbe, 416 s.). Müellif, çalışmasında garar ile cehâleti net olarak ayırmamıştır ve bu sebeple garar konusunu ilgilendiren birçok başlık bu çalışmada da yer almıştır. Ayrıca satım türlerinin cehâlet açısından tasnifi bakımından da çalışma oldukça zayıf kalmıştır.

- Cehâlet konusundaki diğer çalışma, Abdullah Ali Mahmud es-Sayfî tarafından Ürdün üniversitesinde yüksek lisans tezi olarak hazırlanan *el-Cehâle ve eseruhâ fi ukûdi’l-mu’âvezât* isimli kitaptır (Amman 2006, Dâru’n-nefâis). Müellif, cehâlet ile gararın sınırlarını daha başarılı şekilde belirlemiş, garar konusunu ilgilendiren hususlara daha az yer vermiştir.

i) Konuyla ilgili çeşitli dillerde makale ve tebliğler yayınlanmıştır:

- İngilizce: Mahmud Senûsî’nin (1993)³³ ve Haşim Kemâlî’nin (1999)³⁴ garar konusunu özetleyen genel nitelikli makaleleri; Sami Suveylim’in gararın objektif bir ölçüsünü tespitiye yönelik makalesi (2000);³⁵ Mahmud Cemal’ın garar yasağının hikmetini ekonomik açıdan açıklayan bir makalesi (2001)³⁶ ve Abdurrahim Sâatî’nin gararın az (*yesîr*) oluşuyla ilgili makalesi (2003),³⁷

³³ Sanusi, Mahmood M., “Gharar”, *IJUM Law Journal*, (1993), 3/2, 87-99.

³⁴ Kamali, Mohammad Hashim, “Uncertainty and risk-taking (gharar) in Islamic law”, *IJUM Law Journal*, 7 ii (1999) s.199-216.

³⁵ Suwailem, Sami, “Towards An Objective Measure of Gharar in Exchange”, *Islamic Economic Studies*, Cilt: 7, Sayı: 1&2, (Ekim 1999-Nisan 2000), s. 61-102.

³⁶ Gamal, Mahmoud A., “An Economic Explication of the Prohibition of Gharar in Classical Islamic Jurisprudence”, *Islamic Economic Studies*, Vol.8, No.2, April 2001, s. 29-58.

³⁷ Abdul-Rahim Al-Saati, “The Permissible Gharar (Risk) in Classical Islamic Jurisprudence”, *Journal of King Abdulaziz University on Islamic Economics (J.KAU: Islamic Econ.)*, Vol. 16, No. 2, s. 3-19 (1424/2003)

- Arapça: Yukarıda doktora tezini zikrettiğimiz Muhammed Sıddîk Darîr'in *müessir garar* konusunda sunduğu tebliği (2004)³⁸ ve Suudi Arabistan'ta Kassîm Üniversitesi öğretim üyelerinden Abdullah b. Hamed es-Sekâkir'in *Kâidetü'l-garar: Dirâse Te'sîliyye*³⁹ (2007) başlıklı genel makalesi vardır. Ayrıca AAOIFI (İslamî Finans Kurumlarının Muhasebe ve Denetim Organizasyonu) tarafından yayınlanan şer'î standartlardan 31. standart, akidleri geçersiz hale getiren gararın ölçüsünü tespate ayrılmıştır.⁴⁰

j) Bütün bu çalışmaların yanı sıra, borçlar hukukuna veya İslam iktisadına dair eserlerde konuya bir miktar yer ayrıldığı görülmektedir. Bu kaynaklardaki açıklamalar genellikle yetersizdir. Zira bu eserler, tabiatları gereği, konuyu ana hatlarıyla incelemekte ve gararın sadece bazı alt türlerini kapsamaktadır. Mesela Abdurrezzak Senhûrî (ö. 1971) *Mesâdiru'l-hak* isimli eserinde 'akid mahallinin şartları' altında garar konusuna değinmiş; ayrıca Mısır medeni kanununa yazdığı şerh olan *el-Vasît*'in⁴¹ VII. cüz II. mucedinde garar konusuna 'ukûdu'l-garar ve akdu't-te'min' başlığı altında yer vermiştir.⁴²

2. Türkiyede Yapılmış Çalışmalar

Türkiye'de İslam borçlar hukukunda garar ve cehâlet üzerine yapılan çalışmaların sayısı oldukça sınırlıdır. Garar konusu hakkında Türkçede kitap veya tez çapında müstakil bir çalışma bulunmamaktadır. Ansiklopedi maddesi ve makale gibi daha ufak çapta bazı çalışmalar vardır. Onun dışında farklı konularda kaleme alınıp garar konusuna değinen bazı kitap, tez ve makale çalışmaları bulunmaktadır. Bu çalışmalardan en önemlilerini zikretmek gerekirse:

a) Garar konusunda Türkçe'deki tek müstakil çalışma, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi'nde (DİA) yer alan *garar ve cehâlet* maddeleridir. İbrahim Kafî Dönmez tarafından kaleme alınan her iki madde de konuyu derli toplu bir şekilde ortaya koymuştur. Her iki madde de, neticede ansiklopedi maddesi olmaları sebebiyle konuya orijinal bir katkıda bulunmamıştır ve görebildiğimiz kadarıyla büyük oranda Darîr'in doktora tezinin özeti

³⁸ Darîr, Sıddîk Muhammed el-Emîn, "el-Gararu'l-mâni' min sıhhati'l-muâmele ve mikdâruh", *el-Mu'temeru'r-râbi' li'l-hey'âti's-şer'iyye li'l-müessesâti'l-mâliyye* (3-4 Ekim 2004), Bahreyn.

³⁹ Sekâkir, Abdullah b. Hamed, "Kâidetü'l-garar: Dirâse Te'sîliyye", *Mecelletu's-şer'ia ve'd-dirâsâti'l-İslâmiyye*, yıl: 22, sayı: 69, Kuveyt 1428/2007, s. 161-203.

⁴⁰ "Dâbitu'l-ğarari'l-mufsid li'l-muâmelâti'l-mâliyye", *el-Me'âyîru's-şer'iyye (2010/1431)*, Bahreyn ty., s. 417-428.

⁴¹ Senhûrî, Abdurrezzâk Ahmed, *el-Vasît fi şerhi'l-Kânûni'l-Medeni'l-Mısri*, Beyrut 1968, I-X.

⁴² Derâdike, *Nazariyyetü'l-garar*, 1/xvii.

niteliğindedir. Bu iki madde dışında garar kapsamına giren, münâbeze, mülâmese, muhâkale, istirsâl, arâyâ, kaparo, cüzâf vb. bazı terimler ve alt satış türleri, kısa da olsa birer madde halinde DİA'da yer almıştır.

b) Konumuzla yakından ilgili bulunan bir çalışma, İsmail Bilgili tarafından 1999 yılında hazırlanan *İslam Hukukunda Ma'dûmun Satışı* başlıklı doktora tezidir.⁴³ Bu çalışmada, gararın sebeplerinden olan ve tezimizin alt başlıklarından birini teşkil eden ma'dûmun satışı ve bunun selem ve istisnâ' akidleriyle ilgisi iki bölüm halinde açıklanmaya çalışılmıştır. Kitabın ilk bölümünde akid teorisi özetlenmiştir. Eserde çok fazla tekrar bulunmaktadır ve bilgiler iç içe girmiştir. Kanaatimizce bu çalışma konuyu yeterince sistematik olarak inceleyememiştir.

c) Recep Özdirek'in *İslam Hukukunda Akit Hürriyetini Sınırlayan Durumlar* isimli doktora tezinde konumuzla ilgili bazı başlıklar bulunmaktadır. Özellikle, "*Akdin konusunu tespit hürriyeti ve bununla ilgili sınırlamalar*" ile "*Akdin konusunu ve hükümlerini belirlemede akdî şartların rolü*" başlıkları, gararla ilgili konuları ele almaktadır. Ancak araştırmanın konusunun geniş olmasının da etkisiyle, verilen bilgiler büyük oranda kendinden önceki çağdaş kaynakların tekrarı veya özeti niteliğindedir ve konumuz açısından bir yenilik getirmemektedir.

d) Sigorta konusunu fıkhi açıdan ele alan bazı akademik çalışmalarda, cehâlet ve garara da belli oranda temas edilmiştir.⁴⁴ Bunlardan Hadi Sağlam'ın makalesi⁴⁵ sigortada garar konusunu doğrudan ele almaktadır.

Son olarak, çalışmamızın tamamlanma aşamasına geldiği günlerde, *cehâlet* konusunda Çanakkale 18 Mart Üniversitesinde bir yüksek lisans tezinin hazırlanmakta olduğunu tespit ettiğimizi belirtmemiz gerekir.⁴⁶

⁴³ Tez hali üzerinde önemli bir değişiklik yapılmaksızın kitap olarak neşredilmiştir: Bilgili, İsmail, *İslam Hukukunda Ma'dûmun Satımı*, Konya 2011.

⁴⁴ Mesela bkz. Dalgın, Nihat, *İslam'ın Işığında Sigortacılık*, Samsun 2002, s. 103-155, 225-227; Hacak, "*İslâm Hukukunda Sigorta ve Fıkıh Bilginlerinin Sigortaya Yaklaşımının Genel Bir Değerlendirmesi*", Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 30 (2006/1), s. 30, 39-41.

⁴⁵ Hadi Sağlam, "Sigorta sözleşmesinde belirsizlik (garar ve cehâlet) var mıdır? Sigortada Belirsizliğin Varlığı Tartışmalarının İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *E-Akademi*, Ocak 2010, Sayı 95, <http://www.e-akademi.org/makaleler/hsaglam-3.htm> [Erişim Tarihi: 02 Aralık 2010]

⁴⁶ Bülent Kösemehmet, *İslam Hukukuna Göre Akitlerde Cehâlet (Bilinmezlik) ve Akde Etkisi*, Danışman: Doç. Dr. Tevhit Ayengin

Bütün bu bilgi ve değerlendirmelerden hareketle, garar konusunda daha ayrıntılı, tahlile dayalı ve teori tespitine yönelik yeni çalışmalara ihtiyaç olduğunu söyleyebiliriz.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Bu bölümde genel olarak *garar* kelimesinin sözlük ve ıstılahtaki anlamlarına, garar yasağının naslardaki temellerine ve gararın fıkıhtaki benzeri terimlerle ilişkisine yer verilecektir. Konunun çerçevesinin daha iyi anlaşılması açısından garar yasağının İslam borçlar hukuku içinde oturduğu yer incelenecek, mukayese açısından diğer başlıca hukuk sistemlerindeki düzenlemelere de değinilecektir. Son olarak gararın fıkıh doktrininde hangi konularda yansımalarının bulunduğu ve hangi şekillerde taksim edildiği anlatılacaktır. Böylece konunun ana hatları ve genel çerçevesi ortaya konulmuş olacaktır.

I. Garar'ın Anlamı ve Terimleşme Süreci

A. Sözlük Anlamı

Garar (غرر) kelimesi, tef'îl ('tağrîr') veznindeki ğar-ra-ra (غَرَر) fiilinden ism-i mastardır.¹ Doğrudan sülasi fiilin masdarı olduğuna dair İbnü'l-Kattân'dan gelen bir görüş de mevcuttur. Ğ-r-r kökünün sülasi çekimi ve masdarları (غَرَرٌ؛ يَغُرُّهُ؛ غَرًّا؛ وَغُرُّورًا؛ وَغَرَّةً) şeklindedir.²

Ğ - r - r sülasi fiil kökünden türeyen onlarca fiil ve çok miktarda isim bulunmaktadır ve özellikle isimlerin anlam yelpazesi oldukça geniştir.³

İbn Fâris (ö. 395/1005), bu anlam yelpazesini tasnif etmeye çalışarak *ğayn ve râ*'nın üç kök anlamından bahseder. Bunlar: *misâl* (örneklik, benzerlik), *nuksân* (noksanlık ve azlık) ve *'itk, beyâd ve keram*'dır (azâdlık, beyazlık/parlaklık ve şeref).⁴

¹ İbn Manzûr, *Lisânu'l-Arab*, "ğ-r-r", 5/14; Zebîdî, *Tâcu'l-arûs*, "ğ-r-r", 13/216.

² Zebîdî, *Tâcu'l-arûs*, "ğ-r-r", 13/214.

³ Zebîdî, *Tâcu'l-arûs*, "ğ-r-r", 13/214.

⁴ İbn Fâris, *Mu'cemu mekâyisi'l-luğa*, "ğ-r-r", 4/380.

İbn Fâris, gararlı satışın ‘noksan’ anlamı etrafında toplanan gruptan olduğunu belirtmiştir. Bu sebeple, bu üç kök anlamdan konumuzu ilgilendireni, ‘noksan’ anlamıdır. Ona göre gararlı satışın köken itibariyle noksan grubundan oluşu, gararlı satışa konu olan mebinin eksik olması ve satışın bunlar hakkında asla tam hale gelememesidir.⁵ İbn Fâris’e göre ‘noksan’ anlam köküne irca edilebilen diğer kullanımlar şunlardır: Devenin sütü’nün azalması (غَارَتْ النَّاقَةُ؛ تُغَارُ؛ غِرَارًا); namazın ruku ve secdesinin eksik yapılması ve karşılıklı selamın eksik alınıp verilmesi (لا غِرَارَ فِي صَلَاةٍ وَلَا تَسْلِيمٍ); kısa süreli uyku (الغِرَار) ve kuşun yavrusunu gagasıyla beslemesi (عَرَّ الطَّائِرُ فَرْخَهُ)... Son kullanımda, kuşun yavrusuna verdiği gıdanın miktarındaki *azlık ve noksanlık* ile irtibat kurulmuştur.⁶

Arap dili alanındaki klasik sözlüklere bakıldığında garar kelimesine çeşitli anlamlar verilmiştir. Bunların en başında *hatar* (خطر, tehlike, risk) ve *muhâtara* gelmektedir ve gözden geçirdiğimiz sözlük müelliflerinin çoğu gararın bu anlamını ifade etmişlerdir.⁷

İbn Fâris, gararı “*gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen risk/tehlike*” olarak tanımlamıştır. Kaçak kölenin ve havadaki kuşun satımını buna örnek olarak vermiştir.⁸ Sözlük müellifleri bu anlamı, garar yasağını ifade eden hadislerle de irtibatlandırmışlar ve gararlı satışın da risk içerdiğini belirtmişlerdir.⁹ İbn Manzur ve Zebîdî’ye göre, garar içeren satış, “*dış görüntüsü müşteriyi aldatan, iç yüzü ise bilinmeyen (dolayısıyla risk taşıyan)*” satıştır.¹⁰ Tehzîbu’l-lüğa müellifi Ebû Mansûr Ezherî (ö. 370/980), tarafların künhüne vakıf olmadıkları mechûl şeylerin satımının, mechûl oldukları sürece gararlı satış kapsamında olduğunu ifade etmiştir.¹¹

⁵ İbn Fâris, *Mu‘cemu mekâyisi’l-luğa*, “ğ-r-r”, 4/381: (فهذا ناقصٌ لا يتمُّ البيع فيه أبداً)

⁶ İbn Fâris, *Mu‘cemu mekâyisi’l-luğa*, “ğ-r-r”, 4/381.

⁷ Halil b. Ahmed, *Kitâbu’l-Ayn*, 4/346; Cevherî, *es-Sihâh*, “ğ-r-r”, 2/768; İbn Manzûr, *Lisânu’l-Arab*, “ğ-r-r”, 5/14; Zebîdî, *Tâcu’l-arûs*, “ğ-r-r”, 13/216, 233.

⁸ İbn Fâris, *Mu‘cemu mekâyisi’l-luğa*, “ğ-r-r”, 4/381: وهو الخطر الذي لا يُدْرَى أَيْكون أم لا

⁹ Cevherî, *es-Sihâh*, “ğ-r-r”, 2/768; İbn Manzûr, *Lisânu’l-Arab*, “ğ-r-r”, 5/14.

¹⁰ İbn Manzûr, *Lisânu’l-Arab*, “ğ-r-r”, 5/14; Zebîdî, *Tâcu’l-arûs*, “ğ-r-r”, 13/216: (هو ما كان له ظاهرٌ يُعَرِّ المُشْتَرِي ، (وباطنٌ يُجْهول

¹¹ İbn Manzûr, *Lisânu’l-Arab*, “ğ-r-r”, 5/14; Zebîdî, *Tâcu’l-arûs*, “ğ-r-r”, 13/216. (Ezherî’den naklen)

Öte yandan *عَرَّرَ* بنفسه وماله؛ *تَغْريراً* و*تَعَرَّراً* şeklindeki kullanım, sözlüklerde “*Kişinin kendini veya malını farkında olmadan tehlikeye sokması*”¹² veya “*bir şeyin riske veya büsbütün yok olmaya mâruz bırakılması*”¹³ şeklinde açıklanmıştır ve bu kullanım da *hatar* anlamı kapsamındadır.

Klasik Arapça sözlüklerde rastlanmamakla beraber, Kâdî İyâz (ö. 544/1149) gararın sözlük anlamının “*dış görünüşü (zâhir) insanların hoşuna giden, ancak iç yönünden (bâtın) hoşlanılmayan şey*” olduğunu söylemiştir.¹⁴

Garar kelimesinin kendisinde doğrudan bulunmasa da, sülâsî kullanımında ve *tağrir* masdarında bulunan bir anlam da *hud’adır* (hile, kandırma, aldatma).¹⁵ Sülâsî kullanımın örneği olan ve Kur’an-ı Kerim’de geçen (ما غررك) ifadesi¹⁶ aldatma anlamı taşımaktadır¹⁷ ve “*Seni ne aldattı?*” şeklinde Türkçe’ye çevrilebilir.

Öte yandan, *tağrir* ile *gararın* zaman zaman birbirine karıştırıldığı görülmektedir. Ortak sülâsi mezid kök olan *ğar-ra-ra*’dan gelmeleri ve sözlük anlamı itibariyle de benzeşmeleri sebebiyle bu hata normaldir. Mesela bazı müellifler gararı Türkçede ‘aldatma’ olarak ifade etmişlerdir.¹⁸ Benzeri duruma İngilizce literatürde de rastlanmaktadır.¹⁹ Kanaatimizce bu

¹² İbn Manzûr, *Lisânu'l-Arab*, “ğ-r-r”, 5/14; Zebîdî, *Tâcu'l-arûs*, “ğ-r-r”, 13/213; “Ğarar”, *Mv.F.*, 31/149.

¹³ Apaydın, “Fesâd”, *DİA*, 12/419.

¹⁴ Karâfî, *el-Furûk*, 3/432: (أصل الغرر لغة ما له ظاهر محبوب وباطن مكروه)

¹⁵ Cevherî, *es-Sihâh*, “ğ-r-r”, 2/769; İbn Manzûr, *Lisânu'l-Arab*, “ğ-r-r”, 5/14; Zebîdî, *Tâcu'l-arûs*, “ğ-r-r”, 13/214.

¹⁶ İnfîtâr 82/6.

¹⁷ Zebîdî, *Tâcu'l-arûs*, “ğ-r-r”, 13/215.

¹⁸ Bkz. Çeker, Orhan, *İslam Hukukunda Akitler*, s. 71; Haçkalı, Abdurrahman, “*İslâm Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi*”, Dini Araştırmalar, Mayıs-Ağustos 2002, C. 5, s. 13, s. 129; Topal, Şevket, “*İslâm Hukûkunda Alım Satım Piyasasına Yönelik Bazı Düzenlemeler*”, Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi V (2005), Sayı: 1, s. 217; Haçkalı, Abdurrahman, *İslam Hukuk Tarihinde Gayeci İçtihat Metodunun Gelişimi*, İstanbul 2004, s. 53; Öztürk, Üzeyir, *Elektronik Ortamda Yapılan Akitlerin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 2009, s. 28-29.

¹⁹ “Gharar” kelimesi modern İslam iktisadı çalışmalarında zaman zaman “deception” veya “deceptive practices” gibi aldanma/aldatma merkezli kelimelerle çevrilmektedir. Mesela bkz. Mısrî, Refik Yunus, “*Speculation between Proponents and Opponents*”, Journal of King Abdulaziz University on Islamic Economics (J.KAU: Islamic Econ.), cilt: 20 no: 1, (2007), s. 48; Abu Umar Faruq Ahmad ve M. Kabir Hassan, “*Riba And Islamic Banking*”, Journal of Islamic Economics, Banking and Finance, Cilt: 3, No: 1, Ocak-Haziran 2007, s. 18; Abdul-Rahman, Yahia, *The Art of Islamic Banking and Finance Tools and Techniques for Community-Based Banking*, New York 2010, s. 43; Mawil Y. Izzi Dien, “Wakala”, *EI*², 11/58. İbrahim Warde ise aldatma ve

çeviriler doğru değildir. Gararlı satışlarda aldatma kastı söz konusu değildir. Dolayısıyla ıstılâhî anlamları farklılaşmış olan garar ile tağrîr'i 'eş anlamlı' olarak takdim etmek²⁰ doğru değildir.

Öte yandan bazı müellifler ise gararı Türkçede 'aldanma' olarak ifade etmişlerdir.²¹ Gararlı satışta alınan risk sonucu taraflardan birinin aldanması söz konusu olabilir ancak bu durum gararın neticesi olarak ortaya çıkmaktadır yoksa gararın kendisi bu anlamda değildir. Gararın doğru Türkçe karşılığının 'belirsizlik' olması gerektiği kanaatindeyiz.

Görüldüğü üzere, garar kelimesi Arapça'da sözlük anlamı itibariyle daha ziyade *tehlike*, *risk* ve *belirsizlik* gibi bir dizi olumsuz anlamı çağrıştırmaktadır. *Aldanma* veya *aldatma* anlamı ise, kelimenin geldiği kökende bulunmakla birlikte, garar kelimesinin kendisinde geri planda kalmaktadır ve karşı taraftan ziyade akdin konusundan kaynaklanan bir aldanma/yanılma durumunu ifade etmektedir. Verdiğimiz sözlük anlamlarının, tezin ilerleyen sayfalarında incelenecek olan kelimenin ıstılâhî/fikhî anlamıyla genel olarak uyumlu olduğu görülmektedir.

Öte yandan, kelimenin naslarda sözlük anlamıyla kullanımına bakılması da, konumuz açısından önem arz etmektedir:

a) Kur'ân-ı Kerîm'de garar kelimesi geçmemekle birlikte, aynı kökten gelen çok sayıda kelime zikredilmiştir. 'Garr' masdarının mazi ve muzari sigaları 'aldatma' anlamıyla onbeş defa; 'aldanma' anlamındaki 'gurûr' (عُرُور) kelimesi dokuz defa; 'çok aldatan' anlamına gelen ve özellikle şeytan için kullanılan 'garûr' (العَرُور) kelimesi ise üç defa geçmektedir.²² Bu kökten gelen kelimelerin özellikle dünya hayatının veya şeytanın aldatıcı yönünü ifade etmek üzere zikredilmeleri dikkat çekmektedir.

belirsizlik anlamlarına birlikte yer vermektedir: Warde, Ibrahim, *Islamic Finance in the Global Economy*, Wilts 2000, s. 59.

²⁰ Mesela bkz. Zerkâ, *el-Medhal*, 2/744.

²¹ Bardakoğlu, "Bey", *DİA*, 6/16; Bardakoğlu, "Butlân", *DİA*, 6/476-7; Şahin, Osman, İslam Hukuk Metodolojisinde Zerayi ve Uygulaması, İHAD, sayı: 7 (2006), s. 223, 228; Bilgili, *İslam Hukukunda Ma'dûmun Satımı*, s. 40, 44, 88, 90.

²² Ahmet Muhtar Ömer, *el-Mu'cemu'l-mevsûi li elfâzi'l-Kur'âni'l-kerîm ve kırâ'âtihi*, Riyad 1423/2002, s. 334; Mısır Arap Dili Birliği, *Mu'cemu elfâzi'l-Kur'âni'l-kerîm*, Kahire 1409/1988, 2/811-812; Dönmez, "Garar", *DİA*, 13/366.

Netice olarak garar türevlerinin Kur'an-ı Kerim'de risk ve cehâlet anlamlarıyla kullanılmadığı görülmektedir. Zaten klasik dönem İslam hukukçuları da garar yasağını gerekçelendirme bağlamında bu ayetlere atıfta bulunmamışlardır.

b) Hadislere bakıldığında, garar ve türevlerinin sıkça geçtiği görülmektedir. Bu türevlerin çok farklı anlamlarda kullanımı söz konusudur. Dolayısıyla Kur'an-ı Kerim'in aksine, ğ-r-r kökünün hadislerdeki anlam yelpazesi oldukça geniştir. Cizreli muhaddis ve dilci İbnü'l-Esîr'in (ö. 606/1210), *en-Nihâye*'sini temel aldığımızda, hadislerdeki kullanımların başlıcaları şunlardır:²³

- “*Bey‘u'l-garar*”ı yasaklayan hadislerde geçen “*garar*” kelimesi,
- “*Atın alnındaki beyazlık*”, “*alnında beyazlık olan at*” ve “*beyaz tenli köle veya câriye*” gibi anlamlara da gelen ve bir fıkıh terimi olarak “*ceninin dışarıdan yapılan müdahale sebebiyle düşmesi neticesinde ödenmesi gereken keffâret*”i ifade eden gurre (الغرة) kelimesi,²⁴

- Şerli insanlardan uzak durmayı öğütleyen rivayette²⁵ geçen ve “*iyilikler, salih amel*” anlamındaki “*gurre*” kelimesi (atın alnındaki beyazlığa benzetilerek her yüksek ve faziletli işe bu isim verilmiştir),

- “Başlangıç” anlamına gelen ve hadiste²⁶ “İslamın başlangıç yılları” (عُرَّةُ الإسلام) anlamında kullanılan “*gurre*” kelimesi,

- Abdest alanların yüzlerinin kıyamette ağaracağını ve parlak olacağını ifade eden hadiste²⁷ geçen ve “*beyaz yüz*” anlamına gelen “*ğurr*” (الغُر) kelimesi ve onun müfredi olan “*ağarr*” (أَغَّر) kelimesi,

- Kamerî ayın 13, 14 ve 15. gecelerinde oruç tutmayı teşvik eden hadiste²⁸ geçen ve “*(ay ışığı sebebiyle) parlak/beyaz günler*” anlamına gelen “*el-eyyâmu'l-ğurr*” (الأيام الغُرّ) ifadesi,

²³ İbnü'l-Esîr, *en-Nihâye*, 3/353-357.

²⁴ Buhârî, “Ferâiz”, 11; İbnü'l-Esîr, *en-Nihâye*, “ğ-r-r”, 3/353.

²⁵ Beyhakî, *Şu‘abu'l-Îmân*, thk. Abdulaliyy Hamid, Riyad 1423/2003, 10/497 (no: 7870):

(إياكم ومشاركة الناس، فإنها تدفن الغرة، وتظهر الغرة)

²⁶ Ebû Dâvûd, “Diyât” 3; İbn Mâce, “Diyât”, 4.

²⁷ Buhârî, “Vudû”, 3; Müslim, “Tahâra”, 12.

²⁸ Nesâî, “Siyâm”, 84.

- Dullar yerine bakire kızlarla evliliği teşvik eden hadiste,²⁹ buna gerekçe olarak geçen ve “*ahlaken saf ve temiz oluşu ve kötü düşüncelerden habersiz oluşu*” ifade eden “*eğarru ğirraten*” (أَعْرُ غِرَّةً) ifadesi ile (المؤمن غِرٌّ كريم) hadisinde³⁰ geçen ve müminin “*temiz ve saf, kötülük düşünmeyen*” bir kişi olduğunu ifade eden “*gırr*” ve mastarı olan “*ğarâra*” (الغَرَارَة) kelimesi.

- Çeşitli hadislerde “*Gırr*” kelimesi, “*ğarîr*” (غَرِير) ve “*ğârr*” (غَارٍ) kelimeleriyle birlikte “*gafllet halinde olma, farkında olmama, tecrübesiz olma*” anlamında da kullanılmaktadır. “*İğterra*” (اغْتَرَّ بِهِ) fiili de yine benzer şekilde “*birinin yanına/odasına haberi olmadan girmek*” anlamındadır.

- Çeşitli hadislerde “*Güvensiz/emin olmayan şeylere sürüklemek*” anlamındaki “*ğarrara*” (غَرَّرَ) fiili; “*riske atmak ve işin âkıbetinden haberdar olmamak*” anlamındaki “*iğterra*” (اغْتَرَّ بِهِ) fiili; “*birini riske/tehlikeye sokmak*” anlamındaki “*tağrir*” (تَغْرِير) ve “*tağirra*” (التَّغْرِيرَة) masdarları kullanılmaktadır.

- Namazın tam kılınmasını ve selamlaşmanın tam yapılmasını teşvik eden hadiste³¹ geçen ve “*noksan/eksiklik*” anlamına gelen “*ğırâr*” (الغِرَار) kelimesi ile “*kısa uyku*” anlamındaki aynı kelime,

- Muaviye (r.a.)’dan gelen ve Resulullah’ın (s.a.) ilmi onlara adeta “*yedirdiğini*” ifade ettiği hadiste ve başka hadislerde geçen “*ğarra*” (غَرَّرَ؛ يَغْرُرُ عَلَى) fiili, hadislerdeki başlıca kullanımlardır.

Görüldüğü üzere, Kur’an-ı Kerim ve hadislerde ortak kullanılan ‘aldatma ve aldanma’ anlamındaki fiillere ek olarak, hadislerde geçen çok sayıda türev, geniş bir yelpazede farklı manalarda kullanılmaktadır.

B. Terim Anlamı ve Gelişim Süreci

Hz. Peygamber’den (s.a.) garar’ın veya garar içeren satışın ne olduğuna dair bir tanım nakledilmemiştir. Hicri ilk üç asırda da, gararı tanımlama çabasına pek girilmemiştir. Onun

²⁹ Abdurrezzâk, *el-Musannef*, 6/159 (no: 10341): (عليكم بالأبكار فانكحوهن، فإنهن أفتح أرحاما، وأعذب أفواها، وأغر غرة)

³⁰ Ebû Dâvûd, “Edeb”, 5; Tirmizî, “Birr ve Silâ”, 41.

³¹ Ebû Dâvûd, “Salât”, 171.

yerine, ‘gararlı satışın yasaklandığı’ bilgisinin ve garar yasağı kapsamına giren çok sayıda satım şeklinin rivayet edildiği görülmektedir.

İlk dönemlerde gararın genel bir tanımının yapılmayışı, sıradışı bir durum değildir. Bu durum, mesela *ribâ* ve *gabin* gibi borçlar hukuku alanındaki diğer birçok temel terim için de geçerlidir.³² Bu genel gözlemden hareketle, sahâbe dönemiyle tâbiûn döneminin ilk yıllarında, gararı tanımlamaya ihtiyaç duyulmadığı söylenilebilir. Kanaatimizce, ilk asırlarda bir tanıma ihtiyaç duyulmamasının birçok sebebi olabilir: Sünnette garar sebebiyle yasaklanan belirli satım türlerinin ve tikel örneklerin konuyu anlama bakımından yeterli görülmesi; ilk dönemlerde ticarî faaliyetlerin Hz. Peygamber (s.a.) dönemiyle hemen hemen aynı olması ve çok fazla *nevâzil*'in ortaya çıkmamış olması; Medine pazarındaki sünnete uygun uygulamaların, diğer İslam şehirlerindeki pazarlara da “*neyin helal, neyin haram olduğu*” bakımından pratik örnek teşkil etmesi gibi hususlar, gararın genel bir tanımına ihtiyaç hissettirmemiş olabilir. Bu sebeplere, garar konusunun oldukça kapsamlı oluşunu ve sonraki yıllarda İslam hukukunun kazuistik tarzdaki gelişimini de eklemek gerekecektir.

Sonraki asırlarda, İslam borçlar hukukunun diğer birçok kavramı gibi, garar etrafında da zengin tartışmalar olmuş, konu daha ziyade yine münferit örnekler ekseninde ele alınmış ve terim anlamının ortaya konulması biraz zaman almıştır. Zamanla, konuların daha teknik ve sistematik olarak ortaya konmaya başlanması, doktriner ve metodolojik gelişimin neredeyse tamamlanmış olması ve soyut düşünce üretimi safhasına gelmiş olması neticesinde, fakihler tarafından ilk tanımlar da yapılmaya başlanmıştır.

İslam hukukçularının ilk dönemlerden itibaren garar konusunu ele alırken takip ettikleri iki yöntem olduğunu görüyoruz:

a) Bir kısmı, konuyu ele alırken, gararı tanımlamaya çalışmak yerine, garar içeren satım örneklerini kazuistik tarzda sıralamayı tercih etmiştir. Özellikle ilk dönem İslam hukukçularının, yani kurucu mezhep imamlarının ve ilk müelliflerin bu tarzı benimsediği görülmektedir. Ancak sonraki dönemlerden de bu metodu tercih eden bazı fakihler bulunmaktadır. Mesela Gırnatalı Mâlikî fakih İbn Cüzey (ö. 741/1340) tek bir garar tanımı vermek yerine, 10 muhtemel durumdan oluşan bir “gararlı satış listesi”³³ vermeyi tercih etmiştir.

³² Suwailem, Sami, “Towards An Objective Measure of Gharar in Exchange”, 61. Borçlar hukuku alanındaki diğer önemli bir terim olan *gabin*in de ilk dönemlerde tanımının bulunmadığı hk. bkz. Kumaş, Ali, *İslâm Borçlar Hukukunda Gabin*, s. 64 vd.

³³ İbn Cüzey, *el-Kavânîni'l-fikhiyye*, s. 404-6.

b) Hicri V. yüzyıldan itibaren, fakihlerin çoğunluğu, hem tanım yaparak hem de tikel örnekleri listeleterek konuyu daha anlaşılır hale getirmeye çalışmışlardır. Ancak konunun çok boyutlu oluşu ve çok sayıdaki alt unsuru bir tanıma sığdırma zorluğu sebebiyle, ideal bir tanıma ifade eden ‘had’ yerine genellikle ‘resm’lerin (tasvirlerin) ortaya çıktığı görülmektedir. Yapılan tanımlar ictehad eseri oldukları için, kapsamları farklılık arz etmiş; bazısının, kapsam açısından dar kaldığı için ‘efrâdını câmî’ olamadığı da görülmüştür.

Tezimizin bu noktasında, tanımlama çabalarını kronolojik olarak inceleyecek, bunları kategorize edecek ve ortak bir tanıma ulaşmaya çalışacağız.

1. Sahâbe ve Tâbiûn Dönemi

Fıkıh tarihinde görünürdeki ilk garar tanımı, bazı Şii kaynaklarda Hz. Ali’ye (ö. 40/661) nisbet edilen, ancak Sünni kaynaklarda tespit edemediğimiz bir tanımdır. Ca‘fer-i Sâdık’tan (ö. 148/765) gelen rivayette, Hz. Ali gararı “*kendisi bulunduğunda, zarardan emin olunmayan iş*” olarak tanımlamaktadır.³⁴ Şayet bu tanımın Hz. Ali’ye nisbeti sahih olsaydı, gararın tespit edebildiğimiz ilk tanımı olacaktı. Ancak bu rivayet, şii hadis kaynaklarında yer almadığı için, şii âlimlerce de *gayr-i sâbit* kabul edilmiştir.³⁵

Bu rivayet dışında sahâbeden gelen bir tanım bilinmemektedir. Ancak, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, sahâbeden ve tâbiûndan garar içeren satım örneklerine dair rivayetler nakledilmiştir. Mesela Hz. Ömer’in (ö. 23/644) ve İbn Mes‘ud’un (ö. 33/654) sudaki balığın satışını garar sebebiyle câiz görmedikleri yönündeki rivayet bunlardandır.³⁶

Gararlı satışı yasaklayan rivayeti nakleden tâbiûn âlimlerinin de zaman zaman örnekle konuyu açıkladıkları görülmektedir. Mesela tâbiûn neslinin son temsilcilerinden olan Yahyâ b. Ebî Kesîr’in (ö. 129/747) gararlı satıma verdiği örnekler şunlardır: Dalgıcın tek dalışta çıkaracağı incinin satımı, kaçmış köle veya hayvanın satımı, dişi hayvanın karnındaki yavrunun satımı, maden cevherinin satımı ve hayvanların memesindeki sütün ölçüye bağlanmadan satımı...³⁷

³⁴ Cevâhirî, *Cevâhiru’l-keîâm*, 22/387; Ensârî, *el-Mekâsib*, 4/176: (عمل لا يؤمن معه من الضرر)

³⁵ Bkz. Huseynî, *Fıkhu’s-Sâdik*, 16/343 vd.

³⁶ Ebû Yûsuf, *Kitâbu’l-Harâc*, s. 100; Ebû Yûsuf, *İhtilâfu Ebî Hanîfe ve İbn Ebî Leylâ*, s. 23; Şâfiî, *el-Ümm*, 8/234. Bu rivayet İbn Mesud kanalıyla merfu olarak da gelmiştir: لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر (Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 1/388) Şuayb Arnavût’a göre mevkuף olması daha isabetli gözükmektedir. (Ahmed b. Hanbel, *Müsned* (Arnavût tahkiki), 6/197, no: 3676)

³⁷ Ahmed b. Hanbel, *Müsned* (Arnavût tahkiki), 4/480 (no: 2752); Dârekutnî, *Sünenü’-d-Dârekutnî*, 3/403 (no: 2841):

2. Müctehid İmamlar Dönemi

Bu başlık altında kurucu mezhep imamları ve onların meşhur öğrencilerinin, yazdıkları eserlerinde konuyu işleyişlerine yer verilecektir. Bu dönem İslam hukukçularında gararın kendisinin bir tanımına rastlanmamaktadır. Ancak bu fakihler garar yasağına yer vermişler, garar ve cehâlet içeren işlemleri ele almış ve tartışmışlardır. Verilen örnekler ve ele alınan konular, bazı ilaveler yapılmakla beraber, daha ziyade hadis ve eser rivayetlerinde zikredilenler çerçevesindedir ve fazla ayrıntıya girilmediği görülmektedir. Konuyla ilgili hadislere ve sahâbe görüşlerine yer verilmesine rağmen Kur'an'daki 'bâtıl yollarla mal edinmeyi' ve kumarı yasaklayan genel ayetlere atıfta bulunulmamış olması dikkati çekmektedir.

Bu dönemde kaleme alınan eserlerde konunun işlenişi şu şekildedir:

a) İslam tarihindeki ilk sistematik fıkıh eseri, müellifine nisbeti doğru kabul edilirse, Zeydiyye mezhebinin imamı Zeyd b. Ali'ye (ö. 122/740) izafe edilen *Müsnedu Zeyd b. Ali (Mecmû'u'l-fikh/el-Mecmû'u'l-kebîr)* isimli eserdir. Bu eserde, hem garar konusuna müstakil bir başlık (باب بيع الغرر) ayrılmış, hem de geçersiz satımlar başlığı (باب ما نهي عنه من البيوع) altında bu konu kapsamındaki bazı satımlara yer verilmiştir.

Müstakil başlık altında verilen örnekler, hâmile câriyenin karnındaki bebeğin ve hayvanın karnındaki yavrunun satımı, henüz olgunlaşmamış meyvelerin satımı, gebe olmayan hayvanın zamanla dünyaya getireceği yavrunun satımı, hurma ağacının bu yıl vereceği hurmanın satımı, dalgıç satışı (*darbetu'l-ğâis*) ve balıkçı satışıdır.³⁸ Geçersiz satımla ilgili başlık altında gararı temsilen verilen örnekler ise, sudaki balığın satımı ve hayvanın memesindeki sütün satımıdır. Zeyd b. Ali bu satışların câhiliyye satışları olduğunu belirtmiştir.

b) İmam Mâlik'in (ö. 179/795) Muvatta'ı, müellifine nisbetinde tartışma olmaksızın günümüze ulaşan ilk fıkıh kitabıdır. İmam Mâlik, Muvatta'da konuya müstakil bir bab başlığı ayırmış (باب بَيْعِ الْغَرْرِ) ve konuyu burada açıklamıştır. Ayrıca eserin başka yerlerinde de garar sebebiyle geçersiz hale gelen satışlara yer vermiştir.

وفسر يحيى بيع الغرر قال إن من الغرر ضربة الغائض وبيع الغرر العبد الآبق وبيع البعير الشارد وبيع الغرر ما في بطون الأنعام وبيع الغرر تراب المعادن وبيع الغرر ما في

ضروع الأنعام إلا بكيل.

³⁸ Zeyd b. Ali, *Müsnedu Zeyd b. Ali*, s. 269. Dalgıç satışı, dalgıcın yapacağı dalış neticesinde çıkaracağı incileri denize dalmadan önce satmasıdır. Balıkçı satışı olarak ifade ettiğimiz satış ise, balıkçının ağdan çıkacak balıkları önceden satmasıdır. *Darbetu'l-kânis* olarak da ifade edilir.

İmam Mâlik'in hadisleri ve hükümleri ta'lil gerekçelerinden yola çıkarak, garar ile muhâtara kelimelerini eş anlamlı gördüğü söylenilebilir.³⁹ O'na göre, amacın ticaret veya satım değil de kumarvârî risklere girmek olduğu durumlarda *garar* ve *muhâtara* söz konusu olmaktadır.⁴⁰ Ayrıca akdin unsurlarıyla ilgili cehâlet⁴¹ ve mebinin henüz tam olarak ortaya çıkmamış olması⁴² da gararı ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla Mâlik'in garar anlayışının temelinde kumar amaçlı riske girme, mebinin tam olarak meydana gelmemiş olması ve cehâlet bulunmaktadır.

c) Ebû Hanîfe'nin öğrencilerinden Ebû Yûsuf (ö. 182/798), *el-Harâc*'ında ve *İhtilâf*'ında garar konusuna “sudaki balığın satımı” bağlamında kısa da olsa değinmektedir. Verdiği örneklere göre, teslim gücü yetirilemeyen veya teslim edilebilirliği kesin olmayan malların satımı, garar kapsamındadır.⁴³ Ayrıca miktarı bilinmeyen şeylerin (özellikle su kaynaklarının) satımı da garar kabul edilmiştir.⁴⁴

d) İmam Muhammed (ö. 189/805), garar konusunu biraz daha sistematik ele almaktadır. *el-Asl*'ında, özellikle fâsid akidlerle ilgili babta, garar içeren çok sayıda satıma yer vermektedir. *el-Hucce*'sinde Ebû Hanîfe'den konuyla ilgili çok sayıda görüş aktarmıştır. Ayrıca İmam Muhammed, İmam Mâlik'ten rivayet ettiği Muvatta'da gararla ilgili babta⁴⁵ ve borcun satımı⁴⁶ konusunda kendi yaklaşımlarını kaydetmiştir.

İmam Muhammed'in eserlerinde garar sebebiyle yasaklandığını açıkça ifade ettiği satımlar şunlardır: Kaçak kölenin,⁴⁷ memedeki sütün satışı ve *habelu'l-habele* satışı,⁴⁸ hayvanın kırılmadan önce sırtındaki yünün, kesilmeden önce etinin satışı ve olgunlaşmadan önce hurmanın satışı,⁴⁹ zeytinin ve susamın içindeki yağın henüz sıkılıp ortaya çıkmadan

³⁹ Mesela bkz. Muvatta, “Buyû”, 75 (4/960-961, no: 2452-2455). Hatta bir yerde bu ikisini, kumarla da yan yana anmaktadır: Muvatta, “Buyû”, 25 (4/905, no: 2317)

⁴⁰ Muvatta, “Buyû”, 37 (4/918, no: 2342), 75 (4/960, no: 2452) ve 76 (4/963, no: 2462).

⁴¹ Muvatta, “Buyû”, 1 (4/881, no: 2260), 75 (4/960-961, no: 2453, 2455); “Müdebber”, 6 (5/1190, no: 3021).

⁴² Muvatta, “Buyû”, 12 (4/894, no: 2291-2)

⁴³ Ebû Yûsuf, *İhtilâfu Ebî Hanîfe ve İbn Ebî Leylâ*, s. 23; Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, s. 87.

⁴⁴ Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, s. 95.

⁴⁵ Şeybânî, *Muvatta'u'l-İmâm Mâlik*, 3/218-223 (no: 774-776).

⁴⁶ Şeybânî, *Muvatta'u'l-İmâm Mâlik*, 3/300-302 (no:822-823).

⁴⁷ Şeybânî, *el-Mebsût*, 5/89.

⁴⁸ Şeybânî, *el-Mebsût*, 5/65-66; Şeybânî, *el-Hucce*, 2/699-700.

⁴⁹ Şeybânî, *el-Mebsût*, 5/91.

satışı,⁵⁰ peşi sıra ürün veren bitkilerin (*efrâd-ı mütelâhıka*) ürünlerinin satımında, sonra çıkacak ürünlerin de satıma dâhil olmasını şart koşulması,⁵¹ ve borcun satımı.⁵²

İmam Muhammed bazı gararlı satımların fesâd sebebinin “*henüz mevcut olmayan ve ne olduğu bilinmeyen şeyin satılması*” olarak açıklamaktadır.⁵³ Yine bazı satışlarda garar bulunmasını sık sık ‘(mebinin) meydana gelip gelmeyeceği bilinmemektedir’ ifadesini kullanarak açıklamaktadır.⁵⁴ Ayrıca genel ilke olarak ‘mevcut olmayan ve henüz ortaya çıkmamış şeylerin satılması ve bunlara semenden hisse verilmesi’ garar olarak kabul edilmektedir.⁵⁵ Dolayısıyla İmam Muhammed’in anlayışında, mevcut olmayan, meydana gelip gelmeyeceği bilinmeyen veya hakkında bilgi bulunmayan şeyler garar kapsamındadır.

e) İmam Şâfiî (ö. 204/819), *Ümm*’ünün değişik bölümlerinde garara atıfta bulunmuştur. Başlıcaları, meyvenin olgunlaşmadan satımı, karpuz ve salatalık gibi *efrâd-ı mütelâhıkanın* henüz çıkmayanlarının satımı, havadaki kuşun, kaçak köle ve hayvanın satışı,⁵⁶ başağındaki buğdayın satımı,⁵⁷ medâmîn, melâkîh ve habelu’l-habele,⁵⁸ sudaki balığın satımı,⁵⁹ büyük bohça biçiminde sıkıca bağlanmış ticarî malın (‘denk’) numuneye bakılarak satımı⁶⁰ ve bir malın -hangi vade olduğu belirlenmeksizin- peşin ve vadeli olmak üzere iki ayrı fiyatla satımıdır.⁶¹ Bu örneklerden, Şâfiî’nin de varlık, teslim ve cehâlet gibi hususlarda garar oluştuğu kanaatinde olduğu söylenebilir.

f) Şâfiî’nin öğrencisi Müzenî (ö. 264/878) de Muhtasar’ında hocasının görüşlerine yer vermiştir. Muhtasar’da ‘garar’ başlığı altında şu satımlar zikredilmiştir: Damızlık erkek hayvanın dişiye çektirilmesinin satımı (*asbu’l-fahl*), yanında (yani mülkiyetinde) olmayan şeyin satımı, annesinin karnındaki yavrunun, kaçak kölenin satımı, balık ve kuşun

⁵⁰ Şeybânî, *el-Mebsût*, 5/92, Şeybânî, *el-Hucce*, 2/667.

⁵¹ Şeybânî, *el-Hucce*, 2/543.

⁵² Şeybânî, *el-Hucce*, 2/699-700.

⁵³ Şeybânî, *el-Mebsût*, 5/91: هَذَا كَلُّهُ فَاسِدٌ لِأَنَّهُ يَبْتَاعُ مَا لَمْ يَكُنْ بَعْدَ أَوْ لَمْ يَدْرَ مَا هُوَ

⁵⁴ Şeybânî, *el-Hucce*, 2/545-6, 564, 4/185: لَأنه غَرَّرَ لَآ يَدْرِي أَيَكُونُ أَمْ لَآ يَكُونُ

⁵⁵ Şeybânî, *el-Hucce*, 2/546:

إِذَا أُجِيزَ بَيْعُ مَا لَمْ يَكُنْ وَلَمْ يَخْلُقْ وَجَعَلَتْ لَهُ حِصَّةً مِنَ الثَّمَنِ فَأَيُّ الْغَرَرِ الَّذِي هِيَ عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ ص جِيزَ نَحْيَ عَنِ بَيْعِ الْغَرَرِ

⁵⁶ Şâfiî, *el-Ümm*, 4/137.

⁵⁷ Şâfiî, *el-Ümm*, 4/142.

⁵⁸ Şâfiî, *el-Ümm*, 4/244.

⁵⁹ Şâfiî, *el-Ümm*, 8/234.

⁶⁰ Şâfiî, *el-Ümm*, 8/604-5.

⁶¹ Şâfiî, *el-Ümm*, 9/52.

avlanmadan önce satımı ve fuzûlünün satışıdır.⁶² Toplam büyüklüğü bilinmeyen bir arazinin yüz zirânın satımı cehâlet sebebiyle gararlı satıştır ve geçersizdir. Yine hayvanın sırtındaki yünün ve memedeki sütün satımı, deri kabındaki miskin satımı da geçersizdir, zira miktarı ve niteliği bilinmemektedir.⁶³ Ayrıca borcun satımı da gararlı satış olarak ifade edilmiştir.⁶⁴

* * *

Görüldüğü üzere müctehit imamlar dönemine ait kaynaklarda gararın bir tanımı yapılmamakla birlikte, garar konusuna dair bol örneğe rastlanmaktadır. Bu örneklerden kimisi hadiste veya sahâbe kavlinde geçmişken, kimisi de fakihler tarafından tespit edilmiştir. Bu durumdan hareketle, aslında fakihlerin, garar yasağını, sınırlı örneklerden müteşekkil bir yasak olarak değil, kıyas yoluyla genişletilmesi gereken bir *ma'nâ* olarak algıladıkları anlaşılmaktadır. Ayrıca fakihler önceden bilinen örneklerin yasaklanma gerekçesini veya yeni örneklerin niye garar içerdiğini açıklarken, aslında sonraki fakihlere gararın tanımına dair ipuçları da sağlamışlardır. Bu ipuçları, temelde, cehâlet, teslim edilememe, mevcut olmama, fasid şartlar ve bir satımda iki satımın birleşmesi gibi hususlardır. Bütün bu verilere dayanarak, garar teorisinin temel unsurlarının ve örneklerinin ilk dönemdeki fakihlerin eserlerinde yer aldığını söyleyebiliriz.

3. Müctehid İmamlar Sonrası Dönem

Mezheplerin kurucu imamlar neslinden sonra gelen İslam hukukçuları, konuyu daha ayrıntılı ele almış, yeni örnekler ilave etmişler ve artık gararı fıkhi olarak tanımlamaya başlamışlardır. Yapılan bu tanımların bir kısmı oldukça kısa, hatta bazen tek kelime iken, bir kısmı da daha uzun olmuştur. İslam hukukçuları, yaptıkları tanımın yanı sıra, genellikle çok sayıda örneğe de yer vermişlerdir. Hatta tanımların öncelikli olmadığı ve örneklerin merkezi konumunu korumaya devam ettiği söylenebilir.

Bu dönemde tespit edebildiğimiz ilk garar tanımı, muhaddis Hattâbî'ye (ö. 388/998) aittir. Ona göre garar, “*bilgisi sana kapalı olan, bânını ve sırrı sana gizli kalan şey*”dir.⁶⁵ Ayrıca ona göre, maksadı bilinmeyen ve teslim edilemeyen her şey garardır.⁶⁶

⁶² Müzenî, *Muhtasaru'l-Müzenî*, s. 123. Fuzûlî'nin satışını ifade etmek üzere, sahibinin izni veya vekaleti olmadan bir kölenin satımı zikredilmiştir: (وكذلك مشتري العبد بغير إذن سيده لا يدرى أيجيزه المالك أو لا يجيزه).

⁶³ Müzenî, *Muhtasaru'l-Müzenî*, s. 123.

⁶⁴ Müzenî, *Muhtasaru'l-Müzenî*, s. 118.

⁶⁵ Hattâbî, *Meâlimu's-Sünen*, 3/88: (أصل الغرر هو ما طوي عنك علمه وخفي عليك باطنه وسره)

⁶⁶ Hattâbî, *Meâlimu's-Sünen*, 3/88: (وكل بيع كان المقصود منه مجهولاً غير معلوم ومعجزاً عنه غير مقدور عليه فهو غرر)

Hattâbî'nin bu tanımından bir asır kadar sonra, hicri V. yüzyıldan itibaren, dört mezhepte ve Zahirî mezhebinde ilk tanımlar ortaya çıkmıştır. Bu noktada, klasik dönem İslam hukukçularının gararı tanımlama konusundaki gayretlerine, mezhep tasnifine göre yer vermek istiyoruz:

a. Hanefî Mezhebi

Hanefî mezhebinde garar tanımlarının gelişim seyrini beş aşama halinde incelemek mümkündür:

a) Hanefî mezhebinde tespit edebildiğimiz ilk garar tanımı, Şemsuleimme Serahsî'ye (ö. 483/1090) aittir. Bu tanıma göre garar, “*sonucu kapalı olan şey*”dir.⁶⁷ Bu kapalılık öncelikle satım akdinin hükmü olan mebinin teslimine dair belirsizliktir, ancak Serahsî'nin başka yerlerde verdiği örneklere bakılınca, mebiye dair cehâleti (özellikle de ayn'a ve evsafa dair cehâleti) de kapsadığı anlaşılmaktadır.⁶⁸

b) Bir asır sonra Halep'te yaşamış olan Hanefî fakihî Kâsânî'ye (ö. 587/1191) göre garar “*mebinin varlık ve yokluğunun eşit düzeyde olduğu risk/belirsizlik hali*”dir.⁶⁹ Burada garar, ‘mebinin varlık ve yokluğu’ merkezinde tanımlanmıştır. Benzer bir tanım, aynı asırda ve aynı bölgede yaşamış olan Hüsâmuddin Râzî (ö. 598/1201) tarafından *Hulâsatu'd-delâil* isimli Kudûrî şerhinde zikredilmiştir.⁷⁰

c) VIII. yüzyılda bazı Hanefî fakihlerin ilk iki tanımı tek tanım halinde birleştirdikleri gözlemlenmektedir. Meselâ Kenz şârihi Zeyla'î (ö. 743/1342) ve Seyyid Şerif Cürçânî'ye (ö. 816/1413) göre garar, “*âkıbeti/neticesi mechûl, var olup olmayacağı bilinmeyen şey*”dir.⁷¹ Aynı dönemde, Bâbertî (ö. 786/1384) ve İbnü'l-Humâm (ö. 861/1456) *el-Hidâye*'ye yazdıkları şerhlerinde gararı Serahsî'ye benzer bir şekilde “*bilgisi kişiye kapalı kalan şey*” olarak tanımlamışlardır.⁷²

⁶⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/194, 13/68: (والغمر ما يكون مستور العاقبة)

⁶⁸ Mesela bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, 13/68, 92, 14/44.

⁶⁹ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/163: (الغمر هو الخطر الذي استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك)

⁷⁰ Râzî, *Hulâsatu'd-delâil*, 1/339: (الغمر ما كان على خطر الوجود)

⁷¹ Zeyla'î, *Tebyînu'l-hakâik*, 4/46; Cürçânî, *Ta'rifât*, s. 167: (والغمر ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا)

Cürçânî'nin verdiği diğer bir tanıma göre gararlı satış “*mebinin helâki sebebiyle fesholma riski taşıyan satış*”tır. (Cürçânî, *Ta'rifât*, s. 50: (بيع الغمر هو البيع الذي فيه خطر انفساحه بملاك المبيع) Bu tanım Hanefilerde ‘ğararu'l-infisâh’ denilen garar türünü açıklamaktadır.

⁷² Bâbertî, *el-Înâye*, 6/411, 512; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, 6/512: (ما طوي عنك علمه)

d) IX. ve X. yüzyılda, Kâsânî'yi hatırlatan bir tarzda, 'risk' merkezli yeni bir tanım yapılmıştır. Bu dönemde yaşamış fakihlerden Aynî (ö. 855/1451) ve Konevî'ye (ö. 978/1570) göre garar 'gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen risk (hatar)'dir.⁷³ Ancak bu tanımın sonraki fakihler tarafından benimsenmediği görülmektedir.

e) XII ve XIII. yüzyılda ise, iki önceki garar tanımından 'âkıbet/netîce' unsuru atılarak 'varlık-yokluk' merkezli bir tanım yapılmıştır. Mesela Hindistanlı muhaddis fakih Şah Veliyyullah Dihlevî'ye (ö. 1176/1762) göre garar "mevcut olup olmadığı kesin olarak bilinmeyen"dir.⁷⁴ Benzer şekilde, İbn Âbidîn'e (ö. 1252/1836) göre garar, "mebinin varlığı hakkındaki şüphe"dir.⁷⁵

* * *

Hanefilerdeki garar tanımlarının düzenli bir gelişim gösterdiğini söylemek zordur. Dar nitelikli tanımlar gararı mebinin var olup olmamasıyla sınırlı tutarken, nisbeten geniş nitelikli olanlar ise akdin konusuyla ilgili cehâleti de tanıma dâhil etmişlerdir. Zeyla'î ve Cürçânî'nin temsil ettiği tanımlar bu anlamda en kapsamlı tanımlardır. Daha sonraki tanımların daralmış olması dikkat çekmektedir. Dar tanımlar tüm tikel örnekleri kapsamadıkları için *câmi'* tanımlar değildir. Kanaatimizce geniş tanımlar Hanefî literatüründeki garar anlayışına daha uygundur.

b. Mâlikî Mezhebi

Hanefî mezhebinde olduğu üzere, Mâlikî mezhebinde de garar tanımları çeşitlilik arz etmektedir. Mâlikîlerde tespit edebildiğimiz en eski iki tanım, diğer mezheplere göre gecikmeli olarak, hicri VI. yüzyılda eşzamanlı olarak yapılmıştır.

a) Mâzerî (ö. 536/1141) tarafından yapılmış tanımda garar, "selâmet ile kayıp arasında gidip gelen (kararsız olan) şeydir".⁷⁶ Bu tanım, Şâfîilerde Mâverdî'nin (ö. 450/1058) temsil ettiği tanımlama biçimine benzemektedir. Öte yandan bu tanım, sonraki bazı Mâlikîlerden eleştiri almıştır. Bunlardan İbn Arafê (ö. 803/1400), bu tanımın kapsayıcı olmadığını, mesela cüzâf satımını ve bir satışta iki satışı (*bey'ateyn fi bey'a*) kapsamadığını belirtmiştir.⁷⁷ Adevî (ö. 1189/1775) ise, bu tanımın vadeyi (ecel) kapsamadığını, zira vade açısından selâmet veya

⁷³ Aynî, *Umdetü'l-kârî*, 11/264; Konevî, *Enisü'l-fukahâ*, s. 221: (الخطر الذي لا يدري أياكون أم لا)

⁷⁴ Dihlevî, *Hucetullâhi'l-bâliğa*, 2/170: (وهو الذي لا يتيقن أنه موجود أو لا)

⁷⁵ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 5/62: (وهو الشك في وجوده (المبيع))

⁷⁶ Rasâ', *Şerhu Hudûdi İbn Arafê*, s. 350; 'İlîş, *Minahu'l-Celîl*, 2/552: (الغرر ما تردد بين السلامة والعطب)

⁷⁷ Rasâ', *Şerhu Hudûdi İbn Arafê*, s. 350.

kayıp söz konusu olmadığına dikkat çekmiştir.⁷⁸ Bu eleştiriler neticesinde bu tanım, önce terk edilmesine rağmen, aşağıda göreceğimiz üzere, XII. yüzyıldan sonra Mâlikî mezhebinde yeniden revaç bulacaktır.

b) VI. yüzyılda yapılmış diğer bir tanım Kâdî İyâz'a (ö. 544/1149) aittir. Ona göre, garar *muhâtara* ile eş anlamlıdır ve “*mebinin veya semenin bilinmemesi, (bu ikisinin) selâmetinin veya ecelinin bilinmemesi*”dir.⁷⁹ Bu tanım, cehâlet ve selâmeti birlikte ele alan ve diğerlerine göre daha anlaşılır bir tanımdır.

Kâdî İyâz'inkine benzer bir tanım, Arap dili alanındaki çalışmalarıyla meşhur olan Mâlikî fakih İbnü'l-Hâcib'e (ö. 646/1249) aittir. Bir asır kadar sonra yapılmış bu tanıma göre, garar “*cehâlet, risk ve teslim edilememe içeren (satış)*”tır. Bu tanıma eleştiren İbn Arafê'ye göre, *cehl* eşyanın değil kişinin sıfatıdır; risk (hatar) zaten gararla eş anlamlıdır, teslim edilememe ise gararın hikmet yönüdür.⁸⁰ Kanaatimizce burada *cehl*'in mef'ul anlamında masdar olarak düşünülmesi daha uygun olacaktır, dolayısıyla *cehl* *mechûl* anlamındadır ve eşyanın sıfatıdır. Nitekim Derdîr (ö. 1201/1786) de bu tanıma yakın bir tanım benimsemiştir. Ona göre, gararlı satış “*cehl ve risk (hatar) içeren*” satıştır.⁸¹

c) VII. yüzyılda, Mısırlı fakih Karâfî (ö. 684/1285) *husûlü* yani mebinin elde edilmesini tanımında merkeze yerleştirmiştir. Karâfî'ye göre gararın aslı “*hâsıl olup olmayacağı bilinmeyen şey*”dir ve niteliğinin bilinip bilinmemesi önemli değildir.⁸²

Karâfî'nin bu tanıma farklı şekillerde yorumlanmıştır. Darîr, tanımdaki ‘*aslu'l-garar*’ ifadesinden yola çıkarak, gararın aslının/temelinin mebinin *husûlündeki şüphe olduğunun* ifade edildiği, cehâletin de yan unsur olarak garar kapsamında olmasına bunun mâni olmadığı kanaatindedir.⁸³ Buang ise, Karâfî'nin garar anlayışının diğer Mâlikî fakihlerden farklı olduğunu ve cehâleti garar kapsamında görmediğini, sadece *husûlden ibaret gördüğünü* düşünmektedir.⁸⁴ Karâfî'nin cehâlet ile gararı itinayla ayırmaya çalıştığı ve ikisini hep yan yana zikrettiği göz önüne alındığında, Buang'ın görüşü daha isabetli görünmektedir.

⁷⁸ Adevî, *Hâşiyetü'l-Adevî*, 3/310.

⁷⁹ Kâdî İyâz, *Meşâriku'l-envâr*, 2/131: وهو الجهل بالمبيع أو ثمنه أو سلامته أو أجله

⁸⁰ Rasâ', *Şerhu Hudûdi İbn Arafê*, s. 351: بيع الغرر ذو الجهل والخطر وتعذر التسليم

⁸¹ Derdîr, *eş-Şerhu's-sağîr*, 3/91: وهو ذو الجهل والخطر

⁸² Karâfî, *el-Furûk*, 3/432: وأصل الغرر هو الذي لا يدري هل يحصل أم لا كالطير في الهواء والسماك في الماء

⁸³ Darîr, *el-Garar*, s. 50.

⁸⁴ Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 82-83.

d) Bir asır kadar sonra, Tunuslu fakih İbn Arafe'nin (ö. 803/1400) kendinden önceki tanımları mezcettiği görülmektedir. İbn Arafe, garar içeren satımı “*ıvazlardan birinin husûlünde veya (akidden) amaçlanan şeyin husûlünde büyük oranda şüphe taşıyan (satım)*” olarak tanımlar.⁸⁵ Kanaatimizce Mâlikî mezhebindeki en kapsamlı garar tanımlarından birisi budur. İbn Arafe, tanımında ‘büyük oranda’ (*ğâliben*) kaydını koyarak, hafif garar örneklerini kapsam dışında tutmuştur. (Mesela kullanılacak su miktarı bilinmemesine rağmen hamama ücretle girmenin câiz olması gibi...) İvazlarda şüphenin örneği, kaçak hayvanın veya anne karnındaki yavrunun satımındaki şüphedir.

e) X. yüzyılda Menûfî (ö. 939/1532), İbn Ebî Zeyd'in Risâle'sine yazdığı şerhte, garar ve hatarın eş anlamlı olduğunu belirtmiş ve bunları “*kendisini ('aynını) bilmediğin şey*” olarak tanımlamıştır.⁸⁶ Bu son derece sınırlı ve yetersiz bir tanımdır. Menûfî'nin verdiği diğer tanım ise Mâzerî'nin yukarıda verdiğimiz tanımımızdır.

f) Mısırlı Mâlikî fakih Adevî (ö. 1189/1775), garar terimini ele alırken, birçok fakih tarafından eş anlamlı kabul edilen *hatar* ile *garar* arasında fark görmektedir. O'na göre, hatar ‘*varlığı kesin olmayan şey*’dir, mesela kişinin “*yarın yapacağım kâr karşılığında şu atını bana sat*” demesidir. Garar ise ‘*varlığı kesin olan ama tamamlanması konusunda şüphe olan şey*’dir. Mesela henüz olgunlaşmamış meyvelerin satımı gibi.⁸⁷

g) XII. yüzyıldan itibaren bazı Mâlikî fakihler Mâzerî'nin tanımına yeniden dönmüşlerdir. Buna göre, Haraşî (ö. 1101/1690), Desûkî (ö. 1230/1815), Muhammed ‘İlîş* (ö. 1299/1882) ve ‘Âbî (ö. 1335/1917) gibi fakihler gararı “*ilki amaca uygun, diğeri uygun olmayan iki durum arasındaki karârsızlık (tereddüd)*” olarak tanımlamıştır.⁸⁸

* * *

Görüleceği üzere, Derâdike'nin Mâlikîlerdeki tanımların hemen hemen aynı veya birbirine yakın olduğunu ifade etmesi⁸⁹ isabetli değildir. Mâlikî mezhebindeki tanımlar

⁸⁵ Rasâ', *Şerhu Hudûdi İbn Arafe*, s. 350: ما شك في حصول أحد عوضيه، أو مقصود منه غالباً. Mevâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 6/224; Adevî, *Hâşiyetü'l-Adevî*, 3/310; 'İlîş, *Minahu'l-Celîl*, 2/552.

⁸⁶ Menûfî, *Kifâyetü't-tâlibi'r-rabbânî*, 3/310: وهو ما جهلت عينه

⁸⁷ Adevî, *Hâşiyetü'l-Adevî*, 3/310: والغرر ما يتيقن وجوده وشك في تمامه. 'Âbî, *es-Semeru'd-dânî*, s. 392.

* “Lakabı çeşitli kaynaklarda İllîş, Ulleyş, Uleyş ve Aleyş şeklinde kaydedilmişse de, doğru telaffuzu, bizzat kendisi tarafından belirtildiği üzere İlîş'tir.” (Özel, Ahmet, “Muhammed İlîş”, DİA, 30/543-4)

⁸⁸ Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 3/55: والغرر هو التردد بين أمرين أحدهما على الغرض والثاني على خلافه (غيره). 'İlîş, *Minahu'l-Celîl*, 2/552: أي الخطر والتردد بين ما يوافق الغرض وما لا يوافقه. 'Âbî, *Cevâhiru'l-iklîl*, 2/21; Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 81.

⁸⁹ Derâdike, *Nazariyyetü'l-garar*, 1/74.

anahatlarıyla üç grupta yoğunlaşmaktadır. Bunlardan bir grup, gararı ‘akdin amacına uygun ve aykırı olan iki durum arasında gidip gelen’ şeklinde tanımlarken; diğer bir kısmı tanımda ‘husûl’ konusunu merkeze almış; üçüncü ve en geniş tanım ise ‘husûl’ ile ‘cehl’ unsurlarını birlikte zikretmiştir. Kanaatimizce bunlardan en uygunu üçüncü grup tanımdır. Öte yandan, Adevî’nin garar ile hatarın arasında fark olduğunu iddia etmesi başka kaynaklarda rastlayamadığımız bir yaklaşımdır.

c. Şâfiî mezhebi

Şâfiî mezhebinde hicri V. yüzyılda iki tanım biçiminin paralel olarak oluştuğu ve sonraki yüzyıllarda da bu iki tanımın genel olarak benimsendiği görülmektedir.

a) Bunlardan ilki, ‘iki uç durum arasında gidip gelen karârsızlık’ merkezli tanımdır. İlk defa Mâverdî’de (ö. 450/1058) rastladığımız bu tür tanıma göre garar “*birbirine zıt iki mümkün durum arasında gidip gelen ve genellikle istenmeyen durumun gerçekleştiği şey*”dir.⁹⁰ Tâcuddîn Sübkî⁹¹ (ö. 771/1369) ve İbn Hacer el-Heytemî⁹² (ö. 973/1565) de benzer tanımları benimsemiştir.

b) Diğer tanım, ‘bilginin kapalı kalması ve sonucun (âkıbetin) bilinmemesi’ üzerine yoğunlaşmaktadır. Bu yaklaşıma sahip Şîrâzî’ye (ö. 476/1083) göre garar “*kişiyeye durumu kapalı kalan ve neticesi kişiden gizli olan şey*”dir.⁹³ Cüveynî⁹⁴ (ö. 478/1085), İbn Abdisselâm⁹⁵ (ö. 660/1262) ve Takıyyüddin Hısnî⁹⁶ (ö. 829/1426) de gararı benzer şekilde tanımlamıştır.

Şâfiîlerde ortaya çıkan bu iki tanımın, sonraki eserlerde de benimsendiği görülmektedir. Hatîb Şîrbînî’den (ö. 977/1570) itibaren Şâfiî fakihlerin genellikle mezhep içinde gelişmiş olan bu iki tanımı birlikte zikrettiklerini görüyoruz. Özellikle Minhâc ve Ebu Şücâ şerhlerinde

⁹⁰ Mâverdî, *el-Hâvî’l-kebîr*, 5/325: وحقيقة الغرر ما تردد بين جوازين متضادين الأغلب منهما أخوفهما: 7/359.

⁹¹ Sübkî, *el-Eşbâh ve’n-nezâir*, 2/262: الغرر ما تردد بين جائزين لا يرجح أحدهما صاحبه

⁹² İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetu’l-muhtâc*, 4/250: وهو ما احتمال أمرين أغلبهما أخوفهما

⁹³ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 2/12: وما انطوى عنه أمره وخفيت عليه عاقبته: Nevevî (ö. 676/1277) de şerhinde aynı tanımı benimsemiştir. (Nevevî, *el-Mecmû’*, 9/258)

⁹⁴ Cüveynî, *Nihâyetü’l-matlab*, 5/403: ومعنى الغرر ما ينطوي عن الإنسان عاقبته

⁹⁵ İbn Abdisselâm, *Kavâidü’l-ahkâm*, 2/300: الغرر ما جهلته وانطوى عنك أمره

⁹⁶ Hısnî, *Kifâyetü’l-ahyâr*, s. 377: الغرر ما انطوى عنا عاقبته

bu durum yaygındır. Zekeriyâ el-Ensârî (ö. 926/1520),⁹⁷ eş-Şâfiî es-Sağîr olarak bilinen Şemsüddîn Ramlî (ö. 1004/1596)⁹⁸ ve Kahireli fakih Buceyrimi (ö. 1221/1806)⁹⁹ de aynı yolu takip ederek, iki tanımını birlikte zikretmişlerdir.

Dolayısıyla Şâfiî mezhebi içindeki garar tanımı diğer mezheplere göre daha yeknesak durumdadır. Tespit edebildiğimiz tek istisnâ Şîrbînî'dir. Her ne kadar Şîrbînî (ö. 977/1570), Minhâc'a yazdığı şerhte, tanım geleneğine uygun olarak Mâverdî ile Hısnî'nin tanımlarına yer vermişse de;¹⁰⁰ Ebu Şücâ el-İsfahânî'nin (ö. 593/1197) *Ğâyetü'l-İhtisâr* isimli metnine yazdığı *el-İknâ* isimli şerhinde, mezhepteki tanım geleneğinden ayrılarak gararı kısaca 'bilinmeyen şey' olarak açıklamıştır.¹⁰¹

* * *

Görüldüğü üzere Şâfiî mezhebinde iki temel tanım türü bulunmaktadır. Bunlardan ilki, 'bilginin kapalı kalması ve sonucun (âkıbetin) bilinmemesi' temelli tanımlardır. Diğeri ise, Mâlikî mezhebinde de örneklerini gördüğümüz 'iki uç durum arasında gidip gelen karârsızlık' merkezli tanımlardır. Bu iki tanım biçiminine diğer mezheplerde de yaygın şekilde müracaat edildiği görülmektedir.

d. Hanbelî Mezhebi

Tespitimize göre, Hanbelî mezhebinde ilk tanıma V. yüzyılda rastlanılmaktadır. Buna göre, Ebu Ya'lâ el-Ferrâ (ö. 458/1066) ve bir grup Hanbelî fakih, gararı "biri diğerine baskın olmayan iki durum arasındaki karârsızlık" olarak tanımlamışlardır.¹⁰² Bu tanım sonraki eserlerce de genellikle benimsenerek kullanılmaya devam etmiştir. Bunun dışında kaynaklarda çok fazla garar tanımına rastlanmamaktadır.

⁹⁷ Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 2/11: والغرر ما تردد بين متضادين أغلبهما أخوفهما وقيل ما انطوت عنا عاقبته

⁹⁸ Ramlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 3/405: بيع الغرر وهو ما احتمل أمرين أغلبهما أخوفهما ... وقيل ما انطوت عنا عاقبته

⁹⁹ Buceyrimî, *Buceyrimî ale'l-Hatîb*, 3/277: وهو ما انطوت عنا عاقبته أو تردد بين أمرين أغلبهما أخوفهما. Derâdike, *Nazariyyetü'l-garar*, 1/73.

¹⁰⁰ Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/18.

¹⁰¹ Şîrbînî, *el-İknâ*, 3/311: وهو غير المعلوم

¹⁰² İbn Muflih, *el-Mubdi*, 4/23; İbn Duvayyân, *Menâru's-sebil*, 1/308.: وفسره القاضي وجماعة ما تردد بين أمرين ليس أحدهما

Oysa, İbn Teymiyye ve öğrencisi İbnü'l-Kayyim'in eserlerinde çok sayıda garar tanımına rastlamak mümkündür. Bu tanımların çoğunun diğer mezheplerdeki tanımlardan uyarlandığı görülmektedir.

İbn Teymiyye (ö. 728/1327), iki farklı eserinde garar tanımları zikretmiştir.

a) *Nazariyyetü'l-'akd* ismiyle yayınlanan eserinde, ilki Şîrâzî'ye, ikincisi Mâzerî'ye, sonuncusu ise Karâfî'ye ait tanımlara -kaynak zikretmeksizin- yer vermektedir.¹⁰³ İbn Teymiyye'ye göre, (Mâzerî'ye ait olan) “*selâmet ile kayıp arasında gidip gelen (kararsız olan) şey*” tanımında, *selâmet* kelimesiyle *müşteriye teslim edilip akidden amaçlananın hâsıl olması*; *kayıp/telef (atab)* kelimesiyle ise *mebinin yok olup amacın hâsıl olmaması* kastedilmektedir. Ona göre, verdiği bu tanım daha doğru olmakla birlikte, her üç tanım da müşteri açısından mebinin selâmetine ve hâsıl olmasına racidir. Önemli olan mebinin ve akdin amacının hasıl olup olmamasıdır; nitelik ve miktar kosunundaki cehâletin garar kapsamında değerlendirilmesinin aslı yoktur.

b) Diğer bir eseri *el-Kavâidü'n-nûrâniyyetü'l-fikhiyye*'de ise gararı “*âkıbeti mechûl olan şey*”¹⁰⁴ olarak tanımlamıştır. Bu tanımın kapsamı çok açık olmamakla birlikte, aynı eserde yaptığı garar taksiminde¹⁰⁵ mebiye dâir cehâleti de garar kapsamında zikretmektedir.

Görüldüğü üzere, İbn Teymiyye'nin tanımlarında odak noktasını ‘mebinin âkıbetinin yani hâsıl olup olmayacağıının bilinmemesi’ oluşturmaktadır. Ancak mebiye dâir cehâleti garar kapsamında görüp görmediği konusunda netlik bulunmamaktadır. Zira bir önceki çalışmasında ‘cehâletin garar kapsamında olmadığını’ söylemiş, burada yaptığı açıklamada ise cehâleti garar kapsamında saymıştır.

Benzer şekilde, İbnü'l-Kayyim *el-Cevziyye*'nin (ö. 751/1350) eserlerinde de çok sayıda tanım tespit edilmektedir. Bu tanımlar, hocası İbn Teymiyye'nin yukarıda verdiğimiz tanımlarıyla paralellik arz etmektedir.

İlk tanıma göre garar, “*bilgisi kapalı kalan ve kendisi (aynı) bilinmeyen şey*”dir.¹⁰⁶ İkinci tanım, Mâzerî'nin ‘karârsızlık’ tanımına dayanmaktadır.¹⁰⁷ İbnü'l-Kayyim'la çağdaş

¹⁰³ İbn Teymiyye, *Nazariyyetü'l-'akd*, s. 207. (ما لا يدري (ما تردد بين السلامة والعطب)؛ (ما خفيت عاقبته وطويت مغيبته أو انطوى أمره). Ayrıca bkz. Darîr, *el-Garar*, s. 52; Derâdike, *Nazariyyetü'l-garar*, 1/76; Sayfî, *el-Cehâle ve eseruhâ fî ukûdi'l-muâvezât*, s. 32-33.

¹⁰⁴ İbn Teymiyye, *el-Kavâidü'n-nûrâniyye*, s. 169: والغرر هو المجهول العاقبة. Bu tanım, İbn Teymiyye'nin çağdaşı olan Zeyla'î'ye (ö. 743/1342) ait tanımın ilk kısmıyla aynıdır ancak arada bir etkilenme olup olmadığını tespit etmek zordur.

¹⁰⁵ İbn Teymiyye, *el-Kavâidü'n-nûrâniyye*, s. 171: وإما المجهول ... وإما المعجوز عن تسليمه ... وإما المعلوم ...: إما الغرر فإنه ثلاثة أنواع:

olan İbn Muflih el-Makdisî de *el-Furû'* isimli eserinde bu tanımı benimsemiştir.¹⁰⁸ Diğer bir tanım da ise gararlı satış, “*ister mevcut ister ma'dûm olsun, teslimine güç yetirilemeyen şey*”in satımıdır.¹⁰⁹ İbnü'l-Kayyim, burada tanımın başına koyduğu kayıtla, salt ma'dûm oluşu garar kapsamı dışına çıkarmakta ve teslim edilebilirliği esas almaktadır.

Öte yandan, İbnü'l-Kayyim, gararlı satışın muhtemel şekillerini “*hâsil olacağı bilinmeyen, teslimine güç yetirilemeyen veya niteliği ve miktarı bilinmeyen*” olarak açıklamaktadır ki, bu da hocasının yukarıdaki üçlü garar tasnifiyle uyum içindedir.¹¹⁰

Neticede, Hanbelî mezhebinde verilen tanım, ‘karârsızlık’ temellidir. İbn Teymiyye ve öğrencisi İbnü'l-Kayyim’in verdiği tanımlar ise çeşitlilik arz etmektedir. Darîr ve Derâdike, her iki fakihin verdiği tanımların birbirleriyle uyumlu olmadığını ve kanaatlerini net olarak ortaya koymadığını ifade etmişlerdir.¹¹¹ Ancak kanaatimizce İbn Teymiyye ve İbnü'l-Kayyim’in verdiği tanımlar, fıkıh literatüründeki diğer tanımlarla benzeşmektedir ve neticede aynı sonuca götürmektedir. Açık olmayan tek husus, İbn Teymiyye açısından, mebide cehâletin garar kapsamında sayılıp sayılmayacağıdır.

e. Zâhirî Mezhebi

Zâhirî mezhebinin müellif imamı İbn Hazm (ö. 456/1064), *el-Muhallâ*'sında gararı “*akid esnasında mebinin miktarı ve sıfatında cehâlet bulunması*” olarak tanımlamaktadır.¹¹² Yine eserinin başka yerlerinde “*ne alıp ne sattığını bilmeme*”yi gararın temel özelliği olarak ifade etmektedir.¹¹³

İbn Hazm'a göre garar, mebinin miktar ve sıfatına dair dar manada cehâletten ibarettir. Ona göre, bir satışın geçerli olması için mebinin satıcının mülkiyetinde olması ve genel olarak bilinmesi yeterlidir. Mebinin teslimine güç yetirilmemesi veya hasıl olup olmayacağının bilinmemesi garar yasağı kapsamında değildir.¹¹⁴ Buna göre, İbn Hazm, yeri bilinsin veya

¹⁰⁶ İbnü'l-Kayyim, *Zâdü'l-me'âd*, 5/818: هو ما طُوِّتْ معرفته، وجاهلته عينه

¹⁰⁷ İbnü'l-Kayyim, *Zâdü'l-me'âd*, 5/818: الغرر تردُّ بين الوجود والعدم: 5/824؛ هو ما تردد بين الحصول والفوات

¹⁰⁸ İbn Muflih el-Makdisî, *Kitâbu'l-Furû'*, 7/145: الغرر ما تردد بين الوجود والعدم

¹⁰⁹ İbnü'l-Kayyim, *I'lâmu'l-muvakkî'in*, 2/28: بيع الغرر وهو ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً أو معدوماً

¹¹⁰ İbnü'l-Kayyim, *Zâdü'l-me'âd*, 5/818: ونحو ذلك مما لا يعلم حصوله أو لا يقدر على تسليمه، أو لا يُعرف حقيقته ومقداره

¹¹¹ Darîr, *el-Garar*, s. 53; Derâdike, *Nazariyyetü'l-garar*, 1/77.

¹¹² İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 8/389: الغرر ما عقد على جهل بمقداره وصفاته حين العقد

¹¹³ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 8/439, 8/343: وهذا عين الغرر لأنه لا يدري ما اشترى أو باع

¹¹⁴ Darîr, *el-Garar*, s. 51; Derâdike, *Nazariyyetü'l-garar*, 1/76.

bilinmesin, müşteri tarafından nitelikleri mâlum olması şartıyla, kayıp hayvan ve kölenin, hatta –daha önce kişinin mülküne girmiş olan- havadaki kuşun satımını câiz görmektedir.¹¹⁵

f. Şii Mezhepler ve İbâzîler

Şii mezhepler olan *Câferîler* ve *Zeydîler* ile Hariciliğin günümüze gelmiş tek kolu olan *İbâzî* mezheplerinin fıkıh kaynaklarında da garar konusu benzer başlıklar altında yer almaktadır. Bu mezheplerdeki garar tanımları da Sünni mezheplerdekiyle benzerlik arz etmektedir. Bu mezheplerdeki tanımlara da özet olarak değinmek istiyoruz:

i) Câferî Mezhebi

Câferî mezhebinde garar konusu genellikle ‘*makdûru’t-teslîm olma*’ şartı altında incelenmiştir. Câferî mezhebindeki garar anlayışının genel olarak Sünni fıkıh ekolleriyle paralel olduğu söylenebilir.

a) Câferî fakih İbn Hamza (ö. 560/1165), gararı “*Miktar açısından zabtı ve tahsîli mümkün olmayan veya teslimden önce yok olmasından emin olunmayan şey*” olarak tanımlamıştır.¹¹⁶

b) Cemaleddin Suyûrî (ö. 826/1423), hocası Muhammed Şehid-i Evvel’in (ö. 786/1384) *el-Kavâid ve’l-fevâid* isimli eserini yeniden tasnif ve tanzim ederek yazdığı *Nazdü’l-kava’idi’l-fikhiyye* (نضد القواعد الفقهية) isimli eserinde, gararı “*hâsıl olacağına bilinmemesi*” olarak tarif etmiş ve cehâletle gararı ayırmıştır.¹¹⁷ Bu özet tanım sonraki bazı Câferî fakihler tarafından da benimsenmiştir.

c) Câferîlerin 19. yüzyıldaki önde gelen fakihlerinden Ahmed b. Mehdî Nerâkî (ö. 1245/1828), 19 ciltlik kapsamlı eseri *Müstenedu’ş-şî’a*’da garar içeren satımı şu şekilde tanımlamaktadır: “*Malın telef olma riskine açık olduğu satımdır*”.¹¹⁸ Nerâkî, diğer eseri ‘*Avâidu’l-eyyâm*’da da, ilkine benzer bir tanımla, gararlı satımı “*ıvazlardan birinin risk (hatar) altında olduğu yani yok olma durumunda olduğu satım*” olarak ifade etmiştir.¹¹⁹ Aynı

¹¹⁵ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 8/389: ليس هذا غررا لأنه بيع شيء قد صح ملك بائه عليه وهو معلوم الصفة والقدر

¹¹⁶ İbn Hamza, *el-Vesîle*, s. 245: الغرر: ما لا يمكن ضبطه وتحصيله بالمقدار، أو لا يؤمن فيه التلف قبل التسليم

¹¹⁷ Suyûrî, *Nazdü’l-kava’idi’l-fikhiyye*, s. 362: وشرعا هو جهل الحصول

¹¹⁸ Nerâkî, *Müstenedu’ş-şî’a*, 14/322: والمراد به: بيع موجب لحصول المال في معرض التلف

¹¹⁹ Nerâkî, ‘*Avâidu’l-eyyâm*, s. 89: معنى بيع الغرر بيع يكون احد العوضين فيه في الخطر اى في شرف الهلاك ومعرض التلف

eserde, gararlı satış “ıvazlardan birinin, (karşı tarafa) ulaşması, varlık ve diğer ıvaza mukâbil olma konularında riske girdiği satış” olarak da tanımlanmıştır.¹²⁰

d) Muhammed Hasen Cevâhirî (ö. 1266/1850), sonraları mezhep içinde temel kaynaklardan biri haline gelen 42 ciltlik fıkıh eseri *Cevâhiru'l-keîâm*'da Ca'fer es-Sâdık (ö. 148/765) kanalıyla masum imamlardan nakledilen şu tanıma yer vermiştir: “*Taraflarca veya taraflardan birisi açısından bilinmeyen bir şey üzerine kurulan bütün satımlardır*”.¹²¹

e) Klasik Şii fıkıh literatürünün son silsilesini temsil eden Murteza Ensârî (ö. 1281/1864), *el-Mekâsib* isimli eserinde bir tanım vermese de, anlaşılır bir tasvirde bulunmuştur. Ensari, akid mahallinin *vücûd*, *husûl* ve *sıfat* bakımından cehâlet içerebildiğini ve bu cehâletlerin hepsinin garar olduğunu ifade etmiştir.¹²²

Görüldüğü üzere, Sünni literatürde olduğu gibi, Câferî eserlerde de garar belirli yönleri önce çıkarılarak tanımlanmıştır. Bu yön, genellikle ‘hâsıl olma’ iken, bazen de ‘cehâlet’ tir.

ii) Zeydî Mezhebi

Daha önce, Zeyd b. Ali'ye (ö. 122/740) nisbet edilen *Müsnedu Zeyd b. Ali* (*Mecmû'u'l-fikh/el-Mecmû'u'l-kebîr*) isimli eserde garar konusuna değinildiğinden bahsedilmişti. Bu eserin kendisinde olmasa da, iki şerhinde garar tanımlarına rastlamak mümkündür.

Bunlardan ilki, Zeydî İmamlardan Muhammed b. el-Mutahhar ez-Zeydî'ye (ö. 728/1328) ait *el-Minhâcu'l-celî fî fikhî Zeyd b. Ali* isimli şerhtir. Bu şerhte garar “*durumu kişiye kapalı ve gizli olan şey*” olarak tanımlanmaktadır.¹²³ Günümüze daha yakın diğer bir şerh, el-Huseyn b. Ahmed es-Seyyâğî'ye (ö. 1221/1806) ait *er-Ravdu'n-nadîr şerhu'l-Mecmû'i'l-fikhiyyi'l-kebîr*'dir. Seyyâğî de Hattâbî'nin (ö. 388/998) yukarıda verdiğimiz tanımına atıfta bulunarak bu tanımı benimsemiş ve gararı “*bilgisi sana kapalı olan, bânını ve*

¹²⁰ Nerâkî, *Avâidu'l-eyyâm*, s. 95:

بيع الغرر ما يدخل لأجله أحد العوضين في محل الخطر بأن لا يوثق بوصول العوض أو بوجوده أو بكونه مما يقابل العوض الآخر

¹²¹ Cevâhirî, *Cevâhiru'l-keîâm*, 22/388:

عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آباءه ع أن رسول الله ص نهي عن بيع الغرر، وهو كل بيع يعقد على شيء مجهول عند المتبايعين أو أحدهما

¹²² Ensârî, *el-Mekâsib*, 4/178:

وبالجملة، فالكل متفقون على أخذ “الجهالة” في معنى الغرر، سواء تعلق الجهل بأصل وجوده، أم بمحصوله في يد من انتقل إليه، أم بصفاته كما وكيفا.

¹²³ Zeyd b. Ali, *Müsnedu Zeyd b. Ali*, s. 261, 2. dipnot: الغرر وهو ما انطوى عليه أمره وخفي

sırrı sana gizli kalan şey” olarak ifade etmiştir.¹²⁴ Görüldüğü üzere her iki şerhteki tanım da birbirine yakındır.

Zeydî mezhebi açısından kapsamlı bir fıkıh kaynağı olan *el-Bahru’z-zehhâr*’da müellif İbnü’l-Murtezâ el-Mehdî li-dînillah (ö. 840/1437) gararı “*Mebinin, tercih yapılamayacak şekilde, hasıl olma ile yok olma arasında gidip gelmesi*” olarak tarif eder.¹²⁵ Müellifin verdiği diğer bir tanım, “*(mebinin) varlığında veya kabzedilmesi konusundaki gidip gelme (karârsızlık)*”tır.¹²⁶

Zeydîlerdeki bu iki tanım, Şafîî mezhebindeki iki temel tanıma oldukça benzemektedir. Öte yandan, bu tanımlarda cehâletin zikredilmemesi bazı araştırmacıları yanıltmış görünmektedir. Darîr ve Derâdike gibi araştırmacılar, müellifin ‘mebiye dair cehâlet’i garar kapsamında görmediğini iddia etmişlerdir.¹²⁷ Halbuki müellif, eserinde mebidde aranan dokuz şartın arasında ‘*mebinin ve semenin mâlum olması*’ şartını da saymakta ve koyduğu bu şarta delil olarak bizzat garar hadisini zikretmektedir.¹²⁸

iii) İbâzî Mezhebi

İbâzî fakihlerden Ali b. Muhammed el-Besyânî (ö. V./XI. yüzyıl), *Muhtasaru’l-Besyevî* isimli eserinde gararı “*açıkça görülmeyen ve bilinmeyen*” olarak tanımlamıştır. Gararlı satım da “*hakkında bilgi sahibi olunmayan her şey*”dir.¹²⁹

İbâzî mezhebinin en geniş fıkıh kaynaklarından birisi, Cezâyirli İbâzî âlim Eттаfeyyiş (ö. 1332/1914) tarafından kaleme alınan *Şerhu’n-Nîl ve şifâ’u’l-‘alîl*’dir. Bu eser, Ziyauddin Abdulazîz b. İbrahim es-Semînî (ö. 1223/1808) tarafından yazılan *Kitâbu’n-Nîl*’in şerhidir. Eттаfeyyiş, şerhinde garar ile gışş’ın anlamlarını kıyaslarken, gararı “var olup olmadığı, azlığı ve çokluğu bilinmeyen veya (teslime) güç yetirileceği kesin olarak bilinmeyen şey” olarak tanımlar.¹³⁰

¹²⁴ Seyyâğî, *er-Ravdu’n-nadîr*, Kahire 1348, 3/241’den nakleden Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 96.

¹²⁵ İbnü’l-Murtezâ, *el-Bahru’z-zehhâr*, 3/309: وهو التردد في حصول المبيع وعدمه بلا ترجيح

¹²⁶ İbnü’l-Murtezâ, *el-Bahru’z-zehhâr*, 3/293: ومعنى الغرر التردد في وجوده ... أو إمكان قبضه

¹²⁷ Darîr, *el-Garar*, s. 52; Derâdike, *Nazariyyetü’l-garar*, 1/75-6.

¹²⁸ İbnü’l-Murtezâ, *el-Bahru’z-zehhâr*, 3/299.

¹²⁹ Ali b. Muhammed el-Besyânî, *Muhtasaru’l-Besyevî*, Uman 1397, s. 304’ten nakleden, Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 97: (وهو كل شيء لا يحيت العلم به) (غير ظاهر وهو لا يعلم)

¹³⁰ Eттаfeyyiş, *Şerhu’n-Nîl*, 8/16: ويحتمل أن يراد بالغرر ما لا يعلم وجوده أو عدمه أو لا تعلم قلته أو كثرته أو لا يتيقن القدرة

İbâzî mezhebinde tespit edebildiğimiz her iki tanımın da, garar sebeplerinin çoğunu kapsayacak genişlikte formüle edildiği görülmektedir. Bu tanımlar diğer mezheplerdeki tanımlarla da uyum içindedir.

Klasik Dönem Tanımlarının Genel Değerlendirmesi

Yukarıdaki verilen tanımlara bakıldığında, klasik fıkıh döneminde, üzerinde tam olarak ittifak edilmiş bir tanımın bulunmadığı görülmektedir. Ancak, aşağıda açıklanacağı üzere, tanımlardaki farklılığa rağmen, garar teriminin medlûlü konusunda ortak bir kanaat olduğu kanaatindeyiz. Dolayısıyla, fakihlerin tümevarım yoluyla geliştirdikleri bu tanımların büyük kısmının neticede aynı kapıya çıktığı söylenebilir.

Öte yandan, görüldüğü üzere, zikredilen tanımların çoğu ‘câmî’ nitelikte değildir. Dolayısıyla mezheplerin garar anlayışını tespit etmek için, garar içeren satış türlerine mezheplerin yaklaşımının incelenerek bir sonuca ulaşılması daha uygun olacaktır. Mesela bir fakihin veya mezhebin garar tanımında, ‘mebide cehalet’e yer verilmemesi, söz konusu müellifin veya mezhebin bu konuyu garar kapsamında görmediği anlamına gelmemektedir. Diğer bir ifadeyle, tanımları esas almak yerine, bir mezhepte gararlı satış olarak değerlendirilen akitlere bakmak, mezhebin garar anlayışını sağlıklı olarak ortaya koymak için daha uygundur.

Buraya kadar aktarılan bilgilerden hareketle, fıkıh literatüründe yapılan garar tanımlarında genel olarak üç yol takip edildiği görülmektedir:¹³¹

a) Mebiye dair cehâlet de dâhil olmak üzere, her türlü bilinmezlik ve belirsizliği kapsayan tanımlar

Bu gruptaki garar tanımları, akidle ilgili her türlü bilinmezlik ve belirsizliği kapsayacak şekilde geniştir. Dolayısıyla bu grup tanımlar, akdin husûlü, bedellerin teslimi ile bedellerin nitelik veya niceliğine dair bütün belirsizlik ve bilinmezlikleri kapsamaktadır. Verilen tanımlara bakıldığında, fukahanın çoğunluğunun bu minvaldeki kapsayıcı tanımları benimsediği görülmektedir.

b) Teslim ve Gerçekleşme (husûl) merkezli tanımlar

Bu tarz tanımlarda garar, bedellerin teslim edilip edilmeyeceğinin ve akdin hâsıl olup olmayacağıın bilinmemesi esasına dayanmaktadır. Bu hususlardaki şüphe, gararı doğurmaktadır. Bu fakihler, yaptıkları tanımlarında mebiye dair cehâleti tanım kapsamında

¹³¹ Darîr, *el-Garar*, s. 53-54; Derâdike, *Nazariyyetü'l-garar*, 1/77-78; İbn Abdullah, *The Concept of Gharar*, s. 114.

zikretmemişlerdir. Ancak verdikleri örneklerden ve açıkladıkları hükümlerden, bunların büyük kısmının aslında mebiye dair cehâleti de, ya garar kapsamında değerlendirdikleri, ya da Karâfi’de olduğu üzere garar dışında akdi ifsâd eden müstakil bir unsur olarak gördükleri anlaşılmaktadır. Zaten ‘karşılıklı rızâ’ (*terâdî*) ilkesi gereğince, tarafların bedeller hakkında yeterli bilgiye sahip olmaları son derece önem arz etmektedir. Zira müşterinin amacı sadece mebiyi teslim almak değil, aynı zamanda mebinin, ihtiyaç duyduğu belli niteliklere de sahip olmasıdır.

c) Nicelik ve nitelikte cehâlet merkezli tanımlar

Bu tanım biçiminde yalnızca bedellerin nicelik ve niteliklerinin bilinmemesi garar olarak görülmekte, akdin husûlünde ve mebinin teslimindeki şüphe garar sayılmamaktadır. Bu tanımın ve görüşün temsilcisi İbn Hazm’dır. Ona göre mebinin satıcının mülkiyetinde olması ve mâlum olması yeterlidir. ‘*Makdûru’t-teslîm olmak*’ naslarda yer alan bir şart değildir.

Netice itibariyle, fukahanın çoğunluğunun ilk grup tanımları benimsediği görülmektedir. İkinci grup tanımın da ilk tanıma yakın olduğu ve neticede aynı kapıya çıktığı düşünüldüğünde, aslında yukarıda verilen onlarca farklı tanımın ifade ettikleri kapsamın büyük oranda aynı olduğu söylenebilir. Yalnızca Zahirî mezhebinin garar konusundaki yaklaşımı tamamen farklı bir nitelik arz etmektedir.

Zaten ilk dönemde genel olarak ittifak edilen garar örneklerinden tümevarım yoluyla oluşturulan bu tanımların birbirinden farklı kapsamlara sahip olmaları da düşünülemez. Zira bu tanımlar, genel olarak, gararın, “akdin hükmünü yerine getirme ve karşılıklı rızayı sağlama konusundaki belirsizlik” olduğunu ifade etmektedir. Bu belirsizlik, tanımlarda *şek*, *cehl*, *intavâ*, *mestûr* ... gibi kelimelerle ifade edilmiştir. Öte yandan, ilk dönemdeki şâz görüşü teşkil eden, ‘yalnızca mebiye dair cehâlet’i esas alan garar anlayışı ise, sonraki asırlarda Zâhirî mezhebinin görüşü olarak varlığını sürdürmüştür. Bu açıdan bakıldığında, garar anlayışı konusunda ilk dönemlerle sonraki dönemler arasında tam bir paralellik söz konusudur.

4. Modern Dönem

Günümüz İslam hukukçularının garar anlayışları ve bundan hareketle yaptıkları tanımlar, iki yaklaşım halinde ele alınabilir.

a. Modernist yaklaşım

Modernist olarak ifade ettiğimiz yaklaşım, “gararın klasikteki biçimiyle anlaşılmasının doğru olmadığı ve günümüz şartlarına göre uyarlanması gerektiği” fikrine dayanmaktadır.

Az sayıda araştırmacı tarafından benimsenen bu yönelim, kendini Arap ülkelerinin medeni kanunlarındaki garar düzenlemelerinde açıkça göstermektedir. Bu yönelimi benimseyenler, garar tanımlarında yaygın klasik anlayışlara göre daha esnek hareket etmişlerdir.

Bu yönelimin öncülüğünü çağdaş hukukçulardan Senhûrî'nin (ö. 1971) yaptığı söylenilebilir. Senhûrî, *Mesâdiru'l-hakk* isimli çalışmasında gararı “*hâsıl olup olmayacağı bilinmeyen*” olarak tanımlamıştır.¹³² Aslında bu tanım, yeni değildir ve normalde yukarıda klasik tanımlara uyguladığımız taksime göre, ikinci grupta yer almaktadır. Nitekim Karâfî ve İbn Teymiyye aynı tanımı zikretmişlerdir.¹³³ Ancak Senhûrî, bu fakihlerden farklı olarak, bu tanıma dayanarak mebinin nitelik ve niceliğine dair cehâleti, garar yasağı dışında tutmuş ve akitlerin kuruluşunu etkileyen bir problem olmaktan çıkarmıştır. Öte yandan, ma'dûmun satışı konusu da, İbn Teymiyye ve İbnü'l-Kayyim gibi fakihlerin görüşlerine müracaatla, ‘âdeten hâsıl olacağı’ durumlarda câiz görülmüştür. Ürdün Üniversitesi hocalarından Enver Sultan da gararı ‘*makdûru't-teslîm olmayan*’ şeklinde tarif ederek, bu görüşe katılmıştır.¹³⁴

Böylece, garar yasağının sebeplerinden birisi olan cehâlet, garar sebebi olarak görülmemiş, ayrıştırılmıştır. Garar yasağından kalan, teslim edilmesi mümkün görünmeyen şeylerin satımıdır. Bu yaklaşım neticesinde, garar yasağının, Kıta Avrupası hukukundaki ‘akdin konusunun imkânsız olmaması’ şartına indirgendiği görülmektedir.

b. Muhafazakar Yaklaşım

Çağdaş İslam hukukçularının çoğunluğunun takip ettiği bu yönelim, klasik dönemdeki yaygın anlayışı kabul ettiği için, ya yapılan tanımlardan birini aynen benimsemiş ya da bu minvaldeki kendi tanımlarını daha anlaşılır şekilde ifade etmeye çalışmışlardır. Bu gruptaki araştırmacıların, yukarıda üçe ayırdığımız klasik tanımlardan en kapsamlısı olan ilk grubu benimsedikleri görülmektedir.

a) Klasik tanımlardan birini benimseyenler

Özel olarak garar konusunda çalışma yapan günümüz araştırmacılarının daha ziyade klasik dönem tanımlarından birini tercih ettikleri görülmektedir. Mesela Darîr, Dönmez ve İbn Abdullah, Serahsî'ye ait “*âkıbeti kapalı olan (mestûru'l-âkıbe)*” tanımını

¹³² Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, 3/49: الذي لا يعلم هل يحصل أم لا

¹³³ Bkz. Karâfî, *el-Furûk*, 3/432; İbn Teymiyye, *Nazariyyetü'l-akd*, s. 207.

¹³⁴ Enver Sultan, *Masâdiru'l-İltizâm fi'l-kânûni'l-medeniyyi'l-Urdunî*, s. 96'dan nakleden Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 207.

benimsemişlerdir.¹³⁵ Derâdike, birçok Şâfiî hukukçunun tercih ettiği “*âkıbeti bize kapalı olan (me’ntavet annâ âkıbetuh)*” tanımını tercih etmiştir.¹³⁶ Görüldüğü üzere, bu iki tanım eşdeğerdir. Bu araştırmacılara göre, bu iki tanım, kısa olmalarına rağmen, fukahanın garar kapsamına dâhil ettikleri furû konularının hepsini kapsayan niteliktedir.

b) Kendi tanımlarını ortaya koyanlar

Birçok çağdaş araştırmacının da kendi garar tanımlarını ortaya koymaya çalıştıkları görülmektedir. Biz burada örnek cinsinden bazı tanımlara yer vermek istiyoruz:

- Çağdaş Hanefî fakihlerden Mustafa Ahmed Zerkâ’ya (ö. 1999) göre, fukahanın gararlı satımla kastettikleri, “*akidleşmenin mevhum olan yani kesin olmayan bir hususa dayanması*”dır. Bu akidlere garar isminin verilmesinin bir sebebi de, akdin zahirinin (dış görünüşünün) akdi yaparı aldatması ve mevhum bir sonuca sokmasıdır.¹³⁷ Zerkâ, *el-Medhal*’inde garar çeşitlerinin hepsini kapsayan tanımı şu şekilde verir: “*Gararlı satım, varlığı veya sınırları kesin olmayan ihtimâlî niteliğe sahip şeylerin satımıdır*”.¹³⁸ Zerkâ’nın açıklamalarından, tanımda kullandığı sınırlardan (‘*hudûd*’) kastının, mebinin niteliği ve niceliği gibi hususlar olduğu anlaşılmaktadır. Zerkâ, diğer bir eseri olan *Nizâmu’t-te’mîn*’de ise, mebinin nitelik ve niceliğine dair belirsizliğin *cehâlet* olduğunu ve garardan farklı olduğunu savunmaktadır. Ona göre garar, satıcının sattığı şeyi teslim ederek aynı icrâyı yapamayacağı şeylerin satışıdır. Zerkâ bu eserinde İbn Arafé’nin garar tanımını benimsemektedir.¹³⁹

- Mısırlı çağdaş müelliflerden Seyyid Sâbık (ö. 2000) *Fıkhü’s-sunne*’sinde gararlı satışı “*Cehâlet içeren veya riske girme (muhâtara) yahut kumar [niteliği] barındıran her satış*” olarak tanımlamıştır.¹⁴⁰

- Suriyeli İslam Hukukçusu Vehbe Zühaylî, gararı “*risk (hatar), yani varlığı kesin olmayan, bulunma veya bulunmama ihtimali olan (şey)*” olarak tanımlar.¹⁴¹ Gararlı satım ise, “*varlığı-yokluğu veya azlığı-çokluğu bilinmeyen yahut da teslimine güç yetirilemeyen şeyin*

¹³⁵ Daîr, *el-Garar*, s. 54; Dönmez, “Garar”, *DİA*, 13/366; İbn Abdullah, *The Concept of Gharar*, s. 117-8.

¹³⁶ Derâdike, *Nazariyyetü’l-garar*, 1/178.

¹³⁷ Zerkâ, *el-Medhal*, 2/744: أن يعتمد التعاقد على أمر موهوم غير موثوق

¹³⁸ Zerkâ, *el-Medhal*, 1/128 dipnot:1. بيع الأشياء الاحتمالية غير المحققة الوجود أو الحدود

¹³⁹ Zerkâ, “İslam’a göre Sigorta”, s. 174-178.

¹⁴⁰ Seyyid Sâbık, *Fıkhü’s-sunne*, 3/79: بيع الغرر هو كل بيع احتوى جهالة أو تضمن مخاطرة أو قمارا

¹⁴¹ Zühaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî*, 4/437: هو الخطر بمعنى أن وجوده غير متحقق، فقد يوجد وقد لا يوجد

satımıdır”.¹⁴² Zühaylî, diğer bir eserinde ise gararı “*teslim yer ve zamanı hakkında cehâlet*” olarak tanımlamaktadır.¹⁴³

- Yunus Apaydın’a göre garar “akid ilişkisinin güvensiz ve mevhum bir duruma dayanması ve sonu belirsiz olacak biçimde kurulmasıdır”.¹⁴⁴

- Suudî Arabistan’da bulunan Kassîm Üniversitesi öğretim üyelerinden Abdullah es-Sekâkir’in tanımı şu şekildedir: “*Garar, hâcet olmaksızın, malî muâvazât akidlerinde, akidden amaçlananın bizzat kendisi veya husûlü hakkındaki aşırı (kesîr) cehâlettir*”.¹⁴⁵ Tanımdaki ‘*bizzat kendisi*’ kaydıyla, akde tebean dâhil olan şeylerdeki garar, tanım dışında bırakılmaktadır. Ayrıca her iki cehâlet türü de aynı anda bir arada bulunabilmektedir. Mesela habelu’l-habele satımında hem bizzat mebinin kendisi hem de husûlü bilinmemektedir.

- İslamî risk yönetimine dair kıymetli bir çalışma hazırlayan Muhammad el-Amine, bu eserinde gararı şöyle tarif etmiştir: “*Kişinin kendini ticarî bir işlemde, bazı belirsizlikler sebebiyle aşırı risk ve tehlikeye maruz bırakmasıdır. Bu belirsizlikler, fiyatta, mebinin nitelik ve niceliğinde, teslim tarihinde, müşteri veya satıcının yükümlülüğünü ifa edip edemeyeceğinde veya akdin şartlarında bulunmakta ve neticede taraflardan birini gereksiz riske sokmaktadır.*”¹⁴⁶

Kanaatimizce son üç tanım, gararı en iyi şekilde anlatan tanımlardır. Apaydın’ın tanımı, konuyu özlü olarak ifade ettiği için; Sekâkir ve el-Amine’nin tanımları ise gararlı satışların ayrıntılarına yer verdikleri için ve anlaşılması kolay oldukları için tercihe şayandır. Bununla birlikte, Sekâkir’in tanımında hala bazı kapalı yönler vardır, mesela bu tanıma ‘sigadaki garar’ biraz uzak kalmakta, ancak oluşturduğu cehâlet faktörü sebebiyle neticede tanıma dâhil olmaktadır.

Bütün bu tanımlardan sonra, kendi tanımlarımızı şu şekilde yapabiliriz: **Garar, kısaca “belirsizlik ve tesâdüflük”tir. Gararlı satış ise, akdin kuruluşunda tesâdüflük**

¹⁴² Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslâmî*, 4/437: *وبيع الغرر: بيع ما لا يعلم وجوده وعدمه، أو لا تعلم قلته وكثرته، أو لا يقدر على تسليمه*

¹⁴³ Zuhaylî, *el-Ukûdu’l-müsemmât*, s. 25’ten nakleden Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 207.

¹⁴⁴ Apaydın, “Fesâd”, *DİA*, 12/419.

¹⁴⁵ Sekâkir, “Kâidetu’l-garar”, s. 171: *الغرر هو الجهل الكثير بعين المقصود من المعاوضات المالية أو بمحصله بلا حاجة.*

¹⁴⁶ al-Amine, *Risk management in Islamic Finance*, s. 310-311: “... it means exposing oneself to excessive risk and danger in a business transaction as a result of uncertainty about the price, the quality and the quantity of the counter-value, the date of delivery, the ability of either the buyer or the seller to fulfil his commitment, or ambiguity in the terms of the deal, thus exposing either of the two parties to unnecessary risks.”

barındıran veya bedellerin husûlü (teslim edilebilirliği), niteliği, niceliği veya vadesinde aşırı cehâlet içeren satımlardır.

* * *

Yukarıda verdiğimiz bilgilerde görüldüğü üzere, klasik dönemde üç ayrı türde garar tanımlaması yapılmış, bunlardan en kapsamlısı aynı zamanda çoğunluk tarafından benimsenmiştir. Dolayısıyla çoğunluğun garar anlayışı birbirine oldukça yakındır. Yapılan bazı çağdaş çalışmalarda, klasik literatürdeki garar tanımları arasında ihtilaf olduğu belirtilmiştir. Ancak kanaatimizce bu hatalı iddia, tanımların içeriklerinin detaylı olarak tahlil edilmemesinden kaynaklanmaktadır. Zira, bu mezheplerin garar anlayışları incelendiğinde, söz konusu tanımlar arasındaki farkın yalnızca lafzî bir fark olduğu görülmektedir.

Çağdaş dönemde yapılan tanımlarda, çoğunluk klasik görüşü devam ettirmiştir. Ancak bu dönemde iki husus dikkat çekmektedir: Öncelikle İbn Hazm'ın yaklaşımının tamamen terk edildiği görülmektedir. Öte yandan, muhtemelen Batı Hukukunun etkisi sebebiyle, garar yasağının alanını epeyce daraltan bir görüşün Arap dünyasındaki hukuk çevrelerinde yaygın hale geldiği müşahade edilmektedir.

II. Garar Yasağının Delilleri

Klasik dönem İslam hukukçuları gararlı satışların yasaklandığına Kur'an, sünnet ve icmâdan deliller göstermişler, kıyas yoluyla da bu yasağı ortak illete sahip diğer akid türlerine genişletmişlerdir.

*"Malların ancak karşılıklı rızaya dayalı olarak alınması"*nı emreden Nisâ suresinin 29. ayeti ve *'çekişmeye (niza') sebep olacak hususları ortadan kaldırma'* ilkesi, konuya genel bir çerçeve çizmektedir. Ancak Kur'an'da açık şekilde zikredilmemiş olan garar yasağının merkezinde Hz. Peygamber'in (s.a.) sünneti bulunmaktadır. Hz. Peygamber'in (s.a.) garar içeren satışı yasakladığına dair rivayetlerin yanı sıra, câhiliye döneminde uygulanan ancak cehâlet ve belirsizlik taşımaları sebebiyle yasaklanan satım türleriyle ilgili hadisler ve gararın alt örneklerini teşkil eden birçok satımın yasaklandığına dair hadisler, sünnet çerçevesinde gösterilen delillerdendir. Ayrıca bu konuda oluşan icma da sünnetteki veriyi teyid etmektedir.

Bu genel sunumdan sonra garar yasağıyla ilgili delilleri yakın plana alabiliriz.

A. Garar Yasağıyla İlgili Naslar

Kur'an-ı Kerim'de garar yasağı doğrudan yer almamıştır. Garar yasağının Kur'an'daki en kuvvetli dayanağı, bâtil yoldan kazanç elde etmeyi yasaklayan ve helal kazanç için karşılıklı rızayı merkeze alan âyetlerdir.¹⁴⁷ Bu bağlamda Nisa suresi 29. ayeti şu şekildedir:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا
أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا

“Ey iman edenler! Mallarınızı aranızda bâtil yollarla yemeyin. Ancak karşılıklı rıza ile yapılan ticaretle olursa başka. (...)”

Ahkâm tefsirlerinde yapılan açıklamalara göre *bâtil* ifadesi, hayatın diğer alanlarında olduğu gibi, ticarî sahadaki her türlü gayri meşrû ve haksız uygulamayı da kapsamaktadır. Mesela mütekaddimûn dönemi müfessirlerinden İbn Cerîr et-Taberî (ö. 310/923), bâtil yolla yemeyi, ‘Allah’ın helal kıldığı yollar dışında yeme’ olarak açıklamaktadır.¹⁴⁸

Cessâs (ö. 370/981), *Ahkâmü’l-Kur’ân*’ının farklı yerlerinde bâtil yolla insanların malını yemenin çeşitli şekillerinden bahsetmektedir.¹⁴⁹ Bunları ana hatlarıyla tasnif edecek olursak:

a) Gasb, hırsızlık vb. zulüm içeren yollarla, karşı tarafın rızası olmadan ve bir ıvaz karşılığı olmaksızın elde edilen mallar

b) Karşılıklı rıza söz konusu olsa bile, İslam’ın haram kıldığı riba, kumar, gararlı satış vb. yollarla elde edilen mallar

c) *Mütekavvim* ve *müntefeun bih* olmayan mal ve hizmetlerin satımı yoluyla elde edilen mallar (domuz ve şarabın satışı, şarkıcılık ve ağıtçılık ücreti, hür insanın köle olarak satılması vb.)

d) Her türlü fâsid akidden elde edilen bedeller (mesela bozuk yiyecek satımı gibi...)

Ayrıca Cessâs, Hz. Peygamber’in (s.a.) sünnetinde cehâlet ve garar içermesi sebebiyle yasaklanan satımların “Ancak karşılıklı rıza ile yapılan ticaretle olursa başka (...)” ifadesini tahsis ettiğini iddia etmiştir.¹⁵⁰ Darîr, Cessâs’ın bu açıklama biçimine karşı çıkararak, yasaklanan garar vb. satım türlerinin mübah kılınan ticaret kapsamına değil, ayetin ilk kısmında zikredilen ‘bâtil yolla yeme’ yasağına dâhil olduğunu, dolayısıyla da Cessâs’ın

¹⁴⁷ Bakara 2/188; Nisa 4/29; Nisa 4/161; Tevbe 9/34.

¹⁴⁸ Taberî, *Tefsîru’t-Taberî*, 3/276: وَأَكَلَهُ بِالْبَاطِلِ أَكَلَهُ مِنْ غَيْرِ الْوَجْهِ الَّذِي أَبَاحَهُ اللَّهُ لِأَكَلِهِ

¹⁴⁹ Cessâs, *Ahkâmü’l-Kur’ân*, 1/312, 3/127-128.

¹⁵⁰ Cessâs, *Ahkâmü’l-Kur’ân*, 3/131, 2/189.

iddiasının doğru olmadığını ileri sürmüştür.¹⁵¹ Kanaatimize göre her iki açıklama biçimi de geçerli olabilir ve konu hakkındaki hükmü etkilemediği için de fazla önem arz etmemektedir.

Diğer bir *Ahkâmu'l-Kur'ân* müellifi olan Mâlikî fakih Ebû Bekir İbnü'l-'Arabî (ö. 543/1148) söz konusu ayette ve diğerlerinde geçen *bâtıl* kelimesini “*Şer'an helal olmayan ve bu sebeple de maksûdunu gerçekleştirmeyen şey*” olarak tanımlamaktadır.¹⁵² İbnü'l-'Arabî, çalışmamızın girişinde de ifade edildiği üzere, muâmelât alanındaki yasakları, temel olarak *riba*, *bâtıl* (*bâtıl yolla kazanç*) ve *garar* yasakları olarak tespit etmiş ve *garar*'ın da aslında *bâtıla* irca edilebileceğini ifade etmiştir.¹⁵³

Endülüslü Mâlikî müfessir Kurtubî (ö. 671/1273) *bâtıl yolla yemeyi*, *hak sahibi olmadan yani gayri meşrû yoldan yemek* olarak açıklamaktadır. O'na göre, kumar, aldatma, gasb, kişilerin maddi haklarının inkar edilmesi, kişinin razı olmadan gerçekleştirdiği işlem, ya da razı olsa bile hukuk (*şer'i'a*) tarafından yasaklanan mal kazanma yolları da bu kapsamdadır. Garar konusu Kurtubî tarafından zikredilmese de, neticede garar da 'şeriatın yasakladığı işlem veya mal' kategorisi vasıtasıyla *bâtıl* kapsamına girmektedir.¹⁵⁴

İbn Teymiyye (ö. 728/1327) ise 'bâtıl yolla mal temini'ni *riba* ve *meysir* olarak açıklamış, garar yasağını da *meysir* altında ele almıştır.¹⁵⁵

Darîr de çalışmasında, Kur'an veya sünnette açıkça yasaklanan her türlü kazanç yolunun ayette zikredilen *bâtıl* kapsamına gireceğini söylemektedir. Mesela bunlardan *riba* ve kumar Kur'an ile, *garar* ise sünnet ile yasaklanmıştır. Bunlar gibi gayri meşrû oldukları ittifakla kabul edilen kazançlar, ayetin umûmu gereği, *bâtıl* kazanç kapsamında değerlendirilmelidir. İhtilafî konular ise bu ayet kapsamında görülemez.¹⁵⁶ Nitekim *garar*'ın, sünnetle yasaklanmış olması sebebiyle, ayette zikredilen *bâtıl* kapsamında olduğuna dair genel bir kanaat söz konusudur.¹⁵⁷

Çoğu fakih *garar* yasağını yukarıda söz konusu edilen ayet kapsamında değerlendirirken, bazıları ayrıca kumar yasağı ile *garar* arasında da irtibat kurmuşlardır.

¹⁵¹ Darîr, *el-Garar*, s. 77.

¹⁵² İbnü'l-'Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, 1/138: الباطل يعني بما لا يحل شرعا ولا يفيد مقصودا لان الشرع نهي عنه ومنع منه وحرم تعاطيه

¹⁵³ İbnü'l-'Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, 1/324: ويرجع الغرر بالتحقيق إلى الباطل فيكون قسمين على الآيتين

¹⁵⁴ Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'ân*, 2/338.

¹⁵⁵ İbn Teymiyye, *Nazariyyetü'l-akd*, s. 210.

¹⁵⁶ Darîr, *el-Garar*, s. 26.

¹⁵⁷ Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 2/189; İbnü'l-'Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, 1/138, 323-324; İbn Teymiyye, *el-Kavâidü'n-nûrâniyye*, s. 169; Nefrâvî, *el-Fevâkihü'd-devvânî*, 2/463; Darîr, *el-Garar*, s. 74.

Kumar yasağıyla garar arasındaki ilişki, ilerleyen sayfalarda ‘Gararın Benzer Terimlerle İlişkisi’ başlığı altında incelenecektir. Burada sadece bir tashihe yer vermek istiyoruz:

Ahmad Buang, ilk dönem İslam hukukçularının gararı bâtil yolla kazanç temini kapsamında görürken, sonraki dönemlerde doğrudan kumar (meysir) yasağı çerçevesinde görülmeye başlandığını ifade etmektedir. Buang, bu sonraki yaklaşımın doğru olmadığını göstermek için Kur’an-ı Kerim’in meysiri ticarî bir faaliyet olarak görmediğine dikkat çekmekte; klasik müfessirlerin de bâtil bağlamında meysire atıfta bulunmadıklarını iddia etmektedir.¹⁵⁸ Buang’ın bâtil yollarla haksız kazanç sağlamayı sadece ticarî faaliyetlerle sınırlı gören bu gerekçelendirmesi geçerli değildir. Ayrıca, iddiasının aksine, yukarıda gördüğümüz üzere klasik müfessirler bâtil bağlamında kumara sık sık atıfta bulunmuşlardır. Kaldı ki, sonraki dönemlerde garar yasağını kumar yasağıyla irtibatlandıran âlim sayısı da oldukça azdır.

Öte yandan, ticarî hayat ve genel olarak akidler konusunda Kur’an-ı Kerim’de belirlenen temel ilkelerin, Hz. Peygamber’in (s.a.) sünnetiyle açıklandığı, fer’î örneklerle detaylandırıldığı ve böylece bu ilkelere daha net bir çerçeve çizildiği görülmektedir.

Bu minvalde, garar içeren satışlar, Hz. Peygamber (s.a.) tarafından hem ilkesel olarak, hem de cahiliye döneminde uygulanan tikel örnekleri ve alt satış türleri özelinde, açıkça yasaklanmıştır. Yani sünnet, hem gararın akdin sıhhatini olumsuz etkileyeceğini ortaya koymuş, hem de bu nitelikteki çok sayıdaki satış türünü tek tek yasaklayarak, konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayan örnekler de sunmuştur.

Gararla ilgili rivayetlere bakıldığında, yukarıda zikredilen hususla uyumlu olarak, iki farklı kategoriyle karşılaşılmaktadır:

İlk grup rivayetler, doğrudan garar içeren satışın yasaklandığını bildiren ‘ilkesel’ rivayetlerdir. Bunların bazısında, ilkesel tavırla birlikte tikel örneklerden de birinin (özellikle *bey‘u’l-hasâtın*) yer aldığı görülmektedir.

Daha fazla somut çeşitlilik arz eden ikinci grup rivayetler ise, bazı tikel satım türlerinin yasaklandığını bildiren rivayetlerdir. Bu rivayetlerde genellikle yasaklanma sebebi garar olarak açıkça zikredilmemiş; bunların garar gerekçesiyle yasaklandığı ya rivayetin ravisi tarafından bildirilmiş veya fukaha tarafından tespit edilmiştir.

İlk grup rivayetler, doğrudan Hz. Peygamber’in (s.a.) sözü olmayıp, “Hz. Peygamber ... *nehyetti*” şeklinde sahâbeden gelen rivayetlerdir. Bunlar şeklen *mevkûf* görünseler de,

¹⁵⁸ Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 34-36.

hükmen *merfû* hadislerdir.¹⁵⁹ İkinci grupta yer alan rivayetler ise hem *merfû* hem de *mevkûf* olabilmektedir.

Biz burada ilk grupta yer alan genel nitelikli hadisleri ele alacağız. Garar'ın alt örneklerine (*cüz'ıyyâtına*) dair hadisler ise ileriki sayfalarda yeri geldikçe ele alınacaktır.

“Hz. Peygamber (s.a.) gararlı satışı nehyetti” (نهى النبي ص عن بيع الغرر) şeklindeki rivayet ve bilgi, ilk dönemlerden itibaren hadis ve fıkıh kaynaklarının hemen tamamında yer almaktadır. Başta kütüb-i tis'a olmak üzere hadis eserlerinin büyük çoğunluğunda ve erken dönem fıkıh eserlerinde bu rivayete yer verilmiştir. Ayrıca hadis ve fıkıh eserlerinde farklı başlıklar altında Hz. Peygamber'in (s.a.) garar lafzını zikretmeksizin yasakladığı ikinci gruba ait alt örneklere dair rivayetler de çokça yer almıştır.

Gararlı satışı yasaklandığına dair 'ilkesel' rivayet, Ali b. Ebi Tâlib¹⁶⁰ (ö. 40/660), Ebu Hureyre¹⁶¹ (ö. 57-8-9/677-8-9), İbn Abbas¹⁶² (ö. 68/687), İbn Ömer¹⁶³ (ö. 72-3/691-2) ve başka sahâbeden 'hükmen merfû' olarak; Saîd b. el-Müseyyeb¹⁶⁴ (ö. 90'dan sonra: 93, 94/712-13), Şa'bi¹⁶⁵ (ö. 103/712 civarı), Mücahid¹⁶⁶ (ö. 104/722), Hasen-i Basri¹⁶⁷ (ö. 110/728) ve başka tâbiûn âlimlerinden *mürsel* olarak gelmiştir.

Öte yandan, Buhârî, Sahîh'inde bu rivayete doğrudan yer vermemiş, *habelu'l-habele* (doğacak yavrunun yavrusunun) satışını yasaklayan rivayetin bulunduğu bâba, “باب بيع الغرر

¹⁵⁹ Bu şekildeki rivayetlerin 'hükmen merfû' olması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cemâleddin el-Kâsımî, *Kavâidü't-tahdîs min funûni mustalahi'l-hadîs*, Beyrut ts. (Dâru'l-kütübü'l-ilmıyye), s. 144-146; Muhammed ez-Zehrânî, *Mâ lehû hukmü'r-raf' min akvâli's-sahâbe ve ef'âlihîm*, Medine 1418/1997; Aydınlı, Abdullah, “Mevkûf”, *DİA*, 437-438.

¹⁶⁰ Ebû Dâvûd, “Buyû”, 25; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 1/116; Abdurrezzâk, *el-Musannef*, 8/109 (no: 14509).

¹⁶¹ Müslim, “Buyû”, 4; Ebû Dâvûd, “Buyû”, 24; Tirmizî, “Buyû”, 17 (*hasen sahih*); Nesâî, “Buyû”, 27; İbn Mâce, “Ticârât”, 23; Dârimî, “Buyû”, 20, 29; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 2/250, 376, 436, 439, 496; İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 10/607-8 (no: 20884); Dârekutnî, *Sünenü'd-Dârekutnî*, 3/403 (no: 2842).

¹⁶² İbn Mâce, “Ticârât”, 23; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 1/302; Dârekutnî, *Sünenü'd-Dârekutnî*, 3/403 (no: 2841).

¹⁶³ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 2/144, 155; İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 10/608 (no: 20886).

¹⁶⁴ Muvatta, “Buyû”, 75 (4/960, no: 2451); Abdurrezzâk, *el-Musannef*, 8/109 (no: 14508).

¹⁶⁵ İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 10/609 (no: 20887).

¹⁶⁶ Abdurrezzâk, *el-Musannef*, 8/108-9 (no: 14506-7); İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 10/611 (no:20898)

¹⁶⁷ İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 10/611 (no:20899).

”وحبل الجبله“ başlığını vermiştir.¹⁶⁸ Bu durumda, Buhârî’nin bu hadisi kendi kriterlerine uymadığı için eserine almadığı tahmin edilebilir. Buhârî şârihlerinden İbn Hacer (ö. 852/1448), Aynî (ö. 855/1451) ve Kastallânî’ye (ö. 923/1517) göre, Buhârî’nin gararın alt örneğini hadis olarak nakletmesi ve bab başlığı olarak da garar ifadesini kullanması, Buhârî’nin garar yasağına dair ilkesel rivayete işarette bulunması anlamına gelmektedir. Şârihlere göre, *habelü’l-habele*nin zikredilmesi “*atfu’l-hâs ale’l-âmm*” cinsindedir, *habelü’l-habele*, garar içeren diğer satışlara örnek cinsinden zikredilmiştir ve aynı illete sahip başka satımlar da gararlı satış grubundandır.¹⁶⁹

Netice olarak, konuyla ilgili rivayetler, gararlı satışın yasaklanmasını ifade etmesi bakımından ilk dönemlerden itibaren yaygın olarak rivayet edilmiştir. Senetlerden bazıları sahih, bazıları da zayıf olarak değerlendirilmekle birlikte,¹⁷⁰ tespitlerimize göre hadis âlimlerinden veya İslam hukukçularından ilgili rivayetlerin bütününe sıhhatine yöneltilmiş bir itiraz yoktur. Üstelik konuyla ilgili rivayetler birbirini desteklemektedir. Neticede ilk dönemlerden itibaren garar yasağının varlığının yaygın olarak kabul edildiği görülmektedir. Nitekim Hattâbî (ö. 388/998), Ali b. Ebî Talib rivayetinde meçûl bir ravi olduğunu söyledikten sonra, bu yasağın ehl-i ilim tarafından genel kabul gördüğünü belirterek garar yasağının varlığını teyid etmektedir.¹⁷¹

Burada ele alınması gereken diğer bir konu, garar yasağının teşri zamanıdır. Araştırmamız esnasında, garar yasağının ne zaman teşri kılındığına dair klasik kaynaklarda açık bir bilgiye ulaşamadık. Konuyla ilgili tespit edebildiğimiz tarihsel bilgi içeren tek rivayet, sahâbî Attâb b. Esîd’in (ö. h. 13 veya 23 civarı) naklettiği bilgidir. Kendisi hicri 8. yılda Mekke fethi günü Müslüman olmuş ve Hz. Peygamber (s.a.) kendisini Mekke’ye vali olarak atamıştır. Hz. Peygamber (s.a.) onu tayin ederken, başka hususlarla birlikte, Mekke’de gararlı satışın yapılmamasını da kendisine emretmiştir.¹⁷² Heysemî (ö. 807/1405), yalnızca Taberânî’nin (ö. 360/971) *el-Mu’cemu’l-Kebîr*’inde yer alan bu rivayetin senesinde zayıf kabul edilen bir ravinin bulunduğunu belirtmiştir.¹⁷³

¹⁶⁸ Buhârî, “Buyû”, 61. Dönmez, bu duruma dikkat çekmemiş, garar hadisi Buhârî’de de geçiyor gibi kaynak göstermiştir. (Dönmez, “Garar”, *DİA*, 13/366)

¹⁶⁹ İbn Hacer, *Fethu’l-Bârî*, 4/357; Aynî, *Umdetü’l-kârî*, 11/264; Kastallânî, *İrşâdu’s-sârî*, 4/63.

¹⁷⁰ Beğavî, *Şerhu’s-sünne*, 8/131-133.

¹⁷¹ Hattâbî, *Meâlimu’s-Sünen*, 3/87: وفي إسناد الحديث رجل مجهول لا ندري من هو، إلا أن عامة أهل العلم قد كرهوا البيع على هذا الوجه:

¹⁷² Taberânî, *el-Mu’cemu’l-Kebîr*, 17/162, (no: 425): ... قل لهم لا يجمع أحد بيعة و لا سلما ولا يبيع أحد بغير غرر ...

¹⁷³ Heysemî, *Mecmau’z-zevâid*, 4/153 (no: 6389): فيه موسى بن عبيدة الريدى وهو ضعيف

Naslar dışındaki diğer delillere geçmeden önce, burada konumuz açısından fevkalâde önemi hâiz olan bu rivayetteki *bey‘u‘l-garar* terkihi üzerinde durmak istiyoruz. Önce *bey‘u‘l-garar* terkihini dil açısından tahlil edecek; ardından bu rivayetlerin kapsamı ve umûm ifade edip etmediği hususlarını fıkıh usûlü açısından inceleyeceğiz.

a. ‘Bey‘u‘l-garar’ terkihinin dil açısından tahlili

Rivayetlerde geçen *bey‘u‘l-garar* tamlaması nahiv açısından iki şekilde yorumlanabilir:

a- ‘mevsufun sıfatına izafesi’ olarak kabul edilmesi durumunda, garar kelimesi satım sözleşmesinin niteliğini belirtmiş olur.

b- ‘masdarın mef‘ûlüne izafesi’ olarak düşünülmesi halinde ise, garar kelimesi satım konusu malı ifade eder.

İlk durumda, hadislerde garar özelliği taşıyan şeylerin satımının yasaklandığı, ikincisinde ise garar özelliğinin hâkim olduğu satımların yasaklandığı anlamı ortaya çıkar. Her iki yorumu savunan İslam hukukçuları bulunmaktadır.¹⁷⁴

İlk yorumu savunan bazı Mâlikî ve Şâfiî fakihler, *bey‘ul-garar* tamlamasının, garar unsuru içeren şeyleri ifade ettiğini, yoksa satım konusu olan şeyin garar olmadığını belirtmektedir.¹⁷⁵

İbn Teymiyye ve İbnü‘l-Kayyım ikinci görüşü savunmaktadır. Onlara göre, bu terkiib, masdarın mef‘ûlüne izafesi cinsindedir. Zira garar kelimesi, mef‘ûl manasına gelen *fe‘al* kalıbındaki bir sıfat-ı müşebbehedir. Dolayısıyla garar mebinin kendisidir.¹⁷⁶

Darîr bu terkiibin ya ‘mevsufun sıfatına’ ya da ‘masdarın nev‘ine’ izafesi olduğu kanaatindedir. Ona göre ikinci görüşün kabul edilmesi durumunda, garar akid mahalli ile sınırlı kalacak, akid sigasını kapsamayacaktır. Halbuki garar sigadan da kaynaklanabilmektedir. İlk görüş ise genel olduğu için akdin bütün öğelerini kapsamaktadır.¹⁷⁷ Kanaatimizce de ilk görüş tercihe daha şayandır.

¹⁷⁴ Dönmez, “Garar”, *DİA*, 13/366.

¹⁷⁵ Desûkî, *Hâşiyetü‘d-Desûkî*, 3/55: قوله: وكبيع الغرر، أي البيع الملايس للغرر، لا إن الغرر مبيع. *Buceyrimî*, *Buceyrimî ale‘l-Hatîb*, 3/311; Sâvî, *Hâşiyetü‘s-Sâvî*, 3/91: : بيع الغرر: أي البيع المشتغل على الغرر أو بيع ما فيه الغرر :

¹⁷⁶ İbn Teymiyye, *Nazarîyyetü‘l-akd*, s. 207; İbnü‘l-Kayyım, *Zâdü‘l-me‘âd*, 5/818:

وأما بيع الغرر، فمن إضافة المصدر إلى مفعوله... والغرر: هو المبيع نفسه، وهو فَعَل بمعنى مفعول، أي: مغرور به كالقبض والسلب بمعنى المقبوض والمسلوب

¹⁷⁷ Darîr, *el-Garar*, s. 82.

b. Rivayetlerin Fıkıh Usûlü Açısından Değerlendirilmesi

Normalde garar rivayetindeki *el-ğarar* kelimesinin başındaki *harf-i tarif*, umûm ifade eder ve içinde garar bulunan bütün satışların yasaklandığına delil olur. Çünkü nehiy, tahsis edilen kısımlar dışında umûm lafzın tamamını kapsar.

Ancak konuyla ilgili rivayetler, doğrudan Hz. Peygamber'e (s.a.) ait bir söz olarak değil de "Hz. Peygamber (s.a.) gararlı satışı yasakladı" şeklinde sahâbînün bilgi ve gözlemine dayalı olarak nakledildikleri için, her ne kadar hükmen merfû kabul edilse de, bu tarz bir rivayetin umûm ifade edip etmeyeceği tartışılmıştır:

a) Usûlcülerin çoğunluğunun benimsediği görüşe göre, bu metin râvinin söz konusu olaya ilişkin anlatımı olduğu için umûm ifade etmez; çünkü asıl delil, rivayetin kendisi değil râvinin gördüğü yasaklama olayı veya Hz. Peygamber'den (s.a.) duyduğu sözdür. Hz. Peygamber (s.a.) yasaklarken gerçekten âmm bir lafız kullanmış olabileceği gibi, hâss lafız da kullanmış olabilir. Mesela Hz. Peygamber (s.a.) aslında özel bir gararlı satıştan söz etmişken, sahâbî bunu genel zannederek umûm sigasıyla nakletmiş olabilir. Her iki durum da muhtemel olduğu için, kesin olarak umûmdan bahsedilemez.¹⁷⁸

b) Bir grup usûlcü ise, bu tür anlatımların da umûm ifade etmesi gerektiğini söylemektedir. Onlara göre sahâbe dile son derece hakimdi ve bir sahâbî umûm kastedildiğinden kesin olarak emin olmadan umûm ifade kullanmazdı. Onlar sahâbenin adâlet özelliğini ve dini konulardaki hassasiyetlerini dikkate alarak bu kanaate varmışlardır.¹⁷⁹ İmam Şâfiî'nin ifadelerinden, bu görüşte olduğu anlaşılmaktadır.¹⁸⁰

Çağdaş araştırmacılardan Ali el-Hafif, garar kelimesinin umûm ifade etmeyen bir cins ismi olduğu ve hafif garar içeren bazı satımların yasak kapsamı dışında tutulduğu gerekçesiyle birinci görüşü tercih etmektedir. Darîr ise delillerini daha güçlü görerek ikinci görüşü tercih etmektedir.¹⁸¹

¹⁷⁸ Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, 2/66-67; Râzî, *el-Mahsûl*, 2/393; Âmidî, *el-İhkâm*, 2/312-3; Karâfî, *ez-Zehîra*, 1/87-88.

¹⁷⁹ Âmidî, *el-İhkâm*, 2/312-3; Karâfî, *el-'Ikdu'l-manzûm fi'l-husûs ve'l-umûm*, thk. Ahmed el-Hatm Abdullah, Kahire 1999/1420, 1/551; Darîr, *el-Garar*, s. 86.

¹⁸⁰ Şâfiî, *el-Ümm*, 4/141-2: فكان الخاص مستخرجاً من العام، لأن النبي صلى الله عليه وسلم بيوع الغرر وبيع القمح في سنبله غرر

¹⁸¹ Darîr, *el-Garar*, s. 86.

B. İcma

Yukarıda ifade edildiği üzere, ilk yazılı hadis ve fıkıh kaynaklarında garar konusunda bol rivayet malzemesi, çok sayıda atıf ve değerlendirme bulunmaktadır. Ancak garar konusunda icma oluşup oluşmadığı konusu ayrıca incelenmelidir.

‘Hz. Peygamber’in (s.a.) gararlı satışı yasakladığı’ şeklindeki bilgi ve hüküm, ilk dönemlerden itibaren yaygın olarak bilinmiş ve sonraki nesillere rivayet edilmiştir. Fakihlerin büyük çoğunluğu, icma ifadesini kullanmasalar da, gararın yasaklandığına dair genel bir görüş birliği olduğunu ifade etmişlerdir (*âmmе, ittifâk, lâ hilâfe* gibi ifadeler kullanılmıştır).¹⁸² Dolayısıyla ‘subût’ açısından, gararlı satışın câiz olmadığına büyük oranda görüş birliği söz konusudur. Nitekim İbnü’l-Münzir (ö. 318/930), *el-İcmâ* isimli eserinde, garardan bahsetmemekle beraber, gararın alt türü olduğunu bildiğimiz bazı satışlar hakkında icmâ oluştuğunu ifade etmiştir. Bunların genellikle naslarda açıkça yasaklanmış satışlar olduğu görülmektedir.¹⁸³ Konuyla ilgili ihtilaf ise daha ziyade garar yasağının ‘delâlet’indedir. Yukarıda tanımlar verilirken dikkat çekilen üç farklı yaklaşıma göre yasağın kapsamı değişmektedir.¹⁸⁴

Genel durum bu olmakla birlikte, sahâbeden İbn Ömer ile tâbiûndan Şurayh ve İbn Sîrîn’den, gararlı satışı câiz gördükleri kanaati uyandıran görüş ve uygulamalar nakledilmiştir. Özellikle İbn Hazm, kendi görüşünü desteklemek için bu rivayetlere genişçe yer vermiştir.¹⁸⁵

Mesela İbn Ebî Şeybe, aynı zamanda garar hadisinin ravilerinden olan sahâbî İbn Ömer’in (ö. 72-3/691-2) kaçmış bir deveyi satın aldığı rivayet etmiştir.¹⁸⁶ İbn Kudâme (ö. 620/1223) ise bu bilgiyi “kendi çocuğundan” kaydıyla nakletmiştir.¹⁸⁷ Bu rivayetdeki satım işlemi, şayet İbn Kudâme’nin belirttiği gibi, kendi çocuğu ile kendisi arasında ise, ticaret

¹⁸² Mesela bkz. Şeybânî, *Muvatta’u l-İmâm Mâlik*, 3/219 (no: 774): وهو قول أبي حنيفة والعامّة; İbn Hubeyra, *İhtilafu l-eimmeti l-ulemâ*, 1/405: واتفقوا على أن بيع الغرر كالضالة والأبق والطير في الهواء والسّمك في الماء باطل

¹⁸³ Bunlar *habelu l-habele, mecr, medâmîn, melâkih, sinîn* satışları, zirai ürünlerin âfetten emin olmadan satılması ile borcun borç karşılığında satımıdır. (İbnü’l-Münzir, Muhammed b. İbrahim (318/930), *el-İcmâ*, s. 129, 132.)

¹⁸⁴ Nevevî, *el-Mecmû’*, 9/323: وأجمع العلماء على بطلان بيع الجنين وعلى بطلان بيع ما في أصلاب الفحول; San’ânî, *Sübülü’s-selâm*, 3/32 [anne karnındaki yavru ve memedeki süt]; Dêrdîr, *eş-Şerhu l-kebîr*, 3/60 [havadaki kuş, sudaki balık]; Şevkânî, *Neylu l-evtâr*, 10/37 (no: 2172) [anne karnındaki yavru].

¹⁸⁵ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 8/390-392.

¹⁸⁶ İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 10/610 (no: 20894): عن ابن عمر أنه اشترى بعيرا وهو شارد

¹⁸⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/289: وروي عن ابن عمر أنه اشترى من بعض ولده بعيرا شاردا

kapsamı dışında yorumlanabilir. Kaçan/kaybolan hayvan sebebiyle teselli ve teskin etmek veya onları maddeten desteklemek amacıyla böyle bir şey yapmış olabilir ki, bu da neticede bir tür hibedir. Bunun dışında, İbn Ömer'in kaçak kölenin satışını –uzun zaman geçmemiş olması kaydıyla- câiz gördüğü nakledilmiştir.¹⁸⁸ Tespitimize göre bu bilgi temel rivayet kaynaklarında yer almamaktadır ve bu sebeple İbn Ömer'e nisbeti şüphelidir.

Yine Sahâbe döneminde kadılık yapmış olan Kâdî Şurayh¹⁸⁹ (ö. 78/697) ve Basralı tâbiûn fakihî İbn Sîrîn'in¹⁹⁰ (ö. 110/729) 'gararlı satışta mahzur görmedikleri' nakledilmiştir.¹⁹¹ Kâdî Şurayh, bunu 'her iki tarafın da bilgisinin eşit olması'yla kayıtlamaktadır. İbn Ebî Şeybe vasıtasıyla gelen bu rivayetin yanı sıra; İbn Hacer, Taberî'nin İbn Sîrîn'den bu görüşü sahih bir senetle naklettiğini söylemiştir.¹⁹² Mâverdî ise, İbn Sîrîn'in, yeri bilinen kaçak kölenin satımını câiz gördüğünü nakletmiştir.¹⁹³ İbn Ebî Şeybe'nin *Musannef*'inde zikredilen Kâdî Şurayh'a ait görüşün râvîsinin de İbn Sîrîn olması, İbn Sîrîn'in görüşünün kaynağının Kâdî Şurayh olduğunu akla getirmektedir.

Kâdî Şurayh'ın görüşü hakkında literatürde herhangi bir yorum tespit edilememiştir. Ancak sünnete rağmen İbn Sîrîn'den (ö. 110/729) böyle bir görüşün nakledilmesi, daha ziyade "gararın yasaklandığı haberinin kendisine ulaşmadığı" yönünde açıklanmıştır. İbn Hacer el-Askalânî, *Fethu'l-Bârî*'sinde Kurtubalı Mâlikî fakih ve hadis âlimi İbn Battâl'dan (ö. 449) iki ihtimal nakletmiştir: Gararın yasaklandığı bilgisi İbn Sîrîn'e ulaşmamış olabilir ya da gararın az veya tebean bulunduğu durumları kastetmiş olabilir.¹⁹⁴ İbn Hacer, ikinci ihtimali geçersiz görmektedir zira İbnü'l-Münzir (ö. 318/930), İbn Sîrîn'in kaçak kölenin satımını – her iki tarafın eşit derecede bilgiye sahip olması durumunda- câiz gördüğünü nakletmiştir.¹⁹⁵

¹⁸⁸ Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebîr*, 5/326: وحكي عن ابن عمر أنه جوز بيع الأبق ما لم يتقدم عهده

¹⁸⁹ İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 10/610 (no: 20897); İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 8/400:

عن ابن سيرين، عن شريح، أنه كان لا يرى بأسا ببيع الغرر إذا كان علمهما فيه سواء

¹⁹⁰ İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 10/609 (no: 20893); İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 8/399:

عن ابن سيرين، قال: لا أعلم ببيع الغرر بأسا

¹⁹¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/289.

¹⁹² İbn Hacer, *Fethu'l-Bârî*, 4/357; Aynî, *Umdetü'l-kârî*, 11/265:

وروى الطبري عن بن سيرين بإسناد صحيح قال لا أعلم ببيع الغرر بأسا

¹⁹³ Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebîr*, 5/326.

¹⁹⁴ İbn Hacer, *Fethu'l-Bârî*, 4/357; Aynî, *Umdetü'l-kârî*, 11/265.

¹⁹⁵ İbn Hacer, *Fethu'l-Bârî*, 4/357.

Tespitimize göre, İbn Sîrîn'den garar örneklerine dair nakledilen diğer bazı görüşler de, çoğunluğa göre garar kapsamına giren bir kısım akidleri onun câiz gördüğünü teyid etmektedir. Yeri geldikçe görüleceği üzere, İbn Sîrîn, *makdûru't-teslîm* olmayı 'hukuken sahip olma' ile eşitlemiş; kaparolu satış, zirai ürünlerin olgunlaşmadan satılması gibi akitleri câiz görmüştür.

Bu farklı görüşlere dayanan İbn Hazm, *Merâtibu'l-icmâ'* isimli eserinde gararlı satış konusunda ihtilaf olduğunu ifade etmiştir.¹⁹⁶ Nitekim İbn Hazm'ın bu istisnai rivayetleri kendi görüşüne esas kabul ettiği ve cumhûrdan farklı olarak sadece 'mebiye dair cehâlet'le sınırlı bir garar anlayışına sahip olduğu görülmektedir.¹⁹⁷

Kanaatimizce yukarıda farklı görüşleri nakledilen Şurayh ve İbn Sîrîn gibi âlimler, garar yasağını aslında ilke olarak kabul etmekte ancak gararın kapsamını farklı görmektedirler. Netice olarak, garar içeren satım akdinin geçersiz olduğu hakkında bir icmadan bahsedilemese de, büyük oranda bir görüş birliğinden söz edilebilir. Ancak bu ortak kanaat elbette gararın tüm yönlerini kapsamamaktadır. "Hangi alt satım türlerinin gararlı satış kapsamında olduğu" ve "yasağın muâvezât alanı dışına sirâyeti" gibi konular ihtilafa açıktır.

C. Kıyas

Garar konusu, kapsadığı alt konular itibariyle İslam hukuku alanına ait oldukça geniş bir alanı içine almaktadır. Gararın bu geniş kapsamı ve daha da genişleyebileceği, birçok fakih tarafından vurgulanmış ve garar konusunun verilen örneklerle sınırlı olmadığına dikkat çekilmiştir.¹⁹⁸

Fakihler garar bağlamında şer'î delillerden kıyas delilini pek zikretmemişlerdir.¹⁹⁹ Ancak sonraki dönemde ortaya çıkan yeni örneklere bakıldığında, garar yasağını ortak illete

¹⁹⁶ İbn Hazm, *Merâtibu'l-icmâ'*, s. 89:

واختلفوا في بيعتين في بيعة واختلفوا في بيع الغرر ... والآبق والشارد، أي شيء كان مما قد ملك قبل ذلك، وفي بيع المجهول وإلى أجل مجهول أو في المبيع بشرط أيجوز كل

ذلك أم لا.

¹⁹⁷ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 8/391.

¹⁹⁸ Şâfiî, *el-Ümm*, 9/52: "وبيع الغرر فيه أشياء كثيرة نكتفي بهذا منها"; Nevevî, *Sahih Müslim bi-şerhi'n-Nevevî*, 10/156; Kâdî Abdülvehhâb, *el-Maûne*, 2/57: "ما أهملناه على ما ذكرناه منها على ما أهملناه"; İbnü'l-Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, 1/137; Zerkâ, *el-Medhal*, 1/128.

¹⁹⁹ Zaman zaman garar bağlamında 'kıyasa aykırılık' gündeme gelmektedir. Buradaki 'kıyas'tan kasıt 'genel kural/ilke'dir. Mesela selem ve istisnâ' akidlerinin 'kıyasa aykırı' olarak, yani İslam borçlar hukukundaki garar yasağı dâhil genel ilkelere aykırı olarak ruhsat/istisna yoluyla meşrû kılındığı klasik literatürde ifade edilmektedir.

dayalı kıyas yoluyla genişlettikleri açıkça anlaşılmaktadır. Yani fukahanın aynı illete sahip başka *cüz'ıyyâtı* da naslarda zikredilen örneklere kıyas ederek, onların satımını da geçersiz kabul ettikleri görülmektedir.²⁰⁰ Ancak garar yasağının illetinin tespitinde oluşan görüş farkları sebebiyle, naslarda zikredilmeyen bazı örneklerin garar açısından değerlendirilmesinde ihtilaflar meydana gelmiştir. Bir akdin garar içerdiği için yasaklanmasına yol açan başlıca sebepler, sonraki bölümlerde ayrıntılı olarak incelenecektir.

Kıyasın gündeme geldiği diğer bir husus, naslarda garar yasağının sadece satım akdi özelinde zikredilmesine rağmen, diğer akidlere de genişletilmesidir. Bu konuya da kıyas bağlamında açık olarak değinilmemiştir ancak böyle bir genişletme için “*hukukun iç tutarlılığı açısından bu zorunlu bir kıyastır*” denilebilir. Mâlikî mezhebi bu genişletmeyi muâvezât ile sınırlı tutarken, diğer mezhepler garar yasağını hemen tüm muâmelât alanına genişletmişlerdir. Bu konudaki klasik ve çağdaş tartışmalara, çalışmamızın son bölümünde, ‘Gararın Akdi Etkilemesinin Şartları’ kapsamında ‘Malî muâvaza akidlerinden birinin söz konusu olması’ başlığı altında ayrıntılı olarak değinilecektir.

* * *

Görüldüğü üzere, deliller konusundaki incelemelerden, garar yasağının açık bir biçimde Hz. Peygamber’in (s.a.) sünnetine dayandığı görülmektedir. Kur’an-ı Kerim’de gararlı satışları yasaklayan doğrudan bir ayet bulunmamakla birlikte, *malların bâtil yolla yenmemesi* ve *mali mübadelelerin karşılıklı rızaya dayanması* gibi genel esaslar çerçevesinde bu yasak da düşünülebilmektedir. İslam hukukçuları gerek Kur’an’da konan bu ilkeleri, gerek sünnetteki verileri değerlendirerek, garar yasağını kıyas yoluyla genişletmişler ve konuyla ilgili hükümleri ayrıntılı olarak ortaya koymuşlardır.

III. Mahiyeti

Garar yasağının borçlar hukuku içindeki yerinin anlaşılması açısından, mahiyetinin ortaya konması gerekmektedir. Bunun için de garar yasağı, bu başlık altında, rıza unsuru ve akid serbestisi açısından değerlendirilecektir.

²⁰⁰ M. Sellam Medkûr, *Darîr’in kitabına (el-Garar) yazdığı takriz yazısı*, s. 11; Saleh, *Unlawful Gain and Legitimate Profit in Islamic Law*, s. 62.

A. Rıza Ayıpları ve Garar Yasağı

İnsanlar arasındaki mal mübadelesinin karşılıklı rıza ile yapılmasını emreden naslar,²⁰¹ karşılıklı rızayı ticarî hayatın en önemli ilkelerinden biri haline getirmiştir. Ayrıca akidlerde açıklık ve dürüstlüğü bulunması ve beklenmedik zararların önlenmesi de bu alandaki diğer önemli ilkelerdendir.²⁰²

Bu sebeple, rızanın sıhhatini bozucu sebepler mutlaka ortadan kaldırılmalı ve akid taraflarca özgürce gerçekleştirilmelidir. Prensip olarak akid, yeterince bilinen bir konu üzerinde, piyasa şartlarına uygun mâlum bir fiyat karşılığında anlaşılabilir kurulmalıdır.

Rızayı sağlamak amacıyla konulan şartların ihlal edilmesi durumunda, rıza ya ortadan kalkar ya da ayıplı olarak bulunur. “İrade ayıpları” ya da “rızayı bozan sebepler” olarak isimlendirilen bu durumların başlıcaları, hata (galat), hile (tedlîs/tağrîr), ikrah ve gabindir.²⁰³

Rızayı sakatlayan durumlar bunlardan ibaret değildir. Modern dönem fıkıh çalışmalarında her ne kadar garar konusu iradeyi zedeleyen unsurlar arasında zikredilmese de, aslında gararlı satışlarda da irade ve rızanın sakatlanması söz konusudur. Gararlı satışlarda rıza şeklen mevcut görünse de, aslında hakikaten mevcut değildir.

Nitekim birçok fakih, irade ve rızanın ancak bilinen şeye taalluk edeceğini ve mechûl şeyde rıza ve iradenin söz konusu olamayacağını açıkça belirtmiştir.²⁰⁴ Dolayısıyla, mebinin yeterince bilinmesi ve tayin edilmiş olması, mali mübadelelerde karşılıklı rıza için şarttır. Bilinme ve tayin, tarafları anlaşmazlık ve aldanmadan koruyacak şekilde ve örfte yeterli kabul edilecek miktarda olmalıdır.

Öte yandan, reşit bir kimsenin, kaybetme veya zarar görme ihtimali olan ticarî bir sözleşmeye sebepsiz yere girmesi düşünülemez. Bu sebeple, kanaatimizce kişilerin gararlı satışlara girmelerine sebep olan muhtemel üç durum düşünülebilir:

a) Mecbur kalma (ızdırâr) veya ikrah gibi iradeyi sakatlayan haller: Mesela acil borcu olan çiftçinin bir sene sonraki mahsülü şimdiden satmak zorunda kalması gibi...

²⁰¹ Nisâ 4/29; İbn Mâce, “Ticârât”, 18; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 2/536.

²⁰² Bardakoğlu, “Gabn”, *DİA*, 13/269.

²⁰³ “*Ridâ*”, *Mv.F.*, 22/234-235; Bardakoğlu, “Gabn”, *DİA*, 13/269.

²⁰⁴ - Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/156: ولأن الرضا شرط البيع والرضا لا يتعلق إلا بالمعلوم

- İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 8/83: (والرضا شرط البيع والرضا لا يتعلق إلا بالمعلوم) (8/429: (والرضا (لأنه لا يجوز مال أحد إلا بطيب نفس منه ورضاه، ولا يكون الرضا وطيب النفس إلا على معلوم). (ولا يكون الرضا إلا بمعلوم الماهية) (8/439: (ولا يكون إلا بمعلوم (ولا يكون التراضي ألبتة إلا على معلوم القدر) (8/440: (ولا يكون الرضا إلا بمعلوم الماهية) (8/439: (ولا يكون إلا بمعلوم

- İbn Abdisselâm, *Kavâidü'l-ahkâm*, 2/299:

الرضا بالمجهول والإبراء من المجهول لا يصحان، إذ لا يتصور توجه الرضا والإبراء مع الجهالة بالرضا والمبرأ منه، كما لا يتصور توجه الإرادة إلا إلى معلوم أو مظنون

b) Riske girme inisiyatifi: Müşterinin riski bilmesine rağmen kumarvâri bir tutuma girmesi yani kazanan taraf olacağı veya fayda temin edeceği ümit ve zannı.

c) Risk yönetimi amacı: Mesela ihracat yapan sanayi şirketlerinin döviz fiyatlarındaki dalgalanmadan etkilenmemek için başvurdukları *döviz opsiyon* işlemleri bunlardandır. Bu tür akidlerde, *opsiyon primi* olarak ifade edilen bir miktar, riske karşılık olarak semenden düşmektedir.²⁰⁵

Görüldüğü üzere, her üç durumda da taraflar akdin sonucunu bilerek işlem yapmamaktadır. Burada rıza mevcut olmakla birlikte, gerçek anlamda bir rıza değildir ve neticede insanları genellikle anlaşmazlığa götürür.

B. Akid Serbestisi ve Garar Yasağı

Akid serbestisi, kişinin akid yapıp yapmamaya karar verebilme ve akdin mahiyetini, içeriğini ve şartlarını dilediği tarzda belirleyebilme serbestisidir.²⁰⁶

İslam, akid serbestisini genel ilke olarak kabul etmekle birlikte, ahlaki değerleri ve toplumsal maslahatı da göz önüne alarak bu serbestiye bazı sınırlamalar getirmiştir. Bu sınırlamalar Kur'an ve sünnette yer alan düzenlemeler şeklindedir. Söz konusu bu düzenlemeler vasıtasıyla, nelerin akde konu olup olamayacağı tespit edilmektedir.²⁰⁷

Kanaatimizce garar yasağının rıza ayıpları çerçevesinde değil, İslam borçlar hukukunda akid serbestisine getirilmiş belli başlı sınırlamalardan birisi olarak düşünülmesi ve değerlendirilmesi daha uygun olacaktır. Günümüz pozitif hukukundaki sözleşme serbestisi sınırları açısından bakıldığında, garar yasağı 'hukuka aykırılık' konusunun alt başlığı olan '*Emredici hukuk kurallarına aykırılık*' kapsamında görülebilir.²⁰⁸

İrade ayıplarının söz konusu olduğu durumlarda da, haksız kazancı engelleme amacıyla çeşitli müeyyidelerin uygulanması söz konusudur. Ancak, akidlerde güven ve istikrarı korumak amacıyla, dışa vurulan (objektif) iradeye itibar edilmiş; müeyyideler rızanın

²⁰⁵ Konuyla ilgili bilgi için bkz. Abdullah Durmuş, *Fıkhi Açından Günümüz Para Mübadelesi İşlemleri*, İstanbul 2009.

²⁰⁶ Bardakoğlu, Ali, "İslâm Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdi Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı", s. 9.

²⁰⁷ Özdirek, *İslam Hukukunda Akit Hürriyetini Sınırlayan Durumlar*, s. 167.

²⁰⁸ Mukayese açısından, Türk Boçlar Hukukundaki 'hukuka aykırılık' ve alt başlıkları için bkz. Kocayusufoşaoğlu, *Borçlar Hukuku: Genel Bölüm*, s. 532-544; Eren, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 287-290; Kayıhan, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 116-7.

sakatlandığının açık şekilde anlaşıldığı durumlarla sınırlandırılmıştır.²⁰⁹ Halbuki gararlı akidlerde rıza ve irade -kâmil manada olmasa da- vardır. Bu sebeple, onun irade ayıpları kapsamında değerlendirilmesi uygun değildir.

Garar yasağı, akid serbestisine getirilen bir sınırlandırma olması sebebiyle, irade ayıplarından mahiyet açısından farklılık arz etmektedir. Garar yasağı, İslam hukukunda – bugünkü hukuki ifadesiyle- kamu düzeni bağlamında ele alınmakta, taraflar aksini kararlaştırırsa bile hükmünü korumaktadır.²¹⁰ Karâfî, garar ve cehâlet unsuru taşıyan akidlerle ilgili yasağın, kul hakkı da içermekle birlikte Allah hakkı baskın hükümlerden olduğunu; bu hükümlerin kulların mallarını zayi olmaktan korumak amacıyla konulduklarını belirtir. Karâfî’ye göre, “*Kul razı olsa da, bu konudaki hakkını iskât edemez*”.²¹¹

IV. Benzer Terimlerle İlişkisi

Garar yasağının borçlar hukuku içindeki yerinin daha iyi anlaşılması açısından, gararın kendisine benzer diğer bazı hukuki terimlerle mukayese edilmesi uygun düşecektir. Özellikle garar, cehâlet, kumar, hile, gabin ve ğalat (hata) birbirleriyle yakından ilişkili terimlerdir. İncelenecek bu terimlerin hemen hepsi, haksız kazancın önlenmesi gayesinde birleşmektedirler.

A. Cehâlet

1. Sözlük ve İstilahi Anlamı

Fıkıh ve fıkıh usûlü literatüründe karşımıza çıkan ve aynı kökten gelen *cehâlet* ve *cehl* kelimeleri sözlükte “bilmemek” anlamındadır. İbn Fâris (ö. 395/1005), *c-h-l* fiilinin iki aslı olduğunu, birinin *bilginin zıddı (hilâfu’l-‘ilm)* anlamında; diğerinin ise *gönül huzurunun (tuma’nîne) zıddı ve [akılda] hafiflik (hiffe)* anlamında olduğunu söyler.²¹²

Cehâlet ve *cehl* kelimeleri literatürde genellikle birbirinin yerine kullanılabilir. Ancak aralarında ayırım gözetildiği de iddia edilmiştir. Buna göre, *cehl* daha ziyade kişinin inanç, söz ve davranışları alanındaki bilgisizliği için kullanılmaktadır. Mesela “mükellefin dinî hükümleri bilmemesi” şeklinde özetlenebilecek ehliyet arızasını ifade etmek için daha

²⁰⁹ Dönmez, “Garar”, *DİA*, 13/370.

²¹⁰ Karâfî, *el-Furûk*, 1/256; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ’l-Kübrâ*, 6/310; Dönmez, “Cehâlet”, *DİA*, 7/222; Dönmez, “Garar”, *DİA*, 13/370-371.

²¹¹ Karâfî, *el-Furûk*, 1/256; Dönmez, “Cehâlet”, *DİA*, 7/222; Dönmez, “Garar”, *DİA*, 13/370.

²¹² İbn Fâris, *Mu’cemu mekâyisi’l-luġa*, “c-h-l”, 1/489.

ziyade *cehl* kullanılır. *Cehâlet* ise daha ziyade kişinin kendi dışında kalan dünyayla ilgili bilinmezlikler için kullanılır. Mesela hukukî işlemlerde işlem konusunun bilinmezliği için *cehâlet* kelimesi kullanılır.²¹³ Söz konusu ayırım her zaman ve her müellif için geçerli olmamakla beraber, bu tasnife göre, bizi sadece ikinci kullanım ilgilendirmektedir.²¹⁴

Klasik literatürde cehâletin bir tanımına rastlanmamaktadır. Cehâletin muâvezât alanına etkisi konusunda bir yüksek lisans tezi hazırlayan Abdullah es-Sayfî, bu durumu teyid ederek, kendi tanımını şu şekilde yapmıştır: “*Husûlünü bildiğimiz ancak kendisiyle ne kastedildiğini, cinsini, türünü (nev’), sıfatını, miktarını veya ortaya çıkma zamanını bilmediğimiz şeyin niteliğidir.*”²¹⁵ Burada *husûlün bilinmesinden* kasıt, ya zaten mevcut olan, ya da husûlü kesin olan (belli bir tarihin girmesi gibi) şeylerdir.

Cehâlet (bilinmezlik) terimi, gararın aksine, naslarda konumuzu ilgilendiren fıkhi anlamıyla yer almamaktadır ve yalnızca fıkıh literatüründe kullanılmaktadır. Fıkıh literatüründe bu terime biri dar diğeri de geniş kapsamlı olmak üzere iki anlam yüklendiği görülmektedir.

2. Cehâletin Dereceleri

Cehâletin, garar konusuna benzer şekilde, bilinmezlik oranına göre derecelendirildiği ve üçe ayrıldığı görülmektedir.²¹⁶

a) **Aşırı cehâlet** (*fâhişe*), taraflar arasında niza’ a (çekişmeye) yol açması kuvvetle muhtemel olan durumları kapsar. Bu derece cehâletin akdin sıhhatine engel olacağı ve akdi ifsad edeceği hususunda İslam hukukçuları arasında genel bir mutabakat vardır.

b) **Az cehâlet** (*yesîra*) ise niza’ a yol açması muhtemel olmayan durumları kapsar ve bunların akdin sıhhatine engel olmayacağı hususunda da görüş birliği vardır.

²¹³ Dönmez, “Cehâlet”, *DİA*, 7/220. Türk Borçlar Hukukunda *cehâlet* kelimesi kullanılmamakta; *cehl* kelimesi ise ‘bir hâdiseyi bilmemek’ ve ‘birşeyi bilmesi lâzım gelen kişinin, o şeyi bilmemesi’ anlamlarında kullanılmaktadır. (*Türk Hukuk Lugâtı*, “Cehil” md., İstanbul 1991, s. 47)

²¹⁴ İlk kullanımın konusu olan eda ehliyeti bağlantılı *cehl/cehâlet* konusundaki bazı akademik çalışmalar şunlardır: Ovacı, Vahap, *Mukayeseli Hukuk Açısından Cehâlet*, Yüksek Lisans tezi, Erzurum Atatürk Üniversitesi SBE, Erzurum 2006, 97 s.; Önder, Muharrem, “İslam Hukukunda Bilgisizlik (Cehl) ve Hukukî Etkileri”, *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2010, cilt: XIV, sayı: 2, s. 273-305.

²¹⁵ Sayfî, *el-Cehâle ve eseruhâ fi ukûdi’l-muâvezât*, s. 25-27:

وصف لما علم حصوله وطوي عنا المراد منه أو جنسه أو نوعه أو صفته أو مقدار أو وقت وجوده

²¹⁶ Mekki, *Tehzîbu’l-Furûk*, 1/277; Ebu Zehra, *el-Milkiyye ve nazariyyetü’l-akd*, s. 258-9; Dönmez, “Cehâlet”, *DİA*, 7/220.

c) **Orta ölçekli cehâlet** (*mutavassıta*), aşırı cehâlete mi yoksa az cehâlete mi dâhil edileceği tartışmalı olan durumlardır. Bunların hükmü, mezheplerce dâhil edildiği sınıfa göre değişmektedir. Mesela üç eşyayla sınırlı tayin muhayyerliğindeki cehâlet böyledir. Hanefî ve Mâlikîlere göre, cehâlet azdır ve bu miktarda cehâlet içeren akid ihtiyaç sebebiyle câizdir. Diğer mezhepler ise bu muhayyerlikteki cehâleti fazla görmüştür.

İslam hukukçuları akdin unsurlarının cins, sıfat, miktar ve vade açısından niza‘a sebep olmayacak derecede bilinir olması gerektiği konusunda görüş birliğine varmışlardır.²¹⁷

Bu sebeple fukaha, akdi ifsad eden cehâletin ölçütünü, ‘*nizaya sebebiyet vermesi*’ olarak koymuşlardır.²¹⁸ Ancak söz konusu ölçüt, bu haliyle oldukça subjektif niteliktedir. Mustafa Zerkâ’da rastladığımız bir ayırım bu konuya çözüm önermektedir. Zerkâ’ya göre, fıkıh kaynaklarında kriter olarak zikredilen niza, *mutlak niza* değil *niza-ı müşkildir*. Bu durum, verilen furû örneklerden ve nizanın sahih akidlerde bile kaçınılmaz olmasından anlaşılmaktadır.²¹⁹ Dolayısıyla Zerkâ’ya göre, kriteri “*nizâ-ı müşkile* sebep olan “*cehâlet-i fâhişe*” olarak tespit etmek daha doğru olacaktır. *Nizâ-ı müşkil* ise, cehâlet sebebiyle her iki tarafın da eşit derecede haklı olduğu durumdur. Mesela bir koyun sürüsünden ‘bir adet koyun’un tayin edilmeden satılması durumunda, koyun bizzat tayin edilmediği için, satıcı zayıf ve çelimsizi vermek isterken, alıcı ise besili ve gösterişlisini almak isteyebilir. Burada her iki taraf da eşit derecede haklı olduğu için, *nizâ-ı müşkil* söz konusudur.²²⁰ Zerkâ’ya göre *nizâ-ı müşkile* sebebiyet vermeyen cehâlet ise akde zarar vermez. Mesela bir kutudaki veya bir evdeki her şeyin satımı, içerdeki şeyler bilinmese de, evin veya kutunun sınırı belli olduğu için geçerlidir. Çünkü bu tayin, tarafları ilzam etmek ve nizayı ortadan kaldırmak için yeterlidir.²²¹

Kanaatimizce bu ayırım faydalı olmakla beraber, ihtiyaçla kayıtlanmalıdır. Mesela götürü usûlü satışta cehâlet vardır ama sınırları belli olması sebebiyle *nizâ-ı müşkile* yol açmaz, üstelik birçok üründe bu satışa ihtiyaç vardır. ‘İhtiyac’ın şart koşulmaması durumunda bu ayırım, tarafları kumar benzeri işlemlere girmeye sevk edebilir.

²¹⁷ Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 5/156, 163; İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 4/505; Mecelle, md. 213.

²¹⁸ Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 4/138: لأن الجهالة لا توجب فساد العقد لذاتها بل لإفراطها إلى المنازعة; Molla Hüsrev, *Düreru’l-hukkâm*, 2/155: إنما توجب الفساد إذا كانت مفضية إلى النزاع; Ebu Zehra, *el-Milkiyye ve nazariyyetü’l-akd*, s. 258.

²¹⁹ Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 4/207; Zerkâ, *el-Medhal*, 2/744.

²²⁰ Zerkâ, *el-Medhal*, 2/742.

²²¹ Zerkâ, *el-Medhal*, 2/742.

Zerkâ'nın tasnifine göre, cehâlet bir akdi genellelikle şu dört açıdan ifsad edebilir.²²²

a. Akdin konusunda cehâlet (satım akdinde: mebiddeki cehâlet)

b. Muâvezât akidlerinde ıvazın bilinmemesi (satım akdinde: semenin bilinmemesi)

c. Bağlayıcı vadesi olan akidlerde vadenin bilinmemesi

d. Akidde şart koşulan tevsik araçlarında (*vesâilu't-tevsik*) cehâlet, mesela vadeli satım karşılığında kefil veya rehin şart koşulsa, kefil veya rehlin muayyen olması gerekir, aksi halde akid fâsid olur.

3. Cehâlet - Garar ilişkisi

Mısırlı Mâlikî fakih Karâfi'nin (ö. 684/1285) de belirttiği üzere,²²³ klasik dönem İslam hukukçularının *garar* ve *cehl/cehâlet* terimlerini zaman zaman birbirinin yerine kullandıkları görülmektedir. Bazen de fakihlerin her iki terimi birden yan yana zikrettikleri görülmektedir. İlk akla gelen ihtimal, bu müelliflerin iki terim arasında bir fark görmeleridir. Ancak bunun *atful hass alal âmm* cinsinden olma ihtimali de vardır.²²⁴

Öte yandan, borçlar hukuku alanında cehâlet ve gararın birbirleriyle sıkı sıkıya bağlantılı olmaları ve bazı fâsid (bâtıl) akidlerin aynı anda birden çok fesâd unsurunu içermesi, her iki terimi ilgilendiren konuları da birbiriyle irtibatlı hale getirmiştir. Neticede literatürde garar ve cehâlet konuları ve bunların akde etkisi iç içe geçmiş olarak işlenmiştir.²²⁵

İç içelik taşıyan bu iki terimin ilişkisi İslam hukukçuları tarafından tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu ilişki, özellikle cehâlet terimine dar veya geniş anlam yüklenmesiyle de yakından bağlantılıdır. Neticede kapsam bakımından iki terim arasındaki ilişki şu şekillerde açıklanmıştır:

a. *Umûm-Husûs Mutlak*

M. Siddîk Darîr, iki terim arasında “*umûm-husûs mutlak*” ilişkisi bulunduğu kanaatindedir. Ona göre “*Garar cehâletten daha kapsamlıdır: Her meçhul garardır, fakat her garar meçhul değildir. Cehâletsiz garar bulunabilir, fakat cehâlet gararsız olamaz.*”²²⁶ Buna göre, Darîr sadece nicelik ve nitelikten ibaret *dar cehâlet* anlayışına sahiptir ve cehâleti de garar kapsamında görmektedir.

²²² Zerkâ, *el-Medhal*, 2/743.

²²³ Karâfi, *el-Furûk*, 3/432: اعلم أن العلماء قد يتوسعون في هاتين العبارتين فيستعملون إحداهما موضع الأخرى

²²⁴ Sayfî, *el-Cehâle ve eseruhâ fi ukûdi'l-muâvezât*, s. 33-34.

²²⁵ Dönmez, “Cehâlet”, *DİA*, 7/222.

²²⁶ Darîr, *el-Garar*, s. 60.

b. Umûm-husûs min vech

Bu görüş, Karâfi, İbn Teymiyye ve çağdaş bazı İslam hukukçuları tarafından savunulmuştur.

a) Mâlikî hukukçu Karâfi, *el-Furûk*'unda 193. fark olarak mechûl ile garar arasındaki farkı ele almış ve iki terim arasındaki ilişkiyi “*umûm-husûs min vech*” olarak açıklamıştır. Karâfi'nin tanımına göre, garar “*elde edilip edilmeyeceği bilinmeyen*” şeyi; mechûl ise “*vasıfları bilinmeyen, ancak elde edilmesine dair belirsizlik olmayan şeyi*” ifade eder. Yani garar ve cehâletten her biri yalnız başına bir akidde bulunabileceği gibi, her ikisi birlikte de bulunabilirler.²²⁷

Karâfi, yaptığı ayrımı netleştirebilmek için örnekler de vermektedir: Buna göre, kaçmadan önce nitelikleri bilinen kaçak kölenin satımı, salt garara örnektir çünkü niteliği bilinmekle beraber, hâsıl olup olmayacağı bilinmemektedir. Yakut mu yoksa cam mı olduğu bilinmeyen bir taşın satımı ise salt cehâlete örnektir, burada garar yoktur çünkü husûlü/elde edilmesi konusunda bir belirsizlik yoktur, sadece satılan şeyin niteliği bilinmemektedir. Hem garar hem de cehâleti bir arada barındıran satış ise, özellikleri bilinmeyen kaçak kölenin satımıdır.

Darîr, Karâfi'nin cehâlet ve garar'ın birleşmesine verdiği örneğin, Karâfi'nin kendi yaptığı cehâlet tanımına uymadığını iddia etmiştir. Ona göre, verilen örnekte kaçak kölenin husûlü bilinmemektedir, halbuki tanımda bilinmesi gerektiği ifade edilmiştir. Şu halde bu örnekte sadece garar vardır, cehâlet yoktur.²²⁸

Dönmez'e göre, Darîr Karâfi'nin verdiği örneği kendi anlayışının etkisi altında kalarak eleştirmiştir ve Karâfi'nin örneğinde bir tutarsızlık söz konusu değildir. Muhtemelen aynı sebeple, Karâfi'nin garar tarifini, onun zikretmediği “niteliği ister biliniyor ister bilinmiyor olsun” şeklinde bir ekle aktarmıştır.²²⁹ Ancak kanaatimizce Darîr, tanımla örnek arasındaki tutarsızlık iddiasında haklıdır. Buradaki problem verilen örnekten değil, mechûlün tanımından kaynaklanmaktadır. Tanımda geçen ikinci kayıt (“*ancak elde edilmesine dair belirsizlik olmayan*”) kaldırılıp mechûl sadece “*vasıfları bilinmeyen şey*” olarak tanımlanırsa problem ortadan kalkacaktır. Zaten kanaatimizce Karâfi söz konusu ikinci kaydı sadece garardan farkına dikkat çekmek için koymuştur.

²²⁷ Karâfi, *el-Furûk*, 3/432: (ما علم حصوله وجهت صفته)

²²⁸ Darîr, *el-Garar*, s. 58-59.

²²⁹ Dönmez, “Garar”, *DİA*, 13/367.

Netice itibariyle, Karâfi'nin anlayışına göre, 'gararlı satış' (*bey'u'l-garar*) varlık kazanacağı ve elde edileceği (husûlü) bilinmeyen bir şeyin satımını; 'mechûlün satışı' ise niteliği ve niceliği bilinmeyen şeyin satımını ifade etmektedir.²³⁰ Karâfi, bu yaklaşımında, cehli/cehâleti dar anlamda sadece nitelik ve nicelikteki bilgisizlikten ibaret görmektedir. Yukarıdaki Darîr'in anlayışından farkı ise, her iki terimi, farklı kapsamlara sahip ancak bazen kesişebilen iki küme olarak tasavvur etmesidir.

b) İbn Teymiyye'nin farklı eserlerinde farklı görüşler bulunmakla birlikte, *Nazariyyetü'l-akd* isimli eserindeki yaklaşımı Karâfi'yle uyuşmaktadır. Bu eserindeki açıklamasına göre, bir şeye ancak hâsıl olup olmayacağı bilinmiyorsa 'garar' denilir. Hâsıl olması kesin olan, kabzedilmiş ve sağlam (*selîm*) durumda olan bir şeye, nitelik ve niceliği bilinmiyorsa bile, garar denilemez. Bu sebeple kişinin evindeki sandığında bulunan bir mala/eşyaya, miktarı bilinmese de garar denilemez. Ona göre, "miktar ve nitelik kosunundaki bilginin garar kapsamına alınmasının aslı yoktur. Bu sebeple fakihler garar ile cehâlet arasında ayırım gözetmişlerdir."²³¹

c) Bu görüşe Câferî fikhında da rastlanmaktadır. Birçok eserde garar, "husûlü bilinmeyen" olarak tanımlanırken, mechûl ise "husûlü bilinen, niteliği bilinmeyen" olarak tanımlanmaktadır.²³²

d) Çağımız hukukçularından Senhûrî de aynı görüşü benimsemiştir. Senhûrî'ye göre cehâlet, mebinin varlığına, husûlüne, cinsine, türüne, niteliğine, miktarına, tayinine, bekâ durumuna veya vadesine dair olabilir. Ona göre, mechûl ile garar arasında fark vardır. Cehâlet, garara sebep olabilir ama her cehâlet mutlaka garar değildir.²³³

e) Günümüz araştırmacılarından Dönmez ve Buang da bu görüşü tercih etmiştir.²³⁴

İ. Kâfi Dönmez, Karâfi'nin ortaya koyduğu ayırımın, gararın mahiyetini ve hükmünü belirleyebilme açısından Darîr'inkinden daha isabetli olduğu kanaatine varmıştır. Dönmez'e göre, iki terim arasındaki farklılığın ortaya çıkması için özellikle bunların yasaklanma gerekçeleri ve hukuki sonuçları açısından bakılmalıdır:

²³⁰ Karâfi, *el-Furûk*, 3/432; Apaydın, H. Yunus, "Fesâd", *DİA*, 12/419.

²³¹ İbn Teymiyye, *Nazariyyetü'l-akd*, s. 207; Darîr, *el-Garar*, s. 59:

فدخول العلم بالتقدير أو الوصف في اسم الغرر مما لا أصل له، ولهذا يفرق الفقهاء بين الغرر والمجهول

²³² Suyûrî, *Nazdü'l-kava'idi'l-fikhiyye*, s. 362; Nerâkî, *'Avâidu'l-eyyâm*, s. 95; Ensârî, *el-Mekâsib*, 4/180:

وشرعا هو جهل الحصول وأما المجهول فمعلوم الحصول مجهول الصفة

²³³ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, 3/49.

²³⁴ Dönmez, "Garar", *DİA*, 13/370-371; Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 113-5.

Yalnızca garar içeren bir akdin yasaklanmasının esas gerekçesi, Dönmez'e göre, kazancın '*sırf risk üzerine bina edilmesi*'dir. Sırf cehâlet içermesi durumunda ise yasaklanma gerekçesi risk değil, *bilinmezliğin taraflar arasında çekişmeye yol açması ihtimalidir*.

Hukuki sonucu açısından bakıldığında, yalnızca gararın bulunduğu durumlarda akdin bâtil olduğu konusunda görüş birliği vardır. Cehâlet içeren akidler ise, niza'a yol açma ihtimalinin kuvvet derecesine göre değerlendirilmektedir ve cehâlet içeren her akid bâtil olarak görülmemiştir. Halbuki Darîr'in "her mechûl garardır" yaklaşımına göre, cehâletin bulunduğu bütün durumlar doğrudan garar kapsamına girmektedir. Üstelik sırf cehâlet içeren (ve Darîr tarafından garar kapsamında görülen) durumlarda Hanefilerin *fesâd* müeyyidesini öngördüklerini ve bunu 'nizaya yol açma'yla gerekçelendirdiklerini Darîr'in kendisi de ifade etmiştir. Ayrıca garar yasağının Kur'an'da geçen bâtil kazanç kapsamına girdiği hususunda müfessirlerin görüş birliği içinde olduklarını bildiren Darîr'in, salt cehâlet durumlarını da garar şemsiyesi altına alması tutarlı görünmemektedir.

Netice itibariyle, Dönmez ve Buang'a göre bu iki terimi ana hatlarıyla ayırmak gerekirse, mahallin varlığı, teslim imkânı ve akdin husûlü ile ilgili bilinmezlikler ve belirsizlikler için *garar*; mahallin niteliği ve niceliğiyle ilgili bilinmezlikler için ise *cehl/cehâlet* teriminin kullanıldığı söylenebilir.

c. Cehâlet ile Garar Eş Anlamlıdır

Cehâlet ile gararı eşanlamlı kabul eden bu görüş, İbn Hazm'a aittir. Daha önce, İbn Hazm'a göre gararın akidlerde ancak cehâlet unsuru aracılığıyla bulunabileceğini ifade etmiştik. Ona göre garar, akdin unsurlarındaki (özellikle miktar ve sıfattaki) bilinmezlikten ibarettir. Bu durumda İbn Hazm, hem cehâleti dar anlamıyla anlamakta, hem de gararı bu dar anlamdaki cehâletten ibaret kabul etmektedir. İbn Hazm'a göre, mebinin *makdûru't-teslîm* olması gerekli değildir, satıcının mülkiyetinde olması ve müşteri açısından mâlum olması yeterlidir.

* * *

Görüldüğü üzere, cehâlet ve gararın kapsamının ve buna bağlı olarak aralarındaki ilişkinin tespitinde üç farklı görüş ortaya çıkmaktadır. Bunda hem garar hem de cehâlet anlayışındaki farklılıklar etkili olmuştur. Hatta kanaatimizce, cehâleti geniş anlamıyla kabul edip, gararı da cehâleti hariç tutacak şekilde dar olarak düşünmemiz durumunda, Darîr'in tam tersi bir görüş, yani 'Cehâlet gararı kapsar' gibi bir sonuca varmak da mümkündür. Kapsam temelli bu yaklaşımlar bize çok fazla fayda sağlamayacaktır. Yine de bu görüşlerden birisini

tercih etmek gerekirse, Karâfi'nin taksiminin tercihe şayan olduğu söylenebilir. Özellikle garar ve cehâletin akde etkisi açısından bu taksim kanaatimizce daha anlamlıdır.

Cehâlet-garar ilişkisi konusunda bizim tercih ettiğimiz yaklaşım, sebep-sonuç ilişkisidir. Bu bakış açısına göre, cehâlet terimine geniş anlam atfedilmesi durumunda cehâlet gararın yegane sebebidir. Cehâletin dar anlamıyla kabul edilmesi durumunda ise, cehâlet gararın sebeplerinden birisidir.

Bu açıklama biçimi, çağdaş kaynaklarda pek yer almamıştır. Ancak klasik literatürde, kullanılan ifadeler ve yapılan taksimlerde bu görüşü destekleyecek unsurları bulmak mümkündür.

Mesela Hattâbî (ö. 388/998), gararın çeşitlerinin çok olduğunu ifade ettikten sonra, “*Bunların hepsini kendinde toplayan (unsur), akdin konusunda/akidden amaçlanan şeyde cehâletin bulunmasıdır*” der.²³⁵ Burada Hattâbî cehâletin geniş anlamını esas almıştır.

Mâlikî fakih Kâdî Abdülvehhâb (ö. 422/1031) ise gararlı satışlarda bulunan üç *vasıftan* birisi olarak cehâlet'den bahsetmiştir.²³⁶ Kâdî Abdülvehhâb'ın cehâletin dar anlamını esas aldığı görülmektedir. O'na göre, câhiliye döneminde yasaklanan satışlarda gararın sebeplerinden birkaçı birden bulunmaktadır ve bu ‘sebep çokluğu’ da gararı güçlendirmektedir.²³⁷

İbn Rüşd el-Hafîd'e (ö. 595/1198) göre, akidlerde garar, çeşitli konulardaki cehâlet (varlık, teslim gücü yetirme, vade, miktar, sıfat, tayin ve bekâ konusunda cehâlet...) neticesinde ortaya çıkar. Bu cehâlet türlerinden birini veya birden fazlasını kapsayan gararlı satım türleri mevcuttur.²³⁸ Buna göre, İbn Rüşd'ün -açıkça ifade etmese de- bu iki terim arasında sebep-sonuç ilişkisi kurduğu söylenebilir. Mâlikî müellif Muhammed Ali b. Huseyn Mekkî (ö. 1367/1948) İbn Rüşd'ün bu görüşünü aynen benimsemiş,²³⁹ Garîbü'l-hadîs müelliflerinden İbnü'l-Esîr (ö. 606/1210) de bu meyanda ifadeler kullanmıştır.²⁴⁰

İbn Teymiyye *el-Kavâidü'n-nûrâniyyetü'l-fıkhiyye*'sinde mechûl'ü garar çeşitlerinden birisi olarak kabul etmiştir. Bu eserindeki açıklamaya göre, garar üç çeşittir: Ma'dûm olan,

²³⁵ Hattâbî, *Meâlimu's-Sünen*, 3/88: وأبواب الغرر كثيرة وجماعها ما دخل في المقصود منه الجهل

²³⁶ Kâdî Abdülvehhâb, *el-Maûne*, 2/56-7; Kâdî Abdülvehhâb, *et-Telkîn*, 2/380-3: يجمع بيع الغرر ثلاثة أوصاف

²³⁷ Kâdî Abdülvehhâb, *et-Telkîn*, 2/383: تأكد الغرر لكثرة أسبابه

²³⁸ İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/148: والغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على أوجه...

²³⁹ Mekkî, *Tehzîbu'l-Furûk*, 1/277.

²⁴⁰ İbnü'l-Esîr, *en-Nihâye*, “h-s-e”, 1/398: وكلها غرر لما فيها من الجهالة

teslime güç yetirilemeyen ve mechûl olan.²⁴¹ İbn Teymiyye'nin yaptığı bu üçlü ayırım, bu eserinde verdiği tanımla da uyum halindedir. Bu tanım'a göre garar, 'âkıbeti mechûl' olandır ve bu tanıma her üç husus da girmektedir.²⁴² Daha önce zikrettiğimiz *Nazariyyetü'l-akd* kitabındaki tanım ise ancak ilk iki kısmı kapsamakta, cehâleti hariç tutmakta idi.

XX. yüzyılın önemli İslam hukukçularından Muhammed Ebû Zehra (ö. 1974) da *el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-akd* isimli eserinde aynı görüşü kabul etmiş, gararın kaynağının geniş anlamıyla cehâlet olduğunu söylemiştir.²⁴³

Aslında konuyu ele alan modern eserlerde de bu yaklaşım söz konusu eserlerin konu tasniflerine yansımıştır. Bu çalışmalarda özellikle 'mebide garar' konusu ele alınırken genellikle cehâlet türleri, ma'dûmun satışı ve makdûru't-teslîm olmama gibi, garara sebep olan başlıklara yer verilmiştir.

Cehâlet-garar ilişkisi konusundaki farklı yaklaşımların hepsinin kendine göre haklı yönleri vardır. Özellikle cehâlet terimine dar veya geniş anlam yüklenmesine göre iki terim arası ilişki değişmektedir. Biz bu çalışmamızda, yukarıda klasikten verdiğimiz bilgilerden de hareketle, cehâletin dar anlamını esas alıyoruz ve cehâleti, gararın 'meydana getirici sebep'lerinden biri olarak kabul ediyoruz. Bu kabulden hareketle, çalışmamızın sonraki bölümlerindeki taksim ve konulara yaklaşımlar da bu görüşümüze istinad edecektir.

B. Kumar, Meysir ve Muhâtara

Yukarıda, "Garar yasağının delilleri" konusunda, bazı fakihlerin kumar yasağı ile garar arasında bağlantı kurduklarını ve bazı klasik tefsirlerin kumar gelirini de 'bâtıl' bağlamında değerlendirdiklerini ifade etmiştik. Ayrıca şimdiye kadar garar söz konusu edilirken zaman zaman *hatar/muhâtara* kelimelerine de atıfta bulunulmuştu. Burada önce meysir ve kumar terimleri ve bunların arasındaki ilişki incelenecek; muhâtara terimi ele alınacak ve bütün bu terimlerin gararla ilişkisine değinilecektir.

²⁴¹ İbn Teymiyye, *el-Kavâidü'n-nûrâniyye*, s. 171; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ'l-Kübrâ*, 4/18:

وأما الغرر فإنه ثلاثة أنواع إما المعدوم كحيل الحيلة وبيع السنين وإما المعجوز عن تسليمه كالعبد الآبق وإما المجهول المطلق أو المعين ...

²⁴² İbn Teymiyye, *el-Kavâidü'n-nûrâniyye*, s. 169.

²⁴³ Ebu Zehra, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, s. 258: الغرر يرجع إلى الجهالة: إما جهالة العقود عليه وأوصافه، أو جهالة حاله من

1. Meysir ve Kumar

Cahiliye dönemi kumarı olarak bilinen *meysir* uygulaması, İslam'ın yasaklamasıyla ortadan kalkmıştır. Meysir, sözlük anlamı olarak, “kolay olmak” veya “bölüşme” anlamındaki *yusr* (yüsr) kökünden türemiştir. Cahiliye dönemindeki en yaygın kumar usûlü olan meysir, kesilmiş olan bir hayvanın etinden pay kazanma amacıyla, her biri ayrı isimle anılan ve üzerlerinde pay değerleri yazılı belirli sayıdaki okun oyuncular tarafından çekilmesi suretiyle oynanırdı.²⁴⁴

Meysir, kumar özelliğinin yanı sıra, soylu Araplar açısından eğlence ve hayır faaliyeti özelliğine de sahipti. Çünkü hisselerin bir kısmı fakirlere dağıtılmaktadır. Hatta bu yönüyle, meysirden uzak durmanın ya da kazanılan hisseleri fakirlere dağıtmamanın, cahiliyede ayıplanan bir davranış olarak görüldüğü nakledilmektedir.²⁴⁵ İslam, fayda-zarar durumunu göz önüne alarak meysiri yasaklamıştır. Kur'an-ı Kerim'de içkiyle birlikte meysirin yasaklanma sebebi, Müslümanların arasında kin ve düşmanlığa sebep olması, kişileri namazdan ve Allah'ı anmaktan alıkoyması olarak ifade edilmiştir.²⁴⁶ Öte yandan toplumsal faydası yüksek olan bazı fiziksel aktiviteler ve müsabakalar ise, Hz. Peygamber (s.a.) tarafından belli şartlarla bu yasaktan istisna edilmiştir.²⁴⁷ Bu istisnai uygulamalar, klasik fıkıh kaynaklarında kumar ve meysirden ayrı olarak *müsâbaka* ve *münâdala* gibi müstakil başlıklar altında ele alınmıştır.

Kumar ('*kımâr*') ile meysir arasındaki ilişki konusunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. “*Kumar içeren her şey meysirdir*” “*Her kumar, meysirdir*” gibi ifadeler, birçok sahâbe ve tâbiûn âliminden nakledilmiştir.²⁴⁸ Bu ifadelerden, ‘meysirin kumardan daha geniş olduğu’ izlenimi oluşmaktadır. Halbuki kanaatimizce meysir kumarın bir türüdür. Önceleri, diğer

²⁴⁴ Fehd, Tefîk, “Meysir”, *DİA*, 29/509; Bardakoğlu, Ali, “Kumar”, *DİA*, 26/364. Câhiliye devrindeki meysir uygulamasının detayları için bkz. Cevâd Ali, *el-Mufasssal fî târihi'l-Arab kable'l-İslâm*, 5/126-131; Fehd, Tefîk, “Meysir”, *DİA*, 29/509-510.

²⁴⁵ Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmî'l-Kur'ân*, 3/58; Cevâd Ali, *el-Mufasssal fî târihi'l-Arab kable'l-İslâm*, 5/127; Darîr, *el-Garar*, s. 60-61, Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 37.

²⁴⁶ Mâide 5/90-91.

²⁴⁷ Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 2/11; İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 3/522. Spor ve müsabaka alanında cevaz verilen istisnai uygulamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Günay, Hacı Mehmet, “Müsâbaka”, *DİA*, 32/63-64; Demiray, Mustafa, *Hak Zâil Olmaz: Roma, Türk ve İslam Hukuklarında Eksik Borç*, İstanbul 2009, s. 205-210.

²⁴⁸ İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 11/426 (no: 22779), 13/353 (no: 26693-4-6); Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 2/11; Darîr, *el-Garar*, s. 61; Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 38.

kumar türlerinin de yasaklandığını vurgulamak için ‘her kumarın (haramlık açısından) meysir olduğu’ ifade edilmiş; Kur’an’da doğrudan yasaklanmasının da tesiriyle, zaman içinde her türlü kumarı kapsayan şemsiye bir terim haline gelmiştir.²⁴⁹ Bu açıdan bakıldığında *meysir* terimi *hamr* teriminin dar ve geniş olmak üzere iki kullanımını hatırlatmaktadır. Nitekim *hamr* da aslında üzümünden yapılan alkollü içki iken, Hz. Peygamber’in (s.a.) hadisiyle²⁵⁰ sarhoşluk veren her içecek hamr kapsamında değerlendirilmiştir. Dolayısıyla aslında ‘*kumâr*’ terimi, her türlü *mürâhene*^(*) için kullanılması sebebiyle, cahiliyede uygulanan özel bir tür olan *meysir*den kapsam itibarıyla daha geniştir. Ancak zamanla meysir, kumarla eş anlamlı olarak veya bazen kumarı da kapsayacak şekilde kullanılmaya başlanmıştır.

2. Muhâtara, Kumar ve Garar İlişkisi

Kumar bağlamında ele alınması gereken diğer bir konu, *hatar/muhâtara*, kumar ve garar arasındaki ilişkidir.

Klasik literatürde, özellikle de Mâlikî kaynaklarda, zaman zaman kumar, muhâtara, garar ve cehâlet terimleri bir arada zikredilerek, bazı hukuki işlemlerin risk ve belirsizlik içerdiği için geçersiz olduğu ifade edilmiştir.²⁵¹

Klasik Arapça sözlüklerde *garar* ile *muhâtara* kelimelerinin eş anlamlı olarak takdim edildiğini daha önce ifade etmiştik.²⁵² Aynı şekilde İmam Mâlik ve sonraki bazı Mâlikîler istilâhi olarak *garar* ile *muhâtara* kelimelerini eş anlamlı görmüşlerdir. Onlara göre *muhâtara*dan kasıt, *ticaret amacı olmaksızın kumar amacıyla riskli işlemler yapmaktır*.²⁵³ Yine İmam Mâlik, *muhâtara* ile *kumar*²⁵⁴ ve *garar* ile *kumar* arasında²⁵⁵ bağlantı kurmuştur.

²⁴⁹ İbn Kudâme, Muğnî, 14/154: (كل لعب فيه قمار، فهو محرم، أي لعب كان، وهو من الميسر الذي أمر الله تعالى باجتنابه); İbnü’ş-Şât, *İdrâru’ş-şurûk*, 4/256: (الميسر هو القمار).

²⁵⁰ Müslim, “Eşribe”, 73-75; Ebû Dâvûd, “Eşribe”, 5; Tirmizî, “Eşribe”, 1; Nesâî, “Eşribe”, 22; İbn Mâce, “Eşribe”, 9: (كل مسكر خمر وكل خمر حرام).

(*) *Mürâhene* ve *rihân*, at yarışları başta olmak üzere, yarışmalara ödül konulmasını ve bu yarışların sonuçları üzerine bahis tutuşmayı ifade eder. (Günay, Hacı Mehmet, “Müsâbaka”, *DİA*, 32/63)

²⁵¹ Bardakoğlu, “Bey”, *DİA*, 6/14.

²⁵² Halil b. Ahmed, *Kitâbu'l-Ayn*, 4/346; Cevherî, *es-Sihâh*, “ğ-r-r”, 2/768; İbn Manzûr, *Lisânu'l-Arab*, “ğ-r-r”, 5/14; Zebîdî, *Tâcu'l-arûs*, “ğ-r-r”, 13/216, 233.

²⁵³ Muvatta, “Buyû”, 37 (4/918, no: 2342), 75 (4/960-961, no: 2452-2455) ve 76 (4/963, no: 2462). Kâdî İyâz, *Meşâriku'l-envâr*, 2/131.

²⁵⁴ Muvatta, “Buyû”, 25 (4/905, no: 2317)

²⁵⁵ Sahnûn, *el-Müdevvene*, 3/78, 207, 254.

Kâdî Abdülvehhâb (ö. 422/1031) gararlı satışta bulunan üç vasıftan birisi olarak *hatar* ve *kimârı* zikretmiştir.²⁵⁶ İbn Abdilber en-Nemerî (ö. 463/1071) kumar nitelikli bütün işlemleri garar içeren satış kapsamında görmüştür.²⁵⁷ İbn Rüşd el-Ced (ö. 520/1126) ise ticarî sahayla diğer alanlar arasında ayırım yapmış; ticaret alanındaki belirsizliklerin garar yasağı sebebiyle, diğer alanlardaki hatar ve kumarın ise meysir yasağı sebebiyle gayrı meşrû olduğunu ifade etmiştir.²⁵⁸ İbn Rüşd el-Hafîd (ö. 595/1198), mebiyi taş atarak belirleme şeklindeki *bey‘u‘l-hasât‘ı* kumar niteliğinde görmüştür.²⁵⁹

Cessâs (ö. 370/981), ehl-i ilim arasında kumarın haram kılındığı ve muhâtaranın da kumardan olduğu konusunda ihtilaf olmadığını bildirmektedir.²⁶⁰ İbnü‘l-Kayyim el-Cevziyye (ö. 751/1350) ise *muhâtarayı* ikiye ayırmıştır: Birincisi *muhâtaratu‘t-ticâradır* ve tâcirin kar edeceği ümidiyle bir malı satın alarak riske girmesini ifade eder.²⁶¹ İkincisi ise *meysir*dir ve bâtil yolla mal temin şekillerinin hepsini kapsar. Muhâtara türünün ilki Allah tarafından helal kılınmışken, ikincisi ise yasaklanmıştır. İbnü‘l-Kayyim bu ikinci tür bağlamında gararın somut örneklerine de yer vermektedir.²⁶²

Buang, gararla meysir arasında ilk irtibat kuran kişinin İbnü‘l-Kayyim olduğunu iddia etmiştir.²⁶³ İki terim arasındaki en sıkı bağlantıyı İbn Teymiyye ve öğrencisi İbnü‘l-Kayyim‘ın kurduğu doğrudur. Ancak kumarla meysiri muadil kabul edersek, yukarıda verdiğimiz bilgilerden, Mâlikî fakihlerin bu bağlantıyı daha önce kurdukları görülmektedir.

İbn Teymiyye‘ye göre, garar içeren satış kumar ve meysirin bir çeşididir. Zira köle, at veya bir hayvan kaçtığında sahibi tarafından (normal fiyatın altında) satılması, riskli bir satıştır (*muhâtara*). Mebinin bulunması durumunda bir taraf, bulunamaması durumunda ise

²⁵⁶ Kâdî Abdülvehhâb, *el-Ma‘ûne*, 2/56-7; Kâdî Abdülvehhâb, *et-Telkîn*, 2/380-3.

²⁵⁷ İbn Abdilber, *et-Temhîd*, 21/136; Aynî, *Umdetü‘l-kârî*, 11/264: والقمار كله من بيع الغرر وبيع الحصاة من القمار

²⁵⁸ İbn Rüşd el-Ced, *el-Beyân ve‘t-tahsil*, 15/402: لأنهم إنما منعوا من الغرر الكثير في البيع لنهي النبي ص عن بيع الغرر؛ وعن الخطر والقمار

في غير البيع لأنه من ميسر الجاهلية

²⁵⁹ İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü‘l-müctehid*, 2/148: وأما بيع الحصاة ... وهذا قمار

²⁶⁰ Cessâs, *Ahkâmü‘l-Kur‘ân*, 2/11: ولا خلاف بين أهل العلم في تحريم القمار وأن المخاطرة من القمار

²⁶¹ İslam‘daki kâr teorisinin temelini oluşturan ‘*ticârî muhâtara*‘ hakkında ayrıntılı bir doktora çalışması yapılmıştır: Uveyda, Adnan Abdullah Muhammed, *Nazariyyetü‘l-muhâtara fi‘l-İktisâdi‘l-İslâmî*, Ürdün 2010.

²⁶² İbnü‘l-Kayyim, *Zâdü‘l-me‘âd*, 5/816: والمخاطرة مخاطرتان...

²⁶³ Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 90: “Ibn al-Qayyim’s above remark, if it can be asserted, was the first instance where the prohibition of gharar is connected with the prohibition of maysir. Such a construction in the classical law, as far as this exercise is concerned, was hardly available.”

öteki taraf zarar görmektedir. Bunun neticesinde ortaya çıkacak kin ve düşmanlık ise, meysirin ortaya çıkardığı mefsedetle birebir aynıdır. Ayrıca burada malın bâtil yolla kazanılması da söz konusudur.²⁶⁴ İbnü'l-Kayyim da hocasıyla aynı kanaattedir. Garar, mebinin teslim edilememesinden kaynaklanıyorsa, bu muhâtaraya ve kumarla eş değerdir.²⁶⁵ Çünkü bu durumda mebi normal değerinin altında satılmakta; tesellüm gerçekleşirse satıcı; gerçekleşemezse müşteri zarar görmektedir.²⁶⁶

Darîr bu görüşe itiraz etmiş ve her ne kadar gararda da kumardaki bazı mefsedetler bulunsa da, gararı bir çeşit kumar saymanın doğru olmayacağını belirtmiştir.²⁶⁷ Darîr'e göre, kumar ve meysir, müsabakalarda *mürâhene* temeline dayanan özel bir akid türü olduğu için, garar terimi bu ikisinden çok daha geniş kapsamlıdır. Bu yüzden ancak kumar nitelikleri olan gararlı satışlara kumar denilmelidir.²⁶⁸

Burada aslında İbn Teymiyye ve öğrencisinin de bütün garar çeşitlerini kumar saymadıkları; tesliminde risk bulunan, dolayısıyla taraflardan birinin belli bir mala sahip olurken diğer tarafın elinin boş kalması ihtimalinin bulunduğu durumları bu kapsamda gördükleri söylenebilir. İbnü'l-Kayyim'ın ifadelerinde bu durum daha açıktır. İbn Teymiyye'nin konuya verdiği örnek de bu minvaldedir.

Dönmez de, kumar ile garar arasında fikri temel itibariyle yakın ilişki bulunduğunu ve kumar ve bahis oyunlarının garar özelliği taşıdığını belirtmiş, ancak kumarın ayırt edici vasıfları gerçekleşmedikçe garar içeren tüm akidleri kumar olarak nitelendirmenin doğru olmayacağını ifade etmiştir.²⁶⁹ Dönmez, kumarın ayırt edici vasıflarını belirtmediği için, bunlarla neyi kastettiği açık değildir.

Garar ile şans oyunları arasındaki ilişki hakkında bazı mesnetsiz iddialar da gündeme gelmiştir. Bu iddialardan birisi Susan Elizabeth Rayner tarafından 1989 yılında tamamladığı *The Theory of Contracts in Islamic Law* başlıklı doktora tezinde dile getirilmiştir. Alman müsteşrik Franz Rosenthal'in (ö. 2003) *Gambling in Islam* isimli çalışmasından etkilenen

²⁶⁴ İbn Teymiyye, *el-Kavâidü'n-nûrâniyye*, s. 169; İbn Teymiyye, *Nazariyyetü'l-akd*, s. 207 vd.; Darîr, *el-Garar*, s. 61. İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ'l-Kübrâ*, 5/104: وحرم النبي ص بيع الغرر فإنه من نوع الميسر

²⁶⁵ İbnü'l-Kayyim, *Zâdü'l-me'âd*, 5/824: الغرر تردُّ بين الوجود والعدم، فمنه عن بيعه، لأنه من جنس القمار الذي هو الميسر

²⁶⁶ İbnü'l-Kayyim, *I'lâmu'l-muvakkûn*, 2/28; İbnü'l-Kayyim, *Zâdü'l-me'âd*, 5/815-6; Ebu Zehra, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, s. 258.

²⁶⁷ Darîr, *el-Garar*, s. 62.

²⁶⁸ Darîr, *el-Garar*, s. 61.

²⁶⁹ Dönmez, "Garar", *DİA*, 13/370.

Rayner, garar yasağının asıl itibariyle fukahanın meysir yasağını genişletmeleri sonucu ortaya çıktığını iddia etmiştir. Buna göre, spekülâtif, şansa bağlı veya akid esnasında ayrıntıları yeterince belirlenmemiş akidlerin tamamının meysir kapsamında değerlendirilmiştir. Rayner'e göre bu genişletmenin sebebi, fukahanın kumar konusunda gösterdikleri hassasiyeti ticarî sahaya da taşımalarıdır.²⁷⁰ Bardakoğlu'nun şu cümleleri de benzer bir içeriğe sahiptir: “*Dinin kumar yasağı, fıkhıta genişletici bir yoruma tâbi tutularak, rızâ unsurunun yeterince bulunmadığı hukukî işlemlerin iptali, haksız kazançların ve beklenmedik hak kayıplarının önlenmesi, akidlerde bilinmezliğin giderilmesi, açıklık ve güvenliğin sağlanması yolunda temel bir argüman olarak kullanılmış, böylece muâmelâtta hâkim diğer ilkelerle birlikte borçlar hukukunun genel çizgisini belirleyen bir bakış açısı oluşturmuştur*”.²⁷¹

Rayner'in bu iddiası yeterince izah edici değildir. Çünkü garar yasağının nasdaki temel delilleri, konuyu kumar ve meysir yasağından bağımsız olarak ele almaktadır. Dolayısıyla, ilk dönem fıkıh eserlerinin, aşırı riskli bazı akitlerin yasaklanmasında kumar unsurunu da gerekçe olarak zikretmeleri, ancak ikisi arasında kurdukları bir bağın neticesidir. Kumar yasağı, bu tür akitlerin geçersizliğini ortaya koyma konusunda ancak ikincil nitelikte delil teşkil etmektedir.

Diğer bir iddia Buang tarafından dile getirilmiştir. Buang, kavramsal gelişimin son aşamasında meysir yasağının garar yasağı altında değerlendirilmeye başlandığını iddia etmektedir.²⁷² Bu iddia mesnetsizdir çünkü –tespit edebildiğimiz kadarıyla- meysiri garar yasağı altında gören tek fakih İbn Abdilberr'dir.

Sonuç olarak şunlar söylenebilir: Kumar, muhâtarâ ve garar arasında sıkı bir bağlantı olduğu açıktır. Bütün benzerliklerine rağmen, neticede kumar ve meysir bir şans oyunudur, ticarî bir faaliyet değildir. Ancak fıkıh tarihinde zaman zaman ticarî faaliyetlerin meysirle ilişkilendirildiği ve bazı işlemlerin, şansa dayalı kazanç içermesiyle orantılı olarak, kumar gibi kabul edildiği de görülmektedir. Yine de kumar yasağının, istidlal açısından, ticarî alanı düzenleyen *karşılıklı rıza ilkesi*, *garar yasağı* gibi delillere göre ikinci planda kaldığı ve çoğunluk tarafından da bu konuyla ancak yardımcı delil olarak değerlendirildiği görülmektedir. Yoksa bahsedilen bu düzenlemeler sadece veya öncelikle kumar yasağının ticarî alana genişletilmesi sonucu ortaya çıkmış değildir.

²⁷⁰ Rayner, *The Theory of Contracts*, London 1991, s. 291-2'den naklen Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 211.

²⁷¹ Bardakoğlu, “Bey”, *DİA*, 6/14.

²⁷² Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 40: “The final stage of the development is to make the prohibition of maysir subdued under the prohibition of gharar...”

C. Hile, Tağrir ve Ğarûr

Hile, “bir kimseyi istenen yönde bir irade beyanında bulundurmak için onda yanlış bir kanaat uyandırarak veya mevcut bulunan hatalı fikrin devamını sağlayarak yanıltmak” anlamında kullanılan bir terimdir.²⁷³

Hile, klasik fıkıh literatüründe genellikle *tağrîr*, *tedlîs*, *hud'a*, *hilâbe* ve *ğışş* gibi terimlerle ifade edilir. Çağdaş İslam ülkelerinin medeni kanunlarında hile anlamını karşılamak için *tağrir* veya *tedlis* terimleri tercih edilmektedir. Dolayısıyla hile, bu terimlerin günümüz Türk hukuk dilindeki karşılığıdır.²⁷⁴

Hile, rızayı sakatlayan sebeplerden biridir. İslam hukukunda fiilî, sözlü ve üçüncü şahıslar tarafından yapılan hileler ve bunların akidlere tesiri konusunda ayrıntılı olarak durulmuştur. (Ayrıca hile, satıcının bildiği bir kusuru açıklamayıp susması gibi pasif fiillerle de gerçekleşebilir.) Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed, hile sebebiyle ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi görüşünü benimsemişlerdir. Ebû Yûsuf, Züfer ile diğer üç mezhebin imamları ise, hileye mâruz kalan tarafın “hile muhayyerliği” (hıyarü't-tedlîs) kapsamında üç gün içinde akdi feshedebileceği görüşünü benimsemiştir.²⁷⁵

Hilenin akidlere tesiri temel itibariyle muâvezât alanındaki feshi kâbil akidlerde söz konusu olmakla birlikte, çoğunluğun görüşüne göre nikah akdinde de fesih hakkı söz konusu olmaktadır. Hanefiler nikahta bunu dar tutmuşlar ve ancak kocanın bazı kusurlarını gizleyerek evlenmiş olması durumunda, kadına nikahı feshetme hakkı tanımışlardır.²⁷⁶

Hile hakkında bu öz bilgilerle yetinerek, diğer benzeri terimlerle ilişkisine değinmek istiyoruz.²⁷⁷

²⁷³ Köse, Saffet, “Hile”, *DİA*, 18/28. Kıta Avrupası hukukundaki tanıma paralel olarak geliştirilen bu tanım, çağdaş İslam hukuku çalışmalarında genel olarak benimsenmiştir. (Mesela bkz. Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, 2/146; Zerkâ, *el-Medhal*, 1/459; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2/142) Türk Borçlar hukukundaki benzer tanımlar için bkz. *Türk Hukuk Lugâtı*, “Hile” md., İstanbul 1991, s. 128; Antalya, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s.235-236; Eren, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 358; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku: Genel Bölüm*, s. 452-453; İnan, Ali Naim, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, Ankara 1971, s. 301; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku: Umûmî Hükümler*, s. 114-115.

²⁷⁴ Köse, Saffet, “Hile”, *DİA*, 18/28; Günay, “Tağrir”, *DİA*, 39/375.

²⁷⁵ Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/223-224; Zerkâ, *el-Medhal*, 1/459-469; Köse, “Hile”, *DİA*, 18/28.

²⁷⁶ Bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, 5/94-96; İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/50-51; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 5/510.

²⁷⁷ Hile konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Abdullah b. Nâsır es-Silmî, *el-Gışş ve eseruhû fi'l-ukûd*, Riyad 1425/2004; Kumaş, Ali, *İslâm Borçlar Hukukunda Gabin*, s.144-147; Günay, “Tağrir”, *DİA*, 39/375-376.

Hilenin klasik fıkıh literatüründeki en geniş karşılığı olan tağrir, gararla aynı kökten gelmekte ve haksız kazanca yol açması bakımından her iki terim de benzeşmektedir.²⁷⁸ Sözlük anlamı itibariyle garar ve tağrir birbirine oldukça yakındır. Tağririn sözlük anlamı “kişinin kendisini riske (garara) atması”²⁷⁹ ve “riske girme (muhâtara); işin neticesinden gaflet”²⁸⁰ olarak açıklanmıştır. Mecelle tağriri tek kelimeyle ‘aldatmak’ olarak tanımlamıştır.²⁸¹ Daha önce bahsedildiği üzere, gararın sözlük anlamı da aldanma ve aldatmayla irtibatlıdır. Ancak her iki kelime de, ıstılahi anlamlarını kazanmaları sonucunda mahiyet açısından birbirinden farklılaşmışlar ve farklı anlamlar kazanmışlardır.

Aralarındaki kök birliği ve sözlük anlamındaki ortaklık sebebiyle gararın tağrir ile sıkça karıştırıldığına daha önce değinmiştik. Gararla tağrir arasında iki temel fark bulunmaktadır:

a) Gararda aldatma amacı ve niyeti söz konusu değildir, ancak gararlı satışın neticesinde taraflardan birinin aldanması söz konusu olabilmektedir. Tağrirda ise doğrudan aldatma niyeti vardır ve bu aldatma sözle, fiille veya üçüncü şahsın müdahalesiyle gerçekleştirilmektedir.

b) Garar Allah hakkından (kamu düzeninden) sayıldığı için, belli şartlarda akdi doğrudan geçersiz hale getirirken; tağrir, rıza ayıplarından olması sebebiyle, kandırılan kişiye belli durumlarda akdi feshetme (veya kaybı tazmin) hakkı tanımaktadır.²⁸²

Örnek olarak, kayıp bir hayvanı bir kişinin riskini bilerek satın alması *garar* kapsamındayken, hayvanın yerini bilen ancak bunu söylemeyen birisinin böyle bir hayvanı düşük fiyatla satın alması *tağrir* kapsamındadır.

İstilah anlamlarında oluşmuş söz konusu farklılara rağmen, klasik ve modern çalışmalarda gararın nadiren de olsa sözlük anlamıyla *tağrir* yerine kullanılmasına rastlanılmaktadır.²⁸³ Birleşik Arap Emirlikleri Medeni Muameleler Kanunu’nun 285.

²⁷⁸ Günay, “Tağrir”, *DİA*, 39/375.

²⁷⁹ Cevherî, *es-Sihâh*, “ğ-r-r”, 2/769; İbn Manzûr, *Lisânu’l-Arab*, “ğ-r-r”, 5/14: والتغريير: حمل النفس على الغرر

²⁸⁰ Zebîdî, *Tâcu’l-arûs*, “ğ-r-r”, 13/233.

²⁸¹ Mecelle, md. 164: “Tağrîr: aldatmak”.

²⁸² Darîr, *el-Garar*, s. 55-6; Süleyman Muhammed Ahmed, *Damânu’l-mütlefât fi’l-fikhi’l-İslâmî*, s. 81-82.

²⁸³ Açık bazı örnekler şunlardır:

- Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 2/63: أن رسول الله ص نهي أن تتلقى السلع حتى يهبط بها الأسواق ولأن هذا تدليس وغرر فلم يحل

- Hattâb Ruaynî, *Mevâhibu’l-Celîl*, 6/350: الغرر بالقول لا يضمن، وفيه الخلاف وبالفعل يضمن بلا خلاف

- İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 5/102: والغرر بتلبيس السعر في الصورة الثانية

maddesinde de bu durum söz konusudur.²⁸⁴ Dolayısıyla garar ifadesiyle tağririn kastedilip edilmediği, zikredildiği bağlamdan anlaşılabilir durumundadır.

Son olarak değinilmesi gereken bir kelime de *ğarûr* kelimesidir. Klasik ve çağdaş çalışmalarda zaman zaman *garûr* kelimesi *tağrir* anlamında kullanılmaktadır.²⁸⁵ Darîr fukahanın *garûr* kelimesini tağrirden daha fazla kullandıklarını, muhaddis fakihlerin ise tağrir kelimesini kullanmaya meyilli olduklarını iddia etmektedir.²⁸⁶ Ancak bizim gözlemimize göre, zikredilen her iki grup da tağrir kelimesini daha sık olarak kullanmaktadır.

D. Gabin

Gabin, muâvaza nitelikli akidlerde bedeller arasındaki açık nispetsizliği ifade etmektedir.²⁸⁷ Tanımı gereği, gabin sadece muâvazât akidlerinde (mesela bey', icâre, şirket, kısme, sulh gibi) söz konusu olabilir. Gararda olduğu üzere, klasik literatürde gabinle ilgili görüş ve tartışmalara da genellikle satım akdi çerçevesinde rastlanır. Yine benzer şekilde, gabin konusu genellikle ayrı bir başlık altında değil, ilgili olduğu çok sayıda konuyla (rıza, irade beyanı, hata, galat, tağrir, muhayyerlik vb.) iç içe olarak işlenir. Garardan farklı olarak gabin konusuna ışık tutan hadis sayısı oldukça azdır.²⁸⁸

Gabin özellikle tağrirle yakından ilişkilidir. Zira fıkıh mezheplerindeki genel yaklaşıma göre, gabinde fesih hakkı,²⁸⁹ gabinle birlikte tağririn de bulunması durumunda tanınmaktadır. Hanefîlere,²⁹⁰ Şâfiîlerde râcih görüşe ve bazı Mâlikîlere göre, gabn-i fahişin akde tesir edebilmesi için tağrir niteliğine sahip olması gerekir. Bu fakihlere göre, aldatma olmaksızın sırf kişinin bilgisizliği ve dikkatsizliğinden kaynaklanan gabin, tek başına akde tesir etmez.²⁹¹ Bazı Hanefîler, tağrir olmaksızın da tek başına gabn-i fahiş'in -bilerek girilen işlemler hariç

²⁸⁴ إذا غر أحد آخر، ضمن الضرر المترتب على ذلك الغرر

²⁸⁵ Süleyman Muhammed Ahmed, *Damânu'l-mütlefât fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 78-83; "Dâbıtu'l-ğarari'l-mufsid li'l-muâmelâti'l-mâliyye", *el-Me'âyîru's-şer'iyye (2010/1431)*, s. 428. Birkaç örnek kullanım için bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, 11/81; Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 6/97.

²⁸⁶ Darîr, *el-Garar*, s. 55.

²⁸⁷ Bardakoğlu, "Gabn", *DİA*, 13/268; Dönmez, "Garar", *DİA*, 13/370; Günay, "Tağrir", *DİA*, 39/375.

²⁸⁸ Bardakoğlu, "Gabn", *DİA*, 13/26-269.

²⁸⁹ Gabine uğrayan tarafın belli şartlar altında sahip olduğu fesih ve aldığı iade yetkisi, fıkıh literatüründe genellikle gabin muhayyerliği (*hıyâru'l-ğabn* veya *hıyâru'l-ğabn ve't-tağrîr*) olarak ifade edilmiştir.

²⁹⁰ Mecelle, md. 357: "Mütebâyiândan biri, diğerini tağrîr edip de bey'de gabn-i fahiş olduğu tahakkuk ettikde, mağbûn olan kimse bey'i fesh edebilir."

²⁹¹ Bardakoğlu, "Gabn", *DİA*, 13/271-272.

olmak üzere- fesih sebebi olacağı kanaatindedirler. Mâlikîlerde ise bu kriter *1/3 oranını aşan her gabin* olarak tespit edilmiştir. Gabnin fahiş olması şartını ileri süren İslam hukukçuları, ticarî ilişkilerde gabin-i yesîrden kaçınılmasının zor olmasını göz önüne almışlar; hukuk düzenini ve ticarî istikrarı tehlikeye atmamak amacıyla gabnin *fâhiş* olması şartını ileri sürmüşlerdir. Öte yandan, bir kimsenin gabin içeren hukuki işleme bilerek girmesi halinde, bu işlemin geçerli olacağına görüş birliği vardır.²⁹²

Konuyu ana hatlarıyla bu şekilde özetledikten sonra biz burada gabinin benzeri terimlerle ilişkisine değinmek istiyoruz.²⁹³

Gabin, tağrir ve garar terimleri rıza konusunda kesişmektedir. Zira her üç konuda da rıza ve buna bağlı olarak haksız kazanç konusu gündeme gelmektedir. Çünkü gabin belli bir oranın üzerine çıktığında, bu derece bir farklılıkta rızanın bulunmayacağı veya ilgili tarafın rızasının ciddi şekilde sakatlandığı düşünülmektedir.²⁹⁴ Benzer şekilde, gararlı akidlerde bulunan risk ve belirsizlik unsurları sebebiyle bedeller arasında fahiş bir dengesizliğin oluşması kaçınılmazdır. Nitekim İbn Rüşd el-Hafîd garar sonucunda oluşacak bu fahiş oransızlığa dikkat çekmiş ve bunu gararın asıl yasaklanma sebebi olarak göstermiştir.²⁹⁵

Kanatimizce garar yasağı, zaten İslam hukukunda gabine göre çok daha güçlü ve açık bir yasak olduğu için, garar durumlarında ayrıca gabin konusunu devreye sokmanın bir anlamı bulunmamaktadır. Ancak garar bulunmasına rağmen, bu garar müessir kabul edilmediği durumlarda, bedellerde gabin olup olmadığı ayrıca araştırılabilir. Nitekim garar yasağı bulunmayan İsviçre-Türk hukukunda, muhâtaralı/bahtî akidler grubundan olan sigorta vb. akidler hakkında, önceden yapılan ihtimaliyet hesaplarına dayanarak edimler arasında nispetsizlik bulunduğu tespit edilebildiği durumlarda, ilke olarak gabin ileri sürülebilmektedir. Fransız hukuku ise bu tür akidlerde gabin iddiasını kabul etmemektedir.²⁹⁶

E. Galat (Hata)

Galat, genel olarak “kasıt unsuru olmaksızın, maksatla irade beyanı arasında uyumsuzluk ortaya çıkmasıdır”. ‘Galat’ aslında klasik fıkıh literatüründe bulunmamaktadır ve

²⁹² Bardakoğlu, “Gabn”, *DİA*, 13/272.

²⁹³ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi içeren bir doktora çalışması için bkz. Kumaş, Ali, *İslâm Borçlar Hukukunda Gabin*, Selçuk Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2011, xviii + 293 s.

²⁹⁴ Bardakoğlu, “Gabn”, *DİA*, 13/269, 271; Dönmez, “Garar”, *DİA*, 13/370.

²⁹⁵ İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/148: البيوع المنهي عنها من قبل الغبن الذي سببه الغرر

²⁹⁶ Kumaş, Ali, *İslâm Borçlar Hukukunda Gabin*, s. 205-6.

Batı hukukunun etkisiyle, çağdaş İslam hukukçuları tarafından kullanılmaya başlanmıştır. Klasik literatürde onun yerine genelde *hata* ve *cehl/cehâlet* terimleri kullanılır.²⁹⁷

İslam hukukunda prensip olarak, hukukî ilişkilerde güven ve istikrar ortamını koruma amacıyla dış iradeye ağırlık verilmektedir, ancak istikrarın zarar görmeyeceği durumlarda gerçek iradeye de itibar edilmiştir. Bu sebeple subjektif yönü ağır basan galat konusu müstakil bir teori halinde değil, daha ziyade vasıf, görme ve ayıp muhayyerliği konularıyla irtibatlı olarak ele alınmıştır. Çağdaş araştırmalarda ise galat teorisi, ilgili kazuistik örneklerden hareketle ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bazı araştırmacılar ise konuyu *hata* başlığı altında ve fıkıh usûlündeki hata terimiyle irtibatlı olarak incelemiştir.²⁹⁸

Galattan kasıt, *iradenin oluşumu sırasındaki galattır*, zira bu irade beyanında bulunan kişinin rızasını sakatlamaktadır. Bunun dışındaki galatların, kişinin iradesi üzerinde etkisi yoktur. Mesela *iradenin nakli ve tefsirindeki galat*, muhatapla ilgilidir ve iki iradenin uyumsuzluğuna yol açar. Hesap hatası, kalem yanlışları gibi *maddi galatın* ise iradeye etkisi yoktur.²⁹⁹

Diğer incelenen terimler gibi, galat da rızayı sakatlayan sebeplerdendir ve yasaklanmasındaki amaç, haksız yoldan kazanç sağlanmasını önlemektir.³⁰⁰ Bu sebeple diğer terimlerle bazı yönlerden benzeşmektedir. Mesela *galat* ile *hile*, her ikisinde de vehmî bir yönün bulunması açısından benzeşmektedir. Ancak galattaki vehim bizzat akdi yapanın kendisinden kaynaklanırken, hiledeki vehmin kaynağı ise karşı taraf veya üçüncü şahıs olmak üzere haricîdir.³⁰¹

Öte yandan, fıkıh eserlerinde *cehl* de hata ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Aynı zamanda *cehl/cehâlet* gararın da sebeplerinden biridir. Aralarındaki farka bakıldığında, garara yol açan *cehâlet*, *bir şeyin bilinmemesi* iken; hatayla eşdeğer olan *cehâlet*, *o şeyin yanlış bilinmesidir*. Dönmez'e göre, hata *cehlin/cehâletin* bir türünü oluşturmaktadır. Çünkü "bir şeyi bilmemek" anlamına gelen *cehâlet* *cehl-i basît*; "bir şeyi olduğundan başka türlü bilmek veya yanlış tasavvur etmek" anlamına gelen hata ise *cehl-i mürekkeb* olarak ifade edilebilir.³⁰²

²⁹⁷ Apaydın, "Galat", *DİA*, 13/297-8.

²⁹⁸ Apaydın, "Galat", *DİA*, 13/298-9. Galatın çok sayıda alt türü bulunmaktadır: Akdin konusunda, Akdin konusunun vafında, şahısta, kıymette ve kanunda galat bunlardandır. (Bkz. Apaydın, "Galat", *DİA*, 13/299-300.)

²⁹⁹ Apaydın, "Galat", *DİA*, 13/298.

³⁰⁰ Dönmez, "Garar", *DİA*, 13/370.

³⁰¹ Apaydın, "Galat", *DİA*, 13/298.

³⁰² Dönmez, "Cehâlet", *DİA*, 7/220.

V. Diğer Bazı Hukuk Sistemlerinde Garar

Yaptığımız araştırma neticesinde, İslam hukuku dışındaki hukuk sistemlerinde gararı tam olarak karşılayan bir terime rastlayamadık. Ancak hukuk boşluk kabul etmeyeceği için, gararın alt başlıklarından ve örneklerinden hareketle, bir hukuk sisteminin garar yasağı kapsamına giren işlemler konusundaki yaklaşımını tespit etmek mümkündür. Yaklaşım elbette yasaklayıcı olabileceği gibi, serbest bırakıcı nitelikte de olabilir.

Roma hukukuna dayalı günümüz Kıta Avrupası ve Türk hukukunda yer alan garar kapsamındaki hususlara iki başlık altında değineceğiz. Bunlar, sigada gararı temsil eden *muhâtaralı akidler* konusu ile bedellerde gararı temsil eden *cehâlet* ve *teslim edilebilirlik* konularıdır.

A. Muhâtaralı Akidler (Sonuçları Talih ve Tesadüfe Bağlı Sözleşmeler)

Tespitlerimize göre, diğer hukuk sistemlerinde garara en yakın terim, Kıta Avrupası hukukundaki *muhâtaralı akid* terimidir. Bu terim Fransız hukukunda ‘*contract aliatoire*’ olarak geçer. İngilizcede *aleatory contract* şeklinde ifade edilse de, aslında İngiliz hukukunda hukuki bir terim olarak kullanılmamaktadır. Amerikan hukukunda ise, bu terim sadece Kıta Avrupası hukuku uygulayan *Louisiana* eyaletinde kullanılmaktadır.³⁰³ “*Aleatory contracts*” ifadesindeki *aleatory* sıfatı, “*şarta bağlı*” anlamına geldiği gibi, “*tesâdüfî, şansa bağlı, önceden tahmin edilemeyen*” anlamına da gelmektedir.³⁰⁴

Muhâtaralı akidler, İsviçre-Türk medeni hukuklarında da ele alınan, garara göre çok daha sınırlı bir akid grubudur. Diğer isimleri şunlardır: Sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeler, rizikolu sözleşmeler, riskli akidler, bahta/şansa bağlı akidler, hükümleri rastlantısal bir olaya bağlı akid....

Borçlar Hukukunda düzenlenen sözleşmelerin büyük çoğunluğunda tarafların yükümlülükleri ya açıkça belirlenmiştir ya da belirlenebilir niteliktedir. Az sayıdaki sözleşmede ise doğacak borç önceden belirlenmeyip belli olayların gelişimine bırakılmıştır. Muhâtaralı akid olarak bilinen bu tür akidlerde şansa ve rastlantıya bağlılık ön plana çıkmaktadır.

Muhâtaralı akidler, “*edânın varlığının veya kapsamının ileride ne şekilde gerçekleşeceği bilinmeyen belirsiz bir olaya bağlanmış olması*” şeklinde tanımlanmıştır.

³⁰³ Louisiana Medeni Kanunu, madde 2951. (Louisiana Civil Code, article 2951).

³⁰⁴ Atalay, Hamit, *İngilizce -Türkçe Sözlük*, 1/77.

Tanımdan da anlaşıldığı üzere, bu akidlerin temel özelliği, sözleşme sonuçlarının şans ve rastlantıya bağlı olmasıdır.³⁰⁵ Türk Borçlar Hukukunda bu akidler ‘Kumar ve Bahis’ başlığı altında düzenlenmiştir. (eBK m. 504-519; TBK m. 604-619) Bu başlık altında düzenlenen sözleşmeler, kumar, piyango, ömür boyu gelir (kayd-ı hayat ile îrat) ve ölünceye kadar bakma sözleşmeleridir. Vadeli işlem (türev ürün) borsalarına da atıfta bulunulmuştur. Kıta Avrupası hukukunu esas alan başka ülkelerde, bu sayılanların dışında, sigorta akidleri ve sonuca katılmalı ödünç (karz) akidleri* de bu kapsamda düzenlenebilmektedir.³⁰⁶

Muhâtaralı akidlerdeki belirsizlik, tabii felaket gibi gerçekleşmesi muhtemel bir olayla ilgili olabileceği gibi, ölüm gibi gerçekleşmesi kesin bir olayın ne zaman olacağıyla da ilgili olabilir. Bu akidlerde risk ya bir taraf, ya da her iki taraf için söz konusu olmaktadır. Yani taraflardan ya birisi ya da her iki taraf birden alacağı ve vereceği miktarı önceden bilmemektedir.³⁰⁷

Muhâtaralı akidler, taşıdıkları risk açısından, tek taraflı ve karşılıklı risk içeren olarak ikiye ayrılmaktadır.³⁰⁸

a) Tek taraflı risk içeren akidlerin örneği sigorta ve kumar akidleridir. Zirai ürünlerin olgunlaşmadan satılması ve ölünceye kadar bakma sözleşmesi de bu gruptandır. Bu tür akidlerde, bir tarafın ödediği miktar sabit iken, alacağı miktar şansa bağlı olarak ortaya çıkmaktadır.

Mesela sigorta sözleşmelerinde, taraflardan birisi, bir prim karşılığında diğer tarafın riskini taahhüt etmektedir. Sigorta sözleşmesinde alacak (tazminat) ancak sigorta edilen şeyin zarar görmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Sigorta eden şirketler, istatistik biliminin ve ‘büyük sayılar kanunu’nun verilerinden faydalanarak yaptıkları risk/ihtimal hesapları sonucu

³⁰⁵ Kumaş, Ali, *İslâm Borçlar Hukukunda Gabin*, s. 205-6.

* Sonuca katılmalı ödünç akdi, bir kimsenin bir baska kimseye veya ortaklığa verdiği borç neticesinde kârdan belli aralıklarla belli oranda pay almasını sağlayan, ancak zarara iştirak ettirmeyen bir ödünç akididir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İnal, Emrehan, *Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi*, İstanbul 2011, s. 19-25.

³⁰⁶ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku: Genel Bölüm*, s. 485; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku: Umûmî Hükümler*, s. 12.

³⁰⁷ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku: Umûmî Hükümler*, s. 249; Kayıhan, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 87; Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler*, s. 8.

³⁰⁸ Darîr, *el-Garar*, s. 68-69; Derâdike, *Nazariyyetü'l-garar*, 1/91-93. Bu ayrıma Türkçe Borçlar Hukuku kitaplarında rastlanılmamıştır.

toplam riski tespit edebilseler de, her bir sigorta sözleşmesi açısından tek tek bakıldığında, akiddeki belirsizlik durumu onlar için de geçerlidir. Müşteriler açısından ise zaten bu açıktır.

Kumara parasını yatıran kişi, kumarın neticesine göre, ya bir şeyler kazanmakta veya eli boş dönmektedir. Ortada olmayan meyvenin parasını veren kişi ise, meyvenin sonraki gelişim durumuna göre ürününe kavuşmakta veya üründen mahrum kalmaktadır.

Bu gruptaki akidlerden birisi de *ölünceye kadar bakma sözleşmesidir*. Bu akdin taraflarına *bakım alacaklısı* ve *bakım borçlususu* denilmektedir. Bakım alacaklısı, borcunu sözleşmenin kuruluşunda ifa ettiğinden, onun açısından bir belirsizlik durumu yoktur. Ancak bakım borçlusunun masraf ve yükümlülüğünün ne olacağı sözleşmenin başlangıcında belli değildir ve tamamen bakım alacaklısının durumuna bağlıdır.

Bu sözleşmenin sonuçları iki yönden tesadüfe bağlıdır: 1. Bakım alacaklısının ne zaman öleceği bilinmemektedir. 2. Bakım borçlusunun yükümlülüğünün kapsamı belirsizdir zira hem bakım alacaklısının ne kadar yaşayacağı, hem de bu dönemdeki bakım ihtiyaçlarının neler olabileceği önceden bilinmemektedir. Neticede, bu sözleşme türü de, özellikle bakım borçlususu açısından, sonuçları şans ve rastlantıya bağlı sözleşmeler grubundandır.³⁰⁹

b) Çift taraflı risk içeren akidlerin en önemli örneği emeklilik akidleridir. Emeklilik primi yatıran kişi, emekli olamadan vefat edebileceği gibi, çok uzun yıllar yaşayarak yatırdığının kat kat üzerinde emekli maaşı da alabilir. Emekli açısından maaşın bir gün biteceği kesindir ancak ne zaman biteceği bilinmemektedir. Neticeye göre, taraflardan birinin karlı çıkma durumu vardır.

Netice olarak, muhâtaralı akidler ile gararlı akidler arasında şu farkların bulunduğu söylenilebilir:

a) Batı hukukunda muhâtaralı akidler temelde serbest bırakılmış, sadece belli oranda düzenlenmiş, az sayıdaki birkaç akid ise yasaklanmıştır. İslam hukukunda ise ilke olarak gararlı akidler yasaklanmıştır.

b) Muhâtaralı akidler, kapsam açısından İslam borçlar hukukundaki garar türlerine göre oldukça dardır. Yalnızca akid sigası sayesinde garar oluştururlar.³¹⁰

c) Kıta Avrupası hukukunda muhâtaralı akidler hukukçuların çoğunluğuna göre sadece muâvezât alanında kurulabilmektedir. Bu hukukçular, iki tarafı da bağlayıcı olması şartı

³⁰⁹ Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler*, s. 642-650; Dündar, Mustafa, *Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi*, s.29-30. Ayrıntılı bilgi için bkz. Alpaslan Akartepe, *Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi*, İstanbul 2010.

³¹⁰ Darîr, *el-Garar*, s. 71-72.

aradıkları için, teberruât alanında muhâtaralı akidleri geçerli kabul etmemişlerdir.³¹¹ İslam hukukunda ise tersi bir durum söz konusudur. Muâvezat alanındaki gararlı işlemler fıkıh mezheplerinde ittifakla geçersizken, Mâlikî mezhebine göre teberruât alanındaki gararlı işlemler akde zarar vermemektedir. Mesela bir kişi, hayatı boyunca alacağı emekli maaşını veya tarlasından çıkacak mahsulü, Mâlikîlere göre önceden başkasına hibe edebilir.

B. Bedellerde Cehâlet ve Teslim Edilebilirlik

Akidlerde cehâlet ve teslim edilebilirlik konusuna ışık tutması açısından, Türk borçlar hukukunda bir akdin kurulabilmesi için hangi hususların belirlenmek zorunda olduğu, sahih bir akidde ve mebidde hangi şartların bulunması gerektiği konularına yer vermek istiyoruz. Bu verilerden hareketle bedellere dair cehâletin ve mebinin teslim edilememe durumunun akde etkisi incelenecektir.

1. Sözleşmelerde Esaslı ve İkinci Derecede Noktalar

Her sözleşmede olduğu gibi satım sözleşmesinde de ideal olan, tarafların sözleşmenin bütün hususlarını belirleyerek üzerinde anlaşmalarıdır. Ancak sözleşmeler zaman zaman bazı hususlarda eksiklikler taşırlar. Bu durum, sözleşmenin kurulmuş sayılabilmesi için hangi noktalar üzerinde anlaşılması gerektiği yani ‘asgari içerik’in ne olması gerektiği konusunu gündeme getirmektedir. Sözleşmenin kurulması için gereken bu asgari hususları belirlemek üzere, doktrinde “esaslı nokta” – “ikinci derecedeki nokta” ayrımı yapılmıştır. Buna göre, sözleşmenin kurulmuş sayılabilmesi için tarafların irade beyanlarının sözleşmenin bütün esaslı noktalarında uyuşması gereklidir. İkinci derecedeki noktalarda uyuşma sağlanamamış olsa bile bu durum sözleşmenin kurulmasına engel olmaz. (eBK m. 2; TBK m. 2)

Sözleşmenin esaslı noktaları, objektif ve sübjektif esaslı noktalar olmak üzere iki gruptur.³¹²

a) Objektif esaslı noktalar, akdin tip ve türünü belirleyen, onun asgari muhtevasını oluşturan noktalardır. Bu noktalar, kanundaki tanımlardan çıkmaktadır. Buna göre, satım sözleşmesinin objektif nitelikli esaslı noktaları, *mebi*, *semen* ve karşılıklı irade beyanlarının bu noktalarda örtüşmesidir. Bu hususlar satım sözleşmesinin kurulabilmesi ve bağlayıcı nitelik kazanabilmesi için gerekli asgarî unsurlardır.

³¹¹ Dañr, *el-Garar*, s. 70-71; Derâdike, *Nazariyyetü'l-garar*, 1/92.

³¹² Antalya, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 165-167; Eren, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 209-214; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku: Genel Bölüm*, s. 174-176; Aksoy-Dursun, *Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, s. 39-40.

b) Subjektif esaslı noktalar ise, aslında objektif bakımdan esaslı nokta olmadığı halde, bu noktalarda anlaşmaya varılamaması durumunda taraflardan en az birinin sözleşmenin kurulmasını kabul etmeyeceği bilinen noktalardır. Yani bir noktanın sözleşmenin subjektif esaslı unsuru haline gelmesi için, karşı taraf açısından bu noktanın sözleşmenin ‘olmazsa olmaz şartı’ olduğunun anlaşılması gereklidir. Mesela satılacak bir otomobilin rengi, kural olarak ikinci derecede bir unsur olmasına rağmen, müşterinin istediği rengi bulamaması halinde otomobili almayacağı anlaşılıyorsa, otomobilin rengi burada subjektif esaslı nokta haline gelir.

Sözleşmenin kurulmuş sayılabilmesi için esaslı unsurların ya belli olması veya belirlenebilir olması gereklidir. Yani taraflar anlaşmamış olsalar bile, bu noktaların nasıl belirleneceği konusunda anlaşılmışsa, bu da yeterlidir. (eBK m. 182/III; TBK m. 207/III). Buna göre, edim belirli olmasa da belirlenebilir olması (*bestimmbarkeit, bestimmtheit*) akdin kurulması için yeterlidir. Mesela, semen doğrudan belirlenmek yerine, ifa zamanındaki borsa rayicine göre tespit edileceği kararlaştırılmış olabilir. Yine satılan mal sadece çeşit olarak belirlenmiş olabilir.³¹³

Bu noktada, *sözleşme boşluğu* konusu gündeme gelmektedir. Sözleşme boşluğu, tarafların yaptıkları sözleşmede düzenlenmemiş hususlardır. Yani tarafların çözülmesi gereken bir sorunun çözümüne sözleşmede yer vermemiş olmalarıdır. Bunun sebebi, ya tarafların o hususu hiç düşünmemiş olmaları, ya da düşünmüş olsalar da mesele üzerinde anlayamamış olmalarıdır.³¹⁴

Bu sorunun çözümü *sözleşmenin tamamlanması* ile gerçekleştirilir. Sözleşmenin tamamlanması, sözleşmedeki boşluğun doldurulmasıdır. Bu tamamlama, yedek hukuk kurallarıyla, örf ve âdet hukuku ile, tamamlayıcı yorumla veya bunların yokluğu halinde de hâkimin Türk Medeni Kanunu m. 1’e göre kanun koyucu gibi hareket etmesi sonucu kendi koyduğu bir hükümle yapılır.³¹⁵

³¹³ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku: Genel Bölüm*, s. 38-39.

³¹⁴ Antalya, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 167; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku: Genel Bölüm*, s. 338; Aksoy-Dursun, *Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, s. 75.

³¹⁵ Aksoy-Dursun, *Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, s. 6; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku: Genel Bölüm*, s. 178-179.

Öte yandan, sözleşmede düzenlenmiş bir hüküm olmakla birlikte, bu hükmün anlamı açık değilse, bu durumda *sözleşmenin yorumlanması* gündeme gelir. (Sözleşmenin yorumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aksoy-Dursun, *Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, s. 9-14; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar*

Sözleşmenin tamamlanması, bazı özel hallerde, esaslı noktaların belirlenmediği (veya nasıl belirleneceğine dair bir yöntem kararlaştırılmadığı) durumlarda da söz konusu olabilmektedir. Böyle noktalara “hâkimce tamamlanabilir objektif esaslı noktaları” denilmektedir.³¹⁶

Hâkim sözleşmedeki boşluğun tamamlanabileceğine karar verirse, önce ilk seçenek olarak kanuna bakar. Kanunda, sözleşmenin esaslı noktasının ne şekilde belirleneceğine dair bir hüküm bulunuyorsa, hâkim bu hükmü uygulayabilir. Mesela satım sözleşmesinde semen ile ilgili hükümler (eBK. m. 182/III ve 209/I; TBK m. 207/III ve 233/I) böyledir. Ancak bu, kanundaki yedek kuralların her seferinde doğrudan uygulanacağı anlamına gelmez. Bazen işin niteliği veya tarafların iradesi bu kuralların uygulanmamasını gerektirebilir. Diğer bir ifadeyle, kanunda objektif esaslı noktayı tamamlayacak nitelikteki hükümler aslında istisnai niteliktedir. Bunlar belli durumlarda yol göstericidir, kurala istisna koymaktadır, yoksa genel geçer bir kural getirmemektedir. Mesela başlangıçta edim belirli değilse sözleşme kurulmamış kabul edilir. Ancak, belli bir aşamadan sonra, sözleşmenin kurulmamış olduğu ileri sürülerek hakkın kötüye kullanılmasına engel olmak için, sözleşmenin tamamıyla hükümsüz kalması önlenmeye çalışılır.³¹⁷

Öte yandan, kanunlarda böyle hükümlerin var olmaması veya somut olaya uygulamaya elverişli olmaması durumunda, hâkim sözleşmeyi kurulmamış kabul edebilir veya işin mahiyetine göre bu boşluğu örf ve âdet hukuku gibi diğer yollarla doldurabilir.

Baskın görüş esaslı noktaların tamamlanmasını istisna olarak görmekle birlikte, doktrinde sözleşmenin tamamlanması konusunda sözleşmenin kurulması ön şartının biraz daha yumuşatıldığı görülmektedir. Bu görüşe göre, taraflar hukuki işlemin çekirdeğinde, yani asgari içeriğinde uyuşmuşlarsa, ayrıca taraflarda bağlanma iradesi de tespit edilebiliyorsa, hâkimin açık kalan objektif esaslı noktayı tamamlama yetkisi vardır.³¹⁸

Netice olarak, Türk ve İsviçre doktrinlerindeki baskın görüşe göre, bir sözleşmenin kurulması için en azından sözleşmenin objektif esaslı noktalarında tarafların uyuşması şarttır. Bunun için objektif esaslı noktalar ya belirli yahut belirlenebilir olmalı; bu noktalar hakkında ya tarafların anlaşması ya da kanunda bir hüküm bulunmalıdır. Bu noktalarda anlaşılmadığı

Hukuku: Genel Bölüm, s. 331-338; Cevizlikonak, Mahmut, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2007, s. 11-13)

³¹⁶ Aksoy-Dursun, *Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, s. 175.

³¹⁷ Aksoy-Dursun, *Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, s. 36, 61-62; Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku: Genel Bölüm*, s. 338-340.

³¹⁸ Aksoy-Dursun, *Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, s. 63-64.

sürece sözleşme kurulmuş sayılmaz ve bu sebeple sözleşmenin tamamlanması da mümkün değildir.

Sözleşmelerdeki esas ve ikinci derecedeki noktaları bu şekilde ele aldıktan sonra, sözleşmelerde edimde aranan özelliklere bakmak istiyoruz:

2. Sözleşmelerde Edimde Aranan Şartlar

Türk borçlar hukukunda, bir borç ilişkisinin sağlıklı olarak kurulabilmesi için, edimde bazı şartlar aranmaktadır.³¹⁹

a) Edim hukuka (kanuna), ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmamalıdır. (eBK m. 19, TBK m. 27) Hukuka aykırılık, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı olma şeklinde ortaya çıkmaktadır.

b) İmkansız olmamalıdır. (eBK m. 20, TBK m. 27) Sözleşme konusunun objektif ölçülere göre kısmen veya tamamen imkânsız olması, butlan sebeplerindedir ve bu durumdaki sözleşme hükümsüzdür.

c) Cins ve miktar açısından belirli veya belirlenebilir olmalıdır.

Buna göre, satım sözleşmesi kurulurken mebinin ve semenin belirlenmesi gerekli değildir, *belirlenebilir* olması da yeterlidir. Mebinin tarafların anlaşmasına göre, ifa anında belirlenebilir olması yeterlidir. Semen de belli bir rakam olarak tayin edilmesi gerekli değildir, belirlenebilir olması yeterlidir. Mesela kaç kilo olduğu bilinmeyen bir mal “kilosu şu kadar TL’den” satış yapılabilir. Yine taraflar, semeni belirleme işini, hakkaniyete uygun olması kaydıyla taraflardan birine veya üçüncü bir kişiye bırakabilirler.

Bir önceki başlıkla da birlikte değerlendirildiğinde, bedellerde cehâlet açısından Türk hukukunun İslam hukukuna göre -özde aynı olmakla birlikte- ikincil denebilecek cehâlet unsurlarında daha müsamahalı olduğu, ‘belirlenebilirlik’ gibi esnek ölçüler koyduğu görülmektedir. Gerçi İslam hukuku da akdin aslına dair olmayan cehâleti ‘nizaya sebep olma’ ölçüsüne bağlamış, bu ölçüdeki cehâlete sahip akidleri de (Hanefiler açısından) daha hafif müeyyidelere tabi tutmuştur.

Türk borçlar hukukunda, konumuzu yakından ilgilendiren önemli bir hüküm de mülkiyet ve teslim edilebilirlikle ilgidir. Akid anında mebinin mevcut veya satıcının

³¹⁹ Antalya, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s. 32-34; Eren, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, s.92-94; Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi: Genel Hükümler*, s. 24-27; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku: Umûmî Hükümler*, s. 174.

mülkiyetinde bulunması gerekli değildir, ifa anında satıcının tasarrufunda bulunması yeterlidir. Dolayısıyla akid anında mevcut olmayan ama ileride olması umulan şeyler de satım akdine konu olabilir. Tarladan elde edilecek mahsül, maden ocağından çıkacak maden vb. gibi. Aynı şekilde bir satıcı, objektif imkânsızlık olmadığı sürece başkasına ait olan bir mebinin satımını da taahhüt edebilir. Yani sözleşmenin kurulması aşamasında, satıcının mülk ve tasarrufunda olmayan bir mebi sözleşmeye konu olabilir.

Mevcut olma ve teslim edilebilirlikle ilgili bu hükmün sebebini daha iyi anlayabilmek için, İslam ve Türk borçlar hukukundaki satım akdinin mahiyet farkına değinmemiz gerekmektedir.

Türk borçlar hukukunda satım akdi, satıcı bakımından yalnızca ‘mülkiyeti nakletme borcu’ doğurmaktadır. Satım akdi, mebinin mülkiyet hakkı üzerinde aynı bir etki oluşturmaz. Yani akdin kurulmasıyla mülkiyet alıcıya geçmemektedir. Mülkiyetin intikali için ifa şarttır. (eBK m. 182; TBK m. 207) Diğer bir ifadeyle, Türk borçlar hukukunda satım sözleşmesi bir *borçlandırma işlemidir*. Satım sözleşmesinin, mebinin mülkiyetini nakil fonksiyonu söz konusu olmadığından, satıcının ‘teslim ve mülkiyeti nakil borcu’nu ifası ayrıca bir *tasarruf işlemi* vasıtasıyla gerçekleşir. Mülkiyetin devrini sağlayan tasarruf işlemleri, taşınır mallarda zilyetliğin nakli (TMK. m. 763), taşınmaz mallarda ise tapu siciline tescildir.³²⁰ (TMK. m. 705)

Öte yandan, mebi ifa anında da satıcının tasarrufunda olmadığı için ifa edilemese de sözleşme geçersiz hale gelmez, onun yerine satıcı ifa etmemenin hüküm ve sonuçlarına katlanmak zorunda kalır. (eBK m. 97; TBK m. 136-137)

İslam hukukunda ise satım sözleşmesinin kurulmasıyla, teslim şartı aranmaksızın, mülkiyet karşı tarafa doğrudan intikal eder.³²¹ Diğer bir ifadeyle, mutlak satım akdi ‘*derhal temlik*’ ifade eder yani mülkiyeti nakleden, satım akdinin kendisidir. Mebinin mülkiyetinin müşteriye intikal etmesi için ifanın gerçekleşmesi gerekmez. Bedellerin ifası ise satım akdinin hükmüdür/gereğidir. Bu ve başka sebeplerle, İslam hukukunda akid kurulurken mebinin teslim edilebilir olması şartı aranmaktadır. Türk hukukunda ise yukarıda anlattığımız ikili sistem sebebiyle mebinin akid anında mevcut veya teslim edilebilir olması aranmamış, sadece

³²⁰ *Borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlem hakkında bkz. Antalya, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, s. 84-87; Kayıhan, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, s. 77-79; Eren, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, s. 158-166; Akıncı, Borçlar Hukuku Bilgisi: Genel Hükümler, s. 67-71.*

³²¹ Şehhâte, *en-Nazariyyetü 'l-âmmeh*, s.90.

'imkânsız olmaması' yeterli görülmüştür. Teslim edilebilirliğin denetimi ve teslim edememe durumunda çıkacak problemlerin çözümü ifa aşamasına bırakılmıştır.

Türk hukukundaki bu ikili sistem aslında İslam hukukunda da cins borcuna dayanan selem akdinde uygulanmaktadır. Bu açıdan düşünülünce Türk hukukunun parça borçlarını göz ardı ederek bütün sistemi cins borcu mantığı üzerine inşa ettiği görülmektedir. Takip edilen her iki sistemin de kendine göre avantajları olduğunu söylemek mümkündür. Ancak konuya özellikle cehâlet açısından baktığımızda, Şâriin gararlı satışlarda problem çıkması halinde çözüm veya tazmin yolu önermek yerine, bunları doğrudan yasaklamasının ardındaki hikmeti şu şekilde açıklamak mümkün olabilir: Bir akidde cehâletin bulunmasının ekonomik açıdan hemen hemen hiçbir faydası yoktur. Aksine nizaya sebebiyet vereceği için, tarafların beklentilerindeki farklılık ciddi ekonomik ve sosyal maliyetlere (mahkeme süreci, husumet, zaman kaybı vs.) yol açacaktır. Halbuki cehâlet kaynaklı gararları ortadan kaldırmak son derece kolaydır.³²²

³²² Gamal, "An Economic Explication ...", s. 39.

VI. Fıkıh Doktrinde Garar Konusunun Ele Alınışı ve Taksimi

Garar konusunun klasik fıkıh literatüründe genellikle kazuistik örnekler üzerinden ve çeşitli başlıklar altında dağınık olarak işlendiğini daha önce ifade etmiştik. Girişte de belirttiğimiz üzere, konunun sistematik bir tasnife tabi tutulmasına genellikle Mâlikî fakihlerde rastlanmaktadır. Mâlikîler, gararı merkeze koyarak, onun bulunduğu akidleri tasnif etmeye çalışmışlardır. Ancak bazı Mâlikîler tikel örnekler üzerinden konuyu incelemeye devam etmişlerdir. Diğer mezheplerde ise ancak birkaç sistematik garar tasnifi bulunmaktadır.

Kanaatimizce gararı merkeze alan sistematik taksimlerin fazla benimsenmemesinin birkaç sebebi vardır:

- Bunlardan birisi, garar konusunun son derece geniş kapsamlı olmasıdır. Çoğunluk fukaha, geniş olan garar konusunu bir şemsiye altında toplamak yerine, garar yasağının gereklerini akdin unsurları ve şartları içine yansıtmıştır. Garara yol açan sebepler ayrıştırılmış, bu sebeplere bağlı olarak gararın oluşmaması için akidlerde belli şartlar aranmış ve bunlara akdin in'ikâd veya sıhhat şartları içinde yer verilmiştir. Ayrıca fâsid akidler kapsamında ele alınan akidler garar içeriyorsa, garar yasağının gereği uygulanmıştır. Özellikle Hanefî mezhebinde sonraki dönemlerde gararın fazla zikredilmediği, daha ziyade cehâlet, makdûru't-teslîm olma, ma'dûmun satışı gibi gararla yakından ilgili terimlerin, gararın yerini aldığı görülmektedir. Bu durumun bir yansıması olarak, borçlar, şahıs, eşya ve yargılama hukuku normlarını içeren Mecelle'de garar ifadesi hiç yer almamaktadır.

- Sistematik taksimi zorlaştıran diğer bir sebep de, gararlı akidlerin aynı anda çok sayıda yasağı birden ihtiva etmeleridir. Mesela cahiliyedeki bazı satım türleri, gararın birkaç çeşidini birden içermektedir. Ayrıca miktara dair cehâlet içeren birçok satım aynı anda hem garar hem riba içerebilmektedir. Bu durumda, ilgili akdi değişik yönleriyle müstakil olarak ele almak daha uygun olmaktadır.

Aşağıdaki başlıklarda önce akdin unsurlarının ve akidlerde aranan şartların gararla ilişkisi tespit edilmeye çalışılacak, ardından da klasik ve modern literatürdeki garar taksimlerine yer verilecektir. Özellikle bu taksimler, çalışmamızın sonraki bölümlerinin şekillenmesinde önemli rol oynamışlardır.

A. Akdin Unsurları ve Şartları Açısından Garar

Yukarıda zikredildiği üzere, gararın oluşmaması için gerekli olan hususlar, akdin in'ikâd ve sıhhat şartları çerçevesinde ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bu gerekliliklerden konumuzla ilgili olanları genel olarak şunlardır:

a) Mebinin nitelik (*sıfat*) ve niceliği (*kadr*) ma'lum ve mebi muayyen olmalıdır.³²³

Bedellerin belirsiz veya mechûl olması, rızayı zedelemekte ve taraflar arasında nizaya ve husumete sebep olabilmektedir.³²⁴ Bu yüzden İslam hukukunda akid konusunun mâlum ve muayyen olması üzerinde özellikle durulmuştur. Mecelle'de bey akdinde mâlum olma şartı aranan üç husus, mebi,³²⁵ semen³²⁶ ve vadedir.³²⁷

b) Mebi zararsız olarak teslim edilebilir (*makdûru't-teslîm*) olmalıdır.³²⁸

c) Mebi satıcının mülkiyetinde olmalıdır. Zira satım akdi, mülkiyetin müşteriye intikalidir (*temlik*), sahip olunmayan şeyin mülkiyeti aktarılamaz.³²⁹

d) Mebi mevcut olmalıdır. Bu şartı Hanefiler açıkça zikretmişlerdir. Diğer mezheplerde ise 'ma'dûm olmama' veya 'teslim edilebilir olma' kapsamında bu şart gerekli görülmüştür. Buna göre, seneye tarladan çıkacak ürünün, anne karnındaki yavrunun, memedeki sütün satımı geçersizdir.³³⁰

e) Tarafların akidde ileri sürdükleri şartlar (*ca'li şart*) varsa, bunlar garar oluşturmayacak nitelikte olmalıdır.

Gararla bağlantılı olarak saydığımız bu şartlar dışında, mebidde aranan başka bazı şartlar da söz konusudur. Mesela akdin konusunun *mütekavvim*, faydalanılması mümkün (*müntefe'un bih*) ve temiz (*tâhir*) olması bunlardandır. Ancak bunlar gararla ilgili olmadıkları için burada ayrıntılarına girmiyoruz.

Bu şartların eksik olmasının akde etkisi şöyledir: Hanefiler, satıcının mülkiyetinde olma, mevcut olma ve teslim edilebilir olmayı, satım akdinin kuruluş (in'ikâd) şartlarından

³²³ Karâfi, *el-Furûk*, 3/386; Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/149; Ramlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 3/405; Şehhâte, *en-Nazariyyetü'l-âmme*, s.83.

³²⁴ Ebu Zehra, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, s. 258.

³²⁵ Mecelle, md. 200: "Mebî", müşterinin ma'lûmu olmak lâzımdır." Bu maddedeki 'müşterinin' kaydı, satıcı açısından mâlum olma şartı aranmadığını göstermek içindir.

³²⁶ Mecelle, md. 238: "Semenin, ma'lûm olması lâzımdır."

³²⁷ Mecelle, md. 246: "Semenin te'cîlinde ve taksitinde müddet ma'lûm ve muayyen olmak lâzımdır."

³²⁸ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/168; "Mebî'in, teslimi mümkün ve makdûr olmak lâzımdır." (Mecelle, md. 198); Karâfi, *el-Furûk*, 3/385; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 2/14, 18; Ramlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 3/398. Teslimin zararsız olması gerektiği konusunda bkz. İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/413. (وَجَدَعَ فِي سَقْفِ وَذِرَاعٍ مِنْ ثَوْبٍ...)

³²⁹ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/4; Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/146: (لأن البيع تمليك فلا يتعقد فيما ليس بمملوك); Karâfi, *el-Furûk*, 3/386; Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/149; Ramlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 3/402-3. Satıcının vekili veya vasfisi gibi nâibinin yapacağı satım da geçerlidir.

³³⁰ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/138; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/505; Mecelle, md. 197, 205; Şehhâte, *en-Nazariyyetü'l-âmme*, s.82.

saymışlardır.³³¹ Bu şartları taşımayan bir satım akdi bâtıldır. Hanefiler, mebinin bilinir olmasını sıhhat şartı kabul etmişlerdir ve bu şartın ihlal edilmesi durumunda fesâd müeyyidesi öngörülmüştür. (Yalnızca *var olup olmadığı* belli olmayan mebinin satımı bâtil kabul edilmiştir ki, o da zaten ‘mevcut olma’ şartını ihlal eder.) Hanefiler açısından fâsîd şartlar akdi ifsâd eder, fesâd ortadan kaldırıldığında akid sahih hale gelir. Diğer mezheplerde ise, söz konusu şartlardan herhangi birinin eksikliği halinde, tek dereceli bir müeyyide öngörüldüğünden, akid bâtil hale gelir.

Birçok fıkıh kitabında garar konusunun bu şartlar bağlamında gündeme geldiğini ve incelendiğini ifade etmiştik. Bu şartlar ile garar yasağı arasında doğrudan bir bağ bulunmaktadır; zira bu şartların ihlal edilmesi garara yol açmaktadır. Hatta bu şartların çoğunun garar ve onun alt örnekleriyle ilgili naslar sebebiyle konulduğu da söylenebilir. Bu şartlar genel olarak incelendiğinde, bunlarla haksız kazanç, niza vb. problemleri hususları baştan önleyerek, akdin etkin şekilde kurulmasının ve problemsiz olarak tamamlanmasının (nefâz) hedeflendiği görülmektedir. Nitekim hatırlanacağı üzere klasik dönem İslam hukukçularının çoğu, verdikleri garar tanımlarında akdin “*âkıbeti*”ne, “*husûlü*”ne ve “*tamâm olması*”na sıkça vurgu yapmışlardır.³³²

B. Gararın Taksimi

Burada klasik dönem ve günümüz fıkıh literatüründeki garar ayrımlarına yer vermek istiyoruz. Böylece garar taksimlerinin tarihi gelişimi de ortaya konulmuş olacaktır. Yukarıda belirttiğimiz üzere, bu tasnifler daha ziyade Mâlikî fakihler tarafından geliştirilmiştir. Mâlikî mezhebindeki taksimler zikredildikten sonra, diğer mezheplerde tespit edebildiğimiz birkaç taksime ve günümüzdeki taksimlere de değinilecektir.

1. Mâlikî Mezhebindeki Taksimler

İbn Ebî Zeyd el-Kayrevânî (ö. 386/996)

Mâlikî mezhebinin ilk döneminin önde gelen fakihlerinden İbn Ebî Zeyd el-Kayrevânî (ö. 386/996) *er-Risâle*'sinde gararı akdin öğelerine göre ele almıştır. İbn Ebî Zeyd, fiyatta,

³³¹ Hanefilerde ‘*teslim edilebilir olma*’nın in’ikâd, sıhhat veya nefâz şartı olduğuna dair görüşler için, üçüncü bölümde konuyla ilgili başlığa bakılabilir.

³³² Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 103.

mebide ve vadede garardan bahsetmiş; bu öğelerinden birinde garar içeren satım ve kiralama işleminin câiz olmadığını ifade etmiştir.³³³

Kâdî Abdülvehhâb (ö. 422/1031)

Bağdat Mâlikîlerinin son fakihlerinden olan ve sonra Mısır'a göçen Kâdî Abdülvehhâb (ö. 422/1031) *el-Maûne* ve *et-Telkîn* isimli eserlerinde konuyu ele almış, özellikle *et-Telkîn*'de konuyu daha sistematik biçimde tasnif etmiştir. Kâdî Abdülvehhâb'a göre, gararlı satışta üç vasıftan/unsurdan biri veya birkaçı bulunmaktadır. Bunlar, teslimin genellikle mümkün olmaması, bilinmezlik (cehl) ve "risk (hatar) ve kumar"dır.³³⁴

Ebu'l-Velîd el-Bâcî (ö. 494/1100)

Endülüslü Mâlikî fakih Ebu'l-Velîd el-Bâcî (ö. 494/1100), Kayrevânî'nin akdin öğelerine dayanan taksimiyle Kâdî Abdülvehhâb'ın sebep temelli yaklaşımını birleştirmiştir. Bâcî, bey akdinde gararın oluştuğu yerleri üç ögede toplar. Bunlar akid, bedeller (semen ve mebi) ile vadedir. Bu öğelerde garar oluşturan sebepleri ise şu şekilde tespit etmiştir: Koşulan şartlarda garar bulunması, bedellerde ve vadede cehâlet, mebinin *makdûru't-teslîm* olmaması ve mebinin âkıbetinin belli olmaması (mesela ölümle sonuçlanabilecek bir hastalığa yakalanmış kölenin veya aynı durumdaki hayvanın satımı).³³⁵

İbn Rüşd el-Ced (ö. 520/1126)

Kanaatimizce fıkıh literatüründeki en belirleyici taksim İbn Rüşd el-Ced'de (ö. 520/1126) aittir. İbn Rüşd el-Ced, Bâcî'nin yukarıdaki tasnifini büyük oranda devam ettirmiş, farklı olarak '*miktara dair cehâlet*' konusunu eklemiştir. Bâcî'de olduğu üzere akdin sıhhatine mâni olacak derecede aşırı gararın üç şeyde, yani akid, bedeller ve vadede meydana geldiğini belirtmiştir.³³⁶ Muhtevâlî bu taksimin ayrıntılarına burada yer vermek istiyoruz.

1. Akidde garar: Bey'ateyn fi bey'a, kaparolu satış, *bey'u'l-hasât* (iki açıklamadan birine göre), Keylî olan ile cüzâfen belirlenen iki şeyi tek akidde satmak. Bunların ilk ikisinde cehâlet söz konusu olmayıp akdin sigası sebebiyle garar oluşmuştur.

2. Bedelde garar üç şekilde olur:

³³³ İbn Ebî Zeyd, *er-Risâle*, s. 143: وكل عقد بيع أو إجارة أو كراء بخطر أو غرر في ثمن أو مضمون أو أجل فلا يجوز ولا يجوز بيع الغرر

³³⁴ Kâdî Abdülvehhâb, *el-Maûne*, 2/56-7; Kâdî Abdülvehhâb, *et-Telkîn*, 2/380-3: يجمع بيع الغرر ثلاثة أوصاف:

³³⁵ Bâcî, *el-Müntekâ*, 5/41-43: فالغرر يتعلق بالمبيع من ثلاثة أوجه: من جهة العقد وال عوض والأجل:

³³⁶ İbn Rüşd el-Ced, *el-Mukaddimâtü'l-mumehhidât*, 2/73-76:

والغرر الكثير المانع من صحة العقد يكون في ثلاثة أشياء: أحدهما العقد والثاني أحد العوضين: الثمن أو المضمون، أو كليهما. والثالث الأجل فيهما أو في أحدهما.

a. Bedelin sıfatının veya miktarının bilinmemesi

Sıfata dair örnekler: Hayvanın karnındaki yavrunun satılması, mecliste hazır olmayan şeyin tavsif edilmeden satımı, yaygın bir para birimi olmayan bir ülkede para biriminin ifade edilmeden satım yapılması.

Miktara dair örnekler: Mebinin bilinmeyen ölçekle satımı, bir malın parasının götürü usûlü belirlenmesi...

b. Teslim'e güç yetirilememesi

Kaçak köle veya kaçak hayvanın satılması, gasbettiğini kabul etmeyen ve elde aleyhinde delil de bulunmayan gâsıbın elindeki mebinin satımı

c. (Mebinin) âkıbetinin bilinmemesi. Mesela aşırı hasta kölenin satımı. İbn Rüşd'e göre bu konunun hükmü hakkında ihtilaf vardır.

3. Vadede garar: Zeyd geldiğinde veya öldüğünde ödenmek üzere satış yapmak veya aynı vadeyle selem yapmak gibi...

İbn Rüşd el-Hafid (ö. 595/1198)

İbn Rüşd el-Hafid (ö. 595/1198), önceki Mâlikîlerce benimsenen akdin öğelerine dayanan ayrımı terk ederek, bunun yerine geniş anlamıyla cehâleti merkeze alan bir ayrımı benimsemiştir. O'na göre, satım akdinde garar, cehâlet içermesi yönüyle şu açılardan ortaya çıkmaktadır:³³⁷

- Makud aleyh veya akdin tayininde [= akdin sigasında] cehâlet
- Semenin veya mebinin vafında, miktarında veya vadeliye vadesinde cehâlet
- Mebinin varlığı veya teslimine gücün yetmesiyle ilgili cehâlet
- Mebinin selâmeti ve bekası ile ilgili cehâlet

Burada dikkat çeken, İbn Rüşd'ün akidlerde cehâlet (kendi ifadesiyle *cehl*) terimini geniş anlamıyla kullanması ve tüm garar sebeplerini cehâletle ilintilendirmesidir. İbn Rüşd'e göre mebinin *makdûru't-teslîm* olup olmadığı, selâmet ve bekâ durumu gibi hususların bilinmemesi de cehâlet kapsamına girmektedir. Dedesinin tasnifiyle mukayese edildiğinde, her ne kadar sistematik olarak farklı olsa da, garara sebep olan 'alt unsurlar'ın hemen hemen aynen korunduğu görülmektedir. İlk bakışta 'akidde garar'a yer verilmemiş gibi gözükse de, onun yerini 'akdin tayinininde cehâlet' almış gözükmektedir.

³³⁷ İbn Rüşd el-Hafid, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/148. Aynı taksim için bkz. Mekkî, *Tehzîbu'l-Furûk*, 1/277.

Karâfi (ö. 684/1285)

Mısırlı Mâlikî fakih Karâfi (ö. 684/1285), cehâleti dar anlamıyla kullanmasına rağmen, İbn Rüşd el-Hafîd'in taksiminde yer verdiği hususlara benzer bir taksim öngörmüştür. Karâfi'ye göre, garar ve cehâlet, varlıkta, husûlde, cinste, türde, miktarda, tayinde ve bekâda (mebiin varlığını sürdürmesinde) olmak üzere yedi hususta meydana gelir.³³⁸

Karâfi'nin tasnifi, *akid sigası* ve *vadeyle* ilgili garar veya cehâlet sebeplerine yer vermemiştir. Verdiği örnekler ise tamamen ma'kud aleyh yani mebi hakkındadır. Ancak Karâfi gararı açıkça ma'kud aleyhle sınırlamadığı için, siga ve vadeyle ilgili garar sebepleri de, uygun başlıkların altına (özellikle varlık, husûl ve bekâya) irca edilebilir.

İbn Cüzey (ö. 741/1310)

Gırnatalı Mâlikî fakih İbn Cüzey el-Kelbî (ö. 741/1310), oluşturduğu garar listesinde karma bir metod takip etmiştir. Önce Karâfi ve İbn Rüşd el-Hafîd'e benzer şekilde garara yol açan yedi sebebi listelemiş, son üç maddeyi ise cahiliyedeki satım türlerine ayırmıştır. İbn Cüzey'e göre yasaklanmış on garar (*el-gararu'l-memnu'*) önceki listelerle kıyaslandığında, akdin sigasında, mebinin tayininde ve mebinin varlığında garara yer vermediği görülmektedir.³³⁹

Görüldüğü üzere Mâlikî mezhebinde garar konusu hem akdin öğeleri hem de garara yol açan sebepler açısından sistematik olarak tasnif edilmiştir. Hatta, garar konusunu anlaşılır şekilde izah etmeleri sebebiyle, bu tasniflerin Mâlikî mezhebindeki gararı tanımlama çabalarının diğer mezheplere göre daha geç başlamasında rol oynadıkları düşünülebilir. Ancak 'efrâdını câmi' olma açısından çoğu zaman başarısız olan tanımlar yerine, bu şekildeki taksim çalışmalarının konuyu daha iyi ortaya koyduğu kanaatindeyiz.

2. Diğer Mezhep Mensubu Hukukçulardaki Taksimler

Mâlikîler dışındaki mezheplerde, çok fazla garar tasnifine rastlanmamaktadır. Ayrıca bunların tamamının mebi merkezli olduğu, akdin sigasını ve vadeyi pek zikretmedikleri görülmektedir. Biz burada, tespit edebildiğimiz birkaç tasnife yer vermek istiyoruz:

³³⁸ Karâfi, *el-Furûk*, 3/432-433.

³³⁹ İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-fikhiyye*, s. 404-6; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2/168-9.

Hattâbi (ö. 388/998)

İlk hadis şârihlerinden Hattâbî, “akidden amaçlanan şeyde (yani akdin konusunda) cehâlet bulunması”nı garar örneklerini toplayan bir kriter olarak koymuştur.³⁴⁰ Hattâbî’nin bu ifadesine göre, garar öncelikle akdin konusunun mechûl olması veya teslimine güç yetirilememesi durumunda söz konusu olur. Ancak vade ve koşulan şartlar gibi konular da netice itibariyle ‘akidden amaçlanan şey’le sıkı sıkıya irtibatlıdır.

Suğdi (ö. 461/1068)

Buhârâlı Hanefî fakih Suğdî (ö. 461/1068), akitleri ifsâd eden gararı dörde ayırmaktadır: Mebi, semen ve vadedeki cehâlet ile fâsid şartlardan kaynaklanan belirsizlikler.³⁴¹ Suğdî’nin burada fâsid şartı da garar kaynağı olarak zikretmesi dikkat çekmektedir.

Alâuddin Semerkandi (ö. 539/1144)

Diğer bir Hanefî fakih Alâuddin Semerkandî (ö. 539/1144), tam bir tasnif olmasa da, **mebi** ve **semende** garardan bahsetmiş, teslimine güç yetirilemeyen veya satıcının mülkiyetinde olmayan şeyin satımlarına değinmiştir. Teslimine güç yetirilmeyenin örneği, avlanarak yakalanması gereken sudaki balık ile havadaki kuştur. Mülkiyette olmayanın örneği ise, üçüncü kişiden satın alıp teslim etmek üzere yapılan satımdır.³⁴²

İbn Abdisselâm (ö. 660/1262)

Şamlı Şâfiî fakih İbn Abdisselâm (ö. 660/1262) *Kavâidü’l-ahkâm* isimli eserinde konuyu oldukça sistematik olarak ele almıştır. Ancak İbn Abdisselâm’ın tasnifinde dikkatimizi çeken sadece mevide garara yer vermesi; semende ve akidde garardan bahsetmemesidir. O’na göre, mevide garar beş çeşittir: Mebinin sıfatında, tayininde, husûlünde (teslim edilebilirliğinde), selâmetinde (mevcut olmakla birlikte âkıbetinin belirli olup olmaması) ve miktarında garar.³⁴³

³⁴⁰ Hattâbî, *Meâlimu’s-Sünen*, 3/88: وأبواب الغرر كثيرة وجماعها ما دخل في المقصود منه الجهل

³⁴¹ Suğdî, *en-Nütef*, 1/474.

³⁴² Semerkandî, *Tuhfetu’l-fukahâ*, 2/48.

³⁴³ İbn Abdisselâm, *Kavâidü’l-ahkâm*, 2/300-302. İbn Abdisselâm garar çeşitlerine dair örnekleri Şâfiî mezhebinin görüşlerine uygun olarak vermektedir. Mesela O’na göre sıfattaki gararın örneği, akid meclisinde bulunmayan şeyin satımıdır. (*bey’u’l-ğâib*)

İbn Teymiyye (ö. 728/1327)

İbn Teymiyye, gararı mebi merkezli üç hususla irtibatlandırmıştır:³⁴⁴

a. **Mebinin ma‘dûm olması:** habelu'l-habele, memedeki sütün satımı gibi

b. **Mebinin teslim edilememesi:** Kaçak kölenin satımı gibi...

c. **Mebi hakkında bilinmezlik:** Bunun da üç çeşidi vardır:

i. Mebi hakkında mutlak bilinmezlik

ii. Mebinin cins veya miktarının bilinmemesi: ‘bir köleyi’, ‘evdeki şeyi’, ‘benim kölemi satıyorum’ demesi gibi.

iii. Mebinin nev ve sıfatının bilinmemesidir. Mesela *bey‘u‘l-ğâib* bu gruptandır. Mezhepler arasında ihtilafli bir türdür.

İbn Teymiyye’nin taksiminde de akdin sigası ve vadeye yer verilmemiştir. Ayrıca önceki taksimlerde bulunan, mebinin tayini ve selâmeti/âkıbeti de bu taksimde zikredilmeyen hususlardır.

* * *

Yukarıda listelenen taksimler, gararın akdin öğelerinde bulunması veya belli hususların garara sebep olması açısından yapılmıştır. Bunların dışında da çeşitli açılardan çok sayıda garar tasniflerine rastlamak mümkündür. Bunlar şu şekilde özetlenebilir.

- Akdin husûlü açısından üçlü ayırım: makud aleyhin hiç elde edilemediği, kalitesiz ve az miktarda (*deniyyen ve nezran*) elde edilebildiği, makudun aleyhin çoğunluğunun elde edildiği akidler.³⁴⁵

- Garar ve cehâletin miktarı açısından üçlü ayırım: çok, az ve ikisinin arasında gidip gelen miktarda garar veya cehâlet içeren akidler.

- Naslarda bir akid hakkında tafsîlî hüküm olup olmaması açısından ikili ayırım: *Mantûk olan* ve *meskûtun anh olan* gararlı akidler.³⁴⁶

- Kaçınılmasının zorluğu (ve meşakkat doğurup doğurmaması) açısından üçlü ayırım: Kaçınılması zor olanlar, kolay olanlar ve ortada olanlar.³⁴⁷

- Hanefîlerde, gararın akdin bulunduğu yer ve akde yapacağı etki açısından ikili ayırım: Akdin bizzat konusunda bulunanlar ile akdin vasıf, miktar vb. ikincil hususlarında bulunanlar.³⁴⁸

³⁴⁴ İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ ‘l-Kübrâ*, 4/18.

³⁴⁵ Mekkî, *Tehzîbu ‘l-Furûk*, 1/276.

³⁴⁶ İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü ‘l-müctehid*, 2/148. Bu akidlerin listesi için bkz. Darîr, *el-Garar*, s. 93-95.

³⁴⁷ İbn Abdisselâm, *Kavâidü ‘l-ahkâm*, 2/15-16; 2/300 vd.

Bu taksimleri daha fazla artırmak mümkündür. Mesela garara ihtiyaç duyulup duyulmadığı, gararın akde tesiri, gararın akdin asli unsurunda mı yoksa tevabiinde mi bulunduğu, gararın muâvezât akidlerinde mi yoksa diğer akidlerde mi bulunduğuna göre taksimi gibi...

* * *

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, fıkıh literatüründeki en özgün taksimin, İbn Rüşd el-Cedd'e ait taksim olduğu kanaatindeyiz. Nitekim günümüzdeki çalışmalarda da buna benzer taksimler benimsenmiştir. Çağdaş çalışmalarda garar konusunun genellikle 'akdin sigasında' (*sîğatu'l-akd*) ve 'konusunda' (*mahallu'l-akd*) olmak üzere önce ikili bir ayrıma tabi tutulduğu; sonrasında ise gararlı alt satım türlerinin veya garara sebep olan durumların ele alındığı görülmektedir. Darîr'in ve Buang'ın doktora tezleri ile Mv.F. ve DİA'da yayınlanmış 'garar' maddelerinde genel olarak bu ikili ayrım esas alınmıştır. Bazı çalışmalarda ise *semende garar* mebide garardan ayrı bir başlık halinde ele alınmış ve böylece üçlü bir ayrım benimsenmiştir. Derâdike'nin doktora çalışması bunlardandır. AAOIFI ise, gararın oluştuğu yerleri sayarken *sigâ* ve *mahallin* yanısıra *şartları* da zikretmiştir.³⁴⁹ Şartlar da neticede ya sigada ya da mahalde garar oluşturmaktadır.

Çağdaş araştırmacılardan Prof. Dr. Ramazan Hâfiz Suyûtî '*Nazariyyetü'l-garar fi'l-buyû*' isimli muhtasar çalışmasında, tamamen farklı bir metod takip ederek, garar içeren alt satım türlerini '*haramlığında ittifak edilenler*' ve '*haramlığında ihtilaf edilenler*' şeklinde bir tasnife tabi tutmuştur. Bu tasnif, temel itibarıyla *Bidâyetü'l-müctehid* gibi bazı fıkıh eserlerinde dikkat çekilen *mantûk-meskûnun anh* (naslarda zikredilen-zikredilmeyen) ayrımına dayanmaktadır. Öte yandan bu tasnif, söz konusu çalışmanın kazuistik nitelikten kurtulamamasına yol açmıştır.

Bu sebeple biz, yukarıda zikrettiğimiz klasik ve modern taksimlerden ilhamla özgün bir tasnif geliştirmeye çalıştık. Bunun neticesinde, garar konusunu, *akdin öğelerini* ve bunlarda gararı ortaya çıkaran *sebepleri* merkeze koyarak incelemenin isabetli olacağı kanaatine ulaştık.

Tezimizin bundan sonraki iki bölümünde, garar konusunu sırasıyla akdin sigası ve bedeller (*mebi-semen*) temelinde ele alacağız. Böylece garara sebep olan muhtemel durumları ve bu konudaki tartışmaları, akdin öğeleri bazında ve tümel bir biçimde ortaya koymaya çalışacağız.

³⁴⁸ Zerkâ, *el-Medhal*, 2/745.

³⁴⁹ "Dâbitü'l-ğarari'l-mufsid li'l-muâmelâti'l-mâliyye", *el-Me'âyiru's-şer'iyye* (2010/1431), s. 421, 423.

Şunu da ifade etmeliyiz ki, uygulayacağımız tasnifin itiraz edilebilecek bazı yönleri de mevcuttur. Birçok fakihin de belirttiği üzere, başta cahiliye dönemi satışları olmak üzere bazı satımlar garar sebeplerinden bir kaçını birden içerebilmektedir. Çoklu garar unsuru içeren bu satışları, garar sebeplerinden birisinin altında tasnif etmek oldukça zordur. Ayrıca naslarda yasaklanan bazı satım türlerine, kaynaklarda birden fazla açıklama getirilmiştir veya birden fazla uygulama söz konusudur. Bütün bu satışların hangi başlık altında ele alınacağı, tasnif açısından problem oluşturmaktadır. Kısmi bir çözüm olarak biz her alt gararlı satış örneğini, içerdiği en bariz garar unsuru altında ele almaya çalıştık. Birden fazla uygulaması olan satışlara ise bir yerde (genellikle ilk geçtiği yerde) daha ayrıntılı yer verip diğer yerlerde ise gerektiği kadar açıklamada bulunduk.

İKİNCİ BÖLÜM

SATIM AKDİNİN SİĞASINDA GARAR

I. Genel Çerçeve

Akidlerde karşılıklı rızanın oluşumu, akdin neticesinin yeterince bilinmesine bağlıdır. Yani rıza ancak şeffaf bir akidde mümkündür. Bir akdin şeffaflığı ise, başka sebeplerin yanı sıra, öne sürülen çeşitli şartlar sebebiyle veya birbirine bağlanarak oluşturulan ‘mürekkebe’ akidlerin neticesinde ortadan kalkabilmektedir.

Gararın, satım akdinde meydana geldiği öğelerden birisi de akdin sigasıdır. Akdin sigasındaki gararın temel sebebi, koşulan şartlardır. Şartlar, akdin sigası sayesinde akde dâhil olurlar. Bu sebeple, şart kaynaklı garar, çağdaş çalışmalarda genellikle “sigada garar” (*el-garar fi's-siğa*) başlığı altında ele alınmıştır. Aslında bu şartlar, akdin kendisine, mebiye veya semene dair olabilirler. Mesela satımın gerçekleşmesinin bir kişinin ölümüne bağlanması, şart muhayyerliğinin süresiz olmasının veya semenin vadesinin bilinmeyen bir süre olmasının şart koşulması gibi...

Öte yandan akidlerde siga ve şartlar, riba yasağıyla da yakından ilgilidir. Bu sebeple şartlı satımlarda gararla birlikte riba konusu da gündeme gelmektedir. Bazı akidlerde riba ve garar aynı anda bulunabilmektedir. Ancak biz çalışmamızda riba konusuna girmeden, konuyu sadece gararı ilgilendiren yönüyle ele alacağız.

Sigadan kaynaklanan gararın birçok alt türü bulunmaktadır. Aslında bunların hepsi neticede şartlı akidler kapsamındadır.¹ Ancak özel niteliğe sahip bazıları müstakil olarak incelemek ve konuyu daha düzenli olarak ele almak için, bu bölümü birkaç alt başlığa ayırmak uygun olacaktır. Bu alt başlıklar; cahiliye döneminde uygulanan satışlar, şartlı akidler (takyîdî ve ta'likî şartlar) ve tek akidde birden fazla akdin birleşmesi durumlarıdır.

¹ İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/155, 159.

II. Yasaklanan Bazı Cahiliye Satışları

Cahiliye döneminde uygulanmakta olan satım türlerinden *bey‘u‘l-hasât*, *mülâme* ve *münâbeze* gibi satışlar Hz. Peygamber (s.a.) tarafından yasaklanmıştır.² Bu satışlar, sırasıyla, mebiyi belirlemek üzere ona taş veya çakıl atılması, mebiye karşılıklı olarak dokunulması ve mebinin karşılıklı olarak bırakılması veya atılması suretiyle gerçekleştirilmektedir.

Zerkâ genel bir tespit olarak, Hz. Peygamber’in (s.a.) cahiliyedeki bazı satışları (*bey‘u‘l-hasât*, *münâbeze*, *mülâme*, *melâkîh* ve *medâmîn*) karşılıklı rızanın serbest şekilde oluşmasını sağlamak amacıyla yasakladığını ifade etmiştir.³ Kanaatimizce, aşağıda inceleyeceğimiz satışların yasaklanmasının temelinde de *karşılıklı rızanın serbest olarak oluşumunu temin* amacı bulunmaktadır.

Bu satışların sonraki dönem fıkıh kitaplarında nadiren zikredildiğini ve sadece hadis şerhlerinde açıklamaların devam ettiği yönündeki iddialar⁴ gerçeği yansıtmamaktadır. Bu satışlar her ne kadar Hz. Peygamber’in (s.a.) yasaklaması neticesinde tarihi süreç içinde uygulamadan kalkmışlarsa da, karşılıklı rıza ilkesini ve garar yasağını açıklama açısından oldukça önem arz eden ‘prototip’ niteliğinde satım türleridir ve bu özellikleri sebebiyle sonraki fıkıh kitaplarında zikredilmeye ve incelenmeye devam etmişlerdir.

Şimdi cahiliyede uygulanan bu satım türlerine ve bunların uygulanma biçimlerine geçebiliriz:

A. Bey‘u‘l-hasât

Hz. Peygamber’in (s.a.) yasakladığı cahiliye dönemi satışlarından *bey‘u‘l-hasât* hakkındaki hadis, Buhârî dışındaki Kütüb-i tis‘a musanniflerince rivayet edilmiştir.⁵ Bazı rivayetlerde *bey‘u‘l-hasât* yerine (إلقاء الحجر) ifadesi kullanılmıştır.⁶ Hanefî kaynaklarda da bu işlem için daha çok ikinci ifade kullanılmaktadır. Hadislerde genellikle gararlı satışla birlikte zikredilen bu satış, ileride açıklanacak olan diğer cahiliye satışları gibi, gararlı satışın bir alt

² Bu rivayetler için bkz. Buhârî, “Buyû”, 62-63; Müslim, “Buyû”, 1-2; Tirmizî, “Buyû” 17, 69; Nesâî, “Buyû” 23-27; İbn Mâce, “Ticârât” 12, 23; Muvatta, “Buyû”, 76-77.

³ Zerka, *el-Medhal*, 2/906, 2/731.

⁴ Mesela bkz. Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 52: “These sales were barely mentioned in the later works of Islamic law, although their discussion can still be found in hadith commentaries.”

⁵ Müslim, “Buyû”, 4; Ebû Dâvûd, “Buyû”, 24; Tirmizî, “Buyû”, 17; Nesâî, “Buyû”, 27; İbn Mâce, “Ticârât”, 23; Darimi, “Buyû”, 29; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 2/250, 376, 436.

⁶ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 2/380, 3/59, 68, 71: (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ... وعن إلقاء الحجر)

türü olarak değerlendirilmiştir. Kaynaklarda bu satışın biçimine dair birden fazla açıklama bulunmaktadır. Açıklamaların ortak noktasında, mutlaka taş veya çakıl bağlantılı bir uygulama söz konusudur. Şöyle ki:

a) Taşın Mebinin Tayininde Kullanılması

Bütün mezheplerde yer verilen bu görüşe göre, müşteri veya satıcı, bir mal grubuna bir taş atar ve taş hangisine isabet ederse, o eşya mebi olarak taayyün eder.⁷ Bu satış bağlayıcıdır. İcab-kabul, meclis ve görme muhayyerliklerinin hiçbirisi bulunmamaktadır. Şayet mebinin semeni önceden belirlenmişse, bu uygulama, mebinin zatı konusunda garar ve cehâlet içermektedir.⁸ Şayet semen önceden belirlenmemişse, bu durumda semende de cehâlet söz konusudur. Ayrıca temlikin gerçekleşmesi riske (*hatar*) bağlanmaktadır ki, böyle bir işlem kumarla eşdeğerdir.⁹

Mâlikîler, bu satışın şu şartlarla câiz olacağını ifade etmişlerdir: Mâlikîlere göre, kendisine taş atılan malların hepsi aynı ise, bu satış doğrudan câizdir. Mallar farklı ise, taş atan kişi ister müşteri olsun, ister bayi olsun, belli bir mala taş atılmaya çalışılıyorsa (*bi kasdin*) ve müşteriye de muhayyerlik hakkı verilmişse, bu satış da Mâlikîlere göre câiz olmaktadır.¹⁰ Zira her iki durumda da rızayı ihlal eden bir durum oluşmamaktadır.

b) Akdin Luzûmunun ya da İn'ikadının Taşın Yere Atılmasına Bağlanması

i) Taşın Yere Atılmasıyla Akdin Bağlayıcı Hale Gelmesi

Bu açıklamaya göre, satıcının taşı yere atmasıyla akid bağlayıcı hale gelmekte ve satıcının muhayyerlikler sebebiyle akidden vazgeçmesine engel olmaktadır. Buradaki temel

⁷ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/417; İbn Rüşd el-Ced, *el-Beyân ve't-tahsil*, 7/348; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 2/20; Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, 5/433; Ramlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 3/450; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/298; İbn Muflih, *el-Mubdi*, 4/29.

⁸ Kâdî İyâz, *Meşâriku'l-envâr*, 1/206; İbn Rüşd el-Ced, *el-Mukaddimâtü'l-mumehhidât*, 2/72; İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/148; "Bey'u'l-hasâ", *Mv.F.*, 9/88-90.

⁹ Bâbertî, *el-Înâye*, 6/417 (ولأن فيه تعليقاً بالخطر والتملكيات لا تحتمله لأدائه إلى معنى القمار); İbn Âbidîn, *Minhatü'l-Hâlık ale'l-Bahri'r-râik*, 6/83.

¹⁰ Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 3/57.

problem, müşterinin cayma hakkının (muhayyerliğinin) süresinin belirsiz olması ve bu sebeple akdin lüzûmunun bilinmeyen bir süre ertelenmesidir.¹¹

Mâlikîler, taşın yere bırakılması konusunda bir süre tayin edilmesi ve bu sürenin de şart muhayyerliği süresini aşmaması durumunda bunu câiz görmüşlerdir. Mesela müşterinin “Öğleye kadar taşı bilerek yere bırakmam durumunda bu satış bağlayıcı hale gelsin” demesi câizdir.¹²

ii) Taşın Yere Atılmasıyla Akdin İnikad Bulması

Şâfîîlerdeki diğer bir açıklamaya göre, satıcının “Şu taşı attığımda, sana şu malı sattım” demesidir. Yani taşın atılması icabın kabulü yerine ikame edilmektedir. Akid sigası bulunmadığı için, bu satış geçersizdir.¹³

c) Mebinin Miktarının Atılan Taşın Gittiği Mesafeyle Belirlenmesi

Satıcının “Bulduğum yerden, attığım taşın ulaştığı yere kadar (*müntehâ'l-hasât*) bu araziyi sana şu fiyata satıyorum” demesi gibi... Bu uygulama, mebinin miktarıyla ilgili cehâlet içermektedir ve geçersizdir. Ancak Mâlikîler, tarafların muhayyer olması yani akdin taraflar açısından lâzım olmaması durumunda bunu câiz görmüşlerdir.¹⁴

d) Semen Taşla Belirlenmesi

Mâlikîlerdeki diğer bir açıklamaya göre taş ve çakıllar, ödenecek parayı belirlemek için kullanılmaktadır. Buna göre, müşteri veya satıcı taşları eline almakta, bunları atmakta ve bunlardan kırılan parçaların veya bulunabilen taşların sayısı, dinar veya dirhem cinsinden fiyatı belirlemektedir. Diğer bir açıklamaya göre, ele alınan taşlar sallanmakta, bunlardan yere düşenler adedince dinar veya dirhem ödenmesi gerekmektedir. Bu açıklamalarda, semen meçhuldür ve tayini tesadüfe bırakılmıştır. Bu sebeple bu tür bir satış geçersizdir.¹⁵

¹¹ Molla Hüsrev, *Düreru'l-hukkâm*, 2/171; Kâdî İyâz, *Meşâriku'l-envâr*, 1/206; İbn Rüşd el-Ced, *el-Mukaddimâtü'l-mumehhidât*, 2/72; İbn Rüşd el-Ced, *el-Beyân ve't-tahsîl*, 7/348; İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/148; Ramlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 3/450; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/298.

¹² Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 3/56.

¹³ Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, 5/433; Mahallî, *Şerhu'l-Mahallî ale'l-Minhâc*, 2/176; Ramlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 3/450.

¹⁴ Kâdî İyâz, *Meşâriku'l-envâr*, 1/206; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 3/56; Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, 5/433; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/298.

¹⁵ Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 3/57.

Görüldüğü üzere *bey'u'l-hasât* hakkında fıkıh literatüründe farklı açıklamalar yapılmıştır. Kanaatimizce, açıklamayla ilgili görüş farklılığının bulunması konuyu veya bu yasağın varlığını ve önemini olumsuz olarak etkilememektedir. Zira burada önemli olan husus, bu konudaki farklı açıklamaların hepsinin ortak noktasının ittifakla garar olduğudur. Yani hangisi esas alınırsa alınsın, *bey'u'l-hasât* bütün mezheplere göre garar sebebiyle geçersiz bir satımdır. Bu satımlardaki garar, temlikin riske bağlanmasından veya çok sayıda bilinmezlik içermesinden kaynaklanmaktadır.¹⁶

B. Bey'u'l-mülânese ve Bey'u'l-münâbeze

Hz. Peygamber'in (s.a.) *mülânese* ve *münâbezeyi* yasakladığına dair rivayetler hemen tüm hadis kaynaklarında tahrir edilmiştir.¹⁷ Ayrıca bazı rivayetlerde *limâs* ve *nibâz* satışları olarak da geçmektedir.¹⁸

1. Mülânese

Konuyla ilgili rivayetler sebebiyle, fakihler *mülânesenin* geçersiz olduğunda ittifak etmişlerdir. Ancak bu satışın nasıl gerçekleştiği, temel olarak iki şekilde açıklanmıştır:

a) İnceleme ve düşünme imkânı olmadan, tarafların birbirinin sattığı kumaşlarına veya elbiselerine salt dokunmalarıyla akdin in'ikâd bulması ve lâzım hale gelmesidir. “Sen benim elbiseme dokununca veya ben senin elbisene dokununca satım akdi gerçekleşecek” denilmesi ve akdin icap kabul olmadan bu şekilde in'ikâd etmesidir.¹⁹ Bu satımda, elbisenin dürülü olması, daha çok top halindeki kumaşı açıp incelemeden sadece elle dokunmak suretiyle satın alma ve havanın karanlık olması gibi çeşitli sebepler, yeterince incelememe durumunu ortaya çıkarabilir.²⁰ Örtü arkasında bulunan eşyaya dokununca satımın gerçekleşmesi şeklindeki satış da bu kapsamdadır.²¹

¹⁶ Kâdî İyâz, *Meşâriku'l-envâr*, 1/206: (كله من بُيوع الغرر والجهول); İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/298: وكل هذه البيوع فاسدة لما فيها من الغرر والجهل، ولا نعلم فيه خلافا

¹⁷ Buhârî, “Buyû”, 62-63, “Libâs”, 20; Müslim, “Buyû”, 1-2; Ebû Dâvûd, “Buyû”, 24; Tirmizî, “Buyû”, 17, 69; Nesâî, “Buyû”, 23-26; İbn Mâce, “Ticârât”, 12; Muvatta, “Buyû”, 76-77.

¹⁸ Buhârî, “Buyû”, 62; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 3/66: (وعن بيعتين اللباس والنباذ)

¹⁹ Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 4/48; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 5/65; Muvatta, “Buyû”, 76 (4/963, no:2460); Sahnûn, *el-Müdevvene*, 3/53-54; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 3/63; İbnü'l-Esîr, *en-Nihâye*, “l-m-s”, 4/269.

²⁰ İbnü'l-Esîr, *en-Nihâye*, “l-m-s”, 4/270.

²¹ İbnü'l-Esîr, *en-Nihâye*, “l-m-s”, 4/270.

Ebu Hureyre ve Ebu Saîd el-Hudrî'den gelen rivayetlerin sonundaki açıklamalar bu yöndedir.²² Ancak bu açıklamaların ilgili sahâbîye mi ait olduğu, yoksa sonraki ravilerin ziyadesi mi olduğu net değildir.

Bu açıklamadaki satımın yasaklanma gerekçesi, mebinin yeterince görülmemesi, icab-kabulün (sîga) bulunmaması, temlîkin dokunmaya bağlanması, akdin bağlayıcı olması ve muhayyerliğin bulunmamasıdır. Nitekim muhayyerlik hakkı bulunması şartıyla bir malın incelemenden de olsa satımı câiz görülmüştür.²³

b) Müşterinin mebiye dokunması halinde akdin bağlayıcı olması ve muhayyerliğin bulunmaması şartıyla satış yapmaktır. Burada satış icab-kabulle yapılmakta, ancak mebiye dokunma durumunda muhayyerliğin ortadan kalkması şart koşulmaktadır.²⁴

Mülânese hakkında yer verdiğimiz bu açıklamalarda, tarafların mebiyi yeterince görüp tanımadan, birbirinin sattığı kumaşlara dokunarak trampa yapmaları veya müşterinin satılan elbiseye dokunmasıyla akdin bağlayıcı şekilde kurulması anlatılmaktadır. *Bey'u'l-hasâta* olduğu üzere, verdiğimiz her iki açıklamadaki satış da bütün mezheplere göre geçersizdir.²⁵

Özellikle top halindeki kumaş veya dürülmüş elbise gibi malların açılıp incelenmeden, sadece dokunmayla satılmasını ifade eden bu satımdaki asıl problem, satılan elbise ve kumaşların o dönemde standart olmayıp kıyemî mallar cinsinden olması ve müşteriye de muhayyerlik hakkının tanınmamasıdır. Hatta İmam Mâlik, elbiselerin (el dokuması olduğu için) her tarafına bakılmadan satılmasını, muhayyerlik yoksa, bu yasak kapsamında garar olarak görmektedir.²⁶ Yoksa mülânese, belli şartlarla câiz görülen fiilî mübâdeleden (*muâtât*) çok farklı değildir. Ancak burada mal yeterince incelenmeden ve muhayyerlik hakkı da tanınmadan yapılan satış söz konusudur ve karşılıklı rızayı tamamen ihlal etmektedir.

2. Münâbeze

Yukarıda verdiğimiz rivayetlerde, münâbezenin Hz. Peygamber (s.a.) tarafından yasaklandığı sabit olduğu için, İslam hukukçuları bu satışın geçersizliğinde ittifak etmiştir.

²² Buhârî, "Libâs", 20; Müslim, "Buyû", 1.

²³ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 5/65; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 3/56.

²⁴ Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, 4/48; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 3/63; Mahallî, *Şerhu'l-Mahallî ale'l-Minhâc*, 2/176.

²⁵ Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, 4/48; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 5/65; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 3/63 (وهذا البيع باطل على التأويلات كلها); İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/298; İbnü'l-Kayyim, *Zâdü'l-me'âd*, 5/820.

²⁶ Muvatta, "Buyû", 76 (4/963, no:2461).

Fakat bu satışın nasıl gerçekleştiği hakkında literatürde farklı açıklamalar yer almaktadır. *Münâbez*enin şekli hakkında dört farklı açıklama söz konusudur:

a) İlk açıklama, ilgili rivayetlerin bazılarının sonunda anlatılan²⁷ uygulama biçimidir. Buna göre, taraflardan her biri, karşı taraftaki elbiseyi incelemeksizin, elindeki elbiseyi karşı tarafa bırakmakta veya atmaktadır. Burada, düşünmeye ve aldığı elbiseyi incelemeye fırsat vermeyen, bağlayıcı bir trampa işlemi söz konusudur.²⁸

b) Satıcının müşteriye malı bırakmasının, akdi oluşturan icab-kabul (*sîğ'a*) kabul edilmesidir. Yani satıcı, akdi oluşturmak için mebiyi elinden atmaktadır.²⁹

c) Satıcının müşteriye “Bunu sana şu fiyata sattım ve bunu sana bıraktığımda (*izâ nebeztuhu ileyke*) satış bağlayıcı olacak ve muhayyerlik hakkın bulunmayacak” demesidir.³⁰

d) Ahmed b. Hanbel'in (ö. 241/855) yaklaşımına göre, müşterinin “Bana atacağın bir elbiseyi şu fiyata satın aldım” demesidir.³¹

Verdiğimiz bu farklı açıklamaların hepsi, mezheplerin ittifakıyla fâsid birer alışveriştir. İslam hukukçuları münâbezeyi, mebiyi görme imkânı vermeyen, taraflara muhayyerlik haklarını tanımayan veya icab-kabul söz konusu olmadığı için karşılıklı rızaya dayanmayan bir satış olarak görmüşlerdir. Bu satışın yasaklanma gerekçesi, öncekilerde olduğu üzere, mebide cehâlet bulunması, müşteriye mebiyi görme ve akidden vazgeçme konusunda fırsat tanınmaması ve akdin kurulmasının belirsizlik (*hatar*) içeren bir şarta bağlı olmasıdır. Özellikle akdin kurulmasının belirsiz oluşu bu satışı kumara benzetmektedir.³²

Burada yer verdiğimiz ve Hz. Peygamber (s.a.) tarafından yasaklanan bu üç satış, farklı açıklamaları da göz önüne alındığında, İslam borçlar hukukunun birçok ilkesini ihlal etmektedir:

- Akdin kuruluşunda veya mebinin seçiminde düşünme fırsatı vermemeleri
- Akdin kuruluşunda veya mebinin seçiminde belirsizlik taşımaları
- Akdin kuruluşunun ve temlikin şarta veya riske bağlanmış olması
- Müşteriye mebiyi görme ve inceleme imkânı vermemesi

²⁷ Buhârî, “Libâs”, 20; Müslim, “Buyû”, 1.

²⁸ Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 3/56; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 4/48; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 5/65.

²⁹ Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebîr*, 5/337; İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetu'l-muhtâc*, 4/293; Mahallî, *Şerhu'l-Mahallî ale'l-Minhâc*, 2/176.

³⁰ Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 4/48; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 3/64.

³¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/298; İbn Muflih, *el-Mubdi*, 4/28-9.

³² Cessâs, *Muhtasarü İhtilâfi'l-ulemâ*, 3/76; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, 6/417; Sahnûn, *el-Müdevvene*, 3/254; Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebîr*, 5/338; Ramlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 3/449; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/298.

- Mebinin ya hiç ya da yeterince bilinmemesi
- Bütün bu açılardan şans oyunu ve kumar niteliğine sahip olmaları
- Şeffaflık, açıklık ve karşılıklı rıza ilkeleriyle bağdaşmamaları
- Mağduriyetleri giderecek muhayyerlikleri ortadan kaldırmaları
- Haksız kazanca veya taraflar arasında çekişmeye yol açmaları.³³

Mezheplerin çoğunluğu bu satışların hükmü hakkında daha katı davranırken, Mâlikî mezhebinin –her bir satımdaki mahzurlu hususun kaldırılması ve akdin bağlayıcı olmaması kaydıyla- bu satışlara daha esnek yaklaştığı görülmektedir. Daha doğru bir ifadeyle, Mâlikîler bu şekilde eksiklikleri giderilen bir satımın, bu yasaklanan satımlar kapsamında olmadığı kanaatinde idirler.

Öte yandan, Hz. Peygamber (s.a.) tarafından yasaklanan bu satım türlerinin şekliyle ilgili farklı açıklamaların olduğu yukarıdaki bilgilerden görülmektedir. Cahiliyedeki bir satış türü hakkında literatürde birden fazla açıklamanın bulunmasında iki ihtimal söz konusu olabilir:

a) Bu açıklamaların hepsi veya çoğunluğu doğrudur ve farklı şekillerde gerçekleştirilen bu satışların hepsine birden aynı isim verilmiştir. Mesela çakıl ve taşlar kullanılarak yapılan birçok satış türünün hepsine birden ‘*bey’u’l-hasât*’ denilmiş olabilir.

b) Cahiliyede tek uygulama olmasına rağmen, ilgili hadislerde bu satışın şekli hakkında bilgi olmaması, sonraki zamanlarda farklı açıklama biçimlerini ortaya çıkarmış olabilir.

Darîr gibi çağdaş müellifler genellikle ikinci ihtimale meyletmişlerse de,³⁴ ilk ihtimalin de göz ardı edilemeyeceği kanaatindeyiz. Üstelik hangi açıklama biçimi olursa olsun, bunların hepsinin geçersiz olduğu ittifakla kabul edilmiştir, dolayısıyla garar konusuna temel teşkil etmesi açısından burada bir ihtilaf söz konusu değildir.

III. Şartlı Akidler

Burada söz konusu olan şart, fertler tarafından kendi hukuki işlemleri ile ilgili olarak ileri sürülen ve aslında akdin tabiatına dâhil olmayan şartlardır. Bunlara fıkıh ıstılahında *ca’li şartlar* veya *akdî şartlar* denilmektedir.

³³ Aynî, *el-Binâye*, 7/211; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, 6/417; İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 5/65-6; Şevkânî, *Neylu’l-evtâr*, 10/41, (no: 2177); Darîr, *el-Garar*, s. 155; Bardakoğlu, “Bey”, *DİA*, 6/14; Dönmez, “Garar”, *DİA*, 13/368.

³⁴ Darîr, *el-Garar*, s. 154.

İslam hukukunda, ana hatlarıyla üç çeşit ca‘lî şart vardır.³⁵

- *Ta‘likî şartlar*, akdin varlık ve gerçekleşmesinin kendisine bağlandığı şartlardır. Mesela “filanca kişiye arabayı satarsan, o kişinin borcuna ben kefilim” diyerek kefalet şarta bağlanmaktadır.

- *İzâfe şartları*, akdin işleyişini belli bir zamandan başlatan şartlardır. Mesela “Evimi gelecek aydan itibaren sana kiraladım” demek gibi...

- *Takyîdî şartlar* ise, akidden doğan hükümleri ve sonuçları değiştiren şartlardır. Mesela müşterinin satıcıya, ‘malın belirli bir mekâna naklini’ veya ‘semenin taksitle ödenmesini’ şart koşması takyîdî şartlara örnektir.

Bunlardan ilk ikisi (şarta ta‘lik ve zamana izâfe) akdin yürürlüğe girmesiyle ilgili iken, takyîdî şartlar (akde mukterin şartlar) akde ek kayıt ve düzenlemeler getirmektedir. Ta‘likî şartta akdin kendisi ‘şayet, eğer’ gibi bir şart edatıyla bir olaya bağlanmaktayken; takyidi şartta akid kurulmakta ancak akdin yanı sıra başka şeyler şart koşulmaktadır.³⁶

Şimdi bu şart çeşitlerini kendi başlıkları altında ele alarak, garar yasağıyla bağlantılarına değinmek istiyoruz:

A. Takyid Şartları

İslam borçlar hukukunda şartların sınırları konusunda farklı ictehadlar söz konusudur. Şartlar konusundaki farklı rivayetlerin³⁷ yorumlanması neticesinde, akidlerde koşulan

³⁵ Bardakoğlu, Ali, “İslâm Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdî Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı”, s. 10.

³⁶ Zerkeşî, *el-Mensûr fi’l-kavâid*, 1/370:

والفرق بين التعليق والشروط أن التعليق ما دخل على أصل الفعل بأداته، كإذ، والشروط ما جزم فيه بالأصل، وشروط فيه أمر آخر

³⁷ Akidlerde koşulan şartlar konusundaki belli başlı rivayetler şunlardır:

a) ‘Berîre hadisi’ olarak bilinen ve hadis kaynakları tarafından çok yaygın olarak tahrir edilmiş olan rivâyet için bkz. Buhârî, “Buyû”, 67, 73; Müslim, “Itk”, 6; Ebû Dâvûd, “Itk”, 2; Nesâî, “Talâk”, 29-31; İbn Mâce, “Talâk”, 29.

b) Müslümanların şartlarının arkasında olduklarını ifade eden rivayet için bkz. Buhârî, “İcâre”, 14; Ebû Dâvûd, “Akdiye”, 12; Tirmizî, “Ahkâm”, 17.

c) Hz. Peygamber’in (sa.) Câbir’den bir deve satın alması ve Câbir’in Medine’ye kadar binmeyi şart koşması hakkında bkz. Buhârî, “Şurût”, 4; Nesâî, “Buyû”, 77.

d) Yerine getirilmeye en layık şartların, nikahtaki şartlar olduğunu bildiren hadis için bkz. Buhârî, “Şurût” 6; Ebû Dâvûd, “Nikâh”, 39; Tirmizî, “Nikâh”, 31; Nesâî, “Nikâh”, 42.

şartların sınırı, hangilerininin fâsid şart kabul edileceği ve fâsid şartların akde etkisi konularında farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Akidlerde şartların sınırını çok dar tutanlar olduğu gibi, oldukça genişletenler de mevcuttur.³⁸

Bu sınırı en dar tutan Zâhirî fakihlere göre, tarafların şart koşma yetkisi, naslarda açıkça zikredilen şartlarla sınırlıdır. İbn Hazm, naslarda izin verilen şartları yedi adet olarak belirlemiştir ve ona göre bunların dışındaki şartlar fâsiddir.³⁹ Hatta İbn Hazm, bu sınırı genişleten İslam hukukçularını, tutarsız ve çelişkiye düşmüş kişiler olarak görmektedir.⁴⁰

Zâhirîler dışındaki İslâm hukukçuları, tarafların naslarda geçenler dışında da bazı şartlar ileri sürebileceği hususunda ittifak halindedirler. Ancak bunun sınırı konusunda ihtilaf edilmiştir. Bu yaklaşımları dardan geniş doğru şöylece özetlemek mümkündür:

İlk dönem Hanefileri ve genel olarak Şâfîiler, yeni akid görünümünde olan veya tek taraflı menfaat sağlayan şartları, akdin muktezâsına⁴¹ (yani akdin getirdiği hak ve borçlara) aykırı kabul etmişlerdir. Dolayısıyla bu tür şartlar fâsiddir. Şâfîiler istisnai olarak, âzad edilmesi şartıyla köle satışı, bu işlemin ilgili taraflara çok yönlü fayda sağlamasından dolayı câiz görmüşlerdir.

Başlangıçta Şâfîilerle paralel olan Hanefilerin görüşleri zamanla esnemiştir. Hanefiler takyidî şartın geçerli olabilmesi için yeni bir kriter koymuşlardır: Buna göre, şart koşulan husus, ya akdin muktezâsına uygun olması veya akdin muktezâsını destekleyen nitelikte olması veya toplumda şart koşulması âdet haline gelmiş olması durumunda, bu tür bir şart sahih ve bağlayıcı kabul edilmiştir.⁴²

e) Hanefî kaynaklarda yer alan ve Hz. Peygamber'in 'bey' ve şart'ı yasakladığına dair Ebû Hanîfe kanalıyla gelen rivayet ise, temel hadis kaynaklarında yer almamaktadır. Bu rivayetin yer aldığı ikincil hadis kaynakları için bkz. Zeylaî, *Nasbu'r-râye*, 4/17-8.

³⁸ Karaman, "Akid", *DİA*, 2/254; Bardakoğlu, "Bey", *DİA*, 6/17; Çalış, Halit, "İslâm Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları", s. 286-289.

³⁹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 8/412.

⁴⁰ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 8/415: ثم إن الخنفيين، والمالكيين، والشافعيين، أشد الناس اضطرابا وتناقضا في ذلك

⁴¹ İslam hukuku dilinde 'akdin muktezâsı', bir akdin kural olarak gerektirdiği hukuki sonuçlardır. Mesela satıcının satılan malı müşteriye teslim etmesi, bu maldaki ayıptan sorumlu oluşu, müşterinin parayı ödemesi alışveriş akdinin muktezâsından olan borçlardır. İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, nas/delil olmadığı sürece, akid yapan tarafların akdin muktezâsından olan sonuçlara aykırı, onları kayıtlayıcı, azaltıcı veya artırıcı bir şart ileri sürmesi câiz değildir. (Bardakoğlu, Ali, "İslâm Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdî Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı", s.16-17.)

⁴² Mergînânî, *el-Hidâye*, 6/442; İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, 5/84-5; Mecelle, md. 186-188.

Mâlikîler, taraflardan birinin kendi menfaatine şart koştuğu, diğer tarafın ise hakkına mâni olmayan şartları veya hayır amaçlı olmak üzere koşulan şartları da geçerli kabul etmişlerdir.

Hanbelîler, naslara ve satım akdinin muktezâsına aykırı olmayan bütün şartların sahih olduğunu kabul ederek, şartların alanını daha da genişletmişlerdir.

Câferîler, İsmâilîler ve Zeydîler de sahih şartları oldukça geniş tutmuşlardır. Onlara göre, naslara aykırı olmayan ve garara yol açmayan bütün şartlar geçerlidir.

Şevkânî'ye göre, (ö. 1250/1834) “*Aldatma yok!*” hadisi⁴³ akidlerde şart koşmanın câiz olduğunu açıkça göstermektedir. Bu sebeple, koşulan şartlarda ancak cehâlet ve garar unsuru söz konusuysa şartlar geçersizdir.

Takyîdî şartlar konusunda sınırı en geniş tutan fakihler, Kûfeli fakih İbn Şübrüme⁴⁴ (ö. 144/761) ile İbn Teymiyye (ö. 728/1327) ve öğrencisi İbnü'l-Kayyım el-Cevziyye'dir (ö. 751/1350). Bu fakihler, akdin maksadına veya naslara aykırı düşmeyen bütün şartların geçerli olduğunu ifade etmişlerdir.⁴⁵ Buna göre, bir kişiye “*başkasına satmaması veya hibe etmemesi şartıyla*” bir malı satmak, akdin maksadına aykırı düşen şarttır; “*faiz ödemesi şartıyla*” borç vermek ise naslara aykırı düşen şarttır.

Görüldüğü üzere, şartlar konusuna Zâhirîler ve nisbeten Şâfîiler ihtiyatlı yaklaşmışlar; Mâlikîler ve Hanbelîler ise daha olumlu bakmışlardır. Hanefîler ise ilk dönemlerde Şâfîilere daha yakın iken, tarihi süreçte daha geniş bir yaklaşım geliştirmişlerdir. Hangi şartların fâsid olduğu tartışması bir yana bırakılırsa, bir akdin fâsid şart içermemesi gerektiği konusunda mezheplerde ittifak bulunmaktadır.

Fâsid şartlar birçok sebepten kaynaklanmaktadır. Bunları dört gruba ayırmak mümkündür:⁴⁶

a) Bazı şartlar, taraflardan birine fayda sağlamaya yöneliktir. Bunlar, ‘şart koşulan fazlalık’ cinsinden oldukları için, riba gibi kabul edilmiştir.

b) Bazı şartlar, garar içerebilmektedir. Bunlardan birisi, koşulan şartın varlığında (bulunup bulunmadığında) garar bulunmasıdır (شرط في وجوده غرر).⁴⁷ Mesela bir devenin gebe

⁴³ Buhârî, “Buyû”, 48; Ebû Dâvûd, “İcâre”, 66; Nesâî, “Buyû”, 12; İbn Mâce, “Ahkâm”, 24; Muvatta, “Buyû”, 98 (4/988, no: 2523).

⁴⁴ İbn Şübrüme'nin görüşü için bkz. Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, 2/53; Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/175.

⁴⁵ İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ'l-Kübrâ*, 4/79-80; İbn Teymiyye, *el-Kavâidü'n-nûrâniyye*, s. 261; İbnü'l-Kayyım, *I'lâmu'l-muvakkîn*, 1/344-346.

⁴⁶ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/175-6.

⁴⁷ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/175, 168: ومنها الخلو عن الشروط الفاسدة وهي أنواع، منها شرط في وجوده غرر

olması şartıyla satın alınması –Hanefîlerden câiz görenler olmakla birlikte- garar içeren fâsid şarta örnektir. Mâlikîlere göre, derhal azad edilmesi şartıyla kölenin satımı câiz görülmüşken, azad etmenin sonraki bir zamana bırakılması halinde, bu şart garar sebebiyle câiz olmaz.⁴⁸ Gararın ortaya çıktığı diğer bir husus, şart muhayyerliğinin süresiyle ilgilidir. Şart muhayyerliğinin süresiz olması (ebedi olması), sürenin aşırı cehâlet içeren şekilde tespit edilmesi (mesela ‘rüzgarın esmesine kadar’) veya Ebû Hanîfe ve Züfer’e göre sürenin üç günden daha fazla olmasının şart koşulması hep garar sebebiyle fâsid şartlardır.⁴⁹

c) Bazı şartlar, lehiv cinsindedir (*şartu't-telehhi*) ve bu sebeple fâsiddir.

d) Bazı şartlar ise, akdin muktezâsına aykırı olması sebebiyle fâsiddir. Mesela satıcının mebiden bir müddet faydalanması şartıyla yapılan satışı, Hanefî ve Şâfiîler akdin muktezâsına aykırı gördükleri için; İbn Hazm ise naslarda zikredilmediği gerekçesiyle câiz görmemişlerdir. Buna karşılık Mâlikîler, Hanbelîler, Evzâî (ö. 157/774), İshak b. Râhûyeh (ö. 238/853) ve Şâfiî'nin ashabından olan Ebû Sevr (ö. 240/854) gibi fakihler ise, şart koşulan şeyin mâlum olması kaydıyla bunu câiz görmüşlerdir. Aynı şekilde, Mâlikî ve Hanbelîlere göre, müddeti kesin olarak tespit edilmek şartıyla, başkasına satılan hizmetçinin bir süre kullanılmasını veya satılan hayvana bir süre binilmesini şart koşturmak câizdir. Ağaç üzerinde belli bir müddet beklemesi şartıyla ağaçtaki meyvenin satılması da aynı hükme tabidir.⁵⁰

Günümüzde neredeyse gerçekleştirilen bütün akidlerde belirli şartlar ileri sürülmektedir ve bu şartlar da genellikle fayda sağlamak veya zararı bertaraf etmeye yöneliktir. Şart serbestisini dar tutmak, ticarî hayatta ciddi zorluklara yol açacaktır. Bu sebeple, günümüzde şart serbestisinin mümkün olduğunca geniş tutulması uygun olacaktır. Özellikle de toplumun ihtiyaç duyarak benimsediği, akdin muktezâsına ve naslara aykırı olmayan, riba veya garar içermeyen şartları geçerli kabul etmek gerekmektedir.

Bu değerlendirmelerden sonra, fâsid şartları konumuz açısından daha ayrıntılı olarak incelemek istiyoruz. Burada elbette ki bütün şartlar değil, sadece garar ve cehâlete yol açtığını tespit ettiklerimiz ele alınacaktır. Bilindiği üzere, bütün şartlar akde sığa sayesinde dâhil olurlar. Ancak yine de şartları *mebiye ait* ve *semene ait* şartlar olarak tasnif etmek mümkündür. Biz de bu ikili ayırım üzerinden konuyu ele alacağız:

⁴⁸ İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/161.

⁴⁹ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/174.

⁵⁰ İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/166-7; İbn Hubeyra, *İhtilafu'l-eimmeti'l-ulemâ*, 1/405; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 8/412.

1. Mebi ile ilgili şartlar

En çok rastlanan şart türü, mebiye dair koşulan şartlardır. Elbette mebi için koşulabilecek çok sayıda şart düşünülebilir. Literatürde bu şartlar ayrıntılı biçimde ele alınmış ve tartışılmıştır. Ancak biz bu şartlardan, garara sebep olabildiğini tespit ettiğimiz dört tanesini inceleyeceğiz. Bu dört konu, müşteriye belli süre içinde akdi feshetme hakkı tanıyan *şart muhayyerliği*, bazı şeyleri mebiden istisna ederek yapılan *sünyâ satışı*, mebinin belli nitelikte olmasının şart koşulması ve ayıp muhayyerliğinin bulunmamasının şart koşulmasıdır.

a. Şart Muhayyerliği

Şart muhayyerliği (*hıyâru 'ş-şart*), “ *tarafların şart koşarak akdi sürdürme ile feshetme arasında muhayyerlik hakkına sahip olması*” şeklinde tarif edilmiştir.⁵¹ Mahiyet itibariyle akdin bağlayıcılığının (*lüzûm*) ileri bir zamanda gerçekleşmesinin şart koşulmasıdır. Mâlikîler bu muhayyerliği içeren satıma *bey 'u 'l-hıyâr* demişlerdir.

Şart muhayyerliği, sünnet⁵² ve icma ile sabittir.⁵³ Hanefilere göre, şart muhayyerliği aslında akdin muktezâsına aykırıdır, ancak ihtiyaç sebebiyle kıyasa aykırı olarak sünnet tarafından istihsan yoluyla meşrû kılınmıştır.⁵⁴

Muhayyerliğin süresinin mutlaka belirlenmesi gerektiği, aksi halde *cehâlet-i fâhişe* sebebiyle akdi ifsad edeceği konusunda İslam hukukçuları görüş birliği halindedir. Ancak hadiste geçen üç günün âzami süre olup olmadığı konusunda görüş farklılığı mevcuttur. Ebû Hanîfe, Züfer ve Şâfîlilere göre, âzami süre 3 günle sınırlıdır. Bunun üzerindeki şartlar akdi ifsad eder.⁵⁵ Hanefî mezhebinden Ebû Yûsuf ile İmam Muhammed, Hanbelîler ve Ca‘ferîler , muhayyerliğin süresi net olarak belirlenmiş olması kaydıyla, süreye bir sınır

⁵¹ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/567: (ما يثبت لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ); “*Bâyi*’, ya müşteri veyahut ikisi birden, müddet-i ma‘lûme içinde bey ‘i fesh etmek, yahut icâzet ile infâz eylemek hususunda muhayyer olmak üzere, bey ‘de şart kılmak câizdir.” (Mecelle, md. 300.)

⁵² ‘Aldatma yok’ sözünü içeren olay için bkz. Buhârî, “Buyû”, 48; Müslim, “Buyû”, 48; Muvatta, “Buyû”, 98 (4/988, no: 2523). Ayrıca bazı hadislerde geçen muhayyerlik ifadeleri de şart muhayyerliği olarak anlaşılmıştır. Mesela bkz. Buhârî, “Buyû”, 44 (إلا بيع الخيار); Ebû Dâvûd, “İcâre”, 51 (صفقة خيار).

⁵³ Nevevî, *el-Mecmû’*, 9/225, 9/190: يصح شرط الخيار في البيع بالإجماع إذا كانت مدته معلومة

⁵⁴ Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 5/174; Serahsî, *Usûlu’s-Serahsî*, 1/264:

ولهذا كان القياس أن لا يجوز البيع مع خيار الشرط ولكن السنة جوزت ذلك لحاجة الناس

⁵⁵ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/39; Zeylaî, *Tebyînu’l-hakâik*, 4/14; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/568; Nevevî, *el-Mecmû’*, 9/188; Ramlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 4/18-19.

koymamışlardır.⁵⁶ Mecelle’de İmameynin görüşü kanunlaştırılmıştır.⁵⁷ Mâlikîler sürenin ihtiyaç oranında uzayabileceğini kabul etmişler ve mebi türlerine göre (gayri menkûl, binek hayvanları ve diğer eşyalar) farklı süreler takdir etmişlerdir. Mesela gayri menkûllerde âzami muhayyerlik süresi 36 gün olarak belirlenmiştir.⁵⁸ Sürenin mutlak olarak zikredilmesi veya süresiz olması halinde akde etkisi konusunda, ifsad, ibtal, akdin geçerli kalıp şartın geçersiz olması, şartın da değişmesi gibi çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.⁵⁹

Üç günden fazlasını câiz görenlerin gerekçesi, bu şartın aslında garar içerdiği ancak hacet sebebiyle câiz kılındığı, dolayısıyla ihtiyaç halinde daha uzun bir sürenin de câiz olabileceğidir. Önemli olan sürenin belli olması, sınırsız (*müebbed*) olmamasıdır. Üç günle sınırlı görenler ise, nassın üç günle sınırlı olarak varid olduğunu ve buna uyulması gerektiğini söylerler.⁶⁰

Özetle, fukahanın bir kısmı süreyi üç günle sınırlandırmakta, diğer bir grup tamamen tarafların anlaşmasına bırakmakta, İmam Mâlik ise orta yolu seçerek, şart muhayyerliğini mebi türüne göre makul bir süreyle sınırlandırmaktadır. Sürenin belli olması gerektiği konusunda ise İslam hukukçuları arasında görüş birliği vardır.⁶¹

b. Sünyâ Satışı

Sünyâ satışı, satıcının mebiden ya da menfaatinden bazı unsurları istisna ederek yaptığı satıştır ve mebi ile ilgili şartların tipik örneklerindedir. *Süneyyâ* veya *süneyye* olarak da isimlendirilen bu satışta garar oluşabilmektedir. Bu satışta gararı oluşturan şey, şart yoluyla istisna edilenin bilinmemesidir. Zira istisna edilen kısmın bilinmemesi, kalan kısmı da belirsiz kılmaktadır. İstisna edilenin bilinmesi durumunda ise, garar söz konusu değildir.⁶² Nitekim

⁵⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/38; Zeylaî, *Tebyînü’l-hakâik*, 4/14.

⁵⁷ Mecelle, md. 300.

⁵⁸ İbn Rüşd el-Hafid, *Bidâyetü’l-müctehid*, 2/210; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/39; Derdîr, *eş-Şerhu’s-sağîr*, 3/135.

⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. “Hıyâru’ş-şart”, *Mv.F.*, 20/86-7.

⁶⁰ Ebû Yûsuf, *İhtilâfu Ebî Hanîfe ve İbn Ebî Leylâ*, s. 16-7; Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 5/174:

وهذا بيع الغرر؛ لأنه تعلق انعقاد العقد على غرر سقوط الخيار إلا أنه ورد نص خاص بجوازه فيتبع مورد النص، وإنه ورد بثلاثة أيام فصار ذلك مخصوصاً

⁶¹ Şart muhayyerliğinin akid üzerindeki etkisinin detayı için bkz. Şehhâte, *en-Nazariyyetü’l-âmme*, s. 103-106.

⁶² İbn Rüşd el-Hafid, *Bidâyetü’l-müctehid*, 2/155.

konuyla ilgili rivayetlerin çoğunluğunda, sünyâ satışı, ‘*istisna edilenin bilinmemesi*’ kaydıyla yasaklanmıştır.⁶³

Bir satımdan neyin istisna edilebileceği konusunda literatürde çok ayrıntılı tartışmalar bulunmaktadır. Burada çok fazla ayrıntıya girilmeden konu özet olarak ve ilke düzeyinde ortaya konmaya çalışılacaktır:

Bilinmenin ölçüsü aslında genel olarak tespit edilmiştir. Ancak yine de, mâlum olma yönü net konularda ittifak edilirken, yoruma açık olanlarında ihtilaf edilmiştir. Hanefiler, bu konudaki ölçüyü “*Münferiden satılması câiz olan şeyin, mebiden istisnâsı dahi câiz olur.*” şeklindeki ilkeyle özetlemiştir.⁶⁴ Bu ilke, Şâfiî ve Hanbelîlerce de kabul görmüştür.⁶⁵ Yani Mâlikîler dışındaki üç mezhebin bu konudaki genel yaklaşımı, istisna edilen kısmın, normalde bir mebide aranan hükümlere tabi olmasıdır. Bu ilkeye göre, istisna edilen kısmın bilinmemesi, mevcut ve mütekavvim olmaması, ancak zarar vererek teslim edilebilmesi, tayin edilmemiş olması gibi olumsuz durumlar, akdin sıhhatini olumsuz etkiler. Mâlikîler ise konuya daha esnek yaklaşmışlar ve aşağıda zikredilecek bazı ayrıntılarda farklı görüşler beyan etmişlerdir.

İstisnanın tamamen belirsiz olduğu veya varlığının şüpheli olduğu durumlarda, sünya satışı dört mezhebe göre de geçersizdir. Mesela cariye'nin karnındaki cenin satılmadığı gibi, bir cariye'nin -karnındaki cenini hariç tutularak- satımı da geçersizdir. Çünkü meçhul bir şey istisna edilmektedir.⁶⁶ Aynı durum, inek, deve, koyun vb. hayvanların karınlarındaki yavrular hariç tutularak satılmaları için de söz konusudur.⁶⁷ Her iki durumda da, anne karnındaki yavrunun özellikleri ve selâmeti bilinmemektedir. Ayrıca henüz zarar vermeksizin teslim edilememektedir. Öte yandan, Ebû Sevr (ö. 240/854) ve Davûd ez-Zâhirî (ö. 270/884) gibi bazı ilk dönem âlimlerinin ve bir rivayette Ahmed b. Hanbel'in (ö. 241/855) bu satışlara cevaz verdikleri de ifade edilmiştir. Bu fakihler İbn Ömer'in (r.a.) bir cariye sattığı ve karnındaki cenini istisna ettiğine dair rivayeti esas almışlardır. Onlara göre anneden istisna

⁶³ Ebû Dâvûd, “Buyû”, 33; Tirmizî, “Buyû”, 55; Nesâî, Muzaraa 45, “Buyû”, 74: (عن جابر أن النبي ص نهي عن ...). Müslim, “Buyû”, 85'te ise kayıtsız olarak sadece yasaktan bahsedilmiştir.

⁶⁴ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/558: (ما جاز إيراد العقد عليه بانفراده صح استثنائه منه); Mecelle, md. 219.

⁶⁵ Mahallî, *Şerhu'l-Mahallî ale'l-Minhâc*, 2/181; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/174; Behûtî, *er-Ravdu'l-murbi*, 4/357; “Bey' menhiyy anh”, *Mv.F.*, 9/203.

⁶⁶ Muvatta, “Müdebber”, 1 (5/1183, no: 3002); Şeybânî, *el-Mebsût*, 5/90.

⁶⁷ Muvatta, “Buyû”, 1 (4/881, no: 2260), “Buyû”, 75 (4/961, no: 2454); Şeybânî, *el-Mebsût*, 5/96.

edilen yavru, hukuken satıcının malıdır ve sünyâ yasağı kapsamına girmemektedir.⁶⁸ Çoğunluğa göre ise, sünya satışı ancak istisna edilen şey, satılan mebiden zararsız olarak ayrılabilir ve teslim edilebiliyorsa geçerlidir.

İstisna edilenin nicelik olarak bilindiği ama tayin edilmediği kıyemi malların satışı çoğunluk tarafından câiz görülmemiştir. Mesela “herhangi bir koyun hariç koyun sürüsünün satılması veya herhangi bir ağaç hariç bahçenin tamamının satılması” gibi satışlar câiz değildir. Çünkü bu, istisna edilenin dışındaki kısmı da belirsiz hale getirmektedir.⁶⁹ Mâlikîler ise, mal sahibinin iyi olanları bildiğini ve onu tercih edeceğini, burada önemli bir garar veya cehâlet olmadığını belirterek, bu satışları câiz görmüşlerdir. Misli mallarda miktar cinsinden yapılan istisnalara ise fakihler çoğunlukla daha olumlu yaklaşmıştır. Mesela “bir ölçek hariç bir yığın buğdayın satılması” genellikle câiz görülmüştür.⁷⁰

Mebinin menfaatten faydalanma konusundaki istisnalar da fıkıh literatüründe değerlendirilmiştir. Mesela bir evin, içinde bir süre daha oturmak şartıyla satılması böyledir. Hanefîler bu tür şartları, semenden hissesi varsa icâre, yoksa iâre olarak değerlendirmekte ve “bir akidde iki akid” olması sebebiyle fâsid kabul etmektedir.⁷¹ Şâfiîler de bunu ‘satım ve şart’ cinsinden görerek geçersiz saymışlardır. Mâlikî ve Hanbelîlere göre bu tür satışlar, menfaat mâlum olduğu için, câizdir.⁷² Nitekim Câbir (r.a.) Hz. Peygamber’e (s.a.) bir deve satmış ve Medine’ye kadar binmeyi şart koşmuştur.⁷³

c. Mebinin Belli Bir Nitelikte Olması Şartıyla Satım

Doktrindeki yaygın görüşe göre mebinin belli özelliğe sahip olmasını şart koşturmak, mesela belli bir renkte olmasını şart koşturmak, câizdir ve bu tür şartlarda garar unsuru bulunmamaktadır. Ancak şart koşulan bu özelliğin işe yarar ve aranan bir özellik (*merğûb fihâ*) olması gerekir, yoksa sırf eğlence (*telehhi*) amaçlı olması câiz değildir. İbn Abidin bu konudaki ilkeyi şu şekilde tespit etmiştir: “Garar içermeyen ve insanlarca aranan her türlü özelliğin şart koşulması câizdir”.⁷⁴ Şartın garar içermemesi için aranan kriter, şart koşulan

⁶⁸ İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/163; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/175.

⁶⁹ Şeybânî, *el-Mebsût*, 5/90, 96-7; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/558-9.

⁷⁰ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/7; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/558.

⁷¹ Merğînânî, *el-Hidâye*, 6/446; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/7.

⁷² Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 6/514; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/166.

⁷³ Buhârî, “Şurûtu”, 4; Nesâî, “Buyû”, 77.

⁷⁴ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/592: قلت والضابط للأوصاف أن كل وصف لا غرر فيه فاشترطه جائز لا ما فيه غرر إلا أن لا يرغب فيه

şeyin varlığının kesin olması, garanti edilebilmesi ve bu şarta kolayca muttali olunabilmesidir.

Buna göre, bir ineğin “belli bir miktarda süt veriyor olması” şartıyla satın alınması cumhûra göre fâsiddir. Çünkü bu şartı satıcının garanti etmesi mümkün değildir. Halbuki hayvanın “sütlü/sağmal” (*lebûn*) olması şartıyla satın alınması ise Şâfî’ye göre sahih, Ebû Hanîfe’ye göre fâsiddir ancak Hanefilerde bu şartı sahih gören rivayetler vardır. Hanefilerdeki görüş farkının sebebi, koşulan ‘sütlü’ olma şartının varlığına kolayca muttali olunabilmesi konusundaki yaklaşım farkıdır.⁷⁵

Şart koşulan şeyin varlığına kolayca muttali olmak mümkün değilse, garar sebebiyle bu şart fâsiddir. Mesela köle ve cariye satın alınırken, okuma-yazma bilmesi veya yemek yapmayı bilmesi şartının koşulması, kolay muttali olunabilecek cinstendir. Halbuki bir hayvanın gebe olması şartıyla satışı, klasik literatürde fâsid kabul edilmiştir çünkü geçmiş dönemlerde kolayca ve kesin olarak buna muttali olmak mümkün değildi. Günümüzde ise ultrason veya tıbbi tahlil yoluyla bu tespit edilebilmektedir. Ancak ‘kolaylıkla ıttılâ’ ölçüsünün uygulanmasında Hanefî mezhebi içinde farklı görüşler de nakledilmiştir. Mesela av için eğitilmiş olması şartıyla bir köpeğin satın alınması, Ebû Yûsuf’a göre ve İmam Muhammed’den bir rivayete göre kolay anlaşılacağı gerekçesiyle câizken; İmam Muhammed’den diğer rivayete göre ise avlanma olmaksızın anlaşılamayacağı için garar sebebiyle câiz değildir.⁷⁶

d. Ayıptan Sorumlu Olmama Şartı

Ayıp muhayyerliği, bedellerde fark edilen bir kusur gerekçesiyle tarafların akdi feshetme hakkına sahip olmasıdır. Satıcının mebiddeki kusurlardan sorumlu olmama şartı koşması (*şartu’l-berâe*) konusunda mezheplerde ciddi görüş farklılıkları bulunmaktadır.

Bu şarta en olumlu yaklaşanlar Hanefîler olmuştur. Hanefîlerdeki genel görüşe göre satıcının mebiddeki kusurdan sorumlu olmama şartını ileri sürmesi (*el-berâe ani’l-uyûb*) geçerlidir. Bu durumda, satıcı ayıplardan sorumsuz olur ve müşteri hakkından vazgeçtiği için akdi feshedemez. Her ne kadar bu şart cehâlet ve garar içerse de, satıcının kendini koruma ihtiyacı sebebiyle ve şartın baştan kabul edilmesi sebebiyle nizaya sebebiyet vermeyeceği için

⁷⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/20; Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 5/168-9, 172; Nevevî, *el-Mecmû’*, 9/324; Nevevî, *Ravdatü’t-tâlibîn*, 3/73; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/238-9.

⁷⁶ Şeybânî, *el-Mebsût*, 5/97; Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 5/169, 172; Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 105. İmam Muhammed, bir özelliğin bulunması şartı ile bulunmaması şartı (*berâe*) arasında bazı ayrımlar gözetmektedir.

fahiş garara yol açmadığı düşünülmüştür.⁷⁷ İmam Muhammed'e göre ise bu câiz değildir.⁷⁸ İmam Mâlik'e göre, satıcının muttali olabileceği ayıplar konusunda câizdir, muttali olması zor olan ayıplarda ve mal cinslerinde ise geçersizdir çünkü bu durumda garar çok fazladır.⁷⁹ Şâfiîlerde bu konu, satılan malın türü, satıcının aybı bilip bilmemesi, müşteriye gösterip göstermemesi gibi ayrıntılarla ve birkaç ihtimalle ele alınmıştır. İmam Şâfiî'den gelen bir görüş de ayıplardan beri olma şartının câiz olduğu yönündedir.⁸⁰

Hanbelîlerdeki kabul görmüş rivayet ve Şâfiîlerdeki diğer bir görüş ise, bu şartın geçersiz olduğu yönündedir. Bu görüşe göre, söz konusu şart, şayet satıcı aybı biliyorsa *aldatma* kapsamında, bilmiyorsa *garar* kapsamındadır ve kesinlikle geçerli değildir. Öte yandan, Şâfiîlerde genel kabul görmüş (*el-kavlu'l-azhar*) ve Mâlikîlerde sahih olan görüş, Hanbelîlerdeki bir rivayet, satıcının ancak hayvanların satımında haberdar olmadığı ayıplar hakkında böyle bir şart koşabileceği yönündedir.⁸¹

2. Semenle İlgili Şartlar

Garar içermesi muhtemel şartlardan biri de, semene dair koşulan şartlardır. Semende garar oluşturduğunu tespit ettiğimiz bazı şartlar şunlardır: Kaparolu satım, nakit muhayyerliği ve paranın ödenmesiyle ilgili diğer şartlar. Bunlardan semende garara en tipik örnek, kaparolu satıştır.

a. Kaparolu Satım (*Bey'u'l-urbân*)

Urbân, müşterinin satım, icâre vb. akidlerde, koşulan belli şartlar çerçevesinde ön ödeme yapmasıdır. Klasik fıkıh kaynaklarında *arabûn*, *urbûn* ve benzer şekillerde de zikredilmektedir. Arapçada, bu şartla yapılan satışa *bey'u'l-urbân* veya *el-bey bi'l-urbân* denilmektedir. Urbân (kapano) denildiğinde ilk akla gelen şekilde, müşteri satıcıya bir miktar peşin para vermekte; satım gerçekleşirse bu para toplam fiyata mahsûb edilmekte; müşterinin akidden dönmesi durumunda ise yaptırım özelliği taşıyan bir hibe olarak satıcıya kalmaktadır.⁸²

⁷⁷ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/171-2 (وَيَجُوزُ الْبَيْعُ بِشَرْطِ الْبَرَاءَةِ عَنِ الْعَيْبِ عِنْدَنَا), 5/276; Karâfî, *ez-Zehîra*, 5/93.

⁷⁸ Semerkandî, *Tuhfetu'l-fukahâ*, 2/103.

⁷⁹ İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/184.

⁸⁰ Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebîr*, 5/271-2.

⁸¹ Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 3/132-3; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/264-5; “‘Ayb”, *Mv.F.*, 31/90.

⁸² İbnü'l-Esîr, *en-Nihâye*, “‘a-r-b”, 3/202; San'ânî, *Sübülü's-selâm*, 3/17.

Günümüzde ticarî işlemlerde sıkça müracaat edilen kaparo uygulaması, Türkçe’de *pey akçesi* ve *pişmanlık akçesi* terimleriyle ifade edilmiştir. Bu iki terim arasında farklılık söz konusudur. Müşteri paranın bir kısmını sözleşmenin yapıldığına kanıt olarak ve esas alacaktan düşülmek üzere vermişse, buna *pey akçesi* (bağlanma parası) denilmektedir. Bu hükme ek olarak, müşterinin alışverişten vazgeçmesi durumunda bu paranın satıcıda kalması da öngörülüyorsa, buna *pişmanlık akçesi* (cayma parası) denilmektedir.⁸³

İslam hukukunda *pey akçesi*yle *pişmanlık akçesi*nin hükümleri arasında fark vardır:

Pey akçesi şartıyla yapılan akidlere genel olarak olumlu bakılmıştır. Zira akidden cayılması durumunda peşinat olarak verilen para müşteriye iade edilmektedir. Sadece gereksiz garar oluşmaması için muhayerlik süresinin net olarak tayin edilmesi gerekmektedir.⁸⁴ Bu konuda dikkati çeken bir husus, Hanefî literatüründe kaparo konusuna neredeyse hiç temas edilmediğidir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, konuya yer veren tek Hanefî kaynak Suğdî’nin (ö. 461/1068) *en-Nütef*’idir. Suğdî *pey akçesi*ni fâsid satışlar başlığı altında zikretmiş, *pişmanlık akçesi*ne ise yer vermemiştir.⁸⁵ Suğdî *pey akçesi*ni fâsid şartlardan saysa da, Hanefîlerin ‘tek taraflı menfaat sağlayan şartlar’ konusundaki olumsuz kanaatlerini tarihî seyir içinde yumuşattıkları ve örfte mevcut şartları istihsânen câiz kabul ettikleri bilinmektedir.

Öte yandan, *pişmanlık akçesi* (yeni ifadesiyle ‘*cayma parası*’) uygulaması, ilk dönemlerden itibaren İslam hukukçuları tarafından tartışılmıştır. Konu, klasik literatürde satım akdi özelinde incelenmiş olmakla beraber, icâre ve istisnâ’ gibi diğer akid türlerine de teşmil edilmiştir. Mesela, bir zanaatkara bir iş karşılığı bir miktar peşin para verilmesi, müşteri imal edilen şeyden memnun kalırsa verdiği peşin paranın semenden mahsub edilmesi, aksi halde ise üreticide kalması da bu çerçevede değerlendirilmiştir.⁸⁶

⁸³ Türk Borçlar hukukunda, verilen peşinat, aksine sözleşme veya yerel adet olmadıkça, *pey akçesi* (*bağlanma parası*) sayılmıştır. (BK 156., TBK 177. madde) Öte yandan, taraflar aralarında yapacakları sözleşmede, peşinen verilen paranın *pişmanlık akçesi* (*cayma parası*) olduğunu kararlaştırabilirler. Buna göre, müşterinin vazgeçmesi durumunda bu para satıcıda kalırken, satıcının cayması durumunda ise aldığı iki katını geri ödemesi gerekmektedir. (BK 156., TBK 178. madde). *Pişmanlık akçesi*, BK 156. maddede ‘*zamân-ı rucû şartlı pey akçesi*’ olarak ifade edilmiştir.

⁸⁴ Bâcî, *el-Müntekâ*, 4/157-8; Darîr, *el-Garar*, s. 125.

⁸⁵ Suğdî, *en-Nütef*, 1/472-473:

وهو أن يشتري الرجل السلعة فيدفع إلى البائع دراهم على أنه إن أخذ السلعة كانت تلك الدراهم من الثمن وإن لم يأخذ فيسترد الدراهم.

⁸⁶ Nevevî, *Ravdatü’-t-tâlibîn*, 3/65.

Pişmanlık akçesi uygulamasında, akdin feshedilmesi durumunda paranın satıcıda kalmasının, “akidlerde koşulan şartlara uyma” ilkesi ile “riba-garar yasakları” ve “sebepsiz kazancın önlenmesi” ilkeleri arasında nereye oturacağı tespit edilmeye çalışılmıştır:

a) Mâlikîler, Şâfîiler ve Hanbelî fakih Ebû Hattâb’tan (ö. 432/1041) oluşan İslam hukukçularının çoğunluğu, bu uygulamanın câiz olmadığı kanaatindedir.⁸⁷ Bu görüşü savunanlar, İmam Mâlik kanalıyla Hz. Peygamber’den (s.a.) gelen bir rivayeti⁸⁸ de delil göstermişlerdir.

Bu satımın yasaklanmasına gerekçe olarak çok sayıda husus zikredilmiştir:⁸⁹

a. Akdin garar içermesi: Akdin tamamlanıp tamamlanmayacağına dair belirsizlik içermesi ve gerçekleşmeme riski taşıması

b. Fâsid şart içermesi ve bâtil yolla mal kazanımına sebep olması: Müşteriye akidden vaz geçme hakkı verilmesi ve bu durumda, peşin verdiği miktarın karşılıksız olarak satıcıya geçmesi şart koşulmaktadır.

d. Kumar unsuru içermesi⁹⁰

e. Peşinat veren müşteriye tanınan muhayyerliğin süresinin meçhul olması

f. Satıcının akidden dönme hakkının tamamen ortadan kalması

Bu görüşte olan fakihlere göre, müşterinin akdi feshetmesi durumunda kaparo müşteriye iade edilmelidir. Hatta müşteri akdi tamamlamayı seçse bile, koşulan şart sebebiyle akid yine de geçersizdir.

b) Ahmed b. Hanbel ve Hanbelî fukahanın çoğunluğu, pişmanlık akçesi uygulamasını sahih görmüşlerdir.⁹¹ Bu görüşü savunanlar, akidlerde ibâhanın asıl olduğu, kaparo şartının

⁸⁷ Bâcî, *el-Müntekâ*, 5/41; İbn Rüşd el-Ced, *el-Mukaddimâtü'l-mumehhidât*, 2/73; İbn Cüzey, *el-Kavânînü'l-fikhiyye*, s. 408; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 3/63; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 3/65; Ramlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 3/476; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/331; San'ânî, *Sübülü's-selâm*, 3/17. Hanefî kaynaklarda “pişmanlık akçesi” uygulaması ele alınmamıştır. Ancak fâsid şart konusundaki görüşleri esas alındığında, bu uygulamayı “satıcı için karşılıksız menfaat içeren şart” kabul etmeleri ve akdi fâsid kabul etmeleri kuvvetle muhtemeldir.

⁸⁸ Muvatta, “Buyû”, 1(4/879, no: 2257); Ebû Dâvûd, “Buyû”, 69; İbn Mâce, “Ticârât”, 22; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 2/183:

مالك، عن الثقة عنده، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن رسول الله ص نحي عن بيع العريان (الموطأ)

⁸⁹ İbn Rüşd el-Ced, *el-Mukaddimâtü'l-mumehhidât*, 2/73; İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/163; Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/246; San'ânî, *Sübülü's-selâm*, 3/17; Darîr, *el-Garar*, s. 123-125.

⁹⁰ Mâverdi, *el-Hâvî'l-kebîr*, 5/338.

⁹¹ İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/331; İbn Muflih, *el-Mubdi*, 4/58; İbnü'l-Kayyim, *I'lâmu'l-muvakkîn*, 3/389; San'ânî, *Sübülü's-selâm*, 3/17.

naslara aykırı olmadığı, akdî/ca'î şartlara mümkün olduğunca riayet etmek gerektiği gibi ilkelerden hareket etmişlerdir.

Bu görüş bazı sahâbî ve tâbiûn âlimlerinden de nakledilmiştir. Hanbelfiler, İbn Ömer'in (ö. 72-3/691-2) bu akdi câiz görmesini⁹² ve bir sahâbînin Ömer b. Hattâb (ö. 23/644) adına Safvân b. Ümeyye (ö. 41/661) ile kaparolu bir işlemde bulunmasını delil olarak göstermişler ve bu konuda sahâbenin sükûtî icmasının oluştuğunu iddia etmişlerdir.⁹³ Ancak diğer grup, Hz. Ömer'in olayında akidden cayılmadığı için bunun kaparo lehinde bir delil olamayacağı kanaatindedir. İbn Hanbel ise, ilk grubun istidlal ettiği İmam Mâlik kanalıyla gelen Amr b. Şuayb (ö. 118/736) hadisini zayıf kabul etmiştir.⁹⁴

Ömer b. Hattâb'ın (ö. 23/644) mevlâsından olan Zeyd b. Eslem'den (ö. 136/753) Hz. Peygamber'in (s.a.) bu satıma cevaz verdiğine dair bir rivayet gelmiştir.⁹⁵ Ancak bu rivayet mürsel olması sebebiyle zayıftır ve kaynaklarda bu yönde başka bir rivayete de rastlanmamaktadır.

Görüldüğü üzere, her iki görüş sahipleri de rivayetlerle kendi görüşlerini desteklemişlerdir. Konunun hükmü hakkındaki ihtilafın kaynağı, rivayetlerin sıhhatiyle ilgili değerlendirme farkıdır. İbn Hanbel, tâbiûndan Amr b. Şuayb'ten gelen rivayeti zayıf kabul ederken; çoğunluk ise İbn Hanbel'in esas aldığı Zeyd b. Eslem'den gelen rivayeti zayıf kabul etmişlerdir.

Kanaatimizce, pişmanlık akçesi uygulamasındaki problemleri hususları, iki maddeye irca etmek mümkündür: Garar ve fâsid şart. Bu iki hususa ise farklı bakış açılarıyla bakmak mümkündür:

Bir bakış açısına göre, müşteriye akdi feshetme hakkının tanınması, akdin neticesine dair garar oluşturmaktadır. Ayrıca bu muhayyerlik süresinin belirlenmemesi durumunda, gararın miktarı daha da artmaktadır. "Müşterinin akitten vaz geçmesi durumunda, peşinen verdiği parayı satıcıya bırakma şartı"nı ise, satıcı için karşılıksız menfaat ve haksız kazanç öngören fâsid bir şart olarak değerlendirmek mümkündür.

Öte yandan, bu iki hususa daha esnek bakmak da mümkündür. Müşterinin vaz geçme ihtimalinden kaynaklanan garar, diğer muhayyerliklerde de bulunmaktadır. Ancak ihtiyaç

⁹² İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 11/671 (no: 23660)

⁹³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/331.

⁹⁴ Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/334-5; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/331; San'ânî, *Sübülü's-selâm*, 3/17.

⁹⁵ İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 11/670-71 (no: 23656, 23661) (أن النبي ص أحل العريان في البيع); İbn Rüşd el-Hafid, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/163.

sebebiyle belli kayıtlarla meşrû kılınmışlardır. Muhayyerlik süresinin belirlenmesiyle, buradaki garar da, ihtiyaç sebebiyle dikkate alınmayabilir. Muhayyerlik süresinin belirlenmemesi ise, gararı gereksiz yere artırmaktadır. Fâsid şart yorumu ise, Hanefilerde örfte mevcut şartlar olumlu karşılandığı için, pişmanlık akçesi uygulamasının günümüzdeki yaygınlığı sebebiyle gündemden düşebilir.

Birçok çağdaş İslam hukukçusu, satıcının kayba uğrama riskini azaltıcı ve güven ortamı oluşturucu fonksiyonu sebebiyle Hanbelî mezhebinin görüşü doğrultusunda fetva vermişlerdir. İslam Konferansı Teşkilatına bağlı *İslam Fıkıh Akademisi*, 1993 yılında aldığı 72 no'lu kararda da bu yönde görüş benimsemiştir. Bu kararda, pişmanlık akçesi uygulamasında ma'hud bir süre yoksa, müşterinin muhayyerlik süresinin akid esnasında tespit edilerek sınırlandırılması şartıyla bu uygulamanın cevazına fetva verilmiştir. Kararda ayrıca pişmanlık akçesinin, bedellerden birinin veya her ikisinin akid meclisinde peşin teslimini gerektiren akidlerde (*selem; ribevî malların değişimi, sarf*) câiz olmayacağına da dikkat çekilmiştir.

İslam ülkelerinin çoğunluğunun mevzuatında pişmanlık akçesi uygulaması meşrû kabul edilmiştir.⁹⁶ Bununla beraber, Sudan ve Yemen kanunları ise, klasik fıkhıdaki yaygın görüşü benimseyerek pişmanlık akçesi uygulamasını geçersiz saymış, sadece fıkıh literatüründe yaygın kabul görmüş olan pey akçesi uygulamasını câiz görmüştür. Ayrıca Sudan'da akidden cayılması durumunda satıcının maddi zararının tazmin edilmesine yönelik düzenlemeler yapılmıştır.⁹⁷

Buraya kadar anlatılanlardan hareketle, pişmanlık akçesi konusunda bizde oluşan kanaat, garar konusu süre tayin edilerek çözülsün de, fâsid şart ve haksız kazanç probleminin devam ettiği yönündedir. Bu sebeple, ticaret ve zanaat erbâbına öncelikle *pey akçesi* uygulamasının önerilmesi daha uygun olacaktır. Ancak pişmanlık akçesi uygulamasının çeşitli faydaları (mesela ticarî muamelelerde ciddiyeti sağlaması, satıcının söz konusu süre içinde malı satamamasından dolayı karşı karşıya kaldığı zararın telafisi niteliğinde olması, müşteriye bir süre daha düşünme imkânı tanınması vb.) da göz önünde bulundurulacak ve

⁹⁶ Suriye MK 104., Mısır MK 103., Irak MK 92., Libya MK 103., Bahreyn MK 52-54., Ürdün MK 106-107., Kuveyt MK 74-75., Birleşik Arap Emirlikleri MK 148. ve Katar MK 100-101. maddeler.

⁹⁷ Yemen MK 575-6. maddeleri. Sudan'daki düzenleme için bkz. Kallek, Cengiz, "Kaparo", *DİA*, 24/340.

pişmanlık akçesi uygulamasına duydukları ihtiyacın takdirini de esnaf ve zanaatkarlara bırakarak bu konudaki olumlu görüş de sunulmalıdır.⁹⁸

b. Nakit Muhayyerliği

Nakit muhayyerliği, satıcının akid anında şart koşarak, belli süre içinde semenin ödenmemesi durumunda akdi feshetme hakkına sahip olmasıdır. Mesela satıcının “*Bana üç gün (belirli bir gün) içinde parasını ödemen şartıyla bu mebiyi satıyorum. Ödemezsen satış geçersizdir.*” şeklinde şart koşmasıdır.

Hanefiler, Mâlikîler ve Hanbelîlere göre, böyle bir şart geçerlidir. Meşrûiyeti sahâbe uygulaması ve ictihada dayanmaktadır. Züfer ve Şâfiî’ye göre ise geçersizdir, zira böyle bir şart garar niteliklidir, akdin feshi garara bağlanmıştır. Öte yandan, bu muhayyerliği kabul edenler açısından, muhayyerliğin âzami süresi ihtilaflıdır. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf’a göre, üç güne kadar geçerlidir; sürenin üç günden fazla olması garar sebebiyle akdi ifsad eder. Ancak üç günden fazla süre tayin edilmesine rağmen, müşteri üç gün içinde parayı teslim edecek olursa, Hanefilerdeki ‘fesâd’ anlayışı gereğince, akid geçerli hale gelir. İmam Mâlik de üç günü esas almış ancak yirmi güne kadar uzayabileceğini, bunun üzerindeki sürenin akdi ifsad edeceğini belirtmiştir. İmam Muhammed ve Hanbelîlere göre ise süre sınırı söz konusu değildir ve tarafların anlaşmasına bağlıdır.⁹⁹

Nakit muhayyerliğiyle yukarıda incelediğimiz şart muhayyerliği arasında benzerlik söz konusudur. Özellikle bu iki muhayyerliğin âzami süresi konusunda, fukaha benzer yaklaşımlar sergilemişlerdir. Âzami sürenin tayini, o kadar süreye ihtiyaç bulunup bulunmadığına göre belirlenmiş, ihtiyacın üzerinde görülen süreler garar kapsamında değerlendirilmiştir. Kanaatimizce de, taraflarca uygun görülen ortak bir sürenin tespiti mümkündür. Tarafların belli bir süreye ihtiyaç duyduğu durumlarda -süre de belli olduktan sonra- gararın akde tesir etmeyeceği söylenilebilir.

⁹⁸ Kaparolu satışa benzer başka bazı uygulamalar ve fikhî hükümleri için bkz. Darîr, *el-Garar*, s. 125-128; al-Amine, *Risk management in Islamic Finance*, s. 237-265.

⁹⁹ Cessâs, *Muhtasarü İhtilâfi’l-ulemâ*, 3/86; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/17; Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 5/175; Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtu’l-burhâni*, 6/486; Nevevî, *el-Mecmû’*, 9/379; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/47-48; “*Hıyâru’n-nakd*”, *Mv.F.*, 20/182-184.

c. Parayla ilgili diğer şartlar

Parayla ilgili başka şartlar da koşulabilmektedir. Mesela satım akdinde rehin veya kefilin şart koşulması câiz görülmüştür. Ancak rehinde cehâlet söz konusu olmamalıdır. Dolayısıyla, bu şartlar cehâlet ve garar içermemelidir.

B. Ta'lik Şartları ve Zamana İzâfe

Bu başlık altında, bir akdin kurulmasının belli bir şarta bağlanması (şarta ta'lik) ve akdin yürürlüğünün ileride bir zamanda başlatılması (zamana izâfe) konuları ele alınacaktır. Bu amaçla, taliki kabul eden ve etmeyen tasarruflar, satım akdinde talik ve izafenin hükmü ve bunların gararla ilişkisi ele alınacaktır.

Bir akdin varlığının (veya hükmünün subûtunun), bir olayın gerçekleşmesine bağlanmasına ta'lik, böyle bir akde ise muallak akid (*el-akdu'l-mu'allak*) denilir.¹⁰⁰ Koşulan şarta da *eş-şartu'l-muallak* veya *şartu't-ta'lik* denilir. Şart anlamı, bir şart edatıyla sağlanabileceği gibi, cümlenin kurgusundan da sağlanabilir. Mesela bir kişinin “*Bugün elde edeceğim bütün gelir, senindir.*” şeklindeki sözü, şart edatı kullanmadan şart anlamı ifade etmiştir. Bunun şart edatlı hali, “*Bugün gelir elde edersem, gelirin hepsi senindir*” şeklinde düşünülebilir.

Ta'likin geçerli olabilmesi için, söz konusu şart mevcut olmamalı ancak mevcut olma ihtimali bulunmalıdır. Kesin gerçekleşecek bir şeye ta'lik, doğrudan onay verme anlamına gelirken; imkânsız bir şeye ta'lik ise geçersizdir.¹⁰¹

Muzâf akid (*el-akdu'l-mudâf*) ise, varlığı ilerideki bir zamana bağlanan akiddir. Koşulan şarta ise *eş-şartu'l-mudâf* denilir. İleride inceleyeceğimiz *habelu'l-habele*, zamana izafenin uç örneğidir, zira gerçekleşme zamanı hiç bilinmemektedir.

Bu arada *şart-ı ta'lik* ile *şart-ı mudâf* arasındaki fark konusunda ihtilaf bulunmaktadır. Normalde ta'lik edilen şartlarda, şartın gerçekleşmesi muhtemeldir. Zamana izafede ise söz konusu zamanın girmesi kesindir. Ancak ‘filan geldiğinde...’ gibi zamana izafelerin gerçekleşmesi muhtemel olduğu için, bunları şarta ta'lik kapsamında görenler de vardır. Darîr'e göre bu konuda ayırıcı kriter, şart edatının bulunup bulunmaması olmalıdır. Şart edatı

¹⁰⁰ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 5/240: والتعليق: ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى

¹⁰¹ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, 4/41: وشرط صحة التعليق كون الشرط معدوما على خطر الوجود. فالتعليق بكائن تنجيز وبالمستحيل

mevcutsa, şarta ta‘liktir; değilse zamana izafedir.¹⁰² Ancak kanaatimizce bu sadece geçici bir çözümdür ve konuya son noktayı koymamaktadır.

Ta‘likin tasarruflara etkisi, usûlcüler arasında tartışılan bir konudur. Tartışmanın özünü “*Ta‘lik, sebebin sebep olma (yani akdi in‘ikâd ettirme) vasfını mı ortadan kaldırır, yoksa in‘ikâdı değil de sadece hükmün subûtunu mu engeller?*” sorusu teşkil etmektedir. Bu soruya farklı cevaplar verilmiştir. Hanefilere göre, ta‘lik hem in‘ikâdı hem de hükmün subûtunu engeller dolayısıyla in‘ikâd ancak söz konusu şart meydana geldiğinde gerçekleşir. Şâfiiler başta olmak üzere, cumhûra göre ise, ta‘likte akid in‘ikâd eder, ancak hükmün subûtu şartın gerçekleşmesine bağlıdır. Zamana izâfe ise ittifakla sadece hükmün subûtunu engeller, yoksa akid mün‘akiddir.¹⁰³

Diğer taraftan, belirli tasarrufların ta‘liki ve izafeyi kabul edip etmediği tartışılmıştır. Bazı tasarruflar ta‘like elverişli iken, bazıları ise elverişli değildir. Genel ilke olarak, satım akdi gibi *salt temlik özelliğinde olan akidler* ta‘lik ve izafe kabul etmezler. Çünkü mülkiyetin nakli rızâya dayalıdır. Halbuki şarta ta‘lik rızaya aykırıdır. *Salt iskât (kişinin kendi hakkını düşürmesi) olan akidler* ise kabul ederler. Bu ikisi arasında olan akidler konusunda ise görüş ayrılığı vakidir.¹⁰⁴

Bey‘ akdinin şarta ta‘lik ve zamana izafeyi kabul edip etmediği konusunda, İslam Hukukçularının büyük çoğunluğu aynı görüştedir. İbn Teymiyye ve İbnü’l-Kayyim dışındaki fukaha, *temlikât*tan olan satım akdinin şarta ta‘likini veya zamana izâfesini geçersiz görürler.¹⁰⁵ Zira akdin in‘ikâdının bir olayın meydana gelmesine bağlanması garar yasağı kapsamındadır. Buna göre ‘*Filanca bana evini satarsa, ben de sana evimi sattım.*’ dense, karşı taraf da kabul etse bile, bu satım geçersizdir.¹⁰⁶ Yine ‘*Filan kişi yolculuktan dönerse,*

¹⁰² Darîr, *el-Garar*, s. 166-7.

¹⁰³ Serahsî, *Usûlu’s-Serahsî*, 1/260-261; İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 5/255; Taceddin es-Sübki, Ebû Nasr Abdülvehhâb b. Ali, *el-Eşbâh ve’n-nezâir*, Beyrut 1411/1991, 2/29; Darîr, *el-Garar*, s. 167; “Ta‘lik”, *Mv.F.*, 12/312.

¹⁰⁴ Semerkandî, *Tuhfetu’l-fukahâ*, 3/43; İbn Nuceym, *el-Eşbâh ve’n-nezâir*, 4/41; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, 6/448; Suyûtî, *el-Eşbâh ve’n-nezâir*, s. 377-378; Zerkeşî, *el-Mensûr fi’l-kavâid*, 1/370-376; Şehhâte, *en-Nazariyyetü’l-âmmeh*, s.103; “Ta‘lik”, *Mv.F.*, 12/313-318; “İştirât”, *Mv.F.*, 4/306-7.

¹⁰⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/60, 14/23; Serahsî, *Usûlu’s-Serahsî*, 1/222: (البيع والإجارة لا يحتمل التعليق بالشرط); Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 7/189; İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 5/241; Karâfî, *el-Furûk*, 1/396-7; Nevevî, *el-Mecmû’*, 9/340, 342; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 8/250.

¹⁰⁶ Darîr, *el-Garar*, s. 159. Hanefiler, satım akdinde üçüncü bir şahsın rızasına bağlı ta‘liklerin ise, üç gün içinde olması kaydıyla, geçerli olacağı kanaatindedir. Yani “*Filanca üç gün içinde razı olursa, bu evi sana*

senin malını şu fiyata satın aldım' şeklindeki akid de gararlı satış kapsamındadır ve geçersizdir.¹⁰⁷

Nitekim hem ta'lik hem de izâfede, akdin tamamlanması müstakbel olaylara bağlanmaktadır. Bunların bir kısmının gerçekleşme zamanı da bilinmemektedir. Bunda ise akdin sıhhati açısından çeşitli mahzurlar ortaya çıkmaktadır:¹⁰⁸

a) Akdin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin bilinmemesi: Şarta ta'lik durumunda, şart koşulan olayın vukuu muhtemel olduğu için, satım akdi de ona bağlı olarak belirsiz duruma düşmektedir. Bu sebeple, ihtiyaç bulunmamasına rağmen garar ortaya çıkmaktadır.

b) Akdin gereğinin hemen uygulanmaması ve uygulanacağı zamanın bazen bilinmemesi: Satım akdi "derhal temlik" ifade ederken, gerek ta'likte gerekse zamana izafede, akid hemen uygulamaya konulmamaktadır. Dolayısıyla ta'lik, satım akdinin muktezâsına (doğurduğu haklara) ters düşmektedir. Koşulan şartın vukuu kuvvetle muhtemel olsa bile, tam olarak hangi tarihte meydana geleceği belli değildir; bu da satımın gerçekleşeceği tarihi belirsiz kılmakta ve garar oluşturmaktadır. Zamana izafede ise, süre belli olsa bile, akdin uygulanması te'hir edilmektedir.

c) Karşılıklı rızanın tehlikeye girmesi: Ta'lik olan yerde belirsizlik oluşur, halbuki rıza ancak kesin olarak bilinen durumlar hakkında ortaya çıkar. Üstelik mebinin gelecekteki değerinin bilinmemesi ve değerinin değişmesinin rızayı ihlal etmesi ve sözleşme adaletini zedelemesi muhtemeldir. Gelecekteki muhtemel tarihte, mebinin durumu, piyasa değeri, tarafların bu satışla ilgili rıza durumları bilinmemektedir, bu sebeple karşılıklı rızanın tam olarak gerçekleşeceği meçhuldür. Hatta bu sebeple bazı Hanefî hukukçular bey-i muallakı kumara benzetmişlerdir.

Öte yandan, İbn Teymiyye ve İbnü'l-Kayyim'a göre, naslarda açıkça yasaklanmaması sebebiyle, satım akdini şarta bağlamak veya zamana izafe etmek ihtiyaç halinde mümkündür. Bu görüş, onların akdî şartlar konusundaki esnek görüşleriyle uyumludur. Çünkü onlara göre, akidlerin şarta ta'liki, akdin muktezâsına ve şer'i naslara aykırı değildir.

İbn Teymiyye bu görüşünü desteklemek için çok sayıda gerekçe öne sürmüştür:

sattım" denmesi gibi... Üç gün sınırı, şart muhayyerliğine kıyasla konulmuştur. (İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 5/242)

¹⁰⁷ Suğdî, *en-Nütef*, 1/465. Suğdî bu tür satışları 'bey'u'l-muhâtarâ' olarak ifade etmektedir.

¹⁰⁸ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 7/189; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 5/241; Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/340, 342; Karâfî, *el-Furûk*, 1/396-7; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/250; Darîr, *el-Garar*, s. 159-160.

a) Ona göre, garar yalnızca mebede ortaya çıkar. Mesela garar, semen ödenmesine rağmen malın temin edilip edilemeyeceğinin belli olmaması durumunda yani teslimdeki şüphede ortaya çıkar.

b) Ayrıca gararın yasaklanması, haksız kazanca yol açmasındandır. Mesela ürünün olgunlaşmaya başlamadan satılmasının yasaklanması, zirai ürünün yok olması durumunda teslim edilememesi sebebiyledir. Halbuki ta'likte bu şekilde bir haksız kazanç söz konusu değildir. Ayrıca ta'lik ve izafe, önceden karşılıklı rızayla yapılan bir sözleşmeye dayandığı için anlaşmazlığa da sebep olmaz.

c) Satım akdinde “derhal teslim” diye bir şart söz konusu değildir. Maslahat sebebiyle veya örfte yeri varsa, teslimin te'hiri câizdir. Mesela büyük kemiyetli bir mebiyi, peyderpey nakletmek câizdir. Yine epeyce olgunlaşmış zirai ürünü, satın aldıktan sonra iyice olgunlaşincaya kadar ağaçta bırakmak mümkündür.¹⁰⁹

Hocasıyla aynı kanaatte olan İbnü'l-Kayyim'a göre, ihtiyaç duyulan veya kaçınılmaz hale gelen durumlarda ta'lik câizdir ve akid mesabesindedir. Ta'lik bir ihtiyacı karşılamalı ve fikhın diğer ilkelerine aykırı olmamalıdır. Ayrıca haksız kazanca yol açan durumlar hesaba katılmalı ve buna sebebiyet verilmemelidir.¹¹⁰

Çağdaş araştırmacılardan Darîr, bu gerekçelere şu şekilde itiraz etmiştir:¹¹¹

a) İbn Teymiyye gararı sadece akdin konusunda meydana gelen bir unsur olarak görmektedir ancak garar sigada da pekala oluşabilmektedir, hatta sigada gararın en açık örneklerinden birisi, akdin şarta ta'likidir.

b) Şartın yerine geldiği zamanda malın fiyatının ne olacağı bilinmediğinden, şarta ta'likte de haksız kazanç söz konusudur ve neticede ne elde edileceği konusunda “zirai ürünün olgunlaşmadan satımı”ndan bir farkı yoktur.

c) İbn Teymiyye'nin ta'liki, 'teslimin gecikmesi' olarak değerlendirmesi ve garar oluşturmayacağını iddia etmesi geçersizdir. Hanefî yaklaşımına göre ta'lik, yalnızca teslimin değil aynı zamanda 'akdin (kurulmasının) gecikmesi'dir. Teslimi geciktirme ancak kurulmuş akidlerde mümkün olur. Halbuki ta'likte henüz ortada akid yoktur, akdin meydana gelmesi şartın gerçekleşmesine bağlıdır.

Ta'lik veya izâfenin sigada garara yol açtığı görüşü, kanaatimizce isabetlidir. Muallak akiddeki garar, muzâf akde göre daha fazladır. Çünkü muallak akide şartın gerçekleşme

¹⁰⁹ İbn Teymiyye, *Nazariyyetü'l-akd*, s. 209-211; Darîr, *el-Garar*, s. 160-166.

¹¹⁰ İbnü'l-Kayyim, *I'lâmu'l-muvakkîn*, 3/387-388; 4/28.

¹¹¹ Darîr, *el-Garar*, s. 164-166.

zamanı bilinmediği gibi, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği de bilinmemektedir. Muzâf akidlerin çoğunda ise gerçekleşme tarihi bilinmektedir. Bu akidlerdeki garar, akdi uygulama zamanı geldiğinde piyasa şartlarının değişmesi ve bunun karşılıklı rızayı ihlal etmesi veya mebide değişiklik meydana gelmesi ihtimallerinden kaynaklanmaktadır. Muallak akidde ise bunun üzerine bir de akdin gerçekleşmesiyle ilgili belirsizlik eklenmektedir.¹¹²

IV. Tek Akidde Birden Fazla Akdin veya Şartın Birleşmesi

Bu başlık altında, *bey'atân fi bey'a* ile *safkatân fi safka* yasakları incelenecek, bunların kapsamına giren ve naslarda yasaklanan bazı özel satım türleri de ayrıca ele alınacaktır.

A. Bir Satışta İki Satış (Bey'atân fi bey'a)

Bey'atân fi bey'a ifadesi, “bir satım içinde iki satım yapmak” anlamına gelmektedir. Bu satış Hz. Peygamberin (s.a.) hadislerinde yasaklanmıştır.¹¹³ Tirmizi, konuyla ilgili Ebu Hureyre'den gelen rivayeti *hasen sahîh* olarak derecelendirmiş, Abdullah b. Amr b. Âs, İbn Ömer ve İbn Mes'ûd'dan da aynı konuda rivayetlerin geldiğini bildirmiştir.¹¹⁴

Bu rivayetler dışında, Ebu Hureyre'den daha ayrıntılı başka bir rivayet gelmiştir: “*Bir satım içinde iki satım yapan kişi, bunlardan en düşük fiyatlısını (evkesuhumâ) esas alsın, aksi halde ribâ almış olur*”.¹¹⁵ Darîr, Şevkânî'nin bir ravi hakkındaki olumsuz kanaati sebebiyle bu hadisi zayıf kabul etmiş ve değerlendirmeye almamıştır.¹¹⁶ Halbuki hadisin başka kanallardan gelen rivayetleri de vardır ve genel olarak hasen veya sahîh olarak nitelendirilmiştir.¹¹⁷

İslam hukukçuları bu satışın yasaklandığında ittifak etmiştir. Ancak hadislerde bu satışın mahiyeti açıklanmadığı için, bu satışların anlamı ve biçimi konusunda farklı görüşler oluşmuştur. Klasik fıkıh ve hadis literatüründe, açıklama olarak bu satımın farklı biçimlerine (*vucûh*) yer verilmiştir. Bu açıklamalardan ilk ikisi, İmam Şâfiî'nin zikrettiği iki uygulamaya dayanmaktadır. Biz bu konu hakkında tespit edebildiğimiz açıklamaları burada genel başlıklar halinde vermek istiyoruz:

¹¹² Darîr, *el-Garar*, s. 168-9.

¹¹³ Ebû Dâvûd, “Buyû”, 53; Tirmizî, “Buyû”, 18, 68; Nesâî, “Buyû”, 73; Muvatta, “Buyû”, 72 (4/957, no: 2444); Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 2/174, 205, 432, 475, 503.

¹¹⁴ Tirmizî, “Buyû”, 18.

¹¹⁵ Ebû Dâvûd, “Buyû”, 53: عن أبي هريرة، قال رسول الله ص: من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما، أو الربا.

¹¹⁶ Darîr, *el-Garar*, s. 101.

¹¹⁷ Abdurrezzâk, *el-Musannef*, 8/137 (14629); İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 10/594 (20834). Ayrıca Hâkim'in Müstedrek'inde ve İbn Hibbân'ın Sahîh'inde yer almaktadır.

1. İki Ayrı Fiyat ve Ödeme Planının Tespit Edilmesi

Bey'atân yasağı konusundaki en yaygın açıklama biçimi, bir mal için, peşin ve vadeli olmak üzere iki farklı fiyat tespit edilmesi ve bunlardan birine karar verilmeden satım akdinin kurulmasıdır. Mesela satıcının “*Bu malı sana peşin 100 TL'ye veya 6 ay vadeli 130 TL'ye satıyorum*” demesi, müşterinin ise ödeme planlarından birini belirlemeden satışı kabul etmesidir. Yine bir yıl içinde ödenmesi halinde bir fiyat (bin dinar), iki yıl içinde ödenmesi halinde başka bir fiyat (iki bin dinar) teklifinde bulunup hangi vadenin olacağına tespit edilmeden satım işleminin yapılması da buna örnektir. Bu görüş, İbn Mes'ud (r.a.) rivayetinin râvîsi Simâk b. Harb (ö. 123/741) tarafından dile getirilmiştir.¹¹⁸ Mâlik, Şâfiî, İbn Hazm ve birçok fakih ve muhaddisin yasaktan anladığı uygulamaların ilki budur.¹¹⁹

Mâlikîler bazı ayrıntılara yer vermişlerdir. Böyle bir satımda, vadeli seçenekte vadeye rağmen semen daha düşükse, bu da câizdir, çünkü müşteri mutlaka hem düşük fiyatlı hem de vadeli olan seçeneği tercih edecektir. Ayrıca Mâlikîler, diğer yasaklanmış birçok satımda olduğu üzere, bu konuda da satımın bağlayıcı (*lâzım*) olup olmamasına göre hükmü çeşitlendirmişlerdir. Buna göre, bahsedilen satımda şayet iki taraf da muhayyer olursa, vade ve semenin belirsizliğine rağmen bu satım câizdir.¹²⁰

Bu açıklama biçimine göre, bu akdin yasaklanması fiyat ve vadedeki belirsizlik sebebiyle garar oluşmasına ve riba oluşma ihtimaline bağlanmıştır. Müşteri ve satıcı semeni ve ödenme zamanını kesin olarak bilmemektedir.¹²¹ Yani bu satıştaki problem, satımın hangi vade ve fiyatla yapıldığının belli olmamasıdır. Yoksa, peşin veya vadeli fiyattan birinin akid meclisinde kesinleştirilmesi durumunda, bu satış câizdir.¹²²

¹¹⁸ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 1/398; Abdurrezâk, *el-Musannef*, 8/138 (no: 14633); Şevkânî, *es-Seylü'l-cerrâr*, 3/61: قال سماك الرجل يبيع البيع فيقول هو بنساء بكذا وكذا وهو ينقد بكذا وكذا (المصنف)

¹¹⁹ Muvatta, “Buyû”, 74 (4/958, no: 2448); Şâfiî, *el-Ümm*, 9/52; Tirmizî, “Buyû”, 18; Hattâbî, *Meâlimu's-Sünen*, 3/123; Nefrâvî, *el-Fevâkihü'd-devvânî*, 2/154; Mâverdi, *el-Hâvî'l-kebîr*, 5/341; Gazzâlî, *el-Vasît*, 3/72; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 9/15; Şevkânî, *es-Seylü'l-cerrâr*, 3/58.

¹²⁰ Bâcî, *el-Müntekâ*, 5/39; Nefrâvî, *el-Fevâkihü'd-devvânî*, 2/154.

¹²¹ Semerkandî, *Tuhfetu'l-fukahâ*, 2/46; Nefrâvî, *el-Fevâkihü'd-devvânî*, 2/154: وإنما منع ذلك للغرر لأن البائع لا يدري ما اشترى؛ لأن الثمن مجهول فلم يصح؛ Şevkânî, *es-Seylü'l-cerrâr*, 3/58, 61; Dönmez, “Garar”, *DİA*, 13/367.

¹²² Tirmizî, “Buyû”, 18; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/8; “Ecel”, *Mv.F.*, 2/38.

Ayrıca vadeli satışta fiyat farkı konması, baştan vadenin ve fiyatın kesin olarak tespit edilmesi şartıyla, kahir ekseriyete göre câizdir. Öte yandan, peşin ile vadeli fiyat arasında fark olmasının faiz olacağı şeklindeki istisnai görüşün konumuzla ilgisi yoktur. Bu görüş için bk. “Bey'atân fi bey'a”, *Mv.F.*, 9/264.

Böyle bir satışın garar oluşması dışındaki diğer bir mahzuru, satış sonrasında ödeme planında değişiklik yapılabilmesinin ribaya yol açmasıdır. Mesela “peşin 100’e veya 6 ay vadeli 130’a” satılan bir mebinin semenini peşin ödemek üzere satın alan bir müşteri, daha sonra 6 ay vadeli olarak ödemeye karar verirse, arka planda zimmetteki 100 TL borcu, 30 TL fazlalık karşılığında 6 ay tecil edilmiş olmaktadır. Mâlikîler, ödeme planının netleştirilmediği bu şekildeki satımlarda riba oluştuğunu savunurken,¹²³ Hanefiler bu tarz satımın riba kapsamında görülemeyeceğini ifade etmişlerdir.¹²⁴ Yukarıda zikrettiğimiz ‘*az olan miktarın (evkesuhumâ) esas alınmasını, aksi halde riba oluşacağını*’ ifade eden rivayet ile İbn Mes’ûd’un ‘*bir akidde iki akid yapılması durumunda riba oluşacağı*’na dair görüşü de, bu tarz bir satımda riba oluşabileceği kabul edildiğinde anlamlı hale gelmektedir.

2. Karşılıklı İki Akid Yapılmasının Şart Koşulması

Bu açıklama biçimine göre, bir satımın gerçekleşmesini başka bir satımın icra edilmesi şartına bağlamaktır. Mesela “*şu malı bana şu fiyata satman karşılığında, ben de sana şu malı şu fiyata satıyorum*” diye şart koşularak yapılan satımdır. Bu şekildeki bir akdin geçersiz olduğunda da fukaha arasında görüş birliği mevcuttur.¹²⁵ İmam Şâfiî’nin hadisteki yasaktan anladığı iki anlamdan ikincisi budur. İkinci satımın başka bir şahısla yapılmasını şart koşturmak da bu kapsamdadır. Hanefiler ve Şâfiîler bu açıklamanın aynı zamanda şartlı satış (*bey ve şart*) için de geçerli olduğunu ifade etmişlerdir.¹²⁶

Bu açıklamayı esas alanlar, yasağın gerekçesini, gararla neticelenen farklı sebeplere bağlamışlardır. Şâfiî’nin de benimsediği husus, semenlerin birbirine bağlı olması sebebiyle, semenlerin *mechûl* hale gelmesidir.¹²⁷ Gerçekten de, taraflar bu satışlardan birini sonradan feshetmek isteseler (*ikâle*) veya bu mebirleri ayrı satmak isteseler, fiyat belirsizdir ve nizaya yol açabilir. Bazı İslam hukukçuları ise, akdin in’ikâdının şarta bağlanmış olmasını ve bunun garara yol açmasını yasaklanma gerekçesi olarak görürler.¹²⁸

¹²³ Sahnûn, *el-Müdevvene*, 3/20, 226.

¹²⁴ İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, 6/447.

¹²⁵ Şâfiî, *el-Ümm*, 4/157-8, 9/52; Tirmizî, “Buyû”, 18; Hattâbî, *Meâlimu’s-Sünen*, 3/123; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 9/15; Mâverdî, *el-Hâvî’l-kebîr*, 5/341; Gazzâlî, *el-Vasît*, 3/72; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/332-3; Şevkânî, *es-Seylü’l-cerrâr*, 3/61.

¹²⁶ Ramlî, *Nihâyetü’l-muhtâc*, 3/450.

¹²⁷ Şâfiî, *el-Ümm*, 4/157 (والبيع لا تكون إلا بثمن معلوم).

¹²⁸ San’ânî, *Sübülü’s-selâm*, 3/16: لتعليقه بشرط مستقبل يجوز وقوعه وعدم وقوعه فلم يستقر الملك:

Bu noktada, İslam hukukçularının şu ana kadar verdiğimiz her iki açıklamadaki satımların da geçersiz olduğunda ittifak ettiklerini söyleyebiliriz.¹²⁹ Ayrıca bu yasak sadece satım akdine mahsus olmayıp *safka* hadisi ve kıyâs gereğince, karz, selem, icâre vb. bütün akidlerin karşılıklı olarak şart koşulmasını da kapsar.¹³⁰ Sarf işlemi şartıyla yapılan satımlar da bu gruptandır. Mesela “*Şu elbiseyi sana, dinarı 20 dirheme bozman şartıyla, iki dinara sattım.*” denmesi buna örnektir. Ancak İmam Mâlik konuya daha esnek yaklaşmış ve akdin neticesi mâlum olduğu sürece satım akdiyle sarf akdinin birlikte kurulmasını câiz görmüştür. İmam Mâlik’e göre, yukarıdaki örnekte semen mâlumdur ve elbise doğrudan 40 dirheme satılmaktadır.¹³¹

3. Bedellerden birinin iki seçenekli bırakılması

İmâm Mâlik’e göre, bir satımda iki satımın diğer bir şekli daha vardır. Bu da, akdin tek taraflı da olsa bağlayıcı olarak kurulması kaydıyla, bedellerden birinin iki seçenekli bırakılıp tayin edilmemesi şeklindeki satımdır.¹³²

Bu da mebi ve semende olmak üzere iki şekilde düşünülebilir:¹³³

a) Bağlayıcı olmak (*luzûm*) kaydıyla, cinsleri farklı iki maldan birinin, hangisi olduğu belirlenmeksizin tek fiyata satılması câiz değildir. Mesela “Şu elbiseyi veya şu koyunu bir dinar karşılığında satıyorum” demek gibi. Burada alıcı açısından mebi belirsizdir, Karâfî’nin taksimine göre ‘*ta’yîn*’de *garar*’ söz konusudur ve bu satım câiz değildir.¹³⁴

Mâlikîlerde bu hükme bazı istisnalar getirilmiştir: Her iki taraf da akdi feshetme muhayyerliğine sahip olursa, bu satım câiz hale gelir. Yine aynı cinsten olmak şartıyla, farklı kalitede iki veya daha fazla maldan birisi de -yiyecek maddesi (*ta’âm*) olmaması kaydıyla- bu şekilde tayin edilmeden satılabilir, zira müşteri büyük ihtimalle yüksek kaliteliyi tercih

¹²⁹ Semerkandî, *Tuhfetu'l-fukahâ*, 2/46; Şâfiî, *el-Ümm*, 9/52; Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/338: (وعلى التقديرين البيع باطل) (بالإجماع); İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/332-3; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 9/15; Dönmez, “Garar”, *DİA*, 13/367.

¹³⁰ “Bey‘atân fi bey‘a”, *Mv.F.*, 9/272.

¹³¹ Hattâbî, *Meâlimu's-Sünen*, 3/123; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/332:

وجملته أن البيع بهذه الصفة باطل لأنه شرط في العقد أن يصارفه بالثمن الذي وقع العقد به

¹³² Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 6/228.

¹³³ Karâfî, *ez-Zehîra*, 5/32-33; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 6/228; Nefrâvî, *el-Fevâkihü'd-devvânî*, 2/154; “Bey‘atân fi bey‘a”, *Mv.F.* 9/269.

¹³⁴ Karâfî, *el-Furûk*, 3/432; Karâfî, *ez-Zehîra*, 4/355, 5/260: كبيع ثوب من ثوبين... والتعيين: كبيع ثوب من ثوبين

edecektir. (Yiyecek maddelerinin hariç tutulmasının sebebi, Mâlikîlerde ribanın illeti *tu'miyet* ve *semeniyet* olarak belirlendiği için, riba oluşma endişesidir.)

b) Yine bağlayıcı olmak kaydıyla, bir mebinin iki farklı semenden biri, mesela “*bir dinara veya bir kıyafet karşılığında*” satılması câiz değildir.

Mâlikîlerce getirilen bu iki açıklamada anlatılan satışlar, diğer mezheplerde de ittifakla geçersizdir.¹³⁵

Garar bağlamında, bir arada satımlarla ilgili birkaç hükme daha değinmekte fayda mülâhaza ediyoruz:

İki mebinin birden, tek semen karşılığında veya bir mebinin, birden fazla unsurdan oluşan semen karşılığında satılması ittifakla câizdir. Mesela “*bir binek hayvanı ve bir elbisenin yüz dinar karşılığında satılması*” ya da “*bir evi, yüz dinar ve bir binek hayvanı karşılığında satmak*” câizdir.¹³⁶

Öte yandan, iki akdi tek semenle ödemek konusunda ise ihtilaf vakidir. Mesela tek semen karşılığında, bir şeyi satın başka bir şeyi de kiraya vermek gibi... Hanbelî ve Şâfiîlerdeki tercih edilen görüşe (*esahh/ezhar*) göre bu câizdir ve ihtiyaç durumunda söz konusu semen iki akde kıymetleri oranında dağıtılır. Bu iki mezhepteki diğer görüşe göre câiz değildir; çünkü fesih vb. durumlarda her birinin semenini takdir sıkıntısı oluşacaktır.¹³⁷

4. Farklı mebilere birinin tayin edilmeksizin satımı

İki satımın tek satımda birleşmesinin Mâlikîlerdeki bir örneği ise, (farklı cins) iki mal gösterilerek “*Şu malı bir dinara veya diğer malı iki dinara satıyorum. Sonra dilediğini seç.*” denerek satım yapılması, taraflardan birine veya her ikisine de muhayyerlik tanınmasıdır. Tek veya iki ayrı fiyat belirlenmesi neticeyi değiştirmemektedir.¹³⁸

İlke olarak mebis ve semeni tayin edilmemiş, ucu açık bırakılmış satımlar câiz görülmemiştir. *Tayin muhayyerliğinin* şartlarını sağlayanlar hariç, iki malın bu şekilde birlikte

¹³⁵ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/23-24; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 6/83; İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetu'l-muhtâc*, 4/251-252.

¹³⁶ “Bey'atân fi bey'a”, *Mv.F.*, 9/272.

¹³⁷ İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetu'l-muhtâc*, 4/328-9; Ramlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 3/483-4; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/335.

¹³⁸ Bâcî, *el-Müntekâ*, 5/36; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/153-4.

satılması, Mâlikîlerce ‘bir satımda iki satım’ kapsamında görülmüştür.¹³⁹ Bu tür satımların yasaklanmasının gerekçesi, çoğunluğa göre hangi satımın yapıldığının bilinmemesinden kaynaklanan garardır. İmam Mâlik ise bunu seddi zeria sebebiyle câiz görmemiştir.¹⁴⁰

5. Riba’yı Meşrûlaştırma Amacıyla Yapılan Satım

Hatırlanacağı üzere, tek satımda iki satımın birleşmesi halinde ‘az olanın (*evkesuhumâ*) esas alınmasını, aksi halde riba oluşacağını’ ifade eden bir rivayet söz konusuydu. Bu rivayeti esas alan iki açıklama bulunmaktadır.

a) İlk defa Hattâbî’de (ö. 388/998) rastladığımız bir açıklamaya göre, ‘az olanı esas alma’yı emreden hadisin amacı, selem akdinde malın teslim vakti gelince, ‘malın miktarını artırarak teslimi erteleme’ şeklindeki uygulamayı yasaklamaktır. Yani, satıcının bir sa‘ buğdayı selem yoluyla peşin para alarak satması, vade geldiğinde ise “*Alacağın olan bir sa‘ buğdayı, bana iki ay vadeyle iki sa‘ olarak sat*” demesidir. Bu ilk satım üzerine yapılan ikinci bir satımdır ve cinsin cinsiyle vadeli ve fazlalıklı olarak satılması sebebiyle ittifakla geçersizdir. Ancak Hattâbî, ‘evkes’ ifadeli bu rivayeti hükümde esas almamış, “*Evezâi (ö. 157/774) dışında bu hadisten anlaşılan hükmün zahiriyle hükmeden (yani iki semenden az olanı esas alarak akdi sahih kabul eden) bir fakih bilmediğini*” ifade etmiş ve bu şekildeki bir akdin, içerdiği garar ve cehâlet sebebiyle fâsid olacağını belirtmiştir.¹⁴¹ Nevevî, İbnü’l-Esîr ve Şevkânî de bu açıklamaya yer vermiştir.¹⁴² İçlerinden Şevkânî, Hattâbî’nin yaklaşımına katılmamış, hadisteki ifade gereği böyle bir satımda az olanı esas almanın satım akdini sahih hale getireceğini iddia etmiştir. Kanaatimizce Hattâbî’nin yaklaşımı daha isabetlidir, zira Hattâbî rivayetler içinden ‘evkes’ kaydı olmayan yaygın rivayeti ve buna dayalı kendi dönemindeki genel fikhi yaklaşımı esas almıştır. Şevkânî ise diğer rivayetlere göre şaz durumda kalan ‘evkes’ kayıtlı rivayeti ve buna dayalı Evzâî’nin yalnız kalan görüşünü tercih etmiştir.

b) Mâlikî kaynaklarda yer alan diğer bir açıklamada, günümüzde katılım bankacılığında uygulanan murabahanın klasik bir türüne rastlanmaktadır. İmam Mâlik ‘bir satımda iki satım’ bâbında şu bilgiyi aktarmaktadır: İbn Ömer’e (ö. 72-3/691-2) bir kişinin diğerine “*Şu deveyi*

¹³⁹ Tayin muhayyerliği ve şartları, üçüncü bölümde ‘Mebinin Bizzat Tayin Edilmemiş Olması’ başlığı altında işlenecektir.

¹⁴⁰ Cessâs, *Muhtasarü İhtilâfi’l-ulemâ*, 3/58; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/23; İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 5/66; Karâfî, *ez-Zehîra*, 4/355; İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetu’l-muhtâc*, 4/251; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/210-1.

¹⁴¹ Hattâbî, *Meâlimu’s-Sünen*, 3/122-3.

¹⁴² Nevevî, *el-Mecmû’*, 9/338; İbnü’l-Esîr, *en-Nihâye*, “v-k-s”, 5/219; Şevkânî, *Neylu’l-evtâr*, 10/45.

peşin satın al, ben de onu senden veresiye alayım.” demesinin hükmü soruldu. İbn Ömer bunu hoş görmedi ve yasakladı.¹⁴³ İmam Mâlik’in bu rivayeti ‘bir satımda iki satım’ başlığı altına koymasından, böyle bir işlemi ‘bir satımda iki satım’ kapsamında gördüğü anlaşılmaktadır.¹⁴⁴

c) Diğer bir açıklamaya, İbnü’l-Kayyim’da ve Mâlikî kaynaklarda rastlanmaktadır. Esasen İbnü’l-Kayyim ‘az olanı esas alma’yı (*evkesuhumâ*) emreden hadisin iki açıklamasına yer vermiştir.

i. Bunlardan ilki, iki ayrı ödeme planı ve fiyat içeren ve ilk sırada verdiğimiz açıklamadır. İbnü’l-Kayyim bu açıklamayı zayıf görmektedir zira ona göre, bu tür bir uygulamada riba oluşumu söz konusu değildir. Dolayısıyla rivayette geçen riba konusu karşılıksız kalmaktadır.

ii. İbnü’l-Kayyim’in daha güçlü gördüğü ikinci açıklama, bunun bir tür îne satışı olmasıdır. Yani bir malın, peşin parayla aynı satıcıya geri satmak şartıyla, vadeli olarak satın alınmasıdır. Bu satışta, biri peşin biri de vadeli olan iki satım tek akidde birleşmektedir. Bu işlem aslında peşin paranın, kendisinden fazla olan vadeli para karşılığında mübadelesidir. Bu açıklamaya Mâlikîlerde de rastlanmaktadır.¹⁴⁵ Böyle bir satım durumunda, İbnü’l-Kayyim’a göre, az olan para her iki taraf için de geçerlidir, aksi halde riba ortaya çıkmaktadır.¹⁴⁶

Bilindiği üzere, îne satışı İslam hukukçuları arasında tartışmalıdır. Akidlerde *niyet ve sâiki* esas alan fakihler, ilgili bazı naslardan ve bu işlemde ticaret ve mülkiyeti devretmeden ziyade faizli borç amacını daha baskın görmelerinden hareketle, bu satışa cevaz vermemişlerdir. Akidlerde *şekli ve objektiviteyi* ön planda tutanlar ise, bu satımı hukuken geçerli kabul etmiş ancak tarafların niyetlerinden sorumlu olacaklarını belirtmişlerdir. Konumuza bu açıdan baktığımızda, îne satışını haram görenlere göre, burada önceden şart koşma da söz konusu olduğu için, bu tür bir akid evleviyetle geçersizdir. İne satışını câiz görenlere göre ise, burada en azından bey‘atân yasağı ihlâl edilmiştir ve akid yine geçersizdir.¹⁴⁷

¹⁴³ Muvatta, “Buyû”, 73 (4/958, no: 2445).

¹⁴⁴ Bâcî, *el-Müntekâ*, 5/38; Darîr, *el-Garar*, s.108.

¹⁴⁵ İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-müctehid*, 2/154.

¹⁴⁶ İbnü’l-Kayyim, *I’lâmu’l-muvakkîn*, 3/150.

¹⁴⁷ İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-müctehid*, 2/154; “Bey‘atân fi bey‘a”, *Mv.F.*, 9/271.

Netice olarak ‘bir satımda iki satım’ yasağına getirilmiş çok sayıda açıklama bulunmaktadır. Burada verilen açıklamalardan bir kısmı neticede iki satımdan birinin gerçekleşmesini hedeflerken, bir kısmı da her iki satımın bir arada gerçekleşmesini amaçlamaktadır. Bu açıklamaları, birbirinin alternatifi olarak değil, aynı yasak kapsamına giren farklı uygulamalar (*vucûh*) olarak görmek kanaatimizce daha doğrudur. Nitekim doktriner eserlerin birçoğunda bunlardan birkaçı birden ardı ardına sıralanmıştır. Üstelik uygulamalardan bir veya birkaçını hadisin medlûlüne daha uygun bulmak, diğerlerinin câiz ve meşrû olduğu anlamına gelmemektedir. Çünkü bu getirilen açıklamalardaki uygulamaların hemen tamamı, bütün fıkıh mezhepleri tarafından geçersiz görülen işlemlerdir. Aradaki ihtilaf, bunlardan her birinin borçlar hukukunun genel ilkeleri sebebiyle mi, yoksa özel olarak ilgili hadis sebebiyle mi geçersiz olduklarıdır.

B. Bir Akidde İki Akid (*Safkatân fî safka*)

Safkatân fî safka, bir sözleşme içinde iki sözleşme yapmak demektir. Bu işlemin Hz. Peygamber (s.a.) tarafından yasaklandığı, İbn Mes‘ûd tarafından rivayet edilmiştir.¹⁴⁸ Yine İbn Mes‘ûd, bu işlemin câiz olmadığını,¹⁴⁹ üstelik bu satımın riba olduğunu da söylemiştir.¹⁵⁰ Bu işlem hakkındaki açıklamalar, genel olarak yukarıda *bey‘atân fî bey‘a* için verdiğimiz açıklamalarla benzeşmektedir. Dolayısıyla bu iki yasak birbirine yakın anlamlıdır.¹⁵¹ Ancak bu terim *bey‘atân fî bey‘a* terimine göre daha kapsamlıdır, zira satımın yanı sıra muâmelât alanındaki hukuki işlemlerin tamamını (mesela selef, şart, icâre, iare, karz vs.) kapsamaktadır.¹⁵²

Karşılıklı şartlı akidler kapsamına giren bazı satımlar, naslarda ayrıca özel olarak da yasaklanmıştır:

¹⁴⁸ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 1/398. Bu rivayete, diğer hadis kaynaklarında rastlanılamamıştır.

¹⁴⁹ Abdurrezzâk, *el-Musannef*, 8/138-139 (no: 14633, 14637); İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 11/681 (no: 23710).

¹⁵⁰ Abdurrezzâk, *el-Musannef*, 8/138-139 (no: 14636); İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 10/592 (no: 20827):
(الصفقتان في الصفقة ربا)

¹⁵¹ Hattâbî, *Meâlimu’s-Sünen*, 3/141; Şevkânî, *Neylu’l-evtâr*, 10/46; San’ânî, *Sübülü’s-selâm*, 3/17; Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 50.

¹⁵² İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, 6/477; Darîr, *el-Garar*, s. 111.

a) “*Selef ve bey*”in helal olmadığını sahbî Abdullah b. Amr b. As (ö. 63) Hz. Peygamber’den (s.a.) nakletmiştir.¹⁵³ Burada kullanılan *selef* kelimesi çoğunluk âlimlerince karz, bazılarınca ise *selem* olarak açıklanmıştır.¹⁵⁴ Selef kelimesini *karz* olarak anlayanlara göre, “*Bana şu kadar borç vermen şartıyla, sana şu eşyayı şu fiyata satıyorum.*” şeklindeki satıştır. Bu kelimeyi *selem* olarak anlayanlara göre ise, “*Bana selem yoluyla şu kadar liralık sipariş vermen şartıyla, şu malımı sana şu fiyata sattım.*” şeklindeki satımdır.

İbn Kudâme (ö. 620/1223), ister karz ister selem şartlı olsun, bunun câiz olmadığını bildirmiş ve bu konuda farklı bir görüş (*hilâf*) bilmediği ifade etmiştir.¹⁵⁵ İmam Mâlik’e göre, şart koşan kişi bu şartı kaldırır veya şart söz konusu olmadan kendiliğinden böyle bir durum oluşursa, bu satım geçerlidir. Bu işlemin yasaklanma sebebi, *safkatân* kapsamına girmesi ve bazı durumlarda ribaya yol açmasıdır. Ayrıca akidler birbirine bağlandığı için, semenin gerçek miktarı bilinmemektedir.¹⁵⁶

b) “*Şartân fi bey*”in (bir satımda iki şart) helal olmadığı, bir üstteki Abdullah b. Amr b. As hadisinin birçok tarîkında bildirilmiştir.¹⁵⁷ ‘Bir satımda iki şart’ın ne olduğu konusunda farklı açıklamalar bulunmaktadır:

- Biri peşin biri de vadeli olmak üzere iki ayrı fiyatın tespit edilmesi:¹⁵⁸ Semende cehâlet sebebiyle garar içermektedir. Genel kabul gören açıklama budur.

- Karşılıklı iki akid yapılmasının şart koşulması¹⁵⁹

- Bir mal satılırken malla ilgili iki şart birden koşulması:¹⁶⁰ Mesela malın müşteri tarafından başkasına satılmamasının ve hibe edilmemesinin şart koşulması veya kumaş

¹⁵³ Ebû Dâvûd, “Buyû”, 68; Tirmizî, “Buyû”, 19; Nesâî, “Buyû”, 60, 71, 72; Muvatta, “Buyû”, 69: ‘*bey ve selef*’ şeklinde (4/950, no: 2424); Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 2/178, 205.

(لا يخل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم تضمن ولا بيع ما ليس عندك - سنن أبي داود)

Bu rivayeti hadis ilimleri ve fıkıh açısından müstakil olarak inceleyen bir çalışma için bkz. Haldûn el-Ahdeb, *Hadîsu Abdillâh b. Amr b. el-Âs fi'l-buyû'i'l-menhiyy anhâ*, Cidde 2001, 120 sayfa.

¹⁵⁴ Tirmizî, “Buyû”, 19.

¹⁵⁵ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/334.

¹⁵⁶ İbn Abdilber, *et-Temhîd*, 24/385; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/334; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-fikhiyye*, s.408-9; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 6/145; Hattâb Ruaynî, *Mevâhibu'l-Celîl*, 6/145; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 3/66-67.

¹⁵⁷ Ebû Dâvûd, “Buyû”, 68; Tirmizî, “Buyû”, 19; Nesâî, “Buyû”, 60, 72; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 2/178.

¹⁵⁸ Hattâbî, *Meâlimu's-Sünen*, 3/141; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/8; Şevkânî, *es-Seylü'l-cerrâr*, 3/61; San'ânî, *Sübülü's-selâm*, 3/17.

¹⁵⁹ San'ânî, *Sübülü's-selâm*, 3/17.

alırken boyanmasını ve dikilmesini şart koşmak gibi... Bu görüşü yalnızca Ahmed b. Hanbel benimsemiştir.¹⁶¹

- 'İne benzeri işlemlerin şart koşulması: Bu görüş İbnü'l-Kayyim'a aittir.¹⁶²

Burada söz konusu olan akidler zaten *safkatân* yasağına girmekle birlikte, *bey'atân* yasağı da kıyas yoluyla diğer akidlere genişletildiğinden, her iki yasağa da aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca cumhûra göre zaten şartlı satış (*bey' ve şart*) bunların hepsinin üst şemsiyesini oluşturmaktadır.

Bu başlık altında ele aldığımız 'tek akide birden fazla akdin veya şartın birleşmesi' ile, önceki başlıkta ele aldığımız 'şartlı akidler'in ilişkisi tartışmalıdır. Genel kanaate göre, şartlı satış daha kapsamlıdır. Çünkü şartlı akidlerde, ikinci bir satış veya akid şart koşulabileceği gibi, bir menfaat (mesela sattığı evde bir müddet daha oturmak, sattığı arabayı bir süre daha kullanmak) de şart koşulabilir ve bu sebeple de diğerini kapsamaktadır.¹⁶³ Hanefilerde ise fâsid şartlı satımların hepsi, birden fazla akdin birleşmesi olarak görülmektedir. Mesela bir arabanın bir süre daha kullanılması şartıyla satılması veya bir ağacın, üzerindeki meyvenin bir süre daha durması şartıyla satılması örneklerinde, bu şartlar semenden bir hisseye sahiplerse icâre, değilse iâre olarak değerlendirilmekte, dolayısıyla her iki durumda da "bir akidde iki akid" (*safkateyn fi safka*) söz konusu olmaktadır.¹⁶⁴

V. Bazı Arap Medeni Kanunlarında Sigada Garar

Bu başlık altında, Arap ülkelerindeki kanunlaştırma hareketleri neticesinde ortaya çıkmış olan Arap Medeni Kanunlarında sigada garar konusunun yansımaları incelenecektir. Burada atıfta bulunacağımız kanunlar, 2012 tarihinde Arap ülkelerinde halen yürürlükte olan Medeni Kanunlardır.¹⁶⁵

¹⁶⁰ San'ânî, *Sübülü's-selâm*, 3/17.

¹⁶¹ Hattâbî, *Meâlimu's-Sünen*, 3/141; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/322: (فروي عن أحمد أنهما شرطان صحيحان ليسا من مصلحة)

(العقد)

¹⁶² İbnü'l-Kayyim, *I'lâmu'l-muvakkûn*, 3/149-150.

¹⁶³ "Bey'atân fi bey'a", *Mv.F.*, 9/266.

¹⁶⁴ Merğînânî, *el-Hidâye*, 6/446; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/7.

¹⁶⁵ Müracaat edilen Medeni Kanunlar: Lübnan (1932), Mısır (1949), Suriye (1949), Irak (1951), Libya (1954), Bahreyn (1975), Cezayir (1975), Ürdün (1976), Kuveyt (1980), Birleşik Arap Emirlikleri Medeni Muameleler Kanunu (1985), Yemen (2002) ve Katar (2004).

Birçok Arap Medeni Kanununda “garar akidleri” (*ukûdu’l-garar*) başlığı bulunmakta ve bu başlık altında çeşitli akidler ele alınmaktadır.¹⁶⁶ Ancak kanunlarda bu başlığa yer verilmesinin amacı, gararlı akidleri yasaklamak değil; kumar, piyango, emeklilik, sigorta vb. bazı muhâtaralı akidleri düzenlemektir.

Diğer Arap ülkelerine örnek teşkil etmiş olan 1949 tarihli Mısır Medeni Kanununun birinci kısmın ikinci kitabının dördüncü babı, ilk taslakta ‘*fi’l-ukûdi’l-ihimâliyye*’ başlığını taşıırken, komisyon tarafından ‘*ukûdu’l-garar*’ şeklinde değiştirilmiştir. Gerekçe olarak da, İslam hukukunda aynı anlama gelmek üzere garar kelimesinin kullanıldığı zikredilmiştir.¹⁶⁷ Ancak kanun sadece dört konunun düzenlemesiyle sınırlı kalmıştır. Bu başlık altında düzenlenen dört konu, kumar, bahisler ve ödüller (*mukâmera* ve *rihân*), kayd-ı hayat ile irat (*el-muratteb medâ’l-hayât*) ve sigortadır. Bu başlığa yer veren diğer Arap Medeni Kanunları da aynı konuları düzenlemiştir.¹⁶⁸

Öte yandan, gararlı akidlere dair başlığa sahip olan 1954 tarihli Libya Medeni Kanununda, 1972 yılında çıkarılan 86 no’lu kanunla bazı köklü değişiklikler yapılmıştır. “*Medeni Kanunda Garar İçeren Bazı Akidlerin Yasaklanması ve Bazı Hükümlerin İslam Hukukuna Göre Düzenlenmesine Dair*” başlığını¹⁶⁹ taşıyan bu kanunla Medeni Kanundaki 17 madde değiştirilmiş, 5 madde ise ilga edilmiştir. Genel olarak satım akidinde cehâlet içeren bazı maddeler, karzda gizli ayıplar, spor müsabakalarında bahis ve zamanaşımı^(*) (*tekâdüim*) konuları düzenlenmiştir. Mesela değiştirilen maddelerden 462. maddede terikenin satımında içeriğinin bilinmesi ve anlaşılması şartı getirilmiştir.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Mısır MK 739-771., Libya MK 739-780., Ürdün MK 909-949., Birleşik Arap Emirlikleri MK 1012-1055., Katar MK 763-807. maddeler.

¹⁶⁷ *Mecmû’atu’l-a’-mâli’t-tahdîriyye*, 5/300, 1. dipnot’tan nakleden Darîr, *el-Garar*, s. 72.

¹⁶⁸ Mısır Medeni Kanunu kapsamındaki gararlı akidleri inceleyen çalışmalar için bkz. Envar el-Amrûsi, *Ukûdi’l-garar fi’l-Kânûni’l-medenî: Muallakan alâ nusûsihâ bi’l-fikh ve ahkâmi’n-nakz*, İskenderiye 2003.

¹⁶⁹ (في شأن تحريم بعض عقود الغرر في القانون المدني وتعديل بعض أحكامه بما يتفق مع الشريعة الإسلامية)

(*) Bahislerde kazanılan ikramiyelerin teslim alınmaması durumunda ne kadar süre beklebileceği ve neticede hak sahibi parayı tahsil etmezse, paranın ne yapılacağı konusu düzenlenmektedir.

¹⁷⁰ Değişiklik yapılması hakkındaki kanuna dair ayrıntılı bilgi için bkz. Ann Elizabeth Mayer, “The Regulation of Interest Charges and Risk Contracts: Some Problems of Recent Libyan Legislation”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Cilt: 28, No: 4 (1979), s. 541-559.

A. Muhâtaralı/İhtimâlî Akidler

Daha önce Türk borçlar hukuku açısından yer verdiğimiz muhâtaralı akidler, Arapça modern hukuk kaynaklarında *el-'akdu'l-ihimâlî* olarak ifade edilmektedir. *el-'akdu'l-ihimâlî*, *el-'akdu'l-muhaddedîn* zıddıdır.¹⁷¹ Muhadded akidler, tarafların akid gereğince ne alıp ne vereceklerini önceden bildikleri akiddir. Muhâtaralı akidler ise, akid anında tarafların ne alıp ne vereceklerini bilmedikleri, ancak gelecekte vuku bulacak bir olaya bağlı olarak veya gelecekte bilinmeyen bir zamanda bunun anlaşılacağı akidlerdir. Senhûrî muhâtaralı akidleri şu şekilde tanımlamıştır: “Taraflardan hiç birinin akdin kurulduğu anda ne alıp vereceğini (*ne menfaat ve zarar sağlayacağını*) kesin olarak bilemediği akiddir. Bu bilgi, zamanı ve gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olaya bağlı olarak gelecekte ortaya çıkacaktır.”¹⁷²

Görüldüğü üzere muhâtaralı akidlerde, olayın gerçekleşme durumu, ne zaman ve ne kadar gerçekleşeceği gibi temel bazı hususlar bilinmemektedir. Bu yönleriyle akidlerde aranan şartlara uymadıkları için, kendilerine ait bir başlık altında müstakil olarak düzenlenmiş, tarafların karşılıklı rızası bu akidler için yeterli görülmüştür. Bu sebeple bu akidlere *rızâî akidler* (*ukûd rıdâiyye*) de denilmektedir.

Muhâtaralı akidlerin esas önemi, iktisadi neticesinden kaynaklanmaktadır. Hukuken ise bu akidlerle ilgili iki husus söz konusudur:

a) Muhâtaralı akidlerin temel özelliği, kazanç ve kaybetme konusunda ihtimal (*aléa*) barındırmalarıdır. Bu ihtimalin olmadığı anlaşılırsa, akid geçersiz olur. Mesela A şahsı, B şahsına evini verse ve karşılığında B'nin üçüncü bir şahıs olan C'ye hayatı boyunca aylık belli bir para vermesi şartını koşsa (ömür boyu gelir sözleşmesi), ancak C'nin daha önce öldüğü anlaşılırsa, bu akid bâtil olur.

b) Muhâtaralı akidlerde genellikle gabin söz konusu olmaz. Bu akdin temel mantığı zaten taraflardan birinin yükleneyeceği ihtimale dayalı gabindir. Sadece Lübnan Medeni Kanunu 214. madde, bu akidlerde gabinden bahsetmiş; Senhûrî bu hükmü “*tarafların karşılıklı olarak yüklenildiği riskte aşırı nisbetsizlik olması*” şeklinde yorumlamıştır.

Arap Medeni Kanunlarında gündeme gelen muhâtaralı akidlere ve bunlara dair yapılan düzenlemelere burada kısaca değinmek istiyoruz:

¹⁷¹ Darîr, *el-Garar*, s. 67, 1. dipnot.

¹⁷² Senhûrî, *el-Vasît fi şerhi'l-Kânûni'l-Medenî*, 1/136-137. Bu ve başka tanımlar için bkz. Darîr, *el-Garar*, s. 67-8; Derâdike, *Nazarîyyetü'l-garar*, 1/90.

1. Kumar ve Bahis Akidleri

Muhâtaralı akidlere yer veren söz konusu Arap Medeni Kanunları, kumar ve bahis (*mukâmera ve rihân*¹⁷³) türlerini genel olarak yasaklamış, bunları içeren akidleri bâtil kabul etmiştir.¹⁷⁴ Ancak bazı kanunlarda sözkonusu hükme bazı istisnalar getirilmiştir:

a) Sportif ve kültürel müsabakalarda oyuncuların birinin veya üçüncü şahısların ödül koyması, detayda farklılıklarla beraber, genel olarak geçerli kabul edilmiştir.¹⁷⁵

b) Bazı Medeni Kanunlar devletin düzenlediği piyango çekilişlerini de ikinci bir istisna olarak geçerli kabul etmiştir.¹⁷⁶ Bu maddelere yazılan şerhlerde, gerekçe olarak, piyangoya kamu yararına olduğu ve genel ahlak ve kamu düzenine aykırı olmadığı için izin verildiği ifade edilmektedir.¹⁷⁷ Diğer bazı kanunlar ise piyangoya müsaade etmemişlerdir.¹⁷⁸ Piyangoyu geçerli görmeyen bu kanunların, spor müsabakası içerikli bahisleri de daha ayrıntılı ele aldıkları ve daha sıkı şartlara bağladıkları görülmektedir.

Tespitlerimize göre, Cezayir, Bahreyn, Yemen ve Kuveyt Medeni Kanunlarında ise, kumar ve bahisler konusunda hiçbir düzenleme bulunmamaktadır.

2. Ömür Boyu Gelir Sözleşmesi

Ömür boyu gelir sözleşmesi (*el-murattab meda'l-hayât*), bir ıvaz karşılığında veya karşılıksız olarak bir kişinin başka bir kişiye aylık para ödemesi yapmayı yazılı olarak taahhüt etmesidir. Bu işlem akid yoluyla yapılabildiği gibi vasiyet yoluyla da yapılabilir ancak yazılı

¹⁷³ Bahis (*rihân*), Ürdün MK 909. maddede şu şekilde tarif edilmiştir: “Bir kişinin, akidde belirtilen hedefi gerçekleştirmeyi başaran kişiye, kendisinin belirlediği bir miktar parayı veya başka bir şeyi ödül olarak vermeyi taahhüt etmesidir.” (الرهان عقد يلتزم فيه امرؤ بأن يبذل مبلغاً من النقود أو شيئاً آخر جعلاً يتفق عليه لمن يفوز بتنفيذ الهدف المعين في العقد)

¹⁷⁴ يكون باطلاً كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان. (مصر، مادة 739)

¹⁷⁵ Ürdün MK 910-914. md., Birleşik Arap Emirlikleri MK 1014-1020. md. ile Katar MK 764. maddeler bu konudaki en ayrıntılı düzenlemelerdir. Libya MK, 740. maddesinde, spor ödülleri İslam hukukuna uyacak şekilde düzenleme yapmış, müsabakacıların dışındaki kişilerin bahse girmesi maddeden kaldırılmıştır. Buna göre, ödülün yarışmacılardan veya dışarıdan birisi tarafından taahhüt edilmesi halinde bu tür ödül tespitleri geçerlidir.

¹⁷⁶ Lübnan 1024-1027., Mısır MK 739-740., Suriye 705-706. ve Irak MK 975-976. Öte yandan, Libya MK 740. maddede 1972 yılında yapılan değişiklikle piyango çekilişleri bu maddedeki istisnai uygulamalardan kaldırılarak yasaklanmıştır.

¹⁷⁷ Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 199.

¹⁷⁸ Ürdün MK 909-915., Katar MK 763-764., Libya MK 739-740, Birleşik Arap Emirlikleri MK 1012-1021. md.

olması şarttır. Ödemenin süresi, taraflardan birinin ömrü boyunca olabildiği gibi, üçüncü bir kişinin ömrü boyunca olarak da belirlenebilir. Bu sözleşme, Mısır MK 741-746. maddelerde düzenlenmiştir. Aynı şekilde Suriye 707-712., Irak 977-980. ve Ürdün 916-919. maddeler de konuyu ıvazlı veya ıvazsız olmak üzere düzenlemiştir.¹⁷⁹

Ömür boyu gelir sözleşmelerinin hükmü konusunda İslam hukukunda görüş farklılıkları mevcuttur. Darîr, ıvazsız olan türünü, İslam hukukunda bulunan *umrâ* akdine¹⁸⁰ benzetmiştir.¹⁸¹ Aradaki fark bir yana, *umrâ* akdinin hükmü de fıkıh mezheplerinde ihtilaflıdır. Cumhûra göre câiz iken, Mâlikîler, hibe kurallarını ihlal etmesi sebebiyle *umrâ* akdini câiz görmemektedir. Öte yandan, bu akdin ıvazlı olan türünün, netice itibariyle muâvezât kapsamına girmesi, bir nevi bahis olması ve garar içermesi sebebiyle câiz olmadığı görüşü ağır basmaktadır.¹⁸²

Bu sebeple bazı Medeni Kanunların garardan sakınmak için sözleşmenin ıvazsız olması şartını koştüğünü görüyoruz.¹⁸³ Libya Medeni kanununda konuyu düzenleyen 741. madde, Libya'da garar yasağı sebebiyle değiştirilen Medeni Kanun maddelerindedir ve yeni haliyle madde, bu sözleşmeleri ıvazsız (*teberruât*) olması şartıyla câiz görmüştür, ıvazlı (*muâvezât*) olanı ise câiz görmemiştir.

3. Sigorta Akidleri

Mısır Medeni Kanunu başta olmak üzere Arap ülkelerin çoğunun medeni kanunu, sigorta sözleşmelerini geçerli görmüştür.¹⁸⁴ Cezayir ve Yemen Medeni Kanunları ise tespitimize göre sigorta konusuna yer vermemişlerdir.

Sigorta akdinin kanunlara konulmasındaki temel etkenin, ticaret ve iktisat alanındaki modern gereksinimlerin sigorta uygulamasını zorunlu hale getirmesi ve bunlara şiddetle ihtiyaç duyulması olduğu anlaşılmaktadır.

¹⁷⁹ يجوز للشخص أن يلتزم بأن يؤدي إلى شخص آخر مرتباً دورياً مدى الحياة بعوض أو بغير عوض. (مصر، مادة 741)

¹⁸⁰ Umrâ, bir şahsın bir başkasına ömür boyu faydalanması ve taraflardan birisi ölünce asıl sahibine (veya varislerine) iade olunması şartıyla bir malını vermesidir (Konevî, *Enîstü'l-fukahâ*, s. 256-7)

¹⁸¹ Darîr, *el-Garar*, s. 631-632.

¹⁸² Ayrıntılı bilgi için bkz. Günay, Hacı Mehmet, "Rukbâ", *DİA*, 35/218-219.

¹⁸³ Mesela bkz. Birleşik Arap Emirlikleri MK 1022-1024. ve Katar MK 765-770. maddeleri.

¹⁸⁴ Mısır MK 747-771., Suriye MK 713-737., Irak MK 983-1007., Libya MK 747-780., Bahreyn MK 686-741., Ürdün MK 920-949., Kuveyt MK 773-809., Birleşik Arap Emirlikleri MK 1026-1055., Katar MK 771-807. madde.

Sigortanın fikhî hükmü 19. yüzyılın sonundan itibaren İslam hukukçularınca tartışılmaya başlanmıştır ve konuyla ilgili tartışmalar günümüzde de devam etmektedir. Bu süreç neticesinde, fukahanın çoğunluğunun, karşılıklı (yardımlaşma) sigortalara ve devletlerin bünyesindeki sosyal sigortalara ihtiyaç sebebiyle cevaz verdikleri; ticârî sigortaları ise garar ve haksız kazanç gibi olumsuz unsurların varlığından hareketle câiz görmedikleri anlaşılmaktadır. Ancak ticârî sigortalar konusundaki olumsuz yaklaşım da, sigortanın yaygınlaşması ve ticârî hayatın getirdiği zorunluluklar sebebiyle esnemeye başlamıştır.¹⁸⁵

Sigorta konusunda İslam dünyasında çok sayıda çalışma yapılmıştır. Doğrudan tez konumuz olmaması sebebiyle, konunun detaylarını ve sigorta etrafındaki tartışmaları konu hakkında yapılmış müstakil çalışmalara bırakmak istiyoruz.¹⁸⁶

Senhûrî, Arap Medeni Kanunlarda yer verilen bu üç konunun dışında, borsadaki forward satışlar da Mısır kanunlarınca izin verilen gararlı satışlar arasında zikretmektedir. Bu iznin mesnedi, 1909 tarihli ve 23 no'lu Borsa hakkındaki kanundur. Senhûrî borsadaki bu tür vadeli satışların bahis niteliği taşıdığını ifade etmektedir.¹⁸⁷

Tespitimize göre, diğer Arap Medeni Kanunlarında da bu istisna yer almamaktadır ancak diğer ülkelerde de borsayla ilgili bu şekilde özel bir kanunun veya düzenlemenin bulunup bulunmadığı ayrıca araştırma gerektirmektedir.

¹⁸⁵ Mesela Din İşleri Yüksek Kurulu, 'Sigorta' hakkında verdiği 17.09.1997 tarih ve 1997/74 sayılı kararında, İslami usûllere göre çalışan sigortalar faaliyete geçinceye kadar "zaruret ve ihtiyaç halinde, halen mevcut sigorta kurumlarında eşya, kasko ve sağlık sigortası yaptırmanın câiz" görüldüğünü ifade etmişken; sekiz sene sonra 07.04.2005 tarih ve 2005/64 sayılı Din İşleri Yüksek Kurulu Kararında, 'konusu din tarafından yasaklanmış olmadıkça ticârî sigortaların câiz olduğunu' başka bir kayıt düşme ihtiyacı hissetmeksizin belirtilmiştir. Kurul üyelerinden Doç. Dr. Halil Altuntaş, yazdığı muhalefet şerhinde "Karşılıklı rıza konusundaki endişeleri ortadan kaldıracak sigorta yöntemi/yöntemleri geliştirilinceye kadar, konusu din tarafından yasaklanmış olanlar dışında, sigorta işlemlerinin câiz olduğuna..." şeklinde kayıt düşme ihtiyacı hissetmiştir.

¹⁸⁶ Konuyla ilgili tartışmaların ve görüşlerin bir hülâsası için şu kaynaklara müracaat edilebilir: Hasan Hacak, "İslâm Hukukunda Sigorta ve Fıkıh Bilginlerinin Sigortaya Yaklaşımının Genel Bir Değerlendirmesi", Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 30 (2006/1), s. 21-50; Nihat Dalgın, *İslâmın Işığında Sigortacılık*, Trabzon 1996; Mustafa Zerka ve Ahmed Neccâr, *İslâm'a Göre Banka ve Sigorta*, (Çeviren: Hayrettin Karaman), İstanbul 1992; Hadi Sağlam, "Sigorta Sözleşmesinde Belirsizlik (Garar ve Cehâlet) var mıdır? Sigortada Belirsizliğin Varlığı Tartışmalarının İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *E-Akademi Dergisi*, Ocak 2010, Sayı 95. <http://www.e-akademi.org/makaleler/hsaglam-3.htm> [Erişim Tarihi: 02 Aralık 2010];

¹⁸⁷ Senhûrî, *el-Vasît fi şerhi 'l-Kânûni 'l-Medenî*, 7/1032-3.

B. Takyidi Şartlar, Şarta Talik ve Zamana İzafe

Takyidi şartların yanı sıra, şarta talik ve zamana izafe konuları, satım akdinin sigasında gararın ortaya çıktığı alanlardır. Bu sebeple, Arap Medeni Kanunlarında bunlar hakkındaki düzenlemelere özet olarak değinmek istiyoruz.

1. Takyidi Şartlar

Birçok Arap Medeni Kanununda, kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı olmadığı sürece, taraflara her türlü gerçekleştirilmesi mümkün şartı koşma imkânı tanınmıştır.¹⁸⁸ Bunların bazısında “Akid, tarafların kanunudur” (العقد شريعة المتعاقدين) ifadesine yer verilmiştir.¹⁸⁹

Irak Medeni Kanunu gibi İslam fihhının daha çok etkisi altında kalmış kanunlarda bu son ifadeye yer verilmemiştir. Bu kanunlarda, konu önce Hanefî mezhebi görüşüne göre düzenlenmiştir. Buna göre, akde, onun muktezâsını destekleyen, ona mülayim olan veya örfte uygulanan şart iktirarı geçerlidir. Ancak Irak ve Ürdün Medeni Kanunlarında, maddenin devamında bu alan genişletilmiş, Hanefî fihhının yaklaşımını yansıtan önceki ifadeler anlamsız hale gelmiştir. Buna göre, aynı şekilde, kanunen yasaklanmadığı ve kamu düzeni ile genel ahlaka aykırı olmadığı sürece taraflara veya üçüncü şahıslara fayda sağlayan şart iktirarı da geçerlidir.¹⁹⁰ Birleşik Arap Emirlikleri Medeni Muameleler Kanunu ise, her iki hususu birlikte şart koşarak daha anlamlı bir hüküm ortaya koymuştur.¹⁹¹ 2002 tarihli Yemen Medeni Kanununu ise takyidi şartlar konusunda Hanefîlerin belirlediği klasik ölçüleri takip etmiştir. Buna göre, akdin muktezâsından olan, akde mülayim olan veya şer‘an ve örfen akdi teyid eden şartlar, sahih takyidi şartlardır.¹⁹² Bunun dışındaki takyidi şartlar ise duruma göre ya kendisi lağvıdır ya da akdi de kendisiyle birlikte bâtil kılar.¹⁹³

Arap Medeni Kanunlarında takyidi şartlar konusunda çok ciddi esneklik sağlandığı görülmektedir. Batılı kanunlardaki ‘akid serbestisi’ne uyum sağlama niteliğinde yapılan bu değişikliklere, Hanbelî mezhebi görüşleri de gerekçe gösterilmiştir.

¹⁸⁸ Mısır MK 265-6. Kanuna da aykırı olmama şartıyla: Bahreyn MK 110., Kuveyt MK 175., Katar MK 154. madde.

¹⁸⁹ Mısır MK 147., Suriye 148., Libya 147., Bahreyn 128., Kuveyt 196., Katar 171., madde.

¹⁹⁰ Irak MK 131., Ürdün MK 164. madde.

¹⁹¹ Birleşik Arap Emirlikleri MK 206. madde. Aynı kanunun 424. maddesine göre, imkânsız olan, helâli haram, haramı helâl kılan, kamu düzenine ve genel ahlâka aykırı olan şarta bağlanan tasarruf bâtil olur.

¹⁹² Yemen MK 458. madde.

¹⁹³ Yemen MK 460. madde.

Akidlerdeki takyidi şartlara fıkıh mezheplerince getirilen sınırlar böylece yumuşatılmış, karşılıklı rızayla belirlendiği sürece kamu düzenine ve ahlaka aykırı olmayan hemen bütün şartlar geçerli kabul edilmiştir.

2. Şarta Talik ve Zamana İzafe

Mısır Medeni Kanunu başta olmak üzere Arap Medeni Kanunlarının çoğunluğu, bir akdin kurulmasının, meydana gelmesi muhtemel bir olaya bağlanmasına (*şarta ta'lik*) izin vermektedir.¹⁹⁴ Şarta talik yapılabilmesi için, şart konusu olan olay veya durum o anda bulunmamalı, meydana gelmesi muhtemel (*alâ hatari'l-vucûd*) olmalı, yani ne kesin ne de imkânsız olmalıdır.¹⁹⁵ Ancak söz konusu şartın kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı olması ya da imkânsız (*gayr-i mümkün*) olması durumunda, detaya göre akdin tamamı veya sadece şart bâtil olur.¹⁹⁶ Yine Arap Medeni Kanunlarının çoğunluğuna göre, akdin kuruluşu derhal olmak kaydıyla, akidlerin hükmü ve tenfizi zamana izafe edilebilir.¹⁹⁷

Öte yandan Yemen Medeni Kanununun muallak ve muzaf akidler konusunda da klasik fıkhi öğretilere bağlı kaldığı görülmektedir. Buna göre, satım akdinin şarta veya gelecekte olacak bir olaya taliki veya ecele izafesi sahih değildir.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Mısır MK 265., Irak MK 286.; Birleşik Arap Emirlikleri MK 420. madde.

¹⁹⁵ Irak MK 286.; Birleşik Arap Emirlikleri MK 420. madde.

¹⁹⁶ Mısır 266., Suriye 266., Libya 253., Cezayir 204., Ürdün 397., Kuveyt 324. Katar 286. madde. Irak 287. maddede 'imkânsız olması' zikredilmemiştir. Sadece şartın mı yoksa bütün akdin mi bâtil olacağına dair detay, söz konusu maddelerde yer almıştır.

¹⁹⁷ Irak MK 292-293., Bahreyn 251-253., Ürdün MK 402., Kuveyt MK 329-330., Birleşik Arap Emirlikleri MK 429., Katar MK 291-292. madde.

¹⁹⁸ Yemen MK 461. madde.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SATIM AKDİNİN KONUSUNDA VE BEDELİNDE GARAR

I. Genel Çerçeve

Klasik fıkıh literatüründe garar konusunda en çok hükme ve tartışmaya, satım akdinin mahallinde yani mebide ve semende rastlanmaktadır. Zira gararın en çok oluştuğu yerler buralardır.

Türk hukukunda, satılan şey (*mebi*) ve bunun bedeli (*semen*) “satım akdinin konusu/mevzuu” şeklinde ifade edilmektedir.¹ İslam hukuku literatüründe, akdin konusunu ifade etmek üzere *ma'kûdun aleyh* veya *mahallu'l-akd* terimleri kullanılmaktadır. Hanefilere göre satım akdi açısından *ma'kûdun aleyh*, yalnızca *mebiyi* ifade ederken;² diğer mezheplere göre her iki edimi, yani *mebi* ve *semeni* birlikte ifade etmektedir.³

Bir önceki bölümde akdin sigasında garar konusu incelemiştik. Bu bölümde ise mebi ve semende garar konuları ele alınacaktır. İlk üzerinde durulacak konu, mebide garar oluşturan sebeplerdir. Cehâlet, teslim edilememe riski ve ma'dûm olma şeklinde üç adet olarak belirlediğimiz bu sebepler kategorik olarak ele alınacak ve her birinin alt örneklerine ayrıntılı olarak yer verilecektir. Sonraki konu ise semende garardır. Semende gararın büyük oranda cehâletten kaynaklanması sebebiyle, konu cehâlet merkezli olarak incelenecektir.

¹ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku: Umûmî Hükümler*, s. 173. Öte yandan klasik fıkıh literatüründe *mevdû'u'l-akd* ('akdin mevzuu') ifadesi geçtiğinde, günümüz hukuk dilindeki '*akdin konusu*'nun değil '*akdin hükmü*'nün kastedildiği de göz önünde bulundurulmalıdır. (Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2/158)

² Serahsî, *el-Mebsût*, 13/169: (ومحل العقد المعقود عليه والمعقود عليه المبيع دون الثمن فإن الثمن معقود به); Mecelle, 150. madde: “Mahallü'l-bey' mebiden ibarettir.”

³ Bardakoğlu, “Bey”, *DİA*, 6/15; Aybakan, Bilal, “İvaz”, *DİA*, 23/488.

II. Satım Akdinin Konusunda Garar

A. Cehâlet Sebebiyle Garar

İslam hukukçuları, satım akdinin sıhhati için, mebinin muayyen hale gelmesinin şart olduğu hususunda görüş birliğine varmışlardır. “Muayyen hale gelmesi” ifadesiyle, “*akid konusunun, tarafları nizaya düşürmeyecek şekilde belirli ve bilinir olması*” kastedilmektedir. Burada kriter, nizanın ortadan kalkmasıdır. İslam hukuku, anlaşmazlığa ve aldanmaya yol açan sebepleri önceden kaldırmayı esas almıştır. Çünkü münazaa, teslim ve tesellüme mâni olmakta ve satımın amacının gerçekleşmesine engel olmaktadır.⁴ ‘Ma‘kudun aleyh hakkındaki cehâletin akdin sıhhatini engelleyeceği⁵ ve ‘akdi ifsad edeceği⁶ birer ilke halinde tespit edilmiştir. Buna göre satım akdinin konusunun, cins, tür (nev‘), sıfat, miktar ve vade açısından mâlum olması gerekmektedir. Varlığı, cinsi, sıfatı, miktarı malum olan ve teslimi mümkün olan mallardan garar ve cehâlet unsurları kendiliğinden temizlenmiş olur.⁷

Genel ilke olarak akdin mahallinin tam olarak bilinmesi gerekmele beraber, bunun nizaya sebep olmayan gündelik işlemleri ve açık kabul edilen hususları kapsamayacağı da İslam hukukçuları tarafından kabul edilmiştir. Mesela belirli bir yığın hububatın “kilosu şu kadardan” satılması ya da büyük bohçalar biçiminde (denk) bağlanmış kumaşların kaç tane olduğunun bilinmeden satılması câizdir.⁸ Hanefiler mebi hakkında bilgi sahibi olmayı sadece müşteri için şart görmüşler, satıcının da mebi hakkında bilgi sahibi olmasını zorunlu görmemişlerdir; zira mal satıcının mülkiyetinde olduğu için bilgi sahibi olduğu kabul edilir.⁹

Şimdi mebide garar oluşturan sebeplerden cehâleti ve bunun alt açılımlarını ayrıntılı olarak inceleyelim:

1. Mebinin Görülmemesi

Satım akdinde, mebinin akid meclisinde bulunması ve müşteriye gösterilerek satılması asıldır. Bu yol, garar ve cehâlete düşmemek açısından İslam hukukçularının tercih ettiği ideal

⁴ Semerkandî, *Tuhfetu'l-fukahâ*, 2/45.

⁵ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/162, 6/183: جهالة المعتود عليه تمنع صحة العقد

⁶ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 4/185, 6/85: جهالة المعتود عليه توجب فساد العقد

⁷ Şeybânî, *el-Mebsût*, 5/89-90; Semerkandî, *Tuhfetu'l-fukahâ*, 2/45; Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/156; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/505, 529; Mecelle, md. 213; Ramlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 3/405; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 3/15; Bardakoğlu, “Bey”, *DİA*, 6/16.

⁸ Semerkandî, *Tuhfetu'l-fukahâ*, 2/46.

⁹ Mecelle, md. 200; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2/172.

metoddur. Çünkü bu durumda, müşteri mebiyi istediği gibi inceler ve hakkında yeterli bilgi sahibi olur. Gizli bir kusuru olmadığı sürece, bunun ötesinde mebiye dair ayrıntılı bilgi vermeye ve tavsife gerek yoktur.¹⁰

Burada ‘görme’yle kastedilen, mebi hakkında yeterli bilgi sahibi olmaktır. Bu sebeple, Hanefîler malın niteliğine uygun düşen farklı bilgi elde etme yollarının hepsini ‘görme’ kapsamında değerlendirmişlerdir.¹¹ Mesela arabalar için binmek, gıda ürünleri için tadına bakmak, parfümeri için koklamak, gayri menkûl için gezmek, ses sistemleri için dinlemek gibi fiiller hep ‘görme’ kapsamında değerlendirilmiştir.¹²

Akid mahallinin görülmemesi, müşterinin herhangi bir şekilde mebiyi görme ve inceleme imkânına sahip olmamasıdır. Bu husus, mebinin akid meclisinde hazır bulunmaması şeklinde olabileceği gibi, mesela akid meclisinin karanlık olması, mebinin kapalı bir kutuda durması ya da müşterinin âmâ olması gibi durumlarda da ortaya çıkabilir. *Bey’u’l-ğâib* olarak ifade edilen bu satımın ma’dûmun satışından farkı, mebi mevcut (‘ayn) ve satıcının mülkiyetinde olmasına rağmen, akid meclisinde bulunmaması veya görülememesidir.

a. Mebinin Görülmeden Satın Alınmasının Hükümü

Akid konusunun müşteri tarafından görülmeden satın alınması hakkında üç ayrı görüş ortaya çıkmıştır:

i) Mutlak Olarak Geçersiz Olduğu

Akid konusunun görülmeden satımını bazı fakih ve mezhepler câiz görmemişler, bâtil kabul etmişlerdir:

- Evzâî’ye¹³ (ö. 157/774), İmam Şâfiî’nin *kavl-i cedîdine* ve Şâfiîlerde öne çıkan görüşe (*el-kavlü’l-azhar*) göre, akid meclisinde bulunmayan ve daha önce de görülmemiş olan malın satımı geçersizdir. Bu hükmün gerekçesi, söz konusu akdin cehâlet sebebiyle fahiş garar içermesidir. Mebinin tavsif edilmesi yeterli görülmemiş, bu konuda “Bildirmek (*haber*),

¹⁰ Saleh, *Unlawful Gain and Legitimate Profit in Islamic Law*, s. 80.

¹¹ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/69-70; Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 5/292-3; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/16; Mecelle, md. 323, 331; Çeker, *İslam Hukukunda Akitler*, s. 86.

¹² Katalog, telefon, televizyon, bilgisayar ve internet gibi modern yollarla mebi hakkında bilgi elde edilmesi hakkında mukayeseli bir çalışma için bkz. Memduh Muhammed Mebrûk, *Ahkâmu’l-‘ilm bi’l-mebî’ ve tatbikâtuh...*, yy. 1999 (*el-Mektebu’l-fennî li’l-isdârâti’l-kânûniyye*).

¹³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/31; Abdullah Muhammed Cebûrî, *Fıkhü’l-İmâm Evzâ’î*, Bağdat 1977, 2/171.

görmek gibi değildir.”¹⁴ hadisi esas kabul edilmiştir. Hatta Şâfiî mezhebinde, âmâ bir kişiye satış yapılmasının câiz olmadığına dair bir hükme de rastlanılmaktadır. Şâfiîlerde tavsif yoluyla akid yapmak ancak selem sığası kullanılarak mümkündür.¹⁵

Ancak bazı konularda esneklik de gösterilmiştir. Mesela kısa süre önce görülen ve değişikliğe uğramayan mebinin, akit meclisinde görülmeden satımına cevaz verilmiştir.¹⁶ Yine tamamı görülemeyen mebinin satımı da, bütün kısımları görülen kısım ile aynı nitelikte ise, câiz görülmüştür.¹⁷

- Câferîler ile İbâzî mezhebi de aynı görüştedir. Ancak İbâzî mezhebinde, farklı olarak, müşteri mebiyi önceden görmüş olsa da akid meclisinde bulunmayan mebinin satımı geçerli değildir.¹⁸

Netice itibariyle, akid konusunun görülmeden satımını kabul etmeyen Evzâî, Şâfiîler, Câferîler ve İbâzîler, bu görüşlerinin tabii sonucu olarak *görme muhayyerliği*ni de kabul etmemişlerdir.

ii) Mutlak Olarak Câiz Olduğu

Hanefilerden Kâsânî (ö. 587/1191), Şürûnbülâlî (ö. 1069/1659) ve Haskefi (ö. 1088/1677), bu konudaki en müsamahalı görüşü benimsemişlerdir. Bu fakihlere göre, akid meclisinde bulunmayan ve sadece cinsi belirtilen bir malın satımı, vasfı ve miktarı belirtilmese bile, geçerlidir. Zira görme muhayyerliği, cehâlet sebebiyle oluşacak gararın olumsuz etkisini ortadan kaldıracaktır. Bu görüşe mezhep içinden ve dışından çeşitli tenkitler yöneltilmiştir. Mesela İbn Âbidîn bu görüşe şu itirazda bulunmuştur: Mechûl bir mebiyi konu alan bir satım akdi, fahiş garar sebebiyle bâtıldır. Bâtil bir akdi ise muhayyerlikler sahih hale getiremez. Muhayyerlikler ancak hafif garar durumlarını telafi edebilirler.¹⁹ Çok daha önceki bir dönemde İbn Hazm'ın böyle bir akde, rızanın oluşumu açısından itiraz ettiğini görüyoruz.

¹⁴ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 1/215, 271: (ليس الخبز كالمعائنة)

¹⁵ Şâfiî, *el-Ümm*, 4/187; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/302; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/155; Çeker, *İslam Hukukunda Akitler*, s.87.

¹⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/35-6.

¹⁷ Gazzâlî, *el-Vasît*, 3/38: (رؤية بعض المبيع تقوم مقام رؤية الكل إذا كان المرئي يدل على الباقي); İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetu'l-muhtâc*, 4/267.

¹⁸ Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 304.

¹⁹ İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, 4/529-530; İbn Abdullah, *The Concept of Gharar*, s. 193.

İbn Hazm'a göre, mebinin bilinmediği bir satım akdinde rızadan bahsetmek mümkün değildir. Dolayısıyla ona göre, görülmeyen veya tavsif edilmeyen mebinin satımı bâtıldır.²⁰

iii) Tavsif Edilmesi Şartıyla Câiz Olduğu

İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, satım akdinin geçerli olabilmesi için mebinin akid meclisinde bulunması şart değildir, mebinin özelliklerini tavsif ederek de satım yapmak mümkündür. Bunun için, malın cinsi, kalitesi, miktarı gibi temel bilgilerin açıkça belirtilmesi gerekir. Bu görüşe göre, akdin sıhhati açısından önemli olan, mebinin akid meclisinde bulunması veya görülmesi değil, tarafların mebi hakkında yeterli bilgiye sahip olmasıdır. Dolayısıyla mebinin tavsifi, mebiyi görüp incelemenin yerini tutabilmektedir. Hanefilerin çoğunluğu, Mâlikîler, İmam Şâfiî'nin önceki (*kadîm*) görüşü, Ahmed b. Hanbel'den bir rivayet ve Zâhirîler'in görüşü bu yöndedir.²¹ Görülmeyen malın satımında mebinin tavsif edilmesi şartı, bu satımın selem akdine kıyas edilmesi sebebiyle gerekli görülmüştür. Hanefiler bu satımda garar bulunduğunu kabul etmekle birlikte, gararın az (*yesîr*) olduğunu, bu sebeple de bu satımın câiz olduğunu ifade etmişlerdir. Mebinin tavsif edilmeden satılması ise hiç bilinmemesi demektir ki, bu da fahiş garardır.²²

İmâm Şâfiî'nin kadim görüşü, Şirâzî ve Nevevî gibi Şâfiî fakihler tarafından benimsenmiş ve sonraki dönemde mezhepte öne çıkmıştır. Bu fakihlere göre cins ve türü (*nev'*) bilinmeyen bir *ayn-ı gâibin* (görülmeven mebinin) satımı aşırı garar (*ğarar kesîr*) sebebiyle câiz olmazken; cins ve türü belirtilmek şartıyla satımı geçerlidir ve görme muhayyerliği söz konusu olur. Şirâzî ve Nevevî bu görüşü tercihlerinde, aşağıda zikredeceğimiz Hz. Talhâ (r.a.) ile Hz. Osman (r.a.) arasındaki alışveriş gibi sahâbe uygulamasını esas almışlardır.²³

Akid meclisinde bulunmayan mebinin tavsifle satılabileceğini savunanlar, sünnetten çeşitli deliller göstermişlerdir. Görme muhayyerliğini anlatan şu rivayet bu görüşü desteklemektedir: “*Kim görmediği bir malı satın alırsa, malı gördüğünde muhayyerdir*

²⁰ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 8/342-3.

²¹ Semerkandî, *Tuhfetu'l-fukahâ*, 2/46; Karâfî, *el-Furûk*, 3/434; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/31-33; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 8/342-3.

²² Semerkandî, *Tuhfetu'l-fukahâ*, 2/46; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/31-33.

²³ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/593-594; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-fikhiyye*, s. 405; Şirâzî, *el-Mühezzeb*, 2/14-5; Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/288; İbn Teymiyye, *Nazariyyetü'l-akd*, s. 209-210.

(dilerse alır, dilerse bırakır).”²⁴ Zira görme muhayyerliğinin varlığı, görmeden satışın cevazını göstermektedir.

Sahâbeden de bu görüşü destekleyen uygulamalar nakledilmiştir: Talha b. Ubeydullah (ö.36/656), Hz. Osman’dan (ö.35/656), her ikisinin de henüz görmediği Kufe’deki bir araziyi satın almış, gabin konusu gündeme gelince her ikisi de muhayyerlik iddia etmiş, hakem olarak başvurdukları sahâbî Cubeyr b. Mut’im (ö. 58 veya 60) bu satımdaki muhayyerliği Talha’ya tanımıştır ve satımı geçersiz kabul etmemiştir.²⁵

İbnü’l-Kayyim bu konuya *ma’kûlden* delil göstermiş ve zimmetteki *deynin* satımı olan *selem* tavsifle câiz oluyorsa, mevcut olan ama akid meclisinde bulunmayan mebinin satımının da evleviyetle câiz olması gerektiğini söylemiştir. Zira *deynde* garar *ayndan* daha fazladır.²⁶

Bu gruptaki fakihler, tavsifle satıma bazı şart, kayıt ve sınırlar da getirmişlerdir. Bu düzenlemelerin amacı genellikle gararın aşırı olmasını engellemek ve böyle bir satıma ihtiyaç olduğundan emin olmaktır. Mesela Hanbelîlerde tavsifle satıma konu olabilecek mallar, seleme konu olabilenlerle sınırlıdır. Mâlikîler ise, gararı kontrol altında tutmak için, mezhep içinde farklılık arz eden bazı şartlar ileri sürmüşlerdir: Mesela malın çok uzakta olmaması (değişime uğrama ihtimali sebebiyle), çok yakında olmaması (rahatlıkla görme imkânının olması sebebiyle), aranan niteliklerin (*evsâf-ı maksûde*) yeterince açıklanmış olması, mebiyi satıcı dışındaki bir kişinin tavsif etmesi vb. şartlar...²⁷

AAOIFI konuya daha esnek yaklaşarak, satıcının tavsifini de geçerli kabul etmiş; yeterince tavsifin kriterini ise ‘fiyatı etkileyen nitelikler’ olarak belirlemiştir. Tavsifin gerçeği yansıtmaması durumunda müşteriye muhayyerlik hakkı tanınmaktadır.²⁸

b. Mebinin Görülmesi Konusunda Özel Durumlar

Mebinin görülmesi konusunda bazı özel durumlar şunlardır:

i) Daha önce görülmüş mebinin satımı

²⁴ Rivayeti, Dârekutnî süneninde müsned olarak, İbn Ebî Şeybe ise mürsel olarak nakletmiştir. [Dârekutnî, *Sünenü’l-Dârekutnî*, 3/382 (no: 2802, 2805); İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 10/488 (no: 20341); Zeylaî, *Nasbu’r-râye*, 4/9]: (من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه)

²⁵ Tahâvî, *Şerhu meâni’l-âsâr*, 4/10: (... اشترى طلحة بن عبيد الله من عثمان بن عفان مالا...); Nevevî, *el-Mecmû’*, 9/288.

²⁶ İbnü’l-Kayyim, *Zâdü’l-me’âd*, 5/813.

²⁷ İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-müctehid*, 2/155; Karâfî, *el-Furûk*, 3/396; İbn Cüzey, *el-Kavânîni’l-fikhiyye*, s. 405; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2/168.

²⁸ “Dâbitu’l-ğararı’l-mufsid li’l-muâmelâti’l-mâliyye”, *el-Me’âyîru’s-şer’iyye (2010/1431)*, s. 422.

Satımdan önce görülmüş olan ancak akid meclisinde bulunmayan bir mebinin satımı, ‘görmeden satım’ kapsamının dışındadır ve bütün sünni mezheplerce sahih kabul edilmiştir. Ancak mebede bu arada bir değişiklik meydana gelmemiş olması gerekir. Müşteri mebiyi teslim aldığı anda, mebede bir değişiklik olduğunu farkederse, muhayyerliğe sahip olur.²⁹

ii) Numune üzerinden satış

Numune üzerinden satış (*el-bey‘ bi’n-nemûzec* veya *unmûzec*), fertleri birbirinden farklılık göstermeyen, belli bir standardı olan mallar için düşünülmüştür; zira numunenin satılan malla birebir aynı olması şarttır. Hanefilere ve Mâlikîlere göre, misli malların numune gösterme yoluyla satılması, ciddi bir bilinmezlik ve aldanma riski taşımadığından, bizzat satım konusunu göstererek yapılan satış gibi kabul edilmiştir. Günümüzdeki standart sanayi mallarının da bu gruptan kabul etmek uygun olacaktır. Kıyemî malların ise satımda tek tek görülmesi gerekmektedir.³⁰ Satılan mallar numuneye uygun çıkmaz ise, alıcı için muhayyerlik (duruma göre *vasıf veya ayıp muhayyerliği*) söz konusu olur ve müşteriye akdi feshetme hakkı tanınır.³¹

Şâfiîler ve Hanbelîler, mebi ister kıyemi ister misli olsun, numune yoluyla satışa olumsuz bakmışlardır. Onlara göre, numune yoluyla satış, tayin eksikliği nedeniyle bâtıldır. Ancak misli bir mal (mesela yığın halinde buğday) akid meclisinde bulunuyor da, ondan bir parça numune olarak gösteriliyor ise, bu câizdir. Hanbelîlerdeki diğer bir görüşe göre, numune yoluyla satış câizdir ve tavsif edilerek yapılan satış gibi kabul edilir.³²

iii) Akid meclisinde kapalı duran mebinin satışı

Akid meclisinde kapalı bir kutuda veya çuval içinde bulunan şeker, buğday gibi misli malların durumu, mezhepler arasında ihtilafıdır. Hanefî ve Hanbelî mezheplerine göre bu tür misli mallar, işaret edilerek (mesela “şu çuvaldaki şeker” denerek) muayyen hale gelirler.³³ Öte yandan Mâlikîlere ve Şâfiîlere göre, sadece kutu veya çuvalı işaret etmekle mebi

²⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/68; Mecelle, md. 332; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/35.

³⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/72; Zeylaî, *Tebyînü’l-hakâik*, 4/26; Mecelle, md. 324; Hattâb Ruaynî, *Mevâhibü’l-Celîl*, 6/104-5; Dirdâr, *eş-Şerhu’l-kebîr*, 3/24.

³¹ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/5 (رؤية الأنموذج كروية الجميع، إلا أن يختلف فيكون له خيار العيب); Mecelle, md. 325; Bardakoğlu, “Bey”, *DİA*, 6/17.

³² Cüveynî, *Nihâyetü’l-matlab*, 5/8-9; Nevevî, *el-Mecmû’*, 9/298; İbn Muflih el-Makdisî, *Kitâbu’l-Furû’*, 6/143-144; İbn Muflih, *el-Mubdi*, 4/25.

³³ İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, 6/259; İbn Nuceym, *el-Bahru’r-râik*, 5/297: (المشار إليه بعبارة كان أو ثمنا لا يحتاج إلى (معرفة قدره ووصفه).

muayyen hale gelmez. Sadece Mâlikîlere göre, mebinin çuval, sandık, kutu vb. kaplardan çıkartılıp gösterilmesinde ciddi meşakkat varsa, mebi tavsif yoluyla satılabilir.³⁴

c. Görme Muhayyerliği

Bu konu çerçevesinde değinilmesi gereken diğeri bir konu, görme muhayyerliğidir (*hiyâru'r-ru'ye*). Görme muhayyerliği, bir malı görmeden mebi olarak kabul eden tarafa, bu malı gördüğünde satım akdini feshetme veya kabul etme hakkı tanınmasıdır.³⁵ Bu muhayyerlik, akid konusunun mâlum olmasına gösterilen özenin bir uzantısıdır ve ticarete rızânın korunmasına yardımcı olur.³⁶

Görülmeyen malın satılmasını mutlak olarak veya belli kayıtlarla câiz görenler, müşteriye görme muhayyerliğini de tanımışlardır. Ancak Hanefiler ile Mâlikîlerin görme muhayyerliği anlayışları arasında ince bir fark vardır. Hanefilerdeki genel görüşe göre, mal tavsif edildiği üzere çıksa bile, müşterinin muhayyerliği mahfuzdur. Mâlikîlerde ise malın özelliklerini öğrenmek malı görmek gibi kabul edilir, dolayısıyla yalnızca mal tavsif edildiği üzere çıkmaması durumunda veya vasıfları bilinmeden alınan malda görme muhayyerliği söz konusu olur.³⁷

Akidlerin amacı, insanların ihtiyaçlarını karşılıklı hak ve adalet ölçüleri içinde görmelerini sağlamaktır. Bu ilkedен hareketle biz, cumhûrun “mebiyi tavsif yoluyla satım yapılabileceği” görüşünün daha isabetli ve dengeli olduğunu düşünüyoruz. Bu görüşte, mebiyi tavsif etme veya önceden görme şart koşularak cehâlet asgariye indirilmekte, tanınan muhayyerlikle de karşılıklı rıza güven altına alınmaktadır.

Diğeri iki görüş ise akidlerin meşrû kılınma amacı açısından bazı sakıncalar taşımaktadır. Malın akid meclisinde bulunması, saydamlık açısından son derece güzel olmakla beraber, bunu şart koşmak insanları sıkıntıya sokacak, ticarî işlemleri aksatacaktır. Kaldı ki, görülmeyen malın satımı her zaman cehâlet ve neticede garar doğurmaz. Satımı geçersiz kılan, mebinin görülmemesi değil, aşırı cehâlet ve garardır. Mebinin yeterince tavsif edilmesi ve görme muhayyerliğinin tanınması, bu tehlikeyi ortadan kaldırmaktadır. Öte

³⁴ Karâfi, *el-Furûk*, 3/396-7; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2/172-173; Özdirek, *İslam Hukukunda Akit Hürriyetini Sınırlayan Durumlar*, s. 204.

³⁵ Mecelle, md. 320.

³⁶ İbn Rüşd el-Hafid, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/156; Bardakoğlu, “Bey”, *DİA*, 6/16.

³⁷ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, 6/336; Karâfi, *el-Furûk*, 3/434; Bâcî, *el-Müntekâ*, 2/287; Mecelle, md. 320; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2/174; Bardakoğlu, “Bey”, *DİA*, 6/18.

yandan, mebinin tayin ve tavsifini neredeyse hiç şart koşmamak, bunun neticesinde ortaya çıkacak problemleri ise muhayyerlikle çözmeye çalışmak, satım akdini amacından uzaklaştıracak, taraflar için zaman ve emek kaybına sebep olacaktır. Az da olsa belirli hale getirilmemiş, tamamen meçhul bir malın, beklentileri karşılaması ihtimale açıktır. Genel kuraldan istisna yoluyla meşrû sayılan selem akdinde dahi tavsif gerekli olduğuna göre, satım akdinde de mebi tavsif edilerek en azından belli oranda belirlenmelidir.

2. Mebinin Bizzat Tayin Edilmemiş Olması

Bu başlık altında, mebinin bizzat bilinmemesi ve tayin muhayyerliği konuları ele alınacaktır. Genellikle aynı cins malların grup halinde birlikte bulunması sebebiyle söz konusu olan bu durum, mebinin cinsinin bilinmesine rağmen zâtının bilinmemesidir (*mechûlu'l-ayn*). Çağdaş Arapça yayınlarda *el-cehl bi-zâti'l-mahal* veya *cehâletü'l-ayn* şeklinde ifade edilen bu konuyla ilgili fıkıh literatüründe çok sayıda örnek zikredilmektedir. Meselâ hangisi olduğu belirlenmeden, “sürüden herhangi bir koyunu”, “vitrindeki herhangi bir elbiseyi” veya “karpuz yığını arasından bir tanesini” satmak bu örneklerdendir.

a. Mebinin Bizzat Tayin Edilmemiş Olmasının Hükmü

Verdiğimiz örneklerden görüldüğü üzere, bu tür satımlarda mebi hakkındaki bilgi eksikliği, mebinin birlikte bulunduğu aynı cins mallardan ayırt edilmemesinden kaynaklanmaktadır. Akid kurulmadan önce, akde konu olacak mebi, benzerlerinden ayrılıp belirlenmeli ve satım, tayin edilmiş muayyen bir mebi üzerinde yapılmalıdır. Aksi halde, malın teslimi esnasında her iki taraf da kendi menfaatine uygun olanı seçmek isteyecek ve bu durum taraflar arasında nizaya yol açacaktır. Fıkıh mezhepleri böyle bir satışı ittifakla geçersiz saymışlar, Hanefiler geçersizlik müeyyidesini *fesâd* olarak belirlemişlerdir.³⁸

Elbette bu durum sadece kıyemî mallarda geçerlidir. Mislî mallarda tayin problemi söz konusu değildir. Buna göre, kesilmiş bir büyük baş hayvan karkasından bir kilo et alınırken, hayvanın neresinden alındığı tespit edilmelidir; çünkü hayvanın bölgesine göre etin niteliği değişmektedir. Ancak bir çuval undan bir kilo alınırken, hepsi aynı olduğu için tayine gerek yoktur.³⁹

³⁸ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/156-157; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/6; Gazzâlî, *el-Vasît*, 3/26; Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/286-287; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/209; “*el-Bey'u'l-fâsid*”, *Mv.F.*, 9/100-101; “*Cehâlet*”, *Mv.F.*, 16/171. İmam Muhammed, hangisi olduğu belirlenmeden iki köleden birisinin satımını fâsid olarak değerlendirmekte, ancak gerekçe zikretmemektedir. (Şeybânî, *el-Câmiu'l-kebîr*, s. 230).

³⁹ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/158; İbn Receb el-Hanbelî, *el-Kavâid*, 2/418-9 (105. kâide).

Akid konusunun bizzat bilinmemesinin iki klasik örneği, daha önce ele aldığımız *bey‘u‘l-hasât* ve *sünyâ* satışlarıdır. Hatırlanacağı üzere *bey‘u‘l-hasât* çok sayıda uygulamayı içermekle beraber, bunlardan birisi de çakıl taşlarının mebiyi seçme amacıyla kullanılması idi. Bu uygulamada fiyat üzerinde anlaşıldıktan sonra müşteri belirlenen mal grubuna taşı atar ve taş hangi eşyaya gelirse, o eşya mebi olarak taayyün eder. Bu satış türü, mebinin zati konusunda aşırı cehâlet içermektedir ve ayrıca hakkında yasaklayıcı hadisler olması sebebiyle de ittifakla bâtil kabul edilmiştir. Yine *sünyâ satışı* da, mebinin bizzat bilinmemesi durumunu ortaya çıkarmaktadır. Bazı şeylerin mebiden istisna edilmesi şartıyla yapılan bu tür satışta, istisna edilen kısım bilinmiyorsa, bu, kalan kısmın da bilinmemesine yol açmaktadır.

b. Tayin Muhayyerliği

Mebinin zatının tayin edilmemiş olması, her zaman akdi geçersiz hale getirmemektedir. Hanefî ve Mâlikî mezhepleri, ihtiyaç sebebiyle ‘*tayin muhayyerliği*’ (*hıyâru‘t-ta‘yîn*) olarak bilinen bir telafi yolu getirmişlerdir. Mâlikîler bu muhayyerliği taşıyan satım akdine *bey‘u‘l-ihdiyâr* demişlerdir.

Tayin muhayyerliği, kıymet veya vasıfları farklı birkaç mebinin fiyatları ayrı ayrı belirtilerek, genellikle alıcının bunlardan dilediğini alması şartıyla yapılan satım sözleşmesinde öngörülen seçim hakkıdır.⁴⁰ Görüldüğü üzere, tayin muhayyerliğinde mebi bizzat tayin edilmemekte, karşı tarafa istediğini seçmesi için muhayyerlik tanınmaktadır. Hanefîler tayin muhayyerliğini, tarafların istişareye ihtiyaç duymalarından hareketle ve şart muhayyerliğine kıyasla geçerli görmüşlerdir. Yani bu muhayyerlik, kendisine duyulan ihtiyaç sebebiyle, garar yasağına istisnâ yoluyla getirilmiş bir istisnadır. Tayin muhayyerliğinde, mebinin tayini karşılıklı rıza ile taraflardan birine bırakılmaktadır. Bu durumda, cehâlet yeterince azalmaktadır ve taraflar arasında *nizâ-ı müşkile* sebep olmamaktadır.⁴¹

Bu muhayyerliği kabul eden Hanefîlerle Mâlikîler arasında, alıcıya tanınacak seçeneklerin sayısı, seçim süresi gibi ayrıntılarda görüş farklılıkları mevcuttur. Ayrıca tayin

⁴⁰ Apaydın, “Muhayyerlik”, *DİA*, 31/28.

⁴¹ Cessâs, *Muhtasarü İhtilâfi‘l-ulemâ*, 3/58; Semerkandî, *Tuhfetu‘l-fukahâ*, 2/45; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/55; İbn Âbidîn, *Reddü‘l-muhtâr*, 4/585; Mecelle, md. 316-319 (Tayin muhayyerliği konusu); Desûkî, *Hâşiyetü‘d-Desûkî*, 3/106; İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetu‘l-muhtâc*, 4/251; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/210-1: (قال ... صح لأن الحاجة تدعو إليه، وإن كانوا أكثر لم يصح لأنه يكثر الغرر (أبو حنيفة ... صح لأن الحاجة تدعو إليه، وإن كانوا أكثر لم يصح لأنه يكثر الغرر); Zerkâ, *el-Medhal*, 2/743; Çeker, *İslam Hukukunda Akitler*, s. 89.

muhayyerliğinin garar ve cehâlete yol açmaması için bu muhayyerlikle ilgili bazı şartlar öne sürmüşlerdir:

Öncelikle her iki mezhepte de muhayyerliğin süresi belli olmalıdır, aksi halde akid fâsîd olur. Hanefilere göre tayin muhayyerliğindeki mebi sayısı üçü geçmemelidir. Burada ihtiyaç esas alındığı için, mal sayısı düşük, orta ve üst kalite olmak üzere en fazla üç adet kıyemî malla sınırlı tutulmuştur. Dördüncü bir mal söz konusu olması halinde bu akid fâsiddir. Mâlikîler ise tayin muhayyerliğini, söz konusu satım akdinin lâzım olmaması şartıyla câiz görmüşlerdir. Ayrıca Mâlikîler, muhayyerlik tanınan şeylerin aynı cinsten olmasını şart koşmuşlar ancak sayı sınırı koymamışlardır. Hanefiler malların fiyatlarının önceden ayrı ayrı belirlenmesini şart görürken; Mâlikîler, seçimlik eşyalar için tek fiyat uygulamasını öngörürler.⁴²

Öte yandan, Şâfiîler, Hanbelîler, Hanefî mezhebinden Züfer (ö. 158/775) ve İbn Hazm'a göre, mallardan birisini tayin etmeden yapılacak satış, karşı tarafa muhayyerlik tanınsa bile mebi ve semenin belirsizliği sebebiyle bâtıldır.⁴³ Tayin muhayyerliğini kabul etmeyen bu fakihler, bu hususta bir ihtiyaç bulunmadığını, ihtiyaç olmaması sebebiyle de gararın akdi geçersiz kılacağı görüşündedirler. Hanefî mezhebindeki yaygın görüşe muhalefet eden Züfer'in gerekçesi, satım akdine tayin muhayyerliği eklenmesinin akidde garar oluşturacağı, muhayyerlik verilen kişinin akdi geçerli kılıp kılmayacağını bile belirsiz hale geleceğidir. İbn Hazm ise, tarafların ne alıp ne sattıklarını bilmediklerini, bu tür bir satımdaki kadar büyük bir gararın başka hiçbir satışta bulunmadığını iddia etmiştir.⁴⁴

Netice olarak İslam hukukçuları, hangisi olduğu tayin edilmeden birden fazla mebiden bir tanesinin muhayyerlik olmaksızın satılmasının câiz olmadığına ittifak etmişlerdir. İstisnai olarak Hanefî ve Mâlikîler tayin muhayyerliğini belli sınırlama ve şartlarla kabul etmişlerdir.

3. Mebinin Cinsinin Bilinmemesi

Akid konusunun cinsinin bilinmemesi, taraflardan birinin (genellikle müşterinin) akid konusu hakkında adeta hiçbirşey bilmemesi durumudur. Bu durum, Arapça modern kaynaklarda *el-Cehl bi-cinsi'l-mahal* şeklinde ifade edilir. Mesela bir kimsenin avucunda

⁴² Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 4/21-22; Şeyhzâde (Dâmâd Efendi), *Mecmau'l-enhur*, 3/21-22; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/585; Sahnûn, *el-Müdevvene*, 3/224-5, 234; Karâfi, *ez-Zehîra*, 5/32.

⁴³ Cessâs, *Muhtasarü İhtilâfi'l-ulemâ*, 3/58; Semerkandî, *Tuhfetu'l-fukahâ*, 2/45; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/55; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/585; Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/288; İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetu'l-muhtâc*, 4/251; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/210-1; Çeker, *İslam Hukukunda Akitler*, s. 89.

⁴⁴ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 8/430: ولا غر أكثر من أن لا يدري البائع أي شيء هو الذي باع، ولا يدري المشتري أي شيء اشتري

sakladığı bir şeyi veya elbisesinin yenindeki (*fi kümmihi*) bir şeyi, cinsini belirtmeksizin satması; farklı ürünler içeren bir depodaki ‘herhangi bir malı’ satmak; örtü altındaki veya kapalı kutu içindeki bilinmeyen bir şeyi (mesela hayır amaçlı olarak, açık artırma yoluyla) satmak vb. uygulamalar bu kapsamdadır.⁴⁵

Cinsin bilinmemesi, en yüksek cehâlet içeren satım türlerinden biridir. Çünkü cinsin bilinmemesi, aynı zamanda mebinin tür (*nev'*) ve sıfatının da bilinmemesine yol açmaktadır. Bu satımın bu haliyle geçersiz olduğu konusunda İslam hukukçuları arasında görüş birliği vardır.⁴⁶ Yalnızca Mâlikî mezhebinde bir görüşe göre, görme muhayyerliği bulunması durumunda böyle bir satış câizdir.⁴⁷ Hanefilerdeki zayıf görüşe göre de, yerine işaret edilen (mesela elbisenin yenindeki) bir şeyin cinsi bilinmiyorsa, görme muhayyerliğiyle birlikte satış câizdir ve *bey'u'l-ğâib* kapsamındadır.⁴⁸

Satım akdinin meşrû kılınmasındaki gaye olan “insanların ihtiyaçlarını karşılama” işlevi açısından bakıldığında da, kişinin ne aldığı bile bilmediği bu tür bir satımın ihtiyaç karşılamaktan ziyade eğlence amacı veya israf unsuru taşıdığı söylenebilir. Ancak hayır amaçlı satışlar, hibe olarak kabul edilebileceğinden, burada bir fayda söz konusu olabilir.

4. Mebinin Türünün Bilinmemesi

Akid konusunun cinsinin bilinmesine rağmen türünün bilinmemesi durumudur. Mesela türü belirtilmeksizin “*bir hayvan*”ın, “*bir araba*”nın veya “*bir köle*”nin satımı; bir kişinin “*Yenimdeki elbiseyi satıyorum*” veya kölesini göstermeden “*Kölemi satıyorum*” demesi gibi...

Fıkıh kitaplarında çok fazla ele alınmayan ‘türdeki (*nev'*) bilinmezlik’ konusuna, daha çok bazı Şâfiî ve Mâlikî müellifler yer vermişlerdir. Diğer İslam hukukçuları ‘tür’ü müstakil olarak pek zikretmemişler, genellikle “cins ve sıfatın bilinmesi” içerisinde değerlendirmişlerdir.⁴⁹ Kaynaklarda verilen bilgi ve örneklerden hareketle, fukahanın

⁴⁵ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/593; İbn Cüzey, *el-Kavânînü'l-fikhiyye*, s. 405; Behûtî, *Keşşâfu'l-kınâ*, 2/473.

⁴⁶ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/335-6; Kâdî Abdülvehhâb, *el-Maûne*, 2/56; Karâfî, *el-Furûk*, 3/432; İbn Cüzey, *el-Kavânînü'l-fikhiyye*, s. 405; Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/288; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ'l-Kübrâ*, 4/18; Dönmez, “Garar”, *DİA*, 13/368.

⁴⁷ Bâcî, *el-Müntekâ*, 4/287-8; Darîr, *el-Garar*, s.188.

⁴⁸ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/593.

⁴⁹ Özellikle Hanefî mezhebinde ‘tür’ yerine ‘sıfat/nitelik’ kullanılmaktadır. (Darîr, *el-Garar*, s. 191-193.)

çoğunluğuna göre mebinin türünün de bilinmesi gerektiği ve bu konudaki cehâletin akdi ifsad edeceği anlaşılmaktadır.⁵⁰

İbn Teymiyye, mebinin türünün bilinmediği satımların hükmünün temelde mezheplerin *bey'u'l-ğâib* hakkındaki hükümleriyle paralel olduğunu belirtmiştir.⁵¹

5. Mebinin Niteliğinin Bilinmemesi

Satım konusu malın sıfatının/niteliğinin bilinmemesi, çağdaş Arapça kaynaklarda *el-Cehl bi-sıfati'l-mahal* olarak ifade edilir.

Mebinin niteliğinin bilinmemesi durumuna, ya akid meclisinde bulunmayan (*bey'u'l-ğâib*) bir mebinin satımında veya mecliste bulunsa bile müşterinin görme ve incelemesine imkân bulunmayan durumlarda (mesela gece karanlığında) tavsif etmeden yapılan satışlarda rastlanmaktadır.

Daha önce değinildiği üzere, akid meclisinde hazır bulunan ve müşterinin rahatlıkla inceleyebileceği bir mebiye işaret edilmesi, mebi hakkında yeterli bilginin varlığına hükmetmek için yeterlidir, ayrıca tavsife gerek yoktur.

Fukahanın çoğunluğu akid meclisinde görülmeyen ve incelenemeyen mebinin sıfatının bilinmemesinin akdi ifsad edeceğini kabul eder.⁵² Ancak Hanefî mezhebinde bu şarta daha esnek yaklaşan ve 'evsâfi bilmeme'yi yalnızca görme muhayyerliği sebebi olarak gören bir görüş de mevcuttur. Kâsânî (ö. 587/1191) mebinin vasfını bilmenin 'sıhhat şartı' değil 'luzûm şartı' olduğunu nakletmiştir.⁵³ Ancak Kâsânî'nin bu nakli, 'kendisine veya mekanına işaret edilen mebiye hamledilmiştir. Şürübülâlî (ö. 1069/1659) ve Haskefî (ö. 1088/1677) akid konusunun niteliğinin bilinmemesinin akdi ifsad etmeyeceği kanaatindedir.⁵⁴ Bu iki fakih, görme muhayyerliğinin muhtemel anlaşmazlıkları ve rızaya aykırı durumları tamamen engelleyeceği kanaatindedirler. Bu görüşleri, görülmeyen malın satımında yer verdiğimiz ve tavsifi bile şart görmeyen geniş yorumlarıyla uyum halindedir. Bazı kaynakların bu görüşü doğrudan Ebû Hanîfe'ye atfetmeleri ise isabetli değildir.⁵⁵

⁵⁰ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/530; Karâfî, *el-Furûk*, 3/432; Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/288; Darîr, *el-Garar*, s. 191; Dönmez, "Garar", *DİA*, 13/368.

⁵¹ İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ'l-Kübrâ*, 4/18.

⁵² İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 5/297; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/529-30; İbn Cüzey, *el-Kavânînü'l-fikhiyye*, s. 405; Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/288; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/31-32; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 8/342-2.

⁵³ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/163.

⁵⁴ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/529-30.

⁵⁵ Mesela bkz. İbn Cüzey, *el-Kavânînü'l-fikhiyye*, s. 405; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/31-32.

Şâfiîlerin çoğunluğu zaten akid meclisinde olmayan malın satışını geçersiz saydıkları için, bu tür bir cehâletin oluşma ihtimali büyük oranda baştan engellenmiştir. Ancak *bey‘u’l-ğâib* ve görme muhayyerliğini kabul eden azınlık görüşünde, niteliğin bilinmesi şartına üç farklı yaklaşım geliştirilmiştir: a) mebinin bütün nitelikleri tavsif edilmeli, b) temel (amaçlanan) nitelikleri tavsif edilmeli, c) görme muhayyerliği olduğu için nitelik vasfına gerek yoktur.⁵⁶

Konunun genel hükmüne bu şekilde yer verdikten sonra, şimdi de bu kapsamdaki bazı alt örneklere değinmek istiyoruz:

a. Yerde Gömülü Kök Bitkilerin Satımı

Yer altında büyüyen kök bitkilerinin (Patates, soğan, sarımsak, havuç, turp, pancar, yer elması vb.) satımı konusunda mezhepler arasında ihtilaf vardır.

Hanefiler, Mâlikîler, Evzâî (ö. 157/774) ve İshak b. Râhûyeh (ö. 238/853) bu ürünlerin yer altındayken satımını ihtiyaç sebebiyle bazı kayıtlarla câiz görmüşlerdir. Mâlikîler toprak üstünden mümkün olduğunca bakılıp bilgi edinilmesini ve çıkacak miktarın kabaca tahmin edilmesini şart koşmuşlardır. Mâlikîler bu satışı *efrâd-ı mütelâhika* satımına benzetmişlerdir. Hanefiler, yer altındaki kısmın durumunun galib-i zanla takdir edilmesini öngörmüşler, mebi yer altından çıkarıldıktan sonra müşteriye muhayyerlik hakkı vermişlerdir.⁵⁷

İbn Teymiyye ve İbnü’l-Kayyim da cevaz görüşünü desteklemiş; bu tür satışın Hz. Peygamber (s.a.) döneminden itibaren o güne kadar gerçekleştirildiğini iddia etmişlerdir. Onlara göre, gerek gararın yesîr olması, gerekse de duyulan ihtiyaç sebebiyle bu satım câizdir. Üstelik işin ehli olan kişiler yer altında da olsa, ürünün durumunu büyük oranda tahmin edebilmektedir.⁵⁸

Diğer taraftan, İmâm Şâfiî, Hanbelîler ve Zâhirîler, bunların topraktan çıkarmadan satılmalarının câiz olmadığı görüşündedir. Câiz olmama gerekçesi, cehâletten kaynaklanan garardır. Onlar bunu cehâlet açısından ceninin satımına (*bey‘u’l-haml*) benzetmişlerdir. Hanbelîler, bu konuda “Hüküm, çok olana göredir.” (*el-hukmu li’l-‘ağleb*) ilkesini işletmişler ve buna göre ikili bir ayrıma gitmişlerdir: Yeşil soğan, pırasa gibi hem gövdesi hem de toprak altındaki kısmı kullanılan şeylerin toprakta iken satımını, görünen kısmı çoğunlukta olduğu

⁵⁶ Nevevî, *el-Mecmû’*, 9/288.

⁵⁷ Kâsânî, *Bedâ‘iu’s-sanâ‘i*, 5/297; İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 5/52; Desûkî, *Hâşiyetü’d-Desûkî*, 3/186.

⁵⁸ İbn Teymiyye, *Mecmû‘u’l-Fetâvâ*, 20/189-190; İbnü’l-Kayyim, *Zâdü’l-me‘âd*, 5/820.

için, görünen kısımlara *tebean câiz* görmüşlerdir. Ancak sırf kökü için ekilen bitkilerde ise, toprak altından çıkarılmadan satıma cevaz vermemişlerdir.⁵⁹

b. Kabuklu Bitkilerin Satımı

Kabuklu meyve ve sebzelerin (kavun, karpuz, fasulye, bakla, ceviz, fındık, susam, fıstık vb.) satımı, belli oranda garar ve cehâlet içermesine rağmen, ihtiyaç ve örf sebebiyle İslam hukukçularının çoğunluğunca câiz görülmüştür. Üstelik işin ehli olan kişiler, yer altındaki bitkilerde olduğu üzere, kabuklu ürünlerin de durumunu büyük oranda bilebilmektedirler. Ancak ceviz ve badem gibi dış ve iç olmak üzere iki ayrı kabuğu olan ürünlerde ihtilaf oluşmuştur. Çoğunluk dış kabuğuyla da satımı câiz görürken, Şâfîiler aksi kanaattedir.⁶⁰ Kanaatimizce buradaki ihtilaf, ihtiyacın sınırını belirleme konusundan kaynaklanmaktadır. Cumhûr, dış kabukla satımın da ihtiyaç kapsamında olduğu kanaatindeyken, Şâfîiler ise buna ihtiyaç olmadığı ve aşırı garara yol açtığı kanaatindeyken.

Buğday ve arpanın sümbülünde iken satılması⁶¹ ile miskin kesesinde (bezesinde) veya kabındayken satılması da genel olarak kabuklu bitkilerle aynı kategoride değerlendirilmiştir. Bütün bunların satımına cevaz verilmesinin ölçüsü, fakihlerin ihtiyaç algısıyla ve insanların bu satışları örfen hoş görmeleriyle sıkı sıkıya bağlantılıdır. İhtiyaç tartışmaları sebebiyle, sümbül ve miskin satımı konusunda Şâfîilerde ihtilaf vardır.⁶²

6. Mebinin Miktarının Bilinmemesi

Akid konusunun miktarının bilinmemesi, çağdaş Arapça yayınlarda *el-cehl bi mikdâri'l-mahal* olarak ifade edilmektedir ve değişik şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Bu başlık altında önce mebinin miktarının bilinmemesinin hükmü genel olarak ortaya konulacak, daha sonra ise bunun alt örneklerini teşkil eden götürü usûlü satış, müzâbene, muhâkâle ve arâya satışlarına yer verilecektir.

⁵⁹ Şâfî, *el-Ümm*, 4/138-9; Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, 5/154; Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/308; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/161; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ'l-Kübrâ*, 4/22-23; İbn Teymiyye, *el-Kavâidü'n-nûrâniyye*, s. 178-9; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 7/294.

⁶⁰ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/7; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/293; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/559; Bâcî, *el-Müntekâ*, 4/220; İbn Cüzey, *el-Kavânînü'l-fikhiyye*, s. 405; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 6/115; Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebîr*, 5/201; Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/308; Gazzâlî, *el-Vasît*, 3/39; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/161-162.

⁶¹ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/293; İbn Nuceym, *el-Bahru'r-râik*, 5/392; İbn Rüşd el-Hafid, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/152; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/161-162. Mâlikîlerin sümbülde satış için koştuıkları şartlar için bkz. Sahnûn, *el-Müdevvene*, 3/61; Bâcî, *el-Müntekâ*, 4/220, 5/13; Darîr, *el-Garar*, s. 220-221.

⁶² Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 2/16; Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/306, 308; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 3/216.

Miktarla ilgili cehâlet konusu, özellikle mebinin akid meclisinde bulunup bulunmamasına göre ve mebinin ribevî mallardan olup olmamasına göre çeşitli yaklaşımlara konu olmuştur. Bu farklı yaklaşımların temelinde ise, cehâletin miktarını ve fazlalık ribası oluşma ihtimalini takdirde meydana gelen görüş farkları yatmaktadır.

Öte yandan, mebi akid meclisinde bulunsun veya bulunmasın, fazlalık ribası oluşma ihtimali bütün mezheplerce önemsenmiştir. Aynı cins malların takasında, söz konusu mal *ribevî mallar* grubundan ise, miktarın bilinmesi şartı çok sıkı tutulmuştur. Bu hassasiyetin naslardaki somut bir dayanağı, aşağıda inceleyeceğimiz *müzâbene* ve *muhâkalenin* yasaklanmış olmasıdır.

Bu noktada, İslam hukukunda miktara dair cehâlet hakkındaki düzenlemelere ana hatlarıyla yer vermek istiyoruz. Konunun hükmü, mebinin akid meclisinde bulunup bulunmamasına göre değişmektedir:

a) İslam hukukçularının büyük çoğunluğuna göre, genel ilke olarak, akid meclisinde bulunmayan mebinin miktarı bilinmelidir. Mebinin miktarının bilinmemesi akdi ifsad eder. Fesâdın iki gerekçesi, garar ve fazlalık ribası oluşma tehlikesidir. Cumhûra göre bu iki gerekçeden öncelikli olanı garar ve neticede nizanın ortaya çıkması iken, Mâlikîlerde ribaya girme tehlikesi öncelikli görülmüştür. Dolayısıyla miktarın bilinmesi şartı, garar ve ribanın oluşmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Öte yandan, Hanefîlerin çoğunluğuna göre böyle bir akid fâsid iken; Şürûnbülâlî yukarıda zikrettiğimiz esnek görüşüyle uyumlu olarak, miktardaki cehâletin de akdin sıhhatini etkilemeyeceği ve müşterinin görme muhayyerliğine sahip olacağı kanaatindedir.⁶³

Ancak Hanefîler ve Şâfiîler, ribevî olmayan malların miktarındaki hafif cehâleti (*cehâle yesîra*) câiz görmüşlerdir. Hanefîler bu durumda müşteriye görme muhayyerliği tanımışlardır. Mesela bir evde veya satıcının cebinde duran, cinsi ve niteliği bilinen bir mebiyi satmak câiz görülmüştür. Çünkü evin veya cebin kapasitesi, mebinin miktarı hakkında az çok fikir vermektedir. Ayrıca görme muhayyerliği de rızayı teminat altına almaktadır. Ancak cinsi ve niteliği bilindiği halde niceliği bilinmeyen ‘köyde bulunan’ bir mebiyi satmak, miktarını kestirmenin zorluğu sebebiyle câiz görülmemiştir.⁶⁴ Bu esnek yaklaşımın, Hz. Peygamber’in (s.a.) *arâyâ* satışına verdiği ruhsattan da destek aldığı söylenebilir.

⁶³ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/529; İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/154-5; İbn Cüzey, *el-Kavânînü'l-fıkhiyye*, s. 405-6; Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/311; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 8/343.

⁶⁴ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/529.

b) Mebi akid meclisinde bulunuyor ve ribevî malların aynı cinslerinin takası da söz konusu değilse, Mâlikîler dışındaki fakihler böyle akidlerde miktarın bilinmemesine oldukça müsamahakar yaklaşmışlardır.⁶⁵ Özellikle gündelik ticarî pratiklerden kaynaklanan ihtiyaçlar sebebiyle ve zorluğu def etmek amacıyla bu konuda esnek davranıldığı görülmektedir. Zira akid meclisinde bulunan mebiddeki cehâlet örfte genelde normal karşılanmaktadır. Bu konu, aşağıda ele alacağımız ‘götürü usûlü satış’la yakından ilgilidir.

Öte yandan, akid meclisinde bulunsan bile, miktarı konusunda aşırı cehâlet içeren bazı satımlar ise, câiz kabul edilmemiştir. Mesela sınırları belli olmayan açık alanda “Şu arazide bulunan tarlamı satıyorum” demek yeterli değildir.⁶⁶ Hanefî kaynaklarda, pınar ve su kuyusunun satılmasının aynı esasa dayalı olarak bilinmezlik ve garar sebebiyle câiz olmadığı ifade edilmiştir.⁶⁷ Yine aşağıda inceleyeceğimiz, koyunun üzerindeki yünün kırılmadan satımı bunlardandır. Bu satımlar fukahanın çoğunluğuna göre, miktar ve sıfatın bilinmemesi sebebiyle câiz değildir.

Konunun genel çerçevesini bu şekilde sunduktan sonra, miktarda cehâleti ilgilendiren götürü usûlü satış, müzâbene, muhâkâle, arâya satımlarını ve benzer diğer konuları incelemek istiyoruz:

a. Götürü Usûlü Satış

Akid meclisinde bulunan bir mebinin, miktarını tahmin yoluyla satımına, Arapçada *bey‘u‘l-cüzâf* denilmektedir. Farsça kökene sahip olan *cüzâf* ve *mücâzefe* kelimeleri, bir mebinin kesin miktarını belirlemeden, ‘kabala usûlü’yle (‘götürü usûlle’) almayı ve satmayı ifade eder. Burada mebinin miktarının tam olarak tespit edilmek yerine, miktarın tahmin ve göz kararıyla az-çok belirlenmesi söz konusudur.

Hız. Peygamber (s.a.) ve sahâbe döneminde götürü usûlü satışın pazarlarda uygulandığı, ilgili rivayetlerden anlaşılmaktadır.⁶⁸ Ribevî malların kendi cinsleriyle değişimi dışındaki cüzafen satış, aşağıda vereceğimiz belli kayıtlarla, sünni fukaha tarafından geçerli görülmüştür. Mesela akid meclisinde bulunan bir çuval unun tartılmaksızın para karşılığında

⁶⁵ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/259; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 5/297; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/530; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/209; Darîr, *el-Garar*, s. 226.

⁶⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/209.

⁶⁷ Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, 95:

وكل من كانت له عين أو ثمر أو قنائة ... وإن باعه ذلك لم يجز البيع، ولم يحل لبائع والمشتري لأنه مجهول غرر لا يعرف

⁶⁸ Buhârî, “Buyû”, 56; Müslim, “Buyû”, 8; Nesâî, “Buyû”, 57; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 2/142.

satılması câizdir. Sadece Şâfiîler'deki daha güçlü (*azhar*) görüş, cüzâfen satışın geçerli olmakla birlikte mekruh olduğu yönündedir.⁶⁹

Mebinin miktarının bilinmesi genel ilke iken, cüzâfen satışın meşrû kılınmasında iki husus etkili olmuştur. Bunlardan ilki, ihtiyacın giderilmesi ve zorluğu def' amacıdır. İkincisi ise, mebinin akid meclisinde ve müşterinin gözü önünde olması sebebiyle cehâletin hafif kalmasıdır. Zira müşteri her ne kadar ölçüyü ve tartıyı tam olarak bilmiyorsa da, mebiyi gördüğü için miktar konusunda kabaca bir bilgiye sahiptir.⁷⁰

Fukaha cüzâfen satışın câiz olması için bazı şartlar ileri sürmüşlerdir. Bunlardan üzerinde ittifak edilen en önemli şart, bedeller ribevî mallar grubundan ise, farklı cinsten olmaları gerektiğidir. Bilindiği üzere, aynı cinsten ribevî malların birbirleriyle değiştirilirken eşit miktarda değişimleri şarttır. Cüzâfen satım durumunda ise fazlalık faizi oluşma riski vardır. Bu sebeple ribevî malların kendi cinsleriyle cüzâfen değişimi ittifakla yasaklanmıştır.⁷¹ Mesela altın karşılığı altın, gümüş karşılığında gümüş götürü usûlüyle değiştirilemez. Ancak cinsleri farklı olduğu için altın karşılığında gümüş -peşin olmak kaydıyla- götürü usûlüyle değiştirilebilir. Bu şart, fazlalık faizinin oluşmasını engellemeye yöneliktir.

Diğer bazı şartlar, cehâletin miktarını kontrol altında tutmak ve ihtiyaç-meşakkat unsurunun varlığından emin olmak için konulmuştur. Özellikle Mâlikî literatüründe bu şartlar ayrıntılı olarak listelenmiştir.⁷² Bu şartlardan başlıcaları şunlardır:

- Cüzâfen satışın câiz olabilmesi için taraflar mebinin miktarını bilmemelidir. Mâlikîler ve Hanbelîler, bu şartı benimsemişlerdir. Onlara göre, taraflardan birinin mebinin miktarını bilmesi durumunda, cüzâfen satışa ihtiyaç ortadan kalkmıştır ve miktarı bilen tarafın bunu diğer tarafa da bildirmesi gerekir. Hanefî mezhebine ve Şâfiîlerdeki tercih edilen görüşe göre, taraflardan birinin mebinin miktarını bilmesine rağmen cüzâfen satış yapılması câizdir.⁷³

- Cüzâfen satışla riske girmek (*muhâtara*) amaçlanmamalıdır. Bu amacın objektif göstergesi, mebinin miktarını tespitin kolay olması, zahmetli olmamasıdır. Mesela sayılması mümkün ve kolay olan adediyyât cinsinden şeylerin veya standart paranın sayılmak yerine

⁶⁹ Cessâs, *Muhtasarü İhtilâfi'l-ulemâ*, 3/62; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/158-159; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 3/34; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/201; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-fikhiyye*, s. 406; Behûtî, *Keşşâfu'l-kınâ*, 2/477-8; San'ânî, *Sübülü's-selâm*, 3/16; Mecelle, md. 217.

⁷⁰ Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 3/20.

⁷¹ Serahsî, *el-Mebsût*, 14/69; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/70.

⁷² Bu şartlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 3/20-24; Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 3/35-40; Darîr, *el-Garar*, s. 256-267; "Bey'u'l-cüzâf", *Mv.F.*, 9/73-74.

⁷³ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 9/30; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/204-5; "Bey'u'l-cüzâf", *Mv.F.*, 9/76.

götürü usûlüyle satılması Mâlikîlerde câiz görülmemiştir. Çünkü sayılması mümkün iken, onun yerine götürü usûlüne gidilmesi, amacın risk ve garar olduğunu göstermektedir.⁷⁴

- Mâlikîler ve diğer bazı mezhepler, küme halindeki mebilere miktar tahmininin doğru yapılabilmesi için mebinin durduğu zeminin düz olmasını şart koşmuşlardır.⁷⁵

Öte yandan, götürü usûlüne benzeyen diğer bir satış türü, misli maldan oluşan ve toplam miktarı bilinmeyen bir kümenin tamamının önceden belirlenen birim fiyatı üzerinden ölçülerek satılmasıdır. Buna ‘birim fiyat üzerinden götürü usûlü satış’ diyebiliriz. Mesela ölçüğü şu kadardan bir yığın buğdayın, kilosu şu kadardan bir çuval pirincin, tanesi şu kadardan bir koli bardağın satılması gibi... Ebû Hanîfe’ye göre, mebinin miktarındaki cehâlet sebebiyle bu tür satışlar sadece ilk ölçekte geçerlidir ve kümenin tamamını kapsamaz. İmameyn ve diğer üç mezhebe göre ise, mebinin tamamında geçerlidir çünkü işaret etme yoluyla mebi zaten mâlumdur.⁷⁶ Öte yandan cumhûra göre, kıyemi mallarda da aynı durum söz konusudur. Ebû Hanîfe’ye göre ise, böyle bir satış kıyemilerde tamamen geçersizdir. Mesela cumhûra göre metrekaresi şu kadar liradan bir ev veya tanesi şu kadar liradan bir sürü koyun satılabilir. Ebû Hanîfe’ye göre, bunu ilk metrekarede veya ilk koyunda geçerli saymak da mümkün değildir, çünkü kıyemiler standart değildir, birimleri arasında farklılık vardır, dolayısıyla tamamen geçersizdir.⁷⁷ Zâhirîlere göre ise ister misli ister kıyemi olsun, bu satışlar geçersizdir.⁷⁸

Cumhûr ile Ebû Hanîfe ve Zâhirîler arasındaki görüş farkı, cehâletin miktarına ve bu satımlara duyulan ihtiyaca dair yorum farkından kaynaklanmaktadır. Ticarî hayatta bu tür satımlara ihtiyaç duyulan durumlarda, zorluğu ortadan kaldırmak amacıyla cevaz görüşünü tercih etmenin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

⁷⁴ Muvatta, “Buyû”, 37 (4/918, no: 2342): فأما الدراهم المعدودة والدنانير المعدودة فلا ينبغي لأحد أن يشتري شيئاً من ذلك جزافاً حتى يعلم

ويعد، فإن اشترى ذلك جزافاً فإنما يراد به الغرر حين يترك عدده ويشتري جزافاً وليس هذا من بيع المسلم

⁷⁵ Derdîr, *eş-Şerhu’s-sağîr*, 3/36-37; “Bey‘u’l-cüzâf”, *Mv.F.*, 9/73-74.

⁷⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/5-6; Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 5/159; Mecelle, md. 220; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/207-208; Behûtî, *Keşşâfu’l-kinâ’*, 2/478.

⁷⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/6; Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 5/159; Zeylaî, *Tebyînu’l-hakâik*, 4/6; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, 6/270; Desûkî, *Hâşiyetü’d-Desûkî*, 3/15-16; Nevevî, *el-Mecmû’*, 9/316; Nevevî, *Ravdatü’t-tâlibîn*, 3/33-34.

⁷⁸ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 9/20.

b. Müzâbene ve Muhâkale

Müzâbene ve *muhâkale*, Hz. Peygamber'den (s.a.) İbn Ömer kanalıyla gelen rivayetlerle yasaklanmıştır.⁷⁹ *Müzâbene*, halen dalında bulunan yaş hurmanın, kuru hurmayla aynı ölçüde tahminen (*keylen harsan*) değişimidir. Kuru üzümle asmadaki üzümün değişimi de bu terim kapsamındadır. *Muhâkale* ise tarlada başaktaki taze ekinin, kendi cinsinden belli ölçüdeki kuru buğday karşılığında aynı ölçüde tahminen değişimidir.⁸⁰ Bazı fakihler ise *muhâkale* ile *müzâbeneyi* eş anlamlı görmüşler ve birlikte tanımlamışlardır. *Muhâkale*nin ayrıca 'tarlanın hububat karşılığı kiralanması' anlamı da bulunmaktadır.⁸¹

Konuyla ilgili hadisler gereğince, fıkıh mezhepleri, hurma, üzüm ve ekinin, bitki üzerindeki tazesıyla kurusunun, ölçüyle de olsa tahminen değişimini ittifakla geçersiz kabul etmişlerdir. Hanefilerde bu satımlar fâsîd, diğer mezheplerde ise bâtıldır.⁸²

Öte yandan, bu zirai ürünlerin kıyas yoluyla genişletip genişletilmeyeceği ihtilaf konusu olmuştur. İmam Mâlik'in *müzâbene* ve *muhâkale* yasaklarını, ribevî olsun veya olmasın bütün mallara kıyas yoluyla genişlettiği görülmektedir. Mâlikîlere göre *müzâbene* yasağı, tüm mebileri kapsayan bir yasaktır ve sadece ribevî mallarla da sınırlı değildir. Bu yaklaşım sebebiyle, Mâlikîlerde *müzâbene* "aynı cinsten [miktarı] mâlum ile mechûlun değişimi ya da aynı cinsten iki mechûlün değişimi" olarak tarif edilmiştir. Kuru ile yaş meyve, ölçüğü ölçüğüne değişilse de, yaş meyve kuruyunca miktarı azalacağı için yine mechûl kabul edilmiştir. Neticede ister yaş olduğu için, isterse de ölçülüp tartılmadığı için miktarı bilinmeyen veznî, keylî veya adedî bir mebinin, kendi cinsi karşılığında değişimi bu kapsamda görülmüştür.⁸³ Değişimi yapılan aynı cinsten ürünler, ribevî mallardan ise, fazlalık oluşma ihtimali sebebiyle bu işlem câiz değildir. Ribevî mallardan değilse, garar içermesi ve kumara benzemesi sebebiyle câiz değildir. Ancak Mâlikîlere göre, ribevî olmayan mallarda fazla veya eksik olan miktar söylenirse, böyle bir değişim câizdir.⁸⁴

⁷⁹ Buhârî, "Buyû", 75, 82, 91, 93, "Müsâkât", 17; Müslim, "Buyû", 42, 59, 81-85; Ebû Dâvûd, "Buyû", 19, 32, 34; Tirmizî "Buyû", 14, 55, 63-64, 72; Muvatta, "Buyû", 23-25 (4/903 vd.).

⁸⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/193; Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/194; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 4/47; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/415; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 5/65; Darîr, *el-Garar*, s. 235.

⁸¹ *Muhâkale*nin bu anlamına, icâre konusu tez kapsamımızın dışında olduğu için girmiyoruz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Darîr, *el-Garar*, s. 251-253, 476-479.

⁸² Sahnûn, *el-Müdevvene*, 3/159; Mevâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 6/230; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/415;

⁸³ Muvatta, "Buyû", 23-25.

⁸⁴ Kâdî Abdülvehhâb, *el-Maûne*, 2/56; Bâcî, *el-Müntekâ*, 4/243; İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/137; Karâfî, *el-Furûk*, 4/4; Karâfî, *ez-Zehîra*, 5/232; Menûfî, *Kifâyetu't-tâlibi'r-rabbânî*, 3/292.

İmam Mâlik, yukarıdaki yaklaşımına uygun olarak, miktarı tahminen belirlenen bir şeyin miktarı konusunda garanti (*damân*) verilmesinin; bu garanti karşılığında da fazla gelen kısmının alınmasının da *müzâbene* kapsamında olduğu kanaatindedir. Mesela bir kişinin kendine ait olmayan ve yığın halinde duran buğdayın 1 ton olduğunu taahhüt etmesi, neticede bu miktardan fazla ise, fazlalığın kendisine ait olması, bu miktardan eksik ise farkı karşılamak şartıyla bu işi yapması, İmam Mâlik'e göre bu yasak kapsamındadır. Söz konusu işlem, muhâtara, garar ve kumar türünden olması sebebiyle câiz değildir.⁸⁵ İmam Şâfiî ise bu akdi müzâbene kapsamında olduğu için değil, garar ve kumar kapsamında gördüğü için câiz kabul etmemektedir.⁸⁶

Diğer taraftan bu ürünlerin dalında değil de, koparıldıktan sonra yine taze-kuru şeklindeki değişimi de başka naslar sebebiyle⁸⁷ fıkıh mezheplerince câiz görülmemiştir. İmâmeyn de bu görüşte iken, Ebû Hanîfe ise koparıldıktan sonraki satımı câiz görmektedir.⁸⁸

Müzâbene ve *muhâkale*nin yasaklanmasındaki temel etkenler, miktar farkı neticesinde 'fazlalık ribası' oluşması endişesi ve garardır. Zira hurma ve hububat, ribevî mallardandır ve bunların kendi cinsleriyle değişimleri eşit ve peşin olmak zorundadır. Halbuki bu iki satımda, ağaçtaki ve tarladaki miktar bilinmemektedir. Dolayısıyla burada, aynı cinsler birbiriyle değiştirildiği için, miktar farkı sebebiyle faiz riski bulunmaktadır. Yukarıda ele aldığımız götürü usûlü satışın câiz görülmesi ise, riba tehlikesinin bulunmaması, garar ve cehâletin ise ihtiyaç vb. hususlar sebebiyle akde tesirini kaybetmesindedir.⁸⁹

Bu konuyu bu şekilde özetledikten sonra, şimdi de *müzâbene*yle yakın bağı olan arâyâ satışına yer vermek istiyoruz:

⁸⁵ Muvatta, "Buyû", 25 (4/905, no: 2317); Darîr, *el-Garar*, s. 237.

⁸⁶ Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebîr*, 5/212.

⁸⁷ Ebû Dâvûd, "Buyû", 18; Tirmizî, "Buyû", 14; Nesâî, "Buyû", 36; İbn Mâce, "Buyû", 53; Muvatta, "Buyû", 22 (4/901, no: 2312): سمعت رسول الله ص يُسأل عن اشتراء التمر بالرطب، فقال رسول الله ص: أبتقص الرطب إذا يبس؟ فقالوا: نعم، فنهى عن ذلك (الموطأ)

⁸⁸ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 7/27-28; Bâcî, *el-Müntekâ*, 4/243; Sübkî, *el-Mecmû (Tekmiletü's-Sübkî)*, 10/428.; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/67.

⁸⁹ Sübkî, *el-Mecmû (Tekmiletü's-Sübkî)*, 11/47-48; Şevkânî, *Neylu'l-evtâr*, 10/117.

c. Arâyâ Satışı

Arâyâ satışı, yasaklanan *müzâbeneye* Hz. Peygamber (s.a.) tarafından getirilmiş bir istisnadır.⁹⁰ Bu satışın mahiyeti hakkında fıkıh mezhepleri arasında farklı görüşler bulunmaktadır. Daha ziyade ribayı ilgilendiren bu konuya, biz burada sadece konumuzla irtibatı oranında değineceğiz.⁹¹

Arâyâ satışı, iki temel şekilde açıklanmıştır. Bunlardan biri trampa niteliğinde iken, diğeri de hibeye benzemektedir. Şâfiî ve Hanbelîlerin görüşü, elinde nakit olmayan bahçe sahiplerinin yaş hurma ihtiyaçlarını karşılamak için, ağaçtaki yaş hurmaları kuru hurmayla tahminen değiştirmeleridir.⁹² Hz. Peygamber'e (s.a.) gelen bazı fakir sahâbîler ellerinde paraları olmadığı için taze hurma alamadıklarını belirterek, ellerindeki kuru hurma karşılığında ağaçlardaki yaş hurmaları satın alma konusunda izin istediler. Bunun üzerine Hz. Peygamber (s.a.) ellerindeki kuru hurmaları, bahçe sahiplerinin ağaçlarındaki yaş hurmayla değiştirmelerine ruhsat vermiştir.⁹³

Hanefîlerin ve Mâlikîlerin tercih ettiği diğer açıklama, hibe temellidir. Bunlardan Hanefîlerin açıklaması, bahçe sahiplerinin belli ağaçlardaki hurmayı fakir kimselere hediye olarak tahsis etmelerine dayanır. Bahçe sahibi, hibe ettiği kişilerin, bahçesine girip çıkmasındansa, tahminen eşit miktarda kuru hurmayı bu fakirlere vererek bahçeyle irtibatlarını keserlerdi. Arapların arasında yaygın olan bu işlemde, henüz olgunlaşmamış hurmalar ağaçta iken fakirlere hibe edilmekte, daha sonra da bu hurmaların yerine tahmini bir ölçekle kuru hurma verilmektedir. Yani bahçe sahibi önce yaş hurma hibe etmiş, daha sonra da bu hibesinden dönmek için bunun yerine kuru hurma hibe etmiş olmaktadır.⁹⁴

⁹⁰ Buhârî, "Buyû", 75, 83-84; Müslim, "Buyû", 81-82; Ebû Dâvûd, "Buyû", 19, 22, 33; Tirmizî, "Buyû", 63, 72; Nesâî, "Buyû", 32-33, 35; İbn Mâce, "Ticârât", 55. Arâyâ'nın ruhsat kılındığına dair rivayetler, hadis kitaplarında çok yaygın olarak rivayet edilmiştir. Biz burada sadece bir kısmına atıfta bulunduk. Hadislerin listesi için bkz. Wensinck, A. J., *Miftâhu kunûzi's-sünne*, "el-Ariyye", (Çeviren: Muhammed Fuâd Abdülbâki), Lahor 1403/1983, s. 341; Darîr, *el-Garar*, s. 239-240.

⁹¹ Konuyla ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. "Bey' u'l-arâyâ", *Mv.F.*, 9/91-93; Ünal, Halit, "Arâyâ", *DİA*, 3/337.

⁹² Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 2/34; İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetu'l-muhtâc*, 4/472; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/118.

⁹³ Buhârî, "Buyû", 82; Müslim, "Buyû", 70. (أن رسول الله ص نهي عن المزينة، الثمر بالتمر، إلا أصحاب العرايا، فإنه قد أذن لهم)

⁹⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/192-193; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/416; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 6/83.

Yukarıdaki anlayışlarıyla paralel olarak, fıkıh mezhepleri arâyâ ruhsatını genişletmiş veya daraltmışlardır. Hanefiler konuyu hibe kapsamında değerlendirmişler, müzâbene yasağıyla irtibatlandırmamışlardır. Diğer mezhepler bunu *müzâbene* yasağına getirilmiş bir ruhsat olarak kabul etmişlerdir. İbn Hazm da bu görüştedir.⁹⁵

Hanefiler dışındaki mezhepler, arâyâ satışının ruhsat olarak kalması ve faiz yasağını delmeye yol açmaması için bazı şartlar ileri sürmüşlerdir.⁹⁶

a) Kuru hurmanın beş veskten az olması: Şâfiîler ve Hanbelîler, ilgili rivayet gereği,⁹⁷ beş vesk hacmini geçmemek şartıyla arâyâ işlemine izin vermişlerdir.⁹⁸ Miktarla sınır getirilmesi, işlemin ihtiyaç karşılama amaçlı olmasına dayanmaktadır. Ayrıca beş vesk miktarının esas alınmasının, tarım ürünlerinde zenginlik ve zekat nisabı olan beş veskle bağlantılı olduğu tahmin edilebilir.

b) Taze hurma almak isteyen tarafın fakir olması ve kuru hurmadan başka parasının bulunmaması. Bu şartta ihtilaf edilmiştir.⁹⁹

c) Arâyâ kapsamındaki meyvenin hurma olduğunda ittifak vardır. Ancak üzümün de aynı ruhsat kapsamına girip girmeyeceği ise tartışmalıdır. Şâfiîler üzüme de olumlu bakmışlardır.¹⁰⁰

Mâlikîler konuya hibe temelli yaklaştıkları için, bu şartları daha esnek tutmuşlardır. Hanefiler ise arâyâyı bir satım olarak görmedikleri için, diğer mezheplerin arâyâ anlayışını, ribayla ilgili genel naslar ve müzâbene-muhâkale yasakları sebebiyle câiz görmemişlerdir.

Bu konunun merkezinde daha ziyade riba yasağı vardır. Götürü usûlü satışa genel olarak olumlu bakıldığı için, garar yasağı burada fazla gündeme gelmemiştir. Zaten Mâlikîlere göre, bu işlem hibe ve sadaka cinsinden olduğu, garar da teberruâtta akdi etkilemediği için garar söz konusu değildir.¹⁰¹ Diğer mezhepler açısından ise, aranan şartlar aynı zamanda miktarda cehâletin akde tesir etmemesi için gerekli şartları sağlamaktadır.

⁹⁵ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 8/459.

⁹⁶ Şartlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Darîr, *el-Garar*, s. 247-251.

⁹⁷ Buhârî, “Buyû”, 83: أن النبي ص رخص في بيع العرايا في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق

⁹⁸ Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebîr*, 5/215; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/122; İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/217.

⁹⁹ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 2/34.

¹⁰⁰ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 2/35.

¹⁰¹ Bâcî, *el-Müntekâ*, 2/226: لأن ذلك نوع من الهبة والصدقة فلا تبطله الجهالة والغرر

d. Ham Maddelerin Aynı Cinsten Mamul Madde Karşılığında Değişimi

Garar ve ribanın gündeme geldiği diğer bir alan, hammaddelerin, işlenmiş ürün karşılığında değişimidir. Mesela zeytin yağı karşılığında zeytinin, tahin karşılığında susamın, üzüm suyu karşılığında üzümün satışı vb. hammadde-ürün bağlantılı değişimler gibi... Bu tür değişimler, riba ihtimali ve garar sebebiyle sünni mezheplerce câiz görülmemiştir. Zira taraflar, söz konusu hammaddeden ne kadar miktarda mamul madde çıkacağını kesin olarak bilememektedir.¹⁰² Ancak Hanefiler, bu tür satışları, mamül ürünün miktarının, hammaddeden çıkması umulan miktardan fazla olması durumunda câiz görmüşlerdir. Mesela 100 kg zeytinden normalde 0,7 kg yağ çıkması bekleniyorsa, 100 kg zeytinin 1 kg zeytin yağı karşılığında değiştirilmesi Hanefilere göre câizdir. Bu durumda, mamül ürün olan zeytin yağının fazla kısmı (0,3 kg), hammaddedeki posayla eşleştirilmekte ve posa karşılığı kabul edilmektedir.¹⁰³ İbn Hazm ise ribevî malları emvâl-i sitte ile sınırlı gördüğü için, ona göre bu işlemler câizdir.¹⁰⁴

e. Hammaddenin İçindeki Mamülün Satılması

Henüz elde edilmeden, bir hammaddeden çıkacak mamülün satılması, miktardaki cehâlet sebebiyle yasaklanan satış türlerindedir. Bu tarz satımların bazıları doğrudan hadislerle de yasaklanmıştır.

Bu konuda klasik kaynaklarda yer alan örnekler, sütün içindeki yağın,¹⁰⁵ buğdaydaki unun ve zeytindeki yağın satımıdır.¹⁰⁶ İçinde ne kadar maden bulunduğu bilinmeyen madenli toprağın (*türâbü'l-meâdin, türâbü's-sâğah*) satışı da bu türdendir.¹⁰⁷ Bu örnekleri daha fazla artırmak mümkündür. Ayrıca hurmadaki ve karpuzdaki çekirdeğin satımı da buna benzemektedir. Bu örneklerde çoğu zaman miktardaki cehâletin yanı sıra sıfatta da cehâlet söz konusudur. Fukahanın çoğunluğuna göre bu satımlar câiz değildir zira mebi ortada yoktur ('örfen ma'dümdür') ve mebinin sıfat ve miktarı bilinmemektedir. Satışın geçerli olabilmesi

¹⁰² Muvatta, "Buyû", 75 (4/961, no: 2454); Sahnûn, *el-Müdevvene*, 3/150; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/91-92; Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebîr*, 5/123.

¹⁰³ Şeybânî, *el-Hucce*, 2/667; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 7/32; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/92.

¹⁰⁴ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 8/501.

¹⁰⁵ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/412.

¹⁰⁶ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/139.

¹⁰⁷ İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 11/295 (no: 22367); Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, 5/155.

için mamül ürün ortaya çıkmış olmalıdır.¹⁰⁸ Konunun ma‘dûmun satımını ilgilendiren yönü ise yerinde incelenecektir.

f. Memedeki Sütün Satımı

Hayvanın memesindeki sütün sağılmadan önce satımı câiz değildir.¹⁰⁹ Ebû Saîd el-Hudrî'nin (ö. 74/693) rivayet ettiği bir hadiste ‘ölçüye vurulması hariç’ bu satış yasaklanmaktadır.¹¹⁰ İbn Abbas'tan (ö. 68/687) da bu satışın câiz olmadığı görüşü rivayet edilmiştir.¹¹¹ Temel yasaklanma sebebi, sütün varlığının, nitelik ve niceliğinin bilinmemesidir. Ayrıca süt teslim de edilememektedir çünkü memede yavaş yavaş toplanmaktadır ve akid anındaki sütün sınırını tespit etmek mümkün değildir.

Genel ilke bu olmakla birlikte, ihtiyaç sebebiyle memedeki sütün satımıyla ilgili bazı istisnai hükümler getirilmiştir. İmam Mâlik, bir hayvan sürüsünden elde edilen toplam süt miktarı az çok belli ise ve bu sütün topluca kesilmeyeceği de biliniyorsa, bir-iki ay gibi belli bir süreyle bu sürünün sütünün satımını ihtiyaç sebebiyle câiz görmektedir.¹¹² İbnü'l-Kayyim da Mâlikîlerin görüşüne katılmaktadır.¹¹³

Konuyu inceleyen Darîr'e göre, belli bir sürenin tayin edilmesi, elde edilecek ortalama sütün belirlenmesi ve süt ölçeğe bağlanarak miktardaki azalmanın haksızlığa sebep olmamasının sağlanması sebebiyle bu satımda garar asgari düzeye inmiştir. Darîr, Mâlikîlerin

¹⁰⁸ Şeybânî, *el-Mebsût*, 5/65-66, 91; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/294; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 5/63.

¹⁰⁹ Şeybânî, *el-Mebsût*, 5/65-66; Serahsî, *el-Mebsût*, 12/194; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/23; Şeyhzâde (Dâmâd Efendi), *Mecmau'l-enhur*, 2/55; Müzenî, *Muhtasarü'l-Müzenî*, s. 123; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/301; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ'l-Kübrâ*, 4/18.

¹¹⁰ Abdurrezzâk, *el-Musannef*, 8/75 (no: 14375); İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 11/288 (no: 22343); İbn Mâce, “Ticârât”, 24; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 3/42: (نَحْيُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي ضَرْعِهَا إِلَّا بِكَيْلٍ). Beyhakî (ö. 458/1065), bu rivayetin senedinin güçlü olmadığını, ancak burada zikredilen satışların, yasaklandığı kesin olan gararlı satış kapsamında olduğunu belirtmiştir. (Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 5/553)

¹¹¹ Abdurrezzâk, *el-Musannef*, 8/74 (no: 14374); Dârekutnî, *Sünenü'd-Dârekutnî*, 3/209, 400-401. Bu konuda İbn Abbas yoluyla gelen *merfu* rivayetler de varsa da (mesela Dârekutnî, *Sünenü'd-Dârekutnî*, 3/402; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 5/555.), Beyhakî, bunların mürsel olmaları sebebiyle İbn Abbas rivayetlerinin *mevkuf* olmasını daha muhtemel görmüştür. (Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, 5/555).

¹¹² Bu satım için farklı şartlar koşulan iki ayrı yol takip edilmektedir. Bunlar Mâlikî kaynaklarda anlatılmıştır. (Sahnûn, *el-Müdevvene*, 3/319; Bâcî, *el-Müntekâ*, 4/249; İbn Rüşd el-Hafid, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/158; Karâfî, *el-Furûk*, 3/436; Darîr, *el-Garar*, s.272-273.)

¹¹³ İbnü'l-Kayyim, *Zâdü'l-me'âd*, 5/831.

aradıkları şartlara uymak kaydıyla, gerek hayvan sürüsünün, gerekse de tek tek hayvanların sütünün sağılmadan ölçüleceği kanaatine ulaşmıştır.¹¹⁴ Zaten sütün 'ölçüye bağlanması' durumunda, bunun câiz olacağı doğrudan Ebû Saîd el-Hudrî'nin yukarıda naklettiğimiz rivayetinde de yer almaktadır.

g. Hayvanın Sırtındaki Yünün Satımı

Yünün hayvanın sırtında iken satılması, Mâlikîler dışındaki fıkıh mezheplerinde garar sebebiyle fâsid kabul edilmiştir.¹¹⁵ Bu görüş İbn Abbas'tan (ö. 68/687) da nakledilmiştir.¹¹⁶ Yasağın gerekçesi olarak, hayvanın üzerindeki kırılmamış yünün hayvanın bir uzvu gibi olması sebebiyle mütekavvim olmadığı, uzamaya devam etmesi neticesinde tarafların mülkiyetinin karışacağı (*ihtilâtu'l-milk*) için teslim edilemediği, bilinmediği, nizaya yol açacağı, garar olduğu hususları kaynaklarda gündeme gelmiştir.¹¹⁷

Mâlikîler, koyunun müşteri tarafından görülmesi ve en geç iki hafta içinde kırılması kaydıyla koyunun sırtındaki yünün satılmasını sahih kabul etmişlerdir. Zira yün ortadadır, mütekavvim bir maldır ve zararsız olarak teslimi mümkündür.¹¹⁸ Bu satımın câiz olduğu görüşü, aynı gerekçelere dayanan Ebû Yûsuf'tan da nakledilmiştir.¹¹⁹ Zâhirîler, Hanbelîlerdeki bir görüş, Şâfiîlerde ise şâz ve zayıf bir görüş de derhal kırılması şartıyla bu satışı câiz görmektedir.¹²⁰

Kanaatimizce, şayet bu şekildeki bir satıma üreticiler arasında ihtiyaç duyuluyorsa, mebinin mevcut olması sebebiyle bu satış câizdir. Miktarı da tahminen belirlenmektedir. Kırkma işlemi bu iş için özel üretilmiş cihazlarla standart derinlikte yapılmaktadır ve bu anlamda bir nizanın çıkması muhtemel değildir. Mülkiyetin karışması gerekçesi ve henüz

¹¹⁴ Darîr, *el-Garar*, s. 274-275. Mâlikîlerde, tek koyunun sütünün de sağılmadan satılabileceğini söyleyen görüş için bkz. Bâcî, *el-Müntekâ*, 4/249. İmam Mâlik'in kendisi ise bunu doğru bulmamıştır. (Sahnûn, *el-Müdevvene*, 3/319)

¹¹⁵ Şeybânî, *el-Mebsût*, 5/66 (وكذلك شراء أصوافها على ظهورها لأن هذا غير لا يعرف), 5/91; Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/148; Şeyhzâde (Dâmâd Efendi), *Mecmau'l-enhur*, 2/56; Müzenî, *Muhtasaru'l-Müzenî*, s. 123.

¹¹⁶ Abdurrezzâk, *el-Musanef*, 8/75 (no: 14374); Dârekutnî, *Sünenü'd-Dârekutnî*, 3/209, 400-401. Bu satımın câiz olmadığı bazı merfu rivayetlerde de zikredilmektedir. Merfu ve mevkuf rivayetler ve değerlendirmeleri için bkz. Zeylaî, *Nasbu'r-râye*, 4/11-12.

¹¹⁷ Şeybânî, *el-Mebsût*, 5/66, 91-92; Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/148, 168.

¹¹⁸ Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 3/503.

¹¹⁹ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/148; Zeylaî, *Tebyinü'l-hakâik*, 4/46.

¹²⁰ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 8/404; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/301; Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/327.

hayvanın üzerinde bulunduğu için mütekavvim sayılmaması gerekçeleri ise çok gerçekçi görünmemektedir.

h. Dalgıç ve Balıkçı Satışları

Klasik iki örnek olarak, *darbetu'l-ğâis* (dalgıç satışı) ve *darbetu'l-kânis* (balıkçı satışı) akid konusunun varlığı, nitelik ve niceliğine dair cehâlet içermektedir.

Darbetu'l-ğâis, dalgıcın, “Şimdi dalacağım ve ne çıkarabilirsem sana şu fiyata satıyorum” demesi şeklinde gerçekleştirilen satıştır. Yani dalgıcın inci çıkarmak için yapacağı dalıştan elde edeceği şeyi dalmadan önce satmasıdır.¹²¹ *Darbetu'l-kânis* ise balıkçının bir kere ağ atmasından çıkacak avı henüz ağ atmadan satmasıdır. Yani balıkçının, “Şu ağ atıyorum, ağa ne takılırsa sana şu fiyata satıyorum” diyerek yaptığı satıştır.¹²² Dalgıç satışının yasaklandığına dair Hz. Peygamber’den (s.a.) bir rivayet bulunmaktadır.¹²³

Dalgıç ve balıkçı satışları fıkıh mezheplerince geçersiz kabul edilmiştir. Yasağın gerekçesi garar içermesidir, zira mebi satıcının henüz mülkiyetinde değildir; mebinin varlığı, niteliği ve miktarı bilinmemektedir. Hanefilere göre bu satışın yaptırımı, satıcının mülkiyetinde olmaması ve diğer garar unsurlarını da taşıması sebebiyle butlândır.¹²⁴ Söz konusu akidler, ihtimâlî akidlerdir ve bir nevi kumardır. Bu akidlerde her durumda gabin tahakkuk eder, zira beklenen çıkmazsa müşteri aldanır, beklenenden fazla çıkarsa balıkçı aldanmış olur.¹²⁵

7. Mebinin Teslim Tarihinin Bilinmemesi

Garara yol açabilecek diğer bir cehâlet durumu, mebinin teslim tarihinin bilinmemesidir. Modern Arapça kaynaklarda *el-cehl bi-eceli'l-mahal* şeklinde geçmektedir.

¹²¹ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/163; İbnü'l-Esîr, *en-Nihâye*, “d-r-b”, 3/79.

¹²² Molla Hüsrev, *Dürrü'l-hukkâm*, 2/170; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/414-5; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 5/64-5.

¹²³ İbn Mâce, “Ticârât”, 24; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 3/42; Zeylaî, *Nasbu'r-râye*, 4/13-14:

عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ قَالَ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ص عَنْ ... وَعَنْ ضَرِيَّةِ الْغَائِصِ (سنن ابن ماجه)

Zeylaî, rivayetteki son kelimeyi (الغائص) şeklinde aktarmıştır. Zeylaî, isnadında meçhul ve zayıf raviler bulunduğunu ifade etmektedir. (Zeylaî, *Nasbu'r-râye*, 4/13-14)

¹²⁴ Zeyd b. Ali, *Müsnedu Zeyd b. Ali*, s. 269; İbnü'l-Kayyim, *Zâdü'l-me'âd*, 5/830-831; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/415; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 5/65; San'ânî, *Sübülü's-selâm*, 3/32.

¹²⁵ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2/159.

Bu konu özellikle selemin vadesi bağlamında gündeme gelmektedir. Vadeli teslimi câiz olan bir mebi,¹²⁶ ileri bir tarihte teslim edilecekse, bu teslim tarihinin akid esnasında mutlaka belirlenmesi gerektiğine dair fukaha görüş birliğine varmıştır. Genel ilke olarak, bu tarihin belirlenmemesi, garar sebebiyle akdi geçersiz hale getirir. Hanefilere göre vadedeki bilinmezliğin müeyyidesi fesâddir. Akdin sıhate kavuşabilmesi için, tarafların vadeyi belirlemeleri gerekir.¹²⁷

Öte yandan, mebinin tesliminin bir olayın gerçekleşmesine de bağlanması mümkündür. Teslimin, ileride gerçekleşme zamanı kesin olarak bilinen bir olaya bağlanmasının geçerli olduğunda ittifak vardır. Ancak teslimin bağlandığı olayın gerçekleşme tarihi kesin olarak bilinmiyorsa, bu konuda ihtilaf edilmiştir. Ebû Hanîfe, Şâfiî ile Ahmed b. Hanbel'den bir görüşe göre, vadenin kesin olarak belirlenmesi zorunludur ve aksi halde akid fâsiddir. İmam Mâlik'e ve İbn Hanbel'den gelen diğer bir görüşe göre ise, vade konusunda hafif cehâletin akde bir zararı yoktur.¹²⁸

Hanefiler mebinin teslim zamanıyla ilgili bilinmezliği ikiye ayırmışlardır:¹²⁹

a) Aşırı bilinmezlik (*cehâle mutefâhişe*): Teslimin, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen şeylere bağlanmasıdır. Mesela birisinin gelişine, yağmurun yağmasına veya rüzgarın esmesine bağlanması gibi...

b) Hafif bilinmezlik (*cehâle yesîra/mütekâribe*): Tesliminin, meydana geleceği kesin olan ancak tam olarak ne zaman olacağı bilinmeyen (munzabıt olmayan) bir olaya bağlanmasıdır. Mesela hacıların dönüşü, hasat zamanı, bağ bozumu, koyunların yününün kırılma dönemi gibi... Vade bu tür gayr-ı munzabıt olaylara bağlanmışsa akid fâsiddir ve ancak taraflar vadeyi kesinleştirdiklerinde geçerli hale gelir.

Öte yandan, mebinin vadeli tesliminde cehâlet konusu, selem akdini yakından ilgilendirmektedir. Zira selemin tabiatı '*paranın peşin, mebinin vadeli olması*'dır. Selem akdinin detayına aşağıda ma'dûmun satışı konusunda değinilecektir. Biz burada sadece selemde vadeyle ilgili bazı hususlara temas etmek istiyoruz:

Selemde görülen temel özellik, malın akid anında henüz var olmaması ve tesliminin vadeye bağlanmasıdır. İslam Hukukçuları, selemde malın teslim tarihinin akid anında

¹²⁶ *Ayn* bir malın vadeli tesliminin cevazı tartışmaları için bkz. "Ecel", *Mv.F.*, 2/20-21.

¹²⁷ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/261-2; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/403-4; Derdîr, *eş-Şerhu's-sağîr*, 3/273; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 2/76; İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetu'l-muhtâc*, 5/10; Dönmez, "Garar", *DİA*, 13/368.

¹²⁸ İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/403-4.

¹²⁹ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/531-32.

belirlenmesi gerektiği konusunda ittifak etmişlerdir.¹³⁰ Bu zorunluluk, selemle ilgili hadisten¹³¹ ve selemle meşrû kılınma gayesinden kaynaklanmaktadır. Zira selemde vade, satıcının selem konusu malı temin edeceği süredir. Bu belirsiz olursa, alıcı ve satıcı arasında niza meydana gelir. Ayrıca satıcı, temin süresi belli olmadığı için düzenli bir ticaret yapma imkânı bulamaz.

Hanefilere göre, selemde vade ile ilgili her türlü bilinmezlik akdi ifsad eder; bu belirsizlik ortadan kaldırılınca selem sahih hale dönüşür.¹³²

Buraya kadar, mebidde gararın sebeplerinden cehâlet konusu incelenmiştir. Bu kapsamda, mebinin görülmesi, bizzat tayin edilmesi, cinsinin, türünün, miktarının bilinmesi ve son olarak da teslim vadesinin bilinmesi ele alınmıştır. Şimdi ise, mebidde gararın diğer bir sebebi olan “teslim edilememe riski” incelenecektir.

¹³⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/124-5; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/34-5; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 7/71; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/403-4; Derdîr, *eş-Şerhu's-sağîr*, 3/273; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 2/76; İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetu'l-muhtâc*, 5/10.

¹³¹ “Sizden selem satışı yapan kimse, belirli bir vadeye kadar, ölçüğü ve tartısı bilinen bir mal ile selem yapsın.” (Buhârî, “Selem”, 1, 2, 7; Müslim, “Müsâkât”, 128; Ebû Dâvûd, “Buyû”, 55; Tirmizî, “Buyû”, 68; Nesâî, “Buyû”, 63; İbnü Mâce, “Ticârât”, 59)

¹³² Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/212: (فإن كان مجهولا فالسلم فاسد، سواء كانت الجهالة متفاحشة أو متقاربة؛ لأن كل ذلك يفضي إلى المنازعة)

B. Teslim Edilememe Riski Sebebiyle Garar

İnsanların satım akdine girmelerindeki amaç, müşterinin mebiye, satıcının da semene sahip olmasıdır. Bunu sağlamak da ancak ‘mülkiyet aktarımıyla’ yani mebinin karşı tarafa teslimi ile mümkündür.¹³³ Bu sebeple İslam hukuku, satıma konu olan şeyin *makdûru't-teslîm* olmasını (tesliminin mümkün olmasını) şart koşar. Bu bakımdan, mebinin teslim edilememe riski sebebiyle oluşan garar önem arzeder. Bu konu çağdaş çalışmalarda *ademu'l-kudra alâ teslîmi'l-mahal* şeklinde ifade edilmektedir. Burada önce konunun ana hatları ortaya konulacak, daha sonra ise teslimin imkânsız olduğu durumlar ayrıntılı olarak incelenecektir.

Makdûru't-teslîm oluşun ölçüsü, derhal veya talep edildiğinde mebinin kolaylıkla ve zararsız olarak karşı tarafa teslim edilebilir olmasıdır. Fıkıh mezhepleri, mebinin *makdûru't-teslîm* olmasını, genellikle mebidde aranan in'ikâd şartları arasında ele almışlardır. Akid konusunun tesliminin mümkün olmaması, Zâhirîler dışındaki sünni mezheplerde akdi genel olarak bâtil hale getirir.¹³⁴ Mesela denize batmış ve çıkarılması mümkün olmayan bir geminin veya kaçmış bir hayvanın satımı bâtildir. Bu sebeple, satılan şey sonradan ortaya çıksa bile akid geçersizdir.

Hanefilerde konunun bazı ayrıntıları mevcuttur. Hanefî literatüründe, duruma göre, in'ikâd, sıhhat ve nefâz şartı olmak üzere üç farklı görüş ve uygulamaya rastlamak mümkündür. Bu görüşleri dört kısım halinde özetlemek istiyoruz:

a) Kişinin mülkiyetinde olmayan malın satımı, mesela havadaki kuşun veya sudaki balığın satımı, mülkiyette olmamasının yanı sıra teslim edilememe riski taşıması sebebiyle Hanefîlerin büyük çoğunluğunca bâtil kabul edilmiştir. Yani burada teslim edilebilir olma in'ikâd şartı kabul edilmiştir. Mecelle'nin de bu görüşü kanunlaştırdığı görülmektedir.¹³⁵

b) Satıcının mülkiyetinde olduğu halde, teslim edilememe riski taşıyan satışlar ise ihtilâflıdır. Mesela kaçak köle yahut sahibinden kaçmış veya kaybolmuş bir hayvanın satımı

¹³³ Hanefîlere göre satım akdinin amacı ‘mebinin elde edilmesi’dir, satış bedeli (semen) bunun için sadece bir araçtır. Bu sebeple, diğer mezheplerde bedellerden her birine *ma'kudun aleyh* denilmişken, Hanefîler sadece mebiye *ma'kudun aleyh* ifadesini kullanmışlar, semeni ise *ma'kudun bih* olarak ifade etmişlerdir. (Gözübenli, Beşir, “Semen”, *DİA*, 36/466)

¹³⁴ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/168; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/248; Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 3/22; Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/149; Ramlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 3/398; San'ânî, *Sübülü's-selâm*, 3/4.

¹³⁵ “*Mebî'in, teslimi mümkün ve makdûr olmak lâzımdır.*” (Mecelle, md. 198). “*Teslimi, mümkün ve makdûr olmayan şeyi satmak bâtildir. Meselâ, deryada batıp da ihracı mümkün olmayan kayığın ve tutup da teslimi mümkün olmayan bir firarî hayvanın bey'i bâtildir.*” (Mecelle, md. 209).

bu durumun örnekleridir. Zâhiru'r-rivâye'deki görüşe göre bunlar da aynı şekilde bâtıldır.¹³⁶ Zâhiru'r-rivâye'deki bu rivayet, teslim edilememe riskini esas alarak bu tür satımları bâtil kabul etmiştir. İmam Muhammed'den gelen diğer rivayette ise mebinin satıcının mülkiyetinde olması dikkate alınarak, kaçak köle ve kaçak hayvanın satımının fâsid olduğu görüşü tercih edilmiştir.¹³⁷ Bu ikinci rivayete göre ise teslim edilebilir olma, sıhhat şartı kabul edilmiştir.

c) Kimin gasbettiği bilinen bir mebinin (gâsıbtan başkasına) satımı ile kaçak köleyi teslim alabileceği iddiasında bulunan kişiye satmak ise, teslim edilebilir olmanın nefâz şartı kabul edilmesinin örnekleridir. Bu mebilerin satımı tesellümün gerçekleşmesine bağlı olarak geçerlidir. Bu hükmün sebebi, kaçak köle ve hayvanın aksine, bu mebilerin devlet otoritesi, mahkeme, ihkâk-ı hak vb. yollarla geri alınmasının mümkün olmasıdır.¹³⁸

d) Öte yandan, Hanefî mezhebinin ilk dönem önde gelen fakihlerinden Ebu'l-Hasen el-Kerhi (ö. 340/952) ise, mebi *makdûru't-teslîm* olmasa da akdin in'ikâd edeceğini, sadece fâsid olacağını ifade etmiştir. Yani Kerhî'ye göre, mebi sonradan teslim edilebilirse akid geçerli hale gelir. Ancak bu arada müşterinin mahkemeye müracaat ederek mebi teslim edilemediği için akdi feshettirme hakkı vardır.¹³⁹

Zâhirîler dışındaki Fıkıh mezhepleri, mebinin teslim ve tesellümündeki (elde edilmesindeki) şüpheyi garar kapsamında görmüşlerdir. Mebi hiç teslim edilemiyor veya ancak çok ciddi bir zorluk yahut zararla teslim edilebiliyorsa, burada riskli bir sözleşme söz konusudur. Ayrıca satımdan amaç mebinin temlikidir, teslim edilemeyen bir şeyde ise bu mümkün değildir.¹⁴⁰ Hanefîler, konuyu “*Yakîn ile sâbit olmayan şey, şekk ile (hiç) sâbit olmaz.*” külli kaidesiyle desteklemişlerdir.¹⁴¹ Buna göre, akid sırasında teslimi mümkün olmayan mebinin sonradan teslim edilebileceği de şüphelidir ve bu sebeple de akde konu olamaz.

¹³⁶ Şeybânî, *el-Mebsût*, 5/89; Şeybânî, *el-Câmiu's-sağîr*, s. 328.

¹³⁷ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/147-8; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/10-11; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/422; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/514, 5/71.

¹³⁸ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/147; Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, 4/49.

¹³⁹ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/147; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 5/61.

¹⁴⁰ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/168; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 2/14; Gazzâlî, *el-Vasît*, 3/23; Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/283; İbnü'l-Kayyim, *Zâdü'l-me'âd*, 5/808.

¹⁴¹ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/147, 149: (ما لم يكن ثابتاً يقيناً لا يثبت مع الشك).

Şafîî fakihler, mebinin teslim edilebilirliğini *hissen* ve *şer'an* olmak üzere ikiye ayırmışlardır.¹⁴² Bu ayırmadan hareketle, mebiyi teslim edememe durumlarının da iki nedenle ortaya çıktığı söylenebilir:

a) Şer'an/hukuken sahip olmama:

Satıcı mebiye sahip olmadığı gibi, hukuken mebiyi satmaya da yetkisi (mesela vekâleti) yoktur. Bu başlığın örnekleri, kişinin gaspettiği veya çaldığı malı satması, sahipsiz (*mübâh*) malın henüz el koymadan (*istîlâ/ihraz*) satışı ve başkasına ait bir malın satılması (fuzûlinin satışı) vb. satışlardır.

b) Hissen/fiziken sahip olmama:

Mebi hukuken satıcıya ait olmakla birlikte, satıcının mebiye fiziken sahip olmamasıdır. Satıcı bu sebeple mebiyi müşteriye teslim edememektedir. Bunun örnekleri ise, bir malı kabzetmeden yapılan satış, gasbedilmiş veya kaybolmuş malın sahibi tarafından satılması, borcun satımı vb. konulardır.

Fiziken sahip olmama belli durumlarda; hukuken sahip olmama ise daima akdin kurulmasına engel olur. Teslimin imkânsızlığı durumu akid anında mevcutsa, akdin *butlânı*; sonradan ortaya çıkmışsa akdin *infisâhı* söz konusu olur.¹⁴³

İslam hukukunun ilk dönemlerinden Kâdî Şurayh (ö. 78/697) ve Basralı tâbiûn fakihî İbn Sîrîn (ö. 110/729) gibi bazı fakihlerin, teslim edememe durumunu sadece 'hukuken sahip olmama' ile sınırladıkları rivayet edilmiştir. Onlara göre, mebiye fiziken sahip olmama, akdi geçersiz hale getirmemektedir. Bu görüşlere, aşağıda yeri gelince değinilecektir.

Sonraki dönemde bu görüşün temsilcisi, İbn Hazm olmuştur. İbn Hazm'a göre, mebiyi satabilmek için gerekli olan şey, hukuken mebiye sahip olmaktır. Teslime güç yetirememek, gararın sebeplerinden biri değildir. Dolayısıyla kaçak kölenin ve hayvanın satımı câizdir.¹⁴⁴ Kanaatimizce, hukuken sahip olmak elbette önceliklidir, zira mülkiyetine sahip olunmayan şey zaten teslim edilemez. Ancak her mülkiyeti elde edilmiş şey de teslim edilememektedir. Teslimi garanti edilemeyen bir şeyin satımı da açıkça gararlı satıştır çünkü akdin sonucu bilinmemektedir.

Garar konusunda bir doktora tezi hazırlayan Ahmad Hidayat Buang, tezinde Hanefî yaklaşım ile Zâhirî yaklaşım arasında bağlantı kurmuştur. Buang Serahsî'den aktardığı (*والتَّمْلِيكُ*)

¹⁴² Gazzâlî, *el-Vasît*, 3/23; Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 2/11; Ramlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 3/398.

¹⁴³ Bardakoğlu, "Bey", *DİA*, 6/16.

¹⁴⁴ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 8/388; Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 205.

(لَا يَشِيقُ الْمَلِكُ) ilkesini¹⁴⁵ yanlış anlamış; Hanefilerde mülkiyetin öncelikli olduğunu ve bu önceliğe dayanarak teslim edilebilir olup olmamasına bakmaksızın tasarrufta bulunulabileceğini iddia etmiştir.¹⁴⁶ Halbuki, metnin bağlamı da göz önüne alındığında, bu ilkeyle kastedilen, ‘mülkiyetine sahip olunmayan şeyin temlik edilemeyeceği’dir.

Konuyu ana hatlarıyla bu şekilde ortaya koyduktan sonra, şimdi de teslimin imkânsızlık durumlarını daha ayrıntılı olarak ele almak istiyoruz:

1. Teslimin Hukuken İmkansızlığı

Bilindiği üzere satım akdinin hükmü, mülkiyetin satıcıdan müşteriye nakledilmesidir. Bu sebeple, İslam hukukçuları, kişinin mülkiyetine sahip olmadığı şeyi satmasını, câiz görmemişlerdir. Çünkü kişinin sahibi olmadığı bir şeyi satması, akdi ifa edememesi sonucunu doğurur. Bu da taraflar arasında nizaya yol açar. Hukuk sistemi bunu baştan önlemek için, genel ilke olarak mülkiyette olmayan şeyin satımını yasaklamıştır. Bu yasağın müeyyidesi bütün mezheplerde butlândır.

Nitekim Hakîm b. Hızâm (ö. 54/674 veya sonrası), İbn Ömer (ö. 72-3/691-2), İbn Abbas (ö. 68/687) ve başka sahâbîlerden Hz. Peygamber’in (s.a.) “yanında (mülkiyetinde) olmayan şeyi satmayı” yasakladığı rivayet edilmiştir.¹⁴⁷ Hakîm b. Hızâm’ın (r.a.) anlattığına göre, kendisi Hz. Peygamber’e (s.a.) gelerek, “*Ey Allah’ın resulü! Bana müşteri geliyor ve bende olmayan bir malı soruyor, malı ona satıyorum sonra çarşıdan satın alıp ona teslim ediyorum*” dedi. Hz. Peygamber (s.a.) ise, “*Yanında olmayan malı satma!*” buyurdu.¹⁴⁸

Buhârî, Sahîh’inde, hadisteki ifadeye bab başlığında yer verdiği halde¹⁴⁹, hadis olarak nakletmemiştir. İbn Hacer’e göre bunun sebebi, bu rivayetin Buhârî’nin şartlarını taşımamasıdır.¹⁵⁰

¹⁴⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/12.

¹⁴⁶ Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 125.

¹⁴⁷ Buhârî, “Buyû”, 55; Tirmizî, “Buyû”, 19; Nesâî, “Buyû”, 60; İbn Mâce, “Ticârât”, 20.

¹⁴⁸ Ebû Dâvûd, “Buyû”, 68; Tirmizî, “Buyû”, 19; Nesâî, “Buyû”, 60; İbn Mâce, “Ticârât”, 20; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 3/402, 434:

عَنْ حَكِيمِ بْنِ جِزَامٍ قَالَ سَأَلْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَا رَسُولَ اللَّهِ يَا أَبَتِي الرَّجُلُ فَيَسْأَلُنِي الْبَيْعَ لَيْسَ عِنْدِي أَيْعُهُ مِنْهُ ثُمَّ أَتْبَعُهُ لَهُ مِنَ السُّوقِ. قَالَ « لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ

(سنن النسائي).

Nesâî, “Buyû”, 80; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 2/174, 178, 205:

عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ (عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ) قَالَ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنِ ... وَعَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ ...

¹⁴⁹ Buhârî, “Buyû”, 55: (باب بيع الطعام قبل أن يقبض ويبع ما ليس عندك)

Hadisteki ‘yanında olmayan’ ifadesi ittifakla ‘mülkiyetinde olmayan’ şeklinde anlaşılmıştır.¹⁵¹ Nitekim bu manada hadisler de mevcuttur.¹⁵² Yasağın gerekçesi, teslim imkânının olmamasından kaynaklanan garardır. Çünkü satım temliktir ve kişinin mülkiyetinde olmayan şeyin satımı mün‘akid olamaz.¹⁵³ Ayrıca söz konusu durum, taraflar arasında nizaya da sebebiyet verir. Bu hadisten, satıcının malik olmadığı halde teslimini taahhüt ettiği malın satımının yasaklandığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, kişiye ait olduğu halde akid meclisinde bulunmayan şeyin satımı (*bey‘u’l-ğâib*) hadiste zikredilen yasak kapsamına girmemektedir.

Mülkiyetine sahip olunmayan bir malın satımında çeşitli ihtimaller düşünülebilir:

a) Mal henüz hiç kimseye ait değildir, sahipsiz (serbest/mübah) mal durumundadır

b) Malın mülkiyeti bir başkasına aittir (mağsub, fuzûlînin akdi vb.)

c) Mal mevcut değildir (*ma‘dûm*). Bu seçenekte, mebinin hem hukuken hem de fiziken teslimi imkânsızdır. Bu seçenek müstakil olarak garar sebeplerinden üçüncüsü olarak ele alınacaktır.

a. Mübah Malın Satışı

Bilindiği üzere bir mal üzerinde tasarrufta bulunmak isteyen kişi, ya hukuken bu eşyaya sahip olmalı ya da (vekâlet vb. yollarla) hukuken yetkili olmalıdır.

Başlıktaki ‘mübah mal’dan kastımız, mülkiyet edinilmeye elverişli olduğu halde fiilen kimsenin mülkiyetinde bulunmayan mallardır. Nehirdeki su, umûma ait otlaklarda bulunan otlar, havada uçan kuş, ırmakta yüzen balık gibi mübah mallar ihraz edilip bir kişinin mülküne girip teslim edilebilir hale gelmeden önce kimseye ait değildirler. Bir satıcı, serbest bir malı ihraz etmeden, yani toplama ve yakalama gibi bir işlem sonucu mülkiyetine aktarmadan, bu malı herhangi bir hukuki tasarrufa konu edemez. Dolayısıyla havada uçan kuş, denizdeki balık gibi mübah malların ele geçirilmeden akde konu edilmesi câiz değildir. Mezheplerdeki genel görüşe göre, akid kurulsa da mün‘akid değildir.¹⁵⁴

¹⁵⁰ İbn Hacer, *Fethu’l-Bârî*, 4/349.

¹⁵¹ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/70; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, 6/336; Bâcî, *el-Müntekâ*, 4/286; Mâverdî, *el-Hâvî’l-kebîr*, 5/328; İbn Hacer, *Fethu’l-Bârî*, 4/349; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/296.

¹⁵² Ebû Dâvûd, “Talâk”, 7: (ولا يبيع إلا فيما تملك)

¹⁵³ Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 5/146: لأن البيع تملك فلا يتعقد فيما ليس بمملوك

¹⁵⁴ Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 5/147; İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 5/61.

Bunların akde konu olamamalarındaki temel sebep, bunların *makdûru't-teslîm* olmamalarıdır. Hukuken ve fiziken bunların teslimi garanti edilemediğinden, aşırı garar söz konusudur. Fıkıh literatüründe bunların klasik örneği, kimseye ait olmayıp havada uçan kuş ve suda yüzen balıktır.

Sudaki balığın ve havadaki kuşun satılması, garar yasağı sebebiyle ittifakla geçersiz kabul edilmiştir. İbn Kudâme (ö. 620/1223), bu iki satışın da garar içeren satış cinsinden olduğunu, buna muhalif bir görüş bilmediğini ifade etmiştir.¹⁵⁵ Bu tür mübah mallardaki garar, hem mülkiyette olmamalarından hem de kolayca teslim edilme konusunda risk taşımalarından kaynaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, teslim hukuken ve fiziken sağlanamamaktadır.

Hz. Peygamber'in (s.a.) sudaki balığın satımını yasakladığına dair İbn Mes'ud'tan bir rivayet nakledilmiştir.¹⁵⁶ Aynı ifade İbn Mes'ud¹⁵⁷ ve Ömer b. Hattâb'tan¹⁵⁸ mevkuf olarak nakledilmiştir. Şuayb Arnavût'a göre, merfu rivayetin senedinin munkatı olması ve zayıf ravi içermesi sebebiyle, rivayetin mevkuf olması daha muhtemel gözükmektedir.¹⁵⁹ Dolayısıyla bu iki satımın yasaklanması, garar yasağından kaynaklanmaktadır.

Öte yandan, sudaki balık ve havadaki kuş konusundaki bu hüküm mutlak değildir. Bir şekilde kişinin mülkiyetine giren balık ve kuşun teslimi hukuken mümkündür. Fiziken teslimi de mümkün kılan şartlar oluştuğunda, bunları satmak mümkün hale gelecektir.

Hanefî mezhebinde, bu konuda kriter olarak '*avlanma külfeti yükleyip yüklediği*' esas alınmıştır. Avlanma gereği söz konusuysa, gerek teslimin garanti edilememesi ve gerekse müşterinin ciddi bir emek harcaması gerekeceği için, böyle bir satım garar sebebiyle câiz görülmemiştir. Mesela bir kişiye ait arazide bulunan bir gölcükte veya büyük bir havuzda yüzen balığın satımı, avlanmaya ihtiyaç duyması sebebiyle câiz görülmemiştir. Zira Hanefîlere göre, tesliminde zorluk olan bir akid fâsiddir. Ancak balık küçük bir varilde veya kafeste bulunuyor ve avlanmaya ihtiyaç olmaksızın kolayca alınabiliyorsa, buna cevaz

¹⁵⁵ Semerkandî, *Tuhfetu'l-fukahâ*, 2/48; Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/147; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, 6/409; Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 5/327; Nevevî, *el-Mecmû'* 9/283; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/290; İbn Muflih el-Makdisî, *Kitâbu'l-Furû'*, 6/142.

¹⁵⁶ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 1/388: (قال رسول الله ص: لا تشتروا السمك في الماء، فإنه غرر)

¹⁵⁷ Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, s. 100; Ebû Yûsuf, *İhtilâfu Ebî Hanîfe ve İbn Ebî Leylâ*, s. 23; Şâfî, *el-Ümm*, 8/234; İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 11/335 (no: 22483): (عن ابن مسعود، قال: لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر)

¹⁵⁸ Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, s. 100; Ebû Yûsuf, *İhtilâfu Ebî Hanîfe ve İbn Ebî Leylâ*, s. 23; Şâfî, *el-Ümm*, 8/234.

¹⁵⁹ Ahmed b. Hanbel, *Müsned* (Arnavût tahkiki), 6/197, no: 3676.

verilmiştir. Ayrıca müşteriye bu durumda görme muhayyerliği tanınmıştır.¹⁶⁰ Şâfiîler ve diğer mezhepler de bu konudaki ölçütü Hanefilere benzer şekilde ‘*yorulmadan kolayca elde edip edilmediği*’ olarak belirlemişlerdir.¹⁶¹

Havada uçan kuş için de aynı hükümler geçerlidir. Şöyle ki, kuş satıcının henüz mülkiyetinde olmayıp mübah mal durumunda ise, hem satıcıya ait olmadığı için hukuken, hem de serbest uçtuğu için fiziken teslim edilememekte, garar oluşmaktadır. Şayet satıcının mülkiyetinde ise, bu durumda sadece teslim edilemediği için garar söz konusudur.¹⁶²

Bir kişiye (mesela kuşçuya) ait olan ve havada uçan kuşun satımı hakkında ihtilaf edilmiştir. İhtilaf, teslim elverişlilik konusundaki farklı değerlendirmelerden kaynaklanmaktadır. Hanefiler böyle bir satımı câiz görürler. Zira sahipli kuşların yuvalarına dönmeleri kesindir, bu sebeple de teslim elverişlidirler. Bu satışı câiz görenler, bunu, bir iş için çarşıya gönderilen ve o anda akid meclisinde bulunmayan kölenin satımına benzetmişlerdir.¹⁶³ Şâfiîlerdeki en sahih kabul edilen (*esahh*) görüşe ve Hanbelîlere göre ise, bu satış kölenin satışından farklılık arz etmektedir. Onlara göre, kuşta akıl bulunmadığı için, kuşun geri dönmesine güvenilemez. Bu sebeple de tesliminde şüphe vardır. Neticede bu garar içeren bir satıştır ve geçersizdir.¹⁶⁴

Bu konuda Ömer b. Abdilazîz (ö. 101/720) ve İbn Ebî Leylâ’dan (ö. 148/765) farklı bir görüş nakledilmiştir. Onlara göre, kişiye ait olan ama hâlen havada bulunan kuşun ve kişiye ait büyük bir havuzdaki balığın satımı câizdir. Burada teslim konusunda zorluk olmakla birlikte, kişinin mülkiyetinde olması ve mebinin görülmesi akdi sahih kılmak için yeterli görülmüştür.¹⁶⁵

Netice olarak mübah mallar hukuken ve fiziken teslim edilememektedir. Ancak bir kişinin mülkiyetine girdikten sonra serbest hale geldiklerinde, kolayca teslim edilebilirlik durumlarına göre daha esnek hükümlere tabi tutulmuşlardır. Gararın azaldığı bu tür

¹⁶⁰ Şeybânî, *el-Câmiu’s-sağîr*, s. 328; Şeybânî, *el-Mebsût*, 5/91; Ebû Yûsuf, *Kitâbu’l-Harâc*, s. 100; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, 6/409.

¹⁶¹ Nevevî, *el-Mecmû’*, 9/283; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/290: (إن لم يمكن أخذه إلا بتعب ومشقة، لم يجز بيعه).

¹⁶² İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/290:

إذا باع طائرا في الهواء، لم يصح... أما المملوك؛ فلأنه غير مقدر عليه؛ وغير المملوك لا يجوز لعتين: إحداهما العجز عن تسليمه، والثانية أنه غير مملوك له

¹⁶³ Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 5/147.

¹⁶⁴ Nevevî, *el-Mecmû’*, 9/284; Ramlî, *Nihâyetü’l-muhtâc*, 3/399: (ولأنه لا يوثق به لعدم عقله); İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/290.

¹⁶⁵ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/291.

durumlarda, satım akdinin nefâzını mebinin teslimine bağlamak suretiyle satım yapılması uygun olacaktır.

b. Mülkiyeti Başkasına Ait Malın Satışı

Hukuken temsil yetkisi olmadığı halde başkası adına hukuki işlemde bulunan kimseye *fuzûlî*, gerçekleştirdiği işleme de *fuzûlînin akdi* denir. Mesela bir kişinin başkasının malını, vekâlet ilişkisi olmadan mal sahibi nâmına satması bu kapsamdadır. Ancak bu satışın mal sahibi namına yapılması şart değildir. Kişinin gasbettiği veya çaldığı malı satması da *fuzûlînin akdi* kapsamındadır.¹⁶⁶

Konumuz açısından buradaki problem, mebinin hukuken teslim edilememesidir. Zira fuzûlî, mebiyi fiziken teslim edebilecek durumda olsa bile, mebi hukuken kendisine ait değildir. Bazı mezheplere göre bu satım tamamen geçersizken, bazılarına göre ise mal sahibinin icâzetine bağlıdır. Dolayısıyla teslim konusunda garar mevcuttur.

Fuzûlînin yaptığı satım işleminin geçerliliği konusunda İslam hukukçuları iki farklı görüş ileri sürmüşlerdir. Literatürde ayrıntılı olarak işlenen bu konuyu özetleyecek olursak:

a) İmam Şâfiî'nin kavli-i cedîdi, Hanbelî mezhebindeki racih görüş ile Zâhirîler böyle bir satımı baştan geçersiz görmüşlerdir. Fuzûlînin akdi kurmaya yetkisi olmadığı için, mal sahibinin bu akde sonradan icâzet vermesi de mümkün değildir. Hukuken teslimi mümkün olmadığı için de garar sebebiyle geçersizdir.¹⁶⁷

b) Hanefî, Mâlikî ve Câferî mezheplerine göre ise, fuzûlînin akdi mün'akiddir ancak mevkuftur. Sadece mülkiyete sahip kişinin icâzetiyle geçerlilik (*nefâz*) kazanabilir.¹⁶⁸ Mal sahibi icâzet verdiğiğinde, bu icâzet 'önceden verilmiş vekâlet' gibi kabul edilmiştir.¹⁶⁹

Günümüz İslam hukukçuları da, maslahata binaen ikinci grubun yaklaşımını benimseyerek fuzûlînin akdini mevkuft kabul etme eğilimindedirler. Her ne kadar mülkiyette tasarruf ilkeleri açısından fuzûlînin akdini geçersiz kabul etmek gerekiyorsa da, bunu istisnai

¹⁶⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 7/99: (وتصرفات الغاصب كتصرفات الفضولي)

¹⁶⁷ Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/258-60; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/295-6; İbn Muflih, *el-Mubdi*, 4/16-17; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 8/434.

¹⁶⁸ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/150-151; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 7/51-56; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 5/106-109; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 3/12; Hattâb Ruaynî, *Mevâhibu'l-Celîl*, 4/270-2; İbn Hamza, *el-Vesîle*, s. 106.

¹⁶⁹ Bkz. Kerhî, *er-Risâle*, Mekke 1989, (Hüseyin Halef el-Cebûri'nin *el-Akvâlu'l-usûliyye li'l-İmâm Ebi'l-Hasan el-Kerhî* isimli eserinin sonunda), s. 144 (الأصل أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة); Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, 2/18; Merğînânî, *el-Hidâye*, 7/55; Mecelle, md. 1453: "İcâzet-i lâhika, vekâlet-i sâbika hükmündedir."

olarak mal sahibinin icâzetine mevkuf görmek, mal sahibinin ve genel olarak ticarî hayatın maslahatına daha uygun olacaktır. Bu noktada, icâzet için kânunî bir süre konulması, aksi halde akdin infisâh edeceğinin belirtilmesi de, akdin mevkuf olmasından kaynaklanacak belirsizliğin bir an evvel ortadan kaldırılması için düşünülebilir.

2. Fiilen Teslim Edememe Riski

Bir önceki başlıkta gördüğümüz üzere, mebinin mülkiyetine sahip olmak, teslim için ön şart konumundadır. Zira hukuken sahip olunmayan bir şeyin fiilen teslimi de bir anlam ifade etmemektedir. Diğer taraftan, bazı durumlarda satıcı mebiye hukuken sahip olsa da, fiilen ('hissen') teslimde bulunamamaktadır. Fiilen teslimin gerçekleştirilemediği durumlar da en az hukuken teslim edilemeyen durumlar kadar sorunludur. Zira mebinin teslimi gecikmektedir. Üstelik teslim edilemeden mebinin zarar görmesi, tamamen yok olması veya kaybolması durumunda teslimin hiç gerçekleşmemesi söz konusu olabilir. Bütün bu ihtimaller aşırı garara yol açmaktadır.

Fiilen teslimde engel olan muhtemel durumlar şunlardır:

- a) Mal kabzedilmeden yeni bir satışa konu yapılmaktadır.
 - b) Mal henüz tayin edilmemiştir ve şayi hisse halindedir. (Ganimet vb. alacaklar)
 - c) Mal bir şekilde kişinin elinin altında değildir (Kaçak köle, hayvan ve kayıp eşyanın satımı)
 - d) Borç (deyn) halindeki şey satıma konu edilmektedir.
- Şimdi bu durumları daha yakından inceleyelim:

a. Kabzedilmemiş Mebinin Başkasına Satımı

Kabz, bir fıkıh terimi olarak “*bir kimsenin hukukî bir işlem neticesinde sahibi olduğu malı, üzerinde tasarrufta bulunabileceği şekilde elinin altına alması*”nı ifade eder. Literatürde kabzın mahiyeti, çeşitleri, hukuki işleme etkisi, şartları, hasar sorumluluğuna ve tasarruf yetkisine etkisi üzerinde ayrıntılı olarak durulmuştur.¹⁷⁰ Biz burada konuya, satım akdi çerçevesinde ve garar konusunu ilgilendirdiği kadarıyla değinmek istiyoruz.

¹⁷⁰ Bu konularla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Apaydın, “Kabz”, *DİA*, 24/45-59; Kisbet, Mustafa, *İslâm Hukukuna Göre Satım Akdinde Malın Kabz ve Teslimi*, Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa 2010; *Mecelletü Mecma 'i'l-Fıkhi'l-İslâmî*, VI/1, Cidde 1410/1990, (Kabz konusunda 8 makale içermektedir); Suûd Mis'ad es-Sebitî, *el-Kabz: Ta'rîfuh, aksâmuh, suveruh ve ahkâmuh*, Beyrut 1995; Hamd b. Muhammed el-Câbir el-Hâcirî, “et-Tasarruf fi'l-a'yânî'l-memlûke kable kabzihâ”, *Mecelletu's-Şerîa ve'd-dirâsâti'l-İslâmiyye*, yıl: 21, sayı: 64, Kuveyt 1427/2006.

Satım akdinde kabz, akdin ifası mahiyetinde ve akdin gereği (*muktezâsı*) olan bir işlemdir. Bu sebeple de satım akdi, sıhhati veya luzûmu için kabza ihtiyaç duymaz. Satım akdi, icâre ve karz akidleriyle birlikte '*istikrârı için kabza gerek duyan akidler*' grubundandır. Dolayısıyla kabz, satım akdi için sıhhat veya lüzûm şartı değildir. Kabz neticesinde, mebinin sorumluluğu müşteriye intikal eder ve müşteri malda tasarruf yetkisine sahip olur.¹⁷¹

Öte yandan, kabzdan önce satım, Hz. Peygamber'den (s.a.) farklı lafızlarla rivayet edilen hadislerde¹⁷² yasaklanmıştır. Kabzedilmemiş malın satımına literatürde genel olarak *bey'u mâ lem yukbed* veya Şâfiîlerdeki ifadesiyle *bey'u mâ lem yestekırra milküh* denilmektedir.¹⁷³

Yasağın sebebi olarak çeşitli hususlar zikredilmiştir: *Garar* bulunması, eğer misli malların kendi cinsiyle değişimine dayanan bir akid ise *riba oluşma endişesi* ve taraflar arasında tazmin-tasarruf dengesinin sağlanmasının amaçlanması bunlardandır. Hanefî, Şâfiî ve Hanbelîlere göre kabzedilmemiş bir mebinin satılarak başkasına tesliminde, mebinin helak olma riski sebebiyle garar vardır. Buna 'akdin fesholma riski/gararı' (*gararu infisâhi'l-'akd*) denilmektedir. Çünkü kabzdan önce malın sorumluluğu müşteriye intikal etmemiş ve mülkiyet müşteride istikrar bulmamıştır. Mebinin kabzedilmeden tabii bir afetle helak olması halinde, bu durum akdin infisâhına yol açmakta, mebinin sonraki müşteriye teslimi mümkün olmamaktadır.¹⁷⁴ İbn Teymiyye de yasaklanma sebebini, mebinin teslim edilememesinden kaynaklanan gararla açıklamıştır. Ona göre, ilk satıcı, müşterinin kendi malını başkasına satarak kâr ettiğini görünce, inkar veya hile yollarıyla satım akdini feshettirmeye çalışabilir.¹⁷⁵ Diğer taraftan Mâlikîler bu düzenlemeyi gararla irtibatlandırmamış, konuyu ribanın önünü kesmeye yönelik bir tedbir olarak görmüşlerdir.¹⁷⁶

Fakihlerin büyük çoğunluğunun görüşü, kabzdan önce satımın fâsid olduğu yönündedir. Ancak konunun ayrıntılarında ihtilaf edilmiştir. Fakihlerin çoğunluğu kabzdan önce satış

¹⁷¹ Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 280; Zerkeşî, *el-Mensûr fi'l-kavâid*, 2/406; Çeker, Orhan, *İslam Hukukunda Akitler*, s. 153.

¹⁷² Rivayetler Hakîm b. Hızâm, İbn Abbas ve İbn Ömer kanalıyla gelmiştir. Buhârî, "Buyû", 54-55; Müslim, "Buyû", 29-41; İbn Mâce, "Ticârât", 37.

¹⁷³ Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/264.

¹⁷⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/9; Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/180; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/512; İbn Nuceym, *el-Bahru'r-râik*, 6/126; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 5/147; Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/264; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/191; İbn Muflih el-Makdisî, *Kitâbu'l-Furû'*, 6/149.

¹⁷⁵ İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ'l-Kübrâ*, 5/391.

¹⁷⁶ Bâcî, *el-Müntekâ*, 4/280; Darîr, *el-Garar*, s. 358.

yasağını bütün mebler için geçerli görürken, bazıları mebi türü açısından ayrıma gitmişlerdir. İki fakih ise bu yasağı kabul etmemiştir. Şimdi bu görüşleri özet olarak sunmak istiyoruz:

i) Bütün Meblerde Geçersiz Olduğu Görüşü

Hanefilerden İmam Muhammed ve Züfer, Şâfiî fakihlerin çoğunluğu, Zahirîler ve Hanbelîlerden Ebu'l-Hattâb (ö. 423/1041) ve İbn Akîl (ö. 513/1119) gibi fakihler, kabz öncesi satımı bütün mallar için geçersiz görmüşlerdir.¹⁷⁷ Mâlikîlerden Karâfi de bu kanaattedir.¹⁷⁸

Bu fakihlere göre, her ne kadar hadislerde yiyecek maddesi (*ta'âm*) zikredilse de, bu hüküm diğer mallara genişletilmelidir. Yiyecek maddesinin zikredilmesi, o dönemde pazarda en yaygın satılan mal olması sebebiyledir. Üstelik bunun için geçerli olan durum, piyasada daha az bulunan diğer mallar için de evleviyetle geçerli olmalıdır.¹⁷⁹

ii) Belli Meblerde Geçersiz Olduğu Görüşü

Fukahanın çoğunluğu, kabz öncesi satım konusunda, mebinin cinsine göre ayrıma gitmişlerdir. Buna göre, kabz edilmemiş malın satımının hükmü, mezhepler arasındaki ihtilafa göre, malın menkûl olmasına, ölçülüp tartılabilen şeylerden olmasına veya gıda maddesi olmasına göre değişmektedir.

a) Menkûllerde geçersiz görenler:

Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf, yalnızca menkûl malların kabzetmeden önce satılmasının yasak olduğu kanaatindedir. Zira menkûl mallar, akid ile teslim zamanları arasında helak olmak riski taşıdıklarından, bu durumda da akid infisâh edeceğinden, mebinin teslim edilememesi ihtimali sebebiyle garar (*ğararu'l-infisâh*) ortaya çıkmaktadır. Ancak arazi, bina ve ağaç gibi helak riski düşük olan şeylerin kabzedilmeden başkasına satılması istihsanen câiz görülmüştür. Zira bu tür malların teslimi konusunda garar oldukça düşük (*yesîr*) kalmaktadır.¹⁸⁰ Öte yandan, gayri menkulün deniz kenarında veya yüksekte bulunması gibi durumlarda, gararın artması sebebiyle, Şeyhayn da İmam Muhammed gibi bunların kabzdan önce satılamayacağı kanaatindedir.¹⁸¹

¹⁷⁷ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/8; Molla Hüsrev, *Düreru'l-hukkâm*, 2/183; Karâfi, *el-Furûk*, 3/458-9; Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/264-265; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/189.

¹⁷⁸ Karâfi, *el-Furûk*, 1/338-339.

¹⁷⁹ Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/271-272; Apaydın, "Kabz", *DİA*, 24/48-49.

¹⁸⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/8; Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/180-1; Molla Hüsrev, *Düreru'l-hukkâm*, 2/183; "Müşteri, kable'l-kabz mebi'i akar ise âhara satabilir ve eğer menkûl ise satamaz." (Mecelle, md. 253).

¹⁸¹ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/8: (حتى لو كانت على شاطئ البحر، أو كان المبيع علوا لا يجوز بيعه قبل القبض).

b) Gıda maddelerinde geçersiz görenler:

Mâlikî mezhebi, bu konuda *keylî veya veznî olarak satın alınan yiyecek maddesi olmayı* esas almış ve bunun dışındaki şeylerin kabzdan önce satılmasını câiz kabul etmiştir. Bu hükmü garar ve riba endişesiyle açıklayanlar olduğu gibi, taabbüdi olarak görenler de olmuştur.¹⁸²

c) Ölçülüp tartılabilen şeylerde (*mukadderât*) geçersiz görenler:

Hanbelîlerde meşhur olan görüşe göre, kabzdan önce satım yasağı *mukadderâta* yani keylî, veznî, âdedî veya zer'î şeylere mahsustur.¹⁸³

iii) Tamamen Câiz Olduğu Görüşü

Az da olsa bazı fakihler, kabzetmeden satışı bütün mallarda câiz görmüşlerdir. Bunlara göre, kabzdan önce satışta garar söz konusu değildir. Mesela Basralı Osman el-Bettî¹⁸⁴ (ö. 143/760) bunlardandır. İbn Hazm, tâbiûndan ve Mekke'nin önde gelen fakihlerinden Atâ'nın (ö. 114/732) da bu görüşte olduğunu nakletmiştir.¹⁸⁵ Bu görüş, konuyla ilgili hadislere ve en azından “yiyecek maddelerinin kabzdan önce satılamayacağı” konusunda oluşan çoğunluk görüşüne aykırıdır.¹⁸⁶

Görüldüğü üzere, fakihler arasındaki görüş farklılığı, konuyla ilgili nassların farklı yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Akid konusunun helak olması ihtimali sebebiyle garar oluşmasını engelleme amacı da bu yaklaşımlarda etkili olmuştur. Dolayısıyla günümüzdeki ticarî faaliyetleri ‘kabz öncesi tasarruf’ açısından değerlendirirken, helak olma ve teslim riskinin bulunup bulunmadığına ve bunun oranına bakılması uygun olacaktır. Bu esastan hareketle, günümüzdeki ticarî örf'e göre teslim sorunu ‘âdeten’ olmayan gayri menkuller ve mislî mallarda kabz şartının aranmaması; diğer mallarda ise mebinin helak riskinin (teslim riskinin) bulunup bulunmadığına göre hüküm verilmesi uygun olacaktır. Elbette ki, riba oluşmaması ve tazmin-tasarruf dengesinin sağlanması da göz önünde bulundurulmalıdır.

¹⁸² İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/145; Karâfî, *el-Furûk*, 1/338-339.

¹⁸³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/181-182.

¹⁸⁴ Cessâs, *Muhtasarü İhtilâfî'l-ulemâ*, 3/29; İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/144; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/188-189.

¹⁸⁵ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 8/520: (وقال عطاء: جائز بيع كل شيء قبل أن يقبض)

¹⁸⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/189.

b. Meğânim ve Sadakât Satışları

Meğânim satışı, savaş ganimetleri henüz dağıtılmadan, kişinin kendi hissesine düşecek şeyleri peşinen satmasıdır. Sadakât satışı ise, kişilerin kendilerine verilecek zekatı henüz teslim almadan (kabzetmeden) satmalarıdır. Her iki satımın yasaklandığına dair rivayetler vardır.¹⁸⁷

Meğânim satışında, ganimet mallarının tümü ortadadır ancak satıcının hissesine hangi kısmın düşeceği belli değildir. Her ne kadar potansiyel olarak bu kişilere ganimetten bir hisse düşüyor olsa da, henüz tayin olmadığı ve kişilerin mülkiyetine geçemedikleri için garar meydana gelmektedir. Ayrıca hisselerine düşecek malın cinsi, vasfı ve miktarı da tamamen meçhuldür.¹⁸⁸

Sadakât satışında da benzeri sebeplerle garar mevcuttur. Ayrıca zekat bir çeşit hibedir; hibe de ancak kabz ile tamam olduğu için, konu bir açıdan da kabzetmeden satış yasağına girmektedir.

c. Kaçan, Kaybolan, Çalınan veya Gasbedilen Malın Satımı

Kişinin bir şekilde elinden çıkan şeyleri farklı sâiklerle satmak istemesi muhtemeldir. Fıkıh literatüründe, sahibinden kaçan kölenin, kaçan veya kaybolan hayvanın ve gasbedilmiş malın sahibi tarafından satışı bu kapsamda sıkça zikredilen örneklerdir. Bu örneklerde garar açıktır. Diğer kayıp eşyaların sahibi tarafından satımı da zaman zaman gündeme gelmektedir. Bu tür malların müşterisi, bunları normal fiyatından daha düşüğe almakta, bunları bir şekilde elde etmesi durumunda piyasa fiyatıyla aradaki farkı kazanmakta, elde edememesi durumunda ise ödediği parayı kaybetmektedir. Müşteri mebiyi önceden biliyor olsa bile, mebinin teslimden önce zarar görmesi, helak olması veya hiç teslim alınamaması söz konusu olabilir. Neticede müşterinin ödediği para boşa gitmekte, satıcı karşılıksız bir gelir elde etmiş olmaktadır.¹⁸⁹

¹⁸⁷ İki yasağı birden zikreden rivayetler: İbn Mâce, “Ticârât”, 24; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 3/42.

Tirmizî’de yalnızca meğânim satışı zikredilmektedir (Tirmizî, “Siyer”, 14):

عن أبي سعيد الخدري قال نهي رسول الله ص عن شراء المغام حتى تقسم. (الترمذي)

¹⁸⁸ İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, 5/484. Ayrıca bkz. İbnü’l-Kayyim, *Zâdü’l-me’âd*, 5/830; San’ânî, *Sübülü’s-selâm*, 3/31-32.

¹⁸⁹ Tâbiün büyüklerinden ve İbn Abbas’ın mevlâsı olan İkrime [b. Abdullah el-Berberî] (ö. 105/723) kaçak köle ve hayvanın satımındaki bu garara dikkat çekmiştir. [İbn Ebî Şeybe, *Musannef*, 10/607 (no: 20883)]

i) Geçersiz Olduğu Görüşü

Hız. Peygamber'in (s.a.) kaçak kölenin satımını yasakladığı rivayet edilmiştir.¹⁹⁰ Sahibinden kaçmış bir kölenin satımı, *makdûru't-teslîm* olmadığı için, garar sebebiyle fıkıh mezheplerince câiz görülmemiştir. Sahibinden kaçmış veya kaybolmuş bir hayvan ve gasbedilmiş bir mal da aynı hükme tabidir.¹⁹¹

Kûfeli tâbiî muhaddis ve fakih Şa'bî (ö. 103/712 civarı) kaçak kölenin satımını câiz görmemiş ve garar olduğunu ifade etmiştir.¹⁹² İmam Mâlik, söz konusu satımları garar açısından ayrıntılı olarak ele almıştır. O'na göre, hayvanını veya kölesini kaybeden kişi, piyasa değeri 50 dinar olan bu malları 20 dinara satar. Müşteri malı bulursa, satıcının 30 dinar kaybı olur, bulamazsa müşterinin 20 dinarı boşa gitmiş olur. Taraflar, akit kurdukları esnada bu işin nasıl neticeleneceğini; mebinin bulunması halinde ne durumda olacağını bilmez. İmam Mâlik'e göre bu satış garar içermektedir ve en büyük *muhâtara* türlerinden biridir.¹⁹³ Aynı şekilde, Şafîî ve Hanbelî fakihler de söz konusu satımları gararlı satış kapsamında değerlendirmiş ve geçersiz kabul etmişlerdir.¹⁹⁴

Hanefî mezhebinde, gasb örneği dışındaki sözkonusu satımların *bâtıl* mı, yoksa *fâsîd* mi olduğuna dair görüş farkı bulunmaktadır. Teslim edilememesi durumunu esas alan *Zâhiru'r-rivâye*'deki görüş, bu tür satımları *bâtıl* kabul ederken; İmam Muhammed'den gelen diğer rivayet ise mebinin satıcının mülkiyetinde olması sebebiyle *fâsîd* olduğunu ifade etmektedir.¹⁹⁵ Öte yandan gasbedilmiş mebinin satımı, *Zâhiru'r-rivâye*'de, sağlam şekilde teslim alınmasına bağlı olarak geçerli sayılmıştır. Bu ayrımın sebebi, ikincisinin devlet

¹⁹⁰ İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 10/607 (no: 20881); İbn Mâce, "Ticârât", 24; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 3/42. Zeylaî'ye göre isnadında meçhul ve zayıf raviler bulunmaktadır. (Zeylaî, *Nasbu'r-râye*, 4/13-14). Şuayb Arnavût'a göre söz konusu raviler sebebiyle isnadı çok zayıftır. (Ahmed b. Hanbel, *Müsned* (Arnavût tahkiki), 17/470, no:11377)

عن أبي سعيد الخدري قال نهي رسول الله ص عن ... وعن شراء العبد وهو آبق (سنن ابن ماجه)

¹⁹¹ Şeybânî, *el-Mebsût*, 5/89; Şeybânî, *el-Câmiu's-sağîr*, s. 328; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 6/71; Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebîr*, 5/221; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 4/151.

¹⁹² İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 10/609, no: 20892.

¹⁹³ Muvatta "Buyû", 75 (4/960, no: 2452); Sahnûn, *el-Müdevvene*, 3/254.

¹⁹⁴ Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebîr*, 5/221; Ramlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 3/399; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/289; İbn Duvayyân, *Menâru's-sebîl*, 1/308.

¹⁹⁵ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/147-8; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/10-11; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/422; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 4/514, 5/71. (İbnü'l-Hümâm, 'fesâd' görüşünü tercih etmektedir.)

otoritesi, mahkeme, ihkâk-ı hak vb. yollarla geri alınması mümkünken, ilkinin teslim edilebilirliğinin tamamen vehme dayanmasıdır ve akidler de ihtimal üzerine kurulamaz.¹⁹⁶

ii) Geçerli Olduğu Görüşü

Teslim edilebilirliği şart görmeyen bazı ilk dönem fakihlerine ve Zâhirî mezhebine göre, sahibinden kaçmış veya kaybolmuş bir hayvanın satımı geçerlidir.

Sahâbeden İbn Ömer'in (ö. 72-3/691-2) kaçmış bir deveyi (bir rivayete göre çocuklarından) satın aldığı rivayet edilmiştir.¹⁹⁷ Ayrıca bazı kaynaklarda İbn Ömer'in kaçak kölenin satışını -uzun zaman geçmemiş olması kaydıyla- câiz gördüğü nakledilmiştir.¹⁹⁸

İlk dönem fakihlerinden Kâdî Şurayh (ö. 78/697) ve İbn Sîrîn'in (ö. 110/729) teslim edememe durumunu sadece '*hukuken sahip olmama*' ile sınırladıklarına daha önce değinmiştik. Bu görüşleriyle uyumlu olarak bu iki fakih, her iki tarafın da mebi hakkındaki bilgisi aynı olmak şartıyla, kaçak kölenin satılabileceği kanaatindedir. Zira onlara göre bu garar değildir.¹⁹⁹ Mâverdî ise, İbn Sîrîn'in, -mutlak olarak değil de- yeri bilinen kaçak kölenin satımını câiz gördüğünü nakletmiştir.²⁰⁰

Teslim edilebilirliğin satım akdinde şart olmadığını savunan İbn Hazm, kaçak kölenin satımı konusunda yukarıdaki isimler dışında Osman el-Bettî'den (ö. 143/760) ve başka fakihlerden de bu satımın câiz olduğunu nakletmiştir.²⁰¹

iii) Satımla İlgili Özel Durumlar

Fiziken teslim edilemeyen mebi hakkında İslam hukukçularının genel hükmü olumsuz olmakla birlikte, müşterinin kendisinin teslim almasının mümkün olduğu ya da teslimin gerekli olmadığı durumlarda, teslim şartına daha esnek yaklaşmıştır. Başta Hanefî ve Şâfîiler olmak üzere, fukahanın çoğunluğu *tesellümü* (teslim alabilmeyi) esas almışlardır.²⁰² Mebinin müşteri tarafından teslim alınabildiği durumlarda garar ortadan kalktığı için, bu tür satışlar

¹⁹⁶ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/147.

¹⁹⁷ İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, 10/610 (no: 20894): عن ابن عمر أنه اشترى بعيرا وهو شارد

¹⁹⁸ Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebîr*, 5/326: وحكي عن ابن عمر أنه جوز بيع الأبق ما لم يتقادم عهده

¹⁹⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/289; İbn Hacer, *Fethu'l-Bârî*, 4/357.

²⁰⁰ Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebîr*, 5/326.

²⁰¹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 8/388-391.

²⁰² Buceyrimî, *Buceyrimî ale'l-Hatîb*, 3/358: (والأولى أن يقال الشرط في البيع القدرة على التسلم من المشتري)

câiz görülmüştür.²⁰³ Ancak Hanbelîlerdeki tercih edilen görüş, tesellümü yeterli görmemekte, satıcı tarafından teslim edilebilirliği şart koşturmaktadır.²⁰⁴

Şimdi bu özel durumlara kısaca değinelim:

a) Malın gâsıba satılması: Satıcının malını gasbedene satması genel olarak geçerli kabul edilmiştir, zira zaten mal hâlen gâsıbın elinde bulunmaktadır.²⁰⁵

b) Malın gâsıb dışındaki kişilere satımı: Mezheplerin çoğunluğu, mağsub malın, sahibi tarafından gâsıb dışındaki kişilere satımını, müşteri mebiyi gâsıbtan teslim alabiliyorsa, câiz görmüşlerdir. Hanefîler, gasbeden kişinin bu durumu ikrar etmesi ve müşterinin tesellümde bulunabilecek durumda olması şartıyla bunu, teslim alınmasına bağlı olarak câiz görmüşlerdir.²⁰⁶ Mâlikîlere göre bu teslim alma işi kolaylıkla gerçekleşecek cinsten olmalıdır.²⁰⁷ Hanbelîlerdeki râcih görüşü, müşteri mebiyi teslim alabiliyorsa, satımın cevazı yönündedir.²⁰⁸ Şâfîilere göre, bu tesellümün gerçekleşme biçimi önemli değildir, müşterinin bir kral olması örneğinde olduğu üzere, gâsıbtan zorla almayı da kapsamaktadır. Şayet müşteri bir şekilde tesellümde bulunamazsa, akdi fesheder.²⁰⁹

c) Yeri bilinen kaçak kölenin satımı: Mezheplerdeki genel görüş, bulunduğu yer bilinse de, kolaylıkla teslim alınabilir olmadığı sürece, kaçak kölenin satılamayacağıdır. Bulduğu yer bilinen kölenin satılabileceği görüşü, kölenin müşteri tarafından bilinmesi ve kolayca teslim alınacak durumda olması kaydıyla, bazı Mâlikîlerce kabul görmüştür. Müşteri köleyi teslim alır ve belirtilen evsafa bulursa, akid geçerlidir. Hiç teslim alamaz veya öncesine göre niteliklerinin değiştiği anlaşılırsa müşteri parasını satıcıdan geri alır.²¹⁰

d) Müşterinin veya başkasının elinde bulunan kaçak kölenin satımı:

²⁰³ Ramlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 3/399; Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 2/11.

²⁰⁴ İbn Duvayyân, *Menâru's-sebîl*, 1/308.

²⁰⁵ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/148; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 3/11; Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/283; Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 2/11; İbn Muflih, *el-Mubdi*, 4/24.

²⁰⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/11.

²⁰⁷ Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 3/11.

²⁰⁸ İbn Muflih, *el-Mubdi*, 4/24.

²⁰⁹ Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/283.

²¹⁰ Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 3/11: وإن وجدته قد تغير أو تلف كان ضمانه من البائع ويسترجع المبتاع الثمن:

Cumhûra göre, müşterinin yanında olan kaçak kölenin müşteriye satımı câizdir. Üçüncü bir kişinin yanında olan kölenin satımı ise Hanefilere ve Şâfîilerdeki bir görüşe göre câiz değildir.²¹¹ Bunun sebebi teslim alamama riskinin bulunmasıdır.

e) Zımnî satış: Zımnî satışlarda teslim edilebilir olma şartı ortadan kalkmaktadır. Mesela kaçak bir kölenin azad etmek üzere satın alınması gibi...²¹²

Netice olarak mebiyi teslim görevi aslen satıcıya aittir. Ancak belli durumlarda, müşteri tarafından kolayca teslim alınabilen mebinin satımı câiz görülmüştür. Bu durumlarda da gararı ortadan kaldırmak için bazı şartlar koşulmuştur. Buna göre, akdin bağlayıcılığı teslim alınca başlar. Mebinin satım ile kabz arasındaki sürede telef olması durumunda satıcının malı telef olmuştur ve semeni iade etmesi gerekir. Ayrıca ayıp, görme vb. muhayyerlikleri de genişçe tanıyan mezhepler mevcuttur.

d. Borcun Satımı (Bey‘u‘d-deyn)

Fiziken teslim edememe sebebiyle gararın oluştuğu işlemlerden birisi de ‘borcun satımı’ diye ifade edilen ‘bey‘u‘d-deyn bi‘d-deyn’ veya ‘bey‘u‘l-kâlî bi‘l-kâlî’ isimli satıştır. Konuyla ilgili, Hz. Peygamber’in (s.a.) ‘kâlî ile kâlî’in satımını yasakladığını’ bildiren zayıf bir rivayet vardır.²¹³ İbn Kudâme (ö. 620/1223), borcun borçla değişiminin (‘bey‘u‘d-deyn bi‘d-deyn’) câiz olmadığına dair icma bulunduğunu ifade etmiştir.²¹⁴ Ancak İslam hukukçuları bu satımın anlamı ve çeşitleri hakkında ihtilaf etmişlerdir. İhtilafın sebebi, ilgili rivayetin güvenilirliği yanında, konunun farklı şekillerde anlaşılmış ve yorumlanmış olmasıdır.

Garar konusundan ziyade ribayı ilgilendirdiğini düşündüğümüz bu ayrıntılara burada girmek istemiyoruz.²¹⁵ Onun yerine, borcun satım biçimlerini özet olarak üç başlık altında toplamak istiyoruz.²¹⁶

²¹¹ Şeybânî, *el-Câmiu’s-sağîr*, s. 329; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, 6/421; İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 5/70; Ramlî, *Nihâyetü’l-muhtâc*, 3/399.

²¹² Ensârî, *Esne’l-metâlib*, 2/11.

²¹³ Rivâyete Hâkim ve Dârekutnî yer vermişlerdir. İmam Şâfî, Ahmed b. Hanbel, İbn Teymiyye ve muhaddislerin çoğunluğu ilgili rivayetin zayıf olduğu ve hükme kaynak olamayacağı kanaatindedir. (Askalânî, *Telhisu’l-habîr*, 3/62)

²¹⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/106.

²¹⁵ Borcun borçluya ve üçüncü şahıslara satımının fıkıh mezheplerindeki hükmü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. “Bey‘un menhiyyun anh”, *Mv.F.*, 9/175-179; Darîr, *el-Garar*, s. 330-335; al-Amine, *Risk management in Islamic Finance*, s. 63-65.

a) Önceki borç yerine yeni bir borcun konulması: (فسخ الدين في الدين)

Bir alacağın, borçluya veya üçüncü bir kişiye peşin veya vadeli olarak başka bir bedel karşılığında satılmasıdır. Bu satım esnasında, borç miktarının veya vadesinin değişmesi muhtemeldir. Borcun gerek borçluya gerekse üçüncü şahıslara satımı konusunda zengin tartışmalar mevcuttur.

b) Önceki borçların karşılıklı olarak takas edilmesi: (بيع الدين بالدين)

Tarafların önceden birikmiş borç ve alacaklarını takas yoluyla kapatmalarındır. İbn Kudâme, tarafların daha önceden zimmetlerinde bulunan altın ve gümüş borçlarını karşılıklı olarak takas etmelerini buna örnek vermiştir. Şâfiî ve Hanbelîlere göre bu işlem borcun borçla değişimi kapsamında olduğu için câiz değildir. Hanefîler ile Mâlikîler ise konuya farklı bakmışlar, “hâzırdaki *zimmetin*, hâzırdaki *ayn* gibi olduğu” ilkesinden hareketle bu işlemi câiz görmüşlerdir.²¹⁷ İbn Teymiyye ve öğrencisi İbnü'l-Kayyim da bu işlemin cevazı yönünde görüş belirtmiştir.²¹⁸

c) Bir akidde her iki bedelin de vadeli olmasının şart koşulması: (ابتداء الدين بالدين)

Selem akdinin, semen de vadeli ödenecek şekilde gerçekleştirilmesi böyledir. Mesela karşı tarafa borcu olan bir kimsenin zimmetindeki bu borcu karşılığında karşı tarafla selem akdi yapması câiz görülmemiştir. Çünkü İslam hukukçuları her iki bedelin de vadeli (*deyn*) olmasının câiz olmadığı görüşündedirler.²¹⁹

Yukarıdaki işlemlerden câiz görülmeyenler, temelde riba ve garar endişesi sebebiyle bu hükmü almışlardır. Bu değişimlerde garar oluşu, ‘ayn’ olmaması sebebiyle teslim edilememesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca nizaya yol açması ve tarafların birbirlerinin zimmetlerini gereksiz yere meşgul etmesi de gösterilen gerekçelerdendir.²²⁰

Günümüz İslam hukukçuları bu konuya garar açısından daha esnek yaklaşmışlardır. Bu bakış açısına göre, borçlu borcunu kabul ettiği sürece, teslimle ilgili bir garar söz konusu değildir. Ayrıca bu satıma ihtiyaç vardır ve insanların maslahatı söz konusudur. Bu

²¹⁶ Bu üçlü taksim, Mâlikî fıkıh literatürüne dayanmaktadır. Mesela bkz. Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 3/61-63; Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî*, 3/95-98.

²¹⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/106: (لأن الذمة الحاضرة كالعين الحاضرة); 14/486.

²¹⁸ İbn Teymiyye, *Mecmû'u'l-Fetâvâ*, 20/278-279; İbnü'l-Kayyim, *I'lâmu'l-muvakkîn*, 2/8-9.

²¹⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/410; İbn Teymiyye, *Mecmû'u'l-Fetâvâ*, 20/278-279; İbnü'l-Kayyim, *I'lâmu'l-muvakkîn*, 2/8-9, 3/340.

²²⁰ al-Amine, *Risk management in Islamic Finance*, s. 63-65, 176.

araştırmacılarından Darîr'e göre, riba ve başka haramlar söz konusu olmadığı sürece, gerek borçluya gerekse üçüncü şahıslara borcun satımı câizdir.²²¹

Buraya kadar verilen bilgilerden hareketle, satım akdinde teslim edilebilirliğin son derece önemli olduğunu ve aksi durumun akdin garar neticesinde geçersiz hale gelmesine yol açtığını ifade edebiliriz. Teslim edememe riski, görüldüğü üzere, teslimin hukuken veya fiziken mümkün olmadığı durumlarda ortaya çıkmaktadır.

Şimdi ise mebide gararın sebeplerinden sonuncusu olan 'ma'dûm olma' konusu ele alınacaktır.

²²¹ Darîr, *el-Garar*, s. 334-5.

C. Ma'dûm Olma Sebebiyle Garar

Satım akdinde garara yol açan diğer bir sebep, mebinin ma'dûm olması yani akid anında mevcut olmamasıdır. Bir önceki başlıkta ele aldığımız 'teslim edilebilir olma' ile 'mevcut olma' arasında yakın ilişki bulunduğu söylenebilir. Nitekim mevcut olmayan bir şeyin satılması durumunda, genellikle hem hukuken hem de fiilen teslim edememe durumları ortaya çıkmaktadır.

İslam borçlar hukukunun esaslı bir ilkesi olarak, mebi akid anında mevcut olmalıdır. Hanefiler 'mevcut olma'yı mebede aranan şartlar arasında müstakil olarak saymışlardır. Diğer mezheplerde ise bu husus, 'ma'dûm olma' şeklinde ve akdi ifsad eden bir sebep olarak zikredilmektedir. Bazı fakihler ise, ma'dûm olmayı bazı spesifik satım türlerinin yasaklanmasının illeti konusunda zikretmişlerdir.²²²

'Mebinin mevcut olması şartı' veya diğer ifadesiyle 'mad'umun satışının yasak olduğu' görüşü, klasik literatürde yaygın olarak benimsenmiş ve borçlar hukukunda genel ilke (*kıyâs*) olarak kabul edilmiştir. Nevevî, İbnü'l-Münzir'e (ö. 318/930) atıfla ma'dûmun satışının câiz olmadığı konusunda icma olduğunu ifade etmiştir.²²³ Bu konuda verilen tipik örnekler, bir bahçenin meyvelerinin birkaç yıl önceden satımı ve bir hayvanın ileride olacak yavrusunun satımıdır.

Ma'dûmun satışının geçersiz olduğuna çeşitli hadisler delil gösterilmiştir: Garar hadisi, *mu'âveme* ve *sinîn* satışlarının yasaklandığını bildiren hadis ile 'yanında (mülkiyetinde) olmayanı satmama' hadisi bunlardandır. Bilindiği üzere satım akdi *derhal temlik* ifade eder, bu da teslimi gerektirmektedir.²²⁴ Akid esnasında mevcut olmayan bir mal, hemen teslim edilemeyeceği için, gararlı satım kapsamında görülmüş ve ma'dûmun satımı geçersiz kabul edilmiştir. Hanefilerdeki bir yoruma göre ise, mevcut olmayan bir şey biriktirilemez ve kendisinden faydalanılamaz, dolayısıyla da akde konu olabilecek bir *mal* değildir.²²⁵

Ma'dûmun satışının yasaklanmasının gerekçesi, garar oluşmasını engellemek, böylece tarafların aldanmasına ve karşılıklı husumete yol açmak olarak açıklanmıştır. Mesela anne

²²² Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/138; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/505; "Mebî'in mevcud olması lâzımdır." (Mecelle, md. 197); "Ma'dûmun bey'i bâtıldır." (md. 205); Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 2/12; Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/258; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/300.

²²³ Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/258.

²²⁴ Gazzâlî, *el-Vasît*, 3/23; Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/283.

²²⁵ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/138; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 2/12; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2/163; Dönmez, "Garar", *DİA*, 13/369; Özdirek, *İslam Hukukunda Akit Hürriyetini Sınırlayan Durumlar*, s. 167-8; Bilgili, *İslam Hukukunda Ma'dûmun Satımı*, s. 85.

karnındaki yavru satıldıktan sonra ölü doğabilir; yine olgunlaşmamış zirai mahsül satımdan sonra afet sebebiyle telef olabilir. Bu durumlarda müşterinin parası karşılıksız kalmaktadır.²²⁶

Ma'dûm iki çeşittir:²²⁷

a) Fiilen (*hissen/hakikaten*) ma'dûm: Henüz ortaya çıkmamış zirai ürünler ve doğmamış yavru *hakikaten ma'dûm*dur.

b) Hukuken (*şer'an/hükmen*) ma'dûm: Fiilen mevcut olmasına rağmen, hukuk tarafından yok kabul edilen şeylerdir. Bunlar genellikle haram kılınmış, dinen faydalanılması yasak olan şeylerdir. Mesela domuz eti, şarap ve leş hukuken yok kabul edilir ve satıma konu olamaz.²²⁸

Bizim bu başlık altında ma'dûm ile kastımız, mebinin *fiilen* mevcut olmaması durumudur. Hukuken ma'dûm şeylerin satımı konumuzu ilgilendirmemektedir.

Bazı fakihler, satım anında kişinin mülkiyetinde olmayıp başkasından satın alıp teslim edeceği malı da ma'dûm kapsamında değerlendirmişlerdir. Bu açıdan bakılacak olursa, fuzûlînin akdindeki mebi de ma'dûm kapsamına girmelidir. Biz ma'dûm terimini bu kadar genişletmeyi uygun bulmuyoruz.²²⁹ Söz konusu iki konu ise, çalışmamızın 'teslim edilememe riski' başlığı altında daha önce incelenmiştir.

Öte yandan, İbn Teymiyye ve İbnü'l-Kayyim, fıkıh mezheplerince kabul görmüş olan 'ma'dûmun satımının bâtil olduğu' ilkesine karşı çıkmışlardır. Onlara göre, 'mevcut olmak' mebi de bulunması gereken şartlardan değildir. İslam hukukunda ma'dûmun satışını yasaklayan bir nas yoktur. Kendisiyle istidlalde bulunulan naslar, ma'dûmu değil gararı yasaklayan naslardır. Esas olan, satımın garar ve zarardan uzak olması, mebinin teslim edilebilir olmasıdır. Garar söz konusu olduğunda, mevcut olan şeyin satışı bile yasaklanmaktadır. Mesela '*Şu kölenin taşıdığı şeyi sana satıyorum*' dense ama mebi görülemediği için cinsi, nitelik ve niceliği bilinmese, bu akid, mal mevcut olmasına rağmen garar sebebiyle câiz değildir. Dolayısıyla, bu konuda ölçüt garardır, garar söz konusu olmadığında ma'dûm satılabilir. Üstelik mebi ma'dûm olmasına rağmen bazı satımlara izin

²²⁶ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2/159, 169.

²²⁷ Mevâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 6/70.

²²⁸ Bu konuda fıkıh literatüründe "*Şer'an yok sayılan şey, hissen/fiilen de yok sayılır*" ilkesi kullanılmaktadır. (المعدوم شرعا كالمعدوم حسا)

²²⁹ Benzer bir görüş için bkz. Bilgili, *İslam Hukukunda Ma'dûmun Satımı*, s. 110.

verilmiştir. Mesela salâhı anlaşılın zirai ürünün satılarak dalında durmaya devam etmesine izin verilmesi bu kapsamdadır.²³⁰

İbnü'l-Kayyim, 'yanında olmayanın satılmaması' hadisinde yasaklanan hususun *ma'dûmun satışı* olmadığını; öyle kabul etsek bile, yasaklanan şeyin *habelu'l-habele* gibi garar içeren özel bir ma'dûm çeşidi olarak anlaşılması gerektiğini söylemektedir. İbnü'l-Kayyim, yasaklanan şeyin ma'dûm değil garar olduğunu açıklamak üzere ma'dûmu üçe ayırmıştır.²³¹

a) Zimmette sabit, sıfatları belirlenmiş ma'dûm: Bu selem satışıdır.

b) Mevcut olana tâbi olan ma'dûm: Bir veya birden fazla sürümde ortaya çıkan zirai ürünlerin, içlerinden bir kısmı olgunlaşınca kalanının da satım akdine dâhil edilmesidir.

c) Hâsıl olup olmayacağı bilinmeyen ve müşteriyi riske sokan ma'dûm: Bu çeşit ma'dûm, garar sebebiyle yasaklanmıştır. Habelu'l-habele satımı bu gruptandır. Hakîm b. Hızâm hadisinde yasaklanan da budur.

Çağdaş araştırmacılardan Senhûrî de bu görüşe katılmış, garara bakmaksızın sadece ma'dûm oluşu esas almanın yanlış olduğunu, fakihlerdeki taklitçiliğin İslam hukukundaki akid hürriyetini kısıtladığını iddia etmiştir. İleride mevcut olacağı kesin olan mebinin akde konu olması câizdir ve garar içermemektedir. *Efrâd-ı mütelâhıkada* ise az miktarda garar bulunmaktadır ancak insanların ihtiyaç duydukları akidlerde az miktardaki garar önemsiz sayılmalıdır.²³²

Darîr'e göre, fukaha ma'dûmun satılmayacağını ilke (*kıyâs*) olarak benimsemiş, daha sonra da icâre, selem, istisnâ gibi akidlerin ise 'kıyasa aykırı' olarak meşrû kılındığını iddia etmişlerdir. Halbuki ma'dûmun satımına konu olamayacağına dair açık bir nas bulunmamaktadır. Ona göre, Hakîm b. Hızâm hadisinin ma'dûmun satışıyla ilgisi, ancak '*derhal teslim şartıyla ma'dûmun satışı câiz değildir*' denildiğinde kurulabilir ki, bu hükmü de zaten herkes kabul edecektir. Bazı ma'dûm şeylerin satışına izin verilirken, bazıları da yasaklandığına göre, yasağın illeti mebinin ma'dûm olması değil, gararın bulunup bulunmamasıdır. İlet garar olarak belirlendiğinde, hükümleri 'kıyasa aykırı' şeklinde açıklamaya da gerek kalmayacaktır. Garar ise ancak mebinin ilerideki varlığı belirsiz olursa ortaya çıkmaktadır. Mebinin normal şartlarda ileride mevcut olacağı biliniyorsa, garar ortadan

²³⁰ İbn Teymiyye, *Mecmû'u'l-Fetâvâ*, 20/296-297; İbnü'l-Kayyim, *I'lâmu'l-muvakkûn*, 1/312, 2/27-28; İbnü'l-Kayyim, *Zâdü'l-me'âd*, 5/808.

²³¹ İbnü'l-Kayyim, *Zâdü'l-me'âd*, 5/808-810.

²³² Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, 3/40-44.

kalkmaktadır. Öyleyse ma'dûmun satışı konusundaki ilke, şudur: “İleride var olup olmayacağı bilinmeyen ma'dûmların satışı câiz değildir. Gelecekte normal şartlarda mevcut olacağı bilinen ma'dûmun satışı ise câizdir.”²³³

Konuyla ilgili Doktora çalışmasında aynı görüşü benimsemiş olan İsmail Bilgili, satımı câiz olmayan ma'dûmu şu şekilde tanımlamıştır: “Hukukun hakikaten veya hükmen yok saydığı, tarafları anlaşmazlık ve çekişmeye götürecek derecede kapalı olan, teslimi garanti edilemeyip kumar ve muhâlara (şüphe) içeren, varlığı ihtimalli şeylerdir.”²³⁴ Kanaatimizce bu tanım şu şekilde de ifade edilebilir: “Hakikaten yok olup garar içeren şeyler ile hukukun hükmen yok saydığı şeylerdir.” Çünkü ‘kapalı olma’, ‘teslimi garanti edilememe’, ‘kumar ve muhâlara içermeme’ ve ‘varlığı ihtimalli olma’ hususlarının tamamı gararlı satışların özellikleridir. Hukukun hükmen yok saydığı şeylerde ise zaten başka bir özellik aramaya gerek yoktur.

Kanaatimizce İbn Teymiyye, İbnü'l-Kayyim ve bazı çağdaş araştırmacıların Hakîm b. Hızâm hadisinin ma'dûmun satışıyla ilgisi olmadığını iddia etmeleri çok tutarlı değildir. Zira mülkiyette olmayan şeyin satımı câiz değilse, hiç mevcut olmayan şeyin satışı evleviyetle câiz olmamalıdır. Çünkü ilk yasağın illeti ‘teslim edememe’dir. Ma'dûm olan bir şeyin satılması durumunda ise, başta teslim edilememe riski olmak üzere garar sebepleri adeta bir araya toplanmaktadır. Ayrıca bir satışta mebinin ma'dûm olup da garar ve cehâlet içermemesi nadirdir. Halbuki, Mecelle’nin tabiriyle, *itibar gâlib-i şâyi’adır, nâdire değildir*.²³⁵

Ma'dûmun satılamayacağı ilkesini benimseyen klasik görüş ile bu ilkeye karşı çıkıp gararın esas alınması gerektiğini savunan sonraki görüş arasındaki temel anlaşmazlık, satım akdinin, mebinin teslimini *derhal* gerektirip gerektirmediğidir. Aslında klasik görüşü savunanlar gibi, İbn Teymiyye ve İbnü'l-Kayyim da, satım akdinin gereğinin (*mûceb*) teslim olduğunu ve satıcının teslimden âciz kaldığı satışların gararlı satış olduğunu kabul etmektedir. Ancak sonraki görüş sahipleri, bu teslimin derhal olması gerekmediğini, zira buna dair bir nas bulunmadığını; tarafların menfaati gibi durumlarda süre şartı koşularak bunun ertelenebileceğini, mesela Câbir’in Hz. Peygamber’e (s.a.) sattığı deveyi Medine’ye kadar

²³³ Darîr, *el-Garar*, s. 373-374: (كل معدوم مجهول الوجود في المستقبل لا يجوز بيعه، وكل معدوم محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة يجوز بيعه);

“Dâbitu'l-garari'l-mufsid li'l-muâmelâti'l-mâliyye”, *el-Me'âyiru's-şer'iyye* (2010/1431), s. 427.

²³⁴ Bilgili, *İslam Hukukunda Ma'dûmun Satımı*, s. 90.

²³⁵ Mecelle, 42. madde.

binmeyi şart koşarak teslimini ertelediğini; üstelik selem için mümkün olan tehirin, ayn için de olabileceğini ifade etmektedir.²³⁶

Netice itibarıyla, “ma‘dûmun garar ve cehâlet sebebiyle satılamayacağı” genel ilke olarak kalmaya devam etmelidir. İnsanların henüz mevcut olmayan mallara duydukları ihtiyaç, öncelikle selem ve istisnâ‘ akidleriyle karşılanmalı; ancak bunun da mümkün olmadığı çok istisnai durumların ortaya çıkması halinde, ‘gararın ihtiyaç sebebiyle akde etki etmemesi’ ilkesine müracaat edilmelidir.

Konuya bu şekilde genel bir çerçeve çizdikten sonra, çalışmamızın bu noktasında, ma‘dûmun kısımlarına ve bunların fıkhi hükümlerine yer vermek istiyoruz. Çağdaş hukukçulardan Senhûrî (ö. 1971), akid mahallinin (mebinin) varlığı konusunda beş muhtemel durum ileri sürmüştür:²³⁷

- a. akid anında tam olarak mevcut olması
- b. akid anında hiç veya tam mevcut olmayıp, gelecekte var olmasının da şüpheli olması
- c. akid anında aslı mevcut olup akidden sonra gelişme göstererek tamamlanması
- d. akid anında hiç mevcut olmayıp gelecekte var olmasının kesin olması
- e. akid anında mevcut olmayıp sonradan vücut bulmayacağını da kesin olması

İlk durum (a) ile son durumun (e) hükmü bütün hukuk sistemlerinde açık olmalıdır. Mebinin *tam mevcut* olduğu ilk durumda akid sahih iken; *tamamen ma‘dûm* olduğu son durumda mebiyi teslim imkânsız olduğu için akid bâtıldır.²³⁸

Kanaatimizce bu taksim, faydalı olmakla beraber, konuyu ortaya koymak açısından yeterli değildir. Mesela akid anında ma‘dûm olup olmadığı net olarak bilinmeyen şeyler bu tasnifte yer almamıştır. Ayrıca (b) ile (c) grupları arasında net bir sınır belirlemek zor görünmektedir. Bu sebeple bu çalışmada biz (b) ile (c) gruplarını birlikte ele almayı ve bunların kapsamına giren özellikli satım örneklerini incelemek istiyoruz.

1. Gelecekte Mevcudiyeti Şüpheli Mebinin Satışı

Ma‘dûmun satışı, mebinin kısmen de olsa mevcut olup olmamasına göre iki kısma ayrılmaktadır:

²³⁶ İbn Teymiyye, *Mecmû‘u’l-Fetâvâ*, 20/297; İbnü’l-Kayyim, *I‘lâmu’l-muvakkîîn*, 1/29.

²³⁷ Senhûrî, *Mesâdiru’l-hak*, 3/14; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2/159-160.

²³⁸ Senhûrî, *Mesâdiru’l-hak*, 3/13; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2/160; Bilgili, *İslam Hukukunda Ma‘dûmun Satımı*, s. 112.

a) Tam ma'dûm: Mebi henüz hiç ortada yoktur. İleride mevcut olup olmayacağı da bilinmemektedir. Mesela bir hayvanın ileride doğuracağı yavrularını satmak, bir bahçenin gelecek yıllarda vereceği mahsülü satmak gibi... Yavrunun doğma ve yaşama durumu, bahçenin ileriki yıllarda mahsül verip vermeyeceği ve bunların nitelik ve nicelikleri meçhuldür.

b) Kısmî ma'dûm: Mebinin aslı mevcuttur ancak eksiktir, henüz tamamlanmamıştır. Mebinin ileride tam hale geleceği ve varlığını devam ettireceği de belli değildir. Mesela bir hayvanın karnındaki yavrusunu satmak ya da ağaçta tomurcuk halindeki meyveleri satmak gibi...

Görüldüğü üzere, bu iki ma'dûm çeşidinde, mebi akid anında kısmen veya tamamen ma'dûmdur, sonrası da kesin bir şekilde bilinmemektedir. Mevcut olmayan ve teslim edilemeyen bir şey akde konu edilmektedir. Dolayısıyla her iki durumun hükmü de aynıdır ve bu akidler bâtıldır. Burada satım akdini bâtil kılan, mebinin varlığı ve bekasıyla ilgili garardır. Mebiddeki cehâlet, söz konusu gararın *fâhişliğine* kıyasla gölgede kalmaktadır.²³⁹

Şimdi ma'dûmun bu iki türünden birine giren satım türlerinden, hayvanların ve zirai ürünlerin satımı üzerinde durulacaktır:

a. Hayvan Döllerinin ve Henüz Doğmamış Yavrularının Satışı

Hayvan yetiştiriciliği ve besicilik alanındaki bazı satım türleri klasik fıkıh literatüründe garar konusunda gündeme gelmiştir. Bu satımların üç farklı kategoride gerçekleştirildiği görülmektedir: Erkek hayvanların döllerinin (sperm) satımı, dişilerin karnındaki mevcut ceninin satılması ve ileride doğacak hayvanların önceden satılması.

Genel olarak erkek hayvanın dölünün satılmasına yönelik akidler Arapça'da *melâkîh*, *medâmîn* ve *asbu'l-fahl* olarak ifade edilmektedir. Dişi hayvanın karnındaki ceninin satılması ise *mecr* ve *haml* terimleriyle; ceninin ileride doğacak yavrusunun satılması ise *habelul-habele* ile ifade edilmiştir.

Aşağıda bu satışlar ve hükümleri sırasıyla açıklanacaktır:

i) Hayvan Dölünün Satımı

Fıkıh literatüründe, hayvanın dölünün satımını ifade etmek üzere birkaç terim kullanılmaktadır. Bunlar, *melâkîh*, *medâmîn* ve *asbu'l-fahldır*.

²³⁹ Bardakoğlu, "Bey", *DİA*, 6/16; Özdirek, *İslam Hukukunda Akit Hürriyetini Sınırlayan Durumlar*, s. 169.

- *Melâkîh*, (الملاقيح) *melkûh* kelimesinin çoğuludur. *Medâmîn* (المضامين) ise, *madmûn* kelimesinin çoğuludur. Mâlikîlerle cumhûr arasında, bu iki kelimenin anlamı konusunda ihtilaf mevcuttur. Melâkîh, Mâlikîlerce “erkek hayvanın sulbünde bulunan dölün satılması” olarak açıklanmıştır. Medâmîn ise “dişi hayvanın karnındaki ceninin satışı” olarak tanımlanmıştır.²⁴⁰ Hanefiler de dâhil cumhûra göre ise, tam tersi açıklama doğrudur. Yani “melkûh” devenin karnındaki cenin (جنين الناقة) için, “medâmîn” ise erkek hayvanların (*fuhûl*) sulbündeki döl için kullanılır.²⁴¹

- Hayvanın dölünün satımını ifade eden diğer terim ise *asbu'l-fahl*dır. Bu terim cumhûra göre *medâmîn* ile, Mâlikîlerde ise *melâkîh* ile eş anlamlıdır. ‘*Asb*’ (عسب) kelimesine sözlüklerde dört anlam verilmiştir: a) erkek hayvanın döl suyu, b) erkek hayvanın çiftleşmesi, c) hayvanın yavrusu d) erkek hayvanın çiftleştirmek amacıyla kiralanması.²⁴² *Fahl* ise bütün hayvanların erkek cinsine verilen genel isimdir.

Asbu'l-fahl ise ıstılah olarak, damızlık erkek hayvanın dişiyle çiftleştirilmesi karşılığında erkek hayvan sahibinin para almasıdır. Bu işleme *dirâbu'l-fahl* veya *dirâbu'l-cemel* de denilmektedir. Hanbelî kaynaklarda, *asîbu'l-fahl* ifadesi de kullanılmaktadır.

Hz. Peygamberin (s.a.), *asbu'l-fahl*'ı yasakladığına dair rivayetler bulunmaktadır.²⁴³ Aynı şekilde, eş anlamlısı olan *dirâbu'l-cemel* satımının yasaklandığını ifade eden rivayetler de vardır.²⁴⁴ İmâm Mâlik, erkek hayvanın dölünün (*melâkîh*) satımının yasaklandığını Saîb b. Müseyyib'ten bilgi olarak aktarmıştır.²⁴⁵ Bu rivayetler, bu işlemin ücret karşılığı yapılmasının yasaklanması olarak anlaşılmıştır. Zira işlemin *iâre* yoluyla ücretsiz olarak yapılması ittifakla

²⁴⁰ Muvatta, “Buyû”, 63 (4/946, no: 2411); İbnü'l-Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, 3/503; İbnü'l-Esîr, *en-Nihâye*, “d-m-n”, 3/102. İbnü'l-Arabî, Malikîlerde her iki anlamın da anlaşıldığını, dolayısıyla bu anlamların yer değiştirmesinin söz konusu olduğunu söylemektedir.

²⁴¹ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/195; Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/145; Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebîr*, 5/340; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/299; İbnü'l-Esîr, *en-Nihâye*, “l-k-h”, 4/263; İbnü'l-Esîr, *en-Nihâye*, “d-m-n”, 3/102.

²⁴² İbnü'l-Esîr, *en-Nihâye*, “a-s-b”, 3/234; Zebîdî, *Tâcu'l-arûs*, “a-s-b”, 3/367-8; Darîr, *el-Garar*, s. 210; “*Asbu'l-fahl*”, *Mv.F.*, 30/93.

²⁴³ Başta İbn Ömer olmak üzere dört sahâbîden rivayet edilmiştir. (Buhârî, “İcâre”, 21; Ebû Dâvûd, “İcâre”, 40; Tirmizî, “Buyû”, 45; Nesâî, “Buyû”, 94): نهي النبي ص عن عسب الفحل

²⁴⁴ Müslim, “Müsâkât”, 35; Nesâî, “Buyû”, 94: أنه سمع جابر بن عبد الله، يقول: نهي رسول الله ص عن بيع ضراب الجمال

²⁴⁵ Muvatta, “Buyû”, 63 (4/946, no: 2411):

لا ربا في الحيوان. وإنما نهي من الحيوان عن ثلاثة: عن المضامين، والملاقيح، وحبل حبله. فالمضامين: ما في بطون إناث الإبل. والملاقيح: ما في ظهور الجمال

câiz görülmüştür. Bu sebeple, *asb* kelimesinin ‘damızlık hayvanın çiftleştirilmesi’ şeklinde anlayanlar, doğrudan ‘asbu’l-fahl’ ifadesiyle gelen rivâyetlerin başına, iktizâ yoluyla ‘kirâ’ veya ‘bey’ kelimesini takdir etmişlerdir.²⁴⁶

İslam hukukçuları yukarıdaki rivayetlerden hareketle, hayvan dölünün satımının câiz olmadığı konusunda ittifak etmişlerdir. Hanefilere göre bu satış bâtildir.²⁴⁷ Bu işlemin satım yerine icâreye konu olması da yine fukahânın çoğunluğuna göre [Hanefiler, Şâfiîlerdeki en sahih görüş, Hanbelî mezhebindeki temel (*asl*) görüşe göre] câiz değildir.²⁴⁸ Mâlikîlere göre ve Şâfiîlerdeki diğer (*mukâbilu’l-esahh*) görüşe göre ise, bu amaçla hayvan icâresi câizdir. Mâlikîler, bu icârenin belli sayıda günle veya belli sayıda çiftleşmeyle sınırlandırılmasını şart koşmuşlar, “hayvan hamile kalıncaya kadar” şeklindeki bir icâre akdini, dışının ne zaman gebe kalacağı, hatta kalıp kalmayacağı konusunda cehâlet içermesi sebebiyle geçersiz kabul etmişlerdir.²⁴⁹ Hanbelîler ise, kişinin bunu ücretsiz temin etmesi mümkün olmazsa, ihtiyaç sebebiyle başkasından kiralamasını câiz görmüşler ancak kiraya vermesini câiz görmemişlerdir.²⁵⁰

Zekatla ilgili bir hadiste, hayvan sahibinin erkek hayvanı bu amaçla ücretsiz olarak emanet vermesinin hayvanın ödenmesi gereken haklarından olduğu ifade edilmektedir.²⁵¹ Öte yandan, bazı Hanbelî ve Şâfiîler, Hz. Peygamber’den (s.a.) gelen başka bir rivayete²⁵² dayanarak, bu hususta akid yapmadan ve şart koşmadan verilen bir ücretin kabul edilebileceği hükmünü benimsemişlerdir.²⁵³ Yasağın sebebi hakkında İslâm hukukçularınca garar temelli çeşitli açıklamalar yapılmıştır. Bunlar, gebeliğin meydana gelip gelmeyeceğinin mechûl

²⁴⁶ Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 5/139; İbnü’l-Esîr, *en-Nihâye*, “a-s-b”, 3/234.

²⁴⁷ İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 5/53, 62.

²⁴⁸ Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 4/174; Bâbertî, *el-Înâye*, 9/97; İbn Nüceym, *el-Bahru’r-râik*, 5/280; Mâverdî, *el-Hâvî’l-kebîr*, 5/324; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 2/243; Ramlî, *Nihâyetü’l-muhtâc*, 3/447; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/302-3, 8/130-1.

²⁴⁹ Cessâs, *Muhtasarü İhtilâfi’l-ulemâ*, 4/102; İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-müctehid*, 2/224; Derdir, *eş-Şerhu’l-kebîr*, 3/58; İbn Hacer, *Fethu’l-Bârî*, 4/461.

²⁵⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8/130-1.

²⁵¹ Müslim, “Zekât”, 27, 28; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 3/321.

(قال رجل: يا رسول الله، ما حق الإبل؟ قال: حلبها على الماء، وإعارة دلوها، وإعارة فحلها، ومنحتها وحمل عليها في سبيل الله)

²⁵² Tirmizî, “Buyû”, 45 (Hasen ğarîb):

أن رجلا من كلاب سأل النبي ص عن عسب الفحل فنهاه فقال يا رسول الله إنا نطرق الفحل فنكرم، فرخص له في الكرامة.

²⁵³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/303; İbnü’l-Kayyim, *Zâdü’l-me’âd*, 5/796; Şevkânî, *es-Seylü’l-cerrâr*, 3/34.

olması, akid anında hamileliğin (*dirâb*) ma'dûm oluşu, teslimi güç yetirilememesi, akdin gerçekleşmesi kesin olmayan bir şarta (hamile bırakmaya) bağlanması gibi açıklamalardır.²⁵⁴

ii) Hayvanın Karnındaki Yavrunun Satışı

Fıkıh literatüründe, hayvanın karnındaki yavrunun satımını ifade etmek üzere de birkaç terim kullanılmaktadır. Bunlar *mecr*, *haml* ve (tanımda ihtilafa göre) *melâkîh* veya *medâmîndir*.

Mecr ve *haml*, eş anlamlı satışlardır ve anne karnındaki ceninin satımını ifade ederler.²⁵⁵ Dolayısıyla cumhûra göre *melâkîh* ile, Mâlikîlerde ise *medâmîn* ile eş anlamlıdır. Cenine hamileliğin ileri dönemlerinde *mecr* ismi verilmektedir.²⁵⁶

İslam hukukçuları hayvanın karnındaki ceninin müstakil olarak satımının (veya satıştan istisna edilmesinin) câiz olmadığı konusunda ittifak etmişlerdir. Gerekçe olarak, ceninin varlığının ve teslimin garanti edilememesi ile cenin hakkındaki cehâlet (nicelik ve niteliğinin bilinmemesi) öne çıkmaktadır.²⁵⁷ Hanefiler bu gerekçelere 'henüz mütekavvim mal olmaması' ve 'yok olma tehlikesi' (*hataru'l-'adem*) taşınmasını da eklemişlerdir.²⁵⁸ İmâm Mâlik, anne karnındaki ceninin satımının garar ve muhâtara kapsamında olduğunu, çünkü doğup doğmayacağı, kusurlu olup olmayacağı, erkek mi dişi mi olacağı gibi hususların bilinmediğini, bu hususların ise mebinin fiyatını etkileyen şeyler olduğunu ifade etmiştir.²⁵⁹ Konuyla ilgili müstakil yasaklayıcı rivayetler de nakledilmiştir.²⁶⁰ Benzeri şekilde, cariyelerin karnındaki ceninin satımı da câiz görülmemiş, geçersiz kabul edilmiştir.²⁶¹

²⁵⁴ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/139; "و هو عند العقد معدوم"; İbn Hacer, *Fethu'l-Bârî*, 4/461; "وعلى كل تقدير، فيبيعه وإجارته حرام لأنه غير متقوم ولا معلوم ولا مقدور على تسليمه"; İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetu'l-muhtâc*, 4/292; Ramlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, 3/447.

²⁵⁵ Nevevî, *el-Mecmû*, 9/322; "Bey' menhiyy anh", *Mv.F.*, 9/186.

²⁵⁶ İbnü'l-Esîr, *en-Nihâye*, "m-c-r", 4/299.

²⁵⁷ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/411; Muvatta, "Buyû", 63 (4/947, no: 2412); Nevevî, *el-Mecmû*, 9/323; (وأجمع العلماء على بطلان بيع الجنين وعلى بطلان بيع ما في أصلاب الفحول); İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/299; "Haml", *Mv.F.*, 18/152.

²⁵⁸ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/138; Serahsî, *el-Mebsût*, 12/195.

²⁵⁹ Muvatta, "Buyû", 75.

²⁶⁰ "Hz. Peygamber ... hayvanların karınlarındakinin doğmadan satımını ... yasakladı." İbn Mâce, "Ticârât", 24; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 3/42. "Hz. Peygamber mecr satışını ... yasakladı." Abdurrezâk, *el-Musanef*, 8/90.

²⁶¹ Şeybânî, *el-Mebsût*, 5/89-90.

iii) İleride Doğacak Hayvanların Satımı

Fıkıh literatüründe, hayvanın ileride dünyaya gelecek yavrularının satımını ifade etmek üzere *habelu'l-habele* ve *nitâcu'n-netâyic* terimleri kullanılmaktadır. Bu satımlar, gararlı satım konusunda en göze çarpan örnek olarak kabul edilmiştir. Çünkü çok sayıda garar unsurunu aynı anda taşımaktadır.

Habelu'l-habele, kelime anlamı olarak, “bir hayvanın karnındaki yavrusunun ileride dünyaya getireceği yavrusu” anlamına gelmektedir. Arapça’da, *habl* kelimesi normalde sadece insanlar için kullanılmaktadır, burada istisnaen hayvanlar için gelmiştir.²⁶² Arapların doğmamış hayvan yavrularıyla ilgili gelişmiş bir sözcük dağarcıkları olduğu görülmektedir: Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, hamileliğin ileri dönemlerindeki cenine *mecr* ismi verilmiştir. Bir dişi hayvanın, henüz doğmamış dişi yavrusunun ileride dünyaya getireceği yavruya *habelu'l-habele*, (حبل الحبله) onun da yavrusuna *ğamîs* (الغميس) denilmektedir.²⁶³

Hemen tüm hadis musannifleri, eserlerinde Hz. Peygamber’in (s.a.) *habelu'l-habele*’yi yasakladığını bildiren rivayete yer vermişlerdir.²⁶⁴

Habelu'l-habele satımı, detaydaki bazı ihtilaflar bir yana, genellikle iki farklı şekilde açıklanmıştır:²⁶⁵

a) Gebe devenin dünyaya gelecek dişi yavrusunun yavrusunun satımıdır. Bu anlamıyla *nitâcu'n-netâyic*, *nitâcu'n-nitâc* veya kısaca *nitâc* satımı şeklinde ifade edilen satıma muâdildir. Hayvanın karnındaki yavrunun cinsiyeti, sağ salim doğup doğmayacağı, ileride gebe kalıp kalmayacağı bilinmemektedir, çok yönlü garardır. Henüz dünyaya gelmemiş olması sebebiyle ma’dûm bir şeyin satımıdır. Başta Hanefiler olmak üzere, Hanbelîlerde ve Şâfiîlerde bir görüş ile bazı Mâlikîler bu açıklamayı benimsemiştir. Arap dilcilerin çoğunluğu da bu görüşü desteklemiştir. Diğer bir görüşe göre ise, gebe devenin karnındaki yavrunun

²⁶² Nevevî, *el-Mecmû’*, 9/341; İbnü'l-Esîr, *en-Nihâye*, “h-b-l”, 1/334.

²⁶³ İbnü'l-Esîr, *en-Nihâye*, “m-c-r”, 4/299.

²⁶⁴ Buhârî, “Buyû”, 61; Müslim, “Buyû”, 5; Ebû Dâvûd, “Buyû”, 24; Tirmizî, “Buyû”, 16; Nesâî, “Buyû”, 67, 68; Muvatta, “Buyû”, 62, 63 (4/946); Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 1/56, 66, 291, 2/5, 155. (أن رسول الله ص نحي عن بيع (حبل الحبله)

²⁶⁵ Nevevî, *el-Mecmû’*, 9/340-1; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/300. Konunun detayıyla ilgili ihtilaflar için bkz. Şevkânî, *Neylu'l-evtâr*, 10/33-35 (no:2171); Darîr, *el-Garar*, s. 300-302.

satımıdır ki, bu bir önceki başlıkta (‘Hayvanın Karnındaki Yavrunun Satışı’) incelediğimiz satımlarla eş anlamlıdır.²⁶⁶

b) Semeninin vadesinin belirsiz olmasıdır. Buna göre *habelu’l-habele*, bir malın, devenin yavrusunun yavrusu doğduğunda parası ödenmek üzere satılmasıdır. Bu anlam, ‘Ödeme Tarihinin Bilinmemesi’ konusunda daha ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

Daha önceki cahiliye satışları örneklerinde olduğu üzere, kanaatimizce burada da tek isim altında birden fazla uygulama söz konusu olabilir. Görüldüğü üzere her iki açıklamada da aşırı belirsiz bir vade söz konusudur. Ancak bu vadenin, ikinci nesil devenin *teslim vadesi* mi yoksa başka bir malın semeninin *ödeme vadesi* mi olduğu tartışmalıdır. Özellikle yavrunun teslim vadesi olması durumunda garar iyice artmaktadır, zira nitelikte cehâlet de söz konusu olmaktadır.

Habelu’l-habele (veya *habelu’l-hublâ*) satımının her iki açıklamadaki şeklinin de geçersiz olduğunda görüş birliği vardır. Hanefilerde ilk açıklamadaki satımın yaptırımını butlân, ikincisinininki ise fesâddir.²⁶⁷

b. Zirâî Ürünlerin Satımı

Zirai ürünlerin satımı, oluşum ve gelişimlerinin çeşitli aşamaları göz önüne alınarak, fıkıh literatüründe ayrıntılı olarak işlenmiştir. Meyvenin henüz ortaya çıkmadan satılmasının yanı sıra; çiçekten tomurcuğa, ham meyveye ve olgunlaşmaya kadar bütün gelişim aşamaları satım akdi açısından söz konusu edilmiştir. Aşağıda, gelecek yıllarda ortaya çıkacak olan zirai ürünlerin satımı, henüz afetten emin olunmadan dalda beklemesi şartıyla satımları ve bir kerede ortaya çıkmayıp kısım kısım yetişen zirai ürünlerin satımları, garar konusu açısından incelenecektir.

i) Gelecek Yıllardaki Ürünlerin Satımı

Hız. Peygamber’in (s.a.) *bey’u’s-sinîni* (*bey’u’l-mu’âvemeyi*) yasakladığı rivayet edilmiştir.²⁶⁸

²⁶⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/195; Molla Hüsrev, *Düreru’l-hukkâm*, 2/168; İbn Nüceym, *el-Bahru’r-râik*, 6/80.

²⁶⁷ Şeybânî, *el-Mebsût*, 5/66; Şeybânî, *Muvatta’u’l-İmâm Mâlik*, 3/222-3 (no: 776); Serahsî, *el-Mebsût*, 12/195; Molla Hüsrev, *Düreru’l-hukkâm*, 2/168; İbn Nüceym, *el-Bahru’r-râik*, 6/80; Mâverdî, *el-Hâvî’l-kebîr*, 5/336; Nevevî, *el-Mecmû’*, 9/340-1 (وعلى التقديرين البيع باطل بالإجماع لما ذكره المصنف); İbn Hubeyra, *İhtilafu’l-eimmeti’l-ulemâ*, 1/406; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/300.

Arapça'daki “âmm” (sene, yıl) kelimesinden gelen *bey'u'l-mu'âveme* ve “sene” kelimesinden türemiş olan *bey'u's-sinîn*, bir çiftçinin bir veya birkaç yıl içinde kaldıracağı ekinleri önceden satmasıdır.²⁶⁹

Sünnetteki bu yasaklardan hareketle, belli bir ağaç, bahçe veya tarladaki zirai mahsülün henüz ortaya çıkmadan satılmasının câiz olmadığına İslâm hukukçuları ittifak etmişlerdir. Yani tarlaların, bahçelerin veya ağaçların bir veya birkaç yıllık ürününün peşinen satılması ittifakla bâtıldır.²⁷⁰ Ayrıca bir alttaki başlıkta inceleyeceğimiz ‘olgunlaşmadan satma’ yasağı da bu yasağı teyid etmektedir, zira mahsülün olgunlaşmadan satımı yasak ise, mahsül hiç ortada yokken satılması evleviyetle yasak olmalıdır.

Söz konusu yasağın gerekçesi, yapılan işlemlerde garar bulunmasıdır. Bu akid, gelecekte ortaya çıkacak bir ürün üzerinde yapılmaktadır. Mebi, satım esnasında henüz ortada yoktur, yani ma'dûmdur. Miktar ve vasıftaki cehâletin yanı sıra, ağaçların çiçek açmaması veya tabii afetler sebebiyle hiç ürün vermemesi gibi durumlar söz konusu olabilir. Böyle bir satışta, ma'dûmun satışı, mebinin teslim edilememesi ihtimali sebebiyle aşırı garara yol açmaktadır. Dolayısıyla bu akid hem varlık, hem miktar, hem de nitelik açısından fahiş garar içermektedir. Böyle bir akdi mecbur kılan bir ihtiyaç veya örf de söz konusu değildir.²⁷¹

Bu satış, selem satışından farklıdır. Çünkü selem, önceden tavsif edilmiş bir *deyn* yani ‘nev'an muayyen bir cins borcu’ üzerinde gerçekleştirilmektedir. Bu deyni, borçlanan taraf (*müslemun ileyh*) belirlenen vadeye kadar piyasadan temin etmekle yükümlüdür. Burada gördüğümüz akid ise çiftçiyle müşteri arasında, belli bir tarladan çıkması beklenen, varlığı, niteliği ve miktarı belirsiz mebi üzerinde yapılan bir akiddir.

Öte yandan İbn Rüşd, Hz. Ömer ve Abdullah b. Zübeyr'in (ö. 73) bunu câiz gördüğünü nakletmektedir.²⁷² Ne var ki bu bilgiye başka kaynaklarda rastlanmamaktadır. Darîr, bu bilginin kaynağının, Useyd b. Hudayr (ö. 20) isimli sahâbînin 6000 dirhem borçla vefat

²⁶⁸ Müslim, “Buyû”, 85, 86, 101; İbn Mâce, “Ticârât”, 33; Ebû Dâvûd, “Buyû”, 23, 33; Tirmizî, “Buyû”, 72. (نَحَى النَّبِيُّ ص عَنْ بَيْعِ السَّنِينِ، مُسْلِمٌ. أَنَّ النَّبِيَّ ص نَحَى عَنِ الْمَعَاوِمَةِ، أَبُو دَاوُدَ.)

²⁶⁹ Suğdî, *en-Nütef*, 1/469; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 3/64.

²⁷⁰ Suğdî, *en-Nütef*, 1/469; Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/138; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/505; İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/149; İbn Muflih, *el-Mubdi*, 4/161; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ'l-Kübrâ*, 4/37; İbn Teymiyye, *el-Kavâidü'n-nûrâniyye*, s. 69; İbnü'l-Kayyim, *I'lâmu'l-muvakkûn*, 2/31; Mecelle, md. 205: “Ma'dûmun bey'i bâtıldır. Meselâ, bir ağacın hiç belirmemiş olan meyvesini satmak bâtıldır.”

²⁷¹ Suğdî, *en-Nütef*, 1/469; Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/138; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/505; İbn Teymiyye, *el-Kavâidü'n-nûrâniyye*, s. 69.

²⁷² İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/149.

etmesi üzerine, Hz. Ömer'in, üzerinde hurma ağaçları bulunan Useyd'e ait arazileri alacaklılara iki seneliğine tahsis etmesi olabileceğini söyler. Ancak bu hüküm, Hz. Ömer'in ortada olmayan meyvenin satışını câiz gördüğünü göstermez.²⁷³

ii) Zirai Mahsulün Olgunlaşmadan Önce Satımı

Hz. Peygamber'in (s.a.) afetten emin olacak derecede olgunlaşmamış meyvelerin satımını yasakladığına dair çok sayıda rivayet aktarılmıştır.²⁷⁴ Burada kastedilen şey, ağaçtayken satımdır. Zira satış işlemi bu şekilde erkenden yapılırken, ürün olgunlaşma zamanına kadar bitkide bırakılmaktadır. Bu satış Arapça'da *bey'u's-semera kable buduvvi salâhihâ* olarak ifade edilmektedir. Aynı durum, yeşil sebzelerin afetten emin (tüketilebilir) hale gelmeden satılması için geçerlidir. Muhâdara (المحاضرة) satışı olarak bilinen bu satış, Hz. Peygamber'den (s.a.) gelen rivayetlerde yasaklanmıştır.²⁷⁵

Hangi aşamadan itibaren satışın yapılacağı konusundaki ana kriter, zirai ürünün bozulmaktan, hastalıktan ve afetten emin olacak miktarda büyümesini tamamlamasıdır.²⁷⁶ Hadislerde bu konudaki ölçüyle ilgili çeşitli bilgilere rastlanmaktadır.

Hadislerde 'tatlanma',²⁷⁷ 'kızarma ve sararma'²⁷⁸ gibi farklı kriterlerin zikredilmesi, tabii afetlerden emin olmanın ve olgunlaşmanın ölçüsünün zirai mahsullerin cinsine göre değişeceğini göstermektedir. Yani ölçü her ürün için ayrı ayrı belirlenebilir. Meyvelerde genel olarak yemeye elverişli hale gelme;²⁷⁹ bunun emaresi olarak türüne göre kızarma, sararma veya siyahlaşma gibi asli rengine dönme; rengi değişmeyen meyvelerin yumuşamaya başlaması; hububatta tanelerin dolması, kuruma ve sertleşme²⁸⁰ bu ölçülerdendir.

²⁷³ İbn Teymiyye, *el-Kavâidü'n-nûrâniyye*, s. 200; İbnü'l-Kayyim, *Zâdü'l-me'âd*, 5/828; Darîr, *el-Garar*, s. 381, 2. dipnot.

²⁷⁴ '*kable buduvvi salâhuhâ*', '*kable en yesluh*' ve benzeri ifadelerle gelen rivayetler: Buhârî, "Buyû", 82-83, 85-87, "Selem", 7, "Müsâkât", 17; Müslim, "Buyû", 48-59, 81-82; Ebû Dâvûd, "Buyû", 22, "İcâre", 56; Tirmizî, "Buyû", 15; Nesâî, "Buyû", 28; İbn Mâce, "Ticârât", 32; Muvatta, "Buyû", 10, 12.

²⁷⁵ Buhârî, "Buyû", 93; Nesâî, "Müzâraa", 45. İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/299.

²⁷⁶ Buhârî, "Zekât", 58 (tezhebe âhetuh); "Selem", 4 (hattâ yesluha); Müslim "Buyû", 50 (ye'mene'l-âhe); Ebû Dâvûd, "Buyû", 25 (kable en tudrik); Muvatta, "Buyû", 12 (4/894, no: 2291): (tencuve mine'l-âhe).

²⁷⁷ Buhârî, "Buyû", 83; Müslim, "Buyû", 53, 86.

²⁷⁸ - '*hatta tezhuve/tüzhiye*': Buhârî, "Buyû", 85, 86, 93; Nesâî, "Buyû", 40; İbn Mâce, "Ticârât", 32.

- '*hatta tüşkîha/tüşekkîha*': Müslim, "Buyû", 84.

²⁷⁹ Müslim, "Buyû", 55, 82.

²⁸⁰ Müslim, "Buyû", 50.

Hanefiler bu konuda ölçü koyarken daha ziyade afetten emin olma illetini esas almaya meyilli iken, diğer mezhepler bunu gösteren emareleri esas almayı tercih etmişlerdir.²⁸¹ Mesela Şâfiîlerden Mâverdî olgunlaşma alametleri açısından zirai ürünleri sekiz gruba ayırmıştır.²⁸²

Bu yasağın gerekçesi, konuyla ilgili hadislerden anlaşıldığı üzere garardır. Hz. Peygamber (s.a.) döneminde bahçelerin meyveleri bir hatta birkaç yıl önceden satılmaktaydı. Âfet vb. sebeplerle mahsülün çıkmaması sebebiyle müşterilerin şikayetleri artınca, Hz. Peygamber (s.a.) afetten emin olup olgunlaşmadan zirai ürünlerin satışını yasaklamıştır.²⁸³ Nitekim Cabir b. Abdullah'tan (r.a.) gelen rivayette, Hz. Peygamber'in (s.a.) “(Bu şekilde) meyveyi satsan, sonra da bu meyveyi bir afet yok etse, kardeşinden hiçbir şey (para) alman câiz olmaz. Kardeşinin malını haksız yere, neyin karşılığında almış oluyorsun?” buyurduğu nakledilmiştir.²⁸⁴

Zirai ürünlerin satımıyla ilgili bu düzenleme, tarafların hukukunu gözetme, onları beklenmedik zararlardan koruma ve taraflar arasında sonradan ihtilaf çıkmasını engellemeye yöneliktir. Bu tür satımlar, çok sayıda garar unsurunu bir araya toplayan satımlardır. İmam Mâlik de bu satımın garar içeren satışlardan olduğunu ifade etmiştir.²⁸⁵ Özellikle de ürünün teslim tarihi olan olgunlaşma tarihine kadar, çeşitli nedenlerle telef olma riski taşımaktadır ve varlığını koruyacağı belirsizdir. Vasıf ve miktar açısından da cehâlet söz konusudur. Ayrıca ‘olgunlaşmaya kadar dalda kalması şartı’*nı fâsîd şart* olarak veya ‘bir satışta iki satış veya şart’ kapsamında değerlendirenler olmuştur. Çünkü ürünleri bir süre dalda veya tarlada bırakmak, ancak ağacı veya tarlayı *iâre* veya *icâre* olarak vermekle mümkün olabilir. Bu da ‘tek akidde iki akid’ sonucunu doğurur. Yine ürünün satıcının ağacından beslenmeye devam etmesi de zaman zaman gerekçe olarak gösterilmiştir.²⁸⁶

²⁸¹ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/287, 290; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 5/325; Bâcî, *el-Müntekâ*, 4/219; İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/151; Şâfiî, *el-Ümm*, 4/82, 8/605; Nevevî, *el-Mecmû'*, 11/439; İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetu'l-muhtâc*, 4/466; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/158-159.

²⁸² Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, 5/195-6.

²⁸³ Buhârî, “Buyû”, 85; Ebû Dâvûd, “Buyû”, 22.

²⁸⁴ Müslim, “Müsâkât”, 14; Ebû Dâvûd, “İcâre”, 58; Nesâî, “Buyû”, 30:

لو بعت من أخيك ثمرًا، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئًا، ثم تأخذ مال أخيك بغير حق؟

²⁸⁵ Muvatta, “Buyû”, 12 (4/894, no: 2292): قال مالك وبيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها من بيع الغرر:

²⁸⁶ Gazzâlî, *el-Vasît*, 3/183.

Zirai ürünlerin hasattan sonra satımı, ister ham ister olgun olsun, faydalanılabilir olduğu sürece, ittifakla câizdir.²⁸⁷ Tartışmalar ve kısıtlamalar, ürününün bitki üzerindeyken satımında ortaya çıkmaktadır. Bu da, mutlak olarak satılması, derhal toplanması şartıyla veya dalında bırakılması şartıyla satılması ihtimallerini taşımaktadır.

Bu bilgilerden sonra, daldaki zirai mahsülün satımının hükmü incelenecektir:

a) Henüz tomurcuklanan ve neredeyse hiç büyümemiş üründen, bu haliyle henüz faydalanılması mümkün değildir. Dolayısıyla satımı ancak '*dalında beklemesi şartıyla*' düşünülebilir. Ancak zirai ürünün olgunlaşmadan dalda beklemesi şartıyla (*şartu't-terk* veya *şartu't-tebkiye*) satılması, bizzat hadislerde yasaklanan bir satım olması sebebiyle büyük çoğunluk tarafından geçersiz görülmüştür. Yasağın illeti, telef olma ihtimali söz konusu olduğu için teslim edilememe riski taşınması ve fâsid şart içermesidir. Her iki unsur da, garara yol açmaktadır. Zirai ürünün telef olma ihtimali sebebiyle mebinin varlığı ve teslimi risk altındadır, bu sebeple garar içeren bir satıştır ve câiz değildir.²⁸⁸

b) Ham ürün, herhangi bir şekilde yararlanılabilecek durumda ise, ürünün o anda toplanması veya koparılması şartıyla (*şartu'l-kat'*) satılması büyük çoğunluğa göre câiz görülmüştür. Mesela erik, çağla ve taze soğanın yanı sıra, hayvan yiyeceği olarak kullanılan yonca ve yeşil arpanın bu şekilde satılması câizdir. Bu hükmün gerekçesi, yasağın Câbir hadisinde ifade edilen illetinin böyle bir satımda bulunmamasıdır çünkü ürünün varlığı ve teslimi kesindir, garar yoktur. Müşteri ürünün dalda veya tarlada durmasını şart koşmamalı, kısa sürede ürünü toplamalıdır.²⁸⁹ Zâhirîler ve diğer mezheplerdeki bazı fakihlere göre ise hadisteki yasak mutlak ve derhal koparılması şartıyla da satım câiz değildir.²⁹⁰ Hanbelîlerde her iki görüş de bulunmaktadır.²⁹¹

²⁸⁷ Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 4/12; İbn Nuceym, *el-Bahru'r-râik*, 5/325; Bâcî, *el-Müntekâ*, 4/219; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/148; İbn Duvayyân, *Menâru's-sebîl*, 1/338-339.

²⁸⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/194; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 4/12; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/287-8; Bâcî, *el-Müntekâ*, 4/218; Mevâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 6/452; Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, 5/145; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/148-149.

²⁸⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/195; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/287; Bâcî, *el-Müntekâ*, 4/218; İbn Rüşd el-Ced, *el-Beyân ve't-tahsîl*, 7/243; Mevâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 6/452; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 3/176; Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, 5/145; Gazzâlî, *el-Vasît*, 3/183; İbn Teymiyye, *Mecmû'u'l-Fetâvâ*, 20/296; İbnü'l-Kayyim, *I'lâmu'l-muvakkîn*, 2/28.

²⁹⁰ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 8/424; Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/173; İbn Rüşd el-Hafid, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/149.

²⁹¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 4/172.

Olgunlaşmamış ürünün ne zaman toplanacağı zikredilmeden, *mutlak olarak* satılması durumunda, akdin hükmü ihtilafa yol açmıştır. Hanefiler dışındaki mezheplerde örfteki uygulamaya bakılmış, mutlak satış örfte ‘dalında bırakılacağı’ anlamı ifade edeceği için geçersiz görülmüştür. Hanefiler ile bazı Mâlikîler, mebiden mevcut haliyle faydalanmak mümkünse, mutlak satımın ‘derhal teslim’i gerektireceği gerekçesiyle, bu satımı câiz görmüşlerdir. Özellikle Hanefilere göre, dalda bırakmayı şart koşmaksızın mutlak satım da, derhal toplamakla eş anlamlıdır ve câizdir.²⁹²

Hanefilerdeki çoğunluk görüşün aksine, İbnü’l-Hümâm (ö. 861/1456) akid anında faydalanılabilir olmayan ürünün de mutlak satımını câiz görmektedir. Ona göre, akid anında olmasa da gelecekte faydalanılabilir olması sebebiyle bu câizdir.²⁹³ Ancak bu görüş, Hanefilerin “mutlak satışın derhal teslim etmeyi gerektirdiği” anlayışına terstir.

Darîr’e göre, Hanefiler aslında ‘insanların örfünü göz önünde bulundurma’yı ilke olarak benimsemişlerdir ve böyle durumlarda da insanlar genelde ürünü dalda bırakmaktadırlar. Ancak burada Hanefilerin ‘insanların muamelelerini mümkün olduğunca sıhate yorumlama’ ilkesini, örfle ilgili ilkeye tercih ettikleri ve bu sebeple mutlak satımın, *dalda bırakma* değil *derhal teslim etme* anlamına geleceğini söyledikleri anlaşılmaktadır.²⁹⁴

Öte yandan, sahih kabul edilen bir yolla satılmakla beraber, satımdan sonra ürünün fiili olarak dalında bırakılmaya devam edilmesi durumunda, bunun satıma etkisi konusunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır: Mâlikîlere göre ve Hanbelîlerdeki en sahih görüşe göre akid infisâh eder. Hanefî ve Şâfîlere göre, satıcı müşterinin dalda bırakmasına izin verir veya göz yumarsa, akid halen geçerlidir ve infisâh etmez. Satıcı razı değilse, müşteri fazlalığı tasadduk etmesi gerekir.²⁹⁵ Hanbelîlerdeki diğer bir yaklaşıma göre, bununla kanuna karşı hile kastediliyorsa, akid geçersizdir.²⁹⁶

c) Hanefiler dışındaki üç mezhebe ve İmam Muhammed’e göre, büyüyeceği kadar büyümüş olan ürün (*tenâhâ* ‘*ızamuhâ* veya *salâhuhâ*), sarâhaten bekletilme şartıyla da istihsânen satılabilir. Zira bu şart örf haline gelmiştir. Ürünün dalda bekleyeceği süre azdır, bu

²⁹² Serahsî, *el-Mebsût*, 12/195; Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 5/173; İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 4/556; İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü’l-müctehid*, 2/149; Mevâk, *et-Tâc ve’l-iklîl*, 6/452; Bardakoğlu, “Bey”, *DİA*, 6/15.

²⁹³ İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, 6/287.

²⁹⁴ Darîr, *el-Garar*, s. 387.

²⁹⁵ İbn Cüzey, *el-Kavânînu’l-fikhiyye*, s. 411; Mâverdî, *el-Hâvî’l-kebîr*, 5/191; Sübkî, *el-Mecmû (Tekmiletü’s-Sübkî)*, 11/413; Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 5/173; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, 6/288; Darîr, *el-Garar*, s. 383.

²⁹⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/153-154.

sebeple de garar azdır. Ayrıca bu aşamadan sonra ürün, satıcının mülkünden bir şey almaz. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf ise büyüyeceği kadar büyümüş ürünlerin dalda beklemesi şartıyla satımını, fâsid şart içermesi ve bunun tek akidde iki akid kapsamına gireceği gerekçesiyle câiz görmemişlerdir.²⁹⁷

d) Aynı kuşaktaki ürünün bir kısmı olgunlaştıktan sonra, Hanefiler dışındaki cumhûra göre, artık ister derhal toplama, isterse dalda kalma şartıyla olsun, ürünün tamamının satılması câizdir. Cumhûra göre, olgunlaşmadan önce satımın yasak oluşu, dalda beklemesi şartıyla satılmasını ifade eder ve afete uğrama riski sebebiyle yasaklanmıştır. Halbuki olgunlaştıktan sonra böyle bir risk söz konusu değildir, dolayısıyla da bekleme şartıyla satış mutlak olarak câiz olmalıdır. Hanefiler ise, fâsid şart konusundaki ilkelerini burada da işletmişler, ürünün bir kısmı olgunlaşınca tamamının olgunlaşmaya kadar dalda beklemesi şartıyla satışı, ancak örf haline geldiyse câiz görmüşlerdir. Mutlak olarak satılması halinde ise, ancak müşterinin razı olması halinde dalda beklemesi câiz olacaktır.²⁹⁸ Kanaatimizce cumhûr ile Hanefilerin görüşü arasında netice olarak bir farklılık söz konusu değildir, çünkü bu uygulamanın bir toplumda örf haline gelmemiş olması pek düşünülemez.

iii) Kısım Kısım Olgunlaşan Mahsulün Satımı (*Efrâd-ı mütelâhika*)

Tek kuşakta ortaya çıkan ürünlerde, içlerinden bir kısmı olgunlaşınca, henüz olgunlaşmamış ürünlerin de satım akdine dâhil edileceği genel olarak kabul edilmiştir. Aynı şekilde, birbirinden ayrı batınlar halinde yetişen ürünlerin batınlarının ayrı ayrı satılması gerektiği de yine çoğunluğun görüşüdür.²⁹⁹

Birbirine geçişken ardışık kuşaklarda ortaya çıkan ve peşi sıra ürün veren (*efrâd-ı mütelâhika*), bir kısmı olgunlaşmış iken henüz bir kısmının hiç ortaya çıkmadığı meyve ve sebzelerin hep birlikte satımı konusunda ise ihtilaf oluşmuştur. Mesela kavun, karpuz, kabak, salatalık, acur, biber, domates ve patlıcan gibi ürünler, aynı kökten peşi sıra mahsül verirler. Bunların mahsülünün bir kısmı olgunlaştığında, kalan bir kısmı çiçek, bir kısmı da tomurcuk halindedir. Bir kısmı ise henüz hiç ortada değildir. Bunların topluca satışı konusunda fıkıh mezhepleri ihtilaf etmiştir.

²⁹⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/196; Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/173; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/287; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/556; Şâfiî, *el-Ümm*, 8/526-527; Nevevî, *el-Mecmû'*, 11/439; Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, 3/24; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2/161.

²⁹⁸ Şâfiî, *el-Ümm*, 4/85; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/155-7; İbn Teymiyye, *Mecmû'u'l-Fetâvâ*, 20/296.

²⁹⁹ Zeylâî, *Tebyînu'l-hakâik*, 4/12; Bardakoğlu, "Bey", *DİA*, 6/16.

a) Hanefîlerdeki *Zâhiru'r-rivâye* görüşü ve Şâfiîler, Hanbelîler ve Zâhirîlere göre, satım akdi yalnızca akid anında mevcut (yeterince büyümüş) ürünler için geçerlidir. Satım, henüz ortada olmayan ürün ve batınları kapsayamaz, çünkü garar söz konusudur: bunlar ma'dûmdur ve teslim gerçekleştirilememektedir. Özellikle İmam Şâfiî ve İbn Hazm, bunların koparıldıkça (*laktaten laktaten*) satılması gerektiğini söyler.³⁰⁰

Şâfiîlerde bir istisna olarak, müşteriye teslim edilesiye kadar öncesiyle sonrasının karışması mutad olan zirai ürünlerde, önceki batınla sonraki batının karışması câizdir ancak müşteriye 'sonradan ortaya çıkan ayıp' kapsamında muhayyerlik tanınır.

b) Mâlikîler, Câferîler, bazı Hanefîler ve İbn Teymiyye ile İbnü'l-Kayyim'a göre, peşi sıra ürün verdiği için batın ve ürün ayrımı zor olan bitkilerde, henüz ortaya çıkmayan ürünler, ortada olan ürüne tâbi kılınarak satılabilir. Onlara göre bu durum, bir ağaçta karışık halde bulunan olgunlaşmış meyvenin esas alınarak olgunlaşmayanların bunlara tabi kılınmasına benzemektedir. Mâlikîler, ihtiyaç ve teâmül sebebiyle bunu câiz görmüşlerdir. Çünkü bu satıma müsaade edilmemesi, zorluk ve sıkıntı ortaya çıkaracaktır. Özellikle fasılasız olarak yetişenlerin satımı, Mâlikîlerde ittifakla câiz görülmüştür. Gerekçe, gararın az oluşu ve bu kadar gararın ihtiyaç durumunda akde olumsuz bir etkisinin olmayacağı yaklaşımıdır. Aralarında fasıla olmamakla birlikte, batınlarının ayırt edilmesi mümkün olan ürünlerin satımını da bazı Mâlikîler câiz görmüştür.³⁰¹

Hanefîlerdeki cevaz görüşü, Ebu Bekir Muhammed b. Fadl (ö. 381/991) ve Şemsu'l-eimme el-Halvânî (ö. muhtemelen 448/1060) gibi bazı Hanefî fakihlerden nakledilmiştir. Ayrıca İmam Muhammed'den ardiardına yetişen güllerin bir akidle satışının cevazı nakledilmiştir. Bu fakihlere göre, bu satım, insanların örflerinde uygulanması sebebiyle, tıpkı selemin meşrû kılınması gibi, istihsanen câiz görülmüştür. Sonradan ortaya çıkacak ürünlerin akid anında ma'dûm olması ve miktarlarının bilinmemesi sebebiyle aslında garar söz konusudur. Ancak buna rağmen, insanların bu satıma ihtiyaç duyması ve pratikte uygulaması sebebiyle, bu tür bitkilerin ilk ürünleri ortaya çıktığında, tamamının salâhı ortaya çıkmış kabul edilir.³⁰² Zeylaî, bu satımı câiz görenlerin, mevcut ürünlerin, oluşacak ürünlerden fazla olmasını (mevcut ürünün, toplam ürünün yarısından fazla olmasını) şart koştuklarını ifade

³⁰⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/197; Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/139; Zeylaî, *Tebyînu'l-hakâik*, 4/12; Şâfiî, *el-Ümm*, 4/97-98, 100-101, 137; Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebîr*, 5/196; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/160; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 8/407; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2/162; Bardakoğlu, "Bey", *DİA*, 6/16.

³⁰¹ Muvatta, "Buyû", 13 (4/894, no: 2294); Bâcî, *el-Müntekâ*, 4/223; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/160; Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebîr*, 5/196.

³⁰² Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/7; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, 6/291; Zerkâ, *el-Medhal*, 1/134.

ederken, İbn Nüceym ise böyle bir kaydın bulunmadığını belirtmiştir.³⁰³ Hanefilerden bu şekildeki tebean satımı câiz görmeyen çoğunluk ise, bu konuda bir zaruret bulunmadığını, onun yerine tek yıllık bitkilerin köküyle birlikte satılması veya tarlanın olgunlaşma sezonunun sonuna kadar belli süreyle kiralanması veya satıcının sonradan çıkacak ürünleri baştan hibe etmesi veya helal etmesi yollarını önermişlerdir.³⁰⁴

Mecelle, 207. maddesinde Hanefilerde azınlık durumundaki bu görüşü şu şekilde kanunlaştırmıştır: “*Efrâdı mütelâhık olan yani, birden zuhur etmeyip de refte refte zuhur edegelen, meyve ve şükûfe [=çiçek] ve yaprak ve sebzenin, bir mikdarı belirmiş olduğu halde, onlara tebe’an, onlarla beraber henüz belirmemiş olanları dahi toptan satmak sahih olur.*”

Diğer taraftan, İbn Teymiye ve İbnü'l-Kayyim da cevaz görüşünü tercih etmişlerdir. Onlara göre, bu ürünlerin başka şekilde satılması şansı yoktur. Mebinin teslim zamanında mevcut olması normal şartlarda kesinse, akid geçerlidir. Akidlerde garar ve zarardan uzak olma ve teslim edilebilirlik esas alınmalıdır. Burada mevcut olmama yönünde ufak bir ihtimal söz konusuysa da, bu ihtimal önemsizdir. Neticede sonradan çıkacak ürünler, önceki ürünlere tâbi kılınarak satılabilir. İnsanların bunu örf haline getirmesi de bu konuda belirleyicidir.³⁰⁵

Netice olarak, Mecelle’de olduğu üzere, günümüzde de daha çok cevaz yönündeki görüşün tercih edildiği görülmektedir. Zira insanlar karpuz vb. bitkileri bu şekilde tek seferde satmaya alışmışlardır ve bu usûl, sıkıntıya ve malın boşa gitmesine engel olmaktadır. Üstelik bu tür bitkilerde sadece mevcut olanların veya bir batının satılmaya çalışılması, tam da gararın yasaklanma hikmetlerinden biri olan nizaya yol açacaktır.³⁰⁶ Kanaatimizce de bu görüş, bitkiyi satma veya tarlayı kiralama gibi hile görüntüsü oluşturacak yollara hiç müracaat etmeden, ihtiyaç ve bunun sonucunda oluşan örf sebebiyle tercih edilmelidir.

2. Gelecekte Mevcudiyeti Kesin Mebinin Satışı

Ma’dûm için getirilen önemli bir ayrım, *hakâkten* ve *örfen* mevcut olmama şeklindeki ayrımdır. Hakikaten ma’dûm, daha önce zikredilen *fîlen ma’dûm*la eş anlamlıdır. Örfen ma’dûm ise, yaratılış itibariyle başka şeyle iç içe olan şeylerdir.³⁰⁷

³⁰³ Zeylaî, *Tebyînu'l-hakâik*, 4/12; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 5/325.

³⁰⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/197; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/291; Darîr, *el-Garar*, s. 397. Diğer mezheplerde bitkinin ‘köküyle satılması’ teklifi için bkz. İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/160.

³⁰⁵ İbn Teymiyye, *el-Kavâidü'n-nûrâniyye*, s. 179-180; İbnü'l-Kayyim, *I'lâmu'l-muvakkîn*, 2/31; Darîr, *el-Garar*, s. 398.

³⁰⁶ Darîr, *el-Garar*, s. 398, 2. dipnot.

³⁰⁷ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/294; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/560, 5/63.

Mesela canlı bir hayvanın bir parçası, meyvelerin içindeki su, buğdaydaki un gibi, aslında mevcut olmasına rağmen örfte henüz yok kabul edilen şeyler bu kapsamdadır. Bunlara örnek olarak, zeytindeki yağ, susamdaki yağ, sütteki yağ ve canlı hayvandaki et zikredilmektedir. Ayrıca hurma ve karpuz içindeki çekirdekten bahsedilmektedir ki, kanaatimizce bu ayrı bir tür ma'dûm teşkil etmektedir.³⁰⁸

Bu şekilde, akid sırasında mevcut olmayan ancak gelecekte var olacağı kesin olan bir mal, fıkıh mezheplerinde genellikle ma'dûm olarak değerlendirilmiştir. Ayrıca ek garar unsuru olarak, niteliği de henüz bilinmemektedir. Genel kanaate göre, bu tür mallar mamûl olarak ortaya çıkarılmadan satım akdine konu olamazlar.³⁰⁹ Selem akdine konu olabilen misli mallar türünden iseler, selem akdi yapılabilir. Yine bu ürünler bir emek sonucu oluşacakları için, iş akdine (*icâre-i âdemî*) veya istisnâ' akdine konu olabilirler.

Çağdaş hukukçulardan Senhûrî, bu tür ma'dûmun satılamayacağına dair klasik görüşü eleştirmiştir. Senhûrî'ye göre, akdin sıhhati konusunda garar esas alınması gerekirken, fukahânın çoğunluğu mebinin akid esnasında mevcut olmamasını butlan sebebi saymışlar, akidden sonra meydana gelme durumunu göz önüne almamışlardır. O'na göre, verilen örneklerden bir kısmı hayali ve farazidir; kimse buğdayın içindeki unu satın almaya kalkışmaz, ya buğdayı alır öğütür, ya da hazır un alır. Canlı hayvanın et ve sakatatını satın alma ise uygulanmaktadır, insanların da bu satıma ihtiyaçları vardır. Hayvan ortada iken, henüz etin bulunmadığı gerekçesiyle böyle bir satımı câiz görmemek doğru değildir çünkü garar söz konusu değildir.³¹⁰

Senhûrî'nin haklı yönleri bulunmakla birlikte, kanaatimizce Senhûrî'nin bu mallarda ma'dûmiyet dışında göz ardı ettiği iki garar unsuru daha vardır. Bunlardan birisi, yukarıda da zikredilen 'niteliğin bilinmemesi'; ikincisi ise mesela et örneğinde et henüz ortada olmadığı için, mebinin teslim edilebilmesi için ek kasaplık hizmetlerine ihtiyaç duyuluyor olmasıdır.

Netice olarak, ma'dûmun satımı konusundaki genel prensip geçerlidir. Ancak örfte bulunması veya ticarî hayatta ihtiyaç duyulması halinde, kasaplık ücreti de ayrıca görüşülerek, böyle bir satımın câiz olacağı kanaatindeyiz.

Öte yandan Recep Özdirek, 'buğdayın içindeki unun satımı' vb. akidlerde mebinin ortada olmadığı şeklindeki görüşte, mantık ilmindeki cins-tür ayırımından kaynaklanan bir şartlanmanın da etkisi olduğu kanaatindeyiz. Özdirek'e göre, mantıktaki cins-tür ayırımında,

³⁰⁸ Şeybânî, *el-Mebsût*, 5/91-92; Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/139.

³⁰⁹ Şeybânî, *el-Mebsût*, 5/91-92; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2/163.

³¹⁰ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, 3/33.

bir cinsten işçilik yoluyla ortaya çıkan mamül ürün, o cinsin türü sayılmamaktadır. Mesela buğdayın çeşitleri sayılırken ekmeklik, tohumluk, bulgurluk vb. çeşitleri zikredilir, ancak un bu grupta yer almaz. Benzer şekilde et de hayvan cinsinin altında bir tür değildir. Etler ayrı bir cins kabul edilmiştir. Hayvan cinsinin altında koyun, keçi, sığır, deve vb. hayvanlar vardır. Koyun cinsinin altında ise, merinos, kıvırcık, sakız vb. türler yer almaktadır. Fıkıhçılar, muhtemelen bu mantıkî kabul gereğince, koyun mevcut olmasına rağmen onun etini ma'dûm kabul etmişler ve ancak hayvan kesildiğinde etin ortaya çıkacağını söylemişlerdir.³¹¹

Kanaatimizce bu açıklama doğru olmakla birlikte, konuyu sadece mantık ilminden kaynaklanan bir tasnif problemiyle açıklamak isabetli olmaz. Daha önce belirttiğimiz gibi, bu tür satımlarda ma'dûm olmaktan kaynaklanan, miktarda, nitelikte ve teslim edilebilirlikte garar türleri de söz konusudur.

3. Selem ve İstisnâ' Akidleri

Çalışmamızın bu noktasında, selem ve istisnâ' akidlerini daha ayrıntılı olarak incelemek istiyoruz. Selem akdi, insanların ihtiyaç duyduğu standart malların temin edilmesi için; istisnâ' akdiyse yine ihtiyaç duyulan ancak özel niteliğe sahip malların sipariş yoluyla üretilmesi için kullanılan akitlerdir.

Genel kanaate göre, selem ve istisnâ' birer satım akdi (bey') türüdür ve bu sebeple çalışmamızın kapsamındadır. Konunun ve tartışmaların merkezinde olmaları sebebiyle, selem ve istisnâ' akidleriyle ilgili tartışmalara burada yer vermek istiyoruz. Fakat her iki satım türüne de ancak konuyu ortaya koyacak kadar değinilecektir.

a. Selem

Selem veya selef, nitelikleri belirlenmiş bir malın, belirlenmiş ileri bir tarihte teslim edilmesi üzerine yapılmış bir akiddir.³¹² Bilindiği üzere, selem akdinde para peşin, mal vadelidir.

Selem akdinin meşrûiyeti nassa ve icmaya dayanmaktadır. İbn Abbas (ö. 68/687) Bakara suresinin 282. ayetinin seleme izin verdiğini ifade etmiştir.³¹³ Cahiliye döneminde

³¹¹ Özdirek, *İslam Hukukunda Akit Hürriyetini Sınırlayan Durumlar*, s. 175-6.

³¹² Mecelle, selemi "müecceli, muaccele satmak, yani peşin para ile veresiye mal almak" olarak tanımlamıştır. (Mecelle, md. 123). Diğer mezheplerdeki benzer tanımlar için bkz. Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 3/195; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 3/242; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/384; Şevkânî, *Neylu'l-evtâr*, 10/258 (no: 2286); Aybakan, Bilal, "Selem", *DİA*, 36/403.

³¹³ Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 2/208; Serahsî, *el-Mebsût*, 12/124.

Medine’de yaygın olarak uygulanmakta olan bu akde Hz. Peygamber (s.a.) belli şartlar getirerek cevaz vermiştir.³¹⁴ Selemin cevazına dair icma vardır. Ancak bazı rivayetlerde Said b. Müseyyib’ten (ö. 94/713) icmaya muhalif bir görüş de nakledilmiştir.³¹⁵

Fakihlerin çoğunluğu, selemde ve az sonra inceleyeceğimiz istisnâ’da ma’dûmun satışının ve gararın söz konusu olduğunu ifade etmişlerdir. Genel anlayışa göre bu iki akid, İslam fihhında ileride mevcut olacak şeylerin akde konu olabilmesi konusunda iki istisnai örnektir. Her iki akid de, mülkiyeti nakleden akidlerdir. Üstelik akde konu olan şey de *maldır*, kiradaki gibi *menfaat* değildir. Bu fakihlere göre, kıyasen her ikisi de câiz olmaması gerekirken, insanların ihtiyacı sebebiyle selem ve istisnâ’ birer *ruhsat* olarak câiz görülmüştür. Diğer bir ifadeyle, bu işlemlere duyulan ihtiyaç bunları hâciyyât haline getirmiş, neticede ilgili naslar ve icma yoluyla ‘kıyâsa aykırı olarak’ sürekli mübah kılınmışlardır.³¹⁶

Genel görüş bu yönde olmakla birlikte, bazı fakihler “*selemin aslında ma’dûm olma ve garar sebebiyle kıyasen geçersiz olduğu; hacet sebebiyle meşrû kılındığı*” görüşüne karşı çıkmış, selem ve istisnâ’ akidlerini müstakil bir akid olarak görmüşlerdir.

Bunlardan İbn Hazm, selemin satım akdi olmadığını, müstakil bir akid olduğunu iddia etmiştir.³¹⁷ İbn Teymiyye ve öğrencisi İbnü’l-Kayyim’a göre, ma’dûmun satımından anlaşılması gereken satıcının mülkünde bulunmayan veya teslimi mümkün olmayan maldır. Selem ve istisnâ’da böyle bir durum söz konusu olmadığı için bu iki akid kıyasa uygundur. Üstelik selemde koşulan şartlar sebebiyle, seleme konu edilen maldaki cehâlet ve garar asgariye indirilmektedir. İbnü’l-Kayyim, selemin *ayn-ı ma’dûmun* satımına kıyas edilmesini, “*şekil ve öz itibariyle en geçersiz kıyaslardan*” kabul etmektedir.³¹⁸

Çağdaş araştırmacılardan Ebu Zehra (ö. 1974) da bu görüşlere katılmaktadır. Ona göre, ‘ma’dûmun satılamayacağı’ ilkesine aykırı olarak meşrû kılınan icâre, selem, istisnâ’ vb. çok

³¹⁴ Buhârî, “Selem”, 1, 2, 7; Müslim, “Müsâkât”, 127-8; Ebû Dâvûd, “Buyû”, 55; Tirmizî “Buyû”, 68, Nesâî, “Buyû”, 63; İbn Mâce, “Ticârât”, 59.

³¹⁵ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/385; Şevkânî, *Neylu’l-evtâr*, 10/258 (no: 2286).

³¹⁶ Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 5/186; Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, 2/34; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, 7/114; Buceyrimî, *Buceyrimî ale’l-Hatîb*, 3/345; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/384; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2/163; Çalış, Halit, *İslam’da Kolaylaştırma İlkesi*, s. 82, 132-133. *Küllî hâciyyât*tan olması sebebiyle daha hüküm ilk konulurken sürekli nitelikte meşrû kılınan bu işlemlere ‘*ruhsat*’ denilmesi ancak mecâzen mümkündür.

³¹⁷ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 9/105.

³¹⁸ İbn Teymiyye, *Mecmû’u’l-Fetâvâ*, 20/288; İbnü’l-Kayyim, *I’lâmu’l-muvakkîîn*, 2/19:

وقياس السلم على بيع العين المعدومة التي لا يدري أيقدر على تحصيلها أم لا والبائع والمشتري منها على غرر من أفسد القياس صورة ومعنى (إعلام)

sayıda akid bulunması sebebiyle, bunları kıyasa aykırı kabul etmek veya istihsanen câiz olduklarını söylemek isabetli değildir. Çünkü bu kadar çok sayıda istisnadan bahsetmek yanlıştır. İstihsan da böyle bir metod değildir. Ebu Zehra'ya göre, çözüm olarak, 'ma'dûmun satılmayacağı' ilkesini, akid meclisinde kabzın gerekli olduğu sarf ve hibe gibi temlik akidleriyle sınırlandırmak daha doğru olacaktır.³¹⁹ Kanaatimizce, teberruâtın olan hibede 'mevcut olma' şartı aramak genel ilkeler açısından çok isabetli görünmemektedir. Bu konuda mutlaka bir sınırlama yapmak gerekirse, bunu sadece '*sıhhati için kabza gerek duyan akidler*' olarak, yani *sarf, ribevî malların trampası ve selemdeki bedelle* sınırlandırmak daha uygun olacaktır.

İslâm fıkında, bey' akdiyle selem akdi arasındaki temel fark, ilkinde mebi 'ferden muayyen' bir mal (parça borcu) iken; ikincisinde 'nev'an muayyen' bir mal (cins borcu) olmasıdır.³²⁰ Bu farkın özellikle mebinin teslim edilebilirliği açısından önemi büyüktür. Zira cins borcunda, tespit edilen nitelikteki herhangi bir malın teslimi yeterli iken, parça borcunda ise mutlaka söz konusu malın kendisi teslim edilmelidir. Bu da, 'teslim edilememe riski'nden kaynaklanan gararı, selem akdinde ciddi şekilde hafifletmektedir.

Diğer taraftan, İbn Kudâme'nin (ö. 620/1223) ifadesiyle, "*selem, hâcet sebebiyle zaten çok sayıda gararı sineye çekmiştir ve daha fazla garara tahammül edemez.*"³²¹ Bu sebeple, selemde akid konusunun mevcut olmamasından kaynaklanan gararı kontrol altında tutmak ve yeni gararlara kapı açmamak için belirli şartlar koşulmuştur. Bu çerçevede, Hanefîlerin daha sıkı, diğer mezheplerin daha esnek şartlar koştukları görülmektedir.

Buna göre, geçerli bir selem akdinin konumuzu ilgilendiren başlıca şartları şunlardır:³²²

1. Malın cinsi, türü ve sıfatı bilinmelidir.
2. Malın miktarı belli olmalıdır.
3. Malın benzerleri arasındaki farkı en aza indirecek derecede net şekilde tavsif ve tayini mümkün olmalıdır. Bu sebeple selem akdi prensip olarak mislî mallar üzerine yapılır. Buna göre, ölçülen (*mekîlât*) ve tartılan (*mevzûnât*) şeylerde selem ittifakla câizdir. Sayılan malların (*adediyyât*), taneleri birbirine yakın olanları (*adediyyât-ı mütekâribe*) üzerinde selem

³¹⁹ Ebu Zehra, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, s. 256.

³²⁰ Aybakan, Bilal, "Selem", *DİA*, 36/403.

³²¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/406: السلم احتمال فيه أنواع من الغرر للحاجة ، فلا يهتمل فيه غرر آخر

³²² Bu şartlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, 12/124 vd.; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 3/195 vd.; Şâfiî, *el-Ümm*, 4/186 vd.; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/385 vd.; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 9/105 vd.; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2/164-165; Aybakan, Bilal, "Selem", *DİA*, 36/403-4.

câizdir.³²³ Kıyemî malların seleme konu olmasında ise ihtilaf vardır. Hanefîlere göre, hayvan, karpuz ve nar gibi taneleri arasında büyük fark olanlar (*adediyyât-ı mütefâvite*) için selem câiz değildir. Mâlikîler ve Şâfiîlere göre, *adediyyât-ı mütefâvitenin* tavsifle belirlenmesi mümkünse, bunlarda da selem câiz olur. Diğer bir ifadeyle, bu iki mezhebe göre, tavsif edilip zimmet borcu haline getirilmesi mümkün olan her türlü mal, seleme konu olabilir.³²⁴

4. Malın tayin ve tespiti mümkün olmalıdır. Para, tayin ile muayyen hale gelmediği için, parada selem câiz görülmemiştir.

5. Şâfiîler dışındaki mezheplere göre, yapılan bir akdin selem sayılabilmesi için mal vadeli (*deyn*) olmalı ve zimmette sabit olmalıdır. Malın teslimi peşin olabiliyorsa ('*ayn*'), zaten seleme ihtiyaç kalmamaktadır ve selem câiz olmaktan çıkar. Şâfiîlere göre ise vadesiz (peşin) selem de câizdir.³²⁵

6. Malın teslim tarihi belirlenmelidir. Bu tarihin belirlenmesi, ma'dûmun satışıyla temel farkı ortaya çıkarır. İleri bir tarihin belirlenmesiyle, teslim gücü yetirememeden kaynaklanan garar asgariye inmektedir.

Selemin asgari teslim vadesi konusunda ihtilaf edilmiştir. İmam Muhammed'den vadenin asgari bir ay olabileceği görüşü nakledilmiş ve Hanefî mezhebinde bu süre benimsenmiştir. Ebu'l-Hasen el-Kerhi (ö. 340/952) ise, sürenin akdi yapanların takdirinde olduğunu ve dilenirse yarım günlük vadeyle bile selem yapılabileceği kanaatindedir. Hanbelîlere göre, süre bir aydır. Mâlikîlere göre, yarım ay yani 15 gündür. Müslim fihin teslim vadesi net olarak belirlenebileceği gibi, Mâlikîler, Şâfiîler ve Hanbelîlere göre, '*hasat zamanı*' gibi tarihi tam olarak muayyen olmayan vadeler de câizdir.

7. Hanefîler, yukarıdakilere ek olarak, seleme konu olan malın akid zamanından teslim zamanına kadar o bölgede devamlı bulunan bir mal olmasını gerekli görmüşlerdir. Hanefîlerin bu şartı koyma gerekçesi, satıcının zamanı geldiğinde malı temin ve teslim etmesini garanti altına almak ve böylece gararı azaltmaktır. Mâlikîler ve Şâfiîler ise bunu şart görmemiş ve vade dolduğunda malın piyasada mevcut olmasını yeterli görmüşlerdir.

8. Selemin bedeli belirlenecek ve akid meclisinde peşin olarak ödenecektir. Cumhûra göre bedelin akid meclisinde teslim alınması, ister mal ister para olsun, zorunludur. Çünkü

³²³ İbn Hazm, selemi yalnızca keylî ve veznî mallarla sınırlamıştır. (İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 9/105).

³²⁴ Şeybânî, *el-Mebsût*, 5/8; Cessâs, *Muhtasarü İhtilâfi'l-ulemâ*, 3/12 vd.; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibîn*, 3/259 vd.; Aybakan, Bilal, "Selem", *DİA*, 36/403.

³²⁵ İbn Rüşd el-Hafid, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/204; Karâfi, *ez-Zehîra*, 5/242; Şâfiî, *el-Ümm*, 4/187: (إذا أجاز)

(رسول الله ص بيع الطعام بصفة إلى أجل كان - والله تعالى أعلم - بيع الطعام بصفة حالا أجز)

ıvazlardan her ikisinin de borç (*deyn*) olması, yani ‘borcun borçla değişimi’ -yukarıda incelediğimiz üzere- câiz görülmemiştir. Öte yandan, Mâlikîler bedelin ödenmesinin üç gün içinde olmasını yeterli kabul etmişlerdir. Mâlikîlere göre, ancak üç günden fazla sürede ödenmesi halinde ‘borcun borçla değişimi’ durumu ortaya çıkmaktadır. Yine Mâlikîler, bedelin ‘ayn olması durumunda mecliste teslim edilmesini şart görmemişler ve *deyn* ile ‘aynın mübadelesinin borcun borçla değişimi kapsamına girmeyeceğini söylemişlerdir.³²⁶

Şartlar konusundaki ihtilaflar göz önüne alındığında, selem konusunda mezheplerin ittifak ettikleri tek şart, bedelin *deyn* (zimmette borç, ödenmesi gerekli para) olması halinde semenin peşin olarak ödenmesi gerektiğidir.³²⁷

b. İstisnâ‘

İstisnâ‘ akdi, nitelikleri önceden belirlenmiş bir ürünün ücret karşılığında imal edilmesi için bir kişiyle yapılan sipariş anlaşmasıdır. Hanefîlerin ıstılahında “(belirli şekilde) işlenmesi şartıyla zimmetteki mebi üzerine kurulan akid” olarak tanımlanmıştır.³²⁸ Mecelle’de de “bir şey yapmak üzere ehl-i san‘at ile akd-i mukâvele etmek” olarak ifade edilmiştir.³²⁹

Hanefîler başta olmak üzere bazı fakihler, istisnâ‘ akdinin sipariş (imal) akdi olması yönüyle selemden farklı olduğunu söylemişlerdir. Seleme konu olan şey, zimmete tealluk eden bir borçtur (*deyn*). İstisnâ‘da ise akdin konusu *deyn* değil, sipariş edilen bir gömlek, halı gibi muayyen bir maldır yani *ayndır*. Ayrıca selemdeki gibi semenin peşin olarak verilmesi, sürenin tayin edilmesi gerekmemektedir. Sipariş edilen şey de genellikle misli olmayan bir maldır. Öte yandan, hammadde sâni‘ye ait olduğu için, bu akiddeki sâni ecîr-i müşterekten farklıdır.³³⁰

Hanefîlere göre, istisnâ‘ akdi kıyasa aykırı olarak istihsanen câizdir. Hz. Peygamber’in (s.a.) kendisine bir demir yüzük, mescide de minber yaptırmak için istisnâ‘ akdi yaptığı rivayet edilmiştir.³³¹ Ayrıca bu akid Hz. Peygamber (s.a.) devrinden beri de itirazsız olarak

³²⁶ Sahnûn, *el-Müdevvene*, 3/80; Karâfî, *ez-Zehîra*, 5/230.

³²⁷ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2/165.

³²⁸ Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 5/2: هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل

³²⁹ Mecelle, md. 124.

³³⁰ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2/165; Aybakan, Bilal, “İstisnâ‘”, *DİA*, 23/394.

³³¹ Buhârî, “Salât”, 64, “Buyû”, 32, “Libâs”, 46; Müslim, “Libâs”, 56.

uygulanagelmıştır (*amelî icmâ*) ve insanlar bu akde ihtiyaç duymaktadırlar.³³² Hanefilerden Züfer ise, bu akdi kıyasa aykırı olduğu için câiz görmemiştir.³³³

İstisnâ‘ akdini müstakil bir akid türü olarak görmeyen diğer mezheplerde istisnâ‘ akdi daha çok selem akdinin bir türü kabul edilerek câiz görülmüştür. Bu sebeple de, selemde aradıkları birçok şartı burada da aramışlardır.

Öte yandan, ‘mevcut olmayan şeyin satışı’ mahiyetinde olduğu için istisnâ‘ da da garar oluşma ihtimali yüksektir. Gararı asgari miktarda tutmak için istisnâ‘ akdinde de bazı şartlar gerekli görülmüştür.³³⁴

a) Mebinin cinsi, türü, vasfı ve miktarı açıkça tayin edilmelidir.

b) Akdin konusu, sipariş yoluyla yaptırılması mutad olan şeylerden olmalıdır. Bunun dışındaki mallarda istisnâ‘ akdi geçerli değildir.³³⁵

c) Ebû Hanîfe’ye göre istisnâ‘ akdinde vade olmamalıdır. Mal için teslim vadesi belirlenmesi halinde, akid selem akdine dönüşür. İmâmeyn’e göre ise vade tayini câizdir ve istisnâ‘ akdini etkilemez.³³⁶

Yukarıda, selem ve istisnâ‘ akitlerini ve bunlarda aranan şartları özetle ele almaya çalıştık. Verilen bilgilerden, selem ve istisnâ‘ akidleri için koşulan şartların, iki amaç için konulduğu sonucuna ulaşılabilir: Bunlardan ilki, gerçekten bu akitlere ihtiyaç olduğunu teyid etmek; ikincisi de bu akitlerde zaten belli oranda mevcut olan gararın belli düzeyde tutulmasını temin etmek içindir. Kanaatimizce bu iki hususa riayet edilmesi durumunda, garar içerse bile, ihtiyaç duyulan yeni akit türlerinin oluşturulması da her zaman mümkündür.

Ma‘dûmun satımı hakkında buraya kadar ele alınan konulardan hareketle, ma‘dûmun satımının doğrudan olmasa da, oluşturduğu garar sebebiyle genellikle câiz olmadığı söylenilebilir. Oluşan garar sadece teslim edememekten kaynaklanan bir garar değildir. Ma‘dûmun satımında ayrıca çok sayıda cehâlet türü de oluşmaktadır. Zira mebi mevcut olmadığı için, tavsif edilmesi hariç, yeterince bilinmemektedir. Neticede ma‘dûm olan bir

³³² Serahsî, *el-Mebsût*, 12/197; Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 5/2-3; Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtu’l-burhânî*, 7/134; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, 7/114-5; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2/166.

³³³ Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtu’l-burhânî*, 7/134; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, 7/114-5.

³³⁴ Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 5/3; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2/165.

³³⁵ Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 5/3: أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, 7/115.

³³⁶ Şeybânî, *el-Mebsût*, 5/11-12; Serahsî, *el-Mebsût*, 12/139-140; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2/166.

şeyin satılması durumunda diğer garar sebeplerinin de çoğunun bir araya geldiği söylenilebilir.

Bütün bu sebeplerle, fukahanın ‘ma‘dûmun satışının câiz olmadığı’ şeklinde koydukları genel ilke son derece isabetlidir. Her ilkede olduğu gibi, burada da istisnai durumlar olabilir; kanaatimizce bunlardan hareketle genel ilkenin eleştirilmesi veya yanlışlanması uygun değildir. Ma‘dûmun satışını yasaklayanlar, oluşacak haksızlık ve nizayayı hesaba katarken; belli şartlarla câiz görenler ise sıkıntı ve zorluğu ortadan kaldırmaya amaçlamaktadırlar. Dolayısıyla, genel ilkeyi koruyarak, örfte insanların ihtiyaç duyduğu her bir ürün veya satım için ayrı tikel hükümlere varmak daha isabetli görünmektedir. İnsanların ihtiyaç duyduğu akidlerde, garar ortadan kaldırılır veya kabul edilebilir düzeye indirilebilirse, mebinin akid anında mevcut olup olmamasına bakılmaksızın, akid geçerli olacaktır.

İslam dini, insanların ihtiyacını ve örfünü büyük oranda göz önüne almıştır. Selem, istisnâ‘, icâre ve cuale gibi akidler, akid mahalli akid anında mevcut olmamasına rağmen toplumun ihtiyacı sebebiyle “kıyasa aykırı olarak” meşrû kılınmış akidlerdir. Ancak bunlardaki garar da belli şartlar koşularak kontrol altına alınmıştır. Özellikle akid mahallinin cins, sıfat ve miktar açısından tam olarak belirlenmesi şart koşulmuştur. Selemde teslim tarihinin belli olması da bu amaçla önem arz etmektedir.

III. Satış Bedelinde Garar

Satım sözleşmesinde “mahal” ifadesiyle kastedilen, öncelikle satım konusu mal (*mebi*) olmakla birlikte, aynı terimle satım bedeli de (*semen*) ifade edilmektedir.

Satım akdi esnasında semenin miktar, cins, tür (nev‘) ve niteliğinin bilinmesi gerekir.³³⁷ Ödeme vadeli ise, vadesinin de mâlum olması gerekir.³³⁸

Semende veya semenin vadesinde nizaya yol açacak derecede bulunan cehâlet, bütün mezheplerde akdi geçersiz kılar. Bunun yaptırımı Hanefîlerde fesâddır.³³⁹ Mesela hiçbir fiyat konuşulmadan yapılan satım akdi cumhûra göre bâtil iken, Hanefîlerde fâsid akdin hükümlerine tabidir. Öte yandan İbn Teymiyye ve İbnü’l-Kayyım, semenin bilinmemesinin akdin sıhhatine mâni olmayacağı görüşündedir. İbn Teymiyye’ye göre, semen hiç zikredilmese bile akid geçerlidir, semeni tespit için örfte bakılır ve *semen-i misl* ödenir. O’na

³³⁷ Hattâb Ruaynî, *Mevâhibu’l-Celîl*, 6/85; Mecelle, md. 237-238.

³³⁸ Mecelle, md. 246.

³³⁹ Semerkandî, *Tuhfetu’l-fukahâ*, 2/46, 58-59; Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 5/137; Hattâb Ruaynî, *Mevâhibu’l-Celîl*, 6/85; Nevevî, *el-Mecmû’*, 9/171-172; Behûtî, *er-Ravdu’l-murbi*, 4/362.

göre *semen-i misl* insanların genelde razı olacağı miktardır ve bu sayede karşılıklı rıza tesis edilmiş olur. İbn Teymiyye, mehir belirlemeden yapılan nikahın geçerli olmasını ve başka bazı örnekleri görüşüne delil olarak göstermiştir.³⁴⁰

Hanefiler semeni satım akdinin rüknü olarak değil, akdin hükmü/gereği olarak gördüklerinden, bu şartlarda mebidе olduğu kadar titizlik göstermemişler, bunları akdin in'ikâd şartları dışında kabul etmişlerdir. Bu sebeple, Hanefilere göre mesela hukuken değersiz malların (şarap, domuz eti vb.) mebi olması durumunda akid bâtil olurken; semen olması durumunda akid fâsid olmaktadır.³⁴¹ Şâfiî ve Mâlikîler ise, bedellerden her ikisini de eşit kabul etmişler, bu sebeple mebi ve semenle ilgili şartların hepsine aynı önemi vermişlerdir.³⁴²

Bu noktada mebi-semen ayrımının kriterinin ne olacağı gündeme gelmektedir. Belirttiğimiz gibi, Şâfiî ve Mâlikîler açısından böyle bir ayrım söz konusu değildir. Hanefiler ise, semenle mebiyi farklı telakki ettiklerinden, mebi-semen ayrımı için birtakım ölçüler koymak durumunda kalmışlardır. Zira satım akdi, temel itibariyle trampayı (mukâyada) da kapsadığı için, bedellerden her ikisi de (mebi ve semen) mal olabilmektedir. Buna göre, semen olma konusundaki hiyerarşi şu şekildedir: paralar ⇒ misli mallar ⇒ kıyemi mallar. Paralar aslen semen, kıyemi mallar ise aslen mebidir. Misli mallar ise, para ile mübadele edildiğinde mebi; kıyemi mallarla mübadele edildiğinde semen olurlar. Her iki bedel de semen olabilecek nitelikte ise, zimmette olan semen, ayn olan ise mebi kabul edilir.³⁴³

Hanefilerdeki mebi-semen ayrımının diğer bir yansıması, '*muayyen hale gelme*' konusudur. Hanefiler, mebinin tayin ile muayyen hale geleceğini ve bizzat o mebinin tesliminin gerekeceğini;³⁴⁴ semenin ise muayyen hale gelmeyeceğini, yerine aynı cins ve miktarda başka bir paranın verilebileceği görüşündedir.³⁴⁵ Bu sebeple de semende, mebideki kadar çeşitli garar türü oluşmamaktadır. Semende garar, büyük oranda cehâletten ibarettir.

³⁴⁰ İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ'l-Kübrâ*, 5/387; İbnü'l-Kayyim, *I'lâmu'l-muvakkîn*, 4/5; İbn Muflih, *el-Mubdi*, 4/34.

³⁴¹ "Mütekavvim olmayan malı satmak bâtildir. Mütekavvim olmayan mal ile, bir mal satın almak fâsiddir." (Mecelle, md. 211-212.)

³⁴² Bardakoğlu, "Bey", *DİA*, 6/16-7.

³⁴³ Bardakoğlu, "Bey", *DİA*, 6/16.

³⁴⁴ Mecelle, md. 204.

³⁴⁵ Mecelle, md. 243.

A. Bedelin Cins ve Niteliğinin Bilinmemesi

Bu konuyla ilgili hükümler, semenin satıcı tarafından görülüp görülmemesine göre değişmektedir. Akid meclisinde bulunan ve gösterilen semen mâlum sayılır.³⁴⁶ Cehâlet durumu, akid meclisinde gösterilmeyen paraların cins ve niteliğinin (altın, gümüş, türk lirası vs.) belirlenmediği durumlarda veya misli yahut kıyemî mallar semen olduğunda bunların niteliği bilinmiyorsa ortaya çıkar. Ancak örf bunları belirliyorsa, akid sahihtir. Mesela “Sana bu malı 100’e satıyorum” denilerek bir satım yapılsa, o beldede en yaygın para birimi hangisiyse, o esas kabul edilir. Ancak birden fazla aynı yaygınlıkta kullanılan para birimi söz konusuysa, bu durumda cehâlet ortaya çıkar. Taraflar akid meclisinde karşılıklı rıza ile bunu açıklığa kavuşturmaları gerekmektedir.³⁴⁷

Semenin cins ve niteliğinin bilinmesi genel kanaate göre akdin sıhhat şartıdır. Bu konudaki cehâlet, taraflar arasında nizaya sebep olur çünkü müşteri daha düşük nitelikli semenle ödeme yapmak isterken, satıcı da üstün nitelikli semeni talep eder.³⁴⁸ Öte yandan bazı Hanefî fakihler semenin niteliğinin bilinmemesi konusunda farklı kanaat sergilemişlerdir. Kâsânî (ö. 587/1191) semenin vasfını bilmenin sıhhat değil luzûm şartı olduğunu, mezhebin önde gelen fukahâsından nakletmiştir.³⁴⁹ Yine Hanefîlerden Şürünlâlî ve Haskefî’nin ‘*mebinin niteliğinin bilinmemesinin akdi ifsad etmeyeceği*’ yönündeki kanaatleri³⁵⁰ göz önüne alınırsa, bu iki fakihe göre, semenin niteliğinin de aynı şekilde bilinmesi gerekmediği ve burada da görme muhayyerliğinin devreye gireceği söylenebilir.

Semenin cins ve niteliğinde cehâlet içeren çeşitli durumlar şunlardır:

a) Semen olan paranın cinsinin bilinmemesi: Mesela “bin dinar ve dirheme” satmak akdi ifsad eder.³⁵¹

b) Bir malın iki farklı semen seçeneği ile satımı.³⁵² Mesela bir malın “bir yığın buğday veya iki yığın arpaya” satılması fâsiddir. Bu aynı zamanda, daha önce incelediğimiz “*beyatan*

³⁴⁶ İbn Nüceym, *el-Bahru’r-râik*, 5/297: (المشار إليه ببيع كان أو ثمننا لا يحتاج إلى معرفة قدره ووصفه).

³⁴⁷ İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, 6/260; İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 4/529; İbn Rüşd el-Ced, *el-Beyân ve’t-tahsîl*, 7/319-320; İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü’l-müctehid*, 2/148; Hattâb Ruaynî, *Mevâhibu’l-Celîl*, 6/87; Nevevî, *el-Mecmû’*, 9/328-330; Behûtî, *er-Ravdu’l-murbi’*, 4/361.

³⁴⁸ İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, 6/260; İbn Nüceym, *el-Bahru’r-râik*, 5/297; İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 4/529; Hattâb Ruaynî, *Mevâhibu’l-Celîl*, 6/85.

³⁴⁹ Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 5/163.

³⁵⁰ İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 4/529-30.

³⁵¹ Nevevî, *el-Mecmû’*, 9/338; İbn Muflih, *el-Mubdi*, 4/34.

³⁵² Semerkandî, *Tuhfetu’l-fukahâ*, 2/46.

fi bey'a” başlığı altındaki “*Ödeme Planının ve Ödenecek Miktarın Tayin Edilmemesi*” konusunu ilgilendirmektedir.

c) Kıyemi mallarda semenin tayininde cehâlet: Mesela bir atı, “şu sürüden on koyuna” diye satsa, semende cehâlet sebebiyle câiz olmaz.³⁵³ Çünkü müşteri en iyilerini almak isterken, satıcı ise nisbeten daha düşük değerlilerini vermek ister.

Buraya kadar verilen bilgilerden, semenin cins ve niteliğindeki cehâlette en önemli hususun, *tarafklar arasında nizaya yol açmama* ilkesi olduğu görülmektedir. Örf tarafından tamamlanabilen ve neticede nizaya yol açmayan cehâletlere oldukça müsamaha ile bakılmıştır.

B. Bedelin Miktarının Bilinmemesi

Mebinin miktarında olduğu gibi, semenin miktarı konusunda da hassas olunduğu görülmektedir. Burada yine cehâletin yanı sıra ribaya düşme endişesi önem taşımaktadır. Özellikle akid meclisinde bulunmayan semenin miktarı konusuna itina gösterilmiştir.

Semenin akid meclisinde bulunması (*‘müşârun ileyh’* olması) halinde, bu konudaki hüküm esnektir. İster mebi olsun ister semen olsun, akid meclisinde görülen veya işaret edilen şeylerin miktarının tam olarak bilinmesi gerekmez. Mesela “Şu malları, şu elimdeki altın paralara karşılık satıyorum” şeklindeki bir akid sahih kabul edilmiştir.³⁵⁴ Ancak semen yeterince görülüyorsa, mesela bir kutu veya kalın kese içindeyse, satıcı semeni gördüğünde muhayyer olur (*hıyâru 'l-kemiyye*).

Öte yandan, çoğunluk fukahaya göre akid meclisinde bulunmayan (*ğâib*) semenin miktarının tam olarak bilinmesi, akdin sıhhati için gereklidir. Gaib bir semenin miktarının bilinmemesi akdi geçersiz hale getirmektedir. Hanefîlere göre böyle bir akdin hükmü fesâddır. Hanefîler, fesâdın sebebinin semenin tesliminde ortaya çıkması muhtemel niza olduğunu söylerken, Şâfiî ve Mâlikîler ise garar olmasını gerekçe gösterirler.³⁵⁵

Semenin miktarının bilinmemesiyle ilgili bazı durumlar şunlardır:

³⁵³ Semerkandî, *Tuhfetu 'l-fukahâ*, 2/45; Darîr, *el-Garar*, s. 181.

³⁵⁴ İbnü'l-Hümâm, *Fethu 'l-Kadîr*, 6/259; İbn Nüceym, *el-Bahru 'r-râik*, 5/297; İbn Âbidîn, *Reddü 'l-muhtâr*, 4/530.

³⁵⁵ İbnü'l-Hümâm, *Fethu 'l-Kadîr*, 6/260; İbn Âbidîn, *Reddü 'l-muhtâr*, 4/529; Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/333; Dönmez, “Garar”, *DİA*, 13/368.

a) Semeninin bilinmeyen bir ağırlık veya tartıyla tespit edilmesi: Mesela, bir taşın ağırlığınca altın karşılığında satım gibi. Söz konusu taşın ağırlığının bilinmemesi sebebiyle semen de mechûldür. Akid meclisinde taş tartılacak olursa, müşteri muhayyer olur.³⁵⁶

b) Mâlum semene mechul bir miktar eklenmesi: Bu konuda ilginç bir örnek, İmam Muhammed'in *el-Mebsût*'unda yer almaktadır. Bir kişi 1000 dirheme satmamaya yemin etse, sonra da '1000 dirhem ve yemin keffaretine (*ve nihlete yeminih*)' diye satsa, yemin keffâreti birden fazla seçenek içerdiği için, semen mechûldür ve bu satış câiz değildir.³⁵⁷

c) Birine ömür boyu bakma karşılığında yapılacak bir satım: Bu da câiz değildir çünkü muhatabın kalan ömrü bilinmemektedir.

Öte yandan, fiyatı akid meclisinde belirlemek yerine, semeninin tespitinin karşı tarafa, üçüncü kişilere veya piyasaya bırakılması da bu bağlamda tartışma konusu olmuştur. Mebinin fiyatını tespit ederek akid anında karşılıklı olarak onaylamak yerine, fiyatı sonradan öğrenecek şekilde başka şekillerde belirlemek ilke olarak fâsiddir. Mesela fiyatı satıcının veya müşterinin takdirine bırakmak, bir hakemin belirleyeceği fiyata satmak, malı 'kıymetine satmak' (*bi kıymetihi*) şayet akid anında bunlar bilinmiyor ise fâsiddir.³⁵⁸ Zira bu durumlarda akid anında semen belli değildir, satımda garar vardır. Malın kıymeti, bunu belirleyecek kişiye göre değişiklik arz eder. Genel yaklaşım bu yönde olmakla beraber, pratik uygulama ve ihtiyaçların etkisiyle bu konuda bazı istisnai hükümler verilmiştir. Bu istisnaları ifade etmek üzere kullanılan iki fihhi terim, *istirsâl* ve *isticrâr* kelimeleridir:

a) *Bey'u'l-istirsâl*, bir malı "piyasa fiyatına" veya "piyasada başkalarının aldığı fiyata" satın almaktır. *İstislâm*, *isti'mân* ve *istinâme* gibi isimlerle de anılmıştır. Böyle bir anlaşma, taraflardan birisinin mebinin piyasa değerini bilmemesi ve karşı tarafa güvenmesi sebebiyle yapılmaktadır. Bu sebeple de güven esasına dayalı akidlerdendir. Konu, literatürde daha ziyade gabinle bağlantılı olarak işlenmiştir. Biz burada sadece cevazı konusuna yer vermek istiyoruz.

İstirsal usûlüyle yapılan satım akdi, özellikle Hanbelîler tarafından, gabin olmaması şartıyla, örf ve ihtiyaç sebebiyle câiz görülmüştür. Hanbelîler bunu 'piyasada istikrar bulan fiyata satış' (*el-bey' bimâ yenkatı' aleyhi's-si'r* veya *bey'-şirâ bi'l-'ivadi'l-ma'rûf*) olarak

³⁵⁶ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/159; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/260;

³⁵⁷ Şeybânî, *el-Mebsût*, 5/87; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/7.

³⁵⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/7; Semerkandî, *Tuhfetu'l-fukahâ*, 2/45; Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/171; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/260; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, 6/88, 224; Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/333 (Şâfîilerdeki *esahh* görüş budur.); İbn Muflih, *el-Mubdi*, 4/33; Behûtî, *er-Ravdu'l-murbi'*, 4/362.

ifade etmişlerdir. Hanefilere göre, et ve ekmek gibi piyasada fiyatı oturmuş ürünlerde câizdir. Diğer mezhepler de belli kayıtlarla buna olumlu bakmışlardır. Bazı fakihler ise, bu satımda semenin mechûl olması sebebiyle bunu kabul etmemişlerdir.³⁵⁹

b) Müteahhirûn dönem Hanefî fakihleri, *bey'û'l-isticrâr* olarak ifade edilen veresiye satışı, duyulan ihtiyaç sebebiyle kabul etmişlerdir. Bu satışta, ürünler önce fiyat belirlenmeksizin satılmakta, daha sonra belirli aralıklarla borç hesaplanmakta ve ödenmektedir.³⁶⁰ Cumhûra göre ise bu satım, akid anında semen mechûl olduğu için câiz değildir.

AAOIFI belirlediği ölçütte, semen konusundaki cehâlete daha müsamahakar yaklaşmıştır. Buna göre, piyasa fiyatına satış, isticrâr satışı ve miktarı bilinmeyen bir yığının 'kilosu şu kadardan' satımı câizdir. Bu yaklaşıma paralel olarak, isticrar satışına benzer şekilde malların fiyatlarının ödeme tarihinde bir indekse (*müeşşir*) göre belirlenmesi, gidilen yerin ücretinin taksicinin sayacıyla belirlenmesi, kiraların belli indekslere bağlanarak belirlenmesi gibi modern uygulamalar da 'muğtefer garar' kapsamında câiz görülmüştür.³⁶¹

C. Ödeme Tarihinin Bilinmemesi

Vadede cehâlet, mebi veya semende söz konusu olabilir. Mebinin vadesindeki cehâlet daha ziyade selem akdinde olur. Bu başlık altında ele alacağımız 'semende cehâlet' (*cehâletü'l-ecel fi's-semen*) ise, semenin ifa tarihinin belirsiz bırakılması durumunda ortaya çıkar. Vadeli satışlarda semenin ödeneceği zaman dilimi mâlum olmalıdır. Semen ifa vaktinin belirsiz olması, akdi ifsad eder.³⁶²

Bu konudaki en aşırı örnek, daha önce ma'dûm konusunda da değindiğimiz *habelu'l-habele* satımıdır. Hatırlanacağı üzere bu akid, dişi devenin karnındaki yavrusunun ileride doğacak yavrusunun satımı olabileceği gibi; bir alışverişteki semenin ödeme vadesinin söz konusu yavrunun yavrusunun doğacağı vakit olarak belirlenmesi şeklinde de olabilir.³⁶³ Bu ikinci açıklamaya göre *habelu'l-habele*, bir malın semeninin, belirli bir devenin yavrusunun

³⁵⁹ Karâfî, *ez-Zehîra*, 5/160; Hattâb Ruaynî, *Mevâhibu'l-Celîl*, 6/28; İbn Hacer, *Fethu'l-Bârî*, 4/357.

³⁶⁰ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 5/279; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/516-517.

³⁶¹ "Dâbitu'l-ğarari'l-mufsid li'l-muâmelâti'l-mâliyye", *el-Me'âyîru's-şer'iyye (2010/1431)*, s. 422.

³⁶² Serahsî, *el-Mebsût*, 13/26-7; Semerkandî, *Tuhfetu'l-fukahâ*, 2/45; Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/178; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/2; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/454-455. Serahsî bu durum için 'bâtil' ifadesini kullanmışsa da, sonrasında vadenin peşine döndürülmesi durumunda akdin sahih hale dönüşeceğini ifade ettiği için, aslında 'fesâd'ı kastettiği anlaşılmaktadır.

³⁶³ Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/340-1; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/300.

yavrusu doğduğunda ödenmek üzere satılmasıdır. Yani müşterinin satıcıya “*Bu malı, şu dişi devenin yavrusu bir deve dünyaya getirdiğinde ödemek üzere, vadeli olarak alıyorum.*” demesidir. Konuyla ilgili hadisin ravisi İbn Ömer’in görüşü de bu yöndedir.³⁶⁴ Bu görüş Mâlikîlerin ve Şâfîîlerin de görüşüdür.³⁶⁵ Görüldüğü üzere, bu satımda semenin vadesi aşırı derecede meçhuldür ve akid fâsiddir.³⁶⁶

Öte yandan vadede cehâlet, hiç belirlenmeme şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, vuku tarihi belirsiz olaylara bağlanması şeklinde de olabilir. Bu da iki gruptur:

a) Aşırı bilinmezlik (*cehâle mutefâhişe*): Ödemenin hem gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen hem de zamanı bilinmeyen şeylere bağlanmasıdır. Mesela rüzgarın esmesine, yağmurun yağmasına veya bir kişinin gelmesine bağlanması gibi...

b) Hafif bilinmezlik (*cehâle yesîra*): Ödemenin, gerçekleşmesi kesin ancak ne zaman gerçekleşeceği tam olarak bilinmeyen bir olaya bağlanmasıdır. Mesela hacıların dönüşü, hasat mevsimi, bağ bozumu (*kitâf*), koyunların yünlerinin kırıldığı dönem (*cüzâz*), maaşların (*atâ*) ödendiği zaman, Hristiyan ve Yahudilerin oruç tuttıkları veya bayram yaptıkları tarihler, *nevruz* (bahar başlangıcı) ve *mihrican* (sonbahar başlangıcı) bayramları gibi...³⁶⁷

Hanefîlere ve Şâfîîlere göre, her iki gruptaki vadeler, niza oluşturma ihtimali sebebiyle akdi ifsad etmektedir. Zâhirîler de bu görüştedir. İlk gruptaki vadelerin hem vukuu, hem de vuku tarihi kesin değildir; ikinci gruptakiler ise vuku bulmaları kesinse de erken veya geç meydana gelebilecekleri için (*tetekaddem ve tete’ahhar*) nizaya yol açabilirler. Zikredilen vadeler taraflarca biliniyorsa akid sahihtir. Bilinmese bile, Hanefîlere göre, tarafların bu vadeler dolmadan bir araya gelip vadeyi belirli hale getirmeleri durumunda fesâd ortadan kalkar, akid sahih hale gelir.³⁶⁸ Ebû Hanîfe’nin çağdaşı olan Kûfeli İbn Ebî Leylâ’ya (ö. 148/765) göre ise mal peşin olmak şartıyla, ödeme vadesi ikinci gruptaki gibi olan, yani net

³⁶⁴ Müslim, “Buyû”, 5:

عن ابن عمر قال: كان أهل الجاهلية يتبايعون لحم الجزور الى جبل الحيلة وجبل الحيلة أن تنتج الناقة ثم تحمل التي نتجت فنهاهم رسول الله ص عن ذلك.

³⁶⁵ İbnü’l-Esîr, *en-Nihâye*, “h-b-l”, 1/334.

³⁶⁶ Vade temelli diğer iki görüş ise, ödemenin “gebe devenin karnındaki yavru doğduğunda” veya “gebe devenin karnındaki yavru doğup büyüüp hamile kaldığında” yapılmasıdır. Ayrıntı için bkz. Darîr, *el-Garar*, s. 300-302.

³⁶⁷ Ebû Yûsuf, *İhtilâfu Ebî Hanîfe ve İbn Ebî Leylâ*, s. 20; Serahsî, *el-Mebsût*, 13/26-8; Semerkandî, *Tuhfetu’l-fukahâ*, 2/46; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, 6/452-455; İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 5/81-82.

³⁶⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/26-8; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, 6/452-455; İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 5/81-82; Mâverdî, *el-Hâvi’l-kebir*, 6/456; Nevevî, *Ravdatü’t-tâlibîn*, 3/248-249; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 8/445.

olmasa da az çok bilinen satışlar câizdir.³⁶⁹ Mâlikîlere göre ise, ilk gruptaki vadeler garar sebebiyle câiz değilken, ikinci gruptaki vadelerin vakti örfen az çok bilindiğinden, bu satışlar câizdir.³⁷⁰ Hanbelîlerin ‘selemin vadesi’ konusunda zikrettikleri görüşlerden, Mâlikîlerle aynı kanaatte oldukları ve söz konusu tarihlerin müslümanlarca veya taraflarca bilinmesini esas aldıkları anlaşılmaktadır.³⁷¹

Fıkıh kitaplarında yapılan açıklamalardan, özellikle ikinci gruptaki örneklerin mutlak olarak bağlayıcı olmadıkları anlaşılmaktadır. Burada asıl olan, müslümanların ve özellikle de tarafların söz konusu tarihi yeterince bilmeleri ve vade konusunda nizaya yol açacak bir cehâletin bulunmamasıdır. Buna göre, mesela maaşlar zamanında ödeniyorsa, maaş tarihinin vade olarak belirlenmesi; gayri müslimlerin bayramlarının ne zaman olacağı taraflarca biliniyorsa, bunların vadede esas alınması mümkündür. Taraflar açısından cehâlet ortadan kalktığına, akid de sahih hale gelir.

Burada özellikle Hanefîlerde dikkatimizi çeken diğer bir husus, zikredilmeyen bazı vadelerin örf veya kanun yardımıyla tespit edilmesi yani günümüz hukuk terminolojisiyle ifade edersek, ‘sözleşmenin tamamlanması’ durumudur. Mesela ‘filan aya kadar’ şeklindeki bir vadenin, -muhtemelen örf gereği- ayın ortasına hamledileceği söylenmiştir (*yuhmelu ‘alâ vasatih*).³⁷² Benzer şekilde, Mecelle’deki düzenlemeye göre, veresiye satış yapıp da vadenin hiç konuşulmaması durumunda prensip olarak bir ay süre esas alınır.³⁷³ Yine Mecelle’ye göre, veresiyeden hiç söz edilmemesi halinde, ilke olarak ödemenin peşin yapılacağı kabul edilir. Ancak örfte bu tür satışlarda belirli bir vade söz konusu ise, bu örf geçerlidir.³⁷⁴ Dolayısıyla, vade konusundaki belirsizliklerin, mevcut örf sayesinde veya yapılacak kanuni düzenlemelerle netleştirilmesi mümkündür. Kanaatimizce de Hanefîlerdeki bu yaklaşım hukuki emniyet ve akidlerin devamı açısından daha uygundur.

³⁶⁹ Ebû Yûsuf, *İhtilâfu Ebî Hanîfe ve İbn Ebî Leylâ*, s. 20.

³⁷⁰ Sahnûn, *el-Müdevvene*, 3/196; İbn Cüzey, *el-Kavânînü’l-fikhiyye*, s. 406; Hattâb Ruaynî, *Mevâhibu’l-Celîl*, 6/500; Darîr, *el-Garar*, s. 307.

³⁷¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/405-406; İbn Muflih, *el-Mubdi*, 4/183-184; Darîr, *el-Garar*, s. 310-311.

³⁷² İbn Cüzey, *el-Kavânînü’l-fikhiyye*, s. 406.

³⁷³ Mecelle, md. 249: “Veresiye pazarlık olunup da, müddet ta’yin olunmazsa, bir aya masrûf olur.” Öte yandan Darîr’e göre, açık bir karîne bulunmadığı sürece böyle bir akid sahih olmamalıdır. Mesela ay sonunda maaş alan memur, ay başında bir şeyi vadeli aldığına, bu ay sonuna te’vil edilebilir. (Darîr, *el-Garar*, s. 305).

³⁷⁴ Mecelle, md. 251.

IV. Bazı Arap Medeni Kanunlarında Bedellerde Garar

Bu başlık altında, bedellerde garar ve akid mahallinin varlığı konularında Arap Medeni Kanunlarındaki düzenlemeler incelenecektir.³⁷⁵

A. Akid Mahallinde Cehâlet

Mısır ve diğer bazı Medeni Kanunlar, akdin mahallinin bizzat muayyen değilse, en azından nev ve miktar itibarıyla muayyen olması gerektiğini, aksi halde akdin bâtil olacağını ifade etmektedir. Miktarın zımnen anlaşıldığı akidlerde türünün tayini yeterli görülmüştür.³⁷⁶

Aynı kanunların, satım akdinin detaylarını düzenleyen maddelerinde ise, müşterinin mebi hakkında “yeterli bilgiye” (*‘ilmene kâfiyen*) sahip olması gerektiği belirtilmiştir. Yeterli bilgiye sahip olmak, “*akidde mebiyi ve temel özelliklerini bilmeyi sağlayacak ifadelere yer verilmesi*” şeklinde açıklanmıştır.³⁷⁷

Öte yandan, diğer bazı Arab Medeni Kanunlarında mebinin muayyen ve mâlum olması konusu daha ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bu kanunlarda, akid mahallinin tayini nasıl yapılırsa yapılsın, bu tayinin *cehâlet-i fâhişeyi* ortadan kaldıracak şekilde ve miktarda olması gerektiğini ifade edilmektedir.³⁷⁸ Bu kanunlarda, akid mahallinin (ma‘kud aleyhin) cehâlet-i fahişe ile ma‘lul olduğu akidlerin bâtil olacağı bildirilmiştir. Irak ve Yemen kanunlarında, mebinin miktar ve evsâfi gibi mümeyyiz vasıfları zikredilmeden sadece cinsinin belirtilmesinin yeterli olmadığı ayrıca vurgulanmıştır.

Ürdün MK 161. ve Birleşik Arap Emirlikleri MK 203. maddelerinde dikkatimizi çeken diğer bir husus, ‘mâlî muâvezât akidleri’ kaydı zikredilerek, diğer akid türlerinde cehâlet-i fahişenin etkili olmayacağı hissettirilmiştir.

Bazı kanunlarda akid mahallinin tayin edilme yolları da zikredilmiştir. Buna göre, akid mahalli akid anında mevcut ise kendisine veya bulunduğu yere işaret edilmesi; mevcut değilse ayırıcı vasıflarının zikredilmesi, mukadderattan ise ayrıca miktarının da belirtilmesi gibi tayin metodları takip edilmesi gereklidir.³⁷⁹

³⁷⁵ Müracaat edilen Medeni Kanunlar: Lübnan (1932), Mısır (1949), Suriye (1949), Irak (1951), Libya (1954), Bahreyn (1975), Cezayir (1975), Ürdün (1976), Kuveyt (1980), Birleşik Arap Emirlikleri Medeni Muameleler Kanunu (1985), Yemen (2002) ve Katar (2004).

³⁷⁶ Mısır MK 133., Suriye MK 134., Libya MK 133. ve Cezayir MK 94. madde.

³⁷⁷ Mısır MK 419., Suriye MK 387., Libya MK 408. madde.

³⁷⁸ Irak MK 128. ve 514., Bahreyn MK 106., Ürdün MK 161. ve 466., Kuveyt MK 171., Birleşik Arap Emirlikleri MK 203. ve 490., Katar MK 150., Yemen MK 190. madde.

³⁷⁹ Irak MK 128., Ürdün MK 161. ve Yemen MK 190. madde.

Öte yandan, taraflar akdin mahallinin kalitesi konusunda anlaşmazlığa düşmeleri durumunda, bu konu örf tarafından veya üçüncü taraflarca çözülemese, o türün orta kalitesinin esas alınması prensibi konulmuştur.³⁸⁰

B. Semende Cehâlet

Satım akdinde semen de akdin mahalli kabul edilmektedir. Bu sebeple de, mebi için aranan hususlar semen için de aranmaktadır. Bu sebepten olsa gerek, bazı Arap ülkelerinin kanunlarında bu konuya ayrıca yer verilmemiştir.

Irak MK 526. madde semenin, cehâlet-i fahişeden uzak olacak şekilde tayin edilmesi gerektiği açıkça ifade etmiştir. Mısır ve diğer bazı Medeni Kanunlara göre, semeni hiçbir şekilde tayin edilmeyen satım bâtıdır. Ancak piyasa fiyatı (*si'ru's-sûk*) üzerine anlaşılması durumunda veya tarafların aralarında hep uyguladıkları fiyata niyet ettikleri anlaşılırsa, satım geçerli görülmüştür.³⁸¹ Bahreyn MK 385. ve Kuveyt MK 489. maddeler ise, yukarıdakilere ek olarak, üçüncü bir kişiye fiyatı belirleme yetkisi tanınabileceği hükmünü koymuş, herhangi bir sebeple üçüncü kişi fiyatı tespit edemezse semen-i mislin geçerli olacağını belirtmiştir. Kuveyt MK 459. maddede 1996'da yapılan değişiklikle, üçüncü kişinin tespit ettiği fiyatın geçerli olması için her iki tarafın da razı olması gerektiğini, aksi halde semen-i misil lazım geleceği hükmü koyulmuştur.

C. Akid Mahallinin Mevcut olması

Klasik dönem fıkıh literatüründe mebidde aranan 'mevcut olma' veya 'ma'dûm olmama' şartı, Arap Medeni Kanunlarında farklı şekilde değerlendirilmiştir. Bu kanunlaştırma hareketlerinin öncüsü konumundaki Senhûrî, daha önce değindiğimiz üzere, gararı "*hâsıl olup olmayacağı bilinmeyen*" olarak tanımlamıştır.³⁸² Senhûrî'ye göre, mebinin akid anında mevcut olması gerekmez. Ona göre, ileride mevcut olacağına kesin gözüyle bakılan mebinin akde konu olması, garar söz konusu değilse, câizdir. Yani ma'dûmun satışı, hâsıl olacağına kanaat getirilmesi durumunda câizdir.³⁸³

³⁸⁰ Mısır MK 133., Suriye MK 134., Libya MK 133., Cezayir MK 94. ve Yemen 191. madde.

³⁸¹ Mısır MK 423 ve 424. madde, Irak MK 527., Bahreyn MK 385-386., Kuveyt MK 460. madde.

³⁸² Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, 3/49: الذي لا يعلم هل يحصل أم لا

³⁸³ Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 210.

Senhûrî'nin bu görüşü, çok sayıda Arap Medeni Kanununda yer almıştır. Akid anında mevcut olmasa da gelecekte var olacak bir mahal (mebi) üzerinde akid yapılabilmektedir.³⁸⁴ Önemli olan akid mahallinin imkânsız (*müstahîl*) olmamasıdır. Gelecekte var olması mümkün olmayan veya gerçekleştirilmesi mümkün olmayan işlerin akdi geçersiz kılacağı bütün kanunlarda ifade edilmiştir.³⁸⁵

Bu yaklaşıma göre, akid anında mahallin mevcut olmasının gerekli olup olmadığı tarafların tercihine bırakılmış olmaktadır. Taraflar isterlerse, henüz mevcut olmayan bir mahall üzerine de akid yapabilirler. Dolayısıyla bu kanunlara göre, kamu düzenini ve genel ahlakı ihlal eden istisnai durumlar hariç, mahalli ma'dûm da olsa, ilerde var olması beklenen şeyler üzerine karşılıklı anlaşmayla akid kurmak mümkündür.³⁸⁶

Diğer Medeni Kanunlarda da bu esas kabul edilmiştir ancak ifadenin formülasyonuna farklı kayıtlar eklenmiştir.

- Bahreyn MK 104. ve Kuveyt MK 168. maddeler de gelecekte var olacak bir mahall üzerine akid yapılmasını geçerli kabul etmekle birlikte, bu işleme “*mahallin varlığının sırf tesadüfe bağlı olmaması*” şeklinde bir kayıt koymuştur.

- Irak Medeni Kanunu'nun 129. ve 514. maddeleri, ma'dûm olan bir şeyin, *gelecekte var olma imkânının olması ve garar ile cehâlet içermeyecek şekilde tayin edilmesi* şartıyla akde konu olabileceğini belirtmiştir. Böylece konuya *tayin edilmiş olma/muayyen olma* kaydı da eklenmiştir.

- Ürdün MK 160. ve Birleşik Arap Emirlikleri MK 202. madde, *muâvezât akidlerinde garar bulunmaması şartıyla* gelecekte var olacak bir şeyin mahall olmasını geçerli kabul etmektedir. Dolayısıyla söz konusu maddeler, bu akidlerde hem “garar bulunmaması” kaydını getirmiş, hem de teberruât akidlerinde garar bulunsa bile bu akidlerin câiz olacağına işaret etmiştir.

³⁸⁴ Mısır MK 131., Libya MK 131., Cezayir MK 92. ve Suriye MK 132. madde.

³⁸⁵ Mısır MK 132., Suriye MK 133., Libya MK 132., Cezayir MK 93., Bahreyn MK 103., Ürdün MK 159., Kuveyt MK 167., Birleşik Arap Emirlikleri MK 201. ve Katar MK 148. maddeler, *akdin mahallinin bizzat imkânsız olması* durumunda akdi bâtil kabul etmiştir. Irak MK 127. madde ise imkânsızlığı ikiye ayırmış; mutlak olarak imkânsız olması durumunda (objektif imkânsızlık) akdi bâtil kabul etmiş; ancak borçlu için imkânsız olması durumunda (subjektif imkânsızlık) akdin sahih olduğunu ve borçlunun taahhüdünü yerine getirmediği için tazminde (ta'vîd) bulunması gerektiğini belirtmiştir.

³⁸⁶ Darîr, *el-Garar*, s. 43.

Bütün bu kanunlarda satımına izin verilmeyen istisnai tek durum vardır: Henüz hayatta olan kişinin terikesi üzerine yapılan sözleşmeler bu hükümden istisna edilmiş, bu sözleşmelere izin verilmemiştir.

Ayrıca, hibe ve rehin gibi akidlerin mahallerinin gelecekte mevcut olacak bir şey olması durumunda, bu akidlerin birçok Medeni Kanunda geçersiz kabul edilmesi ilginçtir.³⁸⁷ Halbuki İslam hukukunda Mâlikîlerin görüşüne göre bunlar câiz görülmüştür.

Öte yandan, mebide aranan şartlar konusundaki en geleneksel tutum, Yemen Medeni Kanununda görülmektedir. Kanunun 185. maddesine göre, akdin mahalli, mâlum, ifa edilebilir ve akid anında kesin olarak mevcut olmalıdır (müslem fih ve zimmetteki şeyler hariç). Yine 189. maddede, kanunda belirtilen istisnalar hariç, ma'dûmun satışının geçersiz olduğu belirtilmiştir.

Netice olarak, yukarıda verdiğimiz bilgilerden hareketle, bedellerde garar konusuna Arap Medeni Kanunları perspektifinden baktığımızda şunları söylemek mümkündür:

Arap Medeni Kanunlarının bir akdin sahih olabilmesi açısından İslam fihına göre genel olarak daha esnek hükümler koydukları görülmektedir. Klasik fıkhıdaki ma'dûmun satılamayacağı ilkesi kalkmış, yerine mebinin imkânsız (*müstahîl*) olmaması ilkesi geçmiş görülmektedir. Bu değişimde, İbn Teymiyye ve İbnü'l-Kayyim'ın yukarıda verdiğimiz görüşlerinin etkili olduğu tahmin edilebilir. Bu değişiklik neticesinde, şu anda mevcut olmayıp gelecekte var olacak nesnelere akidlere ve satım akdine konu olabilmektedir. Halbuki bu klasik fıkhıta ancak selem ve istisnâ' gibi özel satım biçimleriyle mümkün oluyordu ve bu özel satımların da kendilerine mahsus kuralları söz konusuydu. Öte yandan, bedellerin mâlum ve muayyen olması konusundaki hükümler ise, fikha daha paralel görünmektedir.

³⁸⁷ Hibenin geçersizliği hakkında bkz. Mısır MK 492., Suriye MK 460., Libya MK 481. ve Kuveyt MK 526. madde. Aynı hüküm Libya MK 481. maddede olmakla birlikte bir istisna söz konusudur: Henüz olgunlaşmamış meyvenin hibesine izin verilmiştir. Rehinin geçersizliği hakkında bkz. Mısır 1033., Libya 1036. ve Katar 1062. madde.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

GARARIN YASAKLANMA GEREKÇESİ, SATIM AKDİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ VE SONUÇLARI

I. Genel Çerçeve

Gararla ilgili olarak İslâm hukuk doktrinde yer alan görüş ve tartışmaların semeresini, gararın hukukî sonucu, özellikle de akid ve hukukî işlemlere etkisinin ne olacağı konusu oluşturmaktadır. Önceki bölümlerde ortaya konan garar tanımlarının ve yapılan ayrımların amacı da, neticede hangi ölçüdeki gararın akid türlerine (satım akdine) nasıl etki edeceğini ortaya koymaktır.

Bu bölümde genel olarak gararın yasaklanma gerekçesi (illet ve hikmet), akdi etkilemesinin şartları, genel fesâd sebebi oluşu, hukukî sonuçları ve değişebilirliği konuları ele alınacaktır.

II. Yasaklanma Gerekçesi Açısından Garar

İslam'ın koyduğu emir ve yasaklar, dinî mükellefiyet boyutu yanında, fert ve toplumun faydasıyla ilgili insanların anlayabileceği hikmetler de taşımaktadır.

Daha önce de vurgulandığı üzere, İslam, ticarî ilişkilerin karşılıklı rıza esasına dayalı olarak gerçekleştirilmesini öngörmekte ve tarafların ilişkilerini uyum halinde devam ettirmeleri suretiyle toplumsal huzurun korunmasını hedeflemektedir. İslam'ın eşya ve borçlar hukuku alanındaki düzenlemelerine genel olarak bakıldığında, bunların nizaya sebebiyet verecek halleri ortadan kaldırma, insanların sömürülmesine ve çeşitli yollarla haksız kazanç sağlanmasına engel olma gayesi taşıdığı görülmektedir.¹ İslam borçlar hukukunda, bu amaca

¹ Bardakoğlu, “Bey”, *DİA*, 6/17; Dönmez, “Garar”, *DİA*, 13/370.

uygun olarak, rızayı ihlal edecek muhtemel aldanmaları ve başka problemleri baştan engellemeye ve sebeplerini ortadan kaldırmaya yönelik hükümler konulmuştur.²

Naslarda gararın yasaklanma illet veya hikmetine dair açık bir ifade bulunmamaktadır. Fıkıh literatüründe ise gararın yasaklanma illetine bir miktar değinilirken, hikmetine dair tespitler ancak satır aralarında çok kısa olarak bulunmaktadır. Biz tespit edebildiğimiz klasik ve çağdaş dönem değerlendirmelerine burada yer vererek konuyu ortaya koymak istiyoruz.

A. Fıkıh Literatüründeki Yaklaşımlar

İmâm Mâlik, *Muvattâ*'sında hayvanın karnındaki yavrunun satımının yasaklanmasının sebebini açıklarken, yavrunun cinsiyeti de dâhil niteliğinin belirsiz olması sebebiyle fiyatının takdir edilemeyeceğine, ortaya çıkacak neticeye göre yavrunun fiyatının çok oynayacağına dikkat çekmiştir.³ Dolayısıyla İmâm Mâlik'in, gararın yasaklanmasının hikmeti olarak, aşırı risk içeren bir işlem sonunda fiyatın dalgalanması sebebiyle taraflardan birinin haksızlığa uğraması ve satışın nizaya sebep olmasını gördüğü söylenebilir.

Benzeri şekilde İbn Rüşd (ö. 595/1198), *Bidâyetü'l-müctehid*'inde garar kapsamında yasaklanan satışları “*Gararın sebep olduğu gabin nedeniyle yasaklanan satımlar*” şeklinde ifade etmiştir. Bu ifadesinden hareketle, İbn Rüşd'ün gararın yasaklanma hikmetini, gararlı satışların neticesinde taraflardan birinin kârlı diğerinin zararlı çıkması sebebiyle “*gabin*” yani “*bedeller arasında ortaya çıkan açık nispetsizlik*” olarak gördüğü; garar yasağının hikmetinin haksızlığı önleme olduğu söylenebilir.⁴

Meâlimu's-Sünen yazarı Hattâbî'ye (ö. 388/998) göre, gararlı satımların yasaklanma sebebi, insanların mallarını zayi olmaktan korumak, aralarında niza ve husumetin oluşmasını önlemektir.⁵ Benzer şekilde Karâfî (ö. 684/1285) de, garar ve cehâlet unsuru taşıyan akidlerle ilgili yasağın, kulların mallarını zayi olmaktan korumak amacıyla konulduklarını belirtir.⁶

Bu konuda İbn Teymiyye'nin birden fazla tahliline rastlanmaktadır. *Fetâvâ*'sındaki yaklaşımına göre, gararlı satış meysirin bir çeşidi olduğu için, yasaklanması da Kur'an'da

² Molla Hüsrev, *Düreru'l-hukkâm*, 2/147; Bardakoğlu, “Bey”, *DİA*, 6/16.

³ Muvatta, “Buyû”, 75 (4/960): وذلك كله يتفاضل: إن كان على كذا فقيمه كذا، وإن كان على كذا فقيمه كذا.

⁴ İbn Rüşd el-Hafid, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/148: البيوع المنهي عنها من قبل الغين الذي سببه الغرر.

⁵ Hattâbî, *Meâlimu's-Sünen*, 3/88:

وإنما نهي ص عن هذه البيوع تحميها للأموال أن تضيع وقطعاً للخصومة والتزاع أن يقع بين الناس فيها.

⁶ Karâfî, *el-Furûk*, 1/256: فإن الله تعالى إنما حرمها صوتاً لمال العبد عليه وصوتاً له عن الضياع بعقود الغرر والجهل.

meysir için zikredilen mefsedet yani ‘kin ve düşmanlığa yol açması’ sebebiyledir.⁷ Kamu hukuku ve yönetimine dair yazdığı *es-Siyâsetu’ş-Şer’iyye* isimli eserindeki tahkikine göre ise, muâmelât alanındaki yasaklar, adaleti sağlama ve zulmü engelleme hedefine matuftur. Bu üst ilke gereğince, riba, meysir ve garar kapsamındaki işlemlerin hepsi, haksız mal edinmeye yol açtıkları için yasaklanmışlardır.⁸ İbnü’l-Kayyim ise gararın yasaklanmasındaki illeti, ‘teslim edilememe’ olarak ifade etmektedir.⁹

Makâsîd konusundaki vurgusuyla tanınan Endülüslü usûlcü Şâtîbî (ö. 790/1388) ise, alışverişin insanlar için *zarûrî* olduğunu hatırlatarak, gararın, “*alışverişlerde meydana gelecek muhtemel nizaları ortadan kaldırmak için*” yasaklandığını; dolayısıyla bu yasağın zarûrî olan alışverişi ‘*tekmîl*’ için konulduğunu belirtmiştir.¹⁰

Diğer taraftan, Hanefilerden Serahsî (ö. 483/1090), gararlı satışların yasaklanma illetini, satıcının mebiyi teslimden âciz kalması veya bizzat mebiddeki cehâlet sebebiyle nizaya yol açması ihtimalleri olarak tespit etmiştir.¹¹ Benzer şekilde, garar içeren satımın, mebinin teslimi mümkün olmadığı için yasaklandığı görüşünde olan usûlcüler de vardır.¹²

* * *

Çağdaş fikhî çalışmalarda gararın yasaklanma gerekçesine pek yeni bir katkıda bulunulmamıştır. Genel olarak klasik literatürdeki hususlar nakledilmektedir. Mesela Darîr de Serahsî’ye benzer şekilde, özellikle meyvelerin olgunlaşmadan satımını yasaklayan hadisteki gerekçelendirmeden hareketle, gararın niza ve düşmanlığa sebebiyet verebileceği için ve haksız yere mal kazanımı içerdiği için yasaklandığı kanaatindedir.¹³ Burada tespit edebildiğimiz bazı farklı görüşlere yer vermek istiyoruz:

⁷ İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ’l-Kübrâ*, 4/29, 31. Aynı ifadeler *el-Kavâidü’n-nûrâniyye* isimli eserinde de bulunmaktadır. (İbn Teymiyye, *el-Kavâidü’n-nûrâniyye*, s. 190).

⁸ İbn Teymiyye, *es-Siyâsetu’ş-Şer’iyye*, s. 219-220:

فإن عامة ما نهي عنه الكتاب والسنة من المعاملات يعود إلى تحقيق العدل، والنهي عن الظلم

⁹ İbnü’l-Kayyim, *I’lâmu’l-muvakkîn*, 2/28:

فليست العلة في المنع لا العدم ولا الوجود بل الذي وردت به السنة النهي عن بيع الغرر وهو ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجودا أو معدوما

¹⁰ Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, 2/26; Şâtîbî, *el-İ’tisâm*, 3/54: ونفي الغرر إنما يطلب تكميلا ورفعاً لما عسى أن يقع من نزاع

¹¹ Serahsî, *Usûlu’s-Serahsî*, 2/175:

ونهي رسول الله ص عن بيع الآبق وعن بيع الغرر وهو معلول بعجز البائع عن تسليم المبيع أو جهالة في المبيع في نفسه على وجه يفضي إلى المنازعة وهذا ليس في النص

¹² Rasâ’, *Şerhu Hudûdi İbn Arafe*, s. 351: وتعذر التسليم إنما ذكره الأصوليون حكمة في التعليل بالغرر:

¹³ Darîr, *el-Garar*, s. 585.

Mustafa Ahmet Zerkâ'ya göre, gararlı satım, *muğâmera* ve *tağrir* içerdiği için kumara benzer hale gelmiş ve bu sebeple yasaklanmıştır.¹⁴ Bu görüş ibn Teymiyye'nin bir görüşüne benzemektedir. Nabil Saleh'e göre, gararın yasaklanmasının amacı/hikmeti, zayıf tarafın güçlü tarafca sömürülmesini engellemek veya bunu en azından asgariye indirmektir. Ona göre, sözleşme adâletinin (*contractual justice*) sağlanabilmesi ve sömürünün engellenebilmesi için, taraflar bedeller hakkında tam bilgiye sahip olmalıydılar.¹⁵

* * *

Bazı çağdaş müslüman iktisatçılar, fıkıhtaki garar yasağının iktisadi anlam ve sonuçlarını ortaya koymaya çalışmışlardır. Bu çalışmalar konuya yeni bir katkı niteliğindedir. Bu araştırmalara göre, fıkıhtaki şekliyle garar yasağı, ekonomik açıdan da etkin olması sebebiyle anlamlıdır.

Bu iktisatçılardan Sami al-Suwailem, garar yasağını, gararlı akidlerin iktisadi açıdan 'sıfır toplamlı oyun' (zero-sum game) olmasıyla açıklamıştır. Buna göre, taraflardan birinin kazancının daima diğerinin kaybından oluştuğu sözleşmeler, garar sebebiyle yasaklanan sözleşmelerdir. Özellikle kumar, bu nitelikte bir sözleşmedir. Dolayısıyla garar yasağı akidlerin 'sıfır toplamlı oyun' haline gelmesini engellemeyi amaçlamaktadır.¹⁶

Konuyu iktisadi açıdan inceleyen diğer bir müellif olan el-Gamal, tarafların ihtimal vermediği (tahmin edilemeyen) kayıpların meydana gelmesinin ve niza ihtimalinin gararın yasaklanma sebebi olduğu fikrine katılmakla birlikte, al-Suwailem'in garar yasağına getirdiği açıklamaya itiraz etmektedir. Zira bazı akidler 'sıfır toplamlı' olmasına rağmen garar yasağı kapsamında değilken; bazı akidler ise 'pozitif toplamlı' olmasına rağmen açık naslarda garar kapsamında yasaklanmıştır.¹⁷ İlkinin örneği, diğer tüccarın elindeki malların değerinin yükseleceği beklentisi içindeki iki tüccarın, karşılıklı olarak mallarını değiştirmeleridir. Bu örnekte birinin kârı diğerinin zararı olacaktır, yani bu ticaret 'sıfır toplamlı' olmasına rağmen ticarettir ve helaldir. 'Pozitif toplamlı' olmasına rağmen yasaklanan satışların örnekleri ise, hadislerde açıkça yasaklanmış olan 'iki satımda tek satım', *bey'u'l-hasât*, *haml*, *medâmîn* ve *melâkîh* gibi satışlardır. Bunlar 'sıfır toplamlı' oldukları için değil, aşırı risk taşıdıkları için yasaklanmışlardır. Dolayısıyla garar yasağını doğrudan 'sıfır toplamlı' olmayla açıklamak

¹⁴ Zerkâ, *el-Medhal*, 1/128 dipnot:1. منهي عنه لما فيه من مغامرة وتغيرير يجعله أشبه بالقمار.

¹⁵ Saleh, *Unlawful Gain and Legitimate Profit in Islamic Law*, s. 62-63.

¹⁶ Suwailem, Sami, "Towards An Objective Measure of Gharar in Exchange", *Islamic Economic Studies*, Vol. 7, No. 1 & 2, Oct. '99, Apr. 2000, s. 61-102.

¹⁷ Gamal, "An Economic Explication ...", s. 30.

uygun değildir. el-Gamal'a göre, 'riskli ticaret yapma' aleyhindeki hüküm, 'sıfır toplamı' olmasından değil, riskin fiyatının hatalı tespit edilmesi (mispricing) nedeniyle ortaya çıkan ekonomik etkinlik (efficiency) kaygılarına dayanmaktadır.¹⁸

Gamal, 'garar' kelimesinin günümüz iktisadi terminolojideki en uygun karşılığını 'risk' olarak görmektedir. 'Bey'u'l-garar' terkihi ise 'riskli ticaret yapmak' (trading in risk) anlamına gelmektedir. Zira bir riskin (tesadüfiliğin, belir bir kritere dayalı kayıp ihtimalinin) varlığı, yasaklanan gararlı akidlerin ortak özelliğidir.¹⁹

el-Gamal, gerek garar yasağının teşriinde ve gerekse hangi riskli akidlerin bu kapsama gireceğinin fukaha tarafından tespitinde, 'fayda-maliyet analizi'nin (cost-benefit analysis) önemli rol oynadığı kanaatindedir.²⁰ Bu iktisat terimi, fıkhıta 'hükümler konulurken maslahat-mefsedet dengesinin gözetilmesi' ve 'makasıdu'ş-şeria' konularıyla paralellik arz etmektedir. Bu anlamda özellikle gararla yakın ilişkisi bulan kumar yasağından bahseden ayette (Bakara 2/219) günah-fayda mukayesesinin yapılması al-Gamal'e göre mânidardır.²¹

Naslarda açıkça yer almadığı için fukahanın bazı akidlerdeki gararın az mı çok mu olduğu konusunda ihtilaf etmeleri de bu analizde hangi tarafın ağır bastığıyla ilgilidir. Yine klasik ve çağdaş çalışmalarda müessir gararda aranan şartlar da, al-Gamal'e göre fayda-maliyet analizinin yansıması olarak, maliyetin yüksek olduğu durumları tespit etmek üzere ortaya çıkan kriterlerdir.²²

el-Gamal, çalışmasında iktisadi teori ve modellerden hareketle, gararlı akidlerin iktisadi açıdan da genellikle verimsiz (inefficient) olduğunu ortaya koymaktadır. Zira gararlı akidlerde riskin değeri etkin şekilde tespit edilememektedir. Bu noktada davranışsal iktisat ve psikoloji bilimlerinin risk karşısında insanın tutumunu ortaya koyan verileri gündeme gelmektedir.²³

Bireylerin riske fiyat/değer biçme konusunda yanılmaları ve yüksek fiyat ödeyerek zarar görmeleri, sadece amatörler mahsus bir durum değildir. Ekonomik modellemeler ve ampirik araştırmalar göstermiştir ki, kurumlar ve profesyoneller de aynı şekilde yanılabilirler.²⁴ Risk paylaşımı içeren ticarî bir alternatifini bulunan gararlı bir işlemin yasaklanması, ekonomik

¹⁸ Gamal, "An Economic Explication ...", s. 34-5.

¹⁹ Gamal, "An Economic Explication ...", s. 30, 32.

²⁰ Gamal, "An Economic Explication ...", s. 31-2.

²¹ Gamal, "An Economic Explication ...", s. 37.

²² Gamal, "An Economic Explication ...", s. 32.

²³ Gamal, "An Economic Explication ...", s. 35.

²⁴ Gamal, "An Economic Explication ...", s. 54-55.

olarak en kötü ihtimalle nötr etki yapacak, büyük ihtimalle ise ekonomik etkinliği/verimliliği olumlu etkileyecektir.²⁵

Buna göre, risk paylaşımı yoluyla etkinliği artırmanın mümkün olduğu durumlarda gararlı akidler yasaklanmaktadır. Gararlı akdin yerine aynı ihtiyacı karşılayacak alternatif bir akdin bulunması, tazminat hesabının zor olması veya ciddi miktarda cehâlet yahut risk içermesi gibi durumlarda, söz konusu akdin garar sebebiyle doğrudan yasaklanması, mahkeme ve husumet yoluna göre daha etkin/verimli olacaktır.²⁶ el-Gamal, bu durumu modelleme yoluyla iktisadi açıdan da ortaya koymuştur.²⁷

Her ticarî işlemin mutlaka belli oranda risk barındırdığını teyid eden el-Gamal, ciddi anlamda risk taşısa da, ekonomik olarak fayda sağlayan selem, istisnâ' vb. bazı akidlerin bu yasaktan istisna edildiğini belirtmektedir. Selem ve istisnâ' akidlerinin 'kıyasa aykırı olarak' ve garar yasağından istisna yoluyla meşrû kılınması, bu iki akiddeki ekonomik faydalar ve fayda-maliyet hesaplaması sebebiyledir. Her iki akid sayesinde, satıcı müşteriden peşin aldığı para yoluyla bir ürünün üretilmesini veya ekonomik hareketliliğini sağlamaktadır. Bu tür akidler garar yasağından istisna edilirken, akidden elde edilecek ekonomik etkinlik getirisi, garardan kaynaklanan etkinlik kaybıyla mukayese edilmektedir.²⁸

B. Değerlendirme

Görüldüğü üzere, gerek klasik literatürde gerekse günümüzde hikmet ve illet cinsinden yapılan değerlendirmeler çok yönlüdür. Bu açıklamalara bütüncül olarak bakıldığında, İslam hukukunda garar yasağının amacı, malın bilinmemesi (*cehâlet*) veya teslim edilememesi neticesinde bedeller arasında açık nisbetsizlik (*gabin*) meydana gelmesini, böylece kişilerin mallarının zayı olmasını ve haksızlık meydana gelmesini ve neticede ise taraflar arasında niza oluşmasını engellemektir. Ancak bu noktada illet ile hikmetin sınırını belirlemek gerekecektir. Kanaatimizce illet, Serahsî'nin vukûfiyetle tespit ettiği üzere, 'teslim edememe riski' ve 'cehâlet'tir. İfade edilen diğer hususlar ise yasağın hikmetini oluştururlar. Bazı durumlarda hüküm verirken, 'niza oluşup oluşmadığı'nın da illet olarak alındığı, böylece bir nevi 'hikmetle talil' de bulunulduğu görülmektedir.

²⁵ Gamal, "An Economic Explication ...", s. 54-55.

²⁶ Gamal, "An Economic Explication ...", s. 37-8.

²⁷ Gamal, "An Economic Explication ...", s. 38-53.

²⁸ Gamal, "An Economic Explication ...", s. 30, 39-40.

Diğer taraftan biz, konuyu gararın oluşma sebepleri açısından değerlendirmenin mümkün olduğunu ve Serahsî'nin zikrettiği iki illetin bu durumlara göre ortaya çıktığını düşünüyoruz. Buna göre:

a) Gararın “çekirdek” diyebileceğimiz temel kısmını oluşturan satışlar, yani varlık-yokluk, teslim ve husûl konusunda risk taşıyan satışlar açısından bakıldığında, bu satışlardaki risk ve belirsizlik miktarının, yapılan işlemin ticarî faaliyet oluşunu gölgeleyecek duruma ulaştığı, taraflardan birinin kârlı çıkarken diğerinin zararlı çıkacağı bir akid halini aldığı, bunun da söz konusu akdi kumar ve şans oyunlarına benzer bir hale getirdiği görülmektedir. Dolayısıyla bu tür gararlı akidlerin yasaklanmasında, haksız kazancı önleme amacı güdüldüğü, sırf riske dayanan ve kumara benzeyen bu yolun *sedd-i zerîa* amacıyla kapatıldığı söylenebilir.

b) Gararın diğer kısmını oluşturan cehâlet kaynaklı durumlarda, taraflar mebi, semen veya vade hakkında yeterli bilgiye sahip değillerdir, bu ise haksız kazanca ve neticede niza ve husumete yol açmaktadır.²⁹ Bilinmezlik sebebiyle burada da risk söz konusu olmakla beraber, en azından akdin unsurları mevcut olduğundan ve teslim konusunda bir sıkıntı bulunmadığından, bu akidler nitelik itibariyle ticarî faaliyet sınırları içindedir ve akid yüksek bir risk üzerine bina edilmemektedir. Bu nedenle, cehâletle ilgili yapılan düzenlemelerin temel ve öncelikli amacının, taraflar arasında meydana gelebilecek muhtemel anlaşmazlığı ve husumeti engellemek olduğu söylenebilir. Zaten bu tür gararın akde etkisi de, anlaşmazlığa götürme ihtimaline bağlı olarak değerlendirilmektedir.

Netice itibariyle, gararlı işlemler karşılıklı rıza ilkesine aykırıdır ve kin ve nefrete yol açması muhtemeldir. Dolayısıyla garar yasağı, bâtil yollarla kazanç elde edilmesine engel olarak, akdin tarafları ve toplumun geneli için adaleti tesis etmeyi amaçlamaktadır.

* * *

Öte yandan, ribâ ile garar yasağı arasındaki ilişkinin incelenmesi de, garar yasağının hikmet ve gayesini anlamaya yardımcı olmaktadır.

Daha önce zikredildiği üzere, İbnü'l-'Arabî (ö. 543/1148), muâmelât alanındaki yasakları, temel olarak *riba*, *bâtıl* (yani bâtil yolla kazanç) ve *garar* konusundaki yasaklar olarak tespit etmiş ve gararın da mahiyet itibariyle ‘bâtıl’ kısmına irca edilebileceğini ifade etmişti.³⁰ Bu tespitin bir devamı olarak, İ. Kafî Dönmez gibi çağdaş araştırmacılar, riba ile garar yasakları arasında da önemli bir fikri bağ bulunduğunu, bu iki yasağın İslam'ın helal

²⁹ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/163.

³⁰ İbnü'l-'Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, 1/324: ويرجع العرر بالتحقيق إلى الباطل فيكون قسمين على الآيتين

kazanç yollarına dair dünya görüşünü yansıtan ve bu anlamda birbirini tamamlayan iki düzenleme olduğu görüşünü dile getirmişlerdir.³¹

Dönmez'e göre, ribada, kişi bazen ortaklık veya ticaret vb. helal yollarla kazanabileceği gerçek miktardan vazgeçip daha azına razı olarak kazanç kaybına uğramakta; bazen de kazanabileceği miktardan fazlasını elde ederek haksız kazanç temin etmektedir. Dolayısıyla kişiyi ribalı işleme sevk eden *risk endişesi*, bazen *kazanç engeli* bazen de *kazanç sebebi* olabilmektedir. Gararlı satışlarda ise tam tersi bir durum söz konusudur: Gereksiz yere girilen risk sebebiyle elde edilen ilave bir kazanç veya kayıp söz konusudur. Dönmez'e göre, İslam'da riba yasağı "*risksiz kazancın yasaklanması*" anlamına gelirken; garar yasağı ise riskin kurumlaştırılması veya kazancın sırf risk üzerine bina edilmesine engel olmaktadır. Böylece risk de, riskin sıfırlanması da kazanç sebebi veya engeli olmaktan çıkarılmış olmaktadır.³²

Dönmez'in tahliline katılmakla beraber, çağdaş fıkıh literatüründe riba için sıkça kullanılan "*risksiz kazanç*" ifadesinin gözden geçirilmesi gerektiği kanaatindeyim. İktisadi açıdan faizli işlemler de dâhil hiçbir işlemde "*risksiz kazanç*" söz konusu değildir. Şöyle ki, faizli işlemlerde en azından "*kredi riski*" olarak ifade edilen ve müşterinin ana parayı faiziyle birlikte iade etmemesi anlamındaki bir risk söz konusudur. Onun dışında, operasyonel risk, likidite riski ve piyasadan kaynaklanan diğer riskler de söz konusudur. Bu ifadenin yerine "*ticaretten kaynaklanan riskleri yüklenmeden kazanç sağlama*" gibi ifadelerin kullanılması, görüşlerimizin iktisat ilmi açısından da geçerli olması bakımından daha uygun olacaktır.

Kanaatimizce, riba ile gararı birleştiren husus, her ikisinin de haksız kazanç kaynağı olmasıdır. Faizde, özellikle de ticarî kredilerde, paranın kullanımı neticesinde elde edilecek getiri henüz bilinmeden sabit bir faiz öngörülerek, teşebbüsün sonucunun ortaklık yoluyla taraflar arasında adil ve dengeli paylaşılması imkânı ortadan kaldırılmaktadır. Neticede ticarî kredi kullanılarak yapılan yatırımdan faiz oranı üstünde getiri sağlanırsa, kredi veren; getiri faiz oranı altında kalırsa kredi alan zarar etmektedir.³³ Benzer şekilde, gararlı satışlarda taraflardan biri mutlaka zarara uğramaktadır; mesela kaçmış bir hayvanın satımında, hayvanın bulunması halinde normalden düşük fiyata satmış olan, bulunamaması halinde ise satın alan zarara girmekte ve haksızlığa uğramaktadır.

³¹ Dönmez, "Garar", *DİA*, 13/371.

³² Dönmez, "Garar", *DİA*, 13/371.

³³ Özsoy, "Faiz", *DİA*, 12/118.

Bu genel mukayese dışında, İslam borçlar hukukunda garar ve ribanın aynı anda bulunduğu satışlar söz konusudur. Mesela miktar ve vadede cehâletten kaynaklanan gararlı satışlarda, söz konusu mebi ribevî mallardan ise, riba konusu da gündeme gelmektedir. Bu meyanda İbn Rüşd el-Hafîd, gararlı satışların naslarda yer alan alt örneklerini zikrettikten sonra, diğer mezhep imamlarının (*fukahâi 'l-emsâr*) bunların tamamını garar kapsamında gördüğünü; İmam Mâlik'in ise bir kısmını garar kapsamında, bir kısmını da ribâyâ götüren sebepler (*zerâi 'u'r-ribâ*) kapsamında gördüğünü belirtmiştir.³⁴ Muhtemelen bu anlayışın bir yansıması olarak, diğer Mâlikî müelliflerden farklı olarak Hatîb Şîrbînî, eserinde garar konusunu ribâyâ ayırdığı fasıl içinde ele almıştır.³⁵

Riba ve gararı, sebep oldukları *mefsedet* açısından mukayese eden İbn Teymiyye, gararın ribaya göre daha az mefsetet barındırdığını ifade etmiştir. Gerekçe olarak, ribanın insanların mallarına yönelik daha büyük zulüm içermesini ve ribadan hiçbir şey helal kılınmadığı halde, belli durumlarda (az olması, tebean bulunması, ihtiyaç duyulması gibi) gararın helal kılındığını ifade etmiştir. İbn Teymiyye, riba kapsamına girebilecek bazı işlemleri ise, '*hâcet sebebiyle ölçmeyi bırakıp zann yoluyla miktarı tahmin etme*' olarak değerlendirmiştir.³⁶

Riba konusunda dikkatimizi çeken diğer bir husus, bazı zayıf hadislerde ve klasik literatürde nadiren de olsa görülen diğer bir yaklaşım, ribâ teriminin bilinen istilâhi anlamının ötesinde, her türlü haksız kazancı ifade etmek üzere kullanılmasıdır. Mesela rivayetlerde, belirsiz uzun vadeli selem işleminde riba olduğu zikredilmiştir.³⁷ Yine müstersilin fiyat hususunda aldatılması zayıf bir hadiste riba olarak ifade edilmiştir.³⁸ Ahmad Buang, bu kullanıma dayanarak Kur'an'daki riba yasağının garar'ın yasaklanmasında ek delil olarak kullanıldığını sonuç olarak zikretmişse de,³⁹ biz kaynaklarda bu yönde bir istidlâle

³⁴ İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü 'l-müctehid*, 2/155: *وينبغي أن نعلم أن المسائل الداخلة في هذا المعنى هي: أما عند فقهاء الأمصار فمن باب*

الغرر؛ وأما عند مالك فممنها ما يكون عنده من باب ذرائع الربا، ومنها ما يكون من باب الغرر

³⁵ Şîrbînî, *el-İknâ*, 3/311.

³⁶ İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ 'l-Kübrâ*, 4/18 (ومفسدة الغرر أقل من الربا), 4/471.

³⁷ Nesâî, "Buyû", 67; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 1/240: (عن ابن عباس، عن النبي ص أنه قال: في السلف في حبل الحيلة ربا).

Nesâî'nin metninde ilk 'fî' harf-i cerri bulunmamaktadır.

³⁸ Beyhakî, *es-Sünenu 'l-kübrâ*, 5/571 (no: 10923-5). (غبن المسترسل ربا).

³⁹ Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 60: "To a lesser degree, the provision of the Qur'an on riba was also regarded to prohibit elements of gharar in contracts. This was done by arguing that riba in its broadest terms also includes all types of illegal earnings, including gharar."

rastlamadık. Zaten Buang'ın konuyu açıklarken sunduğu tek delil, Kurtubî'nin Nisâ suresi 161. ayetteki *ribâ* kelimesini, 'haram kazanç' (*el-mâlu'l-harâm*) şeklinde açıklamasıdır.⁴⁰ Kurtubî, bu ayet bağlamında garara değinmemiştir. Ayrıca Buang daha önce, böyle bir istidlalin pek cazip olmadığını, ribanın genellikle faiz olarak anlaşıldığını kendisi de ifade etmiştir.⁴¹

Diğer taraftan, İslam hukuku alanındaki çalışmalarıyla tanınan İngiltereli şarkiyatçı N.J. Coulson (ö. 1986) bu iki yasağı ticarî hayatın gerçeklerine göre fazla idealist ve katı bulmakta; spekülatif her türlü riski ortadan kaldırmayı amaçlayan bu iki yasağı İslam hukukunda modern ticarî işlemlerin gelişmesine engel olan iki husus olarak görmektedir.⁴²

Coulson'un bu iddiası, müstakil bir çalışmaya konu olacak şekilde uzun bir cevabı gerektirir ancak biz burada bazı hususlara kısaca değinmek istiyoruz. Her hukuk sistemi, yapılan işlemlere iktisadi veya ahlaki sebeplere dayanan belli sınırlar koyma ihtiyacını hissetmektedir. Ekonomik hayatta, ahlak ile ekonomik etkinliğin/verimliliğin çeliştiği çok sayıda durum söz konusudur ancak burada ahlaki ve insani değerlerden taviz verilmesi uygun değildir. Aksi halde günümüz seküler iktisat dünyasında olduğu üzere, sistemi de tehdit eden çok sayıda ahlaki problem ortaya çıkmaktadır. Bunların belki de en önemlisi, kısaca 'finansallaşma' olarak ifade edilen, finans piyasalarının reel sektöre hizmet amacından sapıp, sadece paradan para kazanmaya yarayan başlıca amaç haline gelmesi ve üretimden bağlantısını büyük oranda koparmış olmasıdır. İslam fıkhi, getirdiği bu iki sınırlamayla kanaatimizce parayı ve finans sektörünü reel sektörün hizmetinde tutmayı ve kar-zararın adaletle bölüşülmesini sağlayarak haksızlığı engellemeyi amaçlamaktadır. Ayrıca bu düzenlemeler, özellikle de garar yasağı, Coulson'un iddia ettiği kadar katı değildir. Az sonra göreceğimiz üzere, garar yasağının geçerli olabilmesi için belli şartlar gereklidir. Hatta bu şartlar sebebiyle, ticarî hayatta gararın yasak olduğu akidlerin izin verilen akidlere göre daha az olduğu söylenilebilir.

Şimdilik bu kadar açıklamayla yetinerek, gararın akdi etkilemesinin şartlarını incelemeye devam etmek istiyoruz.

⁴⁰ Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'ân*, 3/348: ولم يرد به الربا الشرعي الذي حكم بتحريمه علينا وإنما أراد المال الحرام

Buang, söz konusu ayeti latin harfleriyle verirken, “*ve ahzihimu'r-ribâ*” yerine hataen “*ve eklihimu'r-ribâ*” şeklinde yazmıştır. (Bkz. Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 36)

⁴¹ Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 36: “From this understanding it can be argued that the elements of gharar are prohibited by the Qur'an through the prohibition of riba. But this argument is less attractive as the meaning of riba is largely perceived as usury and interest.”

⁴² Coulson, *A History of Islamic Law*, s. 138; Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. xvi.

III. Gararın Akdi Etkilemesinin Şartları

Bir akidde garar bulunması her zaman akdi geçersiz kılmamaktadır. Garar ile ilgili düzenlemelerde, gararın miktarı, garar içeren akdin tabiatı, gararın akdin özünde bulunup bulunmadığı, insanların sözkonusu akde olan ihtiyacı ve bu akdin yasaklanmasının topluma muhtemel etkisi gibi hususlar göz önüne alınmış ve gararın akde tesir edebilmesi için bazı şartlar aranmıştır.

Klasik fıkıh literatüründe gararın *müessir* ve *gayr-i müessir* şeklinde ayrıldığına ittifak edildiği görülmektedir.⁴³

Gararın *müessir* olabilmesi yani akde tesir edebilmesi için, şu dört hususun/şartın birlikte bulunması gerekmektedir: Gararın çok olması, akdin özünde bulunması ve o akde ihtiyacın bulunmamasıdır. Mâlikîler dördüncü şart olarak, ‘akdin muâvaza akidlerinden olması’ni eklemiştir.⁴⁴ Bu dört husus, klasik kaynaklarda dağınık olarak zikredilmekle birlikte, tespitimize göre bunu ilk defa bu şekilde listeleyen çalışma, Darîr’in tez çalışması olmuştur.⁴⁵ Garar üzerine yapılan sonraki çalışmalarda da bu dört şarta yer verilmiş; AAOIFI de akidleri geçersiz hale getiren gararın ölçüsünü tespitinde bu dört unsuru kriter olarak kabul edilmiştir.⁴⁶

Sıraladığımız bu dört şart, şimdi ayrıntılı olarak incelenecek ve örneklendirilecektir:

A. Malî muâvaza akidlerinden birinin söz konusu olması

Garar yasağı konusunda gündeme gelen önemli bir konu, bu yasağın satım akdi dışındaki akidleri ve hukuki işlemleri de kapsayıp kapsamadığı meselesidir. Yasağın genişleyip genişlemediğiyle ilgili bazı hususlara, tezin ilk bölümünde kıyas delili ve kumar yasağı bağlamında bir nebze değinmiştik. Burada konuyu daha geniş kapsamlı olarak ele almak istiyoruz.

Nasta satım akdinin açıkça zikredilmesi sebebiyle, gararın satım akdinde etkili olduğunda ittifak edilmiştir. Ayrıca bu hüküm genişletilerek gararın muâvezâtta (iki tarafa malî nitelikte borç yükleyen işlemlerde) etkili olduğunda da mezhepler arasında görüş birliği vardır. Ancak diğer hukuki işlemlere etkisinde ise ihtilaf söz konusudur. Mâlikîler garar

⁴³ Bâcî, *el-Müntekâ*, 4/204; İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/157; Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, 5/117; Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/258; Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 209.

⁴⁴ Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/258; Nevevî, *Sahih Müslim bi-şerhi'n-Nevevî*, 10/156; Kâdî Abdülvehhâb, *el-Maûne*, 2/57; Darîr, *el-Garar*, s. 584.

⁴⁵ Bkz. Darîr, *el-Garar*, s. 583-612.

⁴⁶ “Dâbitu'l-ğarari'l-mufsid li'l-muâmelâti'l-mâliyye”, *el-Me'âyîru's-şer'iyye (2010/1431)*, s. 420-421.

yasağını sadece muâvezât alanını kapsayacak şekilde daraltmışlardır. Diğer mezhepler ise garar yasağını, muâvezâtın ötesindeki tasarruflara da teşmil etmişlerdir.⁴⁷ Mesela teberruâtın en tipik örneği olan hibede, satımda aranan şartlar aranır ve hibede de garar söz konusu olabilir.⁴⁸ Ancak cumhûrun da vasiyetteki gararda daha esnek hükümler verdiği görülmektedir.⁴⁹ Dolayısıyla bu mezheplerde de muâvezât dışı alanda zaman zaman bir esneklik görülmektedir.

Mâlikî mezhebine göre ise, başta *teberruât* olmak üzere, karşılıksız (ıvazsız) olan tasarruflarda garar etkili değildir. Mısırlı Mâlikî fakih Karâfî, *el-Furûk*'unda 24. fark olarak “*cehâlet ve gararın etki ettiği ve etmediği alanları*” ele almış ve İmam Mâlik'in tasarrufları şu şekilde üçe ayırdığını ifade etmiştir.⁵⁰

a) Salt muavaza (*muâvada sırfe*) olan tasarruflar: Bunlarda malı artırma veya en azından karşılık amaçlanır ve bu alanda garar ve cehâlet etkilidir. Çünkü akidenden beklenen amacın gerçekleşmemesi halinde, karşılığında ödenen bedel boşa gider. Bu sebeple de bu alanda garar ve cehâlet -zaruret durumları hariç- yasaklanmıştır.⁵¹

b) Salt iyilik (*ihsân surf*) olan tasarruflar: Mâlikî mezhebinde, teberruât akidelerinin tipik örneği olan hibede “*garar sebebiyle satımı câiz olmayan her şeyin (hibesinin) câiz olacağı*” ifade edilmiştir.⁵² Mâlikîlere göre, sadaka, hibe, ibra gibi tasarruflarda mal kazanma kaygısı güdülmediği için, kendisine iyilik yapılan kişi o mala sahip olamasa da bir zarar görmemekte, ortaya bir haksızlık çıkmamaktadır. Ayrıca İslam dininin iyilik yapmayı (*ihsân*) teşvik etmesi sebebiyle, iyilik yolları geniş tutulmalı, insanlara bu konuda daha çok fırsat tanınmalıdır. Faraza kayıp bir mal kendisine hibe edilen kişi, o malı bulursa amaçlanan iyilik gerçekleşmiş olur, bulamasa bile o kişinin maddi bir kaybı olmaz çünkü karşılığında bir şey ödememiştir.⁵³

⁴⁷ Karâfî, *ez-Zehîra*, 1/276.

⁴⁸ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 6/119; Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtu'l-burhâni*, 6/243; Mecelle, md. 856-858; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, 2/334: وما لا يجوز بيعه من الجهول وما لا يقدر على تسليمه وما لم يتم ملكه عليه كالبيع قبل القبض لا يجوز هبته. İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/329: وقال الشافعي ما حاز بيعه حازت هبته كالدين وما لم يجز بيعه لم تجز هبته. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 9/116: لا تجوز هبة إلا في موجود، معلوم، معروف القدر، والصفات، والقيمة وإلا فهي باطل مردودة.

⁴⁹ Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/328 (الوصية تقبل الغرر والجهالة); İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/296; “Garar”, *Mv.F.*, 31/154.

⁵⁰ Karâfî, *el-Furûk*, 1/276-277; Ebu Zehra, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, s. 259-260.

⁵¹ İbnü'l-Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, 1/353:

العقد اذا تضمن العوض وجب تنزيهه عن الجهالة والغرر في حصول الفائدة التي بذل المرء فيها

⁵² İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/329: وبالجملة كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر.

⁵³ Karâfî, *el-Furûk*, 1/277; “İltizâm”, *Mv.F.*, 6/154.

c) İkisinin ortasında olan akid (*el-vâsıta beyne't-tarafeyn*) ise nikah akdidir. Ortada yer almasının sebebi, bir açıdan bir bedelin (mehr) verilmesinin zorunlu olması sebebiyle muâvazâta benzemesi; öteki taraftan, verilen bedelin (mehr) amaç olmayıp karşılıklı sevginin, ülfetin ve sükûnun amaçlanması sebebiyle ikinci tarafa da benzemesidir. İmam Mâlik bu sebeple bu alanda ancak ufak çaplı (*kalîl*) garara cevaz vermiştir. Mesela mehir olarak, tayin edilmemiş 'bir köle' veya detayları verilmeyen 'ev eşyası'nın (*şevratu'l-beyt*) belirlenmesi câiz görülürken; mehrin kaçak bir köle veya kaçak bir hayvan olarak belirlenmesi câiz görülmemiştir. Çünkü ilk iki örnek, az çok ölçüsü olan hususlar olup az miktarda garar içerirken, ikinci gruptakiler ise aşırı garar içerirler.

Konuya naslar açısından baktığımızda, Mâlikîlerin görüşüne aykırı düşen bir delil söz konusu değildir. Ancak cumhûr garar yasağını tüm tasarrufları kapsayacak şekilde genişletmişken, Mâlikîler hikmet temelli bir yorumla, tasarrufları yukarıda anlatılan üçlü ayrıma tabi tutmuşlar, haksızlığa ve nizaya yol açmayacak tasarruflarda gararı göz ardı etmişlerdir.

Çağdaş araştırmacıların genellikle Mâlikî görüşüne yakın oldukları görülmektedir. Bunlardan Senhûrî, Mâlikîlerin üçlü ayrımını aynen benimsemiştir.⁵⁴ Garar konusunu incelemiş olan Darîr ve sonraki araştırmacıların çoğu da, gararın yasaklanma illetinden hareketle, gararın akdin sıhhatine etki edebileceği alanı, yalnızca muâvezât alanı olarak tayin etmişlerdir. Ancak Mâlikîlerden farklı olarak, onlara göre, bunun ötesindeki akid ve işlemlerde, nikah ve hul' (muhâlea) da dâhil, gararın yasaklanma gerekçesi bulunmamaktadır.⁵⁵ Dolayısıyla çağdaş araştırmacılar üçlü ayrım yerine ikili ayrımı yeterli görmüşlerdir.

Öte yandan, çağdaş araştırmacıardan Ahmad Buang ise, doktora tezinde garar yasağının satım akdi dışındaki akidlere genişletilmesine olumsuz yaklaşmıştır. Buang'a göre, diğer isimli akidler, tabiat ve amaç bakımından satım akdinden farklıdır. Satım akdi için konulan şartları veya getirilen yasakları diğer akid ve tasarrufların tamamına kıyas yoluyla genişletmek uygun değildir. Aksi halde nasla sabit çok sayıda akdin 'kıyas'a aykırı olarak meşrû kılındığı' yönündeki açıklamalar zorunlu hale gelmektedir. Nitekim fıkıh mezheplerinin çoğunda satım akdinin kuralları esas alındığı için, kendilerinde yapısal olarak garar bulunan icâre, mudâربه vb. akidler, meşrûiyetlerini nistan almalarına rağmen, 'genel

⁵⁴ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, 3/49.

⁵⁵ Darîr, *el-Garar*, s. 585-6; İbn Abdullah, *The Concept of Gharar*, s. 122; Dönmez, "Garar", *DİA*, 13/369.

kurala (*kıyâs*) aykırı durumlar' olarak açıklanmıştır. İbn Teymiyye ve öğrencisi İbnü'l-Kayyim ise, icâre vb. akidlerin '*kıyâsa aykırı olarak meşrû kılındıkları*' iddiasını tamamen reddetmektedir.⁵⁶ Buang'a göre, satım dışındaki akidleri *müstakil akid* olarak değerlendiren fakihler de vardır. Mesela İmam Şâfî, icâre akdinin istisnaen değil müstakil olarak meşrû kılındığı kanaatindedir.⁵⁷

Öte yandan Buang'a göre, garar yasağının alanı bütün akidleri kapsayacak şekilde genişletilse bile, bazı ek hususlar bu etkiyi ortadan kaldırmaktadır. Garar içermesine rağmen söz konusu işlemi câiz kılan bir nassın bulunması, zaruret, örf-adet ve bazen de müracaat edilen hileler sonucunda gararın etkisi ortadan kalkmaktadır.⁵⁸

Buang'a göre, satım akdini esas almak yerine, hedefleri ve yapıları birbirinden farklı olan akid türleri için şartlar ayrı ayrı belirlenmelidir. Ancak bir akid türünün hedefi satım akdiyle birebir uyumluysa aynı şartlar onda da aranabilir. Buang, garar konusunda çözüm olarak, satım akdi dışındaki alanlarda gararın yasak oluşunu, akdin kolaylıkla tamamlanamaması, akdi riske sokması, tarafların haklarının ihlal edilmesi gibi genel kriterlere bağlanmasını önermektedir.⁵⁹

Kanaatimizce icâre vb. akidlerin birçok fıkıh kaynağında '*kıyâsın hilâfına sabit*' olduğunun belirtilmesi, bu akidlerin cevazına delil bulmak için değil, İslâm hukukunun genel prensiplerine ve borçlar hukukunun satım akdi örneğinde çizilen formel bütünlüğüne tam olarak uymadığını anlatma amacına matuftur. Öte yandan garar yasağının satım akdinin dışındaki muâvezât akidlerine genişletilmesi, nasların ve hukukun iç tutarlılığının bir gereğidir. Kur'an-ı Kerim'deki '*karşılıklı rıza*' vurgusu ve bunun da ancak akid ve akdin sonucu hakkında yeterince bilgiye sahip olunmasıyla sağlanacağı gerçeği, garar yasağının özellikle mal değişimini ve kazancını hedefleyen muâvezât alanına kıyas yoluyla genişletilmesini zorunlu kılmaktadır. Ayrıca aşırı gararın akidlerin meşrû kılınıp gerekçelerini ortadan kaldırması hatta kumar yasağını ihlal eder bir hale getirmesi de genişletmeyi zorunlu kılan etkenlerdendir.

Buang'ın eleştirisi, şirket ve icâre akidleri ile teberruât grubu akidlerde belli oranda haklı görülebilir. Bunların bir kısmında zaten bütün mezheplerin istisnaya gittiğini görüyoruz. Mesela Hanefî ve Hanbelîler de vasiyet ve hibe gibi akidleri kapsam dışında tutmuşlardır.

⁵⁶ İbnü'l-Kayyim, *I'lâmu'l-muvakkîn*, 2/23-30.

⁵⁷ Şâfî, *el-Ümm*, 5/43: (والإحارات أصول في أنفسها بيوع على وجهها).

⁵⁸ Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 135-137.

⁵⁹ Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 180.

Kanaatimizce burada orta bir yol olarak Mâlikî mezhebinin muâvezâtla sınırlayan görüşünün esas alınması uygun olacaktır. Ancak nizaya sebep olması, toplumsal huzuru bozucu bir niteliğe ulaşması halinde, diğer akid türlerinde de garar ve cehâletin yasaklanmasının konuyla ilgili genel ilkelerin ve nasların ruhuna uygun olacağını ifade etmek gerekir.

B. Gararın sonuç doğuracak miktarda olması

Çalışmamızda şu ana kadar zaman zaman azlık ve çokluk durumuna göre garar ve cehâlet türlerine değindik. Bu başlık altında garar ve cehâletin miktarı daha detaylı olarak ele alınacak, az mı çok mu olduğunda ihtilaf edilen durumlar için bir kriter konulmaya çalışılacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ticarete ve genel olarak akidlerde risk ve belirsizlikleri sıfıra indirmek hemen hemen imkânsızdır. Bu sebeple, akidlerin garar ve cehâletten bütünüyle uzak olmasını şart koşmak gerçekçi değildir. Zira böyle bir şart, akidleşmeyi adeta imkânsız hale getirir. Klasik dönem İslam hukukçuları da bu hususa dikkat çekmişlerdir. Mesela Ebu'l-Velîd el-Bâcî (ö. 494/1100), az miktarda gararın hemen bütün akidlerde bulunduğunu belirterek, bunun akde tesir etmeyeceğini ifade etmiştir.⁶⁰ İbn Teymiyye, satım akidinde bulunan maslahatın, az miktardaki garardan kaynaklanan sakıncaya takdim edildiğine dikkat çekmiştir.⁶¹ Şatîbî ise, *el-İ'tisâm*'ında akidlerden gararı tamamen kaldırmaya güç yetmeyeceğini, böyle yapılması halinde muâmelât kapısının daralacağını, muâvezât alanının ise tamamen kapanacağını belirtmiştir.⁶²

İslam hukuku, gerek gararın kaçınılmaz olması sebebiyle, gerekse hukukî işlemlerde güven ve istikrar ortamını ve tarafların akidleşme hürriyetini koruyabilmek için, akde tesiri konusunda gararın miktarını göz önüne almıştır. Bu amaçla, klasik fıkıh literatüründe hem *garar* hem de onun sebeplerinden olan *cehâlet*, miktar açısından ayrıma tabi tutulmuştur. Bu ayrım Mâlikîlerde net bir şekilde “az, orta ve çok” şeklinde belirlenmişken, diğer mezhep kaynaklarında daha ziyade az ve çok ayrımına yer verilmiş, orta dereceli garar ve cehâlete ‘hangi tarafa ilhâk edileceğinde ihtilaf olanlar’ şeklinde dolaylı olarak yer verilmiştir. Malikîlerdeki garar ve cehâletin söz konusu üçlü ayrımı, birbiriyle uyum halindedir ve bu

⁶⁰ Bâcî, *el-Müntekâ*, 5/41: وأما يسير الغرر فإنه لا يؤثر في فساد عقد بيع فإنه لا يكاد يخلو عقد منه

⁶¹ İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ'l-Kübrâ*, 4/33.

⁶² Şâtîbî, *el-İ'tisâm*, 3/54: نفي جميع الغرر في العقود لا يقدر عليه، وهو يضيق أبواب المعاملات ويحسم أبواب المعاوضات

sebeple Karâfi gibi bazı fakihlerce birlikte ele alınmıştır.⁶³ Bu tasniflerin, cehâlet ve gararın akde tesirini belirlemede büyük önemi söz konusudur.

Buna göre, gararı, çok (*kesîr*), orta (*vasat/mütevassıt*) ve az (*kalil/hakîr*) olmak üzere üçe ayırmak mümkündür.⁶⁴ Çok olan garar (mesela havadaki bir kuşun veya hayvanın karnındaki yavrunun satımı) ittifakla akdin sıhhatını olumsuz etkiler. Az olan garar (mesela cübbenin dolgu pamuğunun bilinmemesi, sabit para karşılığında kanıncaya kadar su içilmesi) ittifakla câizdir ve akdi etkilemez. Orta dereceli garar ise, az ve çoktan hangisine dâhil edileceğinde ihtilaf edilmiş olan garar örnekleridir.⁶⁵ Mesela kabuklu veya yerde gömülü zirai ürünlerin satışı, fiyat belirlenmeden veya piyasa fiyatına satış vb. örnekler orta dereceli garar içermektedir ve mezheplere göre iki taraftan birine ilhak edilmiştir.⁶⁶ Aynı durum, akid meclisinde bulunmayan mebinin tavsif yoluyla satılmasında da görülmektedir. Daha önce gördüğümüz üzere, Şâfiîler böyle bir satışı fahiş garar kabul ederek câiz görmemişlerdir. Hanefîler de bunu fahiş garara ilhak etmişler ancak müşteriye her durumda görme muhayyerliği tanıyarak bu gararı hafifletmişler ve bu satışı câiz görmüşlerdir. Mâlikîler ise bu satışı az garara ilhak etmişler ve bu sebeple mebinin tavsife uygun çıkması halinde müşteriye görme muhayyerliği tanımamışlardır.⁶⁷

Cehâleti de benzer şekilde *aşırı*, *orta* ve *az* (*fâhişe*, *mutavassıta* ve *yesîre*) olmak üzere üçe ayırmak mümkündür. Cehâletin tasnifinde nizâ ihtimalinin yüksekliği esas alınmıştır. İki uçta yer alan az ve aşırı cehâlete dâhil durumlarda genellikle görüş birliği vardır. Orta cehâlet ise, hangi tarafa dâhil edileceğinde tereddüt ve ihtilaf olan durumlardır.⁶⁸

⁶³ Karâfi, *el-Furûk*, 1/278.

⁶⁴ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/155; Karâfi, *el-Furûk*, 1/278; Mekkî, *Tehzibu'l-Furûk*, 1/277; “Dâbitü'l-garari'l-mufsid li'l-muâmelâti'l-mâliyye”, *el-Me'âyîru's-şer'iyye* (2010/1431), s. 420.

⁶⁵ Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/258; Nevevî, *Sahih Müslim bi-şerhi'n-Nevevî*, 10/156; İbn Rüşd el-Ced, *el-Mukaddimâtü'l-mumehhidât*, 2/73; Şâtübî, *el-Muvâfakât*, 5/117-8; Şâtübî, *el-İ'tisâm*, 3/55; İbnü'l-Kayyim, *Zâdü'l-me'âd*, 5/820.

⁶⁶ Az, orta ve çok garar örneklerine dair uzun bir liste için bkz. Darîr, *el-Garar*, s. 587-590.

⁶⁷ İbn Rüşd el-Hafid, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/156; Darîr, *el-Garar*, s. 590-591; Bilgili, *İslam Hukukunda Ma'dûmun Satımı*, s. 108.

⁶⁸ Mekkî, *Tehzibu'l-Furûk*, 1/277.

Akde etkisi açısından bakıldığında, aşırı garar-cehâletin akdin sıhhatine engel olduğu; az garar-cehâletin ise engel olmadığı konusunda fıkıh mezheplerinde ittifak vardır.⁶⁹ Orta gruptakilerin akde etkisi ise, hangi tarafa dâhil edileceğine dair ihtilafa göre değişmektedir.

Şâtıbî, az garar-çok garar şeklindeki ayrımı ve az olanın akde zarar vermemesini, kendi makâsîd teorisi açısından şöyle açıklamıştır:⁷⁰

Alışveriş zarûrîdir. Garar ve cehâletin bulunmaması ise muhtemel nizayı ortadan kaldırmak için tamamlayıcı (tahsînî veya tekmili) bir unsurdur. Tekmili unsurlar, ikmal ettikleri şeyleri iptal eder hale geldiklerinde daha önemli olanı korumak için toptan düşerler. Nitekim tekmili olan garar bütünüyle yasaklansaydı, zaruri olan alışveriş imkânsız hale gelecekti. Bu sebeple, kaçınılması mümkün olmayan az garar müsamaha ile karşılanmıştır. Aşırı (*kesîr*) garar ise hem içerdiği fazla risk, hem de kaçınılabılır olması sebebiyle câiz görülmemiştir.

Konunun daha netleşmesi için Şâtıbînin şu örneğini de nakletmekte fayda mülâhaza ediyoruz: İcâre akdi, zarûrî veya hâcîdir. Muâvezât alanında bedellerin varlığının şart koşulması ise tekmîli unsurdur. İcâreyi imkânsız hale getirmemek için icârede menfaatin baştan varlığı şart koşulmamıştır. Ancak ‘*ayn* cinsinden malların satımında, zorluk olmaksızın bu sağlanabildiği için, ma‘dûmun satımı -selem hariç- yasaklanmıştır.

Şâtıbî böylece hem garar hem de ma‘dûmun satışı konularını makâsîd açısından sağlam bir zemine oturtmaktadır. Ancak az gararın tespiti ayrı bir problem arz etmektedir. Fakihler, garar ve cehâletin miktarını tespit konusunda ortaya çıkan subjektiviteyi bir ölçüye bağlamaya çalışmışlardır. Bu konuda özellikle Mâlîkî fakihlerin mesai harcadıkları ve bir kriter koymaya çalıştıkları görülmektedir.

Ebu'l-Velîd el-Bâcî, fahiş gararı, “*çok miktarda garar içeren, gararın akde galebe çalıp, akdi kendisiyle tanımlanır hale getiren garar*” şeklinde tanımlamaya çalışmıştır. Az gararı ise ‘*nerdeyse hiçbir satım akdinin uzak kalamadığı garar*’ olarak nitelemiştir.⁷¹ Dede İbn Rüşd de aynı şekilde az gararı, “*satımların kendisinden uzak kalamadığı garar*” olarak

⁶⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/17; Kâdî Abdülvehhâb, *el-Maûne*, 2/57; İbn Rüşd el-Ced, *el-Mukaddimâtü'l-mumehhidât*, 2/73; Karâfî, *el-Furûk*, 3/433-4; İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-fikhiyye*, s. 404; Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/258; İbnü'l-Kayyim, *Zâdü'l-me'âd*, 5/820-1.

⁷⁰ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, 2/26-7; Şâtıbî, *el-İ'tisâm*, 3/54-5; “Hâce”, *Mv.F.*, 16/249.

⁷¹ Bâcî, *el-Müntekâ*, 5/41: ماكثر فيه الغرر وغلب عليه حتى صار البيع يوصف ببيع الغرر

ifade etmiştir.⁷² Yani gararlı satım, akdi gararlı olarak nitelendirmeye sebep olacak derecede çok garar içeren ve gararın akdin hakim vasfı haline geldiği satımdır.

Darîr'e göre, Bâcî'nin az ve çok garar tanımlarının sınırları net değildir ve az ile çok arasında aşırı boşluk bulunmaktadır.⁷³ Derâdike'ye göre de, Bâcî'nin getirdiği ölçü yetersizdir. Çünkü tasvir ettiği aşırı gararlı akid, cahiliyede uygulanmakta olup da Hz. Peygamber'in (s.a.) hadislerinde yasaklanan akidlerdir ve bunlarda gararın 'çok' olduğu zaten açıktır.⁷⁴ Kanaatimizce de Bâcî'nin tanımı ve koyduğu ölçü, garar kavramını yine kendisiyle açıklamaya çalıştığı için görüş ayrılıklarına son vermeyecektir.

Mısırlı Mâlikî fakih Desûkî (ö. 1230/1815) ise az gararı, “*insanların genellikle göz yumduğu miktar*” olarak ifade etmiştir.⁷⁵ Derâdike'ye göre, Desûkî'nin getirdiği tanım, kişiden kişiye değişmesi sebebiyle ‘gayr-ı munzabıt’ tır.⁷⁶

Akdin neticesi ve mebinin husûlü açısından yapılan başka bir ayırım da bu konuda bir kriter koymaya çalışmıştır. Buna göre, makud aleyhin hiç elde edilemediği veya kalitesiz ve az miktarda (*deniyyen ve nezran*) elde edilebildiği akidlerde garar çoktur ve akdi olumsuz etkiler. Makudun aleyhin çoğunluğunun elde edildiği akidlerdeki garar ise azdır ve akde etkisi yoktur. Ancak görüldüğü üzere bu ayırım olaya yalnızca mebinin husûlü açısından baktığı için yeterli değildir.⁷⁷

Öte yandan orta dereceli gararların hangi tarafa ilhak edileceğine dair de bazı kriterler gündeme gelmektedir. Orta dereceli bir garar-cehâlet türü, naslarda zikrediliyorsa, az veya çok garardan hangisine dâhil edileceği konusunda ayırım daha kolay olmaktadır. Mesela başağındaki buğdayın -afetten emin hale gelme alameti olan- sararmadan önce satımı, nasla yasaklanmış olması sebebiyle, bu örnekte aşırı garar hükümleri uygulanmıştır. Ayrıca mesela asr-ı saadette uygulandığı bilinen bir satımın yasaklandığının bilinmemesi de, Hz. Peygamber'in (s.a.) veya sahâbenin *takriri* olarak değerlendirilmekte ve bu satım az garar kapsamında değerlendirilmektedir.

Ancak naslarda yer almayan ve o dönemde uygulandığı bilinmeyen birçok orta garar-cehâlet içerikli satım hakkında ihtilaf söz konusu olmaktadır. Mesela bir malın ‘pazar

⁷² İbn Rüşd el-Ced, *el-Mukaddimâtü'l-mumehhidât*, 2/73: (الغور اليسير الذي لا تنفك البيوع منه مستخف مستحاز فيها)

⁷³ Darîr, *el-Garar*, s. 591.

⁷⁴ Derâdike, *Nazariyyetü'l-garar*, 1/99.

⁷⁵ Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 3/60: وهو ما شأن الناس التسامح فيه

⁷⁶ Derâdike, *Nazariyyetü'l-garar*, 1/100.

⁷⁷ Mekki, *Tehzibu'l-Furûk*, 1/276; Darîr, *el-Garar*, s. 592.

fiyatına' satılması veya akid meclisinde hazır bulunmayan malın satımı' (*bey'u'l-gâib*) gibi konular mezhepler arasında görüş ayrılıklarına sebep olmuştur.⁷⁸

Benzer şekilde görüş ayrılığına sebep olan diğer bir husus, iki elbiseden birini almak üzere müşteriye muhayyerlik tanınıp, hangi elbisenin satıldığı kararlaştırılmadan tarafların ayrılması örneğidir: Ebû Hanîfe ve Şâfiî, mebisi tayin edilmemiş bir satım akdi olması sebebiyle bu satımdaki belirsizliği 'fahiş garar' kabul etmiş ve akdi sahih görmemiştir. İmam Mâlik ise satıma konu olan iki nesnenin sınıflarının aynı (*müsteviye*) olması sebebiyle bu muhayyerlikten kaynaklanan belirsizliği 'az garar'a ilhak etmiş ve akdi sahih kabul etmiştir. Ancak bu akdi sahih kabul eden İmam Mâlik'in görüşünü esas alan bir satımda şöyle bir problem ortaya çıkmaktadır: Muhayyerlik durumu devam eden bu iki mebiden birisinin yok olması veya ayıplı hale gelmesi durumunda bu hasar hangi tarafa ait kabul edilecektir? Bu konu Mâlikî mezhebi içinde tartışılmış ve konuyla ilgili farklı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır.⁷⁹

Görüldüğü üzere klasik literatürde bu konuda somut objektif bir ölçü –bildiğimiz kadarıyla- önerilmemiştir. Çağdaş araştırmacılara baktığımızda, onların konuyu daha çok toplumsal şartlara ve insanların ihtiyaçlarına bırakmayı tercih ettikleri görülmektedir. Aslında klasik fukahanın da bu görüşte oldukları söylenebilir. Çünkü konuyu soyut (teorik) olarak veya ihtiyaç temelli açıklamışlardır. Bunlar ise zaman ve zemine göre değişebilen faktörlerdir.

Çağdaş hukukçulardan Senhûrî, İslam hukukunda fahiş garar konusunda esnek kriterlerin benimsenmiş olmasını olumlu karşılamıştır. Senhûrî, gararın kesin bir ölçüsünün bulunmayıp esnek olmasını 'İslam fikhının güzelliklerinden birisi' olarak ifade etmiş ve bu sayede İslam hukukunun her asra ve örfe uyum sağlayabileceğini; sürekli gelişme halindeki medeniyetin her dönemdeki gereksinimlerine ayak uydurabileceğini söylemiştir.⁸⁰

Senhûrî, tikel örneklerdeki gararın, hangi garar türüne dâhil olduğunun, ihtiyaç/hâcet durumunu da göz önüne alarak, zaman ve şartların ışığında belirlenmesi gerektiği kanaatindedir. Ona göre, belli bir zamanda yaşayan bir toplumun şartları, neyin fahiş garar olup olmadığını belirlemede hakim unsurdur. Senhûrî, modern ekonominin gelişimiyle, geçmişte câiz görülmeyen bazı işlemlerin günümüzde câiz olacağını, bu konuda daha müsamahalı olunması gerektiğini söylemektedir.

Senhûrî'ye göre, mesela gelecekte var olacağı kesin olmayan bir mebinin satımında mebinin yeterince tavsif edilmesi ve bu niteliklerin akid kurulurken şart koşulması halinde,

⁷⁸ İbn Rüşd el-Hafid, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/156; Darîr, *el-Garar*, s. 589-590.

⁷⁹ Konunun detayı için Karâfi, *el-Furûk*, 1/277 ve devamına bakılabilir.

⁸⁰ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, 3/49-51.

garar oldukça az oluşacaktır. Neticede, teslim alınan mebi şart koşulan tavsife uyarsa akid geçerli olacak, aksi halde geçersiz olacaktır. Yalnızca mebinin tavsif edilmemesi durumunda fahiş garar oluşacaktır, zira bu bir çeşit kumar (*mukâmera*) niteliğindedir.⁸¹

Darîr'e göre, az ve çok garar için getirilen ölçüler hep orta miktardaki gararı açıkta bırakmaktadır, bu da konu hakkındaki ihtilafı ortadan kaldıramamaktadır. Darîr, gararın ölçüsünü tespit konusunda iki farklı yol önermektedir. Bunlardan birincisi, garar konusundaki üçlü tasnifin (az-orta-çok) içeriğinin yani furû örneklerin hangi garar kapsamına gireceğinin zamana ve şartlara göre belirlenmesi ve şartların değişmesiyle güncellenmesidir. Darîr'in ikinci teklifi ise, yalnızca fahiş gararı tanımlamak, bu kapsama girmeyen gararı ise gayr-i müessir kabul etmektir. Darîr'e göre, fahiş garar için en uygun tanım ise, Bâcî'nin yukarıda verdiğimiz tanımımızdır. Darîr, bu tanımın geçerliliğine gerekçe olarak, 'olgunlaşmadan satım' olayında Hz. Peygamber'e (s.a.) intikal eden şikayetlerin artması üzerine Hz. Peygamber'in (s.a.) bunu yasaklamasını örnek göstermektedir.⁸² Kanaatimizce ilk öneri yani konuyu şart ve zamana göre yorumlama önerisi oldukça subjektif bir mahiyet arz etmektedir. İkinci öneri ise daha sağlıklı görünmektedir. Ancak burada da Bâcî'nin tanımını esas almak, ilk önerideki gibi subjektivite problemini doğuracaktır.

Derâdike de diğer müelliflerle aynı kanaattedir. Ona göre, belli bir dönemde akidlerde az, orta veya çok kabul edilen garar, sonraki bir dönemde farklı kabul edilebilmektedir. Bu sebeple, gararın ölçüsü sabit olmamalı; zamana, örf ve medeniyetin gelişim seyrine bırakılmalıdır.⁸³

Buang da bu konuda belirli bir ölçüt koymamış, genel ilkeleri belirtmekle yetinmiştir. Buang'a göre, bir akiddeki gararın az garar olmasının üç şartı vardır:⁸⁴

- a) akdin naslarda doğrudan yasaklanmamış olması
- b) akdin nizaya sebebiyet vermemesi
- c) insanların bu nitelikteki işleme ihtiyaç duymaları sebebiyle bu akdi gönüllü olarak kurmaları

AAOIFI hazırladığı ölçütte Bâcî'ye dayanan tanımları esas almış, bunu 'nizaya yol açma' ve değişkenlik prensipleriyle birleştirmiştir. Buna göre, fahiş garar içeren akidler, akdin hakim vasfı haline gelen ve bu sebeple akdi gararlı olarak nitelendirmeye sebep olacak

⁸¹ Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, 3/49-51; Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 210.

⁸² Darîr, *el-Garar*, s. 592-593.

⁸³ Derâdike, *Nazariyyetü'l-garar*, 1/100.

⁸⁴ Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 176.

derecede çok garar içeren, nizaya yol açma potansiyeli olan akidlerdir. Bunlar ise zaman ve mekana göre değişen, örfe dayanan hususlardır. Verilen örnekler ise, zirai ürünlerin ortaya çıkmadan satılması, bilinmeyen bir vadeyle kiralama, vade dolusunda piyasada bulunacağı zann-ı galible bilinmeyen malların selem akdine konu edilmesidir. Az gararlı akidler ise, hiçbir akdin uzak kalamadığı miktarda garar içeren ve nizaya yol açmayan akidlerdir. Buna verilen örnekler, bir evin temeliyle birlikte satılması ve ayın günleri değişmekle birlikte aylık kiranın sabit olmasıdır.⁸⁵

Gararın miktarı konusunda objektif bir ölçüye ulaşmak ve aralarında net bir çizgi çizmek oldukça zor görünmektedir. İslam hukukçularının bu konuda sağlam bir ölçü koymaya yönelik gayretlerinin beklenen sonucu vermediği görülmektedir.

Dönmez'in ifadesiyle, bu konuda "*fakihlerin ortak kanaatini yansıtan bir ölçünün bulunmasına*" ve "*değişen şartlar ve uygulamalar ışığında somut sonuçlara ulaşmayı daha kolay hale getiren kavramlar ve ayrımlar geliştirilmesi*"ne ihtiyaç vardır.⁸⁶ Kanaatimizce Darîr'in ikinci önerisinden hareketle, üniversitelerde ve Fıkıh akademilerinde yapılacak kolektif çalışmalarla bu yönde bazı ilke ve ölçütlerin geliştirilmesi mümkündür.

C. Gararın akdin konusunda aslî olarak bulunması

Gararın akde etkisi tespit edilirken, sadece gararın varlığıyla yetinilmemeli, o akidden amaçlanan gayeyi etkileme ihtimali de göz önüne alınmalıdır. Bu açıdan bakıldığında, gararın *akdin sigasında* bulunması halinde, akid her durumda etkilenirken; *akdin konusunda* (mebide) bulunması durumunda, gararın konumuna göre akde etkisi değişmektedir. Yani gararın doğrudan mebide mi yoksa ona tabi ikincil unsurlarda mı bulunduğu, gararın akde etkisini tespitinde önem arz etmektedir.

İslam hukukunda genel kabul gören görüşe göre, doğrudan mebide garar ve cehâlet söz konusu değilse, mebiye tabi unsurların garar taşınması akdin sıhhatini etkilemez. Mesela hamile bir hayvanın satımında, karnındaki yavrunun durumu belirsiz olmasına rağmen, bu yavrunun satıma dâhil olması satımın sıhhatini etkilememektedir. Halbuki hayvanın karnındaki yavrunun annesinden ayrı olarak satımı garar sebebiyle geçersizdir.⁸⁷

⁸⁵ "Dâbitu'l-ğarari'l-mufsid li'l-muâmelâti'l-mâliyye", *el-Me'âyîru's-şer'iyye* (2010/1431), s. 420.

⁸⁶ Dönmez, "Garar", *DİA*, 13/369.

⁸⁷ Şeybânî, *el-Hucce*, 2/699-700; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 5/63; İbn Cüzey, *el-Kavânîni'l-fikhiyye*, s. 405; Müzenî, *Muhtasarü'l-Müzenî*, s. 123; Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/258; İbn Hacer, *Fethu'l-Bârî*, 4/357; Aynî, *Umdetü'l-kârî*, 11/265; Dönmez, "Garar", *DİA*, 13/369.

Görüldüğü üzere, müstakil olarak satıma konu olduğunda garar sebebiyle akdin sıhhatine engel olan şeyler, akidde ikincil olarak (*tebe'an*) bulunduğu etkisiz hale gelmektedir çünkü bu durumdaki garar akdin amacına bir zarar vermemektedir. Garar mebinin ikincil unsurlarında (*tevâbi'*) bulunuyorsa, akdin bütününden hedeflenen gayenin zedelenmesi ve tarafların zarara uğrama ihtimali olmadığı sürece akid geçerli sayılmaktadır.

Bu konu, bazı külli kaide ve dâbitlarla da düzenlenmiştir. Mecelle'nin 54. maddesinde “*Bizzât tecvîz olunmayan şey, bitteba' tecvîz olunabilir*” şeklinde yer alan külli kaide⁸⁸ ile; Bedâyi'de zikredilen “*(Akidden) amaçlanan şeyde, (akidde) zımnen ve tebean bulunanda aranmayan şartlar aranır.*” dâbitası bunlardandır.⁸⁹ İbn Kudâme (ö. 620/1223) ise bu ilkenin garar konusundaki uygulamasını “*Metbû'da (asilda) câiz olmayan garar, tâbide câiz olur.*” şeklinde bir ilke haline getirmiştir.⁹⁰

Bu konunun klasik fıkıh kaynaklarında çokça zikredilen örnekleri şunlardır:⁹¹

- Memesinde süt olan hayvanın satımının câiz olduğu konusunda icma vardır. Halbuki sütün miktarı bilinmemektedir. Bu konunun delili, *musarrât* hadisidir.⁹²

- Olgunlaşmamış zirai mahsül müstakil olarak satılamaz iken, ağacının veya arazinin satılması durumunda, bunlarla birlikte satıma dâhil olması mümkündür.⁹³ Aynı şekilde henüz meyvesi ortaya çıkmamış hurma ağacının, çıkacak meyvesiyle birlikte satılabileceği konusunda, açık nas⁹⁴ gereği icma vardır.⁹⁵

- Yukarıda da zikredildiği üzere, gebe bir hayvan, karnındaki yavruyla birlikte

⁸⁸ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 3/318: (يعتفر في التوابع ما لا يعتفر في غيرها); Sübkî, *el-Mecmû (Tekmiletü's-Sübkî)*, 11/153.

⁸⁹ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 6/58: (يشترط للثابت مقصودا ما لا يشترط للثابت ضمنا وتبعاً); Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 178.

⁹⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/141, 150: (يجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع); Zerkeşî, *el-Mensûr fi'l-kavâid*, 3/376-7: (يعتفر في الشيء إذا كان تابعا ما لا يعتفر إذا كان مقصودا).

⁹¹ Bu konudaki örneklerin ayrıntısı için bkz. Darîr, *el-Garar*, s. 595-599; Derâdike, *Nazariyyetü'l-garar*, 1/102-107.

⁹² İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/141, 150; Nevevî, *el-Mecmû*, 9/326: أجمع المسلمون على جواز بيع حيوان في ضرعه لبن

⁹³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/150; İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetu'l-muhtâc*, 4/463.

⁹⁴ Buhârî, “Müsâkât”, 17, “Şurût”, 2; Müslim, “Buyû”, 77: “Kim aşılansın bir hurma ağacını satarsa, hurması aşılansın aittir. Müşterinin (hurmaları da almayı) şart koşması müstesna.” (من باع نخلا قد أبرت، فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع)

⁹⁵ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/150; Darîr, *el-Garar*, 595-6.

satılabilir.⁹⁶

- Dolgu malzemesi bilinmeyen cübbenin satımı câizdir.⁹⁷

- Bir evin temelini (*esâsu'd-dâr*) müstakil olarak satmak (görülmediği için) câiz değilken, ev satılırken eve tebean satılabilir.⁹⁸

- *Efrâd-ı mütelâhika* olarak ifade edilen ve peşisıra ürün veren kavun, salatalık, üzüm ve gül gibi bitkilerin ürünlerinin tamamının bu ilkeye göre satılabileceği Ebu Bekir Muhammed b. Fadl (ö.381/991) gibi Buhârâlı Hanefî fakihlerce söylenmiştir.⁹⁹

Verilen furû örneklerden de görüldüğü üzere, akidden amaçlanın şeyin kendisinde değil de ikincil unsurlarında bulunan garar, akdi etkilememektedir.

D. Akde ihtiyacın bulunmaması

Bilindiği üzere, İslam dini insanların dünya ve ahiret maslahatlarını temin gayesi gütmektedir. İslam'ın getirdiği hükümlerin nihai amacı, *dünya ve ahirette insanların maslahatlarını temin etmek, onlardan zararı uzaklaştırmaktır*.

İslam hukuku, bu amaca uygun olarak, koyduğu birçok hükümde toplumun ihtiyaçlarını, uygulama ve örfünü göz önünde bulundurmuş; normalin üstünde güçlük ve sıkıntı oluşturacak durumlarla ilgili istisnai hükümler ve hafifletmeler getirmiştir.

Bu kapsamda, umûm üzere bırakılan nasların ve yasakların, ihtiyaç, örf ya da daha özel naslarla esnetilebildiği görülmektedir. Özellikle hukuki düzenlemelere esas teşkil eden umûmi naslar, kat'î ve zarurî maslahat sebebiyle tahsîs edilebilmektedir. Buradaki tahsisten amaç, genel hükmü değiştirmek değil, Şâriin hükümden kastını araştırarak, lafzı kapsadığı fertlerden bir kısmına kasretme ve neticede aslında Şâriin murâdını gerçekleştirmektir.¹⁰⁰

Garar konusuna bu açıdan bakıldığında, benzer bir manzara ortaya çıkmaktadır: İnsanların uyguladığı birçok akid, cehâlet ve garar içerebilmektedir. Bunların epeyce bir kısmının içerdiği garar 'az' olması sebebiyle -yukarıda geçtiği üzere- akdin sıhhatine zarar vermez. Asli unsurlarında 'orta' veya 'çok' denebilecek miktarda garar içeren bazı akidlerin

⁹⁶ Nevevî, *el-Mecmû*, 9/323; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/141.

⁹⁷ Nevevî, *el-Mecmû*, 9/258, 301, 323-324.

⁹⁸ Nevevî, *el-Mecmû*, 9/301; İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetu'l-muhtâc*, 4/463.

⁹⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/197: 'أجعل الموجود أصلا في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعاً'; Zeylaî, *Tebyînu'l-hakâik*, 4/12.

(Ardıardına yetişen güllerin bir akidle satılabileceği, İmam Muhammed'den de nakledilmiştir.)

¹⁰⁰ Yaman, Ahmet, "İslam Hukuk İlmi Açısından Makâsîd İctihadının ya da Teleolojik Yorum Yönteminin İlkeleri Üzerine", *Marîfe*, yıl: 2, sayı: 1, Bahar 2002, s. 39-40.

durumu ise, kendilerine duyulan ihtiyaç ve yasaklanması durumunda ortaya çıkacak meşakkate göre değişkenlik arz etmektedir.

İhtiyaç (hâcet) durumunda, gararın akdin sıhhatini etkilemeyeceği hemen tüm mezheplerce genel bir ilke olarak kabul edilmiştir. Birçok fakih, gararlı satıma ihtiyaç duyulması ve meşakkatsiz olarak garardan kaçınmanın mümkün olmaması durumunda, garar içeren bir akdin câiz olacağını ifade etmişlerdir.¹⁰¹

İbn Teymiyye'ye göre, fikhın hükümleri bütünüyle şu ilke üzerine oturmuştur: “*Haram kılınmayı gerektiren bir mefsedetın karşısına, tercihe şayan bir hâcet çıkarsa, haram kılınan şey mübah hale gelir*”.¹⁰² O'na göre, insanların kendisine çok ihtiyaç duydukları, üstelik ‘garûr’un (aldanmanın/riskin) az (*yesîr*) olduğu tasarrufların yasaklanmasındaki zarar, mefsedet(e sebep olma) ihtimalinden fazladır. Bu sebeple, bu ilke gereği, bunlar câiz hale gelmektedir. At ve deveyle yapılan yarışlarda ödül verilmesi, meyvenin salâhı görüldükten (*büdüvvü salah*) sonra meyve tamamen olgunlaşınca kadar (*ila kemali's-salâh*) ağaçta kalmasına izin verilmesi, bu kapsamdaki örneklerdir.¹⁰³

Öte yandan Takiyyuddin Sübkî (ö. 756/1355), Nevevî'nin el-Mecmu'una yazdığı tekmilede, arâyâ satışının câiz oluşunu açıklarken şu ilkeyi belirtmiştir: “*Hâcet olmadığı için az gararla câiz olmayan bir şey, kendisine ihtiyaç duyulduğunda çok garar içerse de câiz hale gelebilir*”.¹⁰⁴

İhtiyaç sebebiyle gararlı akidlere izin verilmesi, iki farklı boyutta gündeme gelmektedir. Bunlardan ilki, ibtidaen Şâri tarafından hükümlerin konulması esnasında insanların ihtiyaçları göz önüne alınarak bazı akidlerin câiz kılınmasıdır. Mesela selem, istisnâ‘, icâre, cuâle ve müzaraa gibi akidlerin ve şart muhayyerliği gibi bazı muhayyerliklerin naslarla meşrû kılınmış olması bu kapsamdadır. İkinci gruptakiler ise, genel fihhi kurallara aykırı olduğu halde, duyulan ihtiyaç sebebiyle ictihad yoluyla cevaz verilen münferit hususlardır. Mesela

¹⁰¹ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/175-176; İbn Rüşd el-Hafid, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/157 (والأصل عنده (مالك) أن (من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة (إذا دعت الحاجة إلى ارتكاب الغرر ولا يمكن الاحتراز عنه إلا بمشقة أو كان الغرر حقيراً جاز البيع وإلا فلا) İbn Teymiyye, *el-Şerhi'n-Nevevî*, 10/156 (فليس كل غرر سبباً للتحريم، والغرر إذا كان يسيراً أو لا يمكن الاحتراز (منه، لم يكن مانعاً من صحة العقد

¹⁰² İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ'l-Kübrâ*, 4/31: والشرعية جميعها مبنية على أن المفسدة المتقضية للتحريم إذا عارضتها حاجة راحة أبيع المحرم:

¹⁰³ İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ'l-Kübrâ*, 4/31.

¹⁰⁴ Sübkî, *el-Mecmû (Tekmiletü's-Sübkî)*, 11/16: قد يجوز مع كثرة الغرر للحاجة إليه ما لا يجوز مع قلة الغرر لعدم الحاجة:

daha önceki bölümlerde ayrıntılı olarak ele aldığımız, nakit muhayyerliği, kabuklu meyve ve sebzelerin satımı, *efrâd-ı mütelâhika* niteliğindeki zirai ürünlerin satışı, sabit ücretle hamama girmenin câiz olması vb. hükümler bu kapsamdadır.¹⁰⁵ Her iki grupta da ihtiyacın gararın olumsuz etkisini ortadan kaldırmasının örnekleri görülmektedir. Ancak bizi burada daha ziyade ikinci grup ilgilendirmektedir.

Öte yandan, gararlı bir akde gerçekten ihtiyaç olduğundan emin olmak için fihhi mezheplerin bazı şartlar ileri sürdükleri görülmektedir. Söz gelimi Mâlikîler, *bey' u 'l-ğâibin* câiz olabilmesi için ‘mebinin çok yakında olmamasını’ şart koşarken, ihtiyaç ve meşakkatî esas almışlardır. Çok yakındaki bir şeyi rahatlıkla görme veya gösterme imkânı vardır ve garara girmeye ihtiyaç yoktur.¹⁰⁶ Yine çuval, sandık vb. kaplardaki şeylerin buldukları kaplardan çıkarılmadan tavsifle satılmasını, ancak bunların çıkarılmasında ciddi meşakkat olması durumunda câiz görmüşlerdir.¹⁰⁷

Zarûret, hâcet ve meşakkat terimleri ile gararın ilişkisini daha net ortaya koymak için, bu terimlere ve konuyla ilgili hükümlere ana hatlarıyla yer vermek istiyoruz:

1. Zaruret ve Hacet

Zaruret ve hacet (ihtiyaç), İslam fihhinde sıkça gündeme gelen, meşakkat ve kolaylaştırma konularıyla da yakından ilintili iki terimdir.

Zaruret, genellikle, kişinin yasaklanmış bir fiili işlemediği takdirde hayatını yitireceği veya yitirmeye yüz tutacağı (böyle bir kanaate sahip olunan) durum olarak tanımlanmıştır.¹⁰⁸ Dolayısıyla ‘zaruret’ denilince, kişinin hayatına veya bir uzvuna mal olacak, ölüm-kalım meselesi haline gelmiş durumlar anlaşılmaktadır. Ticaret alanında bu nitelikte bir durumla

¹⁰⁵ İhtiyacın hükümlere etkisinin bu iki farklı boyutu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Abdullah b. Beyye, “el-Fark beyne'd-darûra ve'l-hâce tatbîkan alâ ba'dı ahvâli'l-ekalliyyâti'l-muslime”, *el-Mecelletu'l-İlmiyye li Meclisi'l-iftâi'l-ürubbî*, Sayı: 4-5, İrlanda 1425/2004, s. 121-171; Çalış, Halit, “İhtiyaç Kavramı ve Hükme Etkisi”, Samsun’da 5-6 Mayıs 2012 tarihinde düzenlenen IX. İlahiyat Fakülteleri İslam Hukuku Anabilim Dalları Koordinasyon Toplantısında sunulmuş tebliğ metni.

¹⁰⁶ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/155; Karâfi, *el-Furûk*, 3/396; İbn Cüzey, *el-Kavânîni'l-fikhiyye*, s. 405; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2/168.

¹⁰⁷ Özdirek, *İslam Hukukunda Akit Hürriyetini Sınırlayan Durumlar*, s. 204.

¹⁰⁸ Mesela bkz. Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1/159 (حوف الضرر على نفسه أو بعض أعضائه بتركه الأكل); Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 85 (حوف الضرر على نفسه أو قارب وهذا يبيح تناول الحرام); Zerkeşi, *el-Mensûr fi'l-kavâid*, 2/319.

karşılaşma ihtimali pek yoktur. Ticarî sahada, daha ziyade, *hâcet* terimiyle ifade edilen bir alt seviyedeki durumlar ortaya çıkabilir.¹⁰⁹

Hacet ise, karşılanmaması halinde kişinin zorluk ve meşakkate düşeceği, fakat hayatî tehlikeye mâruz kalmayacağı durumdur. Hâcetler karşılanmadığında, insanların işleri çok zorlaşır, ciddi sıkıntı yaşarlar. Ancak yaşanacak bu zorluk ve sıkıntılar, zaruretlerin yokluğundaki mefsedete ulaşmazlar. Mesela aşırı aç olan oruçlu bir kişi, hâcet durumu olduğu için orucunu bozabilir ancak aynı kişi helal rızık bulamadıysa ölme veya vücuduna bir zarar gelme tehlikesi olmadığı sürece haram yiyemez.¹¹⁰

Belirttiğimiz üzere, ticarî sahada, özellikle de cehâlet ve garar konusunda teknik anlamıyla ‘zaruret’ kapsamına girecek bir durum -bildiğimiz kadarıyla- söz konusu değildir. Ayrıca zaten hacet sebebiyle câiz görülen bir uygulama, hacetin zaruret haline dönüşmesi halinde de câiz olacaktır. Bu sebeplerle olsa gerek, literatürde garar konusunda ‘zaruret’ terimi zaman zaman esnek olarak hacet yerine kullanılmıştır. Bu kullanımlarda verilen örnekleri incelediğimizde, “zaruret” kelimesininin kullanıldığı bütün durumlarda “hacet” anlamının kastedildiği görülmektedir.¹¹¹ Nitekim aynı tespiti yapmış olan Darîr, gararın şartlarını ele alırken ‘zaruret’ durumuna yer vermemiş, yalnızca *hâcet* durumunu zikretmeyi yeterli görmüştür.¹¹²

Konunun bu noktasında, hâcetın hükme etkisinin ne olacağı gündeme gelmektedir. İslâm hukuk literatüründe genellikle hâcet de zarûret gibi telakki edilmiştir. Cüveynî’ye (ö. 478/1085) göre, umûmi toplumsal ihtiyaçlar (*el-hâce el-âmm*) ferdî zarûret gibi kabul edilmelidir. Hatta bu ihtiyaçların yasaklanması halinde topluma vereceği zarar açısından bunlar ferdî zarurettten daha güçlü durumdur.¹¹³

¹⁰⁹ Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 151-152.

¹¹⁰ Suyûtî, *el-Eşbâh ve’n-nezâir*, s. 85; Zerkeşî, *el-Mensûr fi’l-kavâid*, 2/319:

والحاجة كالجائع الذي لو لم يجد ما يأكله لم يهلك غير أنه يكون في جهد ومشقة. وهذا لا يبيح الحرام، ويبح الفطر في الصوم

¹¹¹ Bu tür bir kullanıma en yaygın olarak Mâlikî literatüründe rastlanılmaktadır. Mesela bkz. İbn Rüşd el-Ced, *el-Beyân ve’t-tahsîl*, 8/262; Bâcî, *el-Müntekâ*, 5/112; Karâfî, *ez-Zehîra*, 5/92-93, 5/192-193; Mevâk, *et-Tâc ve’l-iklîl*, 6/230; Derdîr, *eş-Şerhu’s-sağîr*, 3/60; Desûkî, *Hâşiyetü’d-Desûkî*, 3/24. Diğer mezheplerde nadiren görülen bu kullanıma birkaç Şâfiî örnek için bkz. Mâverîdî, *el-Hâvî’l-kebîr*, 5/196-7; İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetu’l-muhtâc*, 4/250; Ramlî, *Nihâyetü’l-muhtâc*, 3/405.

¹¹² Darîr, *el-Garar*, s. 601-602.

¹¹³ Cüveynî, *el-Burhân*, 2/606-7: (الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة في حق آحاد الأشخاص); Cüveynî, *el-Ğıyâsî*, thk. Abdülazîm ed-Dîb, yy. 1401, s. 478-479: (بل الحاجة في حق الناس كافة تنزل منزلة الضرورة، في حق الواحد المضطر).

Suyûtî ve İbn Nüceym gibi kavâid müellifleri bu hükmü formüle ederken, *'husûsî hâcet'* i de bu kapsama almışlardır.¹¹⁴ Nitekim Mecelle'nin 32. maddesinde bu ilke "*Hâcet - umûmî olsun, hususi olsun- zarûret menzilesine tenzil olunur*" şeklinde ifade edilmiştir. Bu kâidede *'umûmî'* olmaktan kasıt, tüm ümmet için hâcet niteliğinde olması; *'husûsî'* den kasıt ise ümmetten bir grup için (belli bir yerleşim yeri, meslek grubu vb.) hâcet niteliğinde olmasıdır. Yoksa burada kişisel (ferdî) bir hâcet kastedilmemektedir.¹¹⁵

Bu bilgilerden hareketle, hacet ile ruhsat arasında, zaruretle ruhsat arasındaki ilişkiye benzer bir ilişki olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla hacet, ruhsata yol açan meşakkat ve özür gibi durumların genel çerçevesini oluşturmaktadır.¹¹⁶

Öte yandan suistimali önlemek için bu konuya fukaha tarafından bazı şart ve kayıtlar getirilmiştir:

a) Söz konusu hâcet durumuna alternatif bulunmamalıdır (*hâce mute'ayyine* olmalıdır). Akidle hedeflenen şeye ulaşmanın garar ve aşırı meşakkat içermeyen başka meşrû bir yolu bulunmamalıdır. Mesela sütünü içmek için hayvan kiralamak câiz görülmemiştir çünkü sütün sağıldıktan sonra da satın alınması mümkündür, ancak alternatifi olmadığı için garar içermesine rağmen süt anne kiralamak câiz görülmüştür. *Efrâd-ı mütelâhikanın* satımını çaresiz görenler buna cevaz vermişken, farklı şekillerde de satılabileceğini düşünenler câiz görmemişlerdir.¹¹⁷ Günümüzde *'karşılıklı sigorta'* imkânı bulunmayan durumlarda *'ticarî sigorta'* ya cevaz verilmesi de aynı gerekçeye dayanmaktadır.¹¹⁸

b) Söz konusu hacet, ya tüm müslümanları (*hâce âmme*) veya müslümanların bir grubunu (*hâce hâssa*) ilgilendiriyor olmalıdır.¹¹⁹ Şahısların bireysel hâcet durumları (*hâce ferdîyye*) ise geçerli kabul edilmemiştir.

¹¹⁴ Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 88; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, 1/293. Ortak ifade: (الحاجة تنزل منزلة)
(الضرورة عامة كانت أو خاصة)

¹¹⁵ Zerkâ, *el-Medhal*, 2/1005; Darîr, *el-Garar*, s. 604-5; Derâdike, *Nazariyyetü'l-garar*, 1/111; Çalış, Halit, *İslam'da Kolaylaştırma İlkesi*, s. 81-82.

¹¹⁶ Bkz. Şâtübî, *el-Muvâfakât*, 2/21; Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 76-80; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, 1/245-267; Çalış, Halit, *İslam'da Kolaylaştırma İlkesi*, s. 82.

¹¹⁷ Darîr, *el-Garar*, s. 605-7.

¹¹⁸ "Dâbitü'l-ğarari'l-mufsid li'l-muâmelâti'l-mâliyye", *el-Me'âyîru's-şer'iyye (2010/1431)*, s. 421.

¹¹⁹ *Hâce hâssa'* belli bir zümreyi veya meslek grubunun ihtiyacıdır. Mesela mücahitlerin gayri müslim ülkeye cihada çıktıklarında gayri Müslim mallarından makul ölçüde yemeleri, kılıç işlememesi için ipek giymeleri, genç görünmek için siyah kına yakmaları vb. ruhsatlar bu türden özel ihtiyacın örneğidir. (Zerkeşî, *el-Mensûr fi'l-kavâid*, 2/25-26.)

c) İhtiyaç kendi miktarı ile sınırlı tutulmalıdır. Nasıl ki zaruret sebebiyle bir şey ancak zarureti giderecek miktarda câiz hale geliyorsa,¹²⁰ aynı kural hâcet için de geçerlidir.¹²¹ İhtiyaçların karşılanmasında, ihtiyaç miktarıyla yetinilecek ve ihtiyaç olmayan miktara ve alanlara geçilmeyecektir.¹²² Doğrudan konumuzla ilgili örnek verecek olursak, Hanefilere göre iki veya üç elbise için *tayin muhayyerliği* câizdir, zira insanların bu muhayyerliğe ihtiyaçları vardır, burada cehâlet varsa da nizaya yol açma söz konusu değildir. Ancak Hanefiler dört elbise için buna cevaz vermemişlerdir. Dört elbisede de niza ihtimali olmamasına rağmen, bunun câiz olmaması, buna ihtiyaç olmaması sebebiyledir. Zira iyi, orta ve düşük kalite olmak üzere üç elbisenin tespiti (en azından o dönemde) insanların ihtiyacını karşılamaktadır.¹²³ Aynı sebeple Hanefiler tayin muhayyerliğini müşteri için câiz görmüşken, satıcı için buna ihtiyaç olmadığı gerekçesiyle -Kerhi hariç- câiz görmemişlerdir.¹²⁴ Aynı gerekçeyle Ebû Hanîfe ile Züfer şart muhayyerliğini üç günle sınırlı tutmuşlardır.¹²⁵

Ancak subjektif yönü olan bu prensibin uygulanmasında bazı yorum farklılıklarının ortaya çıkması kaçınılmazdır.¹²⁶ Nitekim bazı orta derecede garar içeren akid türlerine kimi fakihler ihtiyaç (hâcet) gerekçesiyle cevaz vermişken, kimileri de ihtiyaç durumu görmedikleri için cevaz vermemişlerdir.

Mesela Hanefiler ve Şâfiîler genel olarak havuç, soğan ve sarımsak gibi yeraltında gömülü şeylerin topraktan çıkarılmadan satımını garar sebebiyle câiz görmezken, İmam Mâlik, Evzâî (ö. 157/774) ve İshak b. Râhûyeh (ö. 238/853) gibi fakihler ihtiyaç sebebiyle bunların yerde gömülükten satılmasına cevaz vermişlerdir. Cevaz verenler bu satışı *efrâd-ı mütelâhıkaya* benzetirlerken, cevaz vermeyenler bunu hayvanın karnındaki ceninin satımına benzetmişlerdir.¹²⁷

¹²⁰ Mecelle'deki ifadesiyle, "Zaruretler kendi miktârınca takdir olunur" (22. madde).

¹²¹ Şâtübî, *el-Muvâfakât*, 1/466, 468; Zerkeşî, *el-Mensûr fi'l-kavâid*, 2/317; Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 84.

¹²² Karâfî, *el-Furûk*, 3/478, 479; ولا يلزم من ارتكاب الغرر للحاجة ارتكابه لغير حاجة

¹²³ Merğînânî, *el-Hidâye*, 6/325-6.

¹²⁴ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/326; Darîr, *el-Garar*, s.607; Derâdike, *Nazariyyetü'l-garar*, 1/112-113.

¹²⁵ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/174; Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, 4/14; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/568.

¹²⁶ Dönmez, "Garar", *DİA*, 13/369-370.

¹²⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/161.

Benzer şekilde, peşin malda (ayn) selem,¹²⁸ miktarı bilinen mebinin cüzafen satımı, miskin şişesinde satımı,¹²⁹ yer altında gömülü sebzelerin satımı gibi birçok konu, bu işlemlere hâcet olup olmadığı konusundaki yorum farkları sebebiyle mezheplerce farklı hükümlere bağlanmışlardır.

2. Meşakkat

Hacet konusunu anahatlarıyla ele aldığımız bu noktada, hacetle çok yakın irtibatı olan meşakkat konusu da gündeme gelmektedir. Zira hacetlerin karşılanmaması meşakkati doğurmaktadır.

Burada öncelikle bazı klasik dönem fakihlerinin meşakkat konusundaki tasnif ve yaklaşımlarına yer vermek istiyoruz. Bunlardan Şamlı Şâfiî fakih İbn Abdisselâm (ö. 660/1262) *Kâvâidu'l-ahkâm*'ında meşakkatlerin ibadetlerle sınırlı olmayıp muâmelât alanında da geçerli olduğunu belirttikten sonra, muâmelâtta meşakkate 'satım akidlerindeki garar' örneği üzerinden yer verir ve gararlı satımlardaki meşakkati üçe ayırır:¹³⁰

a) Kaçınılması zor olanlar: Antep fıstığı, fındık, nar ve karpuz gibi yiyeceklerin kabuğuyla satılması örneğidir ki, bunların satımındaki garar etkisizdir. Ayrıca, satılan evin yer altında gömülü temeli, buğday yığınının iç kısmı, içini göstermeyen kapalı kaplarda bulunan sıvılar vb. birçok şey garar kaynağıdır. Bütün bunlarda, aşırı meşakkate yol açmamak için tam bilgi şartı koşulmamış, mükellefin görebildiği ve bilebildiği kadarına razı olması yeterli görülmüştür.

b) Kaçınılması kolay olanlar: İki köleden birinin veya iki elbiseden birinin satılması, meyvenin salâhı (âfetten emin olduğu) kesinleşmeden satımı gibi... Bu tür akidlerden ve bunlardaki garardan kaçınmak zor olmadığı için bunlardaki garar etkilidir.

c) Orta durumda olanlar: *Bey'u'l-ğâib*, ceviz ve bademin kabuklarıyla, miskin şişesi içinde,¹³¹ buğdayın başağında ve hayvanının sütünün memesindeyken satımı gibi... Bunların hangi tarafa ilhak edileceğinde ihtilaf söz konusudur. Bu gruptaki örneklerden, uzak durulması halinde meşakkati fazla olanlar, meşakkatten kurtulmak için bu şekliyle satılabilir.

¹²⁸ İbn Kudâme, *el-Muğni*, 6/402.

¹²⁹ Nevevî, *el-Mecmû*, 9/305.

¹³⁰ İbn Abdisselâm, *Kavâidü'l-ahkâm*, 2/15-16; 2/300 vd.

¹³¹ 'el-misk fi fe'ratihi' ifadesindeki fe'ra kelimesi, öncelikli olarak misk kabı/şişesi anlamına gelmekteyse de, 'misk faresi' şeklinde de anlaşılması mümkündür, zira Arapların kullandığı bir misk türü, fare benzeri bir canlıdan elde edilmektedir. (Bkz. Zebîdî, *Tâcu'l-arûs*, 13/291.)

Meşakkati nisbeten daha az olanlardan ise -rızanın tam olarak sağlanamaması sebebiyle- uzak durulması uygundur...

İbn Abdisselâm'a göre, bunlardan bazılarının hangi tarafa tabi olacağı daha net anlaşılmaktadır. Mesela baklanın yeşil kabuğuyla satımı, duyulan ciddi ihtiyaç (*mesîsu'l-hâce*) sebebiyle, yasaklanması zorluğa sebep olacağı için câiz görülmüşken; cevizin dış yeşil kabuğuyla satımı çok fazla garar içerdiği için ve satılmaması çok sıkıntı oluşturmayacağı için câiz görülmemiştir.

Böylece İbn Abdisselâm meşakkat-hâcet dengesinin esas alarak müessir gararı tespit etmeye çalışmıştır.

İbn Abdisselâm'ın çağdaşı olan Nevevi, müessir olmayan gararın ölçüsünü 'satıma ihtiyaç olması ve garardan kaçınmanın meşakkatsiz olarak mümkün olmaması' olarak belirlemiştir. Nevevi'nin verdiği örnekler, İbn Abdisselâm'ın yukarıdaki örneklerine benzerdir: Evin temelinin (*esâsu'd-dâr*) evle birlikte satılması, karnındaki cenin hakkında bilgi sahibi olunmamasına rağmen gebe hayvanın satılması, memesinde süt bulunan koyunun satılması... Nevevî'ye göre, örneği verilen bu satışların câiz olduğunda icma vardır.¹³²

Diğer bir Şâfiî fakih Celâlüddîn Suyûtî de (ö. 911/1505) *el-Eşbâh ve'n-nezâir*'inde hükümlerin hafifletilme sebeplerinden (*esbâbu't-tahfîf*) bahsederken, garar yasağına rağmen birçok hususun '*zorluk ve umûmu'l-belvâ*' sebebiyle meşrû kılındığını ifade etmektedir. Suyûtî örnek olarak bazı yiyeceklerin kabuğunda satımı, selem akdi, yığın halinde duran mebinin dış görüntüsüne bakmakla yetinilmesi, numune yoluyla satış ve muhayyerlikleri zikretmektedir.¹³³

İslam hukukçularının meşakkati, şiddeti itibariyle ağır, orta ve hafif olmak üzere üçe ayırdıkları görülmektedir. Ağır meşakkat, hâcet durumunu oluştururken; hafif meşakkat hükümlere hiçbir etkide bulunmaz. Orta meşakkat ise, diğer konularda da olduğu üzere, ağıra mı yoksa hafife mi ilhak edileceği tartışılan ve ihtilaf sebebi olan gruptur.

Akidlerdeki gararın akde etkisi, gararlı akdi yasaklamanın veya garar unsurunu kaldırmanın getireceği meşakkatle bağlantılıdır. Cehâlet ve gararı kaldırmak için oluşan meşakkat normal düzeyde kalırsa, garar akde tesir ederken; meşakkat aşırıya kaçarsa normal karşılanacaktır.¹³⁴

¹³² Nevevî, *el-Mecmû'*, 9/258: فهذا يصح بيعه بالإجماع ونقل العلماء الإجماع أيضا في أشياء غيرها حقيق

¹³³ Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 78-79.

¹³⁴ İbn Abdisselâm, *Kavâidu'l-ahkâm*, 2/301; Çalış, Halit, *İslam'da Kolaylaştırma İlkesi*, s. 32-33.

3. Teâmül ve Örf

Fıkıh eserlerinde, ‘insanların teâmülü ve örfü’, sıkça ihtiyaç ve zaruretle birlikte zikredilmektedir. Zira iki konu arasında sıkı bir bağ söz konusudur. Mesela hamama sabit ücretle girilmesi, süt anne kiralanması gibi hususlar ihtiyaç (hâce) kadar örf ve teâmül ile de açıklanmıştır. Süt anne kiralanması câiz görülürken, bu hükmün süt veren hayvanlar için geçerli olmaması da aynı şekilde örfte bulunmamasıyla gerekçelendirilmiştir. Örf ve teâmül, hâcet durumunun pratik bir göstergesidir, zira insanlar bir uygulamayı örf ve teâmül haline gelecek şekilde sıkça tekrar ediyorlarsa, genellikle burada bir ihtiyaç söz konusudur. Mesela icâre akdi, Şârî tarafından kıyasa aykırı olarak ve ihtiyaçla sınırlı olarak câiz görülmüştür. Söz gelimi, bir arazinin kiralanması insanların teâmülünde olması sebebiyle câiz görülmüşken, sadece üzerindeki ağaçların kiraya verilmesi ise aynı kritere göre câiz görülmemiştir. Netice olarak, hâcet asıldır, teâmül ve örf ise buna bağlı olarak ortaya çıkmaktadır.¹³⁵

Hanefilerde dikkat çeken diğer bir husus ise, gerek teâmül ve örf, gerekse hâcet ve zaruret durumlarının istihsan delilini gündeme getirmesidir. Bilindiği üzere, her ikisi de istihsanın gerekçesini (*vechu'l-istihsân*) teşkil etmektedir. Mesela tayin muhayyerliği borçlar hukukunun genel ilkelerine (kıyâs) aykırı olmasına rağmen, istihsan yoluyla câiz görülmüştür. Zirai ürünün bir kısmı olgunlaşınca, henüz ham olan ürünün de bunlara tabi kılınarak satılması da aynı yolla câiz görülmüştür. Aynı şekilde büyüyeceği kadar büyümüş meyvelerin biraz daha beklemesi şartıyla satılması İmam Muhammed’e göre istihsanen câizdir, çünkü bu insanların uygulamasında vardır (*muteâraf*) ve süre de kısadır.¹³⁶ Benzer şekilde istisnâ akdi borçlar hukukunun genel ilkelerine aykırı olmasına rağmen insanların bunu yüzyıllardır tartışmasız olarak uygulamış olması sebebiyle bir icma oluşmuş ve istihsanen câiz görülmüştür.¹³⁷

Böylece gararın akdi etkilemesi için gerekli şartları incelemiş bulunuyoruz. Bundan sonraki sayfalarda gararın hukuki sonucu ve akidlere etkisi konuları ele alınacaktır.

¹³⁵ Darîr, *el-Garar*, s. 609-610.

¹³⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, 12/195-196.

¹³⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, 5/209; Darîr, *el-Garar*, s. 611.

IV. Gararın Hukuki Sonuçları

İslam hukuku literatüründe gararın akde tesiri ve hukuki sonuçları konusunda ayrıntılı bilgi ve tartışmalar bulunmaktadır. Konuyu etraflı olarak ortaya koymak üzere, bundan sonraki başlıklarda, gararın, genel fesâd sebeplerinden olduğu anlatılacak; nehyin akidlere etkisi incelenecek; netice olarak da gararın hukuki sonucu ve akidlere etkisi üzerinde durulacaktır.

A. Genel Fesâd Sebebi olarak Garar

Fesâd sebepleri, genel olarak bakıldığında, İslam hukukunun çizdiği meşrû çerçeveyi aşan hususlardır. Akidlerde fesâda sebep olan hususlar, *husûsi* (özel) ve *umûmî* (genel) olmak üzere ikiye ayrılır:

a) *Husûsi fesâd sebepleri*, bir akid türünün kendine mahsus sıhhat şartlarıyla ilgilidir. Akid türlerinin farklı sıhhat şartları olması sebebiyle, özel fesâd sebepleri de akidden akide değişmektedir. Mesela süre tayin edilmesi satım akdini fâsid kılarken, tayin edilmemesi ise kira akdini fâsid kılar. Dolayısıyla, bir akid türünün özel fesâd sebeplerini bilmek için o akid türünün özel sıhhat şartlarını bilmek gerekir.¹³⁸

b) *Umûmî fesâd sebepleri* bütün akidleri etkiler. Bu etki, naslarda vârid olan genel bir nehyden veya tüm akidlerde aranan ortak in'ikâd ve sıhhat şartlarındaki bir eksiklikten kaynaklanır.

İslam hukukunda umûmî fesâd sebeplerinin neler olduğu, değerlendirme ve yorum farkı sebebiyle araştırmacıya göre değişmektedir. Ancak gararın genel fesâd sebeplerinden birisi olduğu konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Mesela Mustafa Ahmed Zerkâ'nın (ö. 1999) tespitine göre, akidlerde genel fesâd sebepleri *cehâlet*, *garar* ve *ikrah*tir.¹³⁹ Muhammed Kemalüddin İmâm'a göre bunlar *ikrah*, *galat* ve *gabindir*.¹⁴⁰ Yunus Apaydın'a göre, akidlerde genel fesâd sebepleri üç tanedir: *garar-cehâlet*, *ikrah* ve *müfsid şart*.¹⁴¹ Orhan Çeker ise bunların sayısını oldukça artırmış ve *garar*, *cehâlet*, *ikrah*, *fâsid şart*, *zarar*, *hezl* ve *ribayı* bu kapsamda zikretmiştir.¹⁴²

¹³⁸ Zerkâ, *el-Medhal*, 2/741; Apaydın, "Fesâd", *DİA*, 12/419.

¹³⁹ Zerkâ, *el-Medhal*, 2/741. (İkrah'ı tevakkuf sebebi değil de fesâd sebebi görenler açısından...)

¹⁴⁰ Muhammed Kemalüddin İmâm, *Mukaddime li dirâseti 'l-fikhi 'l-İslâmî*, Beyrut 1996/1416, s. 378-384.

¹⁴¹ Apaydın, "Fesâd", *DİA*, 12/419. Apaydın, daha önce kaleme aldığı doktora çalışmasında, genel fesâd sebepleri arasında 'müfsid şart'a yer vermemiştir. (Bkz. Apaydın, *Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü*, s. 132-137)

¹⁴² Çeker, *İslam Hukukunda Akitler*, s. 104.

Daha önce belirtildiği üzere, klasik fıkıh literatüründe satım akdi, diğer akid türlerine de temel teşkil eden ‘tipik’ bir akiddir. Gararla ilgili naslar da konuya hep satım akdi özelinde değinmiştir. Bu sebeplerle, klasik dönem İslam hukukçuları, garar konusunu daima satım akdi çerçevesinde ele almışlar ve gararı (veya cehâlet vb. garar sebeplerini) satım akdindeki asli fesâd sebeplerinden saymışlardır.

Çalışmamızın giriş bölümünde kısaca değindiğimiz üzere, İbn Rüşd, satım akdinde dört genel fesâd sebebinden bahsetmiştir. Bunlar, mebinin bizzat haram olması, riba, garar ve bu ikisine yol açan şartlardır. Sayılan bu fesâd sebeplerinde, nehiy, bizzat satım akdine taalluk etmektedir.¹⁴³ Buhârâlı Hanefî fakih Suğdî (ö. 461/1068), yedi şeyin akdi ifsâd edeceğini belirtmiştir. Bunlardan ilk dördü, gararla ilgilidir: Semen, vade ve mebidde cehâlet ile üç günden fazla olan şart muhayyerliği (Ebû Hanîfe’ye göre). Kalan üçü ise, müşteriye, bayiye veya mebiye fayda sağlayan şartlardır.¹⁴⁴ Diğer bir Hanefî fakih İbnü’l-Hümâm (ö. 861/1456) ise satım akdindeki fesâd sebeplerini, nizâyâ yol açan cehâlet, zararsız teslim edilememe ve garar olarak tespit etmiştir.¹⁴⁵

Gararın satım akdindeki bu etkisi, fıkıh mezheplerince muâvezât ve daha da ötesine de genişletilmiştir. Bunlardan Mâlikîler yasağı sadece muâvezatla sınırlamışken, diğer mezhepler bunu diğer alanlara da genişletmişlerdir. Neticede garar yasağının sadece satım akdine mahsus bir yasak olmadığı, daha genel bir fesâd sebebi olduğu ortadadır. Gararın genel fesâd sebeplerinden olması, garar yasağının kapsamının genişliğini de ortaya koymaktadır.

B. Garara Dair Nehyin Akidlere Etkisi

Garara dair yasaklamanın satım akdine ve genel olarak bütün akidlere etkisini ortaya koymak üzere, öncelikle nehiy sigasının muceb ve muktezâsı üzerinde durmak istiyoruz.

Fıkıh usûlünde nehiy sigasının *mûcebi* (teklifi hükme delaleti) ve *muktezâsı* (nehyedilen fiilin yapılması halinde doğuracağı hukukî sonuç) ayrıntılı şekilde tartışılmıştır. Geniş tartışmalara girmeden biz burada konuyu ana hatlarıyla sunmak istiyoruz.¹⁴⁶

Genel ilke olarak naslarda geçen nehiy sigası *tahrim* ifade eder. Nehiy sigası tahrim dışında ancak mecâzen kullanılır. Fakat nehyin, nehyedilen işlemin veya tasarrufun fesâdını gerektirip gerektirmeyeceği tartışılmıştır. Usûlcülerin büyük çoğunluğu, nehyin aynı zamanda

¹⁴³ İbn Rüşd el-Hafid, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/125.

¹⁴⁴ Suğdî, *en-Nütef*, 1/474.

¹⁴⁵ İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, 6/402.

¹⁴⁶ Nehyin menhiyyun anının fesâdını gerektirip gerektirmeyeceği konusunda detay bilgi ve tartışmalar için bkz. Muhammed Edîb Salih, *Tefsiru'n-nusûs fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Beyrut 1993/1413, 2/377-382, 387-426.

‘fesâd’ ifade edeceğini yani nehyedilen şeyin hukuki hüküm doğurmasına engel olacağını söylemişlerdir. Bir kısım usûlcüler ise, nehiy eğer *li aynihî* ise fesâda delalet edeceğini, aksi halde etmeyeceği kanaatindedir. Gazzâlî dâhil son bir grup ise, nehyin fesâdı gerektirmeyeceğini söylemişlerdir.¹⁴⁷ Nehyin muktezâsı konusundaki genel görüşü esas aldığımızda, gararın Hz. Peygamber (s.a.) tarafından yasaklandığını bildiren rivayetteki yasaklama da ‘fesâd’ ifade etmektedir.¹⁴⁸

Öte yandan, kanun koyucunun (şâriin) bir fiile yönelik yasağının etkisi satım akdi özelinde incelendiğinde, yasaklanan alışveriş türleri üç kategoride ele alınabilir.¹⁴⁹

a) Yasağın doğrudan akdin özünü ve kurucu unsurlarını hedef aldığı satımlar

Bunların icrasının dinen haram, hukuki yönden de bâtil olduğunda ittifak vardır. Mesela naslarda yasaklanan cahiliye satışları ile domuz eti ve şarap gibi mütekavvim olmayan malların satımı bu kapsamdadır.

b) Yasağın alışverişin özünü değil de lâzım vasfını yani ikincil unsurlarını hedeflediği satımlar

Bu durumdaki satım akdini cumhûr yine gayr-i sahih (bâtil = fâsid) kabul ederken, Hanefîler bu satımları fâsid kabul ederler. Mesela gayri mütekavvim bir malın mebi olarak satışı bâtilken, bu malın semen olarak kararlaştırılması fâsiddir, dolayısıyla bir malın şarap karşılığında satımı fâsiddir. Aynı şekilde, faizli bir alışveriş veya bir malın belirsiz vade ile satımı da fâsiddir.

c) Yasağın satım akdinin mücâvir vasfını veya hârici bir unsurunu hedef aldığı satımlar

Cuma vaktinde alışveriş yapma, pazara ürün getiren üreticileri yolda karşılayarak mallarını yolda satın alma (*telakkî’r-rukban*), pazarlığı kızıştırmak için alıcı gibi gözükersen fiyatı yükseltme (*neceş*), bir kimsenin pazarlığı devam ederken araya girme, şarap üreticisine üzüm vb. hammadde satma gibi konulardaki yasakların genellikle satım akdinin özüne değil harici vasfına taalluk ettiği kabul edilmiştir.

Bu akidlere (c seçeneği) yasağın etkisi mezhepler arasında tartışmalıdır. Buradaki ihtilafın kaynağında, akidlerde objektif ölçülerin mi yoksa subjektif ölçülerin mi esas

¹⁴⁷ Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, 2/25. Ayrıca bkz. Şâtübî, *el-Muvâfakât*, 2/536, 540.

¹⁴⁸ Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 5/175; Bâcî, *el-Müntekâ*, 5/41: (نهي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر يقتضي فساد).

¹⁴⁹ İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü’l-müctehid*, 2/167; Derdîr, *eş-Şerhu’l-kebîr*, 3/54; Zerkeşî, *el-Mensûr fi’l-kavâid*, 3/113-114; Ramlî, *Nihâyetü’l-muhtâc*, 3/445-447; Apaydın, *Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü*, s. 54-59; Bardakoğlu, “Bey”, *DİA*, 6/16. İlk iki hususun Hanefîlerdeki yansıması için bkz. Semerkandî, *Tuhfetu’l-fukahâ*, 2/58-59. (Mâlikî fakih İbn Cüzey ise yine üçlü olmak üzere, daha farklı bir tasnif geliştirmiştir. Bkz. İbn Cüzey, *el-Kavânînu’l-fikhiyye*, s. 410.)

alınacağı tartışması vardır. Yani akidler değerlendirilirken, haricen görülebilen dış şekil mi, yoksa tarafların niyetleri ve söz konusu akdin yol açabileceği olumsuz sonuçlar mı esas alınmalıdır? Bu konuda objektif ölçüyü esas alanlar, yasağın akdin harici unsuruna veya sonucuna taalluk ettiği akidleri genellikle hukuken geçerli saymışlardır. Mesela îne satışı, dış şekli itibariyle faizli bir işlem olmadığından, İmam Şafî ve İbn Hazm gibi fakihlerce geçerli kabul edilmiştir.¹⁵⁰

Netice olarak, garar yasağına, bu üçlü tasnif açısından bakıldığında, akdin özünde aşırı miktarda garar içeren satımların ilk grupta; akdin niteliğinde garar içeren satımların ise ikinci grupta değerlendirileceği söylenebilir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, üçüncü gruba dâhil bir gararlı satış örneği bulunmamaktadır.

C. Gararın Hukuki Sonucu

Müessir gararın doğurduğu hukuki sonuca geçmeden önce, hükümsüzlük müeyyidelerine mezhepler açısından kısaca değinmek istiyoruz:

Bilindiği üzere, Şâriin bir fiili nehyetmesi durumunda, bunun derhal terk edilmesi gerektiği ve bu nehyin sürekli olduğu konusunda ittifak vardır. Ancak fukaha, nehyin akde etkisi ve hükümsüzlük müeyyideleri konusunda ihtilâf etmişlerdir.

Fakihlerin çoğunluğu, akdi bir bütün kabul ettiklerinden, akde dair bütün şartları aynı önem derecesinde tutmuşlardır. Cumhûra göre, ibadât, münâkehât ve muâmelâtın bütün alanlarında, akidler, hukuken muteber olup olmamasına göre *sahih* (*mün'akid*) ve *fâsid/bâtıl* olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Bu fakihlere göre, hukuki işlemlerdeki bir eksiklik, bu eksikliğin mahiyetine bakılmaksızın, hiçbir hukuki netice doğurmaz, zira kanun koyucunun bir hükmü çiğnenmiş durumdadır.¹⁵¹

¹⁵⁰ Bkz. Şafî, *el-Ümm*, 4/73-75; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 9/47-52. Yukarıda örnek olarak zikredilen, cuma ezanı vaktinde yapılan alışveriş ve diğer örnekler de, benzeri bir yaklaşımla, dinen günah veya sakıncalı kabul edilmiş, ancak hukuken (kazâen) geçerli görülmüştür. (Bardakoğlu, “Bey”, *DİA*, 6/16).

¹⁵¹ Şehhâte, *en-Nazariyyetü'l-âmm*, s. 152-153; “Fesâd”, *Mv.F.*, 32/119; Bardakoğlu, “Butlân”, *DİA*, 6/476-7; Apaydın, “Fesâd”, *DİA*, 12/417. Cumhûr normalde fâsid ile bâtıl terimlerini bu şekilde eş anlamlı olarak kullansa da, bazı meselelerde pratik olarak bâtıl-fâsid ayrımına gittikleri de görülmektedir. Mesela Mâlikîler, ‘bey ve selef’ten sonra, selef şartından vazgeçilmesi durumunda akdin geçerli olacağını söylemişlerdir. [Muvatta, “Buyû”, 69 (4/951, no: 2425); İbn Abdilber, *et-Temhîd*, 24/385.] Cumhûrun fâsid-bâtıl ayrımına gittiği benzer örnekler için bkz. Apaydın, *Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü*, s. 100-102; “Fesâd”, *Mv.F.*, 32/120.

Hanefiler ise, akidlerin hükümsüzlüğünü, fesâd ve butlân olmak üzere iki ayrı seviyede ele almışlardır. Hanefilerdeki fâsid-bâtıl ayırımının sebebi, onların akidlerdeki eksik ve kusurları değerlendirirken *asıl* ve *vasıf* ayırımına gitmiş olmalarıdır.¹⁵²

Buna göre, kuruluş (in'ikâd) şartlarında eksiklik bulunması halinde akid bâtil olurken; sıhhat şartlarının eksiliğinde ise akid fâsid olmaktadır. Hanefilerdeki bu bakış açısına göre, fâsid akid, konumu itibariyle, hukuken hiçbir varlığı olmayan bâtil akidle, hukuken geçerli olan sahih akid arasında bir yerde bulunmaktadır.¹⁵³ Bu ayırım fikhın bütün alanlarında değil, belli alanlarda söz konusudur. Evlenme akdi açısından Hanefilerde ağırlıklı görüş, fesâd-butlân ayırımının söz konusu olmamasıdır. Fesâd-butlan ayırımı yapılan alanlar ise, *muâvazât* (karşılıklı borç doğuran akidler) ve *mülkiyeti nakleden mali akidler*dir. İlkinin örneği, alım-satım, kira, rehin, havâle, kismet, şirket, müzâraa vb. akidlerdir. İkincisinin örneği ise karz ve hibe akidleridir.¹⁵⁴

Hanefilerin bu şekildeki fesâd anlayışı, akidlerin hafif kusurlar sebebiyle hukuki alandan hemen kalkmasını engellemekte, tarafların akidle ilgili hafif kusur ve eksikleri giderip akdi sahih hale dönüştürmelerine imkân tanımaktadır. Bu da hukuki münasebetlerde güven, istikrar ve devamlılığın korunmasına olumlu katkıda bulunmaktadır.¹⁵⁵

* * *

Mezheplerin kısaca sunmaya çalıştığımız hükümsüzlük teorileri, garar konusuna da yansımaktadır. Fakihlerin çoğunluğuna göre gararlı akid tek dereceli hükümsüzlük müeyyidesine tâbidir (butlân). Hanefiler ise gararın bulunduğu unsura ve bunun akde etkisinin şiddetine göre fâsid-bâtıl ayırımına gitmişlerdir. Gararın hangi müeyyideyi doğuracağını tespit amacıyla, çağdaş eserlerde 'mahallin aslında garar' ve 'evsaf ve miktarında garar' ayırımına

¹⁵² Hanefî mezhebinde bâtil akid, "*aslen sahih olmayan*" şeklinde tanımlanırken; fâsid akid ise "*aslen sahih olan, vasfen sahih olmayan*" şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 6/75; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, 3/439 (الباطل ما انتفى ركنه أو شرطه); İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 1/456 (الفاسد ما فات عنه وصف (الوصف ما كان خارجا عن الركن والمحل) 5/49, 5/50 (مرغوب، والباطل ما فات عنه شرط أو ركن Mecelle, md. 109-110; Bardakoğlu, "Butlân", *DİA*, 6/476-7; Apaydın, "Fesâd", *DİA*, 12/417.

¹⁵³ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/299, 305 (البيع الفاسد فهو كل بيع فاته شرط من شرائط الصحة... البيع الباطل فهو كل بيع فاته شرط من (شرائط الانعقاد من الأهلية والمحلية وغيرها Şehhâte, *en-Nazariyyetü'l-âmme*, s. 148; Apaydın, "Fesâd", *DİA*, 12/417.

¹⁵⁴ Apaydın, "Fesâd", *DİA*, 12/418. Tek taraflı hukukî işlemlerden olup, "bir hakkın mahkeme yoluyla talep edilmesi" anlamındaki *dâvada* da fesâd-butlân ayırımının söz konusu olacağı yönündeki görüş için bkz. Yavuz, Cevdet, "Dâva", *DİA*, 9/14.

¹⁵⁵ Apaydın, *Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü*, s. 146; Apaydın, "Fesâd", *DİA*, 12/421.

gidilmiştir.¹⁵⁶ Kanaatimizce bu ayırım yeterli değildir. Bu sebeple biz, Hanefî eserlerinde verilen örneklerden hareketle fâsid-bâtıl ayırımını şu şekilde yapmayı uygun görüyoruz:

a. Butlana Yol Açan Garar (Akdin Aslındaki Garar)

Akdin aslında bulunup onun butlanına yol açan garar, ‘mebinın husûlünün’ şüpheli olmasıdır. Bu durum, akid sigasında akdin kurulmasına mâni ciddi bir problemin olması ya da mebinin varlığının veya tesliminin şüpheli olması durumlarında ortaya çıkar. Akdin butlanına yol açan ihtimalleri şu şekilde sıralayabiliriz:

a) Akdin sigasında, akdin kuruluşuna engel bir kusurun olması:

İcab-kabul içermeyen ya da şarta talik veya zamana izafe edilerek kurulan akidler bu niteliktedir. Cahiliye döneminde uygulanan satım türlerinden olup garar sebebiyle yasaklanan *bey‘u’l-hasât*, *bey‘u’l-mülânese* ve *bey‘u’l-münâbeze* gibi satışlar bu kapsamda bâtıldırlar. Ayrıca bu satışlarda gararın sebeplerinden birkaçı birden bulunmaktadır ve bu sebep çokluğu da gararı artırmaktadır.¹⁵⁷

b) Mebinin varlığının şüpheli olması:

Hanefilerdeki çoğunluk görüşüne göre, mebinin varlığında ve varlığını devam ettirmesinde şüphe varsa, mebinin husûlü de şüphelidir ve satımı bâtıldır.¹⁵⁸ Mesela, hayvanın karnındaki yavrunun satımı, memesindeki sütün satımı, bir tarladan önümüzdeki yıllarda çıkacak zirai ürünlerin satımı, inci içeren istiridyenin satımı, balıkçının henüz ağını atmadan ağına düşecek balığı satması veya dalgıcın çıkaracağı inciyi satması bâtıldır. Bu örneklerde, yavrunun sağlam doğup doğmayacağı, memede süt ve istiridyede inci olup olmadığı, gelecek yıl mahsül alınıp alınmayacağı, ağa balık takılıp takılmayacağı, dalgıcın inci çıkarıp çıkaramayacağı şüphelidir. Bu tür bir satımda mahallin varlığı ve elde edilmesi, risk altındadır, bu sebeple mahal ma’dûm hükmündedir. Ayrıca bu satımlarda nitelik ve nicelik bakımından cehâlet ve mülkiyetin sınırlarının geçişgenliği (*ihtilâtu’l-milk*) gibi ek sorunlar da mevcuttur.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Zerkâ, *el-Medhal*, 2/745; Çeker, *İslam Hukukunda Akitler*, s. 104; Buang, *The Prohibition of Gharar*, s. 206; Bardakoğlu, “Bey”, *DİA*, 6/16; Apaydın, “Fesâd”, *DİA*, 12/419; Dönmez, “Garar”, *DİA*, 13/370-371.

¹⁵⁷ Kâdî Abdülvehhâb, *et-Telkîn*, 2/383: تأكد الغرر لكثرة أسبابه

¹⁵⁸ Şeyhzâde (Dâmâd Efendi), *Mecmau’l-enhur*, 2/56: (المجهول الذي لا يعلم وجوده يقتضي أن يكون بيعه باطلا); İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 5/58, 60-61.

¹⁵⁹ İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 5/63: (لأنه لا يعلم وجوده، وينبغي أن يكون باطلا للعللة المذكورة، فهو مثل اللبن)

c) Mebinin satıcının mülkiyetinde olmaması:

Henüz kimseye ait olmayan serbest malların (mubâhât) hırs altına alınmadan satılması bâtıldır. Havadaki kuşun veya sudaki balığın satımı bu kapsamda bâtıldır.

d) Mebinin satıcının mülkiyetinde olmasına rağmen, teslim edilememe riski taşıması:

Mülkiyeti satıcıya ait olmakla birlikte, teslimi/tesellümü sağlanamayan mebinin satışının hükmü Hanefî mezhebi içinde ihtilafa yol açmıştır. Mesela kaçak kölenin satımı, sahibinden kaçmış bir hayvanın satımı veya ağaçların dalındaki henüz afetten emin hale gelmemiş meyvelerin satımı gibi satışların *bâtıl* veya *fâsid* olduğuna dair iki görüş bulunmaktadır. Zâhiru'r-rivâye'de yer alan rivayet, teslim edilememe riski sebebiyle bunları bâtıl görmektedir. Ancak İmam Muhammed'den gelen diğer rivayette ise mebinin satıcının mülkiyetinde olması dikkate alınarak bu satışların fâsid olduğu görüşüne yer verilmiştir.¹⁶⁰ Mecelle'nin ilk görüşü tercih ettiği görülmektedir.¹⁶¹

Öte yandan, mebinin nerede olduğunun bilinmesi halinde, teslim/tesellüm imkânı daha muhtemel olduğu için, bu satışlar bâtıl değil fâsiddir. Bu görüşün bir yansıması olarak, gasbedilmiş malın veya kaçak kölenin, bunları teslim alabilecek kişilere satımı, teslim alınmasına bağlı olarak kabul edilmiştir. Çünkü bunların mahkeme veya ihkâk-ı hak yoluyla müşteri tarafından bir şekilde tesellümü mümkündür.¹⁶²

Hanefilerdeki genel görüş bu şekildedir. Ancak ilk dönem Hanefî fakihlerinden Kerhi'ye (ö. 340/952) göre, *makdûru't-teslîm* olmak sadece sıhhat şartıdır, teslim edilemeyen mebinin satımı fâsiddir. O'na göre, mebinin teslim edilmemesi halinde müşteri mahkemeye müracaat yoluyla akdi feshettirebilir.¹⁶³

Yine mebinin müşteri tarafından ancak zorlukla veya emek sarfederek teslim alınabilmesi de akdi ifsad eder. Mesela satıcıya ait büyük bir havuzda yüzen balığın satımı, avlanmaya ihtiyaç duyması sebebiyle fâsiddir. Zira Hanefilere göre, tesliminde zorluk olan bir akid fâsiddir.¹⁶⁴

¹⁶⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/10-11; Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/147-8; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/422; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 4/514, 5/71.

¹⁶¹ “*Teslimi, mümkün ve makdûr olmayan şeyi satmak bâtıldır. Meselâ, deryada batıp da ihracı mümkün olmayan kayığın ve tutup da teslimi mümkün olmayan bir firarî hayvanın bey'i bâtıldır.*” (Mecelle, md. 209)

¹⁶² Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/147; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 4/49.

¹⁶³ Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâ'i*, 5/147; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 5/61.

¹⁶⁴ Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, s. 100; Şeybânî, *el-Mebsût*, 5/91; Şeybânî, *el-Câmiu's-sağîr*, s. 328; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/409.

Görüldüğü üzere, Hanefilerde akdin sigasındaki kusur sebebiyle hiç kurulamadığı durumlarda akid bâtıldır. Yine mebinin husûlünün ve teslim ihtimalinin bulunmadığı veya çok düşük olduğu durumlarda akid bâtil sayılmakta; bu ihtimal yükselmeye başladığında ise fâsid kabul edilmekte, ihtimal daha da yükseldiğinde satış teslim/tesellüme bağlı olarak geçerli kabul edilmektedir.

b. Fesâda Yol Açan Garar (Bedellerin Evsaf ve Miktarında veya Akdin Şartlarında Garar)

Hanefilere göre, dar anlamdaki ‘cehâlet’ akdin fesâdına yol açar. Yani akid mahallinin fer‘i hususlarının bilinmemesi, semenin bilinmemesi veya bazı takyidi şartların koşulması fesâd sonucunu doğurur.¹⁶⁵

Bu durumları özet olarak şu şekilde belirtebiliriz:

a) Mebinin cinsinin bilinmemesi, mebinin tayin edilmemiş olması, vasıf ve miktarının bilinmemesi, vadeli teslimi mümkün mebinin vadesinin bilinmemesi:

Mesela bir malın görülmeden ve tavsif edilmeden satılması,¹⁶⁶ mebinin birlikte bulunduğu aynı cins mallardan ayırt edilmeden satılması,¹⁶⁷ tayin muhayyerliğinde de muhayyerlik süresinin belli olmaması ya da mebi sayısının üçü geçmesi halinde¹⁶⁸ akid fâsid olur.

Yine Hanefilere göre koyunun sırtındaki yünün satımı,¹⁶⁹ akid meclisinde bulunmayan ve miktarı bilinmeyen mebinin götürü usûlü satışı,¹⁷⁰ selemde teslim vadesinin bilinmemesi,¹⁷¹ cehâlet sebebiyle bu satımları fâsid hale getirir.

b) Semene dair bütün cehâlet durumları:

Hanefilere göre semen akdin hükmü olduğundan, akdin sıhhat şartıdır. Bu sebeple, semene dair her türlü cehâlet, cinste ve tayinde cehâlet de dâhil, fâsid kabul edilmiştir. Mesela semendeki veya semenin vadesindeki cehâlet, taraflar arasında nizaya yol açacak miktarda

¹⁶⁵ Şehhâte, *en-Nazariyyetü 'l-âmmeh*, s. 151.

¹⁶⁶ Semerkandî, *Tuhfetu 'l-fukahâ*, 2/46.

¹⁶⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/6; Kâsânî, *Bedâ'iu 's-sanâ'i*, 5/156-157; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 6/209.

¹⁶⁸ Kâsânî, *Bedâ'iu 's-sanâ'i*, 5/156-157; Şeyhzâde (Dâmâd Efendi), *Mecmau 'l-enhur*, 3/21-22.

¹⁶⁹ Kâsânî, *Bedâ'iu 's-sanâ'i*, 5/148; Zeylaî, *Tebyînü 'l-hakâik*, 4/46; Şeyhzâde (Dâmâd Efendi), *Mecmau 'l-enhur*, 2/56. Ebû Yûsuf'un bu satışı geçerli saydığı, ilgili başlık altında zikredilmişti.

¹⁷⁰ İbnü 'l-Hümâm, *Fethu 'l-Kadir*, 6/415; İbn Âbidîn, *Reddü 'l-muhtâr*, 4/529.

¹⁷¹ Kâsânî, *Bedâ'iu 's-sanâ'i*, 5/212.

ise, Hanefilere göre akid fâsiddir.¹⁷² Akid meclisinde bulunmayan semenin miktarının bilinmemesi de aynı hükme tabidir.¹⁷³

c) Takyidi şartlar sebebiyle garar:

Satım akdinde koşulan bazı şartların tabiatları gereği sağlanamaması ihtimali yüksektir. Bazen de bu şartların varlığını kolayca teyid etmek mümkün değildir. Her iki durumda da garar sebebiyle akid fâsid olmaktadır.

Mesela hamile olması veya belli miktarda süt veriyor olması şartıyla bir hayvanın satılması akdi ifsad eder.¹⁷⁴ Zira hayvanın gebe olması garanti edilemez, gebelik zannedilen husus bir şişlik durumu olabilir. Aynı şekilde süt açısından da söz konusu miktarı her zaman sağlamak mümkün olmayabilir. Ancak hayvanı, ‘sütlü’ (*halûb*) veya ‘bol sütlü’ (*ğazîratu’l-leben*) olması şartıyla satsa, bu vasıflarda garar olmadığı için, câizdir. Mebinin bu vasıflara sahip olmadığı anlaşılırsa, müşteri için vasıf muhayyerliği söz konusu olur.¹⁷⁵

Görüldüğü üzere, dar anlamda cehâlet veya mebi için koşulan bazı şartlar neticesinde akid fâsid olmaktadır. Ayrıca yukarıda ifade ettiğimiz üzere, Hanefilerde teslim edilebilme ihtimali nisbeten yüksek olan satışların yaptırımını da butlân değil fesâddir.

V. Değişebilirlik ve Garar

Naslarda ve klasik fıkıh literatüründe anlatılan garar konusunun günümüzde nasıl anlaşılması gerektiği ve bu konuda hangi oranda esnekliğin mümkün olduğu çağdaş çalışmalarda kısmen de olsa gündeme gelmiştir.

Ahkâmın değişmesi konusunda doktora tezi hazırlayan Mehmet Erdoğan, tezinde benimsediği *makâsîd-vesâil* ayrımını garar konusunda da uygulamıştır. Erdoğan’a göre, ilgili nasların ve tikel hükümlerin bütününden çıkarılan “*karşılıklı mübadelelerde gararın ve nizaya sebep olacak cehâletin önlenmesi*” ilkesi, zaman ve mekana göre değişmeyecektir. Zira, genel teşriye yönelik hükümlerde, küllî kaidelerde ve hedef belirleyici mahiyetteki hükümlerde değişiklik söz konusu değildir. Ancak, bu ilkenin uygulaması mahiyetindeki yasaklar ise,

¹⁷² Serahsî, *el-Mebsût*, 13/26-8; Semerkandî, *Tuhfetü’l-fukahâ*, 2/46, 58-59; Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 5/137; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, 6/452-455; İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 5/81-82.

¹⁷³ İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, 6/260; İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 4/529.

¹⁷⁴ Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 5/168.

¹⁷⁵ Kâsânî, *Bedâ’iu’s-sanâ’i*, 5/169; Zerkâ, *el-Medhal*, 2/745. Koşulan şartın varlığına kolayca muttali olunabilmesi zorunluluğu, Hanefiler içinde bazı satışların hükmü hakkında ihtilafa neden olmuştur. Bunun bir örneği olarak, bir köpeğin avlanma bilmesi şartıyla satılması konusundaki mezhep içi ihtilafa daha önce değinmiştik. (İkinci bölümde ‘Mebinin Belli Bir Nitelikte Olması Şartıyla Satım’ başlığına bakınız.)

örfün değişmesi sebebiyle veya nehyin illetini ortadan kaldıran başka yolların bulunması ve böylece garar ve nizaya yol açmaması gibi hallerde değişebilecektir.¹⁷⁶ Erdoğan bu yolların ne olduğu konusunda somut örnek vermemektedir.

Ali Bardakoğlu, garar ve cehâlet konusundaki fıkıh literatürünün tarihi seyir içinde bölge ve dönemlere göre değiştii; ihtiyaçlara, ticarî örfteki değişime ve yeni gelişmelere paralel biçimde geliştiği ve zaman zaman da hükümlerin esnetildiğini iddia etmiştir. Bu konuda en radikal öneriye sahip olan Bardakoğlu, satım akdiyle ilgili oluşun İslam hukuk kültürünün tarihî yorumuna tabi tutulması gerektiğini; fer‘î ve şeklî ayrıntıların da gâî yorumuna tabi tutularak, ‘*günümüz şart ve değerlerini aydınlatacak genel ilke ve çözümlerin çıkarılması*’nın gerekli ve mümkün olduğunu belirtmiştir.¹⁷⁷

Buraya kadar yaptığımız incelemeler, akdin sıhhatini etkileyecek miktardaki gararın ve cehâletin ölçüsünün ne olduğunun tespitinde, toplumsal şartların ve insanların ihtiyaçlarının, ticarî teamüllerin ve genel örf-adetin, söz konusu akid türünün niteliğinin ve özellikle günümüzde pozitif bilimler alanındaki gelişmelerin etkili olabileceğini göstermektedir.¹⁷⁸ Ancak müessir gararda aranan şartlar sebebiyle garar anlayışında tarihi süreçte bir esneklik bulunmakla beraber, yukarıda iddia edilen boyutta ve naslar yardımıyla belirlenmiş parametreleri ihlal edecek tarzda bir değişim ve esnemenin olduğu kanaatinde değiliz. Kanaatimizce garar teorisi, bazı subjektif yönleri bir yana bırakılırsa, oturmuş durumdadır ve toplumların ve zamanların gerçek ticarî ihtiyaçlarını karşılayacak konumdadır. Küresel ticarî uygulamalarda yerleşmiş olması sebebiyle, Müslüman tacirlerin değiştiremediği ve onları zorlayan bazı hususların (mesela dış ticarete kullanılan döviz forward işlemleri) mevcut teoriye oturmaması durumunda ise, bu işlemler çok iyi incelendikten sonra, bunlara ihtiyaç ölçüsünde garar açısından ruhsat vermek uygun olacaktır. Bu tür işlemlerin riba boyutu ise ayrıca düşünölmelidir.

¹⁷⁶ Erdoğan, Mehmet, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, s. 144.

¹⁷⁷ Bardakoğlu, “Bey”, *DİA*, 6/19.

¹⁷⁸ Apaydın, “Fesâd”, *DİA*, 12/419; Dönmez, “Garar”, *DİA*, 13/371.

SONUÇ

Bu çalışmamızda, İslam borçlar hukukunda önemli bir yere sahip olan garar yasağı hakkındaki temel tartışmalar ve değerlendirmeler ortaya konulmaya çalışılmıştır. Ulaştığımız sonuçları şu şekilde belirtebiliriz:

1. İslam hukuku, toplumsal huzurun korunmasını ve ticarî ilişkilerin sağlıklı bir şekilde devam ettirilmesini ön planda tutar. Bu bağlamda garar yasağından amaç, başta satım akdi olmak üzere, mübâdelelerde ve diğer hukuki işlemlerde karşılıklı rızayı korumak, haksızlığı ve sömürüyü engellemek ve anlaşmazlıkların önünü kesmektir. Bu amaçla, İslam borçlar hukukunda, ticâretin mümkün olduğunca muayyen esaslara bağlanması hedeflenmiştir. Buna göre bir satış sözleşmesinde mebi, semen, ödeme zamanı vb. hususların yanı sıra akdin sonucu net olarak belirlenmeli ve taraflarca bilinmelidir.

2. Fıkıh literatüründe, garar konusunda en kapsamlı ve sistematik yaklaşımlara, Mâlikî kaynaklarında rastlanmaktadır. Mâlikîler tikel örnekleri tasnif yoluyla genel bir teori geliştirirken, diğer mezhepler onun yerine gararın sebeplerini tespit ederek, garar oluşmaması için gerekli tedbirleri, akdin kendisi ve unsurlarında aranan şartlara (in'ikâd ve sıhhat şartlarına) yerleştirme yolunu tercih etmişlerdir.

3. Garar konusunda belirleyici naslar, sünnetteki verilerdir. Hadislerde gararın ne olduğu tam olarak tanımlanmamıştır. Ancak, hem gararlı satışın yasaklandığı tümel olarak bildirilmiş, hem de bu nitelikteki çok sayıda akid ayrı ayrı yasaklanarak konunun anlaşılmasına çok sayıda tikel örnekle katkıda bulunulmuştur.

4. İslam hukukçuları arasında gararlı satışların yasak olduğuna dair genel bir kanaat söz konusudur. Hakkında özel nas olmayan tikel alanlarda ihtilaf olması muhtemeldir. Buradaki anlaşmazlık, hangi miktardaki gararın bir satışı 'gararlı' hale getireceğinde yatmaktadır. Öte yandan, bazı tikel konular hakkında nas olsa da, bu nasların güvenilirliği ve nasıl anlaşılacağı hususlarında ihtilaf ortaya çıkabilmektedir.

5. Fakihlerin garar tanımları, *had* yerine daha ziyade *resm* niteliğindedir ve gararlı satışların belli ortak özelliklerini tavsif etmektedir. Buna göre, akdin hükmünü uygulatmayan veya rızaya temel teşkil edecek derecede bilinmediği için nizaya yol açan akidler, gararlı akidlerdir.

6. Akidlerde garar, ya akdin sigasında ya da bedellerde oluşmaktadır. Akdin sigasındaki garar, akid anında koşulan çeşitli *şartlardan* kaynaklanmaktadır. Bedellerde garar oluşmasına sebep olan temel iki husus ise, bedellere dair *cehâlet* ve mebinin *teslim edilememe riski*dir. Klasik literatürde, ma'dûmun satışının geçersiz kabul edilmesi de yine “teslim edilememe riski” sebebiyledir.

7. Cehâlet-garar ilişkisi, konuyla ilgili önemli bir tartışma konusudur. Bu ilişki, cehâlet terimine dar veya geniş anlam yüklenmesine göre değişmektedir. Klasik literatürdeki bilgilerden hareketle, cehâlete dar anlam verilmesi kanaatimizce daha doğru olacaktır. Böylece cehâletin, gararı oluşturan sebeplerden biri olduğunu söylemek uygun olacaktır. Garara yol açan dolayısıyla da akdin geçerliliğine engel olan cehâlet, ihtilâf ve çekişmeye (nizâ) sebep olan cehâlettir.

8. Garar yasağının daha iyi anlaşılması açısından satım akdinin tabiatı göz önünde bulundurulmalıdır. İslam borçlar hukukunda mebi tayin ile taayyün eder ve taayyün eden şeyin de bizzat teslim edilmesi gerekir. Yani “*cins borcu - parça borcu*” ayrımı açısından baktığımızda, mebi normalde parça borcudur. Bu sebeple, mebinin *makdûru't-teslîm* olması mutlak satım akdi açısından çok önemlidir. Bunun bir yansıması olarak, klasik fıkıh literatüründe, mebinin akid anında ma'dûm olması halinde, hem taayyün edemeyeceği hem de derhal teslim edilemeyeceği için satım akdi geçersiz kabul edilmektedir. Öte yandan, selem ve istisnâ' akidlerinde ise, akid mahalli *nev'an muayyen cins borcudur* ve *deyindir*. Cins ise kolay kolay yok olmayacağı için, bunların akid anında mevcut veya *makdûru't-teslîm* olması şartı aranmamıştır.

9. Akidlerde gararı (risk ve belirsizliği) tamamen yok etmek imkânsızdır. Bu sebeple, gararın bir akdi geçersiz hale getirebilmesi için dört şart gerekli görülmüştür: Gararın akdi etkileyecek miktarda olması, söz konusu akde insanların ihtiyacının bulunmaması, gararın mebide aslî olarak bulunması ve -Mâlikîlere göre- gararın muâvezat akidlerinden birinde söz konusu olmasıdır. Bu dört şart, konuyla ilgili nasların incelenmesi neticesinde istikrâ (tümevarım) yoluyla elde edilmiştir.

Bir akidde veya hukuki işlemde bulunan garar, söz konusu şartlardan birinin bulunmaması durumunda, *gayr-i müessir* (hukuki sonuç doğurmayan) garar olarak kabul edilmiştir. Garar açısından *müessir-gayri müessir* ayrımında görüş birliği olmakla birlikte, bu ayrımın net sınırının çizilmesi ve bazı furû örneklerdeki gararın bu ayrımdan hangisine dâhil olacağı hususunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

10. Garar, İslam borçlar hukukunda genel fesâd sebeplerindendir ve müessir garar içeren bir akid, fukahaya göre geçersizdir. Fakihlerin çoğunluğu, bu durumda tek dereceli hükümsüzlük müeyyidesi (*butlân = fesâd*) uygularken, Hanefiler hükümsüzlüğü *butlan* ve *fesâd* olmak üzere iki aşamada değerlendirmişlerdir. Hanefilerde gararın akdin aslında bulunması halinde akid *bâtıl*; sıhhat şartlarında eksiklik meydana gelmesi halinde ise *fâsiddir*.

11. Müessir garara dair klasik literatürde geliştirilmiş teori kanaatimizce günümüz ihtiyaçlarını da karşılayacak yeterliliğe ve esnekliğe sahiptir. Bu teori sayesinde, garar yasağının insanların ihtiyaçlarında ve ticarî örfte meydana gelecek değişmelere uyum sağlaması ve teknolojik gelişmelerden bu teori çerçevesinde faydalanılması mümkün gözükmektedir.

12. Garar konusunun ve genel olarak günümüzdeki ticari işlemlere dair tartışmaların sağlam bir zemine oturması, İslam borçlar hukukunun ve günümüz Türk borçlar hukukunun daha iyi anlaşılmasıyla yakından irtibatlıdır. Ancak ülkemizde bu alanda yeterince çalışma yapılmadığı görülmektedir. Bu sebeple İslam borçlar hukuku alanında, Türk borçlar hukukuyla mukayeseli olarak hazırlanacak akademik çalışmalara ihtiyaç vardır. Lisansüstü öğrenciler bu alana yönlendirilmeli ve bu alandaki çalışmalar teşvik edilmelidir. Konumuz açısından bakıldığında, kumar/meysir, muhâtara, mebinin sorumluluğunun üstlenilmesi (*damân*) ve imkânsızlık (*istihâle*) konularında ayrıntılı çalışmaların yapılması isabetli olacaktır.

BİBLİYOGRAFYA*

Abdurrezzâk, Ebu Bekir Abdurrezzâk b. Hemmâm el-Yemânî es-San‘ânî (211/826), *el-Musannef*, thk. Habîburrahmân el-A’zamî, Beyrut 1403/1983, I-XII.

Âbî, Salih Abdussemî‘ el-Ezherî (1335/1917), *Cevâhiru’l-iklîl şerhu Muhtasari’l-Allâme eş-Şeyh Halîl*, Kahire ty., I-II. (*Cevâhiru’l-iklîl*)

_____, *es-Semeru’d-dânî fî takrîbi’l-meânî*, Kahire 1338. (*es-Semeru’d-dânî*)

Adevî, Ali b. Ahmed b. Mûkerremillah es-Saîdi (1189/1775), *Hâşiyetü’l-Adevî ala Kifâyeti’t-tâlibi’r-rabbânî*, thk. Ahmed Hamdi İmam, nşr. Seyyid Ali Hâşimî, Kahire 1409/1989, I-IV. (*Hâşiyetü’l-Adevî*)

Akıncı, Şahin, *Borçlar Hukuku Bilgisi: Genel Hükümler*, Konya 2006.

Aksoy-Dursun, Sanem, *Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008.

al-Amine, Muhammad Al-Bashir Muhammad, *Risk Management in Islamic Finance: An Analysis of Derivatives Instruments in Commodity Markets*, Leiden: Brill 2008. (*Risk Management in Islamic Finance*)

Âmidî, Seyfuddin Ebu’l-Hasen Ali b. Muhammed (631/1233), *el-İhkâm fî usûli’l-ahkâm*, nşr. Abdurrezzâk Afîfî, 2003/1423, I-IV. (*el-İhkâm*)

Antalya, Gökhan, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, İstanbul 2012.

Apaydın, H. Yunus, *İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü*, Doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1989.

_____, “Fesâd”, *DİA*, 12/417-412

_____, “Galat”, *DİA*, 13/297-300

* - Kendilerine işaretle yetinilen veya sadece bir defa atıfta bulunulan çalışmalar, geçtiği yerde tam bibliyografik künyesiyle verildiği için ayrıca bu listeye dâhil edilmemiştir.

- *el-Kütübü’t-Tis’a’nın Concordance’a* uygun baskılarına burada yer verilmemiştir.

_____, “Muhayyerlik”, *DİA*, 31/25-30.

Arı, Abdüsselam, *İslâm Hukukunda Rıza ile İrade Beyanı Arasında Uyumsuzluk*, Doktora tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1996.

“Asbu’l-fahl”, *Mv.F.*, 30/93-95

Askalânî, İbn Hacer, Ebu’l-Fadl Şehabeddin Ahmed b. Ali (852/1449), *Telhisu’l-habîr fî tahrîci ehâdîsi’r-Râfî’l-kebîr*, thk. Ebu Asım Hasan b. Abbas, yy. 1995/1416 (Müessesetu Kurtuba). (*Telhisu’l-habîr*)

“Ayb”, *Mv.F.*, 31/81-113

Atalay, Hamit (ve diğerleri), *İngilizce - Türkçe Sözlük*, İnceleyen: Hamza Zülfikar, Ankara 1999, I-II.

Aybakan, Bilal, “Selem”, *DİA*, 36/402-405.

Aynî, Ebu Muhammed Mahmud b. Ahmed (855/1451), *Umdetü’l-kârî şerhu Sahîhi’l-Buhârî*, Beyrut ty. (Dâru ihyâi’t-türâsi’l-Arabî), I-XI. (*Umdetü’l-kârî*)

_____, *el-Binâye fî şerhi’l-Hidâye*, Beyrut 1411/1990, I-XII.

Bâbertî, Ekmelüddin Muhammed b. Mahmud (786/1384), *Şerhu’l-İnâye ale’l-Hidâye* (Fethu’l-Kadîr hamışinde), Kahire 1389/1970, I-X. (*el-İnâye*)

Bâcî, Ebu’l-Velîd Süleyman (494/1100), *el-Müntekâ*, Beyrut ty. (Dâru’l-kitâbi’l-İslâmî) → Kahire 1332’den ofset, I-VII.

Bahrululûm, Muhammed, *Uyûbu’l-irâde fî ş-şeri’ati’l-İslâmiyye*, Beyrut 1404/1984.

Bardakoğlu, Ali, “Bey”, *DİA*, 6/13-19

_____, “Butlan”, *DİA*, 6/476-478

_____, “Gabn”, *DİA*, 13/268-273

_____, “Hile”, *DİA*, 18/28-29

_____, “İslâm Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdî Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı”, *Erciyes Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sayı:1, Kayseri 1983, s.9-29.

Behûtî, Selahuddin Mansûr b. Yunus (1051/1641), *Keşşâfu’l-kınâ‘ an metni’l-İkna‘*, thk. Muhammed Emin Zinnavi, Beyrut 1997/1417, I-V. (*Keşşâfu’l-kınâ‘*)

“Bey‘ menhiyy anh”, *Mv.F.*, 9/143-236

“Bey‘u‘l-hasât”, *Mv.F.*, 9/88-90

“el-Bey‘u‘l-fâsid”, *Mv.F.*, 9/98-114

Beyhakî, Ebu Bekir Ahmed b. Huseyn b. Ali (458/1065), *es-Sünenu‘l-kübrâ*, thk. Muhammed Abdülkâdir Atâ, Beyrut 1424/2003, I-XI.

Beğavî, Ebû Muhammed Muhyissünne el-Huseyn b. Mes‘ûd (516/1122), *Şerhu‘s-sünne*, thk. Zuheyr eş-Şâviş ve Şuayb el-Arnâvut, Beyrut 1403/1983, I-XVI.

Behûfî, Mansûr b. Yunus (1051/1641), *er-Ravdu‘l-murbi‘ bi şerhi Zâdi‘l-müstakni‘*, yy. 1397-1400/1977-80, I-VII. (Abdurrahman Âsımî hâşiyesiyle birlikte) (*er-Ravdu‘l-murbi‘*)

Bilgili, İsmail, *İslam Hukukunda Ma‘dûmun Satımı*, Konya 2011.

Buang, Ahmad Hidayat, *Studies in the Islamic Law of Contracts: the Prohibition of Gharar*, Kuala Lumpur 2000. (*The Prohibition of Gharar*)

Buceyrimî, Süleyman b. Muhammed (1221/1806), *Buceyrimî ale‘l-Hatîb (Tuhfetu‘l-habîb alâ şerhi‘l-Hatîb)*, Beyrut 1417/1996, I-V (el-İknâ‘ ile birlikte). (*Buceyrimî ale‘l-Hatîb*)

Burhâneddin el-Buhârî, Burhâneddin (Burhanü‘ş-şeria) Mahmud b. Ahmed Merğînânî (616/1219), *el-Muhîtu‘l-burhânî fî‘l-fikhi‘n-Nu‘mani*, thk. Abdulkerîm Sâmî el-Cundî, Beyrut 1424/2004, I-IX. (*el-Muhîtu‘l-burhânî*)

Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî (370/981), *Ahkâmü‘l-Kur‘ân*, thk. Muhammed Sadık Kamhâvî, Beyrut 1992/1412, I-V.

_____, *Muhtasaru İhtilâfi‘l-ulemâ*, thk. Abdullah Nezîr Ahmed, Beyrut 1416/1995. I-V.

Cevherî, Ebû Nasr İsmail b. Hammâd el-Farabî (393/1003), *es-Sihâh: Tâcu‘l-lüğâ ve sıhâhu‘l-Arabiyye*, thk. Ahmed Abdulgafur Attar, Beyrut 1990, I-VII.

Cevâd Ali, *el-Mufasssal fî târihi‘l-Arab kable‘l-İslâm*, yy. 1993/1413 (Yayınevi bilgisi bulunmamaktadır), I-X.

Cevâhirî, Muhammed Hasen b. Ahmed en-Necefî (1266/1850), *Cevâhiru‘l-kelem*, thk. Abbas Kûçânî, Tahran 1365 (şemsi), I-XLII.

Coulson, Noel Jones (1986), *A History of Islamic Law*, Wiltshire 2005.

Cürçânî, Seyyid Şerîf Ali b. Muhammed (816/1413), *Kitâbu‘t-Ta‘rîfât*, Beyrut 1985. (*Ta‘rîfât*)

Cüveynî, İmâmü'l-Harameyn Ebu'l-Meâlî Rukneddin Abdülmelik b. Abdullah (478/1085), *el-Burhân*, thk. Abdülazim Mahmud ed-Dîb, Mansûra 1420/1999, I-II.

_____, *Nihâyetü'l-matlab fi dirâyeti'l-mezheb*, thk. Abdülazim Mahmud ed-Dîb, Beyrut 2007/1428, I-XX. (*Nihâyetü'l-matlab*)

Çalış, Halit, *İslam'da Kolaylaştırma İlkesi*, Konya 2004.

_____, “İslâm Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, *Dini Araştırmalar*, cilt:7, sayı: 19, yıl: 2004, s. 269-296.

Çeker, Orhan, *İslam Hukukunda Akitler*, İstanbul 2006.

“Dâbitü'l-ğarari'l-mufsid li'l-muâmelâti'l-mâliyye”, *el-Me'âyîru's-şer'iyye 2010/1431*, Bahreyn 2012, s. 417-428

Dârekutnî, Ebu'l-Hasen Ali b. Ömer (385/995), *Sünenü'd-Dârekutnî*, thk. Şuayb Arnavut ve diğerleri, Lübnan 1424/2004. I-VI.

Darîr, es-Siddîk Muhammed el-Emîn, *el-Garar ve eseruh fi'l-ukûd fi'l-fikhi'l-İslâmî*, yy. 1995/1416 (Albaraka yay). (*el-Garar*)

Derâdike, Yasin Ahmed, *Nazariyyetü'l-garar fi's-şer'îati'l-İslâmiyye: Dirâse Mukârane*, Amman 1973, I-II.

Derdîr, Ebu'l-Berekât Sîdî Ahmed b. Muhammed (1201/1786), *eş-Şerhu's-sağîr alâ Akrabi'l-mesâlik ilâ mezhebi'l-İmâm Mâlik*, nşr. Mustafa Kemal VASFİ, Kahire 1986, I-IV. (Sâvî'nin hâşiyesiyle birlikte)

Derdîr, Ebu'l-Berekât Sîdî Ahmed b. Muhammed (1201/1786), *eş-Şerhu'l-kebîr*, yy. ty. (İsâ el-Bâbî el-Halebî), I-IV. (Hâşiyetü'd-Desûkî ile birlikte)

Desûkî, Muhammed b. Ahmed b. Arafe (1230/1815), *Hâşiyetü'd-Desûkî ale's-Şerhi'l-kebîr*, yy. ty. (İsâ el-Bâbî el-Halebî), I-IV. (*Hâşiyetü'd-Desûkî*)

Dihlevî, Şah Veliyyullah Ebû Abdülaziz Ahmed b. Abdürrahim el-Fârûkî (1176/1762), *Huccetullâhi'l-bâliğa*, thk. Seyyid Sâbık, Beyrut 1426/2005.

Dönmez, İbrahim Kafi, “Cehâlet”, *DİA*, 7/219-222

_____, “Garar”, *DİA*, 13/366-371

Dündar, Mustafa, *Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi*, Yüksek Lisans tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2006.

Ebû Yûsuf, Ya'kûb b. İbrahim (182/798), *İhtilâfu Ebî Hanîfe ve İbn Ebî Leylâ*, tsh. Ebu'l-vefâ el-Efgânî, yy. 1357 (Matbaatü'l-Vefâ).

_____, *Kitâbu'l-Harâc*, Beyrut 1399/1979.

Ebu Zehra, Muhammed (1974), *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd fi'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, Kahire 1996. (*el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*)

Ensârî, Murteza b. Muhammed (1281/1864), *el-Mekâsib*, Kum 1415, I-VI.

Ensârî, Ebu Yahya Zeynüddin Zekerîyya b. Muhammed (926/1520), *Esne'l-metâlib şerhu Ravdi't-tâlib*, Kahire ty. (el-Mektebetü'l-İslâmiyye), I-IV.

Erdoğan, Mehmet, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, İstanbul 1990.

Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, İstanbul 2008.

Ettafeyyiş, Muhammed b. Yusuf el-Hafsî el-Adevî (1332/1914), *Şerhu'n-Nîl ve şifâ'u'l-'alîl*, ty. yy. (Mektebetü'l-irşâd), I-XVII. (*Şerhu'n-Nîl*)

“Fesâd”, *Mv.F.*, 32/117-127.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, *Borçlar Hukuku: Umûmî Hükümler*, İstanbul 1967.

el-Gamal, Mahmoud A., “An Economic Explication of the Prohibition of Gharar in Classical Islamic Jurisprudence”, *Islamic Economic Studies*, Cilt: 8, No: 2, Nisan 2001, s. 29-58 (“An Economic Explication”)

“Garar”, *Mv.F.*, 31/149-167

Gazzâlî, Ebû Hâmid Hucetülislam Muhammed b. Muhammed (505/1111), *el-Mustasfâ fi ilmi'l-usûl*, Bulak 1322, I-II. (*el-Mustasfâ*)

_____, *el-Vasît fi'l-mezheb*, thk. Ahmed Mahmud İbrahim ve Muhammed Muhammed Tâmir, Kahire 1417/1997, I-VII. (*el-Vasît*)

Günay, Hacı Mehmet, “Tağrir”, *DİA*, 39/375-376.

Güney, Necmeddin, “İslam Borçlar Hukukunda Satım Akdinin Konusuna Dair Cehâlet ve Akde Etkisi”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy.16, 2010, s.491-502

Halil b. Ahmed, Ebu Abdurrahman el-Ferâhîdî el-Ezdî (170/786), *Kitâbu'l-'Ayn*, thk. Mehdi el-Mahzûmî ve İbrahim Sâmrâ'î, ty. yy., (Yayınevi bilgisi bulunmamaktadır.), I-VIII.

“Haml”, *Mv.F.*, 18/142-153

Hattâb Ruaynî, Şemseddin Ebû Abdullah Muhammed b. Muhammed (954/1547), *Mevâhibu'l-Celîl li şerhi Muhtasari Halîl*, nşr. Zekeriyâ Umeyrât, Beyrut 1416/1995, I-VIII. (*Mevâhibu'l-Celîl*)

Hattâbî, Ebu Süleyman Hamd b. Muhammed (388/998), *Meâlimu's-Sünen*, nşr. Muhammed Rağîb et-Tabbâh, Beyrut 1351/1932, I-IV.

Heysemî, Nureddin Ali b. Ebu Bekir (807/1405), *Buğyetu'r-râid fî tahkîk Mecmai'z-zevâid ve menbei'l-fevâid*, thk. Abdullah Muhammed Dervîş, Beyrut 1994, I-X. (*Mecmau'z-zevâid*)

Hısnî, Takıyyüddin Ebû Bekr b. Muhammed (829/1426), *Kifâyetü'l-ahyâr fî halli Ğâyeti'l-ihisâr*, thk. Hâni el-Hâc, yy. ty. (el-Mektebetü't-tevfikiyye). (*Kifâyetü'l-ahyâr*)

“Hıyâru'ş-şart”, *Mv.F.*, 20/77-112.

Huseynî, Muhammed Sadık er-Rûhânî, *Fıkhu's-Sâdik*, Kum 1412-1414, I-XXVI.

“İvad”, *Mv.F.*, 31/58-73

İbn Abdullah, Atikullah b. Haji Abdullah, *A Critical Study of the Concept of Gharar and Its Elements in Islamic law of Business Contract*, Doktora tezi, The University of Birmingham Faculty of Arts, 1998. (The Concept of Gharar)

İbn Abdilber, Cemaleddin Ebû Ömer Yusuf b. Abdullah en-Nemerî el-Kurtubî (463/1071), *et-Temhîd limâ fi'l-Muvattai mine'l-meânî ve'l-esânîd*, thk. Mustafa b. Ahmed Alevî ve Muhammed Abdulkebir Bekrî, Mağrib 1387/1967. (*et-Temhîd*)

İbn Abdisselâm, İzzüddîn Ebu Muhammed Abdülazîz b. Abdisselâm (660/1262), *el-Kavâidü'l-Kübrâ (Kavâidü'l-ahkâm fî mesâlihi'l-enâm)*, thk. Nezih Kemal Hammâd ve Osman Cum'a Damîriyye, Beyrut 1410/1990, I-II. (*Kavâidü'l-ahkâm*)

İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer (1252/1836), *Hâşiye Reddû'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr şerh Tenvîri'l-epsâr*, İstanbul 1985 → Kahire 1389/1969 baskısından ofset, I-VIII. (*Reddû'l-muhtâr*)

_____, *Minhatü'l-Hâlık ale'l-Bahri'r-râik*, Kahire 1333, I-VIII (el-Bahru'r-râik ile birlikte).

İbn Cüzey, Ebu'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed (741/1310), *el-Kavânînü'l-fikhiyye fî telhîs mezhebi'l-Mâlikiyye ve't-tenbîh alâ mezhebi'ş-Şâfiyye ve'l-Hanefiyye ve'l-Hanbeliyye*, thk. Muhammed b. Sîdî Muhammed Mevlây, yy. ty. (yayın evi yok). (*el-Kavânînü'l-fikhiyye*)

İbn Duvayyân, İbrâhim b. Muhammed (1353/1935), *Menâru's-sebîl fî şerhi'd-Delîl*, thk. Zuheyr eş-Şâviş, yy. 1402/1982 (el-Mektebu'l-İslâmî), I-II. (*Menâru's-sebîl*)

İbn Ebî Şeybe, Ebû Bekr Abdullah b. Muhammed (235/849), *el-Musannef*, thk. Muhammed Avvâme, Beyrut 1427/2006, I-XXVI.

İbn Ebî Zeyd, Ebû Muhammed Abdullah b. Abdurrahman Kayrevânî (386/996), *Risâletü İbn Ebî Zeyd el-Kayrevânî*, yy. 2005 (Dâru'l-Fadîle).

İbn Fâris, Ahmed b. Fâris el-Kazvîni er-Râzî (395/1005), *Mu'cemu mekâyisi'l-luğa*, thk. Abdusselam Muhammed Harun, Beyrut 1399/1979, I-VI.

İbn Hacer el-Askalânî, Şihâbüddin Ahmed b. Muhammed (852/1448), *Fethu'l-Bârî bi şerhi Sahîhi'l-Buhârî*, thk. Abdulaziz b. Abdullah b. Bâz ve diğeri, Beyrut ty. (Dâru'l-ma'rife), I-XIII. (*Fethu'l-Bârî*)

İbn Hacer el-Heytemî, Ebu'l-Abbas Şihâbüddin Ahmed el-Mekkî (973/1565), *Tuhfetu'l-muhtâc bi şerhi'l-Minhâc*, yy. ty. (Matbaatu Mustafa Muhammed), I-X. (Şirvânî ve Abbâdî hâşiyeleriyle birlikte) (*Tuhfetu'l-muhtâc*)

İbn Hamza, Ebu Cafer Muhammed b. Ali et-Tûsî (560/1165), *el-Vesîle ilâ neyli'l-fadîle*, thk. Muhammed el-Hasûn, Kum 1408. (*el-Vesîle*)

İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed (456/1064), *el-Muhallâ bi'l-âsâr*, thk. Ahmed Muhammed Şakir, Kahire 1347-1352, I-XI. (*el-Muhallâ*)

_____, *Merâtibu'l-icmâ' fî'l-ibâdât ve'l-muâmelât ve'l-i'tikâdât*, Beyrut 1998/1419.

İbn Hubeyra, Yahya b. Hubeyra el-Vezîr (560/1165), *İhtilâfu'l-eimmeti'l-ulemâ*, thk. Seyyid Yusuf Ahmed, Beyrut 2002, I-II.

İbnü'l-Kayyim el-Cevziyye, Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed b. Ebu Bekir ez-Zer'î (751/1350), *I'lâmu'l-muvakkî'in an rabbi'l-âlemîn*, thk. Tâhâ Abdurraûf Sa'd, Beyrut 1973, I-IV. (*I'lâmu'l-muvakkî'in*)

_____, *Zâdü'l-me'âd fî hedyi hayri'l-'ibâd*, thk. Şuayb Arnaut, Abdülkadir Arnaut, Beyrut 1994/1415, I-VI. (*Zâdü'l-me'âd*)

İbn Kudâme, Muvaffakuddin Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed (620/1223), *el-Muğni*, thk. Abdullah b. Abdulmuhsin et-Türkî ve Abdülfettah Muhammed el-Hulv, Riyad 1417/1997, I-XV.

İbn Manzûr, Muhammed b. Mükerrerem (711/1311), *Lisânu'l-Arab*, Beyrut, 1414, I-XV.

İbn Muflih el-Makdisî, Şemsüddîn Ebû Abdullâh Muhammed b. Muflih (763/1362), *Kitâbu'l-Furû'*, thk. Abdullah b. Abdulmuhsin et-Türkî, Beyrut 1423/2003, I-XI.

İbn Muflih, Burhaneddin Ebû İshâk İbrâhîm b. Muhammed (884/1479), *el-Mubdi' fi şerhi'l-Mukni'*, thk. Muhammed Hasen Muhammed eş-Şâfiî, Beyrut 1997/1418, I-VIII.

İbnü'l-Murtaza, Ahmed b. Yahyâ b. Murtaza el-Mehdî li-dînillah (840/1437), *el-Bahru'z-zehhâr el-câmi' li-mezâhibi 'ulema'i'l-emsâr*, San'a 1409/1988. (*el-Bahru'z-zehhâr*)

İbnü'l-Münzir, Muhammed b. İbrahim (318/930), *el-İcmâ*, thk. Ebu Hammad Sağîr Ahmed b. Muhammed Hanîf, Ac mân 1420/1999.

İbn Nuceym, Zeynüddin b. İbrâhîm el-Misrî (970/1563), *el-Bahru'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik*, Kahire 1333, I-VIII. [8. cildi Muhammed b. Hüseyin'in tekmilesidir.] (*el-Bahru'r-râik*)

_____, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, Beyrut 1985/1405, I-IV. (*Ğamzu 'uyûni'l-besâ'ir* ile birlikte)

İbn Receb el-Hanbelî, Zeynuddin Ebu'l-Ferec Abdurrahman b. Ahmed (795/1393), *el-Kavâid (Takrîru'l-kavâid ve tahrîru'l-fevâid)*, nşr. Meşhur b. Hasan, Amman ty. (Dâru İbn Affân), I-III. (*el-Kavâid*)

İbn Rüşd el-Ced, Ebü'l-Velid Muhammed b. Ahmed el-Kurtubi (520/1126), *el-Mukaddimâtül-Mümeħhidât*, I-III, Beyrut 1408/1988.

_____, *el-Beyân ve't-tahsil ve'ş-şerh ve't-tevcîh ve't-ta'lîl fi'l-mesâili'l-mustahrace*, thk. Muhammed Haccî, Beyrut 1408/1988, I-XX. (*el-Beyân ve't-tahsil*)

İbn Rüşd el-Hafîd, Ebü'l-Velîd Muhammed b. Ahmed (595/1198), *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*, Beyrut 1982, I-II. (*Bidâyetü'l-müctehid*)

İbn Teymiyye, Takıyyüddin Ahmed b. Abdülhalim el-Harrânî (728/1327), *el-Fetâvâ'l-kübrâ*, thk. Muhammed Abdulkadir Atâ ve Mustafa Abdulkadir Atâ, Beyrut 1987/1408, I-VI.

_____, *el-Kavâidü'n-nûrâniyye el-fikhiyye*, thk. Ahmed b. Muhammed el-Halîl, Riyad 1422/2001. (*el-Kavâidü'n-nûrâniyye*)

_____, *Mecmûu fetâvâ Ahmed b. Teymiyye*, nşr. 'Âmir el-Cezzâr ve Enver el-Bâz, Mansûra 1426/2005, I-XXXVII. (*Mecmûu fetâvâ*)

_____, *Nazariyyetü'l-akd*, Kahire ty. (Merkezü'l-kitâb li'n-neşr).

_____, *es-Siyâsetu's-Şer'iyye fî islâhi'r-râ'î ve'r-ra'iyye*, thk. Ali b. Muhammed el-Umrân, Mekke 1429/2008. (*es-Siyâsetu's-Şer'iyye*)

İbnü'l-'Arabî, Ebu Bekir Muhammed b. Abdullah (543/1148), *Ahkâmu'l-Kur'ân*, thk. Muhammed Abdülkadir Atâ', Beyrut 1424/2003, I-IV.

İbnü'l-Esîr, Mecdüddîn Ebu's-Seâdât el-Mübârek b. Muhammed (606/1210), *en-Nihâye fî ğarîbi'l-hadîs ve'l-eser*, thk. Tahir Ahmed ez-Zâvî ve Mahmud Muhammed et-Tanâhî, Beyrut yy. (Dâru İhyâi't-türâsi'l-'Arabî), I-V. (*en-Nihâye*)

İbnü'l-Hümâm, Kemalüddîn Muhammed b. Abdulvâhid (861/1456), *Fethu'l-Kadîr*, Kahire 1389/1970, I-X. [VIII-X. Ciltler, Kadızâde, Ahmed Şemsüddin Edirnevî Rûmî (988/1580)'nin *Netâicü'l-Efkâr fî Keşfi'r-Rümûz ve'l-Esrâr Tekmiletü Fethi'l-Kadîr* isimli tekmlisidir]

İbnü's-Şât, Ebu'l-Kâsım Kâsım b. Abdullah (723/1323), *İdrâru's-şurûk alâ Envâri'l-Furûk*, thk. Halil el-Mansûr, Beyrut 1418/1998, I-IV. (Karâfî, el-Furûk'la birlikte). (*İdrâru's-şurûk*)

'İlîş, Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed (1299/1882), *Minahu'l-Celîl ala Muhtasari'l-Allame Halil*, Kahire 1294, I-IV. (*Minahu'l-Celîl*)

“İştirât”, *Mv.F.*, 4/304-309

Kâdî Abdülvehhâb, Ebû Muhammed Abdülvehhâb b. Ali (422/1031), *el-Maûne alâ mezhebi 'âlimi'l-Medîne*, thk. Muhammed Hasan İsmail eş-Şâfî, Beyrut 1998/1418, I-II. (*el-Maûne*)

_____, *et-Telkîn fî'l-fikhi'l-Mâlikî*, thk. Muhammed Sâlis Sa'îd el-Ğânî, Riyad ty. (Mektebetu Nizâr Mustafa el-Bâz), I-II. (*et-Telkîn*)

Kâdî İyâz, Ebu'l-Fazl İyâz b. Musa el-Yahsubî es-Sebtî (544/1149), *Meşâriku'l-envâr alâ shâhi'l-âsar*, yy. ty. (el-Mektebetü'l-atîka), I-II. (*Meşâriku'l-envâr*)

Kallek, Cengiz, “Kaparo”, *DİA*, 24/339-340.

Karadâğî, Ali Muhyiddin, *Mebde'ü'r-rızâ fî'l-'ukûd*, Beyrut 1406/1985, I-II.

Karâfî, Ebu'l-Abbâs Şehabeddin Ahmed b. İdrîs (684/1285), *el-Furûk*, thk. Halil el-Mansûr, Beyrut 1418/1998, I-IV.

_____, *ez-Zehîra*, thk. Muhammed Haccî, Beyrut 1994, I-XIV.

- Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I-III, İstanbul 1987.
- _____, “Akid”, *DİA*, 2/251-256
- Kâsânî, Ebu Bekir Alâuddin b. Mes’ûd (587/1191), *Bedâ’i’u’s-sanâ’i fî tertîbi’s-şerâi’*, Beyrut 1986/1406, I-VII. (*Bedâ’i’u’s-sanâ’i*)
- Kastallânî, Ebu’l-Abbas Şehabeddin Ahmed b. Muhammed (923/1517), *İrşâdu’s-sârî li şerhi Sahîhi’l-Buhârî*, Bulak 1323, I-X. (*İrşâdu’s-sârî*)
- Kayıhan, Şaban, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, İstanbul 2010.
- Kocayusufoğlu, Necip, *Borçlar Hukuku: Genel Bölüm*, İstanbul 2008.
- Konevî, Kâsım b. Abdullah (978/1570), *Enîsü’l-fukahâ fî ta’rifâti’l-elfâzi’l-mütedâvile beyne’l-fukahâ*, thk. Ahmed b. Abdürrezzâk el-Kubeysî, Cidde 1407/1987. (*Enîsü’l-fukahâ*)
- Köse, Saffet, “Hile”, *DİA*, 18/28-9.
- Kumaş, Ali, *İslâm Borçlar Hukukunda Gabin*, Doktora tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2011.
- Kurtubî, Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed (671/1273), *el-Câmi’ li ahkâmi’l-Kur’ân*, nşr. Hişâm Semîr el-Buhârî, Riyad 1423/2003, I-XXI.
- Leknevî, Ebu’l-Hasenât Abdulhayy b. Abdulhalîm (1304/1886), *en-Nâfiu’l-kebîr*, Karaçi 1411/1990. (el-Câmiu’s-sağîr ile birlikte).
- _____, *et-Ta’liku’l-mümecced alâ Muvattai Muhammed*, thk. Takıyyüddin Nedvî, Beyrut 1423/1991, I-III.
- Mahallî, Celâluddîn Muhammed b. Ahmed (864/1460), *Şerhu’l-Mahallî ale’l-Minhâc*, Kahire 1956/1375, I-IV. (Umeyra ve Kalyûbî hâşiyeleriyle birlikte)
- Mâlik b. Enes (179/795), *el-Muvatta*, thk. Muhammed Mustafâ el-A‘zamî, Ebu Dabi 1425/2004, I-VIII.
- Martin, Elizabeth A. (Editör), *Oxford Dictionary of Law*, İngiltere 2003.
- Mâverdî, Ebu’l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb (450/1058), *el-Hâvî’l-kebîr*, thk. Ali Muhammed Muavvîd ve Âdil Ahmed Abdülmevcûd, Beyrut 1414/1994, I-XVIII.
- Menûfî, Ebu’l-Hasan Ali b. Muhammed b. Muhammed eş-Şâzelî (939/1532), *Kifâyetu’t-tâlibi’r-rabbânî alâ Risâleti İbn Ebî Zeyd el-Kayrevânî*, thk. Ahmed Hamdi İmam, nşr. Seyyid Ali Hâşimî, Kahire 1409/1989, I-IV. (*Kifâyetu’t-tâlibi’r-rabbânî*)

Mergînânî, Burhânuddîn Ebu'l-Hasen Ali b. Ebû Bekir (593/1197), *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedî*, Kahire 1389/1970, I-X. (Fethu'l-Kadîr'le birlikte) (*el-Hidâye*)

Mevsîlî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd (683/1284), *el-İhtiyâr li ta'lîli'l-Muhtâr*, İstanbul 1996, I-V. (*el-İhtiyâr*)

Mevvâk, Ebu Abdullah Muhammed b. Yusuf el-Abderî (897/1491), *et-Tâc ve'l-iklîl alâ Muhtasari Halîl*, nşr. Zekeriyâ Umeyrât, Beyrut 1416/1995, I-VIII (Mevâhibu'l-Celîl ile birlikte). (*et-Tâc ve'l-iklîl*)

Molla Hüsrev, Hüsrev Mehmed Efendi (885/1481), *Düreru'l-hukkâm fî şerhi Gureri'l-ahkâm*, İstanbul 1978 → Âmiriyye 1300'den ofset, I-II. (*Düreru'l-hukkâm*)

Müzenî, Ebû İbrahim İsmâil b. Yahya el-Mısırî (264/878), *Muhtasaru'l-Müzenî fî furû'î's-Şâfi'iyye*, Beyrut 1418/1998. (*Muhtasaru'l-Müzenî*)

Nefrâvî, Ahmed b. Guneym b. Salim İbn Mühenna (1120/1708), *el-Fevâkihü'd-devvânî alâ Risâleti İbn Ebî Zeyd el-Kayrevânî*, nşr. Abdolvâris Muhammed Ali, Beyrut 1418/1997, I-II. (*el-Fevâkihü'd-devvânî*)

Nerâkî, Ahmed b. Mehdi (1245/1828), *'Avâidu'l-eyyâm*, yy. 1417 (Matbaatü Mektebi'l-İ'lâmi'l-İslâmî).

_____, *Müstenedu's-şî'a*, Meşhed 1415, I-XIX.

Nevevî, Muhyiddîn Ebu Zekeriyâ Yahya b. Şeref (676/1277), *el-Mecmû' şerhu'l-Mühezzeb*, Beyrut ty. (Dâru'l-fikr), I-XX. (*el-Mecmû'*) [X-XII. ciltler Takiyyüddin Sübkî'nin (756/1355) tekmlisi; XIII-XX. ciltler Necîb el-Mutî'î'nin tekmlisidir.]

_____, *Ravdatü't-tâlibîn*, thk. Âdil Ahmed Abdülmevcûd ve Ali Muhammed Muavvîd, Beyrut ty. (Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye), I-VIII.

_____, *Sahîhu Müslim bi-şerhi'n-Nevevî*, Kahire 1347/1929, I-XVIII.

Özdirek, Recep, *İslam Hukukunda Akit Hürriyetini Sınırlayan Durumlar*, İstanbul 2009.

Özsoy, İsmail, "Faiz", *DİA*, 12/110-124

Ramlî, Şemsüddîn Muhammed b. Ebu'l-Abbâs (1004/1596), *Nihâyetü'l-muhtâc ilâ şerhi'l-Minhâc*, Beyrut 1414/1993, I-VIII. (*Nihâyetü'l-muhtâc*)

Rasâ', Ebu Abdullah Muhammed b. Kâsım el-Ensârî (894/1489), *Şerhu Hudûdi İbn Arafe (el-Hidâyetü'l-kâfiyetü's-şâfiye li beyan hakâiki'l-İmâm İbn Arafe'l-vâfiye)*, thk. Muhammed Ebu'l-Ecfân ve et-Tâhir el-Ma'mûrî, Beyrut 1993.

Râzî, Ebu'l-Hasen Hüsâmuddin Ali b. Ahmed b. Mekkî (598/1202), *Hülâsatu'd-delâil fi tenkîhi'l-mesâil*, thk. Ebu'l-fadl Dimyâtî Ahmed b. Ali, Riyad 1428/2007. (*Hülâsatu'd-delâil*)

Râzî, Ebû Abdullah Fahrüddîn Muhammed b. Ömer (606/1209), *el-Mahsûl fî 'ilmi usûli'l-fikh*, thk. Tâhâ Câbir Alvânî, Beyrut ty. (Müessesetü'r-Risâle), I-VI. (*el-Mahsûl*)

Seyyid Sâbik (1421/2000), *Fikhu's-sunne*, Beyrut 1971/1391, I-III.

Sahnûn, Ebü Said Abdüsselam b. Said et-Tenûhî (240/854), *el-Müdevvenetu'l-kübrâ*, Beyrut 1415/1994, I-V. (*el-Müdevvene*)

Saleh, Nabil A., *Unlawful Gain and Legitimate Profit in Islamic Law: Riba, Gharar and Islamic Banking*, London 1992. (*Unlawful Gain*)

_____, "Definition and Formation of Contract under Islamic and Arab Laws", *Arab Law Quarterly*, Vol. 5, No. 2, May 1990, s. 101-116. ("Definition and Formation of Contract")

Saleh, Nabil, "Financial Transactions and the Islamic Theory of Obligations and Contracts", *Islamic Law and Finance*, (Editör: Chibli Mallat), London 1988, s.12-29.

San'ânî, Muhammed b. İsmâîl (1182/1768), *Sübülü's-selâm şerhu Bulûği'l-merâm*, nşr. Muhammed Abdülazîz el-Hûli, Kahire 1379/1960, I-IV.

Sâvî, Ahmed b. Muhammed el-Halvetî (1241/1825), *Hâşiyetü's-Sâvî ala eş-Şerhi's-sağîr alâ Akrabi'l-mesâlik ilâ mezhebi'l-İmâm Mâlik*, nşr. Mustafa Kemal Vasfî, Kahire 1986, I-IV (Derdîr'in eş-Şerhu's-sağîr' iyle birlikte). (*Hâşiyetü's-Sâvî*)

Sayfî, Abdullah Ali Mahmûd, *el-Cehâle ve eseruhâ fî ukûdi'l-muâvezât*, Amman 1426/2006.

Sekâkir, Abdullah b. Hamed, "Kâidetü'l-ğarar: Dirâse Te'sîliyye", *Mecelletu'ş-Şerîa ve'd-dirâsâti'l-İslâmiyye*, yıl: 22, sayı: 69, Kuveyt 1428/2007, s. 161-203

Semerkandî, Ebû Bekr Alâuddîn Muhammed b. Ahmed (539/1144), *Tuhfetu'l-fukahâ*, Beyrut 1405/1984, I-III.

Senhûrî, *el-Vasît fî şerhi'l-Kânûni'l-Medenî*, Beyrut 1968, I-X.

Senhûrî, Abdurrezzak Ahmed (1971), *Mesâdiru'l-hak fî'l-fikhi'l-İslâmî: Dirâse mukârene bi'l-fikhi'l-ğarbî*, Beyrut ty. (Dâru'l-fikr), I-VI. (*Mesâdiru'l-hak*)

Serahsî, Ebu Bekir Muhammed b. Ebû Sehl (483/1090), *el-Mebsût*, Beyrut 1414/1993 → Kahire 1324-1331'den ofset, I-XXX.

_____, *Usûlu's-Serahsî*, thk. Ebu'l-vefâ el-Efgânî, Beyrut 1414/1993, I-II.

Stewart, W. J. ve Burgess, Robert, *Collins Dictionary of Law*, yy. 2002 (PerfectBound yay.).

Suğdî, Ebu'l-Hasen Ali b. el-Huseyn (461/1069), *en-Nütef fi'l-fetâvâ*, thk. Salâhuddin Nâhî, Beyrut 1404/1984, I-II. (*en-Nütef*)

Suwailem, Sami, "Towards An Objective Measure of Gharar in Exchange", *Islamic Economic Studies*, cilt: 7, sayı: 1&2, (Ekim 1999-Nisan 2000), s. 61-102.

Suyûrî, Cemaleddin el-Mikdâd b. Abdullah el-Hillî (826/1423), *Nazdü'l-kava'idi'l-fikhiyye*, thk. Abdullatif Kuhkemrî, Kum 1403/1983.

Suyûtî, Celâlüddîn Abdurrahman b. Ebu Bekir (911/1505), *el-Eşbâh ve'n-nezâir fi kavâidi ve furûi fikhi's-Şâfiyye*, Beyrut 1403/1983. (*el-Eşbâh ve'n-nezâir*)

Sübkî, Tâcüddîn Abdülvehhâb b. Ali (771/1369), *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, thk: Adil Ahmed Abdülmevcûd ve Ali Muhammed Ivaz, Beyrut 1411/1991, I-II.

Süleyman Muhammed Ahmed, *Damânu'l-mütlefât fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Kahire 1985/1405.

Şâfiî, Ebu Abdullah Muhammed b. İdrîs (204/819), *el-Ümm*, thk. ve tahrir Rif'at Fevzi Abdulmuttalib, Mansûra 1422/2001, I-XI. (er-Risâle ile birlikte)

Şâtıbî, Ebu İshâk İbrahim b. Musa (790/1388), *el-Muvâfakât*, nşr. Ebu Ubeyde Meşhûr b. Hasen Âli Selmân, Akrabiyye 1417/1997, I-VI.

_____, *el-İ'tisâm*, thk. Muhammed b. Abdurrahman eş-Şakîr ve diğeri, yy. 1429/2008, I-III.

Şehhâte, Şefik, *en-Nazariyyetü'l-âmme li'l-iltizâmât fi's-Şerîati'l-İslâmiyye*, Mısır ty. (Matbaatü'l-İ'timâd)

Şevkânî, Ebû Abdullah Muhammed b. Ali (1250/1834), *Neylu'l-evtâr min esrâri Munteka'l-ahbâr*, nşr. Muhammed Subhi b. Hasen Hallâk, Beyrut 1427/2006, I-XVI. (*Neylu'l-evtâr*)

_____, *es-Seylü'l-cerrâr el-mütedeffik alâ Hadâiki'l-ezhâr*, thk. Mahmud İbrahim Zâyid, Beyrut ty., I-IV. (*es-Seylü'l-cerrâr*)

Şeybânî Muhammed b. Hasen (189/805), *el-Câmiu'l-kebîr*, nşr. Ebu'l-Vefâ Afğânî, Kahire 1356/1937.

_____, *el-Câmiu's-sağîr*, Karaçi 1411/1990.Şeybânî, Muhammed b. el-Hasen (189/805), *Kitâbu'l-Hucce alâ ehli'l-Medîne*, nşr. Mehdî Hasen el-Keylânî el-Kâdirî, Beyrut 1403/1983, I-IV. (*el-Hucce*)

_____, *el-Mebsût*, nşr. Ebu'l-Vefâ Afğânî, Beyrut 1990/1410

_____, *Muvatta'u'l-Îmâm Mâlik: Rivâyetu Muhammed b. el-Hasan eş-Şeybânî*, thk. Takıyyüddin Nedvî, Beyrut 1423/1991, I-III (*et-Ta'liku'l-mumecced* ile birlikte). (*Muvatta'u'l-Îmâm Mâlik*)

Şeyhzâde (Dâmâd Efendi), Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman (1078/1667), *Mecmau'l-enhur fi şerhi Mülteka'l-ebhur*, İstanbul 1328/1910, I-II. (*Mecmau'l-enhur*)

Şîrâzî, Ebu İshak Cemaleddin İbrahim b. Ali (476/1083), *el-Mühezzeb*, thk. Zekeriyya Umeyrat, Beyrut 1995/1416, I-III.

Şîrbînî, Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed el-Hatîb (977/1570), *el-İknâ' fi halli elfâzi Ebî Şücâ'*, Beyrut 1417/1996, I-V. (*el-İknâ'*)

_____, *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti meânî elfâzi'l-Minhâc*, nşr. Muhammed Halil Aytânî, Beyrut 1415/1994, I-V. (*Muğni'l-muhtâc*)

Taberânî, Ebu'l-Kâsım Süleyman b. Ahmed (360/971), *el-Mu'cemü'l-kebîr*, thk. Hamdî Abdülmecid Selefî, Kahire yy. (Mektebetu İbn Teymiyye), I-XXV.

Taberî, Ebu Ca'fer Muhammed b. Cerîr (310/923), *Tefsîru't-Taberî: Câmi'u'l-Beyân fi te'vîli'l-Kur'ân*, thk. Abdullah b. Abdulmuhsin et-Türkî, Beyrut 1415/1995, I-XXIV. "Ta'lik", *Mv.F.*, 12/298-318.

Tahâvî, Ebu Ca'fer Ahmed b. Muhammed (321/933), *Şerhu Meâni'l-âsâr*, Kahire 1414/1994, thk. Muhammed Neccâr ve Muhammed Câdu'l-Hakk, tsh. Yusuf Abdurrahman Mar'aşlî, I-V.

Yavuz, Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler*, İstanbul 2010.

Zeyd b. Ali (122/740), *Müsnedu Zeyd b. Ali (el-Mecmû'u'l-kebîr)*, Beyrut ty. (Dâru Mektebeti'l-hayât).

Zebîdî, Murtezâ Ebu'l-Feyz Muhammed b. Muhammed el-Huseyni (1205/1790), *Tâcu'l-arûs min cevâhiri'l-Kâmûs*, thk. Abdüsettar Ahmed Ferâc ve diğeri, Kuveyt 1965-2001/1385-1422, I-XL.

Zerkâ, Mustafa Ahmed (1999), *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âm: el-Fıkhü'l-İslâmî fi*

sevbihi'l-cedid, Şam 1418/1998, I-II.

_____, “İslam’a göre Sigorta”, *İslam’a göre Faizsiz Banka, Kalkınma ve Sigorta*, (Çev. Hayrettin Karaman), İstanbul 1976, s. 139-235.

Zerkeşî, Bedrüddîn Muhammed b. Bahadır b. Abdullah (794/1392), *el-Mensûr fi'l-kavâid*, thk. Teysîr Fâik Ahmed Mahmud, Kuveyt 1402/1982, I-III.

Zeylaî, Fahrüddin Osman b. Ali (743/1343), *Tebyînü'l-hakâik şerhu Kenzi'd-dekâik*, Beyrut ty. (el-Matbaatü'l-kübrâ'l-emîriyye) → Bulak 1313-1314'den ofset, I-VI. (*Tebyînü'l-hakâik*)

Zeylaî, Ebû Muhammed Cemâlüddîn Abdullah b. Yusuf (762/1360), *Nasbu'r-râye fi tahrîci ehâdisi'l-Hidâye*, thk. Muhammed Avvâme, Beyrut 1418/1997, I-V. (*Nasbu'r-râye*)

Zühaylî, Vehbe, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve edilletuh*, Dimaşk 1985, I-VIII.