

T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI
İSLÂM HUKUKU BİLİM DALI

İSLÂM BORÇLAR HUKUKUNDA GABİN

ALİ KUMAŞ
DOKTORA TEZİ

DANIŞMAN
PROF. DR. AHMET YAMAN

KONYA 2011

T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI
İSLÂM HUKUKU BİLİM DALI

İSLÂM BORÇLAR HUKUKUNDA GABİN

ALİ KUMAŞ
DOKTORA TEZİ

DANIŞMAN
PROF. DR. AHMET YAMAN

KONYA 2011

BİLİMSEL ETİK SAYFASI

Öğrencinin	Adı Soyadı	: Ali KUMAŞ		
	Numarası	: 054144031001		
	Ana Bilim/Bilim Dalı	: Temel İslâm Bilimleri Ana Bilim Dalı İslâm Hukuku Bilim Dalı		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans	<input type="checkbox"/>	Doktora <input type="checkbox"/>
	Tezin Adı	: İslâm Borçlar Hukukunda Gabin		

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.

Ali KUMAŞ

(İmza)

ÖNSÖZ

İslâm hukukunda; “bedeller arasındaki oransızlık”, Türk hukukunda; “tarafardan birinin öteki tarafın müzayakasından (darda kalmasından), hiffetinden (düşüncesizliğinden) veya tecrübesizliğinden (toyluğundan) yararlanarak ivazlar (bedeller) arasında açık bir nisbetsizlik yaratıp onu sömürmek” anlamına gelen gabin, güncel ve önemli bir konudur. Türk Borçlar hukukunda konuyla ilgili neredeyse her sene bir akademik çalışma yapılmasına rağmen, İslâm hukukunda gabin konusunda neredeyse hiçbir çalışmanın yapılmaması bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. “İslâm Borçlar Hukukunda Gabin” adlı doktora tezimizin, bu eksikliği giderme noktasında önemli bir adım olacağı kanaatindeyiz.

İslâm dini, insanlar arasında söz konusu olabilecek istismar ve iktisadî eşitsizliği önlemeyi hedeflemektedir. Gerçekten İslâmiyet’in bu denge temin edici özelliği, İslâm hukukunun “gabin” meselesinde özellikle kendisini göstermektedir.

Gabin ahlakî, iktisadî ve ictimai çeşitli problemleri içeren bir kavramdır. Çünkü her asırda hâkim olan kanaate göre farklı bakış açılarıyla ele alınmıştır. Meselâ ferdiyetçi kanaatin hâkim olduğu dönemlerde kişinin iradesi akdin teşekkülü için belirleyici rol oynamıştır. Kişi istediği şekilde bir tasarrufta bulunma hürriyetine sahip olmuştur. Dolayısıyla da kanunlaştırmalarda bunun etkisi görülmüştür. Bu durumda da gabnin etkisinden pek tabii olarak bahsedilememiştir. Fakat sosyalist kanaatin hâkim olduğu dönemlerde gabin müessesesinin rolü önemli bir mevki haiz olmuştur. İşte bütün bu bakış açılarının netlik kazanması, İslâm hukukundaki gabin teorisinin tam olarak ne olduğunun anlaşılması için bu çalışmanın büyük bir fayda sağlayacağı kanaatini taşımaktayız.

Tezimiz “Sonuç” bölümü hariç üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde tasarruf, irade beyanı, akid, hükümsüzlük teorisi ve iradeyi bozan sebepler ele alınmıştır. İkinci bölümde gabnin tanımı ve mahiyeti, hukuk sistemlerindeki yeri, unsurları çeşitleri, uygulama alanları ve hukuki niteliği üzerinde durulmuştur. Üçüncü bölümde ise gabnin hukukî sonuçları ve gabin davası konuları irdelenmiştir.

Bu çalışmanın hazırlanmasında katkı ve desteklerini esirgemeyen, konuların netleşmesi ve gelişmesinde rehberlik eden danışman hocam Prof. Dr. Ahmet Yaman'a, tez çalışmasının her safhasında katkı ve desteklerini gördüğüm Tez İzleme Komitesi Üyeleri Prof. Dr. Hüseyin Tekin Gökmenoğlu ve Yrd. Doç. Dr. Abdurrahman Savaş'a, emeği geçen tüm hocalarıma, tezimi baştan sona okuyarak en ince ayrıntısına kadar eleştiri ve tekliflerini dile getiren Araştırma Görevlisi Necmettin Güney'e, yetişmemde çok büyük katkı ve emekleri olan anne-babama, çalışma saatlerinin dışında doktora tezine çalışmam vesilesiyle kendilerine vakit ayıramadığım, fakat buna rağmen gösterdikleri sabır ve verdikleri destekten dolayı eşim ve çocuklarıma teşekkürü borç bilirim.

Konya Mayıs 2011

Ali KUMAŞ

ÖZET

Öğrencinin	Adı Soyadı	: Ali KUMAŞ			
	Numarası	: 054144031001			
	Ana Bilim/Bilim Dalı	: Temel İslâm Bilimleri/İslâm Hukuku			
	Programı	Tezli Yüksek Lisans	<input type="checkbox"/>	Doktora	<input type="checkbox"/>
	Tez Danışmanı	: Prof. Dr. Ahmet YAMAN			
	Tezin Adı	: İslâm Borçlar Hukukunda Gabin			

ÖZET

İnsanlar arasında söz konusu olabilecek olan istismar ve iktisadi dengesizliği önlemeye çalışan İslâm hukuku, çeşitli tedbirler alma yoluna gitmiştir. Bu tedbirlerden bazıları da “gabin” çerçevesinde mevzu bahis edilmiştir.

İslâm hukukunda gabin denince “bedeller arasındaki oransızlık” anlaşılmaktadır. Türk hukukunda konu edinilen “gabin”, tam birebir örtüşmemekle beraber klasik fıkıh kaynaklarında “tağrîrli gabin”, çağdaş fıkıh kaynaklarında ise “istiğlâl” kavramlarıyla ifade edilmektedir.

“İslâm Borçlar Hukukunda Gabin” isimli tezimiz, “Giriş” ve “Sonuç” kısımları hariç üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, teze temel teşkil etmesi için tasarruf, irade beyanı ve akid kavramları açıklanarak, hükümsüzlük teorisi ve iradeyi bozan sebepler ele alınmıştır. İkinci bölümde gabinin tanımı yapılmış, gabinin mahiyeti, hukuk sistemlerindeki yeri, unsurları, çeşitleri, uygulama alanları ve hukukî niteliği üzerinde durulmuştur. Üçüncü bölümde ise gabinin hukukî sonuçları ve gabin davası üzerinde durulmuştur. Sonuç olarak İslâm borçlar hukukunda üç boyutlu bir gabin telakkisinin mevcut olduğu, gabne değişik fıkıh âlimlerinin farklı hukukî sonuçlar bağladığı tespit edilmiştir.

YABANCI DİLDE ÖZET

Öğrencinin	Adı Soyadı	: Ali KUMAŞ
	Numarası	: 054144031001
	Ana Bilim/Bilim Dalı	: Temel İslâm Bilimleri/İslâm Hukuku
	Programı	Tezli Yüksek Lisans <input type="checkbox"/> Doktora <input type="checkbox"/>
	Tez Danışmanı	: Prof. Dr. Ahmet YAMAN
	Tezin Adı	: Lesion in Islamic Contract Law

ABSTRACT

Islamic law, as a legal system, has made some provisions for preventing economic imbalance and exploitation among people. Some of these provisions were studied within the lesion (ghabn).

Lesion in Islamic law is disproportion between cost and worth. Lesion, as a legal subject matter treated in Turkish law, is expressed as deception with lesion in classical Islamic law and the exploitation (*istighlâl*) in modern Islamic legal works.

The dissertation is divided into three chapters. In order to be base for the research, the first part deals with some terms such as acts, declaration of intent, and contract. The theory of nullity and the causes invalid will were examined. In the second chapter, definition of lesion, its character, its place in the legal systems, its components, its sorts, its field of application, and its legal nature were investigated. The third chapter examines its legal results and the suit for lesion.

In conclusion, it is determined that there is a three dimensional-understanding of lesion in Islamic law. Muslim jurists, therefore, gathered different legal result from the lesion.

İÇİNDEKİLER

BİLİMSEL ETİK SAYFASI.....	I
ÖNSÖZ.....	II
ÖZET.....	IV
YABANCI DİLDE ÖZET	V
İÇİNDEKİLER.....	VI
KISALTMALAR.....	XVII
GİRİŞ.....	1

KONUNUN TAKDİMİ, KAYNAKLARI, ÖNEMİ VE SINIRLARI

I. KONUNUN TAKDİMİ VE KAYNAKLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	1
II. KONUNUN ÖNEMİ.....	3
III. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI.....	4

BİRİNCİ BÖLÜM

TASARRUF, İRADE BEYANI, AKİD, HÜKÜMSÜZLÜK TEORİSİ VE İRADEYİ BOZAN SEBEPLER

I. TASARRUF	6
A. Tasarrufun Tanımı ve Çeşitleri.....	6
B. Hukukî İşlemin Tasarruflar İçerisindeki Yeri.....	8
II. İRADE BEYANI.....	9
A. İrade Beyanının Tanımı	10
B. İrade Beyanının Çeşitleri	10
1. Sarih Beyan	10
2. Kinevî Beyan.....	10
C. İrade Beyanının Unsurları.....	11

1. İrade Unsuru (Sübjektif unsur)	11
<i>a. Hanefilere Göre İradenin Unsurları</i>	13
<i>b. Cumhura Göre İradenin Unsurları</i>	15
<i>c. Türk Hukukunda İradenin Unsurları</i>	16
2. Beyan unsuru (Objektif Unsur).....	19
D. İrade Beyanının Temel Özellikleri	19
E. İrade Beyanının Yorumu	20
III. AKİD.....	24
A. Akdin Tanımı	24
B. Akdin Kurucu Unsurları	27
C. Akdin İn'ikad Şartları	30
IV. HÜKÜMSÜZLÜK TEORİSİ	32
A. Yokluk	33
B. Butlan	34
C. Fesad	35
D. Adem-i Nefâz (Akdin Mevkuf, Askıda Olması)	36
V. İRADEYİ BOZAN SEBEPLER.....	37
A. Hata (Galat)	39
1. İradeyi Bozan Sebepler İçinde Hatanın Yeri	42
2. Hata Çeşitleri.....	42
<i>a. Saik Hatası-Beyan Hatası</i>	42
<i>b. Esaslı Hata-Esaslı Olmayan Hata</i>	43
<i>ba. Esaslı Hata</i>	43
baa. Akdin Niteliğinde Hata	43

bab. Akdin Konusunda (Ma‘kûdun ‘aleyhte) Hata	44
bac. Şahista Hata.....	45
bad. Kıymette Hata	46
bae. Kanunda Hata.....	47
<i>bb. Esaslı Olmayan Hata</i>	<i>47</i>
3. Hatanın Hükümleri.....	48
B. Hile (Tağrîr, Tedlîs).....	49
1. İradeyi Bozan Sebepler İçinde Hilenin Yeri	50
2. Hilenin Unsurları.....	50
3. Hilenin Çeşitleri	52
<i>a. Fiilî Hile</i>	<i>52</i>
<i>b. Sözlü Hile</i>	<i>53</i>
<i>ba. Neceş (Hileli Arttırma veya Eksiltme).....</i>	<i>53</i>
<i>bb. Yalan Beyan</i>	<i>54</i>
<i>c. Gizleme ve Susma Vasıtası ile Hile</i>	<i>56</i>
4. Hilenin Hükümleri	56
<i>a. Fesih Muhayyerliği.....</i>	<i>57</i>
<i>b. Fiyat Farkını Talep Hakkı</i>	<i>57</i>
<i>c. Butlan</i>	<i>58</i>
C. İkraah	58
1. İkraah Çeşitleri.....	58
2. İradeyi Bozan Sebepler İçinde İkraahın Yeri	59
3. İkraahın Hükümleri.....	60
<i>a. Butlan.....</i>	<i>60</i>

b. Fesad 60

c. Sihhat..... 61

D. Gabnin İradeyi Bozan Sebepler Arasındaki Yeri..... 62

İKİNCİ BÖLÜM

GABNİN TANIMI, MAHİYETİ, HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ YERİ, UNSURLARI, ÇEŞİTLERİ, UYGULAMA ALANLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I. GABNİN TANIMI VE MAHİYETİ 63

A. Tanımı..... 63

1. Sözlük Anlamı..... 63

2. Terim Anlamı 64

B. İlgili Kavramlar 66

1. Tağrîrli Gabin (Gabin Me^c a't-tağrîr)..... 66

2. İstiğlâl..... 67

3. İstirsâl (Satıcıya Güvenme)..... 70

C. Gabnin Sınırları..... 72

1. Gabin-Faiz İlişkisi..... 72

2. Gabin-Kâr Haddi İlişkisi..... 74

3. Gabin-Kıymette Hata İlişkisi 78

4. Gabin-Saik Hatası İlişkisi 80

D. Gabin Hakkında Mevcut Teoriler..... 81

1. Objektif Teori..... 81

2. Sübjektif Teori 82

II. HUKUK SİSTEMLERİNDE GABİN 82

A. Eski Hukuk Sistemlerinde Gabin..... 82

	X
1. Roma Hukuku	82
2. Kilise Hukuku	85
B. Avrupa Hukuk Sistemlerinde Gabin	87
1. Fransız Hukukunda Gabin	87
2. Alman Hukukunda Gabin	89
3. Avusturya Hukukunda Gabin.....	90
4. İngiliz Hukukunda Gabin.....	90
5. İtalyan Hukukunda Gabin	92
6. Türk ve İsviçre Hukukunda Gabin.....	92
C. İslâm Ülkelerindeki Hukuklarda Gabin	93
1. Mısır Hukukunda Gabin.....	93
2. Irak Hukukunda Gabin.....	96
3. Lübnan Hukukunda Gabin	98
4. Sudan Hukukunda Gabin	98
D. İslâm Hukukunda Gabin	100
1. Fıkhın Temel Kaynaklarında Gabin.....	100
2. Mecelle ve Öncesi İslâm Hukuk Doktrininde Gabin	105
3. Çağdaş İslâm Hukuku Literatüründe Gabin.....	106
III. GABNİN UNSURLARI	106
A. Fâhiş Oransızlık (Objektif Unsur)	107
1. İvazlı Akidler	108
2. Fâhiş Oransızlığın Akid Anında Bulunması	111
3. Fâhiş Oransızlığı Takdir Edecek Makam.....	112
4. Fâhiş Oransızlığın Takdiri Tarzı	113

5. Fâhiş Oransızlığın “Açık” Olması	116
6. Fâhiş Oransızlığın Gabin için Şart Olmadığı Alanlar	117
B. Aldatanın Aldatma Fiili (Aldatan Açısından Sübjektif Unsur).....	118
1. Aldatma Fiilini Şart Koşmayanlar	118
<i>a. Aldatma Fiilini Şart Koşmayanların Delilleri....</i>	<i>122</i>
<i>b. Aldatma Fiilini Şart Koşmayanların Delillerinin Tahlili.....</i>	<i>129</i>
2. Aldatma Fiilini Şart Koşanlar	129
<i>a. Aldatma Fiilini Şart Koşanların Delilleri.....</i>	<i>135</i>
<i>b. Aldatma Fiilini Şart Koşanların Delillerinin Tahlili</i>	<i>137</i>
3. Aldatma Fiilinin İttifakla Şart Koşulmadığı Alanlar	139
<i>a. Küçüğün Malı.....</i>	<i>139</i>
<i>b. Vakıf Malı</i>	<i>140</i>
<i>c. Hazine Malı.....</i>	<i>140</i>
<i>d. Akıl Hastasının Malı.....</i>	<i>141</i>
<i>e. Bunama Hastasının (Ma ‘tûhun) Malı</i>	<i>142</i>
4. Aldatma Fiilleri	144
<i>a. Tağrîr.....</i>	<i>144</i>
<i>b. Tedlîs</i>	<i>147</i>
<i>c. Hılâbe</i>	<i>149</i>
<i>d. Gışş.....</i>	<i>150</i>
<i>e. Hud‘a.....</i>	<i>151</i>
<i>f. Telbis</i>	<i>152</i>

<i>g. Hileli Arttırma veya Eksiltme (Neces)</i>	153
5. Aldatma Fiillerinin Değerlendirilmesi	155
C. Aldatılanın Zayıf Durumu (Aldatılan Açısından Sübjektif Unsur).....	156
1. Aldatılan Açısından Zayıflık Arzeden Haller	156
<i>a. Tecrübesizlik</i>	156
<i>b. Üreticinin Yolda Karşılanması (Telâkki'r-rükbân)</i>	161
<i>c. Şehirlinin Köylü Adına Mal Satması (Bey 'u'l-hâzır li'l-bâdî)</i>	165
<i>d. İhtiyaç (Müzayaka)</i>	168
<i>e. Savurganlık (sefeh)</i>	173
2. Aldatılan Açısından Zayıflık Arzeden Hallerin Değerlendirilmesi	177
IV. GABNİN ÇEŞİTLERİ.....	178
A. Gabn-i Fâhiş	179
1. Hanefîlerde Gabn-i Fâhiş	179
2. Şâfîlerde Gabn-i Fâhiş	181
3. Mâlikîlerde Gabn-i Fâhiş	181
4. Hanbelîlerde Gabn-i Fâhiş	182
5. Zâhirilerde Gabn-i Fâhiş	183
6. Mezheb Görüşlerinin Mukayesesi	184
B. Gabn-i Yesîr (Basit Oransızlık).....	186
V. GABNİN UYGULAMA ALANLARI	188
A. İbadetlerdeki Muamelelerde Gabin.....	188

1. Abdest İçin Su Satımında Gabin.....	188
2. Zekâta Gabin.....	189
B. Borçlar Hukukunda Bazı Özel Akidler	190
1. Kira Akdinde Gabin.....	191
2. Vekilin Tasarrufunda Gabin.....	191
3. Veli ve Vasînin Tasarrufunda Gabin	200
4. Komisyoncunun Tasarrufunda Gabin	203
5. Sarf Akdinde Gabin	203
6. Şartlı Akidlerde Gabin	205
7. Garar İçeren Akidlerde Gabin.....	205
8. Güvene Dayalı Akidlerde (Bey‘u’l-emânât) Gabin	206
C. İdare Hukuku.....	209
1. Mütevellinin tasarrufunda gabin	209
2. Devlet görevlisinin tasarrufunda gabin	210
D. Aile Hukuku	210
E. Miras Hukuku	212
F. Eşya Hukuku	212
1. Şüf‘ada gabin.....	212
2. Taksimde gabin	214
3. Rehinde Gabin.....	217
G. Ticaret Hukuku	218
VI. GABNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	220
A. Akid Özgürlüğüne Getirilen Sınırlama Olması.....	220
B. İradeyi Bozan Sebeplerden Olması.....	222

C. Ahlâka Aykırı Olması	224
-------------------------------	-----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GABNİN HUKUKÎ SONUÇLARI VE GABİN DAVASI

I. GABNİN HUKUKÎ SONUÇLARI	228
A. Teklîfî Hüküm Bakımından Gabin	228
B. Gabnin Tasarruflara Etkisi (Vasfı).....	229
C. Gabni Haklı Kılan Özel Sebepler	230
1. Bilerek Gabin İçeren Akid Yapmak.....	230
2. Rekabet Sebebiyle Gabinli Muamele Yapmak	230
D. Tek Başına Fâhiş Oransızlığa Bağlanan Hukukî Sonuçlar	231
1. Mağdurun Fâhiş Oransızlığa Razı Olması Durumunda .	231
2. Mağdurun Fâhiş Oransızlığa Razı Olmaması Durumunda	231
a. <i>Butlan</i>	231
b. <i>Fesad</i>	232
c. <i>İndirim Müeyyidesi</i>	232
d. <i>Lüzûm</i>	234
E. Gabne Bağlanan Hukukî Sonuçlar	234
1. Butlan	236
2. Fesad	236
3. Sihhat	237
a. <i>Adem-i Nefâz</i>	237
b. <i>Adem-i Lüzûm (Akdin Bağlayıcı Olmaması)</i>	237
ba. <i>Fesih Hakkı</i>	241

<i>bb. Fesih Hakkının Sahibi</i>	244
<i>bc. Gabinli Akdin Feshinde Son Süre</i>	245
<i>bd. Gabinli Akdin Feshe Kadarki Hükmü</i>	247
<i>be. Fesihten Sonra Tasfiye Safhası</i>	248
bea. Edimlerin İadesi	248
beb. İndirim Müeyyidesi.....	248
bec. Tazminat Talebi	249
<i>bf. Fesih Hakkının Kaybedilmesi</i>	250
<i>bg. Feshin Caiz Olmadığı Muameleler</i>	252
<i>c. Lüzûm</i>	252
E. Gabn-i Yesîrin Hukukî Sonuçları	253
F. Gabinli Akdin Ayakta Tutulması	254
G. Gabnin Kişilere Etkisi	257
1. Hacr	257
2. Gabnin Üçüncü Kişilerin Haklarını İhlal Etmesi	258
3. Manevi Sorumluluk.....	258
II. GABİN DAVASI	258
A. Gabin İçeren Akidlerin Dava Edilmesi	258
B. Gabin Davasının İncelenmesi	260
C. Gabnin İspatı	260
1. İkrar	260
2. Delil (Beyyine).....	261
3. Yemin.....	261
4. Yeminden Kaçınma (Nükûl).....	262

D. Gabin Davasının İntikali.....	262
E. Gabin Yasağının Tüketiciyi Koruması	263
F. Gabin Yasağının Üreticiyi Koruması.....	263
G. Gabin Yasağının Satıcıyı Koruması	263
Ğ. Gabin Yasağının Zayıfı Koruması.....	264
SONUÇ.....	265
BİBLİYOGRAFYA.....	271
ÖZGEÇMİŞ	294

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
AS	: ‘Aleyhisselâm
AŞ	: Anonim Şirketi
ATÜNİFAD	: Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
b.	: İbn, bin
bk.	: Bakınız
BK	: Borçlar Kanunu
c.	: Cilt
çev.	: Çeviren
DEÜ	: Dokuz Eylül Üniversitesi
DİB	: Diyanet İşleri Başkanlığı
DİA	: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi
E	: Esas
h.	: Hicrî
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
haz.	: Hazırlayan
H.z.	: Hazreti
İFAV	: İlâhiyat Vakfı Yayınları
İSAM	: İslâm Ansiklopedisi Merkezi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜİFD	: İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi

K	: Karar
LBK	: Lübnan Borçlar Kanunu
md.	: Madde
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
Mv.F	: el-Mevsû'atü'l-fikhıyye
nr.	: Numara
nşr.	: Neşreden
ö.	: Ölüm tarihi
s.	: Sayfa
SAV	: Sellellahu 'aleyhi vesellem
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
sad.	: Sadeleştiren
sy.	: Sayı
t.	: Tarih
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TDV	: Türkiye Diyanet Vakfı
thk.	: Tahkik, tahkik eden
TL	: Türk lirası
trc.	: Tercüme eden
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
t.y.	: Tarih yok
vb.	: Ve benzeri
Y.	: Yargıtay
yy.	: Yayın yeri yok

GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ, KAYNAKLARI, ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI

I. KONUNUN TAKDİMİ VE KAYNAKLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

İslâm hukuku kaynaklarında “bedeller arasındaki oransızlık” anlamına gelen gabin, Türk hukukundaki gabin kavramından farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Türk hukukunda gabin, “ taraflardan birinin öteki tarafın müzayakasından (zor durumda kalmasından), hiffetinden (düşüncesizliğinden) veya tecrübesizliğinden (deneyimsizliğinden) yararlanarak ivazlar (bedeller) arasında açık bir nisbetsizlik yaratıp onu sömürmek” anlamında kullanılmaktadır.

Okuyucunun zihninde bir karışıklık ve çelişkiye sebebiyet vermemek için İslâm hukuku kaynaklarında “gabin” olarak ifade edilen kavram yerine “oransızlık”, “gabn-i fâhiş” olarak ifade edilen kavram yerine “fâhiş oransızlık”, “gabin me‘a’t-tağrîr” olarak ifade edilen veya Türk hukukundaki anlamıyla gabin durumunu oluşturan kavram yerine “gabin” kavramı kullanılmıştır.

Fıkıh literatüründeki anlamıyla ilk olarak hadislerde karşımıza çıkan gabin kavramı, günümüze kadarki fûrû fıkıh alanında yazılmış İslâm hukuku kaynaklarında mevzu bahis edilmiştir. Fakat gabinle ilgili çok az sayıda müstakil çalışma yapılmıştır. Türkiye’de, gabinle ilgili M. Kâmil Yaşaroğlu’nun *İslâm Hukukunda Gabin*, Gökhan Atmaca’nın *İbn Abidin’in Gabin Risalesi’nin Metin ve Muhteva Yönünde Tedkiki* adlı yayınlanmamış yüksek lisans tezi yapılmıştır. Ayrıca İbn Âbidîn’in “*Tahbîru’t-tahrîr fi’l-ibtâli’l-kadâ bi’l-fesh bi’l-gabni’l-fâhiş bilâ tağrîr*”, Halid Kemal Elbir’in “*İslâm Hukukunda Gabin*”, Kadir Çetin’in “*İslâm Hukukunda Gabn-i Fâhiş*” adlı makaleleri ve Ali Bardakoğlu’nun “*Gabn*” adlı ansiklopedi maddesi yayınlanmıştır. Türkiye dışında Ali Hafif’in de “*el-Gabn fi’l-‘ukûd*” adlı çalışmasına ulaşılmıştır. Fakat bütün bu çalışmalar, gabni her boyutuyla ele almaktan ve bir nazariye olarak ortaya koymaktan uzak küçük çaplı çalışmalardır. Ayrıca

kanaatimize göre önemli bir konu olan gabin hakkında bu sayıda çalışmanın yapılması yetersizdir.

Türk hukukunda ise çeşitli makaleler yanında Halid Kemal Elbir'in *Türk Pozitif Hukukunda Gabin* adlı yayınlanmamış doktora tezi, Yusuf Ağbayram'ın *Türk Borçlar Hukukunda Gabin*, Çiğdem Mine Aslan'nın *Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları (BK md. 21)*, Burcu Kalkan'nın *Türk Hukukunda Gabin*, Gonca Önen'in *Türk Hukukunda Gabin*, Murat Topuz'un *Roma Hukukunda Fâhiş Gabin* adlı yüksek lisans çalışmaları ve Eraslan Özkaya'nın *Gabin Davaları*, Senai Olgaç'ın *Hukuk Davalarında Gabin-Hile-İkrah*, Hasan Halis Sungur'un *Gabin* adlı çalışmaları bulunmaktadır.

Gabin, akdin kuruluşu açısından rıza ve irade beyanı kavramlarıyla bağlantılıdır. Bundan dolayı, rıza ve iradeyi konu edinen çağdaş hukuk çalışmalarında gabin konusuna yer verilmiştir. Ali Muhyiddîn Karadâğî'nin *Mebdeü'r-rızâ fi'l-'ukûd* ve Neş'et İbrahim Dirînî'nin, *et-Terâdî fi 'ukûdi'l-mübâdelâti'l-mâliyye* adlı kitapları, Abdüsselam Arı'nın *İslâm Hukukunda Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk* adlı doktora tezi bu çalışmalardandır.

Gabin, kaynağı itibariyle hata, galat ve aldatma (hile, tağrir) kavramları ile ilgilidir. İradeyi bozan sebepler olarak da ifade edilen bu kavramları ele alan çağdaş hukuk kaynaklarında da gabin mevzu bahis edilmiştir. Bunlar arasında özellikle şu çalışmalar bulunmaktadır: Muhammed Ebû Zehrâ, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd fi's-şeri'ati'l-İslâmiyye*; Abdürrezzâk Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak fi'l-fikhi'l-İslâmî, Nazariyyetü'l-'akd*; Abdülmün'im Ferec Sa'ade, *Nazariyyetü'l-akd fi's-şer'ati'l-İslâmiyye ve'l-kânûni'l-vad'iyyi*; Hâşim Ma'rûf Hasenî, *Nazariyyetü'l-akd fi'l-fikhi'l-Ca'ferî*.

Gabin, sonuçları itibariyle muhayyerlik ve fesihle yakın ilgisi bulunduğu için, klasik fıkıh kaynaklarında ayrı bir başlık altında değil bu konularla iç içe olarak işlenmiştir. Bu kaynaklarda gabinin farklı yönleri beyan edilirken değişik kavramlar kullanılmıştır. Bu değişik kavramlardan bahsedilmekle birlikte, okuyucu için kolaylık sağlamak ve karışıklıklara sebebiyet vermemek için çalışmamızın genelinde Hanefî Mezhebinin literatürü kullanılmıştır. Meselâ Hanefî mezhebinde kullanılan

“gabn-i fâhiş” kavramı Mâlikî mezhebinde “muteber gabin” kavramıyla da karşılanmıştır. Fakat çalışmamızda “gabn-i fâhiş” kavramının kullanılması tercih edilmiştir.

Çalışmamızda Fıkıh usûlüyle ilgili konuların açıklanması için Fıkıh usûlü kaynaklarından yararlanılmıştır. Ayrıca âyetlerin açıklanması için Tefsir, hadislerin tahrîci için hadis kaynaklarından, açıklamaları için şerhlerinden istifade edilmiştir.

II. KONUNUN ÖNEMİ

Kişiler, diledikleri akidleri seçme ve sınırlı ölçüde de olsa akdin muhtevasını tayin hususunda serbesttirler. Ancak kişilere tanınan bu irade hürriyeti mutlak değildir. İşte gabin bu noktada önem arz etmektedir. Çünkü gabin irade hürriyetine sınırlandırma getiren bir kavramdır.

Gabin, hem İslâm, hem de Türk hukukunda kullanılan bir kavram hüviyetini arz etmektedir. Fakat İslâm hukukundaki gabin ile Türk hukukundaki gabin birbirinden farklı kavramlardır. Türk hukukundaki gabin, objektif unsur olan fâhiş oransızlıkla birlikte subjektif unsurlardan olan “düşüncesizlik”, “deneyimsizlik” veya “zor durumda kalmak”tan birisinin de bulunması durumunda meydana gelmektedir. Fakat İslâm hukuku kaynaklarındaki gabin, fâhiş oransızlık anlamında kullanılmaktadır. Bundan dolayı İslâm hukuku kaynaklarından istifade edilen bazı Türkçe çalışmalarda, gabin kavramının karıştırıldığı görülmektedir. Bu çalışma bu karışıklığın ortadan kaldırılmasına yardımcı olması açısından da önem arz etmektedir.

Gabin konusunun ele alınmasının önemli sebeplerinden birisi; İslâm hukukundaki gabin teorisinin netleştirilmek istenmesidir. Çünkü gabin, klasik fıkıh kaynaklarında, genellikle çeşitli kavramlarla ilintili olarak konu edilmiş, müstakil bir başlık altında neredeyse ele alınmamıştır. Kaynaklarda dağınık şekilde bulunan gabnin bir bütün halinde ele alınması zarureti bulunmaktadır. Ayrıca fıkıh âlimlerinin gabinle ilgili oldukça farklı görüşleri mevcuttur. Bu mevcut görüşlerin net olarak ortaya konulmasının önemli olmasının yanında, bu görüşlerin sistematik hale getirilmesi ve aralarında bir tercihin yapılması da önem arz etmektedir.

Gabin, bir yönüyle de alış verişte kâr haddi tartışmalarını açıklığa kavuşturacak bir kavram mahiyetini arz etmektedir. Çünkü alış verişte muayyen bir kâr haddinin

bulunup bulunmadığını tespit etmek, konuyla ilgili kelâm etmek, ancak gabin kavramının netleştirilmesi ile mümkün gözükmektedir.

Çağdaş Batı hukukunun ve bu bağlamda Türk hukukunun belirli bir aşama kaydetmesi, hukukta yeni kavramların ve telakkilerin ortaya çıkmasına vesile olmuştur. Gabnin bu açıdan da değerlendirilmesi önemlidir. Bu bağlamda, gabnin iradeyi bozan bir sebep, akid özgürlüğüne getirilen bir sınırlandırma veya ahlâka aykırı bir akid olup olmadığının de irdelenmesi gerekmektedir.

III. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Gabin, fûrûu fikhın neredeyse bütün kaynaklarının değişik başlıkları altında ele alınmış ve kendisine çeşitli hükümler terettüp ettirilmiştir. Bu çalışmamızda, hukukun değişik bölümlerindeki gabne işaret edilmiş, fakat tafsilata girilmemiştir. Bu bağlamda, gabnin, ibadetlerde konu edilmesine işaret edilmiş, ayrıca idare, aile, miras, eşya ve ticaret hukukundaki yansımalarına değinilmiştir. Fakat konu, özellikle Borçlar hukuku kapsamında ele alınmıştır. Bu yapılırken de İslâm hukuku ile Türk hukuku arasında, gerekli görülen yerlerde Batı ve İslâm ülkelerindeki hukuklarla da karşılaştırmalar yapılmıştır. Ayrıca sırası gelince Zâhirî ve Câferî mezheplerinin görüşlerine de yer verilmiştir.

Çağdaş İslâm hukuku kaynaklarında gabin, iradeyi bozan sebeplerle ele alındığı için ve gabnin iradeyi bozan sebeplerle olan sıkı irtibatı sebebiyle çalışmamızın “Birinci Bölüm”ünde, iradeyi bozan sebeplere yer verilmiştir. Fakat teferruata girilmemiştir.

“Gabin”, “tağrîr”, “istiğlâl”, “istirsâl” kelimeleri, anlam bakımında birbirlerine yakın kavramlardır. Bundan dolayı birbirleriyle bazen karıştırılmışlardır. Kavramsal sınırları tayin etmek ve zihinlerdeki karışıklıkları izale etmek için “ilgili kavramlar” başlığı altında söz konusu kelimelerin tanımları yapılmış, “gabnin sınırları” başlığı altında da gabnin, “fâiz”, “kâr haddi” ve “hata”dan ayrılan yönleri ele alınmıştır.

Gabin, gerek eski, gerek yeni değişik hukuk sistemleri tarafından elen alınmış bir hukuk terimidir. Teferruata girilmeden, ulaşabildiğimiz hukuk sistemlerinin gabin teorisine, karşılaştırmaya imkân vermesi için de İslâm ülkelerinde cari olan kanunlardaki ve İslâm hukukundaki gabin teorisine yer verilmiştir.

Son bölümde gabnin hukukî sonuçları beyan edilirken, aynı zamanda gabin davasına da işaret edilmiş, fakat çalışmanın Borçlar hukukuyla ilgili olduğunu nazara alarak, konuya muhakeme usûlü teknik ve teferruatıyla yaklaşılmamıştır. Son olarak da gabnin koruyucu hüviyetine işaret edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TASARRUF, İRADE BEYANI, AKİD, HÜKÜMSÜZLÜK TEORİSİ VE İRADEYİ BOZAN SEBEPLER

“İslâm Borçlar Hukukunda Gabin” adlı çalışmamıza temel teşkil etmesi, konunun daha iyi anlaşılabilmesi ve ilişkili olduğu kavramlardan ayırt edilebilmesi için tasarruf, irade beyanı ve akid kavramları ile hükümsüzlük teorisi ve iradeyi bozan sebeplerin ele alınması gerekmektedir. Bu amaçla çalışmanın başında bu konuların üzerinde durulması uygun görülmüştür.

I. TASARRUF

A. Tasarrufun Tanımı ve Çeşitleri

Çağdaş İslâm hukukçuları tarafından tasarruf, “şahsın iradesi ile ortaya çıkan ve kanun koyucunun kendisine hukukî sonuç bağladığı işlem” şeklinde tanımlanmaktadır.¹ Türk Borçlar hukukunda “tasarruf”, “Bir hakkı veya hukukî ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyen, onu diğer tarafa geçiren, içeriğini sınırlayan, değiştiren veya ortadan kaldıran işlemdir.” Faraza Ahmet, Mehmet’e 5 TL. karşılığında kalemini satmış ve aynî sözleşmeden sonra şeyin zilyetliğini Mehmet’e teslim etmişse, burada satım sözleşmesi borçlandırıcı işlemi, zilyetliğin devri anlaşmasıyla (aynî sözleşmeyle) birlikte zilyetliğin teslimi ise, tasarruf işlemi oluşturur. Örneğin, mülkiyetin nakli, alacağın temliki, borcun ibrası, bir rehin, taşınmaz mükellefiyeti, irtifak hakkının kurulması, mülkiyet hakkından feragat bu anlamdaki tasarruf işlemine örnek olarak gösterilebilir.²

Tasarruflar İslâm hukukçuları tarafından iki kısma ayrılmaktadır:

¹ Zeydân, *el-Medhal*, 239; Bahrülulûm, ‘*Uyûbü’l-irâde*, 54; Erdoğan, *Terimler Sözlüğü*, 547.

² Von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 188–193; Eren, *Borçlar Hukuku*, 160; İnan, *Borçlar Hukuku*, 71; Akıncı, *Borçlar Hukuku*, 68–71.

1) Fiili tasarruflar: Borç ödeme, hiç kimsenin mülkiyetinde olmayan bir şeyi koruma altına alıp mülk edinme (ihrâzu'l-mubâhât), gasp, malı telef etme (itlâf), satılan nesneyi (mebî'c) teslim alma gibi özü itibariyle sözlü olmayan işlemlerdir.³

2) Sözlü tasarruflar: Kişi tarafından meydana gelen ve kanun koyucunun kendisine hukukî sonuç bağladığı irade beyanlarıdır.⁴ Sözlü tasarruflar da üç kısma ayrılır:

a) Tek tarafın irade beyanı ile meydana gelen sözlü tasarruflar. Bu tasarrufla kişi sırf kendi irade ve ibaresi ile kendisini bağlayıcı işlemler inşa eder ve bir hakkın meydana getirilmesi, sonlandırılması veya ıskat edilmesini içerir. Vakıf, talâk, ibrâ ve şüf'c a hakkından feragat bu çeşit tasarruflardır.

b) İki tarafın, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan sözlü tasarruflar. Satım ve icâre gibi akidler bu çeşit tasarruflardandır.

c) Herhangi iki irade arasında bir uyuşmanın söz konusu olmadığı sözlü tasarruflar. Bu tasarruflar, bir hakkı inşâ etmeye veya ıskat etmeye yönelik irade beyanları değildirler. Bunlar kendilerine medenî ve cezâî sonuçların bağlandığı sözlü tasarruflardır. Mesela ikrar bu tür sözlü tasarruflara örnek gösterilebilir. Çünkü ikrar, geçmişte sabit olan bir hakkı sadece kabul etmekten ibarettir. Dava açma, davacının davasını çürütmek için yemin etme ile zina iftirasında bulunmak gibi konusu suç teşkil eden tasarruflar da bu gruba girer.⁵

Bütün bu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi tasarruf kavramı, akiddeden daha geniş bir hüviyet arz etmektedir. Çünkü akid, sözlü tasarrufların ikinci çeşididir. Bütün akidler tasarruftur, fakat bütün tasarruflar akid değildir. Genel kanaat bu şekilde olmakla birlikte bir kısım fıkıh âlimi, çalışmalarında akid kavramını tek tarafın ve iki tarafın irade beyanı ile meydana gelen tasarruflar için de kullandıkları görülmektedir. Bu kaynaklarda yemin, adak, vakıf ve talak terimlerinin akid olarak isimlendirildikleri görülmektedir.⁶

³ Zeydân, *el-Medhal*, 240; Apaydın, *Butlan Teorisi*, 1.

⁴ Zeydân, *el-Medhal*, 240; Apaydın, *Butlan Teorisi*, 1.

⁵ Apaydın, *Butlan Teorisi*, 2; Zeydân, *el-Medhal*, 240.

⁶ Zeydân, *el-Medhal*, 240.

B. Hukukî İşlemin Tasarruflar İçerisindeki Yeri

Pozitif hukuk, insanın hayatta karşılaştığı olguları iki kısma ayırmaktadır: Hukuken önemli olmayan, hukukî sonuç doğurmayan olgular (A'nın sabahleyin uyanması gibi) ve hukuken önemli olan olgular. Hukuku ilgilendiren saha ikincilerdir.⁷ Hukuken önemli olgular da iki kısma ayrılır:

Hukukî Olaylar: Hukuku ilgilendiren ve hukuk düzeninin kendilerine hukukî sonuç bağladığı olaylara denir. Mesela doğum veya ölüm genel nitelikli birer olay olmakla birlikte, bunlar, şahsın hukuku, kişilik hakkı veya miras hukuku yönünden hukuk düzeninin ilgi alanına girerler.⁸

Hukukî Fiiller: Bilinçli bir irade sonucu meydana gelip dış âlemde ifadesini bulan ve hukuk düzeninin kendisine hukukî sonuç bağladığı davranışlardır. Şu halde, bir karar vermek için düşünmek gibi sırf iç dünyada kalan olaylar yahut uykudayken bir davranışta bulunmak gibi bilinçsiz olarak yapılan bir hareket veya ikrah altında senet imzalamak gibi iradî bir karara dayanmaksızın, dıştan gelen mutlak ikrah (cebir-zor) altında yapılan hareketler hukukî bir fiil teşkil etmezler.⁹

Hukukî fiiller kendi içinde, “hukuka uygun fiiller ve hukuka aykırı fiiller” olmak üzere ikiye ayrılır. Hukuka uygun fiiller de yaygın bir ayırım gereğince üçe ayrılır:

a) İrade açığa vurmaları (izharları): İnsan iradesini açığa çıkaran fiillerdir. Bunlar da “hukukî işlemler, hukukî işlem benzeri fiiller ve maddi fiiller” biçiminde karşımıza çıkabilirler.

b) Tasavvur (görüş) açığa vurmaları,

c) His (duygu) açığa vurmaları.

Hukukî işlem kavramını hukukî işlem benzeri fiiller ile maddi fiillerden ayıran özellik, hukukî işlemde irade beyanının muhtevası ile hukuk düzeninin buna

⁷ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 83.

⁸ Eren, *Borçlar Hukuku*, 147’de dipnot 1’deki yazarlardan naklen; Akıncı, *Borçlar Hukuku*, 52; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 27.

⁹ Von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 167–174; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 83; İnan, *Borçlar Hukuku*, 59.

bağladığı sonuç arasında bir uygunluğun bulunmasıdır. Hukukî sonuç istendiği için meydana gelmektedir.¹⁰ Pozitif hukuk doktrininde, hukukî işlem dışında kalan ve hukuka aykırı bir fiil de teşkil etmeyen diğer bütün hukukî fiillere dar anlamda hukukî fiiller denmektedir.¹¹

Yukarıdaki izahattan anlaşılacağı üzere hukukî işlem, “geniş anlamda hukukî fiiller” içinde, “irade açığa vurmaları” arasında yer almakta ve diğer hukukî fiillerden, hukukî sonuca yönelmiş bir irade beyanı unsurunu zorunlu kılması sebebiyle ayrılmaktadır.¹² İslâm hukukunda hukukî işlemin yerini tam olarak ifade eden bir kavram bulunmamaktadır. Bu kavramı ifade etmek için genellikle geniş anlamda hukukî fiil anlamında olan tasarruf, bazen de akid kavramı kullanılmıştır. Çalışmamızda tasarruf kelimesi, Türk hukukundaki hukukî işlem anlamında kullanılmıştır.

II. İRADE BEYANI

İrade esasen özü ve mahiyeti itibariyle zihinde, genel bir deyimle içte gerçekleşen subjektif bir durum olduğundan, açıklanmadıkça muhataplar tarafından bilinmesi ve ona hukukî sonuç bağlanması mümkün değildir. Bunun için de içte oluşan iradenin dışa vurulması ayrıca gereklidir. Böyle olunca biri iradenin kendisi veya oluşması, diğeri açıklanması olmak üzere iradenin iki süreç veya boyutundan söz edilir. Klasik literatürde birinci boyut daha çok “rıza” ve “ihtiyar” kavramlarıyla, ikinci boyut “sîgatü'l-akd” veya “icâb-kabul” terimleriyle ifade edilmektedir. Çağdaş İslâm hukukçuları birincisini “iç irade” veya “gerçek irade”, ikincisini de “dış irade” şeklinde nitelendirirler. Dış irade, ehliyetli kişinin bir hukukî işlemi kurmaya yönelik irade açıklaması demek olup çağdaş literatürde genelde Batı hukukundaki kullanımın da etkisiyle “irade beyanı” tabiriyle karşılanmaktadır.¹³ Aşağıda biraz daha ayrıntısıyla ele aldığımız irade beyanı kavramı, çağdaş hukukçuların terminolojisi ve tasnifi dikkate alınarak şekillendirilmiştir.

¹⁰ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 84; İnan, *Borçlar Hukuku*, 60–62.

¹¹ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 87.

¹² Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 87; İnan, *Borçlar Hukuku*, 60.

¹³ Dirîni, *et-Terâdî fi 'ukûd*, 105–110; Apaydın, “İrade”, *DİA*, XXII, 384–385.

A. İrade Beyanının Tanımı

İrade beyanı, “bir hukukî işlemin yapılmasına ilişkin iradenin sözle veya söz yerini tutan vasıtalarla dışarıya yansıtılması” demek olup hem iradenin açıklanmasını hem de bu iradenin biçimini ifade etmekte kullanılmaktadır. Klasik literatürde, iradenin söz yoluyla dışarıya yansıtılması özellikle akdin tarafları bağlamında “îcâb” ve “kabul” terimleriyle ifade edilmiş, îcâb ve kabulün döküleceği kalıp da “harflerin tertibinden ortaya çıkan heyet” anlamındaki “sîga” kelimesinden hareketle “sîgatü'l-akd” olarak nitelendirilmiştir.¹⁴

B. İrade Beyanının Çeşitleri

İrade beyanı, kastedilen manaya delaletinin kuvvetli, açık; zayıf ve kapalı olmasına göre iki çeşittir:

1. Sarih Beyan

Sarih beyan, “ister hakikat, ister mecaz olsun, çok kullanılmasından dolayı kendisiyle kastedilen mananın açık bir şekilde anlaşıldığı söz” şeklinde tarif edilmektedir.¹⁵ Sarih beyanın hükmü, hukukî sonucun sözün kendisine bağlanması ve sözün irade yerine kaim olmasıdır. Dolayısıyla niyete ve beyan sahibinin o manayı kastedip kastedmediğine bakılmaksızın sarih beyanın hükmü sabit olur. Mesela, akdin taraflarından birinin “sattım” diğeri “satın aldım” demesi halinde ayrıca onların ne kastettiklerini araştırmaya gerek kalmaksızın satım akdinin meydana geldiğine hükmedilir.¹⁶

2. Kinevî Beyan

Kinevî (örtülü) beyan, “ister hakikat, ister kullanımı yaygın olmayan bir mecaz olsun, az kullanılmaktan dolayı kendisiyle kastedilen mananın kapalı kaldığı ve bu mananın ancak karine ile anlaşılabilirdiği söz” şeklinde tarif edilmektedir.¹⁷ İslâm hukukuna göre kinevî beyanlarda, beyan açık olmadığı için irade dikkate alınır. Bu

¹⁴ Apaydın, “İrade Beyanı”, DİA, XXII, 387.

¹⁵ Dirîni, *et-Terâdî fî 'ukûd*, 111; Zeydân, *el-Vecîz*, 336.

¹⁶ Dirîni, *et-Terâdî fî 'ukûd*, 111–116; Zeydân, *el-Vecîz*, 336; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 46.

¹⁷ Dirîni, *et-Terâdî fî 'ukûd*, 111; Zeydân, *el-Vecîz*, 336.

sebeple kinevî beyanla yapılan bir tasarrufun sonuçları beyan sahibinin iradesine veya irade yerine kaim olan karineye göre doğar. Sarih beyanla kinevî beyanın farkı burada ortaya çıkar.¹⁸

C. İrade Beyanının Unsurları

Dar ve gerçek anlamda irade beyanı iki unsurdan müteşekkildir:

1. İrade Unsuru (Sübjektif unsur)

İrade kelimesi sözlükte “istemek, dilemek” anlamlarına gelmekte olup, kişinin iç dünyasında oluşan bir durumdur.¹⁹ İrade, klasik fıkıh literatüründe terimleşmemiş, hatta yaygın olarak kullanılmamış, kullanıldığı yerlerde de “kasıt” anlamında kullanılmıştır. Ancak kaynaklarda ihtiyar, kasıt, niyet ve rıza terimleri, aralarındaki ince farklarla birlikte genel anlamda iradenin mahiyetini veya belli yönlerini ifade etmekte kullanılmıştır. Bu sebeple ilk bakışta klasik literatürde irade kelimesine terim anlamı yüklenmediği ve onun fıkıh ilmine ait teknik bir terim sayılmaması gerektiği anlaşılmaktadır. Fakat esas itibarıyla iradenin cüzlerini oluşturan kavramlara doktrinde yer verildiği, ayrıca irade kavramını tanıtmaya ve tanımlamaya yarayan zengin bir hukukî tefekkürün ve tartışma örneklerinin bulunduğu göz önüne alınırsa, insanın işlemlerinden dolayı dünyevî ve uhrevî sorumluluğa muhatap olmasına temel teşkil eden iradenin içerik ve kavram olarak fıkıh ve fıkıh usulü ilimlerinde merkezî bir rol oynadığı anlaşılır. Bundan dolayı irade kelimesi XX. yüzyılda terimleşerek İslâm hukuku literatürüne girmiş ve çağdaş hukukçular tarafından çeşitli şekillerde tanımlanmaya başlanmıştır.²⁰

Fârâbî'ye (ö. 339/950) göre irade, “idrak edilen şeyi arzu etme gücüyle istemektir” ki ihtiyardan daha geniş ve onu da kapsayan bir kavramdır. Çünkü insan mümkün olanların yanında mümkün olmayanları da ister, hâlbuki sadece mümkün olanı seçer.²¹

¹⁸ Dirînî, *et-Terâdî fî 'ukûd*, 116–117; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 47.

¹⁹ İbn Manzûr, *Lisânü'l- 'Arab*, “r-v-d” maddesi, III, 187; Zebîdî, *Tâcü'l- 'arûs*, “r-v-d” maddesi, II, 358.

²⁰ Bahrülulûm, *'Uyûbü'l-irâde*, 25, 34; Dirînî, *et-Terâdî fî 'ukûd*, 94; Hasenî, *Nazariyyetü'l-'akd*, 198; *Apaydın*, “İrade”, DİA, XXII, 384.

²¹ Çağrıncı-Hökelekli, “İrade”, DİA, XXII, 381.

Râgıb el-İsfahânî (ö. 502/1108) iradeyi “arzu, ihtiyaç ve ümitten meydana gelen bir güç” olarak açıkladıktan sonra bu terimin bazen eyleme yönelme sürecinin başlangıç, bazen de bitiş noktasını ifade ettiğini belirtir. Başlangıç noktasında irade nefsin bir işi yapmayı arzulaması, bitiş noktasında ise o işin yapılmasına veya yapılmamasına hükmetmesidir.²² Gazzâlî’ye (ö. 505/1111) göre bilgi iradeyi, irade kudreti, kudret de fiili meydana getirir.²³

Bahrülulûm, iradeyi “Bilgi ve idrak temeli üzerinde kurulmuş olan azmin bağlandığı arzuyu gerçekleştirmek ve geçerli hale getirmek için meydana getirilen fiil, söz ve davranışla ilgili harekettir.” şeklinde tanımlar ve diğer irade tanımlarını eleştirir.²⁴

Ayrıca çeşitli âlimler tarafından irade terimi için, “belli bir davranışta bulunup bulunmama konusunda kişinin kafasında, iç dünyasında oluşan düşünce ve varılan karar”²⁵ veya “canlıyı, kendisinden değişik mahiyetteki fiillerin doğmasını sağlayacak bir duruma getiren nitelik” yahut “bir fayda elde etme inancının ardından doğan eğilim” gibi, değişik tanımlar yapılmıştır.²⁶

Bu tanımlardan da anlaşılacağı gibi irade harekete geçme gücü ve yeteneği olup fiilin gerçekleştirilmesinde belirleyicidir. İrade kişiyi fiile yönlendirmekte, fiil de iradeye bağlı olması bakımından gerçekleşme imkânı bulmaktadır. Her ne kadar irade fiilden önce geliyorsa da fiil sürecinde de onunla birlikte olan, onunla bütünleşen bir faaliyettir.²⁷

Yine bir kimsenin bir konudaki iradesi ihtiyar kaynaklı olabileceği gibi icbar kaynaklı da olabilir. Kişinin iki şeyden birini tercih etmesi severek ve isteyerek olabileceği gibi istemeyerek de olabilir.²⁸

²² İsfahânî, *el-Müfredât*, “r-v-d” maddesi, I, 424; Çağrıncı-Hökelekli, “*İrade*”, DİA, XXII, 380.

²³ Gazzâlî, *İhyâ*, IV, 269; Çağrıncı-Hökelekli, “*İrade*”, DİA, XXII, 381–382.

²⁴ Bahrülulûm, *‘Uyübü’l-irâde*, 28.

²⁵ Akıncı, *Borçlar Hukuku*, 55. Benzer tanımlar için bk. Senhûrî, *el-Vasît*, I, 174; Zerkâ, *el-Fikhü’l-İslâmî*, I, 366; Bahrülulûm, *‘Uyübü’l-irâde*, 25–26.

²⁶ Cürcânî, *et-Ta’rîfât*, 30; Çağrıncı-Hökelekli, “*İrade*”, DİA, XXII, 380.

²⁷ Çağrıncı-Hökelekli, “*İrade*”, DİA, XXII, 381–382.

²⁸ Apaydın, “*İrade*”, DİA, XXII, 384.

İbrahim Dirîmî iradeyi dört safhada ele alır:

- 1) Yapılmak istenen işlemin zihinde canlandırıldığı algılama safhası.
- 2) Değişik ihtimallerin ve bunların sonuçlarının karşılaştırıldığı düşünme safhası.
- 3) Yapılacak işleme karar verilen kesinleştirme safhası.
- 4) İradenin dış âlemde uygulanma safhası.²⁹

Görüldüğü gibi irade, iç dünyayı ilgilendiren bir kavram olduğundan,³⁰ irade hakkında yapılan açıklama ve tanımlar hukukî olmaktan çok luğavi, psikolojik ve felsefî temellere dayanmaktadır.³¹ Fakat bütün bu açıklamalardan sonra hukukî anlamda şu neticeye ulaşmamız mümkün gözükmemektedir: Gazzâlî'nin de vurguladığı gibi, iradenin oluşması için bilginin bulunması şarttır. İradenin kusurlu hale gelmesi açısından da bu durum önemlidir. Özellikle de gabni, iradeyi bozan sebeplerden kabul edenlere göre gabnin ortaya çıkmasında iradenin hile ile yönlendirilmesi söz konusudur. İlgili bölümde konunun tahlili yapılmıştır.

a. Hanefîlere Göre İradenin Unsurları

Hanefî fakihlerine göre irade; ihtiyar ve rızâ olmak üzere iki unsurdan meydana gelmektedir:

1) *İhtiyar*: Sözlükte “seçmek, tercih etmek” anlamlarına gelir.³² Terim olarak ihtiyar, “varlık ve yokluğa ihtimali bulunan ve güç yetirilebilen bir fiile, şahsın bu ihtimallerden birini diğerine tercih ederek yönelmesi”dir.³³ Hanefî mezhebine göre ihtiyar, bütün hukukî işlemlerin in‘ikad şartıdır.³⁴

²⁹ Dirîmî, *et-Terâdî fî ‘ukûd*, 51.

³⁰ Zebîdî, *Tâcû'l- ‘arûs*, “r-v-d” maddesi, II, 358; Hasenî, *Nazariyyetü'l- ‘akd*, 198.

³¹ Bahrülulûm, *‘Uyûbü'l-irâde*, 25.

³² İbn Manzûr, *Lisânü'l- ‘Arab*, “h-y-r” maddesi, IV, 264.

³³ Bahrülulûm, *‘Uyûbü'l-irâde*, 30; Şelebî, *el-Medhal*, 453.

³⁴ Dirîmî, *et-Terâdî fî ‘ukûd*, 60; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 26–27.

Hukukî işlemler açısından bakılınca ihtiyar, “iradeyi beyan etme kastı” şeklinde tanımlanmaktadır.³⁵ Mutlak olarak söylendiğinde Hanefî fakihleri ihtiyar kelimesiyle “beyan iradesini” kastederler. Kişi hukukî işlem meydana getirmek için iradesini beyan ettiği zaman onda ihtiyar gerçekleşmiş olur. Mesela latife ve eğlence olsun diye beyanda bulunan kimsenin (hâzil) ihtiyarı gerçekleşmiş olur. Çünkü o, iradesini beyan etmeyi kastetmiştir. Buna göre şakacının, tıpkı mükreh (hukukî işlem yapmaya zorlanan) gibi ihtiyarı (beyan iradesi) mevcuttur, rızası (hukukî sonuç iradesi) ise mevcut değildir. Örnekte de görüldüğü gibi, Hanefî mezhebine göre ikrah ve şaka, ihtiyarı ortadan kaldırmamaktadır.³⁶ Hanefî mezhebine göre ihtiyar üç çeşittir:

Sahih ihtiyâr: Üzerinde ikrah baskısı olmayan veya sadece ikrâh-ı gayr-i mülcî, Türk pozitif hukukundaki ifadesiyle “ağır olmayan ikrah” baskısı olan tam edâ ehliyetine sahip kişinin ihtiyarıdır.

Fâsid ihtiyâr: İkrâh-ı mülcî, Türk pozitif hukukundaki ifadesiyle “ağır ikrah” baskısı altında olan kimsenin ihtiyarıdır ki, bu durumda biri mükrihin (zorlayan kişinin), diğeri de mükrehin (zorlanan kişinin) ihtiyarı olmak üzere iki ihtiyar meydana gelmektedir. Mükrehin ihtiyarı mükrihin ihtiyarına dayalı olarak meydana geldiği için fasiddir.

Bâtıl ihtiyâr: Akıl hastası, uykuda olan ve bayılmış bulunan kişilerle, henüz temyiz çağına ulaşmamış bulunan küçüklerin ihtiyarıdır.³⁷ Aklî melekelerini kullanma imkânı bulunmadığı veya akli melekeleri yeterli olgunluğa erişmediği için aslında bu gibi kimselerde ihtiyarın varlığından söz edilmesi pek doğru değildir.³⁸

2) *Rıza:* Rıza sözlükte “sevme, seçme ve tercih etme”³⁹ anlamlarına gelir. Terim olarak rıza “İhtiyarın tam olarak oluşması ve son haddine ulaşmasıdır ki;

³⁵ Ebû Zehre, *Nazariyyetü'l-akd*, 199; Şelebî, *el-Medhal*, 452; Dirîni, *et-Terâdî fi 'ukûd*, 66.

³⁶ Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV, 357; Ebû Zehre, *Nazariyyetü'l-akd*, 201; Hafîf, *Ahkâmü'l-mu'âmelât*, 315–316; Dirîni, *et-Terâdî fi 'ukûd*, 60, 100; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 26.

³⁷ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, I, 206; Bahrülulûm, *'Uyûbü'l-irâde*, 29; Hafîf, *Ahkâmü'l-mu'âmelât*, 318–321.

³⁸ Bahrülulûm, *'Uyûbü'l-irâde*, 29; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 28.

³⁹ Feyyûmî, *el-Misbâh*, “r-ç-y” maddesi, I, 229; Zebîdî, *Tâcü'l-'arûs*, “r-ç-y” maddesi, X, 150.

kişinin yüzünde tebessümün meydana gelmesi gibi bir etkinin oluşmasına vesile olur.” şeklinde tanımlanmaktadır.⁴⁰ Hanefî fıkıh âlimleri rıza ile hukukî sonuç iradesini kastederler.⁴¹

İhtiyar ve rızanın terim manaları göz önünde tutulduğu zaman, rızanın (hukukî sonuç iradesinin), ihtiyarın varlığını gerektirdiği, fakat ihtiyarın, rızanın varlığını gerektirmediği görülür. Mesela mükreh, kendisine yöneltilen tehditten kurtulmak için, şakacı da latife olsun diye irade beyanında bulunmaktadırlar. Bunların her ikisinin de, beyanlarının doğuracağı hukukî sonuçlara rızaları yoktur. O halde rızanın ihtiyar olmaksızın gerçekleşmesi mümkün değilse de ihtiyarın rızadan ayrı olarak gerçekleşmesi mümkündür. Çünkü rıza, son noktasına varmış kâmil bir ihtiyardır. Buna göre rıza, sebep ve hukukî sonuçlarıyla birlikte hukukî işlemi arzu etmektir.⁴²

Hanefî fakihlerini, iradenin ihtiyar ve rıza unsurlarından meydana geldiği görüşünü benimsemeye sevkeden saik; nikâh, talak ve azad etme gibi bazı hukukî işlemlerin rıza bulunmasa da geçerli olacağını gösteren nassların varlığıdır.⁴³ Ayrıca Hanefî fıkıh âlimlerine göre rıza, akdin in‘ikad şartı olmayıp sadece feshi kabul eden akidlerin sıhhat şartıdır. Dolayısıyla feshi kabul eden akidlerde rızanın bulunmaması sebebiyle akid fâsid olur. Ama feshi kabul etmeyen akidler için rıza ne in‘ikad ve de sıhhat şartıdır.⁴⁴

b. Cumhura Göre İradenin Unsurları

İradenin ihtiyar ve rıza diye iki unsura ayrılması sadece Hanefî fakihlerine ait bir yaklaşım olarak kabul edilir. Hâlbuki Hanefî mezhebinde olduğu kadar açık ve belirgin olmamakla beraber diğer mezheplerde de benzeri bir ayırımın varlığına

⁴⁰ Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV, 536; Bahrülulûm, *‘Uyûbü'l-irâde*, 31; Dirînî, *et-Terâdî fî ‘ukûd*, 52.

⁴¹ Hafîf, *Ahkâmü'l-mu‘âmelât*, 315.

⁴² Ebû Zehre, *Nazariyyetü'l-akd*, 200; Bahrülulûm, *‘Uyûbü'l-irâde*, 30; Hafîf, *Ahkâmü'l-mu‘âmelât*, 315.

⁴³ Hafîf, *Ahkâmü'l-mu‘âmelât*, 319; Dirînî, *et-Terâdî fî ‘ukûd*, 60; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 29; İlgili nasslar için bk. Ebû Dâvud, *“Talak”*, 9; Tirmizî, *“Talak”*, 9; İbn Mâce, *“Talak”*, 13.

⁴⁴ Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, 79 (md. 291); Dirînî, *et-Terâdî fî ‘ukûd*, 58, 60; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 28.

işaret eden metinlere rastlamak mümkündür.⁴⁵ Bu mezheplerde ihtiyar ve rıza ayırımının Hanefîlerdeki kadar açık ve belirgin olmaması, onlarda söz konusu ayırımı geri plana iten hatta gölgeleyen başka prensiplerin bulunmasıdır. Mesela Şâfiî mezhebinde “hukukî sonuçların Şâri’ tarafından belirlenmesi”, Hanbelî ve Mâlikî mezheplerinde “irade hürriyeti” prensipleri ihtiyar ve rıza ayırımını geri plana itmiştir. Bu prensipler Hanefî mezhebi dışındaki mezheplerin hukukî düzenlemelerine hâkim olmuş ve bu mezheplerin fakihleri ihtiyar ve rızayı eş anlamlı iki kelime kabul etmişlerdir. Bu bakımdan ihtiyar ve rızadan biri yoksa diğeri de yok kabul edilmiştir.⁴⁶

Hanefî mezhebi dışındaki fakihler, özellikle de Hanbelî fakihleri rızayı akdin in‘ikad şartı saymışlardır.⁴⁷ Rıza olmadığı zaman akid bâtil olur. Bu kuraldan sadece feshi kabul eden akidler istisna edilmiştir.⁴⁸

c. Türk Hukukunda İradenin Unsurları

Pozitif Hukuk, doktrinde iç olguyu teşkil eden iradeyi üç ayrı unsurdan müteşekkil kabul eder:

a) Fiil (eylem) iradesi: İradeyi dış âlemde göstermek için fiile yönelen iradedir. Fiil iradesi, beyan sahibinin beyan fiilinin bilinçli bir iradeye dayanmasıdır. Beyan sahibi, beyan fiilini bilerek, isteyerek yapmalıdır. İradeyi muhataba, yani dış dünyaya bildiren beyan işaretleri (sözler, işaret ve diğer fiiller) iradî, bilinçli bir fiil olmalıdır. Fiil iradesi, fiile, yani konuşmaya, yazmaya, el kaldırmaya, baş sallamaya, bir şey vermeye, susmaya yönelmelidir. Bu unsur bulunmadığı için, şuurunu kaybetmiş veya ipnotize edilmiş kişinin yahut meselâ eli tutularak zorla yazı yazdırılan kimsenin, iradeyi dış âleme aksettiren sözleri söylemek, yazıyı yazmak, imzayı atmak, baş hareketini yapmak vs. konusunda bir iradesi (fiil iradesi) mevcut değildir. Eylem

⁴⁵ İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ‘lâmü’l-muvakki‘în*, III, 120; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 30–32.

⁴⁶ Hafîf, *Ahkâmü’l-mu‘âmelât*, 313; Ebû Zehre, *Nazarîyyetü’l-akd*, 210; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 30.

⁴⁷ Dirîmî, *et-Terâdî fi ‘ukûd*, 57, 63, 77.

⁴⁸ Dirîmî, *et-Terâdî fi ‘ukûd*, 57–58, 63, 77; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 32.

iradesi bulunmayan hallerde sadece görünüşte bir irade beyanı bulunup, gerçekte bir irade beyanı yoktur (yokluk).⁴⁹

b) Beyan iradesi (şuuru): İradeyi dış âleme aksettirme ve yürürlüğe koyma arzusu beyan iradesini teşkil etmektedir. Hareket tarzının hukuken önem taşıyan bir beyan olduğu, başkaları tarafından bundan, belirli bir hukukî sonuç iradesinin bulunduğu sonucunun çıkarılabileceğinin bilinebilmesi de beyan şuurunu teşkil etmektedir. Şu halde, beyan sahibi, yapmak istediği hukukî işleme ait iradesini bir davranışla dış dünyaya yansıtmak, muhatap veya üçüncü kişilere bunu bildirmek hususunda bir karara varmış olmalıdır.⁵⁰

Muteber bir irade beyanı için eylem iradesinin bulunması gerektiğinde ittifak vardır. Fakat beyan iradesi (şuuru) bulunmadan yapılan irade beyanlarına mevcut gözü ile bakmak imkânı olup olmadığı tartışmalıdır. Türk hukukçularının da kabul ettiği güven nazariyesine göre bu tartışmada tercih yapma imkânı söz konusu olmaktadır. Güven nazariyesi, hâkimi bir beyan veya davranışın önce mümkün ise gerçek ve sübjektif anlamını, bunun mümkün olmaması durumunda objektif anlamını bulmaya davet etmektedir. Bunun için hâkim, kendisini, muhatabın yerine koymakta ve muhatabın, makul ve dürüst bir muhatabın yapacağı gibi irade beyanının gerçekleştiği yer ve zamanda bildiği veya bilmesi gerekli bütün şartları da dikkate alarak söz konusu irade beyanını, dürüstlük kuralına göre ne şekilde anlaması gerektiğine karar vermektedir. Şayet bu şartlar doğrultusunda muhatap, beyan edilen iradeyi, sahil bir irade beyanı olarak değerlendirirse, beyan iradesinde bulunan kişi, bu beyanın hukukî sonuçlarından kurtulmak için hata sebebiyle iptal yoluna başvurmak zorundadır.⁵¹ Dolayısıyla bu durumda akid in'ikad etmekte, fakat beyan iradesine sahip olan kişi tarafından iptal edilebilir nitelikte olmaktadır.

c) İşlem (muamele-hukukî sonuç) iradesi: Belirli bir hukukî yahut (hukuken teminat altına alınmış) ekonomik, sosyal, maddî bir sonuca yönelmiş iradedir. Başka bir deyişle, işlem iradesi, beyan sahibinin hukukî bir işlem yapma ve bu suretle bir

⁴⁹ Eren, *Borçlar Hukuku*, 119'da dipnot 4 ve 5'teki yazarlardan naklen; Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, 22-23.

⁵⁰ Eren, *Borçlar Hukuku*, 120; Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, 23.

⁵¹ Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, 24-28.

hakkı veya hukukî bir ilişkiyi kurma, değiştirme, devretme veya ortadan kaldırma iradesidir. Mesela kol saatini 200 liraya B'ye satmak için icâbda bulunan A'nın irade beyanında, saatin 200 liraya satışına yönelen irade, muamele veya hukukî sonuç iradesidir.⁵²

Bu irade, beyanın muhtevasını teşkil etmekte, ona ilişkin bulunmaktadır. Bununla, beyanda bulunan kişinin ulaşmak istediği sonuç belirtilmektedir. İşlem iradesiyle, beyan sahibi, kendi iç dünyasından çıkıp, dış dünyaya, hukuk âlemine girmek istemektedir. Bu nedenle, beyan sahibi, hukukî bir niyet ve kasta sahip olmalı, hukuk dışı kast ve niyetlere, örneğin öğrenme, şaka yapma gibi niyetlere sahip olmamalıdır. Hukuk dışı niyetler işlem iradesi olarak nitelendirilemez.⁵³

Aşağıdaki örnek her üç unsuru ayrı ayrı göstermektedir:

“A”, “B”ye 1000 lira bağışlama vaa dinde bulunuyor. “A” tarafından kanuna uygun düzenlenen yazılı belgede, belge metnini kaleme almaya veya başkası tarafından yazılmış bulunan metne imza atmak için gerekli el hareketini yapmaya yönelen irade “fiil (eylem) iradesi”, hazırlanan metni imzalayarak bağışlama konusundaki iradeyi dış âleme, özel olarak B'ye aksettirme (ve yürürlüğe koyma) arzusu veya imza ile hukuken önemli bir beyanda bulunulduğu şuuru “beyan iradesi (veya şuuru)”, nihayet belgenin metninde yer alan 1000 lirayı B'ye bağışlama niyeti ise “işlem veya hukukî sonuç iradesini” meydana getirmektedir.⁵⁴

Bu açıklamalardan sonra şu tespiti yapmak mümkün gözükmektedir: Pozitif hukukta hukukî bir mahiyet arz eden iradenin gerçekleşmesi için, beyan fiilini bilip isteme, beyana karar verme ve hukukî sonuca niyet etme unsurlarının bulunması gerekmektedir. Pozitif hukuktaki iradenin unsurları, Hanefî mezhebindeki ihtiyar-rıza ayırımıyla benzerlik arz etmektedir. Çünkü fiil ve beyan iradesi ihtiyar ile; işlem iradesi de rıza ile yakın anlamdadır. Ayrıca bu unsurlardan müteşekkil bir irade, Gazzalî ve Dirîni'nin irade anlayışına (bilgi-karar-azim) yakındır. İrade hakkında yapılan bu tanımlamanın daha isabetli olduğu gözükmektedir.

⁵² Eren, *Borçlar Hukuku*, 119; Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, 23–24.

⁵³ Eren, *Borçlar Hukuku*, 120; Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, 24.

⁵⁴ Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, 24.

2. Beyan unsuru (Objektif Unsur)

İrade beyanının objektif unsuru beyandır. Beyan, işlem iradesini dış dünyaya yansıtma, muhataba bildirme amacıyla haricî bir fiil veya davranışla açığa vurulması, kısaca açıklanmasıdır. Beyan fiili, anlatım araçları, başka bir deyişle beyan işaretlerinden ibarettir. Beyan fiili ve dolayısıyla beyan işaretleri dil araçları, yani yazılı veya sözlü kelimeler olabileceği gibi, taraflarca kararlaştırılan veya örf ve âdetin kabul ettiği işaretler de olabilir. Beyan fiilinin bazı şartlar altında pasif bir davranış yani bir susma fiili olması da mümkündür. Nihayet, beyan fiili, yukarıda sayılanlar dışında iradeyi gösteren diğer her türlü fiil de olabilir. Ayrıca beyan fiilinin er veya geç muhatap tarafından fark edilmesi, öğrenilmesi gerekir.⁵⁵

D. İrade Beyanının Temel Özellikleri

İrade beyanında aranan temel özellik açıklık ve kesinliktir. Tarafların irade beyanları kesin bir biçimde ifade edilmiş değilse, hukuk düzeni bu irade beyanlarını yok hükmünde tutacaktır. İcâb ve kabulün hukuken muteber ve bağlayıcı olabilmesi için tarafların akid yapma hususundaki iradelerini tereddüde mahal bırakmayacak bir kesinlikle göstermeleri gerekir. Fakihlerin icâb ve kabulde kullanılacak “fiil zamanları” ve “tencîz sîgası”, yani hukukî işlemi kesin sonuca bağlayıcı ifade kalıplarıyla yapılması şartı üzerinde titizlikle durmaları da bu kesinliği sağlamaya yöneliktir. İrade beyanının kesin olmakla birlikte bununla tarafları tereddüde düşürmeyecek ölçüde hangi akdin kastedildiği açık değilse, bu durumda da hukuk düzeni irade beyanlarını yok hükmünde tutacaktır. Konu ve hükümleri bakımından birbirinden oldukça farklı akid çeşitleri bulunduğundan, taraflar irade beyanında bulunurken yapmak istedikleri akid çeşidine örfen açık bir şekilde delâlet eden sözcükleri seçmek durumundadırlar.⁵⁶

İcâb ve kabulün birbirine uygun olması da irade beyanının temel özelliklerindedir. Kabul icâba harfiyen uygun değil de ona şamil ise (tazammunî),⁵⁷

⁵⁵ Mecelle, md. 67; Bahrülulûm, ‘Uyûbü’l-irâde, 35; Hasenî, Nazariyyetü’l-‘akd, 198; Eren, Borçlar Hukuku, 122; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, 22.

⁵⁶ Çeker, Akidler, 50–54; Zeydân, el- Medhal, 243–244; Apaydın, “İrade Beyanı”, DİA, XXII, 390.

⁵⁷ İrade beyanının tazammunî (zımnî) olması, beyanın delâletiyle ilgili bir kavramdır. Hanefî mezhebine göre beyanın delâleti üç kısma ayrılmaktadır:

İmam Muhammed ve Ebû Yusuf'a göre îcâb ve kabul yine birbirine uygun olmuş olur. Meselâ “Bu malı iki ay vadeli olarak 50 liraya sattım.” îcâbına karşılık, “O malı peşin 50 liraya aldım.” şeklindeki kabul zımnen îcâba uygun ve ona şamil bir kabuldür.”⁵⁸

İrade beyanında aranan diğer bir özellik ise, îcâb ve kabulün akid meclisinde ortaya konulmasıdır. Îcâbın yapılmasıyla birlikte akid meclisi başlamış olur. Îcâbla buluşabilmesi için kabulün de aynı mecliste yapılması ve îcâbın kabul beyanına kadar varlığını devam ettiriyor olması şarttır.⁵⁹

E. İrade Beyanının Yorumu

İrade beyanı çeşitli sebeplerle, özellikle beyan sahibi veya muhatabın buna değişik anlam vermeleri yüzünden yoruma ihtiyaç gösterebilir. Gerçekten, bir anlatım, açıklama ve özellikle iradeyi beyan aracı olarak kullanılan dilin söz, kelime ve deyimleri iyi düşünülmemiş veya doğru seçilmemiş olması; bazı kelime, deyim ve işaretin kullanıldığı yere, zamana ve hatta kullanan kişiye göre farklı anlamlar taşınması; hukukî işleme katılan tarafların bilgi tecrübelerinin değişik olması, irade beyanlarının gerçek anlamını gölgeleyen veya onların birden çok anlama gelmesine neden olan, böylece söz konusu beyanların gerçek anlamları üzerinde şüphe ve tereddüt uyandıran sebepler arasında sayılabilir. İfade araçları üzerinde sadece matematik ilmi, kesin ve açık bir tarzda tasarruf edebilir.⁶⁰

Fıkıh doktrininde akdin kuruluşu esnasında irade beyanına, akdin ifası sırasında ise iradeye (ihtiyar ve rızâ) itibar edileceği yönünde ifadeler

a) Mutabıkî: İrade beyanlarının birbirini tam olarak karşılmasıdır.

b) Tazammunî (zımnî): İrade beyanlarından birinin diğer irade beyanını kapsamamasıdır. Meselâ, satıcının 100 liralık îcâbına müşterinin 150 liralık kabul ile karşılık vermesi gibi.

c) İltizâmî: Beyanların arasında birbirlerini kapsayan ortak bir ilişkinin bulunmasıdır. Meselâ, satıcının dört adet olan malın satışı hususundaki îcâbına müşterinin “çift” kelimesi ile kabulde bulunması gibi. İmam Muhammed ve Ebû Yusuf'a göre mutabıkî ve tazammunî delâlet irade beyanı için yeterlidir. Ebû Hanife'ye göre delaletin mutabıkî olması şarttır.

⁵⁸ Çeker, *Akidler*, 59; Zeydân, *el-Medhal*, 244; Apaydın, “*İrade Beyanı*”, *DİA*, XXII, 390–391.

⁵⁹ Çeker, *Akidler*, 59–60; Zeydân, *el-Medhal*, 243–244; Apaydın, “*İrade Beyanı*”, *DİA*, XXII, 391.

⁶⁰ Von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 267–272; Eren, *Borçlar Hukuku*, 134–135.

bulunmaktadır.⁶¹ Buna göre irade beyanının varlığı rızânın varlığını kesin olarak göstermez; fakat irade beyanı açık olduğu ve aksi ortaya çıkmadığı sürece rızânın varlığı yönünde güçlü bir belirti sayılır. Bu anlayış sebebiyledir ki, doktrinde iradeye de irade beyanına da tek başına itibar edilmemesi ilkesi benimsenmiştir. Böyle olunca da kendisinden bir söz veya fiil sâdır olmaksızın bir kimsenin, geçmiş zamanda malının intikaline rıza gösterdiğine dair beyanı kendisini bağlamayacağı gibi iradeyi yansıtmadığı anlaşılan beyanının da kural olarak kişiyi bağlamayacağı açıktır. Akıl hastası, gayri mümeyyiz çocuk ve uyuyan kişide iradenin oluşma imkânı bulunmadığı için, bunlardan sadır olan beyanın da bir değeri yoktur. Ehliyetin asgari sınırı ve tamlığı konusunda fakihler arasında farklı görüşler bulunsa da, irade beyanının hukukî işlem ehliyetine sahip kişilerden sadır olması gerektiğinde ittifak edilmesi, beyanın iradeyi yansıtmamasına verilen önemle açıklanır.⁶²

İrade beyanının özellikle akidler konusunda sonuç doğurması, iradeyi doğru ve tam yansıtmamasına bağlıdır. Esasen akdin özü ve temeli olması sebebiyle irade daha önemli olsa da, hukukî hayatın güven ve istikrar içinde devam edebilmesi açısından beyan edilen iradeye öncelik verilmesi gerekir. Bunun için de fakihler açık ve net olduğu ve aksi ispatlanmadığı sürece, akidler konusunda beyan edilen iradeye itibar edileceğini belirtmişlerdir. Bu tercih özellikle hukukî ilişkilerde açıklık ve objektifliğin ölçü alındığı anlamına gelmektedir.⁶³

Ancak ikrah, hata (galat), hile (tedlîs, tağrîr) veya şaka gibi iradeyi bozan durumlarda irade beyanının gerçek rızayı yansıtmaması ihtimali hayli yüksek olduğundan, hukukî objektiflikten vazgeçilerek rızayı koruyucu ve ölçü alıcı bir çözüme yönelme ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Hukuk ekollerinin bu konudaki genel eğilimleri böyle olmakla birlikte, aralarında bazı farklılıklar mevcut olup Hanefîler'in daha çok irade beyanına, Mâlikî ve Hanbeli ekollerinin daha çok rızaya

⁶¹ Zeydân, *el-Medhal*, 252; Apaydın, “*İrade Beyanı*”, DİA, XXII, 387.

⁶² Zeydân, *el-Medhal*, 252-253; Apaydın, “*İrade Beyanı*”, DİA, XXII, 387.

⁶³ Dirîni, *et-Terâdî fi 'ukûd*, 126—127; Apaydın, “*İrade Beyanı*”, DİA, XXII, 387.

öncelik verdiği, Şâfiî mezhebinin ise bu ikisi arasında bir noktada durduğu söylenebilir.⁶⁴

Hanefî fakihlerine göre sebeplerin belirlenmiş olmasının amaç ve faydası, hükümlerin bu sebeplere bağlanması suretiyle sıkıntı ve karışıklığın önlenmesidir. Sebeplerin bırakılıp anlamlara itibar edilmesi durumunda, ise sebeplerin belirlenmiş olmasının bir anlamı kalmaz. Bundan hareketle Hanefîler, hükümlerde anlamlara değil şer‘î sebeplere itibar edileceğini ifade edip “zâhir sebep” olarak niteledikleri îcâb ve kabulü akdın yegâne rüknü sayarlar.⁶⁵ Hanefîlerin sebeplere ve objektif iradeye bu kadar itibar etmelerinin temelinde hukukun uygulanması sürecinde belirsizlik, karışıklık ve düzensizliğin önlenmesi düşüncesinin yattığı ve Hanefîlerin hukuk güvenliğini daha çok önemsedikleri söylenebilir. Akıllı insanların söz ve fiillerinin sıhate hamledileceği yönündeki ön kabullerinin de bu tercihte etkisi vardır.⁶⁶

Şâfiî fakihlerine göre sebep-anlam ilişkisinde önemli olan, sebeplerin biçimsel varlığı değil bu sebeplerin şer‘î anlamları içermesi veya içerdiği yönündeki kanaatin devam etmesidir. İçerdiği var sayılan şer‘î anlamlardan uzak olan sebeplere itibar etmenin bir anlamı yoktur. Şâfiî mezhebinde, sebeplerin anlamlarına değil biçimsel varlıklarına itibar edilen yerler ise, bu sebeplerin temsil ettiği anlamlara vâkıf olmanın zor olduğu yerlerdir. Meselâ yolculuk ve uyku şeklen mevcut olduğu zaman artık bunların temsil ettiği anlamlarının, yani meşakkatin ve abdestin bozulmasının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaz. Sebeplerin içeriklerine tabi olmanın mümkün olduğu durumlarda ise sebebin biçimsel varlığı değil içeriği muteberdir.⁶⁷ Bu bakımdan dil sürçmesi sebebiyle veya ikrah sonucunda boşama sözcüklerinin

⁶⁴ Bahrülulûm, ‘Uyûbü’l-irâde, 36–43; Dirîni, *et-Terâdî fi ‘ukûd*, 106–111; Apaydın, “*İrade Beyanı*”, DİA, XXII, 387.

⁶⁵ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, 4; Dirîni, *et-Terâdî fi ‘ukûd*, 107–108; Apaydın, “*İrade Beyanı*”, DİA, XXII, 387.

⁶⁶ Apaydın, “*İrade Beyanı*”, DİA, XXII, 387–388.

⁶⁷ Apaydın, “*İrade Beyanı*”, DİA, XXII, 388.

telaffuz edilmesi hiçbir sonuç doğurmaz. Bununla birlikte Şâfiilerin, îne satımı⁶⁸ gibi bazı konularda Mâlikî ve Hanbelîlere göre zâhire daha fazla önem verdiği görülmektedir.⁶⁹

Mâlikî ve Hanbelî ekollerinin kasıt ve anlama itibar konusunda Şâfiî mezhebinden daha ileride olduğu söylenebilir. Bu iki mezhep fakihlerinin sedd-i zerâiye⁷⁰ önem vermeleri, hîle-i şer'iyeye karşı çıkmaları, yine îne satımı, hulle nikâhı gibi meselelerde beyandan çok kasta önem vermeleri, bu ekollerin iradeyi daha çok dikkate almasının bir sonucudur. Hanbelî fakihi İbn Kayyim el-Cevziyye'nin (ö. 751/1350), konuşan kişinin kasıt ve iradesini "hakiki anlam" olarak nitelmesi, davranışın ruh ve özünün niyet, akdin ruhunun ise kasıt olduğunu belirtmesi ve mezhebin karakteristik tercih ve görüşlerinden birçoğunu da bu eksende çözümlemesi iradeye verdikleri önemin bir göstergesi sayılabilir.⁷¹ Hatta Mâlikî mezhebinde iradeye itibarı uç bir noktaya götürerek bir insanın boşamaya niyet etmesiyle veya içinden boşama lafzını geçirmesiyle boşamanın gerçekleşeceğini ileri sürenler olmuştur.⁷²

Türk Borçlar hukukuna gelince, ilgili doktrinde irade beyanının yorumu üzerinde üç teorinin olduğu görülmektedir:

- 1) Beyan sahibinin, kendi beyanına verdiği anlam esas alınır (İrade teorisi).
- 2) Beyan sahibinin gerçek iradesi değil, beyanı esas alınır, beyanın kapsadığı söz ve deyimler göz önünde tutulur. (Beyan teorisi).
- 3) Beyan muhatabının beyanı nasıl anladığı, anlaması gerektiği esas olarak kabul edilir. Bu durumda da iki şekilde hareket edilebilir. Ya beyan muhatabının fiilen o beyanı nasıl anladığına (anlam verme prensibi), ya da kendisince bilinebilen

⁶⁸ Bir kimsenin bir malı belli bir fiyat karşılığında vadeli olarak satıp aynı malı peşin parayla sattığı fiyattan daha ucuza satın almadır. Bu satım akdi Hanefi, Malikî ve Hanbelî mezheplerine göre haram, Şâfiî mezhebine göre ise caizdir. Geniş bilgi için bk. Apaydın, "İne", DİA, XXII, 283-284.

⁶⁹ Apaydın, "İrade Beyanı", DİA, XXII, 388.

⁷⁰ Mefsedete götüren vasıtaların yasaklanması anlamına gelen bir usul terimidir.

⁷¹ İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkı'în*, III, 114-165; Bahrülulûm, *'Uyûbü'l-irâde*, 36; Apaydın, "İrade Beyanı", DİA, XXII, 388.

⁷² Bahrülulûm, *'Uyûbü'l-irâde*, 37-38; Apaydın, "İrade Beyanı", DİA, XXII, 388.

bütün hal ve şartları dürüstlük (objektif iyi niyet) kuralları gereğince değerlendirerek nasıl anlaması gerektiğine (güven teorisi) bakılır. Son yıllarda tercih edilen yorum şekli, güven teorisi olmuştur.⁷³ İrade beyanının farklı teorilerle yorumlanması neticesinde iradenin tanımında ve hükümde farklı sonuçlar ortaya çıkmaktadır.⁷⁴

III. AKİD

A. Akdin Tanımı

Akid kelimesi Arapça'da “akade” (أَكَادَ) fiilinin masdarı olup, sözlükte “bağlamak, düğümlemek,” anlamlarına gelmektedir.⁷⁵ Bu masdar zamanla isimleşmiş ve hukuk terimi olarak kullanılmaya başlanmıştır.⁷⁶

Hukukî bir terim olarak akdin çeşitli tanımları yapılmıştır. Bu tanımları üç grupta toplamak mümkündür:

Birinci gruba göre akid, “Şahsın başka biriyle anlaşarak veya bizzat kendisinin tek başına meydana getirdiği tasarruflardır.”⁷⁷ Alış veriş ve kira gibi akidler bu tanımın kapsamına girdiği gibi “tek taraflı akidler” diye adlandırılan talak ve yemin gibi tek bir şahsın iradesiyle borçlandıran tasarruflar da bu tanımın kapsamı içinde kalmaktadır.⁷⁸

İkinci gruba göre akid, “Geleceğe yönelik tasarruflardır.”⁷⁹ Bu tanıma göre geçmişe ait tasarruflar akid kavramının dışında bırakılmış ve böylece akdin sahası daraltılmıştır. Mesela normal olarak yapılan bir boşama, akid sayılmadığı halde

⁷³ Eren, *Borçlar Hukuku*, 136–146; Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, 20–30.

⁷⁴ Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, 21.

⁷⁵ İbn Manzûr, *Lisânü'l-‘Arab*, “a-k-d” maddesi, III, 296–300; Zebîdî, *Tâcü'l-‘arûs*, “a-k-d” maddesi, II, 426; Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 213.

⁷⁶ Zebîdî, *Tâcü'l-‘arûs*, “a-k-d” maddesi, II, 426.

⁷⁷ Dirînî, *et-Terâdî fî 'ukûd*, 36.

⁷⁸ Zerkâ, *el-Medhal*, 289–290; Dirînî, *et-Terâdî fî 'ukûd*, 36; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 48.

⁷⁹ Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, II, 294.

ileride vuku bulacak bir olaya bağılı yapılan boşama akid sayılır.⁸⁰ Ancak bu görüş İslâm hukukunda hâkim hale gelememiştir.⁸¹

Meşhur olan ve Mecelle’de de yer alan tanıma göre ise akid, “Tarafeynin bir hususu iltizam ve taahhüt etmeleridir ki, îcâb ve kabulün irtibatından ibarettir.”⁸² Mecelle’deki bu tarif akid kavramının sahasını daha da daraltır. Bu tanım genellikle klasik Fıkıh literatüründe yer almakta⁸³ ve çağdaş İslâm hukukçularının büyük çoğunluğu tarafından⁸⁴ bazı küçük farklılıklarla tercih edilmektedir.

Akid kavramının sadece iki taraflı işlemler için mi, yoksa hem iki taraflı, hem de tek taraflı işlemler için mi kullanıldığı konusu tartışmalıdır. Çağdaş İslâm hukukçuları, gerek tek, gerekse karşılıklı iki iradeden doğsun; kendisine hukukî sonuç bağlanabilen hukukî işlemlerin, klasik doktrinde, akid kapsamı içerisinde mütalaa edildiği hususunda görüş birliği etmiş olmalarına rağmen, akid kelimesinin kullanımının ilk devirlerden itibaren hangi grup tasarruflarda yaygın olduğu hususunda farklı görüştedirler.

Bu yazarların bir kısmı akid kelimesinin ilk devirlerden itibaren bir veya birden çok kimsenin hukukî sonuç doğurmaya yönelmiş irade açıklamasını, yani modern hukuktaki hukukî işlemi ifadede kullanıldığını ve bugün de aynı anlamı ifadede kullanılabileceğini ileri sürerken, bir kısmı da akid kelimesinin, daha ziyade karşılıklı iki iradeden doğan hukukî işlemi ifadede kullanıldığını ileri sürmüşlerdir. Özellikle de herhangi bir kayıtla kayıtlanmadığı zaman kendisinden bu mana anlaşılır.⁸⁵ Geniş manasıyla, yani tek taraflı işlemleri de ifade edecek biçimiyle akid Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerine ait kaynaklarda Hanefîlere nispetle daha çok kullanılmıştır.⁸⁶

⁸⁰ Çeker, *Akidler*, 2–3.

⁸¹ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 48.

⁸² Mecelle, md. 103; Dirîni, *et-Terâdî fi ‘ukûd*, 36.

⁸³ Meselâ bk. İbnü’l-Hümâm, *Fethü’l-kadir*, II, 341; Molla Hüsrev, *Dürer*, I, 405; İbn Âbidin, *Reddü’l-muhtâr*, II, 361.

⁸⁴ Meselâ bk. Ebû Zehre, *Nazariyyetü’l-akd*, 179; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 291; Dirîni, *et-Terâdî fi ‘ukûd*, 36; Bahrülulûm, *‘Uyûbü’l-irâde*, 54; Hafif, *Ahkâmü’l-mu‘âmelât*, 170; Çeker, *Akidler*, 3.

⁸⁵ Mecelle, md. 103; Ebû Zehre, *Nazariyyetü’l-akd*, 180–181; Dirîni, *et-Terâdî fi ‘ukûd*, 36–39; Hafif, *Ahkâmü’l-mu‘âmelât*, 171; Apaydın, *Butlan Teorisi*, 3.

⁸⁶ Hafif, *Ahkâmü’l-mu‘âmelât*, 171; Dirîni, *et-Terâdî fi ‘ukûd*, 37.

Klasik İslâm hukuk doktrinde, özellikle ilk devirlerde, akdin açık bir tarifine rastlanmadığı için İslâm hukukçularının akid kelimesine yükledikleri hukukî muhtevayı tam olarak tespit etme imkânı bulunmamaktadır. Bununla beraber, akid kelimesinin tedrici olarak daha ziyade alım-satım, kira gibi iki taraflı hukukî işlemleri, zaman zaman ise vasiyet, ibra gibi tek taraflı hukukî işlemleri ifadeye kullanıldığını ve nezir, yemin gibi hususların, en azından, mutlak akid kavramının dışında tutulduğunu söylemek mümkün gözükmektedir.⁸⁷ Bununla birlikte kanaatimizce vasiyet, ibra, nezir, yemin gibi hukukî işlemlerin fakihler tarafından akid olarak ifade edilmesinin temelinde, bu işlemlerin karşı tarafında Yüce Allah'ın kabul edilmesi ve sanki O'nunla bir akid yapma anlayışının bulunmasıdır. İlk devir İslâm âlimlerinin “Ey iman edenler! Akidlerinizi yerine getirin.”⁸⁸ ayetinde geçen “ukûd” kelimesine, Kur'an'daki benzer kullanımların da etkisiyle, sırf hukukî bir muhteva yüklemek yerine; onu, bazı hukukî ilişkileri ve bunun yanında hukukî olmaktan ziyade dini olan yani ibadet yönü ağır basan adak adama (nezir), yemin, şart gibi hususları içine alan şekilde yorumlamaları da bu durumu ispat ettiği kanaatindeyiz.

1926 tarihli Türk Borçlar Kanununda “akid” terimi, iki taraflı hukukî işlemler için kullanılmaktadır. 2011 tarihli Borçlar Kanununda “akid” yerine, “sözleşme” kelimesi, son dönem Borçlar hukuku çalışmalarında çoğunlukla “sözleşme” ve nadiren de “mukavele” terimlerinin kullanımı tercih edilmektedir. Bu farklılığa rağmen akid, sözleşme ve mukavele kavramları Türk hukukunda aynı anlamda kullanılmaktadır.⁸⁹

Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesinde akdin tanımı “ tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamaları” şeklinde yapılmaktadır.⁹⁰ Borçlar Kanunu'nda yapılan bu tanım, İslâm hukukunda meşhur olan ve yukarıda serdedilen üçüncü maddedeki tanıma yakın olmakla beraber aralarında fark bulunmaktadır.

⁸⁷ Apaydın, *Butlan Teorisi*, 3–4.

⁸⁸ Mâide, 5/1.

⁸⁹ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuk*, 97–98; Eren, *Borçlar Hukuku*, 189; Kayar, *Borçlar Hukuku*, 20.

⁹⁰ 2011 tarihli TBK. md. 1.

Ayrıca bu tanım çeşitli yazarlar tarafından eleştiriye tabi tutulmuştur. Öncelikle “hukukî sonuç” unsuruna yer verilmemesi sebebiyle bu tanım eleştirilmiştir. Çünkü akdin vücuda gelmesi için iki tarafın birbirine uygun şekilde irade ve rızalarını açıklamaları kâfi değildir. Mesela bir evin güzel olduğunda anlaşılan ve birbirine uygun olarak iradelerini açıklayan kimseler akid yapmış olmazlar.⁹¹

Bu eleştiriler göz önünde tutularak akid için şöyle bir tanım yapılmaktadır: “Akid, tarafların belirli bir hukukî sonuca yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasından oluşan iki veya çok taraflı hukukî işlemidir.” Yapılan bu tarife göre akdin, “akid olgusu” veya “akdin kurucu unsurları” ve “akdin hukukî sonuçları” olmak üzere iki kısımdan oluştuğu görülmektedir.⁹²

Akid, teorik eserlerde ve çeşitli hukuk sistemlerinde borçlar hukuku içerisinde düzenlenmiştir. Bunun sebebi, borçlar hukuku akidlerinin ve özellikle borç akidlerinin akidler içinde en önemli yeri işgal etmesidir.⁹³ Akid deyince, bunun yalnız bir borç akdi (borçlanma işlemi) olduğunu sanmak doğru değildir. Mesela aynı akid, borçtan ibra akdi gibi tasarruf işlemi niteliğinde akidler de bulunabilir.⁹⁴ Ayrıca akde yalnız Borçlar hukuku’nda değil, bütün Medenî hukuk’ta rastlamak mümkündür.⁹⁵

B. Akdin Kurucu Unsurları

Mezhebler arasındaki çeşitli ihtilafları bir kenara bırakırsak,⁹⁶ akid hakkında yapılan ve Mecelle’de de yer alan meşhur tanıma göre, bir tasarrufun akid olabilmesi için, “taraflar, irade beyanları ve ma‘kudun ‘aleyh (akdin mahalli, akdin konusu)” unsurlarını (rükünlerini) barındırması gerekir.⁹⁷ Bunlara akdin kurucu unsurları (rükünleri) denir.

⁹¹ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 47, Eren, *Borçlar Hukuku*, 185.

⁹² Eren, *Borçlar Hukuku*, 186.

⁹³ Eren, *Borçlar Hukuku*, 185.

⁹⁴ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 98.

⁹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 96.

⁹⁶ Bk. Zeydân, *el-Medhal*, 242.

⁹⁷ Mecelle, md. 103; Kadri Paşa, *Mürşidü’l-hayrân*, 72 (md. 267); Çeker, *Akidler*, 7; Apaydın, *Butlan Teorisi*, 29; Savaş, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, 6.

Taraflar: Mecelle’de yer alan tanımdaki “tarafeyn” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, bir akdin meydana gelebilmesi için en az iki tarafa ihtiyaç vardır. Taraflar, iradelerini bizzat beyan edebilecekleri gibi, yetkili bir temsilcinin, taraflardan biri adına iradesini beyan etmesi de mümkündür. Fakat taraflardan birisinin kendisi için asıl, bir başkası için de temsilci olması halinde, akdin iki taraflı olmaması sebebiyle kurulmuş olmayacağı genellikle kabul edilmektedir. Bunun gibi bir kişinin her iki tarafın temsilcisi olarak akid yapması da caiz değildir.⁹⁸ Türk hukuku bir kişinin kendisiyle diğer tarafı veya her iki tarafı da temsil ederek (çift temsil) akid yapmasını belli kayıtlarla kabul etmektedir.⁹⁹

İrade beyanları: Akdin kurulmasına katılan tarafların (kişilerin) irade beyanları mevcut değilse yine akidden bahsedilemez. Tanımda “îcâb ve kabul” ifadesinden irade beyanı anlaşılmaktadır.¹⁰⁰ Îcâb, akdin yapılması teklifini içeren ve bu amaçla muhataba iletilen, muhatabın kabulü ile akdin kurulmasını sağlayan, varması gerekli tek taraflı bir irade beyanıdır. Îcâb aynı zamanda bu beyanlardan zaman itibariyle önce yapılanıdır.¹⁰¹ Kabul ise, îcâba uygun olarak akdin kurulması sonucunu doğuran, yöneltilmesi ve varması gerekli tek taraflı bir irade beyanıdır.¹⁰²

İslâm hukukunda akidlerin esasının karşılıklı rıza olduğu ittifakla kabul edilmektedir. Îcâb ve kabul de karşılıklı rızanın göstergesi sayıldığından, özellikle Hanefî hukukçuları tarafından zaman zaman akdin yegâne rüknü olarak nitelendirilmektedir. Denilebilir ki, akdin kuruluşunda beyan edilen rızanın esas alınması, hukuk tarihinde ilk defa İslâm hukukunda söz konusu edilmiştir. Ancak rızanın esas alınması sözlere itibar edilmeyeceği anlamına gelmez. Hatta sözler, manaların kalıpları olduğu için aralarında bir çelişki bulunmadığı sürece sözlere

⁹⁸ Semerkandî, *Tuhfe*, II, 35; Kâsânî, *Bedâi ‘u’s-sanâi* ‘, V, 135-136; Mecelle, md. 103; Çeker, *Akidler*, 7; Apaydın, *Butlan Teorisi*, 29–30; Savaş, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, 7–9.

⁹⁹ Eren, *Borçlar Hukuku*, 204; Savaş, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, 8.

¹⁰⁰ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, 5; Eren, *Borçlar Hukuku*, 186, 204.

¹⁰¹ Apaydın, *Butlan Teorisi*, 16; Eren, *Borçlar Hukuku*, 219; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 179; Savaş, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, 10.

¹⁰² Apaydın, *Butlan Teorisi*, 16; Eren, *Borçlar Hukuku*, 219; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 203–204; Savaş, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, 10.

itibar edileceği prensibi mevcuttur. Akdin kuruluşu esnasına irade beyanı, tamamlanması anında da irade muteber tutulur.¹⁰³

İradelerin beyan edilmesi akdin kurulması için tek başına yeterli olmayıp beyan edilen iradelerin de birbirine uygun olması gerekir. Tanımda geçen “îcâb ve kabul irtibatı” bu durumu dile getirmektedir. Yapılan îcâb ve kabul belirli konu veya alanda aynı sonucun doğmasını¹⁰⁴ içerdiği zaman birbirine uygunluk meydana gelir. İrade beyanlarının uygunluğuna, “anlaşma, uyuşma, uygunluk=konsens” adı verilir. İrade beyanlarının birbirine uygun olmaması da mümkündür. Bu takdirde “irade uyuşmazlığı” veya “irade uyumsuzluğu” ya da kısaca “uyuşmazlık, anlaşmazlık=dissens” kavramlarından söz edilir. İrade uyuşmazlığı halinde akid, kurucu unsurdan yoksun olduğu için, meydana gelmez.¹⁰⁵ Uygunluk, “tam uygunluk” ve “kısmi uygunluk” şeklinde bir ayırma da tabi tutulabilir. Uygunluk akdin bütün noktalarını kapsıyorsa “tam uygunluk”, sadece bazı noktalarını kapsıyorsa “kısmi uygunluk” söz konusu olur. Esaslı noktalar üzerinde tam uygunluk sağlanmadıkça, akid kurulmaz.¹⁰⁶ İrade beyanlarının yapılması ve uyuşması da aynı mecliste gerçekleşmelidir.¹⁰⁷

Ayrıca tarafların irade beyanlarının sorumluluk yüklemesi gerekir. Tanımda yer alan “iltizam ve taahhüt etme” bu hususu açıklamaktadır. Meselâ havanın sıcak veya soğuk, muayyen bir manzaranın güzel oluşunda anlaşan ve birbirine uygun olarak iradelerini açıklayan kimseler akid yapmış olmazlar.¹⁰⁸

Ma kûdun ‘aleyh (akdin konusu): Kendisi hakkında akid yapılan şeye veya hususa verilen isimdir. Dolayısıyla bir akdin söz konusu olabilmesi için tarafların irade beyanlarının belli bir mahal üzerinde gerçekleşmesi gerekir.¹⁰⁹ Tarifteki “bir

¹⁰³ Apaydın, *Butlan Teorisi*, 12–14.

¹⁰⁴ Hanefi Mezhebi içerisinde aynı sonucun doğmasının şart olup olmaması konusunda bazı teknik tartışmalar söz konusudur. Bk. Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 92.

¹⁰⁵ Zeydân, *el-Medhal*, 245; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 90–93; Apaydın, *Butlan Teorisi*, 42; Eren, *Borçlar Hukuku*, 187.

¹⁰⁶ Eren, *Borçlar Hukuku*, 209; Zeydân, *el-Medhal*, 246.

¹⁰⁷ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 81; Savaş, *Evlernenin Hükümsüzlüğü*, 10.

¹⁰⁸ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 47.

¹⁰⁹ Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 87.

husususu” kelimesi bunu ifade etmektedir. Hiçbir mahal içermeyen işlemler akid değildir.¹¹⁰ Mesela satıcının alıcıya, hiçbir mahal söz konusu değilken “Sana sattım.” demesi, alıcının da “Satın aldım.” demesi sonucunda akid oluşmaz.

Akidlerde semen olarak ifade edilen edimin akdin konusu olup olmadığı tartışmalıdır. Ebû Hanife’ye (ö. 150/767) göre ma‘kûdun ‘aleyh akdin rüknü, semen akdin hükmüdür. Bu görüşüne gerekçe olarak, semenin teslimindeki aczin, akdin sıhhatine mani olmayışını gösterir. Şâfiî (ö. 204/819), ivazlı akidlerde “ivaz (bedel)” ile “kendisine bedel ödenen şey (muavvaz)”ın, zat, vasıf ve hüküm bakımından eşit olduğu görüşündedir. Bu sebeple Şâfiî ekolünde ma‘kûdun ‘aleyh sözüyle çoğunlukla hem semen hem de semen karşılığında elde edilen şey (müsemmen) kastedilir. Mâlikî ekolü de Şâfiîlerle aynı görüştedirler¹¹¹ Akdin konusu bir şeyin verilmesi, yapılması veya yapılmaması olabilir.¹¹² Türk hukukunda borç ilişkisinin bir unsuru olarak incelenen bu kavrama edim adı verilmektedir.¹¹³

C. Akdin İn‘ikad Şartları

Mecelle’de akid ve in‘ikadın tanımları ayrı ayrı yapılmaktadır.¹¹⁴ Buna göre in‘ikad, “akid yapan tarafların irade beyanlarının birbirleriyle hukukî sonuç doğuracak biçimde irtibatı”,¹¹⁵ şeklinde tarif edilmektedir.

Kadri Paşa (ö.1306/1888), yapmış olduğu akid tanımına “hukukî sonucu ortaya çıkacak şekilde” ifadesini eklemek suretiyle, akdin tanımı içerisine akdin in‘ikadının (kurulmasının) tanımını da sokmuştur.¹¹⁶ Nitekim Türk Borçlar Kanununun 1.

¹¹⁰ Apaydın, *Butlan Teorisi*, 10.

¹¹¹ Apaydın, *Butlan Teorisi*, 10–12; Savaş, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, 11.

¹¹² Eren, *Borçlar Hukuku*, 94–95; Savaş, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, 11.

¹¹³ Apaydın, *Butlan Teorisi*, 19; Savaş, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, 11.

¹¹⁴ Bk. Mecelle, md. 103, 104.

¹¹⁵ Mecelle’nin 104. maddesinde in‘ikâdin tanımı şu şekilde yapılmıştır: “*İcab ve kabulün mütaallakında, eseri zâhir olacak vechile yekdiğerine ber-vech-i meşrû tallukudur.*” Benzer tanımlar için bk. İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-kadîr*, III, 102; Apaydın, *Butlan Teorisi*, 19.

¹¹⁶ Kadri Paşa, *Mürşidü’l-hayrân*, 72 (md. 262); Kadri Paşa, *el-Ahvâlü’ş-şahsiyye*, I, 43 (md. 6); Zeydân, *el-Medhal*, 239.

maddesinin genel başlığı da “sözleşmenin kurulması” adını taşımakta olup, bu tanımda da akidle beraber in‘ikadın tanımı yapılmaktadır.¹¹⁷

Buna göre Borçlar hukukunda in‘ikâd genelde hukukî işlemlerin, özelde akidlerin hukuk düzenince var sayılacak ölçüde kuruluşunu, yani akdin hukukî varlık kazanmasını ifade eder. İslâm hukukunda bir akdin in‘ikâd etmesi için akdin tamam olmasından sonra, akdi bâtil kılmayacak şartların da bulunması gerekmektedir.¹¹⁸ Meselâ tarafların akid yapmaya ehil olmaları, akdin fayda sağlaması, meşru olması, kendine has şartları ihtiva etmesi, aynı mecliste olması, îcâbın kabule kadar sahih olarak devam etmesi ve akdin hükmünün uygulanmasına ma‘kudun aleyhin müsait olması umumî in‘ikad şartlarıdır.¹¹⁹

Hanefî mezhebine göre bu ayırımın pratik sonuçları vardır: Mesela bâtil işlemler akiddir, fakat mün‘akid değildir. Sahih, nâfiz, mevkuf, lâzım, gayr-i lâzım ve fasid işlemler ise hem akid, hem de mün‘akiddirler.¹²⁰ Örneğin, satıcı alıcıya, teslimi mümkün olmayan “Denizdeki balıkları sana bin liraya sattım.” dese, alıcı da “Bu balıkları senden bin liraya satın aldım.” dese, akid mefhumu oluşur. Çünkü akdin unsurları mevcuttur. Fakat bu akid bâtil olup mün‘akid değildir.

Şâfiî fakihleri ise akdin kurulup sonuç doğurmasını bir bütün olarak ele alıp fesad-butlân ayırımı yapmadıkları için Şâfiî literatüründe in‘ikâd ve sıhhat arasında bir fark gözetilmemiş, bu iki terim çok defa birbirinin eş anlamlısı olarak kullanılmıştır.¹²¹

Görüldüğü gibi akid ve in‘ikad birbirinden ayrı kavramlar olduğundan dolayı Mecelle’de yer alan tanımın, en dar anlamda akid tanımı için daha uygun olduğu düşünülebilir.¹²² Akid ve in‘ikad kavramları çalışmamızda bu tanımlara uygun olarak kullanılmıştır.

¹¹⁷ TBK. md. 1.

¹¹⁸ Apaydın, “İn‘ikâd”, DİA, XXII, 314–315.

¹¹⁹ Çeker, *Akidler*, 75.

¹²⁰ Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 92–93; Apaydın, “İn‘ikâd”, DİA, XXII, 315.

¹²¹ Günay, *Batıl-Fasit Ayırım*, 15; Apaydın, “İn‘ikâd”, DİA, XXII, 315.

¹²² Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 7; Apaydın, “İn‘ikâd”, DİA, XXII, 314.

IV. HÜKÜMSÜZLÜK TEORİSİ

Genel olarak akidlerin ve hukukî işlemlerin hükümsüzlüğü, İslâm hukukunun en teknik ve kompleks meselelerinden birini oluşturur. Bununla birlikte İslâm hukuk ekolleri hükümsüzlük konusunu oldukça detaylı olarak ele alıp incelemişlerdir. Öyle ki, kimi ekoller modern teorilerin bugün tartıştığı konuları çok önceden tartışmaya açmışlardır. Hanefî mezhebi dışındaki fakihler, akidlerin kurulmasında riayet edilmesi gereken kurallara uyulmaması halinde tek bir geçersizlik türü kabul etmişler ve akidlerin bâtil olduğunu ifade etmişlerdir. Çünkü çoğunluğu teşkil eden bu fakihler akdin şartlarını bir bütün olarak ele almış ve genelde eşdeğerde kabul etmişlerdir. Dolayısıyla butlan ve fesad terimleri, aralarında hiçbir fark gözetilmeksizin eşanlamda kullanılmaktadır. Hanefî fakihleri ise akidlerin taşıması gereken özellikleri farklı gruplar halinde tasnif etmişler, bu gruplardan her birindeki eksikliğin yaptırımını farklı olarak belirlemişlerdir. Nitekim akdin meydana gelmesi için gereken şartların akdin kuruluşuna aynı oranda etki etmediklerini, bu sebeple akdin kuruluşunda aynı öneme sahip olmayan şartların, tek dereceli bir hükümsüzlük müeyyidesine tabi tutulmasının uygun olmayacağını ileri sürmüşler ve tek dereceli hükümsüzlük yerine, ihlal edilen şartın, akdin kuruluşunda oynadığı role göre değişebilen iki dereceli bir hükümsüzlük sistemi kurmuş ve geliştirmişlerdir.¹²³

Türk hukukunda, klasik ve modern olmak üzere iki farklı hükümsüzlük teorisi bulunmaktadır. Klasik teori, hükümsüzlük hallerini yokluk, butlan ve iptal kabiliyeti veya yokluk, mutlak butlan ve nisbi butlan olmak üzere üç kategoride inceler. Modern teori ise bu iki hükümsüzlük kategorisi dışında, bunlardan birine veya diğerine yaklaşan ara kategorilerin varlığını kabul eder.¹²⁴ Büyük ölçüde Hanefîlerin kabul etmiş oldukları ayırımı bağlı kalınarak hükümsüzlük halleri kısaca ele alınmıştır.

¹²³ Apaydın, *Butlan Teorisi*, 90, 99–100; Savaş, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, 19; Günay, *Batıl-Fasit Ayırım*, 9.

¹²⁴ Apaydın, *Butlan Teorisi*, 96.

A. Yokluk

İslâm hukuk doktrinde “yokluk” ve “butlan” ayırımı yapılmamış, bir başka ifadeyle “yokluk” ile “butlan” aynı kabul edilmiştir.¹²⁵ Fakat akid hakkında yapılan tanımların bir kısmına göre bir işlemin akid olabilmesi için bu işlemin, “ taraflar, irade beyanları ve ma‘kûdun ‘aleyh (akdin mahalli, akdin konusu)” unsurlarını (rükünlerini) barındırması gerekmektedir.¹²⁶ Bunlara akdin kurucu unsurları (rükünleri) denir. Dolayısıyla bu unsurlardan birisinin bulunmaması durumunda oluşan hükümsüzlük, yokluğu çağrıştırmaktadır. Yine bâtil işlemlerin akid olduğu, fakat mün‘akid olmadığı hükmü¹²⁷ de kanaatimizce “yokluk” hükümsüzlüğünün varlığını gerektirmektedir. Çünkü bir işlemin akid olarak isimlendirilebilmesi için akdin kurucu unsurlarının gerçekleşmesi gerekmektedir. Eğer akdin kurucu unsurları gerçekleşmezse akid gerçekleşmeyecek ve “yokluk” terimiyle bu durumun ifade edilmesi mümkün hale gelecektir. Akdin kurucu unsurlarının gerçekleşmesi durumunda meydana gelen akid bâtil olabilir. Çünkü akdin kurucu unsurlarını havi akid, in‘ikad şartlarını havi olmayabilir. Sonuç olarak akdin kurucu unsurlarını taşımayan işlem “yokluk”, in‘ikad şartlarını taşımayan akid “butlan”, akdin vasıflarını taşımayan akid de “fesad” olarak adlandırılır kanaati oluşmaktadır.

Apaydın, bu durumu “maddi (fili) yokluk” kavramıyla ifade etmektedir. Ona göre akdin kurucu unsurlarından birisinin bulunmaması durumunda, hukuku ilgilendirecek bir durum yok demektir. Başka bir ifadeyle, kurucu unsurları olmaksızın akid tasavvur olunamayacağından, hukukun herhangi bir hüküm izafe edeceği akid de “fiilen” yoktur. Ancak buradaki yokluk, akdin esaslı unsurlarından birinin eksikliğine terettüp ettirilen hukukî müeyyide anlamındaki yokluk değil, aksine “hukukun ilgi alanına girememe” diye yorumlanabilecek “maddi (fili) yokluk” demektir. “Maddi yokluk” ile “yok hükmünde olma (hukukî yokluk) arasındaki fark şu şekilde açıklanmaktadır: Maddi yokluk, maddi varlığın zıttı, yani

¹²⁵ Apaydın, *Butlan Teorisi*, 99.

¹²⁶ Çeker, *Akidler*, 7; Apaydın, *Butlan Teorisi*, 29; Savaş, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, 6.

¹²⁷ Çeker, *Fıkıh Dersleri 1*, 92–93; Apaydın, “*İn‘ikâd*”, *DİA*, XXII, 315.

bir şeyin fiilen mevcut olmaması demektir. Yok hükmünde olma ise, fiilen var olan bir şeyi hukukun yok saymasıdır.¹²⁸

Türk Borçlar hukukunda da yokluktan bahsedilip bahsedilmeyeceği doktrinde görüş ayrılıklarına sebep olmuştur. Hâkim olan kanaate göre Borçlar hukuku alanında hükümsüzlüğün kesin ve en ağır şekli butlandan ibarettir. Bu nedenle bâtil olan işlem zaten hiç yapılmamış sayılır. Dolayısıyla hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü için kullanılan yokluk kavramının yanlış olduğu ve bir hukuki işlemin yok olmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Diğer bir görüşe göre sözleşme bâtil da olsa mevcuttur. Butlan ile yokluk arasındaki fark butlanda hukuki işlem ölü doğmuş, buna karşılık yoklukta ise işlem hiç doğmamıştır. Bu görüşte olan hukukçulara göre bu ayırımın pratikte de bazı farklılıkları bulunmaktadır. Butlanın ileri sürülmesi için bir dava açmaya gerek olmaması bir kural olmakla birlikte bazı hallerde sözleşme butlana rağmen dava açılıp butlan kararı alınıncaya kadar geçerli olarak kalır. Yoklukta ise sözleşme hiçbir şekilde ortada bulunmadığı için herhangi bir istisna söz konusu değildir. Ayrıca butlanda batıl sözleşmenin bir kısmı ayakta tutulabilmekteyken (kısmî butlan) yokluk durumunda böyle bir imkân bulunmamaktadır. Yoklukla butlan arasında diğer bir fark da tahvilde kendisini göstermektedir. Batıl sözleşme tahvil ile kendisine benzeyen ve asgari şartları tamamlanmış başka bir sözleşmeye dönüştürülebilmektedir. Yok olan bir sözleşmenin tahvil ile başka bir sözleşmeye dönüşmesi mümkün değildir.¹²⁹

B. Butlan

Butlan sözlükte “boşa gitme, heder ve heba olma” anlamlarına gelmektedir.¹³⁰ Hanefî fakihlerince bâtil akid “aslen ve vasfen meşrû olmayan akid” şeklinde tanımlanmaktadır.¹³¹ Bir akdin aslen meşrû olmaması, akdin in‘ikad şartlarındaki eksiklik demektir. Dolayısıyla akdin kurucu unsurlarından olan taraflarla ilgili; tarafların akid yapmaya ehil olma ve ayrı kimselerce temsil edilmesi, irade beyanı (îcâb ve kabul) unsuruyla ilgili; îcâb ve kabulün birbirine uygun ve aynı mecliste

¹²⁸ Apaydın, *Butlan Teorisi*, 9.

¹²⁹ Akıncı, *Borçlar Hukuku*, 55; Savaş, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, 47–48.

¹³⁰ Zebîdî, *Tâcû'l-‘arûs*, “b-ṭ-l” maddesi, VII, 229.

¹³¹ İbn Âbidîn, *Reddî'l-muhtâr*, V, 28.

olması, ma‘kûdun ‘aleyh (mahal) unsuruyla ilgili; ma‘kûdun ‘aleyhin mevcut, teslimi mümkün, malum ve akdin hükmünü uygulamaya müsait olması şartlarından herhangi birindeki eksiklik sebebiyle akid bâtil olur.¹³²

Akid, taşıdığı şartlar ve hükümler bakımından kısmen akid özgürlüğü ve buna bağlı olarak ortaya konulan kuralların çizdiği sınırlar içerisinde kalırken kısmen bu sınırın dışına çıkabilir. Böyle durumlarda akdin tamamen mi bâtil sayılması gerektiği yoksa sınırların dışına çıkan kısmın mı bâtil sayılması gerektiği tartışmalıdır. Kısmî butlan¹³³ olarak isimlendirilen bu durumda akiddeki edimlerin bölünüp bölünemeyeceği temelinden hareketle konu çözümlenmeye çalışılmıştır. Akdin tamamen bâtil olması gerektiğini ileri süren İslâm hukukçuları olduğu gibi akiddeki edimlerin bölünebilmesi halinde bâtil olan kısmın ayrılabilmesi ve diğer kısmın sahih olarak kalabileceği de ifade edilmektedir. Akdin ayrılabilir edimleri arasında taraflar açısından bir bağıllık varsa yani biri olmasaydı diğeri de olmazdı şeklinde bir düşünce varsa akdin tamamen bâtil olması gerektiği ifade edilmiştir.¹³⁴

C. Fesad

Fesad sözlükte “bir şeyin önce düzgün, düzenli ve yararlı iken sonradan bu özelliklerini kaybederek değişmesi ve bozulması” anlamına gelmektedir.¹³⁵ Hanefî fakihlerince fâsid akid “aslen sahih olup vasfen sahih olmayan akid” şeklinde tanımlanmaktadır.¹³⁶ Dolayısıyla fâsid akid, akdin unsurları (rükünleri), şartları itibarıyla kurulmuş, ancak bazı vasıfları eksik olduğu için sakat doğmuştur ve sahih değildir. Yokluğu durumunda fesada götüren akdin vasıfları şunlardır: Rızanın zedelenmemesi yani ikrah ve şakadan (hezlden) uzak olması; ma‘kûdun ‘aleyhte

¹³² Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 86–87; Günay, “*Evlenme Engelleri*”, (3), 169.

¹³³ Kısmî butlan, bir akdin içeriğinin bir kısmının imkânsızlık veya hukuka ya da ahlâka aykırılık sebebiyle sakat olması halinde yalnız bu kısmın bâtil olup sakat olmayan diğer kısımlarının, tarafların akdin ayakta tutulması yönündeki farazi iradelerinin de dikkate alınarak geçerliliğinin korunmasına denilmektedir. Geniş bilgi için bk. Eren, *Borçlar Hukuku*, 303–308.

¹³⁴ Savaş, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, 22; Geniş bilgi için bk. Apaydın, *Butlan Teorisi*, 119–123.

¹³⁵ Zebîdî, *Tâcü'l-‘arûs*, “f-s-d” maddesi, II, 452.

¹³⁶ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, V, 28; Mecelle, md. 109; Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 86; Günay, “*Evlenme Engelleri*”, (3), 169.

(akdin konusunda) garar, zarar ve cehaletin bulunmaması; ma‘kûdun ‘aleyhte (akidde) fâsid şartın veya ribânın bulunmaması.¹³⁷

Akiddeki hukuk düzeninin gereklerine aykırılık akid sona erdirilmeden de giderilebiliyorsa akdin sona erdirilmesi yönüne gidilmez. Bu durum genellikle iki tarafa borç yükleyen akidlerde veya mülkiyeti devir sonucu doğuran akidlerde görülmektedir. Fâsid olarak kurulmuş bir akidten doğan borç ifa edilmemişse, örneğin satım akidinde satılan teslim edilmemişse taraflardan her birisi bu akdi feshedebilir. Çünkü akid bu haliyle hiçbir hüküm taşımamaktadır. Akde sonradan icâzet (onay) verilmesi de akdi geçerli hale getirmez. Fâsid olarak kurulmuş olan bir akidten sonra borçlar ifa edilmişse yani kabız gerçekleşmişse akid hukukî sonuç doğurur.¹³⁸

Hanefî doktrininde ortaya atılıp geliştirilen fesad teorisi tam anlamıyla bu güne kadar hiçbir hukuk sisteminde bu ölçüde ve genişlikte söz konusu edilmemiştir. Bu teori Türk hukukundaki nispi butlana benzemekle beraber, gerek muhteva gerekse amaç bakımından aralarında birtakım farklılıklar bulunmaktadır.¹³⁹

D. Adem-i Nefâz (Akdin Mevkuf, Askıda Olması)

Adem-i nefâzın hükümsüzlük müeyyidesi ifade edip etmediği konusu tartışmalıdır. Adem-i nefâz, akdin herhangi bir şahıs veya muayyen şahıslar karşısında sonuçlarını meydana getirememesi demektir. Akdin rükünleri, in‘ikâd ve sıhhat şartları tam olup nefâz şartlarından birisi eksikse mevkûf akid söz konusu olur. Diğer bir ifadeyle başkasının hakkının taalluk ettiği akidler “mevkûf” akidlerdir. Mevkûf akdin hükümleri başlangıçta yürürlüğe girmez. Ancak bu eksik şartın tamamlanmasından sonra yürürlüğe girer.¹⁴⁰

¹³⁷ Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 89.

¹³⁸ Apaydın, *Butlan Teorisi*, 137–139; Savaş, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, 25–26; Günay, *Batıl-Fasit Ayrım*, 17.

¹³⁹ Geniş bilgi için bk. Apaydın, *Butlan Teorisi*, 142–144.

¹⁴⁰ Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 96; Savaş, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, 26–27.

Mevkûf akid, genel olarak ehliyet eksikliği ve yetkisizlik sebepleriyle ortaya çıkmaktadır. Fuzulinin (yetkisizin) ve mümeyyiz çocuğun akidleri mevkûf akidlerin tipik örneklerini teşkil etmektedir.¹⁴¹

Adem-i nefâz, Hanefî fakihlerince hükümsüzlük çerçevesi dışında tutulmaktadır. Bunun sebepleri arasında, her derecedeki hükümsüzlük hallerini içine alabilecek bir üst kavramın bulunmayışı ve bir de bâtil ve fasid terimlerinin kelime yapılarında bulunan menfi anlamın mevkûf sözcüğünde bulunmayışı sayılabilir. Tek dereceli hükümsüzlük anlayışını benimseyen Hanefî mezhebi dışındaki fakihler mevkûf mertebesini yok saymışlar, Hanefî fakihlerinin mevkûf saydığı fuzulînin (yetkisizin) akdini bâtil saymışlardır.¹⁴² Ayrıca hak sahibinin “icâzet vermeme” iradesini açıklaması neticesinde akid geçersiz olmaktadır. Bütün bunlardan hareketle bazı çağdaş hukukçular mevkûf akdi hükümsüzlük mertebesi içerisinde kabul etmektedirler.¹⁴³ Kanaatimize göre adem-i nefâz, Türk hukukunda bir yönüyle “iptal”, bir yönüyle de “eksiklik” müeyyideleriyle ifade edilmektedir.

V. İRADEYİ BOZAN SEBEPLER

İradeyi bozan sebepler, klasik İslâm hukuku kaynaklarında sistematik olarak ele alınmamıştır. Fakat bu kaynakların değişik bölümlerinde bu sebepler üzerinde durulmuştur.¹⁴⁴

İradenin lekeli veya bulanık olması durumu genellikle irade ya da rızâyı bozan sebepler olarak adlandırılmaktadır. İradeyi bozan sebebin, hukukî işleme teşebbüs anına, rızâyı bozan sebebin ise teşebbüsün sürecine veya gerçekleşen sonuca ilişkin olarak söz konusu olacağı söylenerek iradeyi bozan sebep ile rızayı bozan sebep teknik açıdan birbirinden ayrı tutulabilirse de çağdaş literatürde bunlar eş anlamlı olarak birbirinin yerine kullanılmaktadır.¹⁴⁵

¹⁴¹ Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 96.

¹⁴² Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 97; Apaydın, *Butlan Teorisi*, 94.

¹⁴³ Apaydın, *Butlan Teorisi*, 91; Savaş, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, 26–28.

¹⁴⁴ Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 125; Apaydın, “*İrade*”, *DİA*, XXII, 385.

¹⁴⁵ Apaydın, “*İrade*”, XXII, 385; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 123–124.

İradeyi bozan sebeplerin tespit ve sunuşunda çağdaş İslâm hukukçularınca geliştirilen iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Senhûrî'nin (ö. 1391/1971) öncülüğünü ettiği ve çağdaş yazarlarca çokça tercih edilen birinci yaklaşıma göre iradeyi bozan sebepler Batı hukukunda olduğu gibi ikrah, hile (tedlîs, tağrîr)¹⁴⁶ ve hata (galat) olmak üzere üç çeşittir.¹⁴⁷ Mustafa ez-Zerkâ'nın (ö. 1420/1999) öncülüğünü yaptığı ikinci yaklaşımda ise iradeyi bozan sebepler ikrah, hile (hılâbe), hata (galat) ve akdin geçerliliğinin fesada uğraması (ihtilâlü't-tenfîz) olarak sıralanmakta ve ilk üçü akdin kuruluşu esnasındaki iradeyi bozan sebepler, sonuncusu; akdin kurulmasından sonra umulmadık bir şekilde karşılaşılan bir sebepten kaynaklanan maddi ayıp olarak nitelendirilmektedir. Hıyanet, neceş, tedlîsü'l-ayb ve gabin gibi konular hılâbe kapsamında; hilesiz olarak satılan malda gözden kaçan maddi bir ayıbın varlığının akidden sonra ortaya çıkması, akdin bölünmesi, satılan malın daha önceden kiraya verilmiş veya rehnedilmiş olduğunun meydana çıkması gibi konular ise ihtilâlü't-tenfîz kapsamında incelenmiştir.¹⁴⁸

Görüldüğü gibi gabinin, iradeyi bozan sebeplerden olup olmaması konusu Çağdaş İslâm hukukçuları arasında ihtilafıdır. Bu ihtilaf İslâm hukukçuları dışındaki hukukçular arasında da söz konusudur.¹⁴⁹

İradeyi bozan sebeplerin genel anlamda ehliyet ârızaları kapsamında düşünülmesi mümkün olmakla birlikte teknik olarak birbirinden ayrı ele alınması mâkul görünmektedir. Nitekim çağdaş hukukçular arasında hâkim görüş iradeyi bozan sebeplerden ikrah, hata ve ehliyet ârızaları arasında yer almayan tedlîsin edâ ehliyetine hiçbir zarar vermediği, daha doğrusu onun kalkmasına veya daralmasına yol açmadığı, bu bakımdan söz konusu iradeyi bozan sebeplerin teknik olarak

¹⁴⁶ Bu grupta yer alan fakihler, hileyi tedlîs veya genellikle tağrîr kelimeleri ile ifade etmişlerdir. Geniş bilgi için bk. Bahrülulûm, *'Uyûbü'l-irâde*, 11.

¹⁴⁷ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 104–215; Bahrülulûm, *'Uyûbü'l-irâde*, 10–11; Apaydın, *"İrade"*, DİA, XXII, 385.

¹⁴⁸ Zerkâ, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, I, 364–365, 407–413; Bahrülulûm, *'Uyûbü'l-irâde*, 11, 179–184.

¹⁴⁹ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 492–500.

ehliyeti kaldıran veya daraltan ârızalardan ayrı değerlendirilmesinin uygun olacağı yönündedir.¹⁵⁰

İradeyi bozan sebepler kategorisine sokulan haller bir başka açıdan iki biçimde karşımıza çıkabilir:

1) Oluşumundaki bir aksaklık yüzünden, doğrudan doğruya iradede bir bozukluk vardır. Saik hatası, hile ve ikrah buraya girer.

2) İrade düzgün bir biçimde olduğu halde, onu dış dünyaya yansıtıp yürürlüğe koymak üzere yapılan beyan iradeye uymamaktadır. Zihni kayıt, ciddi olmayan beyanlar, muvazaa ve beyan hatası bu gruba dâhildir.¹⁵¹

Fark edileceği üzere, “iradeyi bozan sebepler” deyimi, gerçekte, bu hallerden sadece birincisi için doğrudur. İkinci halde bozukluk, iradede değil beyandadır.¹⁵² Bundan dolayı iradeyi bozan sebepleri yukarıdaki birinci yaklaşımı esas alarak sübjektiflikten objektifliğe doğru hata (galat), hile (tedlîs, tağrîr), ikrah olmak üzere üç başlık altında toplamak mümkün olup¹⁵³ çalışmamızda iradeyi bozan sebepler konusu bu düşünce doğrultusunda ele alınmıştır.

A. Hata (Galat)

Sözlükte “yanılmak; yanılğı, yanlışlık” gibi anlamların karşılığı olan galat kelimesi¹⁵⁴ klasik İslâm hukuku literatüründe teknik anlamda terimleşmiş olmayıp genelde Türk hukuk dilindeki karşılığı olan “hata” ve “cehalet” mânalarında kullanılmaktadır.¹⁵⁵

İradeyi bozan sebeplerden hata, beyandaki hatadan farklıdır. Beyandaki hatada, beyan sahibine ait iradenin oluşmasında herhangi bir bozukluk yoktur. Sadece sağlıklı bir şekilde oluşmuş irade, beyan edilmek istenirken istem dışı ve

¹⁵⁰ Bahrülulûm, *‘Uyûbü’l-irâde*, 197.

¹⁵¹ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 342.

¹⁵² Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 342.

¹⁵³ Senhûrî, *Mesâdirü’l-hak*, II, 105; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 124; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 125.

¹⁵⁴ Zebîdî, *Tâcü’l-‘arûs*, “ğ-l-ğ” maddesi, V, 193.

¹⁵⁵ Nevevî, *Mecmû’*, I, 335; Apaydın, “Galat”, DİA, XIII, 297.

kastedilmeyen başka bir şey telaffuz edilmiştir. İradeyi bozan hatada ise, hatalı bir bilgi ve kanaatten dolayı bozuk olarak meydana gelmiş bir irade vardır. Yapılan beyanla bu bozuk irade ortaya konmuştur.¹⁵⁶ Buna saik hatası da denmektedir.¹⁵⁷ Daha açık bir ifadeyle saik hatası, hata edenin, belirli bir kimseyle belirli içerikte bir akid yapma iradesinin gerçeklere uymayan, yanlış tasavvurlar sonunda sakat oluşmasıdır. Mesela doğu ve batıya nazır iki eve sahip olan, doğuya nazır evinin daha küçük olduğunu zannederek satan, fakat gerçekte o evi büyük olan kişinin yapmış olduğu satım akdi saik hatası altında gerçekleşmiştir.¹⁵⁸

İslâm hukukunda, tasarruflara duyulan güveni sarsmamak için tasarruflarda güven ve istikrarı sağlama prensibi tercih edilerek saik hatasına fazla önem verilmemiş¹⁵⁹ ve hata teorisi bağımsız bir bölüm halinde değil, akid konusu olan şeyde cins ayrılığı, bir ayıbın ortaya çıkması, gerekli olan bir vasfın bulunmaması ve görme muhayyerliği gibi çeşitli konular içinde dağınık bir şekilde ele alınmıştır.¹⁶⁰ Bununla birlikte İslâm hukukunda akdin sübjektif unsurları, tarafların iradesi, niyet ve amacı da tamamıyla ihmal edilmemiş, belli bir ölçüye kadar bunlar da gözetilmeye ve korunmaya çalışılmıştır. Bu sebeple mutedil bir yol takip edilmiş, hukukî ilişkilerde güven ve istikrarın kaybolmasından endişe edildiği durumlarda bunu sağlamak amacıyla şeklî ve objektif ölçüler esas alınıp gerçek iradeye ve galatın varlığına itibar edilmemiştir. Buna karşılık gerçek irade dikkate alındığında bu istikrarın zarar görmeyeceğine kanaat getirildiği durumlarda ise gerçek iradeye itibar edilmiştir.¹⁶¹

¹⁵⁶ Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 183.

¹⁵⁷ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 394.

¹⁵⁸ Eren, *Borçlar Hukuku*, 342; Çağdaş İslâm hukukçularının benzer tanımları için bk. Zerkâ, *el-Medhal*, I, 390.

¹⁵⁹ Hanbelî mezhebi bu konuda farklı düşünmektedir. Bu mezhebde irade teorisi esas alınır ve hataya düşen kimsenin beyanına değil, iradesine değer verilir. Bu konudaki dayanakları Hz. Peygamber'in "Şüphesiz Allah (cc) ümmetimin hatasını, unutmasını ve tehdit altında yaptığını affetti." hadisidir. (İbn Mâce, "*Talâk*", 16) Hanefî ve Şafîîler ise akidlerde maksat ve niyetlere değil, beyan edilen iradeye önem verirler.

¹⁶⁰ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 112–113; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 391; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 18; Apaydın, "*Galat*", XIII, 298.

¹⁶¹ Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 185–187; Apaydın, "*Galat*", DİA, XIII, 298.

Bu açıdan genel hatlarıyla belirtilecek olursa, akdi yapan taraf, gerçek iradesini belirtmemesi durumunda İslâm hukukçuları bu iradeyi ve bunu bozan galatı dikkate almazlar. Çünkü bu galat diğer tarafa gizli kalmıştır ve bunu anlama imkânı da yoktur. Buna karşılık akdi yapan kişinin gerçek iradesini açıklaması veya bu iradenin herhangi bir yolla anlaşılabilirdiği durumlarda İslâm hukukçuları bu iradeye ve ona bitişen galata itibar ederler. Çünkü bu irade karşı tarafça bilinebilir hale gelmiştir veya karşı tarafın bunu anlaması mümkündür. Bu takdirde karşı taraf hatayı ya bilmektedir veya kolayca bilebilecek durumdadır. Meselâ keten kumaşı, ipek kumaş sanarak satın alan kişinin hatası açık değildir. Çünkü o, irade beyanını “İpekten olan şu kumaşı satın aldım.” şeklindeki ifadesiyle ortaya koymamış, ayrıca ortada ipek kumaş satın almak istediğini gösteren bir karine de yoktur. Bu bakımdan adı geçen hata hukukî işlemi etkilemez. Fakat o, “İpekten olan şu kumaşı satın aldım.” diye iradesini beyan etseydi veya bu isteğe delalet eden bir karine bulunsaydı hata, yapılan akdi etkilerdi.¹⁶²

Bazı İslâm hukukçularına göre, karşı taraf için açığa çıkmış olsun veya olmasın bazı durumlarda gerçek iradeye itibar edilir ve onu sakatlayan galat dikkate alınır. Meselâ görmediği bir şeyi satın alan kişi için görme muhayyerliği tanınması bu anlayışın sonucudur.¹⁶³ Fakat diğer bir kısım hukukçular farklı kanaattedirler. Bu konudaki görüş ayrılığının temelinde akid meclisinde bulunmayan şeyler üzerinde görülmeden önce yapılan akdin sahih olup olmayacağı tartışmaları yatar. Hanefî mezhebi, İmam Şâfiî'nin (ö. 204/820) eski içtihadına ve Ahmed b. Hanbel'in (ö. 241/855) bir görüşüne göre böyle bir akid sahih olup buna bağlı olarak görme muhayyerliği vardır. İmam Mâlik'e (ö. 179/795), İmam Şâfiî'nin yeni içtihadına ve Ahmed b. Hanbel'in kuvvetli olan ikinci görüşüne göre adı geçen akid sahih değildir. Buna bağlı olarak görme muhayyerliği de yoktur.¹⁶⁴

¹⁶² Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 185–187; Apaydın, “Galat”, DİA, XIII, 298.

¹⁶³ Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 193–195; Apaydın, “Galat”, DİA, XIII, 298.

¹⁶⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 28–29; Ebû Zehre, *Nazariyyetü'l-akd*, 397; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 194.

1. İradeyi Bozan Sebepler İçinde Hatanın Yeri

İrade bozan sebepler içinde en sübjektif olanı hatadır. Çünkü hata, insanın iç dünyasında meydana gelen ve gerçeğe uymayan yanlış bir kanaattir.¹⁶⁵

Hata, İslâm hukuku kaynaklarında müstakil bir başlık altında değil; ayıp, görme ve vasıf muhayyerlikleri başlıkları altında ele alınmıştır. Çağdaş İslâm hukukçuları, fıkıh kitaplarının değişik bahislerinde dağınık olarak ele alınan konuları bir araya toplayıp sistematik biçime sokmuş ve bir hata teorisi geliştirmeye çalışmışlardır.¹⁶⁶

2. Hata Çeşitleri

Çağdaş İslâm hukuk literatüründe hatanın şu türlerinden bahsedilmektedir:

a. Saik Hatası-Beyan Hatası

Bir kişiyi belirli içerikte bir akid yapmaya sevkeden bir olay ve durum hakkındaki düşünce ve tasavvurlara “saik” adı verilmektedir. Saik hatası da, hata edenin, belirli bir kimseyle belirli içerikte bir akid yapma iradesinin gerçeklere uymayan, yanlış tasavvurlar sonunda sakat oluşmasıdır.¹⁶⁷ Saik hatasında yanlış saik ve tasavvurlar, akid yapma (sonuç) iradesini oluşum safhasında sakatlamaktadır. Buna “gerçek hata” adı da verilmektedir. Örneğin tayininin Marmaris’e yapılacağını zanneden A, orada B ile bir kira akdi yapmış, ancak, tayin Marmaris’e değil, Kırşehir’e olmuşsa A, kira akdini saik hatası altında yapmıştır.¹⁶⁸

Türk Borçlar hukukunda saik hatası esaslı hata değildir. Bu sebeple de akdin geçerliliğini etkilemez. Karşı taraf, saik hatasını bilse bile sonuç değişmez. Fakat bunun üç istisnası vardır. Birinci istisna hile, ikinci istisna temel hatası olup üçüncü istisna ise ölüme bağlı tasarruflarda görülür. Bundan dolayı da saik hatası vasiyetnamenin iptali sonucunu doğurur.¹⁶⁹

¹⁶⁵ Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 185.

¹⁶⁶ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 104–153; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 185; Apaydın, “Galat”, *DİA*, XIII, 297.

¹⁶⁷ Eren, *Borçlar Hukuku*, 342.

¹⁶⁸ Eren, *Borçlar Hukuku*, 342; İnan, *Borçlar Hukuku*, 201.

¹⁶⁹ Eren, *Borçlar Hukuku*, 343; İnan, *Borçlar Hukuku*, 201.

Beyan hatası ise, beyan sahibinin beyanıyla işlem iradesi arasında istenmeyerek meydana gelen uygunsuzluktur. Türk Borçlar hukukunda beyan hatası aslında gerçek anlamda bir irade sakatlığı hali değildir. Zira burada beyan sahibinin iradesi, her türlü bozukluk ve sakatlıktan uzak bir şekilde tam ve sağlam olarak oluşmaktadır. Bundan dolayı bu hataya “gerçek olmayan hata” adı da verilmiştir. Fakat bu hata çeşidinde, beyanda bir sakatlık söz konusudur. Beyan hatasında hatalı beyan sahibi, muhataba farkında olmadan gerçek iradesine uymayan bir beyanda bulunmaktadır. Ancak, buna rağmen, doktrin irade sakatlığı kavramını geniş anlamakta ve beyan hatasını da irade sakatlığı içinde mütalaa etmektedir.¹⁷⁰

b. Esaslı Hata-Esaslı Olmayan Hata

ba. Esaslı Hata

Esaslı hata, yapılan işlemin hükümsüzlüğüne yol açan ve iptal hakkı veren bir hatadır.¹⁷¹ Türk Borçlar hukukunda esaslılık unsuru, bir görüşe göre subjektif olarak değerlendirilmelidir. Buna göre, beyan sahibinin, beyanının anlamını doğru olarak anlaması halinde, böyle bir beyanda bulunmayacağı kabul edildiği takdirde irade ile beyan arasındaki uygunsuzluk esaslı hatadır. Diğer bir görüşe göre ise objektif olarak değerlendirilmelidir. Bu durumda, iş çevresindeki hâkim ve geçerli görüşe, makul değerlendirmeye göre tespit edilir.¹⁷²

Beyan hataları, ilke olarak; saik hataları ise istisnai olarak esaslı hatadır.¹⁷³ Belli başlı esaslı hata örnekleri şu şekilde ifade edilebilir:

baa. Akdin Niteliğinde Hata

Burada hata eden taraf işlem iradesine uygun bir akid yapmak istemekte, ancak yanlışlıkla başka bir akid için iradesini beyan etmektedir. Böylece görünüşte kurulan akid tipiyle, kurulmak istenilen akid tipi, hukukî mahiyet ve muhteva itibariyle birbirinden farklı olmaktadır.¹⁷⁴ Mesela, bir kimsenin satış akdi yapmak istediği

¹⁷⁰ Eren, *Borçlar Hukuku*, 343–344; İnan, *Borçlar Hukuku*, 201.

¹⁷¹ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 321.

¹⁷² Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, II, 337; Eren, *Borçlar Hukuku*, 345.

¹⁷³ Kocayusufpaşaoğlu, *Hata*, 157.

¹⁷⁴ BK. m. 24/1; Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, II, 338; Eren, *Borçlar Hukuku*, 346.

halde, yanlışlıkla hibe akdi yapması veya bir gayrimenkulü kiraya vermek istemesine rağmen sattığını beyan etmesi hallerinde akdin niteliğinde hata söz konusudur.¹⁷⁵

bab. Akdin Konusunda (Ma‘kûdun ‘aleyhte) Hata

Akdin tamamlanmasından sonra akdin gerçekleşen konusunun, üzerine akid yapılan konudan zat ve vasıf bakımından farklı olduğunun ortaya çıkması olup esaslı hata kabul edilir. İslâm hukuku kaynaklarında en çok görülen ve yaygın biçimde ele alınan hata çeşididir.¹⁷⁶ Akid konusunda hata iki şekilde gerçekleşir:

Akdin Konusunun (Ma‘kûdun ‘aleyhin) Cinsinde Hata: Akid konusu olan şeyin akidde söylenenden farklı cinsten çıkması durumunda akid konusunun cinsinde hata söz konusu olur. Meselâ elmas olması şartıyla alınan bir yüzüğün cam veya kristal olduğunun ortaya çıkması, satın alınan hububatın buğday yerine arpa çıkması böyledir. Akid konusunun cinsinde vâki olan bu hata esaslı hatadır.¹⁷⁷

İslâm hukukunda akid konusundan faydalanmada fâhiş derecede farklılık doğuran vasıf hatası da cins hatası gibi kabul edilmiştir. Bu durumda akid konusu malın cinsiyle akid sırasında belirtilen cins birdir. Meselâ el dokuması diye satılan bir halının makine halısı olduğunun ortaya çıkması veya biber tohumu diye satılan şeyin çiçek tohumu çıkması böyledir.¹⁷⁸

Akdin konusunda meydana gelen hata İslâm hukukunda, Batı hukukundakinden daha geniş kapsamlıdır. Cins bir olsa bile menfaat noktasında aralarında fâhiş fark varsa İslâm hukukunda bu da esaslı hatadır. Batı hukukunda ise menfaat açısından fâhiş fark olabilir, hatta cins bile değişebilir. Bununla birlikte hata yine de akdin kurulmasına engel olmaz. Sadece akdi iptal edilebilir hale getirir.¹⁷⁹

Akid Konusunun (Ma‘kûdun ‘aleyhin) Vasfında Hata: Akdin konusunun vasfındaki hata literatürde, akdin konusunda kişiyi akid yapmaya yönelten asıl

¹⁷⁵ Acar, “Borçlar Hukukunda İradeyi Sakatlayan Sebepler”, XIV, 91.

¹⁷⁶ Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 195; Apaydın, “Galat”, DİA, XIII, 299.

¹⁷⁷ Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 195–196; Apaydın, “Galat”, DİA, XIII, 299; Acar, “Borçlar Hukukunda İradeyi Sakatlayan Sebepler”, XIV, 92.

¹⁷⁸ Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 196; Apaydın, “Galat”, DİA, XIII, 299; Acar, “Borçlar Hukukunda İradeyi Sakatlayan Sebepler”, XIV, 92–93.

¹⁷⁹ Apaydın, “Galat”, XIII, 299.

özelliğın bulunmaması anlamında “mergûb vasfin fevâtı” olarak adlandırılır. Söylenenle akdin konusunun aynı cinsten olup ikisi arasında menfaat ve değer açısından fahiş olmayan, fakat ilgili şahıs için önemli sayılabilecek ve arzulanan (mergub) bir vasfin yokluğuna yol açan bir farklılığın bulunması durumunda söz konusu olur. Meselâ koç yerine koyun, bir kitap yerine başka bir kitabın, satım akdinin konusunun yapıldığı ortaya çıkması durumunda akid oluşur. Çünkü mebî’deki hata, cinsi değıştirmedığı gibi müşterinin talep ettiğıyle mebîn hakikati arasında da fahiş bir fark yoktur. Ancak arzulanan (mergub) bir vasıf bulunmadığı için müşteri muhayyerdir.¹⁸⁰

İslâm hukukundaki “mergub vasfin fevâtı” kavramı Türk hukukunda esaslı hata kavramı içinde ele alınmakta olup bu konuda iki hukuk sistemi benzer yaklaşımlara sahiptir. Ancak hatanın birinci türü olan şeyde hata, İslâm hukukunda akde daha çok etki eder.¹⁸¹

bac. Şahısta Hata

Akdi yapan taraflardan birinin karşı tarafın kimliğinde veya temel bazı özelliklerinde yanılması neticesinde ortaya çıkan hata çeşididir. Meselâ, kişinin yakını zannederek hibede bulunduğı şahsın yakını olmadığını anlaşılması şeklindeki hata böyledir.

Malî akidlerde taraf teşkil eden şahıslar genellikle birinci derecede önemli olmadığından bu tür akidlerde şahısta hata genel olarak akdin feshi için haklı bir sebep teşkil etmez. Şahısta hatanın önemi, karşı tarafın şahsının veya temel bir vasfının akdin konusu yapılması hususunda özellikle dikkate alındığı durumlarda ortaya çıkar ve ilgili tarafa bu sebeple akdi feshetme hakkı verir. Bu konuda İslâm ve Batı hukukları ana hatlarıyla benzer hükümler taşırlar. Bu tür hata evlilik, hibe, vekâlet, vasiyet, şüf’a, icâre gibi akidlerde önemli olmaktadır.¹⁸²

¹⁸⁰ Mecelle, md. 310; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 200–203; Apaydın, “Galat”, DİA, XIII, 299.

¹⁸¹ Apaydın, “Galat”, DİA, XIII, 299.

¹⁸² Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 204–211; Apaydın, “Galat”, DİA, XIII, 299.

bad. Kıymette Hata

Kıymette hata, çağdaş İslâm hukukçuları tarafından, “ivazlı akidlerde taraflardan birinin, ma‘kudun aleyhin kıymetini bilmemesi sebebiyle ivazlardan birinin değerinin, diğerine nispetle oransızlık arzemesi”,¹⁸³ şeklinde tanımlanmaktadır.

Yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı gibi bedeller arasındaki nispetlilik bilinmeden akde razı olunmuşsa gabin durumuna varan kıymette hata meydana gelmiş olabilir. Bundan dolayı bir kısım fıkıh âlimi kıymette hatayı gabin içinde mütalâa etmiş ve bu iki bahsi aynı başlık altında incelemişlerdir.¹⁸⁴

Bu durum Türk Borçlar hukukunda kıymet/değer hatası kavramıyla ifade edilmektedir. Çünkü değer hatasında, yanlışlıkla, edim konusunun henüz belli olmayan değeri takdir edilirken gerçekleşmekte, örneğin piyasa değeri 10.000 TL. civarında olan bir mala yanlışlıkla 5000 TL. değer biçilmekte ve beyan 5000 TL. üzerinden gerçekleşmektedir.¹⁸⁵

Türk hukukunda kullanılan kavramlardan birisi de miktarda hata kavramıdır. Miktarda hata “taahhüt edilen ivazın, kastedilen şeyden ehemmiyetli surette çok ve mukabil ivazın ehemmiyetli surette az olması” durumunda meydana gelir.¹⁸⁶ Bu durumda iki ihtimal söz konusu olabilir:

Hataya düşenin beyan ederek borçlandığı miktar, gerçek istediğinden önemli ölçüde fazla olabilir. A, B’den bir malını 10.000 TL.’ye satın almak istediği halde mektubunda bu miktarı yanlışlıkla 1000 TL. olarak göstermesi buna misaldir.

Hataya düşene karşı taahhüt edilen miktar, onun istediğinden önemli ölçüde az olduğu halde o yanlışlıkla bu beyanı kabul etmiş olabilir. A, B’nin kendisine 1000

¹⁸³ Senhûrî, *Mesâdirü’l-hak*, 133; Karadâğî, *Mebdeü’r-rizâ*, I, 812; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 133; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 212; Apaydın, “Galat”, DİA, XIII, 299.

¹⁸⁴ Senhûrî, *Mesâdirü’l-hak*, 133; Karadâğî, *Mebdeü’r-rizâ*, I, 812; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 133; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 212.

¹⁸⁵ Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku*, 398–399.

¹⁸⁶ BK. md. 24/3.

TL. üzerinden yapmış olduğu teklifi dikkatsizlik sonucu 10.000 TL. olarak okuyup kabul etmesi misalinde olduğu gibi.¹⁸⁷

bae. Kanunda Hata

Kanunda hata, tasarrufta bulunurken kişinin o tasarrufla ilgili şer'î hükmü bilmemesidir. İslâm hukukçuları, kusurlu olunması halinde şer'î hükmü bilmemenin mazeret teşkil etmeyeceğini belirtmişlerdir. Bununla birlikte bazı sınırlı durumlarda şer'i hükmün bilinmemesi bir mazeret kabul edilmiştir. Burada ölçü, hataya düşen şahsın kusurlu olup olmamasıdır. Eğer kişi yaptığı işlem hakkındaki şer'î hükmü bilmez ve bilmeme de kusurlu olursa onun bu bilgisizliği kendisine o konudaki şer'î hükmün uygulanmasına engel teşkil etmez. Fakat yaptığı hukukî işlem konusundaki şer'î hükmü bilmemede herhangi bir kusuru bulunmazsa, bilgisizliği ilgili şer'î hükmün uygulanmasına engel olan bir mazeret kabul edilir.¹⁸⁸

bb. Esaslı Olmayan Hata

Kişinin iradesi üzerinde olumsuz etkisi olmayan ve akdin sıhhatine tesir etmeyen hata, esaslı olmayan hata olarak adlandırılmaktadır. Örneğin, müşterinin, denize nazır olduğunu düşünerek satın aldığı evin, denize nazır olmadığını ortaya çıkması şeklinde arzulanan (merğûb) bir vasıf taşımayan hata, esaslı olmayan hatadır. Yine bir akidde temel unsur olarak kabul edilmeyen akdin tarafları konusundaki hata esaslı olmayan hatadır. Örneğin, kişinin muayyen bir işçisini niyet ederek, diğer işçisine satışta bulunması bu kabildendir. Ayrıca saik hatası da esaslı olmayan hata çeşitlerindedir. Esaslı olmayan hatanın vukuunda, akdin bâtil olması veya kişinin muhayyer olması söz konusu değildir.¹⁸⁹

¹⁸⁷ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 398–399.

¹⁸⁸ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 143; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 221–223; Apaydın, "Galat", *DİA*, XIII, 300.

¹⁸⁹ Senhûrî, *Nazariyyetü'l- 'akd*, 353-354.

3. Hatanın Hükümleri

Akdin niteliğinde hata sebebiyle akid bâtil olur. Çünkü açıklanan irade sonunda meydana gelen akid ile, kastedilen asıl akid arasında mahiyet ve muhteva farkı vardır.¹⁹⁰ Türk Borçlar hukukunda hata edene iptal hakkı verilir.¹⁹¹

Akdin konusunun (ma'kûdun 'aleyhin) cinsindeki hata ve akdin konusunun vasfındaki fahiş hatalardan her biri akdin konusunun zatı hakkındadır. Cins ve fahiş menfaat farklılığı akdin konusunu ma'dum (yok) hale getirmektedir. Bu tür hatanın akde etkisi konusunda İslâm hukukçuları farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Hanefilerin çoğunluğu, Mâlikîler, Hanbelîler, Zâhirîler ve bir görüşte Şâfiîler'e göre bu durumda akid, olmayan bir konu (ma'dûm) üzerinde yapıldığından bâtildir.¹⁹² Buna karşı Kerhî (ö. 340/952) gibi bazı fakihler, satıcının başka bir şeye işaretle müsemâyı sattığını, bunun da bir bakıma başka bir şeyi teslim etmek şartıyla bir şeyi satmaya benzediği gerekçesiyle bu durumda akdin bâtil değil fasid olacağını savunmuşlardır. Şâfiî, Mâlikî mezheplerinde bir görüş ve İmâmiyye mezhebi ise akdin sahih kabul edileceğini, fakat özel vasfın bulunmayışı sebebiyle muhayyerlik hakkının tanınacağını söylemişlerdir.¹⁹³ Cins ihtilâfi veya cins bir olmakla birlikte menfaat açısından aşırı farklılık, Türk Borçlar hukukunda esaslı hata kabul edilmekte ve akdi iptal edilebilir kılmaktadır.¹⁹⁴

Akdin konusunun vasfındaki hatada akid nâfiz ve sahih olarak gerçekleşir. Vasıf muhayyerliği olduğu için akid gayri lâzım olur. Bu durumda müşteri tayin

¹⁹⁰ Acar, "Borçlar Hukukunda İradeyi Sakatlayan Sebepler", XIV, 91.

¹⁹¹ Eren, *Borçlar Hukuku*, 346

¹⁹² Kâsânî, *Bedâi' u'sanâi'*, V, 139–140; Şîrâzî, *Mühezzeb*, I, 287; Mecelle, md. 208; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 125–126; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 196–200; Apaydın, "Galat", DİA, XIII, 299; Acar, "Borçlar Hukukunda İradeyi Sakatlayan Sebepler", XIV, 93.

¹⁹³ Serahsî, *Mebûsât*, XIII, 12–13; Dêrdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, III, 140; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 126; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 196–200; Apaydın, "Galat", DİA, XIII, 299.

¹⁹⁴ Eren, *Borçlar Hukuku*, 346; Apaydın, "Galat", DİA, XIII, 299; Acar, "Borçlar Hukukunda İradeyi Sakatlayan Sebepler", XIV, 104.

edilen semen karşılığında akdi kabul veya fesheder. Fesih fevri olabileceği gibi bir müddet sonra da olabilir.¹⁹⁵

Şahısta hata, akdi yapan taraflardan birinin şahsının veya temel bir vasfının akdin konusu yapılması durumunda esaslı hata kabul edilmekte ve ilgili tarafa akdi feshetme hakkı vermektedir. Bu konuda İslâm ve Batı hukukları ana hatlarıyla benzer hükümler taşımaktadırlar.¹⁹⁶ Kanunda hata ise esaslı hata kabul edilmekte ve ilgili tarafa akdi iptal etme hakkı vermektedir.¹⁹⁷

B. Hile (Tağrîr, Tedlîs)

Türk Borçlar hukukunda hile olarak adlandırılan kavram, İslâm hukuku kaynaklarında “tağrîr”, “tedlîs”, “hilâbe”, “gışş” ve “hud‘a” terimleriyle ifade edilmektedir.¹⁹⁸ Bunun yanında hilenin ortaya çıkış şekillerinden olan “musarrât”,¹⁹⁹ “neceş (hileli arttırma veya eksiltme)”, “telakki’r-rukbân (üreticinin yolda karşılanması)”,²⁰⁰ “murabaha”, “tevliye”, “vadîa”²⁰¹ ve “istirsâl”²⁰² adlı başlıklar altında da hile kavramına yer verilmektedir. Bu kavramların tümüne çalışmanın ikinci bölümünde ayrı ayrı yer verilecektir. Bu başlık altında bir üst kavram olarak hile terimi üzerinde durulmuştur.²⁰³

Çağdaş İslâm hukukçularının tanımlarından hareketle,²⁰⁴ Türk Borçlar hukukunda da karşılığı olan tanıma göre hile: “Bir kimseyi bir irade beyanında

¹⁹⁵ Kâsânî, *Bedâi ‘u’sanâi ‘*, V, 140; Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 36–37; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 126; Mecelle, md. 310; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 200–203; Apaydın, “Galat”, DİA, XIII, 299. Akdin feshinde süre hakkında geniş bilgi için bk. Tez Metni, 245-247.

¹⁹⁶ Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 204–211; Eren, *Borçlar Hukuku*, 347; Apaydın, “Galat”, DİA, XIII, 299.

¹⁹⁷ Senhûrî, *Mesâdirü’l-hak*, II, 143; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 221–223; Apaydın, “Galat”, DİA, XIII, 300.

¹⁹⁸ İlgili kavramlar hakkında geniş bilgi için bk. Tez Metni, s. 144-153.

¹⁹⁹ Geniş bilgi için bk. Tez Metni, s. 148-149.

²⁰⁰ İlgili kavramlar hakkında geniş bilgi için bk. Tez Metni, s. 153-155, 161-165.

²⁰¹ İlgili kavramlar hakkında geniş bilgi için bk. Tez Metni, s. 206.

²⁰² İlgili kavram hakkında geniş bilgi için bk. Tez Metni, s. 70-72.

²⁰³ Köse, “Hile”, DİA, XVIII, 28; Günay, “Tağrîr”, DİA, XXXIX, 375.

²⁰⁴ Senhûrî, *Mesâdirü’l-hak*, II, 146; Ebû Zehre, *Nazariyyetü’l-akd*, 418; Zeydân, *el-Medhal*, 297; Musa, *el-Emvâl ve nazariyyetü’l-‘akd*, 402–403; Hüseyin, *el-Milkiyye ve nazariyyetü’l-‘akd*, 298; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 142.

bulunmaya (özellikle akid yapmaya) sevk etmek için onda kasten hatalı bir kanaat uyandırmak veya önceden mevcut olan hatalı bir tasavvuru korumak ve sürdürmek için sarfedilen söz veya fiildir.”²⁰⁵

1. İradeyi Bozan Sebepler İçinde Hilenin Yeri

Hile, hileden zarar gören tarafın düşürüldüğü hata sebebiyle tasarrufları etkiler. Karşı tarafı aldatmak için başvuru yolları genelde maddi oldukları için hilenin ispatı daha kolaydır. Hilenin ispatı kolay olunca buna bağlı olarak meydana gelen hatanın ispatı da kolay olacaktır. Bu sebeple irade ayıplarından hile, objektiflik bakımından ikrahtan sonra ikinci sırada gelir.²⁰⁶

Bu objektifliğine paralel olarak hile, İslâm hukuku kaynaklarında hataya göre daha belirgin bir şekilde ele alınmıştır. Bunun sebebi, hilede hukukî muamelelerdeki istikrarı koruma prensibi ile gerçek iradeye saygı prensibini birlikte değerlendirmenin mümkün olması ve hilenin hukukî tasarruflara duyulan güvene hata kadar zarar vermemesidir. Çünkü hileyi yapan, ya tasarrufu yapan taraflardan biri veya bunun anlaşmış olduğu üçüncü bir şahıstır. Dolayısıyla hileyi bizzat yapan yahut hileden haberdar olan kişiler için, hileden zarar gören tarafın akdi iptal etmesi bir sürpriz teşkil etmeyecek, aynı zamanda hileye maruz kalan tarafın gerçek iradesine de saygı gösterilmiş olacaktır.²⁰⁷

Sonuç olarak hile, mağdur şahsın hatalı bir irade beyanında bulunmasına yol açmaktadır. Dolayısıyla iradenin oluşumunda bozukluk veya rızâyı sakatlayan sebep olarak nitelendirilmektedir.²⁰⁸

2. Hilenin Unsurları

Hilenin hukukî işlemi etkileyebilmesi için şu şartların gerçekleşmiş olması gerekir:

²⁰⁵ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 142; Eren, *Borçlar Hukuku*, 358; Yıldırım, *Hile*, 8; Köse, “*Hile*”, DİA, XVIII, 28.

²⁰⁶ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 147; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 142; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 167; Köse, “*Hile*”, DİA, XVIII, 28.

²⁰⁷ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 147; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 142; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 167–168.

²⁰⁸ Köse, “*Hile*”, DİA, XVIII, 28.

Aldatma fiili: Hilenin söz konusu olması için aldatma fiilinin bulunması şarttır. Bunun da çoğu kimseyi aldatıcı nitelikte olması gerekir. Aldatma fiili, olumlu bir davranış bir yapma fiili olabileceği gibi, olumsuz bir davranış bir yapmama fiili, bir kaçınma, bir susma (sükût) da olabilir. Eğer hile kolayca anlaşılabilir nitelikte olursa hile gerçekleşmez. Mesela okuma yazma biliyor zannedilsin diye kölenin parmaklarına ve elbisesine mürekkep sürmek akdi etkileyen bir hile değildir. Zira müşteri denemek suretiyle onun gerçekten okuma-yazma bilip bilmediğini öğrenme imkânına sahiptir. Sahip olduğu bu imkânı kullanmaması kusurdur.²⁰⁹

Aldatma kastı: Aldatan taraf, akid yapmaya sevk etmek için karşı tarafa bilerek ve kasten gerçek dışı beyanda bulunmuş olmalıdır. Aldatan taraf, karşı tarafta uyandırdığı, kuvvetlendirdiği veya muhafaza ettiği hatayı bilmeli ve istemeli veya hiç olmazsa bilmek zorunda olmalıdır. Aldatma kastının olmaması halinde, kurucu unsurlarından biri mevcut bulunmadığından hile gerçekleşmez. Hanbelî ve Şâfiî mezheplerindeki bir görüşe göre, satıcının haberdar olmadığı bir aldatmada da bir tarafın zararı söz konusu olması sebebiyle hile sonucu gerçekleşmektedir.²¹⁰

Aldatılanın hileden habersiz olması: Aldatılanın akid sırasında hileden habersiz olması gerekir. Çünkü hileyi bildiği halde akid yapmaya teşebbüs etmesi, o haliyle akde razı olduğunun göstergesidir.²¹¹ Dolayısıyla rızayı bozan durum ortadan kalkmış olur.

İlliyet bağı: Akid, hilenin etkisiyle yapılmış olmalıdır. Aldatılan taraf, yapmış olduğu akdi, söz konusu hile olmasaydı ya hiç yapmayacak ya da daha iyi şartlarla yapacak idiyse, illiyet bağı gerçekleşmiş olur.²¹²

²⁰⁹ Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, IV, 75; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kînâ* ʿ, III, 214; Bahrülulûm, *ʿUyûbü'l-irâde*, 558–559; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 168–169; Eren, *Borçlar Hukuku*, 359; Arı, “Hile”, 250.

²¹⁰ Nevevî, *Ravda*, III, 127; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kînâ* ʿ, III, 214; Bahrülulûm, *ʿUyûbü'l-irâde*, 559; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 168; Eren, *Borçlar Hukuku*, 360; Hasan Subhî, “*er-Ridâ ve ʿuyûbuh*”, 229; Arı, “Hile”, 249.

²¹¹ Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 168; Hasan Subhî, “*er-Ridâ ve ʿuyûbuh*”, 229; Arı, “Hile”, 249.

²¹² Eren, *Borçlar Hukuku*, 361.

Türk Borçlar Kanununun 36. Maddesindeki hilenin gerçekleşebilmesi için de şu şartların bulunması gerekmektedir: Aldatıcı davranış, illiyet bağı, geçerli bir akdin varlığı ve aldatma (hile) kastı. Bu şartlar yok ise bu maddeye dayalı olarak akdin iptali söz konusu olmaz.²¹³

3. Hilenin Çeşitleri

Hilede, akdin taraflarından birinin veya onunla anlaşmış bulunan üçüncü bir şahsın diğer tarafı aldatmak için çeşitli vasıtaları kullanması bakımından hile üç kısma ayrılmaktadır:

a. Fiilî Hile

Fiilî hile, “akdin taraflarından birinin diğer tarafı akid yapmaya razı edebilmek için bir fiil vasıtasıyla akdin konusu hakkında hile yapması durumu” olarak tanımlanmaktadır.²¹⁴ Bu tür hile iki şekilde gerçekleşir:

1) Akdin konusundaki bir ayıbı örtüp onu ayıpsız gibi göstermek. Mesela, eski bir elbiseyi boyayıp yeni gibi arzetmek, kullanılmış bir arabayı hiç kullanılmamış gibi göstermek için kilometre sayacını sıfırlamak bu çeşide örnek olarak gösterilebilir. Bu hilelerden zarar gören taraf, şayet malın gizlenmiş olan ayıplarından haberdar olsaydı ya akid yapmayacak veya o malı ödediği fiyatla kabul etmeyecekti.²¹⁵

2) Akdin konusunu olduğundan üstün nitelikte gösterip fiyat artışına sebep olmak. Mesela, kalitesi düşük bir mala, aynı cins fakat kaliteli bir malın damgasını vurmak, kalori değeri yüksek olan kömüre düşük kalitelisini karıştırmak, sütsüz ineğin memelerini bağlayarak süt biriktirmek ve alıcıya çok süt varmış gibi

²¹³ Eren, *Borçlar Hukuku*, 359–361; Yıldırım, *Hile*, 95–96.

²¹⁴ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, I, 606–607; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 142–143; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 169.

²¹⁵ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 383; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 143; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 170.

göstermek, satacağı malı iyisi üste kötüsü alta gelecek şekilde istiflemek bu kısmın örneklerindendir.²¹⁶

b. Sözlü Hile

Sözlü hile, “akdin taraflarından birinin diğer tarafı akde razı edebilmek için yalan beyan veya hileli arttırma (neceş) vasıtasıyla hile yapması durumu” olarak tanımlanmaktadır.²¹⁷ İslâm hukukçularının en çok üzerinde durdukları sözlü hile çeşitleri neceş ve yalan beyandır.

ba. Neceş (Hileli Arttırma veya Eksiltme)

Neceş sözlükte “duyurmak, herkese yaymak; tahrik etmek, harekete geçirmek” anlamlarına gelmektedir.²¹⁸ Buna üçüncü şahsın hilesi de denmektedir.²¹⁹ Terim olarak, “satıcının anlaştığı kişinin, mala karşı büyük rağbet bulunduğu kanaatini uyandırmak için, satın almak istiyormuş gibi görünerek satıcının malına değerinden fazla fiyat teklifinde bulunmak suretiyle fiyatı yükseltmesidir.”²²⁰ Neceşin bir başka şekli Mâlikî fakihlerinin benimsediği, malın ucuz bir fiyatla satın alınabilmesi için arttırmadan çekilmek veya belirli bir fiyatın üzerine çıkmamak üzere müşterinin arttırmaya katılan diğer alıcılarla anlaşmaları şeklinde gerçekleşmesidir. Bu şekildeki neceşin hile sonucunu gerçekleştirmesi için müşterinin, alıcıların hepsi veya çoğu ile anlaşmış olması gerekir.²²¹

Neceş, müşterinin iradesini bozan sözlü bir hiledir. Satışa sunulan mala gerçek değerinden fazla fiyat verildiğini gören müşteri, o malın piyasada verilen fiyatla satılmakta olduğunu sanarak irade beyanında bulunup akid yapacaktır. Hâlbuki o malın gerçek değeri, satıcıyla anlaşan kimsenin (nâciş) verdiği fiyat değildir. Bu

²¹⁶ Buhârî, “*Büyü*’”, 64; Müslim, “*Büyü*’”, 7, 11; Ebû Dâvûd, “*el-Büyü’ ve l-icârât*”, 48; Tirmizî, “*Büyü*’”, 29; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 143; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 171.

²¹⁷ Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, I, 606; Yaşaroğlu, *Gabin*, 39–40.

²¹⁸ İbn Manzûr, *Lisânü’l-‘Arab*, “n-c-ş” maddesi, VI, 351; Zebîdî, *Tâcü’l-‘arûs*, “n-c-ş” maddesi, IV, 354.

²¹⁹ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 147; Yaşaroğlu, *Gabin*, 42.

²²⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 148; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, 31; Haccâvî, *el-İknâ*’, II, 91; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 377.

²²¹ Senhûrî, *Mesâdirü’l-hak*, II, 73; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 379; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 174; Arı, “*Hile*”, 253.

durumda müşterinin rızası, doğru olmayan bilgilere dayalı olarak meydana geldiği için bozuktur.²²²

bb. Yalan Beyan

Taraflardan birinin diğer tarafa, onu akid yapmaya sevkedecek nitelikte yalan beyanda bulunması sözlü bir hiledir. İslâm hukukçuları bu çeşit hileyi, güven esasına dayanan satışlarda (bey‘u’l-emânât)²²³ “satışa sunulan malın maliyeti veya piyasa fiyatları hakkında yalan beyanda bulunma” başlığıyla ele almışlardır:

Maliyet fiyatı hakkında yalan beyan: Güven esasına dayanan satışlarda malın maliyet fiyatı önemlidir. Çünkü müşteri sadece satıcının beyan ettiği maliyet fiyatını esas alarak akid yapar. Bu bakımdan satıcı, murâbaha,²²⁴ tevliye,²²⁵ işrâk²²⁶ ve vadî‘a²²⁷ türlerinde yapacağı bir satım akidinde, satıcının beyanına duyulan güvenin gereğini yerine getirip maliyet fiyatları hakkında karşı tarafa doğru bilgi vermelidir. Zira bu çeşit satışlarda daha çok ticari tecrübesi ve kabiliyeti yetersiz olan kimseleri aldatılmaktan koruma hedeflenmektedir. Bu hedefe ulaşmak için İslâm hukuku güven esasına dayanan satışlarda dürüst davranmayı emretmiş ve tek başına yalan söylemeyi hile kabul etmiştir. Satıcının, sadece maliyet fiyatının miktarını değil, onunla ilgili fiyatı etkileyebilecek her türlü bilgiyi detaylı bir şekilde vermesi gerekir.

²²² İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 148–149; Nevevî, *Ravda*, III, 77–78; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 174; Arı, “*Hile*”, 254.

²²³ İslâm hukukunda fiyat tespitinde mâliyet fiyatının esas alınıp alınmamasına göre satım akidleri iki kısma ayrılmaktadır: *Müsâveme*: Fiyat tespiti tarafların pazarlık ederek, maliyet ve kârı zikretmeksizin yaptıkları satım akididir. *Emâne*: Fiyat tespiti akid konusu malın, satıcıya maliyeti esas alınarak yapılan satım akidleridir. Bu tür akidlere güven esasına dayanan satım akidleri denir. Güven esasına dayanan satım akidleri de dört çeşittir: Murâbaha, Tevliye, İşrâk, Vadî‘a. (Bk. Kâsânî, *Bedâi’*, V, 220–226; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, 33–35; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 377; Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, I, 648, 652; Bahrülulûm, *‘Uyûbü’l-irâde*, 590–591; Mecelle, md. 298; Çeker, *Fıkah Dersleri*, 93–94; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, dipnot 578.)

²²⁴ Maliyet üzerine kâr ekleyerek ve bunu müşteriye söyleyerek yapılan satıştır.

²²⁵ Maliyetine satıştır. Piyasa kuralları ölçü alınarak masraflar, alış fiyatına ilave edilir.

²²⁶ Kısmî tevliyedir. Malın bir kısmını maliyetine, diğer bir kısmını ise kâr ekleyerek satmaktır. Bir bakıma tevliye ve murabahanın birleştirilmiş şeklidir. Bu “*eş-Şerike fi’l-bey*” adıyla da anılır.

²²⁷ Maliyet fiyatından belli bir miktar indirimle yapılan satıştır. Buna “*el-Muvâda‘a ve el-muhâtta*” da denilir.

Bütün bunlara rağmen satıcı maliyet fiyatı hakkında yalan veya eksik bilgi verirse müşteri aleyhine sözlü bir hile meydana gelmiş olur.²²⁸

Murâbaha, tevliye ve vadî'a yoluyla yapılan satım akidlerinde satıcının yalan beyanı (hıyaneti) ortaya çıksa müşteri muhayyer olur. Buna "hıyanet muhayyerliği" denmektedir.

Murabahada satıcı, meselâ bin liraya almış olduğu bir malı "Bin iki yüz liraya satın aldım." demiş olsa veya ana mala eklenmesi şart olmayan masrafları eklemiş olduğu anlaşılrsa müşteri buna muttali olunca muhayyer olur. Dolayısıyla müşteri dilerse satım akdini fesheder, dilerse mebiî konuşulan fiyat (semen-i müsemmâ) ile kabul eder. Şâfiî ve Hanbelîlere göre murabahada satıcının yalanı ortaya çıksa müşteri, asıl semenden fazla olan miktar ile onun mukabilindeki kârı iskat edebilir.

Fakat tevliyede satıcının yalan beyanı (hıyaneti) ortaya çıksa müşteri, yalan beyan sebebiyle meydana gelen fiyat artışını düşerek akdi kabul eder. Meselâ satıcı, bir malı bin liraya almış olduğunu söyleyerek yine bin liraya sattıktan sonra, o malı sekiz yüz liraya almış olduğu tahakkuk etse müşteri, o malı sekiz yüz liraya alır. Bin lirayı satıcıya vermiş ise iki yüz lirayı geri almaya hak kazanır. Aksi takdirde tevliyede bulunmamış olur.

Vadî' aya gelince; satıcının bunda hıyaneti ortaya çıkarsa bakılır: Eğer hıyanet ile beraber vadî' a yine vadî' a olarak kalırsa müşteri muhayyer olur. Dilerse mebiî terk eder, dilerse semen-i müsemmanın tamamıyla kabul eder. Fakat vadî' a olmaktan çıkarsa müşteri hıyanet miktarını tenzil ile mebiî zapteder. Meselâ satıcı, kendisine on liraya mal olduğunu söylediği bir şeyi sekiz liraya satıp da o şeyin kendisine dokuz liraya mal olduğu daha sonra anlaşılrsa vadî' a, yine vadî' a olmaya devam eder. Fakat yedi liraya mal olduğu anlaşılrsa vadî' a olmaktan çıkar.²²⁹

Piyasa fiyatı hakkında yalan beyan: Güven esasına dayanan satım akidlerinde, satış konusu malın maliyet fiyatı önemli olduğu gibi fıkıh âlimleri tarafından

²²⁸ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 154–155; Karaman; *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 143–144; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 176–177.

²²⁹ Bilmen, *Kamus*, VI, 83–84.

“telâkki’s-sile’”, “telakki’l-celeb”, “telakki’r-rukban”²³⁰ başlıkları altında incelenen, Hanbelî ve Mâlikî mezheplerinde “bey’u’l-müstersil”²³¹ adıyla ele alınan iki tip sözleşmede de piyasa fiyatı özel bir önem taşır.²³²

Bu iki tip akidde alıcı ucuz bir fiyatla mala sahip olma, satıcı ise malını gerçek değerinden daha yüksek bedelle satmak için piyasa fiyatları hakkında yalan beyanda bulunmaktadırlar. Kendisine karşı böyle yalan beyanda bulunulan kimsenin beyan ettiği irade bozuk olarak meydana gelmektedir.²³³

c. Gizleme ve Susma Vasıtası ile Hile

Satıcının konuşması gereken yerde, muhatabını aldatmak için susması ve neticesinde ayıplı bir malı satması durumunda gizleme ve susma vasıtası ile hile gerçekleşmiş olur. Satıcının susması ile alıcı üzerinde, malın ayıpsız olduğu şeklindeki yanlış kanaat devam etmiş olmaktadır.²³⁴

İslâm hukukuna göre, akid konusunu teşkil eden malın bütün ayıplarının açıklanması gerekir. Bu açıklamada bulunmayarak maldaki ayıpları gizlemek haramdır. Konu ile ilgili birçok hadis mevcuttur.²³⁵

4. Hilenin Hükümleri

Hanefî mezhebine göre sözlü hile (et-tağfiru’l-kavlî) akdin feshine sebep teşkil etmemektedir. Sözlü hilenin fesih muhayyerliğini temin edebilmesi için fâhiş oransızlığın meydana gelmesi gerekmektedir.²³⁶

Bunun dışında doktrinde hilenin doğurduğu sonuçlar konusunda şunlara değinilmiştir:

²³⁰ Bu üç terim de satılmak üzere pazara getirilmekte olan malı pazar dışında karşılayıp satın alma anlamındadır. (Bk. Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, 31; Hammâd, *İktisadî Fıkıh Terimleri*, 347-348)

²³¹ Piyasa fiyatlarını bilmeyen bir şahsın yaptığı alım-satım akdidir. Konu hakkında geniş bilgi için bk. Tez Metni, s. 70-72.

²³² Hammâd, *İktisadî Fıkıh Terimleri*, 347-348; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 179; Arı, “Hile”, 257.

²³³ Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 179; Arı, “Hile”, 258.

²³⁴ Yaşaroğlu, *Gabin*, 42.

²³⁵ Meselâ bk. Müslim, “*İmân*”, 164; Ebû Dâvûd, “*Büyü’*”, 50; Tirmizî, “*Büyü’*”, 72.

²³⁶ Ali Haydar, *Dürerü’l-hükâm*, I, 586; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 145.

a. Fesih Muhayyerliği

İslâm hukukçuları ayıbı örtme şeklindeki fiili hile dolayısıyla zarar gören tarafın akdi feshetme muhayyerliğine sahip olacağı konusunda görüş birliği içindedirler. Bu konuda ayıp muhayyerliği ilkesini esas almışlardır. Çünkü akid tamamlandıktan sonra bir ayıbın varlığına şahit olunması, hile söz konusu olmaksızın akdi feshetme muhayyerliği vermektedir. Ayıp, hile olmaksızın bu hakkı verdiğine göre, fiili hileye başvurarak maldaki ayıbı gizlemek öncelikle bu hakkı vermelidir.²³⁷

Malı olduğundan üstün nitelikte gösterip fiyat artışına sebep olan fiilî hile konusunda ise İslâm hukukçuları iki seçenek sunmuşlardır: Hileden zarar gören tarafa, üzerinde anlaştıkları fiyatı ödeyerek malı kabul etme veya akdi bozup malı geri verme seçeneklerinde muhayyerlik hakkı tanımışlardır.²³⁸

Şâfiî mezhebine göre tedlisin bir türü olan tasriyenin anlaşılması ile müşteri, aldandığını anladığı anda muhayyerlik hakkını kullanabilir. Diğer bir görüşe göre bu muhayyerlik üç gün devam eder. Çünkü müşteri, hayvanın sütlü olup olmadığını ancak bu müddet içinde anlayabilir.²³⁹ Hanbelî mezhebine göre de tedlis sebebiyle müşteri muhayyerdır. Muhayyerlik süresi üç gündür. Fakat müşteri tedlise evvelce vâkif ise artık muhayyerlik hakkı söz konusu olmaz.²⁴⁰ Mâlikî fakihlerine, Hanbelîlerde meşhur görüş ve Şâfiîlerde zayıf görüşe göre neceş, gabn-i fâhiş bulunmak şartıyla, zarar gören tarafa akdi feshetme muhayyerliği verir.²⁴¹

b. Fiyat Farkını Talep Hakkı

Ebû Hanife ve İmam Muhammed'e göre malı olduğundan üstün nitelikte gösterip fiyat artışına neden olan fiilî hile ile yapılan akid bağlayıcıdır. Ancak hileden zarar gören taraf, akde konu olan malı yanında tutup hile sebebiyle meydana

²³⁷ Mevâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 437; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 383; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 170; Köse, "Hile", DİA, XVIII, 28.

²³⁸ Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 207; Buhûtî, *Keşşâfû'l-kınâ'*, III, 214; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, I, 612; Hasan Subhî, "er-Ridâ ve 'uyûbuh", 302-303; Köse, "Hile", DİA, XVIII, 28.

²³⁹ Bilmen, *Kâmus*, VI, 81; Köse, "Hile", DİA, XVIII, 28.

²⁴⁰ Buhûtî, Bilmen, *Kâmus*, VI, 81; Köse, "Hile", DİA, XVIII, 28.

²⁴¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 149.

gelen fiyat farkını karşı taraftan talep etme hakkına sahip olur.²⁴² Şâfîiler, bazı durumlarda Hanbelîler, murâbaha ve tevliyede Ebû Yusuf, tevliyede Ebû Hanîfe, aldatmadan doğan fazlalık miktarının fiyattan düşüleceği görüşündedirler.²⁴³

c. Butlan

Ahmed b. Hanbel'in görüşüne göre neceş, akdi bâtil kılar. Fakat İbn Kudâme bu görüşe katılmamaktadır. Çünkü ona göre; neceş yapmama konusundaki yasaklama neceş yapan kimseye yönelik olup akdi yapana yönelik değildir. Dolayısıyla akde etkisi yoktur.²⁴⁴

C. İkraha

Sözlükte “istememek, rızâ göstermemek” anlamlarına gelmektedir.²⁴⁵ İkraha için çok farklı tarifler yapılmasına rağmen daha kapsamlı ve doyurucu olması nedeniyle aşağıdaki tanımla iktifa edilecektir: “Bir kimseyi tehdit etmek (korkutmak) suretiyle şer‘an yapmaktan sakındığı ve mükellef olmadığı bir işi yapmaya zorlamak olup zorlayan tehdidi yapabilmeli, zorlanan da bu tehditten korkmalıdır.”²⁴⁶

1. İkraha Çeşitleri

Hanefilere göre ikraha, kuvveti ve etki derecesi bakımından iki çeşittir:

İkrâh-ı gayr-ı mülcî: Nâkıs ikrâh olarak da isimlendirilmektedir. Öldürme veya bir organı yok etme tehdidini içermeyen ikrahtır. Kısa süreli hapis, ölüm veya organ kaybı taşımayan, dövmeyle tehditte bulunarak yapılan ikrahtır. Bu çeşit ikraha rızayı ortadan kaldırır, fakat ihtiyârı bozmaz.²⁴⁷

İkrâh-ı mülcî: Buna kâmil ikrâh da denir. Öldürme, bir organı yok etme veya toplumda mevki sahibi kişi için alçaltıcı bir muameleye maruz bırakma tehdidini

²⁴² İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 133; Köse, “Hile”, DİA, XVIII, 28.

²⁴³ Köse, “Hile”, DİA, XVIII, 28.

²⁴⁴ İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV, 148–149.

²⁴⁵ İsfahânî, *el-Müfredât*, 429; Tehânevî, *Keşşâf*, II, 1281

²⁴⁶ Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, IV, 631–632; Zeydân, *el-Medhal*, 300; Kumaş, *Fıkıhta İstîtaat Kavramı*, 56.

²⁴⁷ Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, IV, 632; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, 78 (md. 286); Zeydân, *el-Vecîz*, 137; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, IV, s.150–151.

ihtiva eden ikrahtır. Hanefilere göre bu çeşit ikrah, ihtiyârı bozar ve rızayı yok eder²⁴⁸. Cumhura göre ise hem ihtiyârı, hem de rızayı yok eder. Çünkü bunlar birbirlerinden ayrılmazlar. Biri yok oldu mu diğeri de yok olur.²⁴⁹

2. İradeyi Bozan Sebepler İçinde İkrahin Yeri

Mükrehte (zorlananda) korku uyandırmak ve dolayısıyla iradeyi bozmak için başvurulan vasıtalar genelde açık ve maddî şeyler olduğu için ikrah, iradeyi bozan sebepler içinde objektifliğe en yakın olanıdır. Objektif niteliği sebebiyle, hukukî işlemlere duyulan güveni koruma ilkesiyle gerçek iradeye saygı ilkesi birbiriyle çelişmez. İkrahi özellikle de akid yapan tarafların birisinden kaynaklanıyorsa, söz konusu ilkelerin her ikisini birlikte gözetmek daha fazla mümkündür.²⁵⁰

İkrahi, mükrehin iradesini onda meydana getirdiği korku vasıtasıyla etkiler. İrade hür olarak değil de bu korku etkisiyle oluştuğu için ayıplıdır.²⁵¹ Mükrehin iradesini etkileyebilecek korkunun meydana gelmesi için şu şartların bulunması gerekmektedir:

- a) Mükrihi (zorlayan) yaptığı tehdidi yerine getirecek güçte olmalıdır.²⁵²
- b) Mükrehin, mükrihin tehdidini yerine getireceğine inanması gerekir.²⁵³
- c) Kendisi ile korku verilen unsur, mükrehin tahammül edemeyeceği veya en azından zor tahammül edeceği bir tehdit olmalıdır.²⁵⁴

Şâfiîler başta olmak üzere bazı fıkıh âlimleri ikrahin gerçekleşmesi için kendisi ile korku verilen unsurun derhal vuku bulacak bir tehdit olmasını şart koşarlar.²⁵⁵

²⁴⁸ Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, IV, 632; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, 78 (md. 286); Zeydân, *el-Vecîz*, 136; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 150–151.

²⁴⁹ Zeydân, *el-Medhal*, 301; Kumaş, *Fıkıhta İstîtâat Kavramı*, 56–57.

²⁵⁰ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 183; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 146.

²⁵¹ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 183; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 146.

²⁵² Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, IV, 382; Mecelle, md. 1003; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, 78 (md. 288); Bahrülulûm, *'Uyûbü'l-irâde*, 264; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 147.

²⁵³ Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 148. İzmirli İsmail Hakkı'ya göre gerçekleşme ihtimali % 90 olan ihtimal zann-ı galiptir.

²⁵⁴ Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, 78 (md. 288); Hafîf, *Ahkâmü'l-mu'âmelât*, 317 numaralı dipnot; Bahrülulûm, *'Uyûbü'l-irâde*, 271.

Görüldüğü gibi, korkunun meydana gelmesinde olduğu gibi, rızayı yok edecek derecede üzüntü veren tehdit için de, herkese uygulanabilecek objektif bir ölçü koymak imkânsızdır.

3. İkrahin Hükümleri

Fıkıh âlimleri, tehditle yaptırılmak istenen işlemin niteliğini de dikkate alarak, ikrah baskısı altında yapılan hukukî işlemlere, butlandan bağlayıcılığa doğru sıralanan farklı hukukî sonuçlar bağlamışlardır.

a. Butlan

Şâfiîler,²⁵⁶ Hanbelîlerin cumhuru²⁵⁷ ve Mâlikîlerden İbn Arabî (ö. 543/1148) ve İbn Cüzeyy (ö. 741/1340)²⁵⁸ feshi kabul etsin veya etmesin mükrehin bütün hukukî işlemlerini bâtil kabul ederler. Mâlikîlerin çoğunluğuyse mükrehin yalnız feshi kabul etmeyen hukukî işlemlerini bâtil kabul ederler.²⁵⁹ Hanefîler ise, ikrah ister mülci' ister gayr-i mülci' olsun, mükrehin ikrar nevinden olan sözlü tasarruflarını bâtil kabul ederler.²⁶⁰

b. Fesad

Hanefîlere göre bey', icâre gibi feshi kabul eden ve rızaya bağlı olan sözlü tasarruflar mükreh adına fasiddir.²⁶¹ Çünkü onlara göre, ikrah ile oluşan tasarruflar mükrihe nispet edilebiliyorsa, yani mükreh tasarruflarda mükrih için bir alet olabiliyorsa tasarrufun sonuçları mükrihe izafe edilir.²⁶² Fakat mükrehin icazeti

²⁵⁵ Nevevî, *Ravda*, IV, 57; Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 39;

²⁵⁶ Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 186; Nevevî, *Ravda*, IV, 53; Zeydân, *el-Vecîz*, 137–138; Kumaş, *Fıkıhta İstitâat Kavramı*, 57.

²⁵⁷ Buhârî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, III, 215; *Keşşâfü'l-kınâ'*, III, 150; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, I, 257; İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakki'in*, III, 62-65; İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-me'âd*, V, 205, 215; İbn Teymiyye, *el-Mecmû'*, XXIX, 196; Zeydân, *el-Vecîz*, 137–138; Kumaş, *Fıkıhta İstitâat Kavramı*, 57.

²⁵⁸ İbn Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'an*, I, 411; İbn Cüzeyy, *Kavânîn*, 212.

²⁵⁹ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 67.

²⁶⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 83; Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, IV, 637–640, 642, 645; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 155–156; Atar, *Fıkıh Usûlü*, 154.

²⁶¹ Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, IV, 637–640, 642, 645; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, 80 (md. 297); Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 155–156; Atar, *Fıkıh Usûlü*, 154.

²⁶² Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, IV, 637–640; Zeydân, *el-Vecîz*, 137; Kumaş, *Fıkıhta İstitâat Kavramı*, 57.

(muvafakati) ile bu işlemler sahihe dönüşebilir. Şu kadar var ki, ikrahtan kaynaklanan fesadla genel manada fesadın birbirine benzemeyen yönleri bulunmaktadır.²⁶³

c. Sıhhat

Hanefîlere göre feshi kabul etmeyen hukukî işlemler ikrah baskısı altında sahih ve geçerli olur. Çünkü onlara göre, ikrah ile oluşan tasarrufların mükrihe nispet edilememesi, yani tasarruflarda mükrehin mükrih için bir alet olamaması durumunda, tasarrufların sonuçları mükrehe izafe edilir.²⁶⁴ Buna göre sözlü bir tasarrufun zorlayana nispet edilmesi uygun değildir. Bu sebeple sözlü tasarruflardan mükreh sorumlu tutulur. Çünkü bir şahıs bir sözü başkasının lisanı ile söylemiş olamaz. Talâk, nikâh, i'tak, ric'at, yemin, nezir, zihâr, ilâ, kısastan af gibi feshi kabil olmayan kavli, tasarruflar ikrah halinde sahih olup hüküm ifade ederler.

Mâlikî fakihlerinin çoğu ile bazı Hanbelîler ve Hanefîlerden İmam Züfer'e (ö. 158/775) göre feshi kabul eden tasarruflar da ikrah baskısı altında mün'akid, sahih, fakat mevkûf (askıda) olur. Mükrehin bu tür işlemleri ile fuzûlînin işlemleri arasında, hukukî vasfî açısından fark yoktur. Mükreh, ikrah baskısı kalktıktan sonra muvafakat ederse askıda olan işlem nâfiz, muvafakat etmezse bâtil olur.²⁶⁵ Türk hukukundaki ikrah ile yapılan akidlere getirilen çözüm ile de paralel olan bu sonuç, çağımız İslâm hukukçularının da kabul ettikleri çözümdür.²⁶⁶

Hanefîlerin dışında kalan cumhura göre, hakkı olan bir sonucu elde etmeye yönelik mükrihin ikrahi, tasarruflar üzerinde olumsuz bir etki doğurmaz. Hakkı olmayan bir sonucu elde etmeye yönelik ikrahi, başkasını öldürme örneğinde olduğu gibi yerine getirilmesi mubah olmayan bir fiili doğurmaya yönelik olursa, hüküm faile izafe edilir; başkasının malını itlaf etme örneğinde olduğu gibi ikrah sırasında

²⁶³ Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, 80 (md. 297); Geniş bilgi için bk. Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 163–165.

²⁶⁴ Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, IV, 637–640; Zeydân, *el-Vecîz*, 137; Kumaş, *Fıkhta İstitâat Kavramı*, 57.

²⁶⁵ Kâsânî, *Bedâi'u'sanâi*, VII, 186; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, V, 111; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, IV, 173; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 161.

²⁶⁶ Savaş, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, 26.

yerine getirilmesi mubah olan bir fiili doğurmaya yönelik olursa ve fiili de zorlayana nispet etmek mümkünse, hüküm failden düşer ve zorlayana izafe edilir.²⁶⁷

D. Gabnin İradeyi Bozan Sebepler Arasındaki Yeri

Gabnin, iradeyi bozan sebepler arasında sayılıp sayılmayacağı konusu, gerek Batı hukukçuları, gerekse çağdaş İslâm hukukçuları arasında tartışılmıştır. Çağdaş İslâm hukukçularının hâkim kanaatine göre gabin, iradeyi bozan sebeplerden birisidir. Konu ikinci bölümde ilgili başlık altında genişçe ele alınmıştır.²⁶⁸

²⁶⁷ Zeydân, *el-Vecîz*, 137–138; Kumaş, *Fıkıhta İstitâat Kavramı*, 57.

²⁶⁸ Geniş bilgi için bk. Tez Metni, s. 222-224.

İKİNCİ BÖLÜM

GABNİN TANIMI VE MAHİYETİ, HUKUK SİTEMLERİNDEKİ YERİ, UNSURLARI, ÇEŞİTLERİ, UYGULAMA ALANLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I. GABNİN TANIMI VE MAHİYETİ

A. Tanımı

1. Sözlük Anlamı

Gabin, Arapça ğ-b-n (غَبْن) kökünden türeyen bir mastar (الغَبْن) olup sözlükte “bir şeyi unutmak, ihmal etmek, gizlemek, bilmemek, yanlış yapmak, satım akdinde aldanmak; bir şeyin miktarını eksiltmek ve azaltmak veya ziyade etmek; görüşte ve düşüncede zayıf olmak; uğradığı kişiyi görememek; elbiseyi katlamak” anlamlarına gelmektedir.¹ Fakat gabn (غَبْن) kelimesinin orta harfi olan “ğayn” (غ) harfinin fetha ile harekeli olması durumunda (الغَيْن) ise, bu kelime çoğunlukla “görüşte aldanmayı” ifade eder.² Satım akdinde gabinden istifade eden tarafa çoğunlukla ğâbin (غَائِبِن), aldanmış kişiye mağbûn (مَغْبُون), görüşte aldanmış kişiye de ğabîn (غَبِين) denir. İnsanların birbirini aldatmasını anlatmak için teğâbün (تَغَابِن) kelimesi kullanılır.³

Hasan Basrî (ö. 110/728), bir kişinin başka bir kişiyle gabinli muamelede bulunduğunu görünce, aldanan kişiye (mağbûn) “Bu kişi senin aklını kısıtlıyor.” ikazında bulunuyor. Hasan Basrî'nin bu açıklamasından hareketle gabin kelimesinin

¹ Râzî, *Muhtâr*, “ğ-b-n” maddesi, 488; İbn Manzûr, *Lisânü'l-‘Arab*, “ğ-b-n” maddesi, XIII, 309; Fîrûzâbâdî, *el-Kâmûs*, “ğ-b-n” maddesi, 1573; Tehânevî, *Keşşâfu ıstılâhâti'l-fünûn*, “ğ-b-n” maddesi, III, 400; Zebîdî, *Tâcü'l-‘arûs*, “ğ-b-n” maddesi, IX, 293; Feyyûmî, *el-Misbâh*, “ğ-b-n” maddesi, II, 442; Nevevî, *Tahrîr*, 186; Mecelle, md. 165; Bardakoğlu, “*Gabn*”, DİA, XIII, 268.

² Râzî, *Muhtâr*, “ğ-b-n” maddesi, 488; İbn Manzûr, *Lisânü'l-‘Arab*, “ğ-b-n” maddesi, XIII, 309; Fîrûzâbâdî, *Kâmûs*, “ğ-b-n” maddesi, 1573; Zebîdî, *Tâcü'l-‘arûs*, “ğ-b-n” maddesi, IX, 293; Feyyûmî, *el-Misbâh*, “ğ-b-n” maddesi, II, 442; Nevevî, *Tahrîr*, 186; Konevî, *Enîsü'l-fukahâ*, 206.

³ Râzî, *Muhtâr*, “ğ-b-n” maddesi, 488; İbn Manzûr, *Lisânü'l-‘Arab*, “ğ-b-n” maddesi, XIII, 309; Fîrûzâbâdî, *Kâmûs*, “ğ-b-n” maddesi, 1573; Zebîdî, *Tâcü'l-‘arûs*, “ğ-b-n” maddesi, IX, 293; Feyyûmî, *el-Misbâh*, “ğ-b-n” maddesi, II, 442; Konevî, *Enîsü'l-fukahâ*, 206.

sözlük anlamının, objektif mananın yanında sübjektif manayı da içermiş olduğu sonucuna ulaşanlar olmuştur.⁴

Gabin terimi, Türk hukukunda da kullanılmakta olup kelimenin kökeni İslâm hukukuna dayanmaktadır. Hatta 1926 tarihli Türk Borçlar Kanununun 21'inci maddesinde tanzim edilen gabin hükmü “aldatma” unsurunu aramadığı halde, Mecelle'nin tesiri altında kalınarak bu unsur hukukçular tarafından aranmıştır. Pozitif hukuk çalışmalarında gabinin sözlük anlamı “sömürme, aşırı yararlanma, aldatma” olarak açıklanmaktadır.⁵

2. Terim Anlamı

Sünnette ve ilk dönem fıkıh kaynaklarında gabinin terim anlamına rastlanmamaktadır. Fakat ilk dönem fıkıh kaynaklarından beri gabin iki taraflı akidlerde, akid anındaki karşılıklar arasında, özelde ise satım akidinde satılan şeyle fiyatı arasındaki değer yönünden farklılık ve denksizliği ifade etmek için kullanılmaktadır. Aldatan açısından gabin, bir malı kıymetinden daha fazlasına karşı tarafa temlik etmektir. Aldanan açısından ise bir mala kıymetinden daha fazla ödeyerek sahip olmaktır.⁶

Klasik fıkıh kaynaklarında gabin için bir tanımın yapılmaması, kanaatimize göre gabin kelimesinden ne kastedildiğinin anlaşılmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla gabin için ayrıca bir tanım yapılması cihetine gidilmemiştir.

Fakat çağdaş dönemde gabinin kapsamına sübjektif unsurlar da dâhil edildiği için, gabin için müstakil tanımlar yapılmaya başlanmıştır. Ayrıca sadece objektif unsurları kapsayan gabinle sübjektif unsurları da kapsayan gabin için farklı terimler kullanılmıştır. Mesela bedeller arasındaki oransızlık için gabin, sübjektif unsurları da içeren oransızlık için tağrîrli gabin (gabin me'a't-tağrîr) ve istiğlâl gibi kavramlar kullanılmıştır.

⁴ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 730.

⁵ Özkaya, *Gabin*, 15; Kalkan, *Gabin*, 1; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 23; Elbir, “*Gabin*”, 5.

⁶ Karâfî, *ez-Zahîre*, V, 112; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 734; Hafif, “*Gabin*”, 3.

Çağdaş fıkıh kaynaklarında gabin terimi için birbirine benzer tanımlar yapılmıştır. Mesela Ebû Zehre'ye (ö. 1394/1974) göre gabin “bedellerden birinin piyasada kendisi ile denk olanlardan eksik veya fazla olması”⁷, Karadâğî'ye göre “taflardan birisinin aldığı ile diğerinin verdiği bedeller arasında piyasa fiyatına göre büyük bir oransızlığın bulunması ve taflardan birisinin aşırı bir zarara maruz bırakılması”⁸, Sa‘de'ye göre “akid yapanın verdiği ile aldığı arasındaki oransızlık”⁹, Hafif'e göre ise “ivazlı akidlerde bedeller arasında, alışılmışın dışında insanların mübadelelerinde oransızlık ve dengesizliğin bulunması”¹⁰ olarak tanımlanmıştır.

Türk hukukunda gabin için “Karşılıklı edaları ihtiva eden akidlerde, bir tarafın edası ile diğer tarafın ivazı arasında fâhiş (açık) kıymet farkının bulunmasıdır.”¹¹ ve “İki yana borç yükleyen akidlerde, taflardan birinin öteki tarafın müzayakasından (darda kalmasından), hiffetinden (düşüncesizliğinden) veya tecrübesizliğinden (toyluğundan) yararlanarak ivazlar (bedeller) arasında açık bir nisbetsizlik yaratıp onu sömürmektir.”¹² şeklinde tanımlar yapılmaktadır. Bu, 1926 tarihli Türk Borçlar Kanununda aynı,¹³ 2011 tarihli Borçlar Kanununda ise sadeleştirilmiş şekilde yer almaktadır. Yeni Borçlar Kanununda gabin yerine “aşırı yararlanma” kavramı kullanılmıştır.¹⁴ Lübnan Borçlar Kanununda da gabinin tanımı “ivazlı akidlerde taflardan birinin maslahatı için olan edim ile diğer tarafın edimi arasındaki oransızlık ve dengesizlik”¹⁵ şeklinde yapılmaktadır.

Gabin hakkında yapılan yukarıdaki tanımlardan da anlaşılacağı gibi İslâm hukuku kaynaklarında “gabin” kelimesinden maksat bedeller arasındaki oransızlık, “gabn-i fâhiş”ten maksat ise bedeller arasındaki fâhiş oransızlıktır. Pozitif hukukta

⁷ Ebû Zehre, *Nazariyyetü'l-‘akd*, 418.

⁸ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, 706.

⁹ Sa‘de, *Nazariyyetü'l-‘akd*, 286.

¹⁰ Hafif, “*Gabin*”, 3.

¹¹ Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, 119; Uygur, *Borçlar Hukuku*, I, 183.

¹² Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, I, 180; Olgaç, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, I, 273.

¹³ 1926 tarihli TBK, md. 21.

¹⁴ 2011 tarihli TBK, md. 28.

¹⁵ LBK md. 213; Sa‘de, *Nazariyyetü'l-‘akd*, 286.

kullanılan gabin kavramı, İslâm hukukunda tağrîrli gabin (gabin me‘a’t-tağrîr) ve istiğlâl gibi kavramlarla karşılanmaktadır.

Kavramların anlaşılabilmesi için çalışmamızda “gabn-i fâhiş” kavramı yerine genellikle “fâhiş oransızlık” kavramı, objektif ve sübjektif unsurların birleştiği kavram için gabin,¹⁶ fâhiş oransızlığa ulaşmayan kavram için basit oransızlık (gabn-i yesîr) terimleri kullanılmıştır.

B. İlgili Kavramlar

Gabin konusu, akdin kuruluşu açısından rıza ve irade beyanı kavramlarıyla, kaynağı itibariyle hata, galat ve aldatma ile (hile, tağrîr), sonuçları itibariyle de muhayyerlik ve fesihle yakın ilgisi bulunduğundan, klasik fıkıh kaynaklarında ayrı bir başlık altında değil bu konularla iç içe olarak işlenmiştir.¹⁷ Gabinle ilgili olan hata, galat ve hile kavramları ilk bölümde mevzu bahis edilmiştir. Yine gabinle ilgili olup gabnin teşekkülünde pay sahibi olan tağrîr, tedlîs, hılâbe (hıyâbe), gışş, hud‘a, telbîs, telâkkir‘r-rûkbân ve neceş kavramları ise “gabnin sübjektif şartları” başlığı altında ele alınmıştır. Bu başlık altında ise Türk hukukundaki gabin yerine kullanılan kavramlar konu edilmiştir.

1. Tağrîrli Gabin (Gabin Me‘a’t-tağrîr)

Türk hukukundaki gabinle İslâm hukukundaki gabin arasında fark vardır. Türk hukukunda gabin denilince sübjektif şartların da dâhil olduğu gabin anlaşılmaktadır. Bundan dolayı yeni Borçlar Kanununda gabin “aşırı yararlanma” kavramıyla ifade edilmiştir.¹⁸ Oysa İslâm hukukunda gabin denilince sadece bedeller arasındaki oransızlık anlaşılmakta, sübjektif şartların da dâhil olduğu gabin için özellikle Hanefî

¹⁶ İslâm hukuku kaynaklarında gabin, sadece bedeller arasındaki oransızlık için kullanılmıştır. Fakat bu çalışmanın çağdaş hukukçular tarafından daha iyi anlaşılması, karışıklıklara sebebiyet verilmemesi için çalışmamızda gabin, Türk hukukundaki anlamıyla kullanılmıştır.

¹⁷ Mâverdî, *el-Hâvî*, V, 349-350; Buhârî, *el-Muhît*, VII, 15, 674, 675; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV, 77-79; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468-469; Zekeriyya el-Ensârî, *Fethü'l-vahhâb*, I, 40-41; Hattâb, *Mevâhibü'l-celîl*, IV, 467-473; İbn Nüceym, *el-Bahrur‘r-râik*, XIV, 343-345; Haskefî, *ed-Dürru‘l-muhtâr*, V, 142-145; İbn Âbidîn, *Hâşiye*, 136-146; Bardakoğlu, “*Gabn*”, DİA, XIII, 269.

¹⁸ 2011 tarihli TBK. md. 28.

klasik fıkıh kaynaklarında tağrîli gabin (gabin me‘a’t-tağrîr) kavramı kullanılmaktadır.¹⁹

2. İstiğlâl

İstiğlâl sözlükte “aldatma, düşmanlık ve kin” anlamlarına gelen ğill (غِل) kökünden türeyen bir kelimedir.²⁰ Klasik fıkıh âlimleri bu kavrama çalışmalarında yer vermemişlerdir. Bu kavrama yer veren çağdaş Arap hukukçuları, sömürme anlamına gelen istiğlâl kavramını Batı hukukundaki gabin kavramıyla aynı anlamda kullanmışlardır. Onlara göre gabin, sadece ivazlar arasındaki oransızlığı ifade etmekte olup tarih boyunca gabinden istiğlâl kavramına doğru bir gelişme süreci yaşanmıştır.²¹

Terim anlamı “akdin taraflarından birinin karşı tarafın hiffetinden, ihtiyaç içinde bulunmasından veya tecrübesizliğinden istifade etmesi suretiyle fâhiş oransızlık içeren bir tasarrufta bulunması” demektir.²² Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi istiğlâlin gerçekleşebilmesi için maddi unsur olan fâhiş oransızlığın ve manevi unsur olan hiffet, aşırı ihtiyaç veya tecrübesizlik hallerinden birisinin bulunması gerekmektedir.

İslâm hukukunda ivazlar arasındaki oransızlık anlamında kullanılan gabin (bedeller arasında oransızlık) nazariyesi ile Çağdaş Arap hukukunda kullanılan istiğlâl nazariyesi arasında aşağıdaki farklar ortaya çıkmaktadır:

1) Bedeller arasındaki oransızlık nazariyesinde, akde konu olan nesneye sadece iktisadî prensipler doğrultusunda objektif olarak yaklaşılır. Bir başka ifadeyle ivazların kıymetine bakılır. Bu ivazların kıymeti arasında fâhiş oransızlığın bulunup bulunmadığı tespit edilmeye çalışılır. Başka bir şeye bakılmaz. İstiğlâlde ise akde

¹⁹ Örnek için bk. İbn Âbidîn, *Hâşiye*, IV, 566, V, 143; Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 33 (md. 20), I, 113 (md. 165).

²⁰ Zebîdî, *Tâcü'l-‘arûs*, “ğ-l-l” maddesi, VIII, 48.

²¹ Karadâğî, *Mebdeu'r-rızâ*, II, 710–711; Sa‘de, *Nazariyyetü'l-‘akd*, 286.

²² Karadâğî, *Mebdeu'r-rızâ*, II, 706; Sa‘de, *Nazariyyetü'l-‘akd*, 286.

sübjektif olarak yaklaşılır. Dolayısıyla objektif unsurun yanında sübjektif unsurların mevcudiyetine de bakılır.²³

Bu durumda fâhiş oransızlık bazı fakihlere göre tek başına akdi kusurlu duruma getiren hallerden birisi olmaktadır. İstiğlâl ise iradeyi bozan sebeplerden birisi olup hüküm doğurması için fâhiş oransızlıkla birlikte sübjektif unsurlardan hiffet, aşırı ihtiyaç, hile veya tecrübesizliğin meydana gelmesi gerekir. Bunun için de istiğlâl; hata, hile ve ikrâh ile birlikte iradeyi bozan sebeplerden kabul edilmektedir.²⁴

2) Bedeller arasındaki oransızlık nazariyesinde oransızlığın derecesi bellidir. Bundan dolayı birçok ülkenin hukukları oransızlık için belli bir oran takdir etmişlerdir. İstiğlâlde ise oransızlık için genellikle belli bir derece takdir edilmemekte, esnek bir yol takip edilmektedir. Tecrübesiz, aşırı muhtaç ve hiffet halinde olan kimsenin durumuna göre oransızlığın takdiri yoluna gidilmektedir. Bunun neticesinde, istiğlâle göre fâhiş oransızlık arzedan bir durum, oransızlık nazariyesine göre fâhiş oransızlık arzetmeyebilir.²⁵

3) Bedeller arasındaki oransızlık nazariyesi, sadece ivazlı akidlerde, istiğlâl ise teberrû akidleri de dâhil olmak üzere bütün tasarruflarda gerçekleşebilmektedir.²⁶

4) Bazı hukukçulara göre, tek başına fâhiş oransızlığın akde tesir etmesi, hukuki işlemlerde istikrarın sağlanmasına daha fazla yardımcı olmaktadır.²⁷ Fakat genel kanaate göre sadece fâhiş oransızlığı nazara alan gabin telakkisi hukuki işlemlerde istikrarı daha fazla fesada uğratmaktadır. Burada hâkim, sadece semen ile semen karşılığı satın alınan mal arasında bir nispetsizliğin bulunup bulunmadığını tespit eder. Böyle bir nispetsizliği tespit etmesi durumunda, fâhiş oransızlık tek başına hüküm ifade eder. Dolayısıyla da fâhiş oransızlık nazariyesi esnek değildir. Bundan dolayı kişilerin özel durumuna, sübjektif unsura ve sosyal faktörlere bakıp hüküm verme imkânı yoktur. Hâlbuki daha adaletli bir karar için sosyal olayların

²³ Sa'de, *Nazariyyetü'l- 'akd*, 286.

²⁴ Karadâğî, *Mebdeu'r-rızâ*, II, 711, 716; Sa'de, *Nazariyyetü'l- 'akd*, 286.

²⁵ Karadâğî, *Mebdeu'r-rızâ*, II, 711.

²⁶ Sa'de, *Nazariyyetü'l- 'akd*, 286.

²⁷ Karadâğî, *Mebdeu'r-rızâ*, II, 714.

birçoğunda özel durum ve sübjektif unsurun da dikkate alınması gerekir. Fakat istiğlâl, fâhiş oransızlık nazariyesine göre daha esnek olup aldatılan tarafın içinde bulunduğu özel durumu da nazarı dikkate almaktadır. Bu olumlu yönünün yanında hukuki işlemlerin istikrarsızlığı ve birtakım karışıklıklara sebebiyet verdiği için de eleştirilere hedef olmuştur.²⁸ Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, çağdaş Arap hukukundaki “istiğlâl” kavramı Türk hukukunda “gabin”; Arap hukukundaki “gabin” kavramı ise “bedeller arasındaki oransızlık” kavramları ile ifade edilmektedir.

İstiğlâle sömüren (aldatan) ve sömürülen (aldatılan) açısından bakıldığı zaman iki farklı netice ortaya çıkmaktadır. Sömüren açısından bakıldığı zaman sömürenin iradesinin ahlak dışı olduğu ve sonuçta yapılan akdin bâtil olduğu görülür. Alman hukuku bu yönde hüküm vermiştir. Sömürülen açısından bakıldığı zaman aşırı ihtiyaç, hiffet veya tecrübesizlik sebebiyle sömürülenin iradesinin bozulduğu ve sonuçta yapılan akdin “iptal edilebilir” olduğu görülür. Birçok çağdaş hukuk ekolü bu yönde kanaat bildirmiştir.²⁹

Klasik Fıkıh doktrininde “bey‘ bi’l-istiğlâl” kavramı kullanılmaktadır. Fakat bu kavramın Çağdaş hukuk doktrinindeki istiğlâl ile herhangi bir alakasının olmadığı, bey‘ bi’l-vefâ³⁰ olarak adlandırılan akid türünün özel bir şekli olduğu ve ortaya çıkışının bey‘ bi’l-vefâdan sonra olduğu bilinmektedir. Bu satım akdi şu şekilde yapılmaktadır: Borç alan, borcunu ifa ettiğinde geri almak üzere borç verene malını satmakta ve daha sonra sattığı bu malı ondan kiralamakta ve borç verene kira akdi altında bir meblağ ödemektedir.³¹

²⁸ Karadâğî, *Mebdeu’r-rızâ*, II, 714–715.

²⁹ Karadâğî, *Mebdeu’r-rızâ*, II, 712.

³⁰ Bey‘ bi’l-vefâ, Müslüman halkın faizsiz borç para temin etmekte karşılaştığı güçlükleri faiz sayılmayacak bir usulle ortadan kaldırmak ve sermaye sahiplerinin verdikleri krediye karşılık bir teminat ve bir kazanç elde etmelerini sağlamak gayesiyle V. (XI.) Yüzyıl Hanefî fakihleri tarafından ortaya konmuş bir akid türüdür. Bedeli iade edildiğinde geri alınmak üzere bir malın satılmasını konu edinen satış akdidir. Geniş bilgi için bk. Bayındır, “*Bey‘ bi’l-vefâ*”, DİA, VI, 21–22.

³¹ İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, V, 278–279; Mecelle, md. 3, 119, 396–403; Yaran, *İhtiyaç Kavramı*, 225; Bayındır, “*Bey‘ bi’l-vefâ*”, DİA, VI, 21–22.

3. İstirsâl (Satıcıya Güvenme)

İstirsâl veya bir başka kullanıma göre isti'mân, sözlükte “satıcıya teslim olma, işi ona bırakma ve güvenme” anlamlarına gelmektedir. İstirsâl yapan kimseye de “müstersil” denmektedir.³² Müstersil; “alış veriş yapma kabiliyeti olmayan kimse”dir.³³

İstirsâl, “akdin taraflarından olan müşterinin veya satıcının, ruhî durumunu anlatıp yapacağı muamele ve kıymeti konusunda bilgili olmadığını beyan etmesi, böylece karşı tarafın beyanına ve samimiyetine güvenmesi, diğer insanlara sattığı kıymette kendisine de satması veya diğer insanlardan satın aldığı kıymette kendisinden de satın almasını talep etmesi şeklinde gerçekleştirilen satım akdi”dir. Neticede kendisine güvenilen taraf yalan beyanda bulunmakta, satım akdini piyasa fiyatına göre yapmamakta ve kendisine güvenen kişiyi aldatmaktadır.³⁴ Meselâ, satıcı müşteriye “Şu malımın kıymetini bilmiyorum. Herkesin kendisine vermiş olduğu kıymetle malımı satın al.” dedikten sonra, müşterinin bu malı kıymetinin altında satın alması bir istirsâl akdidir.³⁵

Hz. Peygamber “Alış verişte kendisine teslim olunan kimsenin aldatması haramdır.”³⁶ ve “Kim alış verişte bir mü'mine teslim olursa (istirsâl), kendisine teslim olunan kimse de onu gabne maruz bırakırsa (bedelinden daha pahalı satar veya ucuz satın alırsa), söz konusu gabin ribadır.”³⁷ hadisleriyle istirsâli yasaklamıştır.

³² Zebîdî, *Tâcü'l- 'arûs*, “r-s-l” maddesi, VII, 343.

³³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 18; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV, 79; Buhâtî, *Keşşâfü'l-kunâ* , III, 212.

³⁴ Karâfî, *ez-Zahîre*, V, 160; Haccâvî, *el-İknâ* , II, 91; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 162; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 135.

³⁵ Karâfî, *ez-Zahîre*, V, 160; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV, 79; Haccâvî, *el-İknâ* , II, 91; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, III, 140; Bilmen, *Kamus*, VI, 80; Yaşaroğlu, *Gabin*, 51.

³⁶ Bu hadisin metni Taberânî'de şöyle geçmektedir: حدثنا أحمد بن خالد الحلبي ثنا أبو توبة ثنا موسى بن عمير عن أبي أمامة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: غَيْنُ الْمُسْتَرَسِلِ حَرَامٌ (Taberânî, *el-Mu 'cemü'l-kebîr*, VIII, 126).

³⁷ Bu hadisin metni Beyhakî'de şöyle geçmektedir: أَخْبَرَنَا أَبُو سَعْدِ الْمَالِينِيُّ أَخْبَرَنَا أَبُو أَحْمَدَ بْنُ عَدِيِّ حَدَّثَنَا عُبَيْدُ اللَّهِ بْنُ زَيْدَانَ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ عُبَيْدٍ يَعْنِي الْمُحَارِبِيَّ حَدَّثَنَا مُوسَى بْنُ عُمَيْرٍ عَنِ الْمَكْحُولِ عَنْ أَبِي أَمَامَةَ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «مَنْ اسْتَرَسَلَ إِلَى مُؤْمِنٍ فَغَبَنَهُ كَانَ غَيْبُهُ ذَلِكَ رِبَاً» (Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, V, 348-349).

Fıkıh âlimlerinin çoğuna göre “Habbân hadisi”nde Hz. Peygamber’in “Aldatma yok!” sözünü söylemesindeki amacı, piyasa hakkında bilgi sahibi olmayan tarafın bu bilgisizliğini karşı tarafa bildirmek ve karşı tarafın dürüst ve adil muamelede bulunmasını sağlamaktır.³⁸

Fakat hadislerin bütün rivayetleri göz önünde tutulunca Hz. Peygamber’in “Aldatma yok!” demeyi telkin etmesindeki asıl amacı, kişinin piyasa hakkındaki bilgisizliğini beyan etmesini sağlamak değil, aldatma ve hile yapmayı yasaklamak olduğu görülür. Çünkü hadisin bütün rivayetlerinde Hz. Peygamber “Aldatma yok!” demeyi telkin etmektedir. Hatta aldatmamayı sadece bu sahabiye değil, diğer sahabilere de telkin etmiş, onlar da yaptıkları akidlerde aldatmamayı şart koşmuşlardır. Zaten “Aldatma yok!” olarak tercüme edilen “لا خلابة” ifadesinin tam karşılığı “Hiçbir aldatma yok!” şeklindedir. Dolayısıyla Hz. Peygamber, çeşidi ne olursa olsun, bütün aldatmaları yasaklamış olmaktadır. Bunun neticesince aldatmamanın şart koşulmasına rağmen bir aldatma meydana gelirse şarta muhalefet edilmiş olunmakta ve dolayısıyla muhayyerlik hakkı sabit olmaktadır. Böylece bu hüküm aldatmamayı şart koşan herkes için umumi olmaktadır.³⁹

Mâlikî ve Hanbelî fıkında kullanılan bu kavram “bey‘u’l-müstersil” veya “bey‘u’l-müste‘min” olarak da ifade edilmektedir. Özellikle Mâlikî fakihleri bu satım akdi üzerinde çok durmuşlardır. İbn Habîb es-Sülemî (ö. 238/853) gibi bazı fakihlere göre istirsâl sadece satıcı için söz konusu olup müşteri için istirsâl olmaz. Bazı fakihlere göre ise tıpkı Habbân hadisinde olduğu gibi müşterinin satın alırken “Aldatma yok!” şeklinde bir ifade kullanması sonucunda yapılan satış da istirsâl satışdır.⁴⁰

Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinin bakış açısına göre iki farklı istirsal akdi anlayışı ortaya çıkmaktadır. Akdin başlangıcı itibariyle aynı olmasına rağmen Mâlikî

³⁸ İbn Abdülber, *el-İstizkâr*, VI, 540; Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, 732–733.

³⁹ Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, 733.

⁴⁰ İbn Abdülber, *el-İstizkâr*, VI, 540; İbn Kudâme, *eş-Şerhu’l-kebîr*, IV, 79; Karâfî, *ez-Zahîre*, V, 160; Senhûrî, *Mesâdirü’l-hak*, II, 162–163.

mezhebi fakihleri fâhiş oransızlığın bulunmasını istirsâl için şart görmemekte, fakat Hanbelî fakihleri bunu şart görmektedirler.⁴¹

Gabinle istirsâl arasında şu fark göze çarpmaktadır: Gabinde aldatılan tarafın kendi halini karşı tarafa beyan etmesine gerek yoktur. Ayrıca Mâlikî mezhebinin anlayışında gabin hükmünün cari olması için fâhiş oransızlığın gerçekleşmesi şarttır. Fakat istirsâl için fâhiş bir oransızlığın gerçekleşmesine gerek yoktur.

İstirsâl ile kıymette hatada ise mağdûr duruma düşen taraflar mebîn kıymetini bilmeme konusunda müşterektirler. Ancak istirsâlde mağdur bu bilgisizliğini karşı tarafa bildirip diğer tarafın bu konuda yapacağı takdire razı olacağını ifade ederken, kıymette hataya maruz kalan kişi alış veriş konusundaki acelesi gibi sebeplerle akde razı olmaktadır.

C. Gabin Sınırları

1. Gabin-Faiz İlişkisi

İslâm hukukunun mümeyyiz vasıflarından birisi olan akidlerde karşılıklı bedeller arasında eşitsizlik ve adaletsizliği giderme endişesi en fazla kendisini riba yasağında göstermektedir. Hz. Peygamber'in "Alış verişte kendisine teslim olunan kimsenin aldatması haramdır."⁴² ve "Kim alış verişte bir mü'mine teslim olursa (istirsâl), kendisine teslim olunan kimse de onu gabne maruz bırakırsa (bedelinden daha pahalı satar veya ucuz satın alırsa), söz konusu gabin ribadır."⁴³ hadisleri faizle gabin ilişkisini irdelemeyi gerekli kılmaktadır.

Mâlikî mezhebine göre faizin yasaklanmasının sebebi bedeller arasında meydana gelen fâhiş oransızlıktır.⁴⁴ Dolayısıyla her ne kadar riba gabinden farklı bir

⁴¹ Karâfî, *ez-Zahîre*, V, 160; Yaşaroğlu, *Gabin*, 52.

⁴² Bu hadisin metni Taberânî'de şöyle geçmektedir: حدثنا أحمد بن خليد الحلبي ثنا أبو توبة ثنا موسى بن عمير عن مكحول عن أبي أمامة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: غَيْنُ الْمُسْتَرَسِلِ حَرَامٌ (Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, VIII, 126).

⁴³ Bu hadisin metni Beyhakî'de şöyle geçmektedir: أَخْبَرَنَا أَبُو سَعْدٍ الْمَالِينِيُّ أَخْبَرَنَا أَبُو أَحْمَدَ بْنُ عَبْدِ حَدَّثَنَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ زَيْدَانَ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ يَعْنِي الْمُحَارِبِيُّ حَدَّثَنَا مُوسَى بْنُ عَمِيرٍ عَنْ مَكْحُولٍ عَنْ أَبِي أَمَامَةَ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ - « مَنْ اسْتَرَسَلَ إِلَى مُؤْمِنٍ فَغَبَنَهُ كَانَ غَيْبُهُ ذَلِكَ رِبَاً » (Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, V, 348–349).

⁴⁴ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 131–132.

kavram olsa bile bedeller arasında meydana gelen nisbetsizlik ve akdin taraflarını istismar etme noktalarından gabinle benzerlik arz etmektedir.

Fıkıh âlimlerine göre faizin haram kılınmasının hikmeti insanların mallarını korumak ve birbirleriyle karşılıklı bedeller arasında fâhiş oransızlık arzeden muamele yapmalarını önlemektir.⁴⁵

Ortaçağ boyunca Kilisenin, faizi yasaklamasının sebebini gabne dayandıranların da bulunması⁴⁶ faizdeki oransızlığın gabin olarak telakki edildiğini göstermektedir.

Gabin konusunu doktora tezinde ele almış bulunan Elbir'e göre de gabinin kaynağını faizde aramak gerekmektedir.⁴⁷ Fakat Elbir'in de isabetle ifade ettiği gibi, gabin ile fâhiş faiz aynı şey demek değildir. Gabin halinde, karşılıklı edimler akdin oluşum safhasında birbirinin karşısında mevcut bulunmakta iken, fâhiş faizde ortada, akdin kuruluş anında mevcut olan sadece nispettir. Keza, gabin akiddeki asıl borçlar arasında tespit edildiği halde, faiz fer'i borç olduğundan, fâhiş faiz meselesinde bir asıl edim, mesela kârda ödünç alınan miktarın iadesi borcu ile fer'i bir borç olan faiz nispetlendirilmektedir. Buna rağmen; tayin edilen faiz miktarı ile mukabil faiz ediminin ne olacağını tayin imkân dâhilinde bulunduğundan, faiz sahasında gabinden bahsetmek mümkündür.⁴⁸

Pozitif hukuka göre karzda çok yüksek faiz gabindir. Bu durumda gabinin unsurları mevcut olmasa dahi, faizde indirime gidilir. Faizi meydana getiren muamele, para karzından başka bir muamele ise fâhiş faiz miktarı tahakkuk etmemiş olsa bile, gabin unsurlarının tahkkuku şartıyla gabinin hükümleri uygulanabilir.⁴⁹

⁴⁵ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 131–132.

⁴⁶ Kalkan, *Gabin*, 1–17'de Uwe Wesel, *Geschichte Des Rechtes*, 238 ve Arminjon/Nolde/Wolf, *Traite De Droit Compare*, 58'den naklen.

⁴⁷ Elbir, *Gabin*, 13.

⁴⁸ Elbir, “*Gabin-Fâhiş Faiz Meselesi*”, 723–724.

⁴⁹ Kalkan, *Gabin*, 74, Elbir, “*Gabin-Fâhiş Faiz Meselesi*”, 729-732.

2. Gabin-Kâr Haddi İlişkisi

İslâm hukuku da dâhil olmak üzere liberal sistemlerin ticarete ve kazanmaya izin verdiği, kâra meşruiyet tanıdığı bilinmektedir.⁵⁰ Fakat kâr haddinin olup olmayacağı veya kâr haddinin miktarı konusunda ihtilaflar söz konusudur. Gabin ile kâr haddi arasındaki ilişki bu açıdan önem arz etmektedir.

Öncelikle nasslarda kârın yasaklandığına dair bir ifadenin mevcut olmadığını belirtmek gerekir. Hatta bunun aksine deliller söz konusudur: Bunlardan birinde; “Hz. Peygamber (sav), eline bir dinâr verdiği Hakîm b. Hızâm’ı, kurbanlık bir hayvan almak üzere çarşıya göndermiştir. Adı geçen sahâbi bu para ile iki koyun satın almış ve bunlardan birisini, aynı pazar yerinde bir dinara satmıştır. Elinde bir dinar para ve yedeğinde bir koyunla dönen Hakîm’e (ra) Allah’ın elçisi hayır duada bulunmuş ve para ile koyunu kabul etmiştir.”⁵¹ Bu rivayette söz konusu olan iki koyunun irilik bakımından birbirine yakın olduğu düşünülürse, yaklaşık olarak yarım dinara satın alınan bir mal % 100 kâr eklenerek bir dinara satılmış olmaktadır. Bu para meşrû olmasaydı, Hz. Peygamber’in bunu reddetmesi ve Hakîm’e hayır duada bulunmaması gerekirdi.⁵²

İslâm hukukçularının çoğundada da asgari veya âzamî kâr haddini takdir ettiklerine dair açık bir ifade yoktur.⁵³ Hatta Ali Haydar’a (ö. 1355/1935) göre bir kimse bir liralık malını bin liraya satsa veya bin liralık malı bir liraya satın alsaydı yine de akid sahih olur.⁵⁴ Buna benzer ifadeler fıkıh âlimleri tarafından çeşitli vesilelerle kullanılmaktadır.⁵⁵ Çünkü edâ ehliyetine sahip olan herkes mülkünde istediği fiyatla tasarrufta bulunabilir. Böyle bir tasarruf muteber olduğundan, kendi tarafından

⁵⁰ Bilmen, *Kamus*, VI, 119.

⁵¹ Bu hadisin Buhârî’deki metni şu şekildedir: حَدَّثَنَا عَلِيُّ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ أَخْبَرَنَا سُفْيَانُ حَدَّثَنَا شَيْبَةُ بْنُ غَزْوَةَ قَالَ سَمِعْتُ الْحَيَّ يُحَدِّثُونَ عَنْ عُرْوَةَ أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَعْطَاهُ دِينَارًا يَشْتَرِي بِهِ شَاةً ، فَاشْتَرَى لَهُ بِهِنَّ شَاتَيْنِ ، فَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ وَجَاءَهُ بِدِينَارٍ وَشَاةٍ ، فَدَعَا لَهُ بِالْبُرْكَاةِ فِي بَيْعِهِ ، وَكَانَ لَوْ اشْتَرَى الثَّرَابَ لَرَبِحَ فِيهِ . (Buhârî, “Menâkib”, 28). Ayrıca bk. Ebû Dâvud, “Büyü”, 28; Tirmizî, “Büyü”, 34; İbn Mâce, “Sadakât”, 7.

⁵² Kâsânî, *Bedâi ‘u’s-sanâi* ‘, V, 149; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, 21; Zühaylî, *el-Fıkhu’l-İslâmî*, I, 186; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 127.

⁵³ Kâsânî, *Bedâi ‘u’s-sanâi* ‘, V, 135; *el-Fetâva’l-Hindiyye*, III, 160; İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, IV, 169.

⁵⁴ Ali Haydar, *Dürerü’l-hükkâm*, I, 588.

⁵⁵ Mevvâk, *et-Tâc ve’l-iklîl*, IV, 468; Dirdâr, *eş-Şerhu’l-kebîr*, III, 140.

tamam olan bir şeyi bozmaya gayret eden kimsenin bu gayreti kabul edilmez. Ayrıca böyle bir tasarrufun muteber kabul edilmemesi kişi hürriyetine ve mülkiyete aykırı olacağı yönünden de caiz görülmemiştir.⁵⁶ Şu kadar var ki İmam Muhammed'e (ö. 189/805) göre böyle bir akid mekruh olmakla birlikte bağlayıcı, Ebû Yusuf'a (ö. 182/798) göre ise mekrûh olmaksızın bağlayıcıdır.⁵⁷

Genel olarak arz-talebe bağlı, serbest rekabet esasları içinde kendiliğinden oluşacak fiyatlar ölçü alınmıştır. Ancak serbest rekabet esasını korumak ve insanların temel ihtiyaçlarının istismarını önlemek için birtakım tedbirler öngörülmüştür. Ribânın yasaklanması, karşılıksız kazanç yollarının kapatılması ve gerektiğinde narha başvurulması bunlar arasındadır.

İslâm hukukunda kâr haddi tartışmaları daha ziyade güvene dayalı satım akidlerinde (murâbaha, tevliye, vadîa) söz konusu olmuştur.⁵⁸ Ebû Hanîfe'ye göre, bir kimsenin güvene dayanan satım akidlerinde aynı mal üzerinden bir defada veya birden fazla satışla toplam yüzde yüzü aşan bir kâr sağlaması câiz değildir. Önceki kârın, son satışta anaparadan düşülmesi gerekmektedir. Eğer elde edilen kâr anaparaya ulaşır veya anaparayı geçerse o kişi bir daha o malı murabahalı satamaz.⁵⁹ Meselâ bir kimse 10 TL'ye satın aldığı malı, 15 TL'ye satsa, aynı malı yeniden 10 TL'ye geri alsa, artık bu malı, ilk kârı olan 5 TL düşmedikçe murabahalı olarak satamaz. Kâr düşülünce, anapara 5 TL olur. Bunun üzerine bir kâr ekleyerek satabilir. Yine 10 TL'ye satın alınan mal, 20 TL'ye satılsa ve aynı mal 10 TL'ye yeniden geri alınsa, artık murabahalı olarak satılamaz.⁶⁰

Bu düşüncenin temelinde şu mantık yatmaktadır: Murabahalı satış, anapara üzerine belirli bir kâr ekleyerek yapılan satıştır. Anaparaya eşit duruma gelen kâr düşülünce geride anapara kalmamaktadır. Bu nedenle bu malda murabahalı satış mümkün olmaz. Ancak İbnü'l-Hümâm (ö. 861/1457), Ebû Hanîfe'nin görüşünü

⁵⁶ Reşit Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, I, 221.

⁵⁷ Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 588; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 744.

⁵⁸ Buhârî, *el-Muhît*, VII, 46; Şafak, "Kâr Haddi", 62.

⁵⁹ Şeybânî, *el-Asl*, V, 161; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV, 133.

⁶⁰ Şeybânî, *el-Asl*, V, 161.

zikrettikten sonra “alıcıya bu durumun açıklanması durumu müstesnâ” demiştir.⁶¹ Buna göre satıcı; o mal üzerinden elde ettiği kâr toplamının % 100’ü aştığını bildirir ve alıcı buna rağmen kabul ederse akid muteber olur. Yine mâliyet beyanında, önceki satıştan doğan kâr düşülmüş ve yeni eklenen kârla % 100 sınırı aşılmış olmakla birlikte akid, alıcının duruma bilerek razı olması nedeniyle sahîh hale gelmektedir.⁶²

Ebû Hanîfe’nin görüşünü şu şekilde değerlendirmek gerekir: Satılan bir malın, yine önceki satıcısı tarafından geri alınması nadiren vuku bulur. Satışın üzerinden zaman geçer veya belde değişikliği olursa, zaten malın değeri değişeceği için eski fiyatları ölçü almak ekonomik güçlükler doğurur.⁶³ Meselâ 100 bin TL’ye satın alınan bir arsa, yakınına fabrika yapıldığı için kıymetlense ve 200 bin TL’ye satılsa, bir süre sonra satıcı tekrar aynı arsayı bu defa 250 bin TL’ye geri alsın, yeniden satmak istediğinde, ilk satışta % 100 kâr hakkını kullandığı için artık kârlı satamayacak mıdır?

Zaman ve yer unsurları olmadan, sunî yollarla fiyatların yükselmesini sağlamak ve alıcıyı etkilemek için göstermelik satışlar yapılabilir. Mesela bir kimse, alış fiyatı 500 bin TL olan arabasını, 750 bin TL’ye satsa, yeniden 700 bin TL’ye geri alsın ve tekrar 750 bin TL’ye satmak istese, bu şekilde kapalı devre yapılan bir alış verişin amacı, alış fiyatını yükseltmek olabilir. Artık son satış için müşterilere alış fiyatı 700 bin TL, kâr ise 50 bin TL olarak gösterilecektir. Aslında anaparayı yükseltmek için yapılan önceki satışlar gösterilmektedir. Alış fiyatını 500 bin TL göstermekle, 700 bin TL göstermek, alıcıyı etkileme bakımından önemlidir. Birincisinde kâr miktarı 250 bin, ikincisinde ise 50 bin TL’dir. İşte bir kimsenin bu yolla elindeki malların fiyatlarını yükseltmesi ve alıcıları etkilemesi mümkündür. Müşteriye karşı yalan konuşulmuyor. Fakat bu sonuca ulaşabilmek için hileli muamele yapılmış oluyor. Ebû Hanîfe muvazaalı satım akidlerinde dışa karşı,

⁶¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 83; Kâsânî, *Bedâi’u’s-sanâi’*, VII, 224; İbnü’l-Hümâm, *Fethü’l-kadîr*, VII, 257; *el-Fetâva’l-Hindiyye*, III, 163, 164; Zeyla’î, *Tebyînu’l-hakâik*, IV, 76; İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, IV, 173; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 127; Şafak, “*Kâr Haddi*”, 79.

⁶² Haskefî, *ed-Dürü’l-muhtâr*, V, 138; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 128.

⁶³ İbnü’l-Hümâm, *Fethü’l-kadîr*, V, 255.

ehliyetli kimseler tarafından yapılan akidleri muteber saydığı için, bu durumun kötüye kullanılmasını önlemek istemiştir.⁶⁴

Yukarıdaki örnekte, 250 bin TL kâr olup, geri alış fiyatından çıkarılınca; 700 000–250 000=450 000 TL olur. Burada anapara eskisinden de aşağıya düşer ki, artık güvene dayanan ve hile karışmaması gereken murabahalı satımda, alıcıyı etkileme niteliği kalmaz.

Günümüzde aynı aile fertlerinin kurduğu göstermelik müessese ve şirketler aracılığı ile bir malın sanki birkaç tüccarın elinden geçmiş gibi işlem gördüğü ve ticaret kanunlarına uygun olarak eklenen kârlarla fiyatın bazen anaparanın birkaç katına çıkarıldığı görülen olaylardandır. İşte Ebû Hanîfe'nin içtihadının bu gibi kötüye kullanmaları önlemeyi amaçladığı söylenebilir.⁶⁵ Ahmed b. Hanbel'in görüşü de Ebû Hanîfe'nin görüşü istikametindedir.⁶⁶

Ebû Yusuf, İmam Muhammed, İmam Şâfiî ve İmam Mâlik'e göre ise önceki kâr miktarı düşülmeksizin bir mal müteaddit defalar alınıp satılabilir. Aynı mal üzerinde yapılmış olan önceki akidlere itibar edilmez. Önceden kâr veya zarar edilmiş olması sonucu etkilemez.⁶⁷

Bu başlık altında şöyle bir sorunun sorulması da önem arz etmektedir: Bir malı (örneğin otomobilin yedek parçalarını) rekabet düzeni iyi çalışmayan bir piyasada herkes çok yüksek fiyatlarla satıyorsa, gabin ileri sürülebilir mi? Batı hukukunda bu soruyu olumlu biçimde cevaplandırılan bir görüşe rastlanmakla beraber, hâkim görüş bunu reddetmektedir. Çünkü gabinin, piyasa fiyatlarını aşağıya çekme, bir başka deyimle, piyasada rekabet politikası aracı olarak hizmet görüp bir fiyat kontrol mekanizması oluşturma fonksiyonu yoktur. Gabin hükümlerinden yararlanabilmek için malın, piyasa fiyatının üstünde ve bu fiyata nispetle açık nispetsizlik oluşturacak tarzda satılmış olmalıdır. Şu var ki, herkesin pahalı sattığı bir piyasada, bir kimseye piyasa fiyatının da üstünde bir fiyatla yapılan satışta, hâkimin açık nispetsizliği takdir

⁶⁴ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, 21; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, I, 171; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 130.

⁶⁵ Döndüren, *Kâr Hadleri*, 130.

⁶⁶ İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-kadîr*, VII, 257.

⁶⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 140; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi*, V, 224; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 133; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 129.

ederken, sömürülen lehinde daha yumuşak ve hoşgörülü bir tutum benimsemesi yerinde görülmektedir.⁶⁸

Kanaatimize göre tek başına fâhiş oransızlığın gabin hükmünü doğuracağı görüşüne sahip olan fakihlere göre, İslâm hukukunda muayyen bir kâr haddi bulunmaktadır. Bu kâr haddini de fâhiş oransızlıkla takdir etmişlerdir. Fakat gabinin hüküm ifade etmesi için objektif unsur olan fâhiş oransızlıkla birlikte sübjektif unsur olan aldatma fiilinin (tağrîrin) de bulunmasını şart görenlere göre, İslâm hukukunda muayyen bir kâr haddi bulunmamaktadır.

3. Gabin-Kıymette Hata İlişkisi

Kıymette hata, İslâm hukuku kaynaklarında, “ivazlı akidlerde taraflardan birinin, akdin konusunun (ma‘kudun aleyhin) kıymetini bilmemesi sebebiyle ivazlardan birinin diğerine nispetle makul ve mutat olmayan oransızlıkta gerçekleşmesi”, şeklinde tanımlanmaktadır. Dolayısıyla kıymette hatada aldanan taraf, ma‘kudun aleyhin gerçek kıymetini bilecek olsaydı, akde teşebbüs etmeyecekti. Bundan hareketle bazı kanun ve hukukların aksine, bir kısım fıkıh âlimi kıymette hata mefhumunu gabin içinde mütalaa etmiş ve bu iki bahsi aynı başlık altında incelemişlerdir.⁶⁹

Bu kavram, Türk Borçlar hukukunda kıymet/değer hatası⁷⁰ kavramıyla ifade edilmektedir. Fakat Türk hukukundaki kıymet/değer hatası ile miktarda hata kavramları farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Miktarda hatadaki fâhiş oransızlıkta, kastedilen ile beyan ve taahhüt edilen miktar farklıdır. Mesela, bir malı 1000 TL.’ye satın almak isteyen kimsenin yanlışlıkla 10.000 TL.’ye satın aldığını ifade etmesi gibi. Gabindeki fâhiş oransızlıkta ise kastedilen ile beyan ve taahhüt edilen miktar arasında fark yoktur. Zarar gören, zaten kastettiği miktarı aynı zamanda beyan etmiştir.⁷¹ Dolayısıyla miktarda hatada bir beyan hatası vardır. İrade ile beyan olunan irade birbirine uymamaktadır ve karşı taraf da bu beyan hatasını bilip fark edecek

⁶⁸ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 485–486.

⁶⁹ Karâfi, *ez-Zahîre*, V, 112; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 133; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 133; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 212.

⁷⁰ Tanım için bk. Tez Metni, s. 46-47.

⁷¹ Elbir, “*Gabin İddiası*”, 17; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 398–400.

durumda değildir. Oysa gabinde irade ile beyan aynıdır.⁷² Görüleceği gibi, Türk Borçlar hukukundaki kıymette hata ile İslâm hukukundaki kıymette hata birbirinden farklı kavramlardır. Miktarda hata ile hesap hatası da birbirinden farklı kavramlardır. Hesap hatası, toplama, bölme veya çıkarma gibi hatalardır.⁷³

Kanaatimizce kıymette hata ile gabin arasındaki ilişki, fıkıh âlimlerinin gabin telakkisine göre farklılıklar arz etmektedir. Buna göre gabnin tek başına fâhiş oransızlıkla hüküm ifade edeceği görüşünde olan fakihlere göre, kıymette hata ile gabin arasında çok fazla bir fark bulunmamaktadır. Çünkü kıymette hatada, aldanan kimse, akdin konusunun kıymetindeki bilgisizlikten dolayı oransızlık arzeden bir satım akdinde bulunmaktadır. Dolayısıyla kıymette hata, bu kısım fakihlerin kabul ettiği gabin ile benzer durumu arz etmektedir. Fakat gabnin ancak aldatma fiili (tağrîr) ve fâhiş oransızlıkla birlikte hüküm ifade edeceği görüşünde olan fakihlere göre kıymette hata ile gabin farklı kavramlardır. Çünkü bu görüşte olan fıkıh âlimlerine göre, kıymette hata ile birlikte aldatma fiilinin (tağrîrin) de bulunması durumunda ancak gabin hüküm ifade edecektir. Bir başka ifade ile, bu görüşte olan fakihlere göre, gabnin meydana gelmesi objektif unsur olan fâhiş oransızlıkla beraber aldatanın aldatma fiili (tağrîr) ve aldatılanın zayıf durumu unsurlarının tam olarak teşekkül etmesine bağlıdır. Ayrıca bu fakihlere göre, gabin daha geniş bir anlama sahiptir. Çünkü gabinde taraflar, ivazların kıymetini bilerek, herhangi bir hataya düşmeksizin, ma'kudun aleyhe olan bir ihtiyaç sebebiyle veya başka sübjektif sebeplerden dolayı da akdi inşa edebilirler. Dolayısıyla bu haliyle kıymette hata, gabne götüren sebeplerden kabul edilmektedir.

Gabnin bu farklı telakkisine göre kıymette hataya hukukî sonuçlar terettüp ettirilmektedir. Buna göre fiyatlar konusundaki bilgisizlik sebebiyle aldanan tarafın fâhiş oransızlıkla yaptığı akid, Hanefî mezhebindeki sağlam görüşe göre

⁷² Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku*, 398–400; Kalkan, *Gabin*, 76.

⁷³ Eren, *Borçlar Hukuku*, 347.

bağlayıcıdır.⁷⁴ Dolayısıyla bu görüş sahipleri, gabnin ancak aldatma fiili (tağrîr) ile hüküm ifade edeceği kanaatinde olan fakihlerdir.

Kıymette hata sebebiyle meydana gelen gabnin fesih hakkı verip vermeyeceği konusu Mâlikî fakihleri arasında da tartışmaya konu olmuştur. Fesih hakkının bulunduğu görüşünde olanlara göre, feshin caiz olabilmesi için 1/3 veya daha fazla miktarda bir oransızlığın gerçekleşmesi gerekir.⁷⁵

Mâlikîlerin Bağdat ekolünü temsil eden fakihler, kıymette hatadan dolayı meydana gelen gabnin fesih hakkı verebilmesi için üç şartın bulunması gerektiği görüşündedirler:

1) Aldanma fâhiş oranda olmalıdır. Açık artırma suretiyle yapılan satışlar bundan müstesnadır.

2) Gabne maruz kalan taraf, mebîin fiyatı hakkında bilgi sahibi olmamalıdır.

3) Gabnin meydana gelmesinden itibaren bir yıl içinde mağdur gabin davasını açmalıdır.⁷⁶

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı gibi İslâm hukukundaki kıymette hata ile Türk hukukundaki miktarda hata birbirinden farklı anlamlarda kullanılmaktadır. İslâm hukukundaki kıymette hata daha çok kıymet/değer hatası anlamında kullanılmakta, burada bir beyan hatası bulunmamakta, kıymette hata tıpkı tecrübesizin aldanması neticesinde meydana gelen gabin gibi telakki edilmektedir. Dolayısıyla İslâm hukukundaki kıymette hata, gabnin kapsamında kalan bir kavram mahiyetindedir.

4. Gabin-Saik Hatası İlişkisi

Gabinde beyan hatasından bahsetmek hiçbir şekilde söz konusu değildir. Fakat “tecrübesizlik” ve “hiffet” hallerinde aldanan kimsenin bir saik hatasına düşmüş

⁷⁴ Haskefî, *ed-Dürü'l-muhtâr*, V, 143; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, VI, 115-116; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, 81 (md. 300); Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 586; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 134; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 134; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 220.

⁷⁵ Karâfî, *ez-Zahîre*, V, 112.

⁷⁶ Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468.

sayılması söz konusu olabilmektedir. Çünkü “tecrübesizlik” ve “hiffet” hallerinde zarar gören tarafın iradesi, oluşumu anında sakatlanmaktadır.⁷⁷ Müzayaka halinde, içinde bulunduğu zor durum sebebiyle, bile bile aleyhindeki akdi yapmak mecburiyetini hisseden sömürülen kişi, ilke olarak herhangi bir hataya düşmüş olmadığı gibi, aldatılmış da değildir.⁷⁸

D. Gabin Hakkında Mevcut Teoriler

1. Objektif Teori

Objektif teori, bu isimle çağdaş İslâm hukukçuları tarafından mevzu bahis edilmekle, klasik fıkıh kaynaklarında ise “gabn-i fâhiş” kavramıyla ifade edilmektedir. Buna göre, tek başına fâhiş oransızlık (gabn-i fâhiş) gabin hükümlerini meydana getirmek için yeterli olmaktadır. Böylece bu teoriye göre gabin, tek başına bedeller arasındaki fâhiş oransızlığın meydana gelmesi ile hüküm ifade etmektedir. Gabinin subjektif unsurlarının ayrıca gerçekleşmesi şart değildir.⁷⁹

Objektif teoride bedeller arasındaki fâhiş oransızlık için muayyen bir miktar tayin edilmektedir. Dolayısıyla bu teori, muamelelerin istikrarını güven altına alıcı bir özellik arz etmektedir. Çünkü basit bir hesapla fâhiş oransızlığın tahakkuk edip etmediği anlaşılabilir ve buna göre kişi, akid yapıp yapmamaya karar verilebilmektedir. Fakat beraberinde de büyük bir olumsuzluk taşımaktadır. O da bu teorinin esnek olmayan bir özellik taşımasıdır. Çünkü gabin sebebiyle meydana gelen problem, şahsi bir durumdan kaynaklanmış ve subjektif unsur üzerinde kurulmuş içtimaî bir durum olup durumdan duruma değişebilir. Objektif teori ile bu duruma göre bir hüküm verme olasılığı ortadan kalkmaktadır.⁸⁰

⁷⁷ Y.1.HD. 02.05.1978 gün ve E.3138-K.6251; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 479-480, dipnot 4; Karahasan, *Türk Borçlar Hukuku*, I, 255; Özkaya, *Hata-Hile-İkrah Davaları*, 396-400.

⁷⁸ Y.1.HD. 02.05.1978 gün ve E.3138-K.6251; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 479-480, dipnot 4; Özkaya, *Hata-Hile-İkrah Davaları*, 396-400.

⁷⁹ Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468; Sa^c de, *Nazariyyetü'l- 'akd*, 288.

⁸⁰ Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468; Sa^c de, *Nazariyyetü'l- 'akd*, 228.

2. Sübjektif Teori

Sübjektif teori kavramı da, tıpkı objektif teoride olduğu gibi bu isimle çağdaş İslâm hukukçuları tarafından dillendirilmektedir. Bu teoriye göre gabin, bedeller arasındaki fâhiş oransızlığın yanında sübjektif unsurun da meydana gelmesi ile hüküm ifade etmektedir. Çağdaş hukuk sistemleri sübjektif teoriyi esas almışlardır.⁸¹

II. HUKUK SİSTEMLERİNDE GABİN

A. Eski Hukuk Sistemlerinde Gabin

Bütün akid çeşitlerinde satıcının ve müşterinin en yüksek kârı elde etmek istemesi doğal bir eğilimdir. Fakat meydana gelen kârın şaibeli olması durumunda hukuk düzenleri bu akde müdahale ederler. Gabinde de elde edilen kârda bir şaibenin varlığı söz konusudur. Tarih boyunca gabnin varlığı ve gelişim süreci de bunun bir tezahürüdür.

Gabnin ilk olarak Hammurabi Kanunlarında faiz ve fiyatların tespiti, İbrani hukukunda yine faiz şekillerinde görüldüğü ifade edilmektedir.⁸² Gabnin ilk olarak Hammurabi veya İbrani kanunlarında faize binaen yer aldığı tespiti yerinde olmasa gerektir. Çünkü faiz, gabinden farklı bir kavramdır. Fakat fiyatların tespiti adı altında dolaylı olarak gabnin ilk olarak Hammurabi kanunlarında yer aldığı ifade edilebilir.

1. Roma Hukuku

Bugünkü anlamıyla gabne ilk olarak Roma hukukunda rastlanmaktadır. Roma hukukunda gabnin kabul edilişi ve akde getirilen sınırlamalar dönemlere göre farklılık göstermektedir. Kaynaklarda yer alan bazı metinlerden Roma'nın ilk dönemlerinde (klasik dönem) sınırsız akid serbestisinin getirildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu dönemlerde gabnin dikkate alınmadığı bilinmektedir. Ancak özel hallerde, özellikle gabne uğrayan sağır ise veya gabin hile ile temin edilmişse gabne maruz kalana koruma tanınmıştır.⁸³

⁸¹ Sa' de, *Nazariyyetü'l- 'akd*, 288.

⁸² Elbir, *Gabin*, 15; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 27.

⁸³ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, 707; İnan, *Borçlar Hukuku*, 152–153; Topuz, *Roma Hukukunda Fâhiş Gabin*, 37; Kalkan, *Gabin*, 7–8; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 27–28; Buz, “Sözleşmenin Ayakta Tutulması”, 56; Küçükgüngör/Emiroğlu, *Gabin*, 79–80.

Roma satım hukukunda mal ile bedel arasında bir dereceye kadar dengeyi sağlayacak bir kavrama son imparatorluk döneminde rastlanmaktadır. Klasik sonrası (post klasik) hukukta, her malın bir “adil fiyatı” bulunduğu ve satım akdinin bundan mümkün olduğu derecede ayrılmaması gerektiği düşüncesi gitgide hâkim olmaya başladı.⁸⁴ Bu eğilimin etkisi altında zamanla, bir gayrimenkulün gerçek fiyatının yarısından daha az bir fiyatla satılması durumunda, satıcı aldığı satım bedelini geri vererek gayrimenkulün iadesini talep etme hakkına sahip oldu.⁸⁵ Bu durum Roma hukukunda “*laesio enormis*” olarak adlandırılmaktaydı.⁸⁶

Bazı yazarlara göre İmparator Diocletionus ve Maximinianus, diğer bazı yazarlara göre Justinianus döneminde böyle bir düzenlemeye kavuşan Roma hukukunda, akdin gabin sebebiyle sona erdirilmesi satıcının tek taraflı beyanı üzerine değil, ancak hâkimin kararı ile gerçekleşebilmekteydi. Ayrıca satım konusu malı gerçek değerinin altında satın alan müşteriye, aradaki fiyat farkını ödeyerek akdin sona erdirilmesine engel olma imkânı tanınmıştı.⁸⁷ Akdin sona erdirilebilmesi için bazı farklı görüşler bulunmakla birlikte, objektif şartın mevcudiyeti, yani taraflardan birinin ediminin diğer tarafın ediminin değerinin yarısından az olması yeterliydi. Ayrıca bu oransızlığın taraflardan birinin özel bir durumundan faydalanarak meydana getirilmiş olması aranmamaktaydı.⁸⁸ Ayrıca taraflardan birinin ediminin diğerinin ediminin değerinin yarısından az olup olmadığı araştırılırken, akdin kurulduğu an esas alınmaktaydı.⁸⁹

⁸⁴ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, 707–708; Topuz, *Roma Hukukunda Fâhiş Gabin*, 37, 49; Kalkan, *Gabin*, 8; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 28'de S. Olgaç, *Gabin- Hile- İkra*, 16'dan naklen; Küçükgüngör/Emiroğlu, *Gabin*, 80–81.

⁸⁵ Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 347; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, 707; Topuz, *Roma Hukukunda Fâhiş Gabin*, 37, 47; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 28–29; Buz, “*Sözleşmenin Ayakta Tutulması*”, 56.

⁸⁶ Topuz, *Roma Hukukunda Fâhiş Gabin*, 38 ve devamı; Buz, “*Sözleşmenin Ayakta Tutulması*”, 56.

⁸⁷ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, 707; İnan, *Borçlar Hukuku*, 153; Topuz, *Roma Hukukunda Fâhiş Gabin*, 61; Kalkan, *Gabin*, 13; Buz, “*Sözleşmenin Ayakta Tutulması*”, 56–57; Küçükgüngör/Emiroğlu, *Gabin*, 82.

⁸⁸ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, 708–709; Kalkan, *Gabin*, 12; Buz, “*Sözleşmenin Ayakta Tutulması*”, 57'de Koziol/Welser, 273'ten naklen.

⁸⁹ Topuz, *Roma Hukukunda Fâhiş Gabin*, 41; Kalkan, *Gabin*, 14; Buz, “*Sözleşmenin Ayakta Tutulması*”, 57'de Koziol/Welser, 272'den naklen.

Roma hukukunda gabin sadece gayrimenkul satımında ve satıcı için söz konusu idi. Gabnin Bizans dönemine kadar alıcı için de işletildiğine dair yazılı metinlerde bir kanıt bulunmamaktadır.⁹⁰ Gabnin kıyas yoluyla kira, hizmet ve istisna akidleri (locatio conductio) sahasında da uygulandığı ifade edilmektedir.⁹¹

Romalılarda gabin nazara alınıp alınmadığı konusunda tartışmanın yaşandığı bir başka alan ise malların taksimi ve kâr payı belirlemesinin üçüncü bir şahsa bırakıldığı şirkettir. Ortaklar tarafından belirlenen üçüncü kişinin, kâr ve zararın paylaşılmasına ilişkin olarak verdiği karar adil değilse ve bu açıkça anlaşılıyorsa, şirket sözleşmesi buna rağmen hükümsüz kabul edilmez. Üçüncü kişinin verdiği karar sonucu ortaya çıkan adaletsizliğin düzeltilme imkânı mevcuttur. Bu durumda aleyhine adaletsiz bir durum oluşan kişiye akdi iptal etme imkânı verilmemiştir. Sadece açacağı bir dava ile, diğer ortakla kendisi arasında ortaya çıkan adaletsizliğin hâkimin müdahalesi ile düzeltilmesini talep edecektir. Bu durumlarda ortaya çıkan dengesizliğin giderilmesinde gabin hükümlerinden faydalanabileceği ileri sürülmüştür. Fakat bu fikri ispat edecek güçlü deliller ortaya konamamıştır.⁹²

Roma'ya gabin müessesinin girmesi ve tatbik alanı bulması Roma hukukuna Hıristiyanlığın tesirinden itibaren göze çarptığı ifade edilmekle beraber,⁹³ asıl sebebin ağır vergiler altında ezilen ve müzayaka durumunda olan küçük toprak sahiplerinin değerleri çok değişken olan gayrimenkullerinin büyük toprak sahipleri tarafından yok pahasına satın alınmasıydı. Böylece zenginin fakiri sömürmesinin önüne geçilmiş olunacaktı.⁹⁴ Roma'da son imparatorluk döneminde geçerli olan laesio enormis, 18. yüzyıldan 19. yüzyıla geçiş sırasında yürürlüğe giren özel hukuk düzenlemeleri üzerinde çeşitli şekillerde etkili olmuştur.⁹⁵

⁹⁰ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, 707; Topuz, *Roma Hukukunda Fâhiş Gabin*, 56; Kalkan, *Gabin*, 11'de Petit Eugene, *Traite Elementaire De Droit Romain*, 380'den naklen; Küçükgüngör/Emiroğlu, *Gabin*, 81–82.

⁹¹ Topuz, *Roma Hukukunda Fâhiş Gabin*, 49–54.

⁹² Aslan, *Gabinin Unsurları*, 29; Kalkan, *Gabin*, 14–15.

⁹³ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, 707–708; Kalkan, 9'da Cahit Oğuzoğlu, *Roma Hukuku*, 235'ten naklen; Küçükgüngör/Emiroğlu, *Gabin*, 80.

⁹⁴ Topuz, *Roma Hukukunda Fâhiş Gabin*, 37; Kalkan, *Gabin*, 12; Küçükgüngör/Emiroğlu, *Gabin*, 79.

⁹⁵ Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 348; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 29.

2. Kilise Hukuku

Kilise doktrini, birçok noktada Aristoteles'in fikirlerini benimseyerek, tezini bu Yunan filozofunun "mübadelede adalet" esasına dayandırmıştır. Mübadelede adalet esası Saint Thomas tarafından geliştirilerek edimler arasındaki dengenin gerekliliğine vurgu yapılmış ve mutlak denklige aykırı her anlaşma bätül sayılmıştır. Bu esas, Kilise hukukunda "adil semen", "adil ücret" ve "faizin yasaklanması" olmak üzere üç kavramın oluşmasına sebep olmuştur.⁹⁶

Adil semen fikri kendisini daha çok satım akdinde gösterir. Saint Thomas'a göre adil semen, akdin kurulması anındaki umumi kanaate aykırı olmayan objektif bir değer tayin edilerek tespit edilir. Bir akidde gabin bulunduğu iddia edilirse adil semen bu objektif değere bakılarak tespit edilirdi.⁹⁷

Adil ücret kavramı ise hizmet akdi ile ilgilidir. Ücret, hizmetin karşılığıdır. Diğer akidlerde olduğu gibi, hizmet akdinde de hizmetin mukabilinde adil bir ücret bulunmalıdır. Bu ücret de objektif olarak işçinin bulunduğu sosyal durumda elde edilen ücret miktarıdır.⁹⁸

Adil semen ve adil ücret fikrinden hareketle Kilise hukukunun faizi men etme sebebinin kolayca izah edilemeyeceği, müellifler tarafından belirtilmektedir. Bunlara göre, diğer kavramlardaki mantığı ile hareket edilseydi, faizin tamamen men edilmeyip adil faiz kavramına ulaşılması gerekecekti. Hâlbuki Kilise hukukçuları "faiz" ile "adalet" bağdaşmaz diyerek faizi Ortaçağ boyunca şiddetle yasaklamışlardır. Kilisenin faizi yasaklamasının sebebini gabne dayandıranlar da bulunmaktadır.⁹⁹

Gabinde edimler arasındaki dengesizliğin tespitinde değişmez objektif bir kıymet ölçüsüne başvurmak, muamelelerde aranan istikrarı sarsacak mahiyette olduğundan, bu tehlikeyi bertaraf etmek için adil semen zamanla azami, vasatî ve asgari olmak üzere üç dereceye ayrıldı. Buna göre hiç kimse "azami adil semenin"

⁹⁶ Elbir, *Gabin*, 29–30; Kalkan, *Gabin*, 15–16.

⁹⁷ Elbir, *Gabin*, 30; Kalkan, *Gabin*, 16.

⁹⁸ Elbir, *Gabin*, 30; Kalkan, *Gabin*, 16.

⁹⁹ Kalkan, *Gabin*, 1–17'de Uwe Wesel, *Geschichte Des Rechtes*, 238 ve Arminjon/Nolde/Wolf, *Traite De Droit Compare*, 58'den naklen.

üzerinde mal satamaz ve “asgari adil semenin” altında mal alamaz. Bu durumda gabin, sadece satıcı bakımından değil azami semenin iki mislini ödeyen alıcı bakımından da ileri sürülebilir. Adil semeni bu şekilde bir derecelendirmeye tabi tutmak, mutlak adaleti inkâr etmek olduğundan, müellifler Kilisenin bu şekilde hareket etmesinin bizzat kendi nazariyesini çürütmek demek olacağı kanaatini dillendirmişlerdir.¹⁰⁰

Kilise hukukunun bu prensipleri “laesio enormis”in kabulü ile iyice zayıflamıştır. Bu kaideye göre kâr, malın hakiki kıymetinin 2/3’ünden fazla ise gabin sebebiyle fesih hakkından feragat edilemez, bu orandan az ise edilebilirdi. Hıristiyan hukuku, edimler arasında meydana gelen dengesizliği daha ziyade ahlaki esaslardan hareket ederek koğuşturmuştur. Bu hukukta gabin yalnız akdin kuruluş safhasında değil, ifa zamanında da mümkün olabilirdi.¹⁰¹

Kilisenin kendi kendisi ile çelişki haline düşerek yumuşattığı bu uygulamaları, başarılı olamamıştır. Kilise daha çok felsefî ve ahlakî esasları ile Glossatorların faaliyetleri üzerinde etkili olmuştur.¹⁰²

Glossatorlar Orta Çağ’da Roma hukuku tetkiklerini başlatan ve çalışmalarıyla Orta Çağı yeniden Roma hukuku düşüncesine çeken akımdır. MS. 12. yüzyılda imparator Justinianus’un Corpus İuris Civilis’i yeniden keşfedildi. Ayrıca gabinle ilgili iki ünlü metnin bulunması, Kilisenin vicdanlara yerleştirmeye çalıştığı sözleşmelerde adalet ve denge fikrine hizmet edecek olan gabin müessesesinin yeniden incelenmesine vesile oldu.¹⁰³

İyi Hıristiyan olan Glossatorlar gabin kavramını (laesio enormis) Roma’dan sonra yeniden kullanmışlardır. Bu dönemde gabni hukukî bir temele oturtmaya çalışmışlarsa da genel bir kurala bağlamakta zorluk çekmişlerdir. İrade fesadı fikrinden hareket ederek iptal hakkını satıcıya olduğu gibi alıcıya da tanımışlardır. Ayrıca Kilise hukukunun da etkisi altında kalarak gabin müessesesini menkul alım

¹⁰⁰ Elbir, *Gabin*, 32’de Ossipow, 48 ve Demontes, 14’ten naklen; Kalkan, *Gabin*, 17.

¹⁰¹ Elbir, *Gabin*, 32; Kalkan, *Gabin*, 17.

¹⁰² Elbir, *Gabin*, 33; Kalkan, *Gabin*, 18.

¹⁰³ Elbir, *Gabin*, 34; Kalkan, *Gabin*, 18–19.

satımı da kapsar bir hale getirmişlerdir.¹⁰⁴ Bununla da kalmayarak gabin kira, trampa, taksim ve mal varlığı naklinde kabul etmişlerdir. Uzun vadeli kirada, sulh akdinde, bağışlamada ve çiftlik naklinde ise gabin sebebiyle akdin iptal edilip edilemeyeceği konusunda çeşitli tartışmalar söz konusu olmuştur.¹⁰⁵

XVI. yüzyıla kadar büyük bir gelişme gösteren gabinin uygulama alanı bu dönemden sonra önemini giderek kaybetmeye başlamıştır. Bir taraftan Kilise hukukunun temelini oluşturan adil semen (iustum pretium) fikri yıkılmış, diğer taraftan da gabin müessesini bir irade fesadı hali olarak düzenleyen Glossatorların düşüncesi terk edilmiş ve gabin sebebi ile iptal hakkından önceden feragat edilebileceği fikri itibar görmeye başlamıştır.¹⁰⁶

B. Avrupa Hukuk Sistemlerinde Gabin

1. Fransız Hukukunda Gabin

Fransız İhtilalinin başlıca eserlerinden biri olarak görülen Fransız Medeni Kanunu (Code Civil) gabin¹⁰⁷ kabul etmiş, ancak gabin sebebiyle fesih hakkını bazı sözleşmelerde ve bazı şahıslar hakkında söz konusu etmiş, böylece sözleşme yapma serbestisi ve irade serbestisi prensibine bağlı kalmıştır. Code Civil’de gabin, rızayı sakatlayan sebepler arasında 1118. maddede istisnai bir prensip olarak kabul edilmiştir. Bu maddeye göre “Gabin, anlaşmaları, ancak bazı akidlerde veya bazı şahıslar bakımından ifsat eder.” Bu maddede sözü edilenlerin başında reşit olmayanlar gelmektedir. Reşit olmayanlar için gabin sebebiyle sözleşmenin feshedilebilmesi asıl olup ancak istisnai hallerde sözleşme feshedilemez. Reşitler içinse gabin, gayrimenkul satışları, miras taksimi, şirket sözleşmeleri olmak üzere birkaç hukukî işleme hasredilerek istisnai olarak kabul edilmiştir.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Elbir, *Gabin*, 35; Kalkan, *Gabin*, 19–20.

¹⁰⁵ Kalkan, *Gabin*, 20’de Dekkers, 50–51’den naklen.

¹⁰⁶ Elbir, *Gabin*, 36; Kalkan, *Gabin*, 20–21.

¹⁰⁷ Fransız Medeni Kanununda gabin “lésion” kelimesi ile ifade edilmektedir.

¹⁰⁸ Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, 710, 721–722; Elbir, *Gabin*, 68; Özkaya, *Gabin—Hile—İkrah Davaları*, 16; Kalkan, *Gabin*, 20’de Ossipow, 65’ten naklen; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 31–32; Küçükgüngör/Emiroğlu, *Gabin*, 84, 87.

Fransız hukuku gabnin objektif unsurunu oluşturan karşılıklı edimler arasındaki dengesizliğin tayinini hâkimin takdirine bırakmamış, muayyen bir oranla tespit etmiştir. Bu oransızlık gayrimenkullerde 7/12 oranında olup akdi feshetme hakkı tıpkı Roma hukukunda olduğu gibi sadece satıcıya tanınmıştır. Akdi feshetme davasının, alım satımdan itibaren iki sene zarfında açılması gerekmektedir. Bu süre, bir hak düşürücü süre olarak kabul edilmektedir. Alıcı, yine Roma hukukuna benzer bir uygulama ile, eğer taşınmaz istiyorsa, özel bir hesaplama ile ortaya çıkan miktarı ve fesih davası tarihinden itibaren işleyen faizleri de ödemeye mecburdur. Yalnız gabin sebebi ile fesih talebi bazı gayrimenkuller için ileri sürülemez. Bunlar; semenin miktarı tesadüfe kalmış, akdin kurulduğu safhada belli olmayan alım satımlar, mahkeme marifetiyle yapılan mecburi satımlar, kamu yararı düşüncesi ile yapılan kanunlaştırmalardır. Mirasta, aynî taksimi feshetme hakkı veren oransızlık 1/4'tür. Gabnin bulunup bulunmadığını belirlemek için gayrimenkullerde gayrimenkulün satış, mirasta da malların taksim anındaki kıymeti nazarı dikkate alınır.¹⁰⁹

Fransız hukukunda gabne maruz kalan kişi gabinli işlemi ancak dava yoluyla ortadan kaldıracaktır. Buna gabin sebebiyle iptal davası denilebilir. Bu kavram nisbi butlan sebebiyle fesih ile nitelikleri itibariyle aynıdır. Zira her ikisinde de borcun doğuşu sırasında mevcut bir sebebe dayanarak işlemin geçmişe etkili olarak kaldırılması talep edilmektedir. Ancak bu iki kavram arasında doğdukları sebepler bakımından bir fark görülmektedir.¹¹⁰

Code Civil'in 1677. maddesi gereğince gabnin ispatı mahkeme kararı ile, ileri sürülen hadiselerin ağırlığı ve gerçeğe uygunluğu gabni doğurabilecek nitelikteyse kabul edilir. Gabin davasında birinci aşama hazırlık niteliğinde olup gabin hususunda delillerin kabul edilip edilmeyeceğini bir karara bağlamaya, ikinci aşama ise gösterilen deliller karşısında feshe karar verilip verilemeyeceğine ilişkindir.¹¹¹

¹⁰⁹ Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 348; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, 724; Elbir, *Gabin*, 71–92; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 32–33; Kalkan, *Gabin*, 25–27; Küçükgüngör/Emiroğlu, *Gabin*, 84, 87.

¹¹⁰ Küçükgüngör/Emiroğlu, *Gabin*, 87; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 33.

¹¹¹ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 33–34.

Görüldüğü gibi Avusturya gibi tamamen olmasa bile *laesio enormis* kurumuna kısmen sadık kalan bir başka ülke Fransa'dır. Fransız Medeni kanununda genel bir hüküm bulunmamasıyla birlikte bazı özel hükümlerde *laesio enormis* kurumunun yaşatıldığı görülmektedir.¹¹² Bununla birlikte Fransız mevzuatı gabin hususunda yetersiz görülmektedir. Kanun koyucu gabin yalnız objektif değerlendirmelerle bazı akidlerde ve farklı nispetler tayin ederek ele almaktadır. Bundan dolayı Fransız hukukundaki gabin genel bir teori oluşturmamakta ve nispetlerin farklılığının sebebi hakkında bir fikir vermemektedir.¹¹³

2. Alman Hukukunda Gabin

Alman hukukunda gabin, ahlaka aykırı işlemlerin bir türü olarak Medeni Kanununun 138. maddesinde düzenlenmiştir. Alman hukukuna 19. yüzyıl boyunca Liberalizmin de etkisiyle pek çok sınırlamanın kalktığı bir sözleşme özgürlüğü hâkim olmuştur. Fakat bu durum vahim sonuçlar doğurmuş ve neticede sözleşme özgürlüğüne yeniden sınırlandırmalar getirilmiştir. Bu bağlamda çeşitli tartışmalar ve merhaleler neticesinde gabin, ahlâk ve adaba aykırı fiillere müteallik 1900 tarihli Medeni Kanun, madde 138 ile kabul edilmiştir. Alman Medeni kanununda gabinin kabul edilmesinin asıl sebebinin “istismar” olduğu ifade edilmektedir.¹¹⁴

Alman hukukunda gabinden bahsedebilmek için aşağıdaki şartların varlığı aranır:

1) Objektif unsur, edimler arası nispetsizlik. Madde 138/2 nispetsizliği dikkate almada Fransız hukukunun aksine hâkime geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Hâkim bu takdir yetkisini kullanırken teamüllerden yararlanmalıdır.¹¹⁵

2) Sübjektif unsur, zarar görenin müzayaka, hiffet veya tecrübesizliğinin istismarıdır. Burada, diğer tarafın maddi veya manevi durumunu istismar ederek, kendisi veya bir üçüncü şahıs lehine fâhiş bir menfaat temin edilmesi durumu söz

¹¹² Buz, “Sözleşmenin Ayakta Tutulması”, 57’de Becker, *Laesio Enormis*, 57’den naklen.

¹¹³ Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, 724; Kalkan, *Gabin*, 28; Küçükgüngör/Emiroğlu, *Gabin*, 84.

¹¹⁴ Elbir, *Gabin*, 102–104; Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, II, 712; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 37–38; Kalkan, *Gabin*, 29–31.

¹¹⁵ Elbir, *Gabin*, 105–106; Kalkan, *Gabin*, 31; Buz, “Sözleşmenin Ayakta Tutulması”, 58.

konusudur. Müzayaka ile iktisadi bir ihtiyaç anlaşılır. Yani zarar görenin iktisadi varlığını tehlikeye düşürecek bir para ihtiyacı söz konusu olmalıdır. Müzayaka halinde olmanın, zarar görenin fiili neticesinde meydana gelmiş olmasının hiçbir önemi yoktur.¹¹⁶

Bir hukukî muamelede gabinden bahsedebilmek için hem objektif hem de sübjektif unsurların bir arada bulunması gerekmektedir.¹¹⁷ Ahlaka aykırı bir şekilde zarar verme kastı da, aranan sübjektif şartın içinde yer almaktadır.¹¹⁸

Gabin ahlak ve adaba aykırı kabul edildiğinden, gabnin hukukî neticesi butlandır. Alman Medeni Kanununun bu düzenlemesi ile gabin yaptırımının yani “Wucher”in artık “laesio enormis”i de içine aldığı söylenebilir.¹¹⁹ Gabin ile malûl bir sözleşmenin, edimleri makul hadde indirerek sözleşmeyi butlanın etkisinden kurtarmanın mümkün olup olmadığı tartışmalıdır.¹²⁰

3. Avusturya Hukukunda Gabin

Avusturya Medeni Kanununun 934. maddesinde “her karşılıklı akidde, verdiği şeyin ifade ettiği kıymetin yarısını bile alamamış olan taraf akidenden rücû edebilir.” denilmektedir. Bu hükümlerle bugün yürürlükte olan modern kodifikasyonlar içerisinde Roma hukukundaki laesio enormis kuralına sadık kalma özelliğine sahip olan kanun Avusturya Kanunu olmuştur.¹²¹

4. İngiliz Hukukunda Gabin

İngiliz hukukunda, gabnin yerini tutan ve hatta gabin kurumundan daha geniş sayılabilecek kavram *undue influence* (haksız ve gayri meşrû nüfuz kullanımı) olarak adlandırılmakta ve iradeyi sakatlayan sebeplerden sayılmaktadır. *Laesio enormis*,

¹¹⁶ Elbir, *Gabin*, 107; Kalkan, *Gabin*, 31; Buz, “Sözleşmenin Ayakta Tutulması”, 58.

¹¹⁷ Elbir, *Gabin*, 108; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 38; Kalkan, *Gabin*, 32; Buz, “Sözleşmenin Ayakta Tutulması”, 58.

¹¹⁸ Kalkan, *Gabin*, 32’de Wesel, 381–382’den naklen.

¹¹⁹ Özkaya, *Gabin–Hile–İkrah Davaları*, 16; Buz, “Sözleşmenin Ayakta Tutulması”, 58; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 38; Kalkan, *Gabin*, 32’de Kittelman, 97’den naklen; Küçükgüngör/Emiroğlu, *Gabin*, 87.

¹²⁰ Buz, “Sözleşmenin Ayakta Tutulması”, 59.

¹²¹ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 36; Buz, “Sözleşmenin Ayakta Tutulması”, 57’de Koziol/Welser, 271’den naklen.

eski İngiliz hukukunun şekilci ve sert yapısıyla bağdaşmadığından, benzer bir müessese olan *undue influence*, ancak sonradan geliştirilen iradeyi sakatlayan sebepler teorisi sayesinde İngiliz hukukuna girebilmiştir. Böylece gabine karşı bahşedilen haklar İngiltere’de bu müessese ile himaye görmüştür.¹²² Bu prensibin altında yatan temel düşünce insanların kendilerinden daha iyi ve yüksek konumda olan diğer insanlar tarafından sömürülmelerinin önüne geçilmek istenmesidir.¹²³

Aralarındaki benzerliğe rağmen *undue influence* kavramı, gabinden çok daha geniştir. Çünkü bir şahsın diğer bir kimsenin nüfuzu altında bulunarak akdettiği tüm işlemlerde, irade ve rızanın serbest olmadığı, *spiritual tyranny*, yani ruhi ve manevi zorlama altında bulunulduğu, iradeye haksız olarak nüfuz edildiği karinesi mevcuttur. Haksız menfaat elde eden tarafın, aleyhine haksız menfaat elde edilen taraf iradesinin serbest olduğunu, haksız bir nüfuzun kullanılmadığını, akdin dürüst bir biçimde akdedildiğini ispat ederek karineyi çürütmesi gerekmektedir. İradenin serbest olduğu ispat edilemezse, zarar gören taraf haksız nüfuz kullanıldığını ileri sürerek işleme her zaman itiraz edebilir.¹²⁴

Haksız kullanılan nüfuz altında akid yaptığını ispat eden herkes, kural olarak yaptığı akidden kurtulabilir. Ancak inançlı işlemler, ana–baba ile çocuk, vasî–vesayet altında bulunan, avukat ve müşterisi, hekim ile hasta, cahil bir şahısla okuryazar gibi özel güven ilişkisinin gerektiği taraflar arasında, zayıf taraflar özel bir korumaya tabi kılınarak, bu şahıslar lehine *undue influence* karinesi tanınmış ve ispat külfeti yer değiştirmiştir.¹²⁵

Undue influence sebebiyle akdin iptali için taraflardan birinin hususi nüfuzunun kullanılmış olması yeterlidir. Zarar görenin uğradığı zararın büyüklüğünün önemi yoktur. *Undue influence* halinde nüfuz ve itimat sebebiyle iradede bir gevşeme, dikkatte bir azalma meydana geldiği kabul edilmekte, bu

¹²² Kalkan, *Gabin*, 39; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 34.

¹²³ Kalkan, *Gabin*, 39’da Burrows, 193’ten naklen.

¹²⁴ Kalkan, *Gabin*, 41; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 34.

¹²⁵ Elbir, *Gabin*, 60–61; Kalkan, *Gabin*, 42–43, 44; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 35.

yüzden burada dikkate alınan husus, adalet ve eşitlik fikri değil, rızanın geçerli bir şekilde gerçekleşip gerçekleşmediğidir.¹²⁶

5. İtalyan Hukukunda Gabin

Gabin, İtalyan Medeni Kanununun 1448. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre taraflardan birinin müzayaka halinden yararlanarak edimler arasında yarından fazla bir oransızlık meydana getirilmesi halinde diğer taraf bir yıl içerisinde sözleşmenin sona erdirilmesini talep etme hakkına sahiptir. Ancak edimler arasında lehine oransızlık bulunan taraf, sözleşmenin uyarlanmasını önererek, sona ermeye engel olma hakkına sahiptir.¹²⁷

6. Türk ve İsviçre Hukukunda Gabin

1811 tarihli İsviçre Borçlar Kanununda gabine ilişkin hiçbir hükme rastlanılmamaktadır. Borçlar kanunu, aşırı menfaat sağlanması veya elde edilmesi halinde yaptırım kantonların cezai mevzuatına bırakmıştı.¹²⁸

Gabin ile ilgili hükmün 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanununa girmesi kanunlaştırma sürecinde çeşitli tartışmalara yol açmış ve yaklaşık 20 metin üzerinde tartışıldıktan sonra bugünkü şeklini almıştır. Devrin sosyal telakkileri gereği zayıfları ve tecrübesizleri himaye etmek için Alman Medeni Kanununun 138/II hükmü esas itibarıyla 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu tarafından devralınmış, oradan da Türk Borçlar Kanununun 21. maddesine geçmiş olup menşeyini murabahayı yasaklayan hükümler teşkil etmektedir. Ancak Alman Medeni Kanununda görülen ahlaka aykırı işlemlerin butlanını gerektiren genel kural ile gabin arasındaki bağlantı Türk-İsviçre Borçlar Kanununda kalmamıştır.¹²⁹

4 Ekim 1926 tarihli Türk Borçlar Kanunu 21. maddesinde yer alan şekli ile gabin Fransızca metinden şu şekilde tercüme edilmiştir: “Bir akidde ivazlar arasında açık bir nispetsizlik bulunduğu takdirde, eğer gabin mutazarrırın müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden yahut tecrübesizliğinden istifade suretiyle vukua

¹²⁶ Elbir, *Gabin*, 63; Kalkan, *Gabin*, 44; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 35.

¹²⁷ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 35–36.

¹²⁸ Elbir, *Gabin*, 141; Kalkan, *Gabin*, 45.

¹²⁹ Özkaya, *Gabin—Hile—İkrah Davaları*, 16; Kalkan, *Gabin*, 46; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 39.

getirilmiş ise, mutazarrır bir sene zarfında akdi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir. Bu müddet akdin in‘ikadından itibaren cereyan eder.”¹³⁰ Bu maddede gabin hükmü “aldatma” unsurunu aramadığı halde, Mecelle’nin tesiri altında kalınarak mahkeme içtihadının bir kısmında bu unsur aranmıştır.¹³¹

Türk Borçlar Kanununda gabin, İsviçre’de olduğu gibi, dar ve zor durumda kalmaları sebebiyle akid yapmaya sürüklenmiş kişileri korumak, zayıfı güçlüye, safi kurnaza ezdirmemek için, daha çok sosyal amaçlı bağımsız bir müessese olarak düzenlenmiştir. Nitekim ahlâk ve adaba aykırı akidlerin butlanı Borçlar Kanununun 27. maddelerinde, hata, hile, ikrah gibi iradeyi ifsad eden sebepler 30 ila 39. maddelerinde hükme bağlanırken gabin 28. maddesinde bağımsız bir müessese olarak düzenlenmiştir.¹³²

Bu madde genel hüküm niteliği taşıdığından çeşitli akid türlerine, bu arada gabin hükümleri Medeni Kanunun 5., Ticaret Kanunun 2 ve 3. maddeleri uyarınca Medeni Kanun akidleri ile ticari akidlere de uygulanabilmektedir. Çeşitli kanunların özel hükümlerinde de edimler arasındaki aşırı nispetsizliği önleyen hükümler yer almış bulunmaktadır. Bu durumda özel bir hüküm bulunmadığı takdirde 28. maddenin hükmü iki taraflı ve ivazlı tüm akidlerde uygulanabilmektedir.¹³³ Yeri geldikçe Türk Borçlar hukuku ile İslâm hukuku arasında karşılaştırmalar yapılmıştır.

C. İslâm Ülkelerindeki Hukuklarda Gabin

1. Mısır Hukukunda Gabin

1929 tarihli eski Mısır Medeni Kanunu gabin konusunda Fransız Medenî Kanunundan etkilenmiştir. Bunun neticesinde gabin istisnâî durumlarda kabul edilmiştir.¹³⁴ 1948 tarihli Mısır Medenî Kanununda gabin 129. maddede istiğlâl adıyla vazedilmiş olup üç fıkroda ele alınmıştır:

¹³⁰ BK. md. 21.

¹³¹ Elbir, “Gabin”, 5.

¹³² Özkaya, *Gabin—Hile—İkrah Davaları*, 16.

¹³³ Özkaya, *Gabin—Hile—İkrah Davaları*, 16–17.

¹³⁴ Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, 710.

1) Taraflardan birinin akid gereği elde ettiği ile borçlandığı veya akid yapan diğer tarafın borçlandığı ile kendi borçlandığı arasında fâhiş oransızlık bulunur ve taraflardan birisi de akdi “açık hiffet” veya “aşırı ihtiyaç” sebebiyle yaparsa, aldanan tarafın talebi üzerine hâkim akdi iptal eder veya aldanan tarafın borcunu azaltır.

Bu fıkradan da anlaşılacağı üzere gabnin maddi ve manevi olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. Maddi unsur edâlar arasındaki oransızlık olup alışılmışın dışında fâhiş olması gerekmektedir. Ayrıca bu oransızlık, maddi olmasına rağmen sabit bir rakam olmayıp durum ve şartlara göre hâkim tarafından takdir edilmektedir. Hâkim, kıymet takdirinde bulunurken malın maddi kıymetinden daha çok akdi yapan taraf için taşımış olduğu subjektif kıymetine bakar. Çoğunlukla akdi yapan taraf için bir malın taşımış olduğu kıymet ile piyasa kıymeti birbirinden farklıdır. Meselâ, bir kimse evine bitişik küçük bir araziye evini genişletmek veya evine bahçe kazandırmak için kıymetinin kat kat fiyatı ile satın alsa, maddi anlamda fâhiş oransızlık gerçekleşmiş olur, fakat subjektif olarak fâhiş oransızlık, dolayısıyla da gabnin gerçekleşmez.¹³⁵

Mısır hukukunda subjektif unsur iki grupta incelenir. Birinci grupta yer alan subjektif unsur aldatanla ilgili olup aldatanın karşı tarafı yanıltma ve sömürme niyetidir. İkinci grupta yer alan subjektif unsur aldanana ilgili olup iki unsurdan müteşekkildir. Birincisi *hiffet* (طَيْش) olup kişinin, tasarruflarının neticelerini düşünmemesi demektir. Hiffetin devamlılık göstermesi şart olmayıp açık, zahir ve meşhur olması gerekir. Hiffet devamlılık arzetmiş olsaydı bunama hastalığı (sefeh) ile aynı olmuş olurdu. Meselâ zevkine düşkün bir gencin miras malına sahip olması neticesinde mallarını düşük fiyatla satması veya fâhiş fiyatlarla borçlanması hiffete örnek gösterilebilir. İkincisi ise *heves* (هوى) olup insanı ele geçirecek ve karşı tarafın isteklerine boyun eğdirecek derecede aşırı olması gerekir. Genç bir kadınla evlenen, kendisini terk edeceği korkusuyla bütün taleplerini kabul eden ve neticede karısının istismarına maruz kalan yaşlı kocanın durumu buna örnek gösterilebilir.¹³⁶

¹³⁵ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, 716–717.

¹³⁶ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, 718, 754; Sa' de, *Nazariyyetü'l- 'akd*, 298–299.

Bu fıkrada dikkati çeken diğer husus da hâkimin akdi iptal etme ve aldananın borcunu düşürme, başka bir ifadeyle fâhiş oransızlığı bertaraf etme şeklinde iki türlü karar verme hakkının bulunmasıdır. Dolayısıyla gabnin, “iptal” ve “aldatılanın borcunun azaltılması” olmak üzere iki müeyyidesi bulunmaktadır. Aldatılan taraf akdi iptal etmek için mahkemeye başvurduğu zaman hâkim, akdi iptal etmeyip yalnızca oransızlığı kaldırma şeklinde karar verebilir. Fakat aldatılan taraf, oransızlığın kaldırılması için mahkemeye başvurduğu zaman hâkimin akdi iptal etme hakkı ortadan kalkar. Çünkü bu durumda davacının talep ettiği daha fazlası kendisine verilmiş olur ki, bu da caiz değildir.¹³⁷

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus da, sübjektif unsurun hiffet ve hevesle sınırlı olup olmayacağıdır. Hâkim kanaate göre, sübjektif unsur hiffet ve hevesle sınırlıdır. Buna benzer irade bozuklukları, gabnin sübjektif unsurları arasında telakki edilmez.¹³⁸

2) Akdin yapıldığı tarihten itibaren bir sene içerisinde davanın açılması gerekir. Aksi takdirde dava dinlenmez. Dava açma hakkının bir sene içerisinde ortadan kalkacağı hükmü, diğer iradeyi bozan sebeplerdeki sürelerle farklılık arz etmektedir. Bazı hukukçulara göre bunun sebebi zarar görenin himaye edilmesi ve hukuki işlemlerdeki istikrârı koruma arzusudur. Fakat kişiyi gabin içeren akid yapmaya sürükleyen sübjektif unsur, bazen bir seneden de fazla sürebilmektedir. Bunun için de bu bir senelik müddetin sübjektif unsurun sona erdirilmesinden itibaren başlatılması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.¹³⁹

3) İvazlı akidlerde aldatan taraf, hâkimin beyanına binaen oransızlığı izale edecek miktarı aldanan tarafa ifa etmesi durumunda iptal müeyyidesinden kurtulabilir.¹⁴⁰

Mısır Medeni hukukuna göre sigorta gibi ihtimalli (muhataralı) akidlerde gabin meydana gelir. Çünkü bu tip akidlerin taşıdığı talih, tesadüf ve belirsizlik sebebiyle

¹³⁷ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, 719; Sa^c de, *Nazariyyetü'l- 'akd*, 311.

¹³⁸ Sa^c de, *Nazariyyetü'l- 'akd*, 299.

¹³⁹ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, 719.

¹⁴⁰ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, 715–716.

bedellerden birisinin zayı olup fâhiş bir zarar veya fâhiş bir kârın yaşanması söz konusudur.¹⁴¹

130. maddeye göre gabnin tatbik edilmesi ancak bazı akidlerdeki oransızlıkla ilgili özel hükümlere veya kâr oranlarına aykırı düşmemesi durumunda mümkündür. Buna göre 1948 tarihli Mısır Medeni Kanununda gabin kavramıyla ifade edilen fâhiş oransızlık aşağıdaki durumlarda tek başına hüküm doğurmaktadır:

Ehliyetsiz veya ehliyeti eksik olan kimsenin akarının satım akdine konu olması durumunda 425. maddenin birinci fıkrasına göre oransızlığın 1/5'ten fazla olması durumunda satıcı, semenin emsal semeninin 4/5'ine tamamlanmasını talep edebilir. Bu maddenin ikinci fıkrasına göre oransızlığın takdiri akarın akid anındaki kıymetine göre yapılır. 426. maddenin birinci fıkrasına göre 4/5'e tamamlama faaliyeti ehliyetin tahakkukundan veya akârın sahibinin ölümünden itibaren üç sene içerisinde sona erer. 845. maddeye göre karşılıklı rıza ile meydana gelen taksim akdinde taraflardan birinin % 50 oranında aldandığını ispat etmesi durumunda taksim akdinin bozulması caizdir. Aynı şekilde 809. maddenin ikinci fıkrasında vekâlet ve 515. maddenin birinci fıkrasında şirket akdindeki oransızlık tek başına akdin bozulmasına sebebiyet vermektedir.¹⁴²

2. Irak Hukukunda Gabin

1951 tarihli Irak Kanunu gabin kavramına yer vermekte olup bu kanunda gabin olarak ifade edilen fâhiş oransızlık tağrîrle birlikte bulunduğu zaman akid “mevkûf” hale gelmektedir.

Irak Kanununun 124. maddesine göre bazı özel hallerde tek başına fâhiş oransızlığın akde etki yapabilmesi için aldananın mahcûr veya üzerinde fâhiş oransızlık tahakkuk eden malın devlet malı ya da vakıf malı olması gerekmektedir. Böyle durumlarda fâhiş oransızlık tek başına akdin bâtil olmasına sebebiyet vermektedir.

¹⁴¹ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, 717-718.

¹⁴² Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, 716.

Kanunun 125. maddesinde “istiğlâl” kavramına yer verilmiştir. Bu maddeye göre “Taraflardan birisi karşı tarafın ihtiyacını, hiffetini, hevesini, tecrübesizliğini veya akıl zayıflığını istismar ederse ve neticesinde de fâhiş oransızlık vuku bulursa, aldatılan kimsenin akdin yapıldığı tarihten itibaren bir sene içerisinde fâhiş oransızlığın makul bir seviyeye indirilmesini, yapılan tasarrufun teberru türünde olması durumunda ise akdin feshedilmesini talep edebilir.

Irak hukukundaki gabin beş yönüyle Mısır hukukundaki gabinden farklılık arz etmektedir:

1) Irak hukuku ihtiyaç, tecrübesizlik, idrak etme zafiyeti, hiffet ve heves olmak üzere gabinin birçok sübjektif unsuruna yer vermiştir. Fakat Mısır hukuku gabinin sübjektif unsurları arasında sadece “hiffet” ve “heves”e yer vermiştir.

2) Mısır hukuku, hiffeti “apaçık” olma, hevesi de “aşırı” olma vasfıyla nitelendirmiştir. Fakat Irak hukukunda böyle bir nitelendirme yoluna gidilmemiştir.

3) Irak hukuku teberrûya konu olan tasarruflarda da gabinin söz konusu olacağı konusunda açık hüküm vazedmiştir. Fakat Mısır hukukunda böyle açık bir hüküm vazedilmemiştir.

4) Irak hukukunda fâhiş oransızlık objektif ölçütlere göre takdir edilmektedir. Buna göre tıpkı İslâm hukukunda olduğu gibi insanların kendisi ile aldanmayacağı bir oransızlık veya bu doğrultuda tayin edilen muayyen bir oransızlık gerçekleştiği zaman fâhiş oransızlık söz konusu olur. Fakat Mısır hukukunda fâhiş oransızlık akdin tarafları nazarı dikkate alınarak, bir başka ifadeyle sübjektif ölçütlere göre takdir edilmektedir.

5) Irak hukukunda gabinin sonucu; ivazlı akidlerde fâhiş oransızlığın kaldırılması, teberruda ise akdin feshedilmesidir. Fakat Mısır hukukunda ivazlı akidlerde gabinin sonucu; akdin iptal edilmesi veya borcun makul bir seviyeye indirilmesidir. Ayrıca teberruyla ilgili kanunda, sarîh bir hüküm vazedilmemiştir.¹⁴³

¹⁴³ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, 725, 728; Sa' de, *Nazariyyetü'l- 'akd*, 291.

Irak hukukuna göre gerek objektif, gerekse sübjektif unsurların gerçekleştiğini ispat etme mükellefiyeti, aldatılan tarafa aittir. Çünkü aldatılan taraf, iddîacı konumundadır. Fakat bunun takdirini hâkim yapar.¹⁴⁴

3. Lübnan Hukukunda Gabin

1934 tarihli Lübnan Borçlar Kanununun 213. maddesinde gabin “ivazlı akidlerde, alacaklı tarafla borçlu tarafın bedelleri arasında oransızlığın ve dengesizliğin bulunması” şeklinde tanımlanmaktadır. 214. maddede ise gabinin esasta aldanan kimsenin iradesini bozmadığı ifade edilmektedir. Şu durumlarda akdin müeyyidesi “iptal” olmaktadır:

a) Aldanan kimse mahcur olduğu zaman tek başına gabin hüküm ifade eder.

b) Aldanan kimsenin reşit olması durumunda gabinin hüküm ifade edebilmesi için iki unsurun tahakkuk etmesi gerekmektedir. Birinci unsur, bedeller arasında alışılmışın dışında fâhiş bir oransızlıktır. İkinci unsur ise, gabinden istifade eden tarafın, karşı tarafın hiffet, tecrübesizlik ve müzayaka durumunu sömürmesidir.¹⁴⁵

Lübnan hukukunda şu husus dikkati çekmektedir: Türk hukukunda kullanılan gabin kavramı bütün İslâm ülkelerinin hukuklarında “istiğlâl” kavramıyla ifade edilirken Lübnan hukukunda, Türk hukukunda olduğu gibi gabin kavramıyla ifade edilmiştir.

4. Sudan Hukukunda Gabin

Diğer İslâm ülkelerinde olduğu gibi Sudan hukukunda da gabin “istiğlâl” kavramıyla ifade edilmekte olup Medeni Kanununun 115. maddesinde vazedilmektedir. Bu maddeye göre gabinle ilgili şu hükümlere yer verilmektedir:

a) Akdin taraflarından birinin elde ettiği ile karşı tarafın borçlandığı bedeller arasında alışılmışın dışında oransızlık olduğu ve aldanan tarafın ihtiyacı, hiffeti, hevesi, tecrübesizliği veya idrak etme zafiyeti istismar edildiği veya genel anlamda aldanan tarafın rızasının kâmil bir seçme hürriyetinden meydana gelmediği

¹⁴⁴ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, 727.

¹⁴⁵ Sa' de, *Nazariyyetü'l-'akd*, 290.

anlaşıldığı zaman mahkeme, aldanan tarafın talebi üzerine akdi iptal etme veya aldanan tarafın borcunu azaltma yoluna gider.

b) Hukukî işlemin hibe olması durumunda ve tasarrufta bulunan kimsenin borçlandığı bedelin servetiyle orantılı olmaması veya aynı şartlardaki alışılmış hibe tasarrufunun üstünde olması durumunda mahkeme, tasarrufta bulunan kimsenin talebi üzerine akdi tümüyle iptal eder veya nisbi iptal yoluyla oransızlığı ortadan kaldırmaya hükmeder.

c) Bütün bu durumlarda aldatan taraf, mahkemenin oransızlığın bertaraf edilmesi için yeterli gördüğü miktarı ifa ettiği zaman akdin iptal edilmesini önlemiş olur.¹⁴⁶

Genel değerlendirme: İslâm ülkelerinin hukuklarında, gabnin telakkisi ülkeden ülkeye farklılık arz etmektedir. Mısır, Suriye, Libya ve Kuveyt Kanunları gabnin sübjektif unsurlarından sadece hiffet ve hevese yer vermişlerdir. Lübnan hukuku ise gabnin müzayaka, hiffet ve tecrübesizlik unsurlarına yer vermiştir. En geniş anlamda sübjektif unsurlara yer veren Irak ve Sudan hukuklarıdır.¹⁴⁷

Gabnin hukukî sonuçlarında da farklı hükümler vazedilmiştir. Mısır, Suriye, Libya ve Kuveyt hukuklarında gabnin hukukî sonucu akdin iptal edilebilir olması veya aldanan tarafın borcunun azaltılma cihetine gidilmesidir. Aldatan taraf, ivazlı akidlerde hâkimin takdir ettiği gabni ortadan kaldırarak oranı ödemesi durumunda akdin iptal edilebilirliği ortadan kalkar. Lübnan hukukunda gabnin hukukî sonucu; sadece akdin iptal edilebilir olmasıdır. Irak hukukunda ise ivazlı akidlerdeki bedeller arasındaki fâhiş oransızlığın makul bir seviyeye indirilmesidir. Teberru akidlerinde ise aldanan tarafın da akdi feshedebilmesidir. Sudan hukukunda da ivazlı akidlerde gabnin hukuki sonucu akdin iptal edilebilir olması veya aldanan tarafın borcunun azaltılma yoluna gidilmesidir. Hukukî işlemin hibe olması durumunda mahkeme, tasarrufta bulunan kimsenin talebi üzerine akdi tümüyle iptal eder veya nisbi iptal yoluyla oransızlığı ortadan kaldırmaya hükmeder. Bütün bu durumlarda aldatan taraf,

¹⁴⁶ Sa^c de, *Nazariyyetü'l- 'akd*, 292.

¹⁴⁷ Sa^c de, *Nazariyyetü'l- 'akd*, 292–293, 300.

mahkemenin oransızlığın bertaraf edilmesi için yeterli gördüğü miktarı ifa ettiği zaman akdin iptal edilebilir olmasını önlemiş olur.¹⁴⁸

D. İslâm Hukukunda Gabin

1. Fıkıhın Temel Kaynaklarında Gabin

Gabin kökünden türeyen kelimeler gerek Kur'an-ı Kerîm'de, gerekse hadislerde yer almaktadır. Kur'ân'ı Kerîm'de bir âyette, gabin kökünden türeyen ve içinde bulunduğu sûreye¹⁴⁹ adını veren “teğâbün” kelimesi geçmektedir. Burada âhiret gününün “teğâbün günü” olduğu belirtilmektedir. Kelimeye verilen birçok farklı anlamın ana temasını, kâfirlerin imana karşı küfrü, âhirete karşı dünyayı tercih etmeleri sebebiyle sonuçta zararlı; müminlerin de kârlı çıktığı fikri oluşturmaktadır.¹⁵⁰ Hasan Basrî (ö. 110/728), ayette geçen “teğâbün” kelimesinin anlamını “inkâr edenlerin, küfrü imana tercih etmeleri sebebiyle akıllarının eksik olduğunun farkına varmaları” şeklinde açıklamıştır.¹⁵¹

Kanaatimize göre bu ayette geçen “teğâbün” kelimesi “inkâr edenlerin, inkârları neticesinde dünyada elde ettikleriyle, bu inkârlarından dolayı ahirette kaybettikleri arasında büyük bir oransızlığın bulunması sebebiyle aldanmış, Müslümanların da dünyada mü'min olarak yaptıklarının karşılığını ahirette orantısız bir şekilde, fazlasıyla, kat kat elde edecek olmaları sebebiyle kazançlı çıkmış olacakları ve dünya ile ahiret kazançları arasında büyük bir oransızlığın bulunacağı” anlamına gelmektedir. Bu durum, tıpkı satım akdinde fâhiş oransızlıkla kazançlı veya zararlı çıkan kişilerin durumuna benzemektedir. İnkâr eden fâhiş oransızlıkla zararlı; iman eden de fâhiş oransızlıkla kazançlı çıkan kişinin durumunu arzetmektedir.

¹⁴⁸ Sa' de, *Nazariyyetü'l- 'akd*, 292–293.

¹⁴⁹ Teğâbun, 64/9.

¹⁵⁰ Kurtubî, *el-Câmi 'c*, XVIII, 136; İbn Manzûr, *Lisânü'l- 'Arab*, “ğ-b-n” maddesi, XIII, 309; Fîrûzâbâdî, *Kâmûs*, 1573; İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, IV, 1815, Bardakoğlu, “Gabin”, XII, 268.

¹⁵¹ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 730.

Habban hadisinin bütün rivayetleri incelendiği zaman, İbn Mâce (ö. 273/887), Beyhakî (ö. 458/1066) ve Dârekutnî'nin (ö. 385/995) rivayetleri dışındaki hadislerde “gabin” kelimesinin kullanılmadığı, aldatma anlamına gelen kelimelerin kullanıldığı dikkat çekmektedir. İbn Mâce, Beyhakî ve Dârekutnî'nin rivayetinde ise Habbân'ın devamlı gabne maruz kaldığı ifadesi yer almaktadır. Hadisin devamında, Hz. Peygamber'in bu sahabiye satın aldığı her mal için üç gün muhayyerlik hakkı tanıdığı, bu süre zarfında aldığı malı beğenmediği takdirde sahibine iade edebileceğini söylediği de rivayet edilmektedir.¹⁵⁶

Gabin ve gabnin akde tesiri konusunda sünnette bol malzeme bulunmamaktadır. Hukukun her alanındaki görüş ve hükümlerin Kur'an ve Sünnet'le irtibatlandırılması geleneğinin tabii sonucu olarak, “Habbân hadisi” gabin, hacr, muhayyerlik gibi konularda İslâm hukukçuları için önemli bir kaynak teşkil etmekte, bu konularda farklı görüşlere sahip fakihler ve hukuk ekollerinin her biri tarafından farklı yorumlara tabi tutulmaktadır.¹⁵⁷

İçinde gabin kelimesinin yer aldığı bir diğer hadiste Resûlullah'ın, Hz. Câbir'in devesini satın almak istemesi üzerine Câbir, deveyi kendisine hibe edebileceğini söyler. Resûlullah bunu kabul etmez ve deveye bir dirhem teklif eder. Fakat Câbir, deveyi bir dirheme satın alması durumunda Hz. Peygamberin kendisini gabne maruz bırakacağını (deveyi bedelinden ucuza almış olacağını) söyler. Bunun üzerine iki dirhem teklif eder. Fakat bu teklifi de kabul etmemesi üzerine bir ûkiyyeye (40 dirheme)¹⁵⁸ kadar teklifi yükseltir ve iki taraf da bir ûkiyyede ittifak eder.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Bu hadisin İbn Mâce'deki rivayeti şu şekildedir: حَدَّثَنَا أَبُو بَكْرِ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ حَدَّثَنَا عَبْدُ الْأَعْلَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْحَاقَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى بْنِ حَبَّانٍ قَالَ هُوَ جَدِّي مُنْفَذُ بْنُ عَمْرٍو وَكَانَ رَجُلًا قَدْ أَصَابَتْهُ آمَةٌ فِي رَأْسِهِ فَكَسَّرَتْ لِسَانَهُ وَكَانَ لَا يَدْعُ عَلَى ذَلِكَ النَّجَارَةَ وَكَانَ لَا يَزَالُ يُعِينُ فَأَتَى النَّبِيَّ -صلى الله عليه وسلم- فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ فَقَالَ لَهُ « إِذَا أَنْتَ بَايَعْتَ فَقُلْ لَا جَلَابَةَ. ثُمَّ أَنْتَ فِي كُلِّ سَلْعَةٍ ابْتِغَيْتَهَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثَ لَيَالٍ فَإِنْ رَضِيتَ فَأَمْسِكْ وَإِنْ سَخِطْتَ فَارْذُدْهَا عَلَى صَاحِبِهَا ». (İbn Mâce, “*Ahkâm*”, 24). Ayrıca bk. Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, V, 273; Dârekutnî, *Sünen*, IV, 9.

¹⁵⁷ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 410; Nevevî, *Minhâc*, 256; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, IV, 224; Bardakoğlu, “*Gabn*”, XIII, 268–269.

¹⁵⁸ Bu hadisin söz konusu olduğu dönemde 1 ukiyye, 40 dirhem değerindeydi. (Bk. İbn Hacer, *Fethü'l-bârî*, V, 316).

Bu hadisin farklı rivayetlerinde Hz. Peygamber'in, bedelini ödedikten sonra deveyi Hz. Câbir'e bağışladığı ve kendisine “Devenin bedelini eksik verdiğimi mi düşündün? Deveni al, parası da sende kalsın.” demiştir.¹⁶⁰ Tahâvî'ye (ö. 321/933) göre bu hadiste gerçek anlamda bir satım akdi gerçekleşmemektedir. Çünkü sonuçta Hz. Peygamber, deveyi almıyor.¹⁶¹ Kanaatimize göre de Resûlullah, maddi durumu iyi olmayan Câbir'e, kendisini rencide etmeyecek bir tarzda ikramda bulunmak istemiştir. Bununla birlikte Câbir b. Abdullah, gabin kelimesini, diğer hadis ve metinlerde de olduğu gibi bedeller arasındaki oransızlık anlamında kullanması ve söz konusu oransızlığın mağdur tarafından hoş karşılanmayacağını ifade etmesi, konumuz açısından önem arz etmektedir. Yine hadisten anlaşıldığına göre deveye öncelikle bir dirhem değer biçiliyor. Bu durumda akla devenin en fazla iki veya üç dirhem yapabileceği gelmektedir. Fakat bu deveye Resûlullah o zamanın kıymetiyle 40 dirhem değerinde olan bir ükiyye veriyor. Bu da Resûlullah'ın aleyhinde bir fâhiş oransızlığın olduğunu göstermektedir. Fakat Resûlullah bunu bile bile ve karşı tarafta ikramda bulunmak maksadıyla yaptığı anlaşılmaktadır. Bundan dolayı da denebilir ki, herhangi bir darda kalma durumu olmaksızın bile bile meydana getirilen fâhiş oransızlık akde etki etmez.

Hz. Osman dönemindeki bir hâdise de bize gabinle ilgili bilgi vermektedir. Abdullah b. Ömer diyor ki: Ben Vâdi'l-kurâ'daki bir malımı Hayber'deki arazisine karşılık halife Hz. Osman'a sattım. Satım akdi tamamlanınca, akdi bozar korkusuyla hemen arkamı dönüp evden çıktım. Çünkü sünnete göre taraflar ayrıldıkları sürece akdi bozabilirler. Fakat akdin bağlayıcı hale gelmesinden sonra onun aleyhinde gabinli muamelede bulunduğumu anladım. Çünkü ben kendisine Semûd arazisine üç

¹⁵⁹ Hadisin ilgili kısmı Ahmed b. Hanbel'de şu şekilde rivayet edilmektedir: قَالَ: وَتَحَدَّثَ مَعِيَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: " أَتَبِيعُنِي جَمَلَكَ هَذَا يَا جَابِرُ ؟ " قَالَ: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، بَلْ أَهْبُهُ لَكَ . قَالَ: " لَا، وَلَكِنْ بِغْنِيهِ " قَالَ: قُلْتُ: فَسُئِمَنِي بِهِ . قَالَ: " قَدْ أَخَذْتُهُ بِرِزْهِمْ "، قَالَ: قُلْتُ: لَا . إِذَا يَبِيعُنِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَالَ: " فَيَدْرَهُمَيْنِ ؟ " قَالَ: قُلْتُ: لَا . قَالَ: فَلَمْ يَزَلْ يَرْفَعُ لِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَتَّى بَلَغَ الْأَوْقِيَّةَ ، قَالَ: قُلْتُ: فَقَدْ رَضِيتُ، قَالَ: " قَدْ رَضِيتُ ؟ "، قُلْتُ: نَعَمْ، قَالَ نَعَمْ قُلْتُ: هُوَ لَكَ، قَالَ: " قَدْ أَخَذْتُهُ "، (Ahmed b. Hanbel, III, 376). Ayrıca benzer metinler için bk. Buhârî, “Şurûr”, 4; Müslim, “Müsâkât”, 109; Ebû Dâvud, “Büyü”, 69; Nesâî, “Büyü”, 77; Ahmed b. Hanbel, 3/269.

¹⁶⁰ Müslim, “Müsâkât”, 109; Ebû Dâvud, “Büyü”, 69.

¹⁶¹ İbn Hacer, *Fethü'l-bârî*, V, 319.

gece yolculuk mesafesinde olan araziyi sattım. Fakat o bana Medine'ye üç gece yolculuk mesafesinde olan araziyi sattı.¹⁶²

Bu hâdisede Abdullah b. Ömer, Hz. Osman aleyhinde gabinli muamelede bulunmasına rağmen akdi feshetmemiştir. Gabinli muamele şayet akdi feshettirecek olsaydı Abdullah b. Ömer gibi bir sahabi hukuka aykırı olan böyle bir akdi feshederdi.¹⁶³ İbn Hacer'e göre bu hadis gabinli (fâhiş oransızlık içeren) akidlerin feshedilemeyeceğine delil teşkil etmektedir.¹⁶⁴ Fakat burada ifade edilen gabin muhtemelen bedeller arasındaki basit oransızlık (gabn-i yesîr) veya tek başına fâhiş oransızlık (gabn-i fâhiş) olsa gerektir. Çünkü İbn Ömer gibi bir sahabinin Hz. Osman'a hile yapacağı ve neticesinde fâhiş nispetsizlikle satım akdinde bulunacağı düşünülemez.

Hz. Osman'la ilgili Ahmed b. Hanbel'in Müsnedin'de yer alan bir başka rivayete göre Hz. Osman bir adamdan bir yer satın alır. Fakat adam sattığı yerin bedelini teslim almakta yavaş davranır. Hz. Osman, kendisiyle karşılaşınca adama, sattığı yerin bedelini teslim almamasının sebebini sorar. Adam da Hz. Osman'a, kendisini gabne maruz bıraktığını (malı bedelinden ucuza aldığını), çünkü konuştuğu herkesin bundan dolayı kendisini kınadıklarını söyler. Bunun üzerine Hz. Osman kendisini, yerini ve yerin bedelini alma konusunda muhayyer bırakır. Gerekçe olarak da Hz. Peygamberin şu duasını gösterir: “Allah satın alma, satma, hüküm verme ve hakkında hüküm verilme konusunda kolaylaştırıcı olan kimseyi cennete koysun.”¹⁶⁵

¹⁶² Bu hadisin Buhârî'deki metni şu şekildedir: قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ وَقَالَ اللَّيْثُ حَدَّثَنِي عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ خَالِدٍ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - قَالَ بَعْتُ مِنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عُثْمَانَ مَالًا بِالْوَادِي بِمَالٍ لَهُ بِخَيْبَرَ ، فَلَمَّا تَبَايَعْنَا رَجَعْتُ عَلَى عَقَبِي حَتَّى خَرَجْتُ مِنْ بَيْتِهِ ، حَسْبِيَةَ أَنْ يُرَادَنِي الْبَيْعُ ، وَكَانَتْ السَّنَةُ أَنْ الْمُتَبَايَعِينَ بِالْحِجَابِ حَتَّى يَفْرَقَا ، قَالَ عَبْدُ اللَّهِ فَلَمَّا وَجِبَ بَيْعِي وَبَيْعُهُ رَأَيْتُ أَنِّي قَدْ غَبْنْتُهُ بِأَنِّي سَفَّنُهُ إِلَى أَرْضٍ تَمُودٍ بِثَلَاثِ لِيَالٍ وَسَاقَتِي إِلَى الْمَدِينَةِ بِثَلَاثِ لِيَالٍ (Buhârî, “Büyük”, 47). Ayrıca bk. Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, V, 271.

¹⁶³ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, 734.

¹⁶⁴ İbn Hacer, *Fethü'l-bârî*, IV, 337.

¹⁶⁵ Hadisin Ahmed b. Hanbel'deki metni şu şekildedir: حَدَّثَنَا إِسْمَاعِيلُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ ، حَدَّثَنَا يُونُسُ - يَعْنِي ابْنَ عَبْدِ اللَّهِ - حَدَّثَنِي عَطَاءُ بْنُ فَرُّوخَ مَوْلَى الْقُرَشِيِّينَ: أَنَّ عُثْمَانَ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ أَرْضًا، فَأَبْطَأَ عَلَيْهِ، فَلَقِيَهُ فَقَالَ لَهُ: مَا مَنَعَكَ مِنْ قَبْضِ مَالِكَ؟ قَالَ: إِنَّكَ غَبْنْتَنِي، فَمَا أَلْقَى مِنَ النَّاسِ أَحَدًا إِلَّا وَهُوَ يَلُومُنِي. قَالَ: أَوْ ذَلِكَ يَمْنَعُكَ؟ قَالَ: نَعَمْ. قَالَ: فَاحْتَرِ بَيْنَ أَرْضِكَ وَمَالِكَ، ثُمَّ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "أَدْخَلَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ الْجَنَّةَ رَجُلًا كَانَ سَهْلًا مُشْتَرِيًا، وَبَايَعًا وَمُقْتَضِيًا" (Ahmed. Hanbel, I, 58).

Bu olayın çözümünde hukukî bir etkenden daha fazla ahlâki etkenler göze çarpmaktadır. Çünkü adamın gerçekten gabne maruz kalıp kalmadığı kesin değildir. Bu iddianın ispatı niteliğinde bir süreç meydana gelmemiştir. Fakat söz konusu adamın gabne maruz kalmasının toplum tarafından eleştirilmesi, satım akdindeki bedeller arasındaki oransızlığın hoş görülmediğini göstermektedir. Hz. Osman'ın, adamı muhayyer bırakmasının gerekçesini hukukî olarak değil de ahlâki bir prensibe dayandırmasının sebebi, ya söz konusu iddiayı kabul etmemesine ya da tek başına bedeller arasındaki oransızlık sebebiyle muhayyerlik hakkının sabit olmayacağına inanmasına bağlı olsa gerektir.

2. Mecelle ve Öncesi İslâm Hukuk Doktrinde Gabin

İslâm hukuku, ilk dönemlerde Müslümanların fert ve toplum olarak karşı karşıya kaldıkları canlı problem ve ihtiyaçlara çözümler şeklinde geliştiği ve meseleci bir metotla tedvin edildiği için başlangıçtan itibaren muamelât (borçlar) özellikle de satım akdi hukukunun literatüründe gabnin ayrıntılı bir şekilde ele alındığı ve geniş bir yer tuttuğu görülür. Borçlar hukukunun diğer kavramları gibi gabnin de terim anlamı kazanıp zengin doktriner tartışmalara konu olması bu gelişim seyrinin tabii sonucudur. İslâm hukukunda gabin sadece satım akdine mahsus olmayıp iki taraflı bütün akidlerde söz konusu olabilir. Bununla birlikte satım akdi, muamelât hukukunun model akdi olarak ayrıntılı şekilde ele alındığı, doktriner tartışmalar ve kavram hukukçuluğu da bu akid üzerinde örneklendirildiği için literatürde gabinle ilgili görüş ve tartışmalara genelde bu bölümde rastlanır.¹⁶⁶

Fakat ilk dönem İslâm hukuku kaynaklarında gabinle ilgili bir tanıma rastlanmamaktadır. Bu kaynaklarda gabin iki taraflı akidlerde karşılıklar arasında, özelde ise satım akdinde satılan şeyle fiyatı arasındaki alışılmışın dışında değer yönünden farklılık ve denksizliği ifade etmek için kullanılmaktadır.¹⁶⁷ Mecelle, gabin müessesesini bey' akdinde tanzim etmektedir.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Buhûti, *Keşşâfü'l-kınâ* ' , III, 211; Bardakoğlu, "Gabn", XIII, 269.

¹⁶⁷ Karâfi, *ez-Zahîre*, V, 112; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 734; Hafif, "Gabin", 3.

¹⁶⁸ Mecelle, md. 165.

3. Çağdaş İslâm Hukuku Literatüründe Gabin

Çağdaş Fıkıh kaynaklarının gabni konu etmelerindeki karakteristik özellikleri gabni kavramını Pozitif hukuktaki gabni ile karşılaştırmalı olarak ele almalarıdır. Bu yapılırken de Pozitif hukuktaki gabni muhtevasının İslâm hukukunda da mevcudiyetinin ispatı gayretlerinin söz konusu olduğu gözden kaçmamaktadır. Aynı zamanda Batı hukukuyla da karşılaştırmalar yapılmaktadır. Genel anlamda gabni tanımını yapılmakta, gabni hukukî niteliği, gabni ile fâhiş oransızlık arasındaki münasebet ve bunlardan hangisinin akde etki edeceği, gabni uygulama alanları ve hukukî sonuçları üzerinde durulmaktadır.¹⁶⁹

Gabni gelişim sürecinde de nispeten görüldüğü gibi, tarih boyunca objektif karakterden sübjektif karaktere doğru bir gelişme söz konusudur. İlk dönemlerde tek başına objektif unsur olan bedeller arasındaki oransızlık daha fazla fıkıh âlimine göre hüküm ifade ederken, daha sonraki dönemlerde ise objektif unsurla beraber sübjektif unsurun de gerekliliği üzerinde daha yoğun vurgu yapılmıştır.¹⁷⁰

III. GABNİN UNSURLARI

İslâm hukuk kaynaklarında “gabni unsurları” başlığı altında bir konuya yer verilmemektedir. Fakat gabne bağlanan hukukî sonuçlardan gabni unsurlarını tespit etme imkânı mümkün olmaktadır. Öncelikle şu hususun ifade edilmesi gerekmektedir: Fıkıh âlimlerinin farklı gabni telakkilerine göre gabni unsurları farklılık arz etmektedir. Gabni tek başına fâhiş oransızlıkla hüküm ifade edeceği görüşünde olan fakihlere göre gabni unsurları; objektif unsur ve aldatılan açısından sübjektif unsurdan meydana gelmektedir. Fakat gabni tek başına fâhiş oransızlıkla hüküm ifade edemeyeceği görüşünde olan fakihlere göre ise gabni unsurları; objektif unsur, aldatan ve aldatılan açısından sübjektif unsurlardan oluşmaktadır.

Türk Borçlar hukukunda da gabni unsurlarının sayısı hususunda doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Hâkim kanaate göre gabni oluşması için şu üç unsurun mevcudiyeti şarttır:

¹⁶⁹ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 705–764.

¹⁷⁰ Sa‘de, *Nazariyyetü'l-‘akd*, 287.

Birinci unsur; karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlığın bulunmasıdır. Buna çok defa “objektif unsur” da denir.

İkinci unsur; sömürülenin zayıf durumda olmasıdır. BK. md. 28 bu konuda “düşüncesizlik, zor durumda kalma ve deneyimsizlik” olmak üzere üç durumdan bahsetmektedir. Bu unsur “sömürülen açısından subjektif şart” olarak adlandırılmaktadır.

Üçüncü unsur; sömürenin, edimler arasındaki açık oransızlığı, karşı tarafın zayıf durumundan bilerek yararlanmak suretiyle gerçekleştirmiş bulunmasıdır ki buna “sömürülen açısından subjektif şart” denilmektedir.¹⁷¹

Müelliflerin ekserisi gabnin unsurlarını tahlil ve tetkik ederken, evvelâ ivazlar arasındaki fâhiş nispetsizliğin teşkil ettiği objektif unsuru, daha sonra subjektif unsuru ele almaktadırlar.¹⁷² Gabin deyince ilk akla gelen ve üzerinde ilk durulan objektif unsur olduğundan,¹⁷³ çalışmamızda da bu sıralamaya riayet edilecektir.

A. Fâhiş Oransızlık (Objektif Unsur)

Fâhiş oransızlık İslâm hukukunda “gabn-i fâhiş” kavramıyla ifade edilmektedir. Bu kavram Türk hukukunda gabnin objektif unsuru kabul edilmekte olup bedeller arasındaki açık oransızlıktan müteşekkildir. İşsiz ve perişan bir vaziyette kalmış bulunan bir kimsenin boğaz tokluğuna ve bir sene müddetle, günde sekiz saat çalışmak üzere bir şahsın hizmetine girmeyi kabul etmesi halinde, tarafların edaları arasında fâhiş oransızlık mevcuttur.¹⁷⁴

Elbir’e göre objektif unsur daha eskiye, kökeni Roma hukukuna dayanır. Subjektif unsur ise yeni olup murabaha düzenlemesi ile Alman hukukuna girmiştir.¹⁷⁵ Fâhiş oransızlığın ne tür akidlerde ve ne şekilde gerçekleşeceği önem arz etmektedir. Bu başlık altında konunun bu yönü ele alınmıştır.

¹⁷¹ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 483; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 66–67.

¹⁷² Elbir, *Gabin*, 159.

¹⁷³ Sa‘de, *Nazariyyetü’l-‘akd*, 294; Von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 311; Özkaya, *Gabin*, 63.

¹⁷⁴ Sa‘de, *Nazariyyetü’l-‘akd*, 286; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, 119; Olgaç, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, I, 273.

¹⁷⁵ Elbir, *Gabin*, 156.

1. İvazlı Akidler

Gabin, iki bedel arasındaki değer farklılığı şeklinde tanımlandığından gabinin iki tarafa da karşılıklı borç yükleyen bey' ve icâre yanında şirket, kısmet, ikrarlı sulh gibi ivazlı akidlerde de söz konusu edilmektedir.¹⁷⁶

İslâm hukukunda müşteri gibi satıcı da gabne maruz kalabilir. Bu nokta İslâm hukukunu Roma ve Fransız hukukunun sırf satıcıyı himaye eden kaidesinden ayırmaktadır. Aynı zamanda İslâm hukukunun, bu hukuk nizamları karşısında daha eşitlikçi bir karakter taşıdığını açıkça gösteren hususlardan birini teşkil eder. Hatta hem müşteri, hem satıcının aynı zamanda gabin sebebiyle akdi feshedebilecekleri tasavvur edilebilir. Meselâ satıcı bir arsa ile hâneyi tek bir akidle, fakat her birine ayrı ayrı semen tesmiye ederek satarken, arsa hakkında satıcı müşteriyi, hâne hakkında ise müşteri satıcıyı aldatmış olsa ve ivazlar arasında fâhiş oransızlık bulursa her biri gabne maruz kalması sebebiyle satım akdini feshedebilir.¹⁷⁷

Gabinin teberru akidleri ile garar içeren akidlerde gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ise tartışma konusu olmuştur.

Teberru akidleri: Teberru akidlerinde, taraflardan sadece birinin edim taahhüdü altına girdiği, bu sebeple akdin taraflarından sadece birinin borçlu, diğerinin ise sadece alacaklı olduğu akidlerdir. Bu akidlerin tipik örneği hibe akdidir. Taraflardan sadece biri borç altına girdiği için doğal olarak edâlar arasında karşılıktan söz edilemez.¹⁷⁸ Yapılan tanımlardan da anlaşılacağı üzere gabinde karşılıklı edâlar arasında nispetsizlik unsuru bulunmaktadır. Bundan dolayı bazı hukukçulara göre karşılıklı edâlar bulunmadığı için teberru akidlerinde gabin tasavvur edilemez.¹⁷⁹

Karâdağî, gabin (fâhiş oransızlık) ve istiğlâl şeklinde ikili ayırım yapmaktadır. Ona göre gabin sadece fâhiş oransızlığı ifade etmekte olup teberru akidlerinde

¹⁷⁶ Şâfiî, *el-Umm*, IV, 13, VII, 107; Kâdî Abdülvehhâb, *et-Telkîn*, II, 364; Mâverdi, *el-Hâvî*, V, 15; İbn Abdülber, *el-İstizkâr*, VI, 538-540; Semerkandî, *Tuhfe*, II, 36; Makdisî, *el-'Udde*, I, 241; Haskefî, *ed-Dürü'l-muhtâr*, V, 519-523; Haffif, "Gabin", 3; Bardakoğlu, "Gabin", XIII, 269; Yaşaroğlu, *Gabin*, 22.

¹⁷⁷ Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 590; Elbir, "Gabin", 6.

¹⁷⁸ Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 168; Sa' de, *Nazariyyetü'l-'akd*, 297; Kalkan, *Gabin*, 96.

¹⁷⁹ Haffif, "Gabin", 3; Yaşaroğlu, *Gabin*, 22.

gerçekleşmesi mümkün değildir. Çünkü fâhiş oransızlıkta karşılıklı edâlar bulunmakta olup teberru akidlerinde karşılıklı edalar bulunmamaktadır. İstiğlâl ise Türk hukukundaki gabin anlamında kullanılmakta olup teberru akidlerinde de gerçekleşebileceği kanaatindedir. Ona göre çoğunluğu teşkil eden hukukçular da bu kanaattedirler. Nitekim Mısır Medeni Kanununun 129. maddesinin üçüncü fıkrasından hareketle konu hakkında yukarıdaki tartışmalara benzer tartışmaların yapıldığını belirtmektedir. Lübnan hukuku haricindeki diğer İslâm ülkelerinde cari olan hukuklara göre de gabin bütün tasarruflarda gerçekleşir.¹⁸⁰ Ayrıca Karadâğî, Vesît adlı Mısır Medenî Kanunu şerhinde fâhiş oransızlığı gabinin unsuru ve şartı kabul etmesine rağmen gabinin teberru akidlerinde de meydana gelebileceğini beyan eden Senhûrî'yi (ö. 1391/1971) tenkit eder. Karadâğî'ye göre gabinin teberru akidlerinde de meydana gelebilmesi için bu akidler için fâhiş oransızlığın şart koşulmaması gerekir. Bunun için gabinin unsurunun daha geniş düşünülmesi gerekir. Bu durumda ivazlı akidlerde fâhiş oransızlığın gerçekleşmesi, teberru akidlerinde ise sadece dengenin bozulması gabinin objektif şartı için yeterli olmaktadır.¹⁸¹ Meselâ bir kimsenin servetine veya benzer şartlardaki teberrûlara göre oransız teberrûda bulunması durumunda gabin hükmü uygulanır. Bundan dolayı Sudan Medeni Kanununun 115. maddesinde “Hukukî işlemin teberrû olması durumunda ve teberrûda bulunan kimsenin borçlandığı bedelin servetiyle orantılı olmaması veya aynı şartlardaki alışılmış teberrû tasarrufunun üstünde olması durumunda mahkeme, teberrûda bulunan kimsenin talebi üzerine akdi tümüyle iptal eder veya nisbi iptal yoluyla oransızlığı ortadan kaldırmaya hükmeder.” maddesi vazedilmiştir.¹⁸² Fakat Karadâğî de, gabin için yapmış olduğu tanımda¹⁸³ objektif şart olarak sadece fâhiş oransızlığa yer vermiş, ayrıca teberru akidlerine yönelik farklı bir beyanda bulunmamıştır. Kanaatimize göre bu yorum, kendisinin yapmış olduğu tanıma ters düşmektedir.

¹⁸⁰ Sa' de, *Nazariyyetü'l- 'akd*, 295–297.

¹⁸¹ Karadâğî, *Mebdeu'r-rızâ*, II, 712–714.

¹⁸² Sa' de, *Nazariyyetü'l- 'akd*, 297.

¹⁸³ Karadâğî, *Mebdeu'r-rızâ*, II, 706.

Türk hukukunda da konu ele alınmış ve borçlar kanununun 28. maddesinde yer alan “*Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık bulunduğu takdirde...*” ifadesinden hareketle teberru akidlerinde gabinen söz edilemeyeceği yargısına ulaşılmıştır.¹⁸⁴ İsviçre’de yeni bir akım ise hibe akdi gibi ancak tek tarafa borç yükleyen akidlerde de gabin hükümlerinin uygulama alanı bulabileceğini ileri sürmektedir.¹⁸⁵

Kanaatimize göre de teberru akidlerinde gabinen bahsetme imkânı yoktur. Çünkü teberruda karşılıksız bir tasarrufta bulunmaktadır. Teberruda bulunan kimsenin sömürülmesi veya aldatılması durumunda ancak “*temyiz gücü*” ve “*irade bozuklukları*”, özellikle de “*hile*”den bahsetmek mümkündür.¹⁸⁶

Hibede bulunan, nesneyi hibe ederken kıymetini tam olarak takdir edememiş, mesela çok pahalı bir nesneyi ucuz zannederek hibe etmişse, yine karşılıklı edalar söz konusu olmadığı için, gabin hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmıştır. Türk hukukundaki kanaate göre bu durumda gabin hükümlerinin uygulama alanına gidilemeyeceği, fakat kıymette hata hükümlerine başvurularak olayın çözüme kavuşturulacağı söz konusudur.¹⁸⁷

İvazlı hibenin,¹⁸⁸ pozitif hukuktaki ifadesiyle muhtelit (karma) bağışlamanın, verilenin bir tarafı hibe bir tarafı ile de satım akdi olan çeşidinde durumun ne olacağı da tartışılmıştır. Çünkü bu akidde, hibede bulunan kimse, yapmış olduğu hibeye karşılık çok az bir bedel almakta, dolayısıyla edâlar arası bir oransızlık gözükmektedir.

Hanefî mezhebine göre, hibeye karşılık olarak verilen ivazın çok az veya çok fazla olması akde tesir etmez. Çünkü söz konusu ivaz, satım akdindeki anlamıyla bir karşılık kabul edilmemekte, sadece hibede bulunan kişinin hibeden dönme hakkını düşürmek amacını gütmektedir. Fakat ivaz verenin, bu amacını hibede bulunana

¹⁸⁴ Kalkan, *Gabin*, 95–97.

¹⁸⁵ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 484–485.

¹⁸⁶ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 485, dipnot 13.

¹⁸⁷ Kalkan, *Gabin*, 96.

¹⁸⁸ Hibe karşılığında karşı tarafın da bir hibede bulunmasına ivazlı hibe (karşılıklı hibe) denir.

açıklaması ve hibede bulunanın da bu duruma razı olması gerekmektedir.¹⁸⁹ İbn Hazm (ö. 456/1064) ise bu şekilde yapılan hibeyi caiz görmemektedir.¹⁹⁰

Pozitif hukukta karma bağışlama akdinde karşılıklı edimler söz konusu olduğu için bu akid, iki tarafa borç yükleyen akid konumunda kabul edilmektedir. Buna rağmen sübjektif şartların yokluğu sebebiyle ivazlı hibede gabin hükümleri uygulanmamaktadır. Fakat ivazlı hibe, bir tarafın diğer tarafın özel durumundan faydalanması suretiyle yapılması durumunda ise gabin hükümleri uygulanabilmektedir.¹⁹¹

2. Fâhiş Oransızlığın Akid Anında Bulunması

Gerek İslâm ve gerekse Türk hukukunda gabinden bahsedilebilmesi için söz konusu fâhiş oransızlığın akdin kurulduğu anda mevcut olması şarttır. Akid kurulurken kendisinde fâhiş oransızlık bulunmayan bedellerin akid kurulduktan sonraki değer artışları ya da eksilmeleri gabin için dikkate alınmaz. Aynı şekilde akid kurulurken kendisinde fâhiş oransızlık bulunan bedellerin akid kurulduktan sonraki değer dengelenmeleri gabnin ortadan kalkmasına temel teşkil etmez. Mesela A, B'ye bir miktar malını akdin kurulduğu günkü cari fiyatından satmıştır. Fakat birkaç gün sonra aynı malın piyasa fiyatı bir sebepten dolayı fâhiş derecede yükselmiş ya da düşmüş olursa, bu durumda gabinden bahsedilemeyecektir. Zira taraflar sözleşmeyi yaparlarken ahlâka ve iyi niyete aykırı ve istismar edici bir durumda bulunmuyorlardı. Aynı şekilde A, B'ye bir miktar malını akdin kurulduğu anda fâhiş oransızlıkla sattıktan sonra aynı malın piyasa fiyatındaki fâhiş oransızlık ortadan kalksa, bu durum gabnin ileri sürülememesine temel teşkil etmeyecektir.¹⁹²

Fâhiş oransızlığın akdin kuruluş anında aranmasının sebebi, bunun gibi değer artış ve azalışlarına dayanan ticari akidleri iptal edilebilir hale getirmenin ticaret hayatını felce uğratmak gibi bir neticeyi doğuracak olmasındandır. Ayrıca tarafları

¹⁸⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 78.

¹⁹⁰ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, IX, 118; Kalkan, *Gabin*, 97.

¹⁹¹ Kalkan, *Gabin*, 97.

¹⁹² Nevevî, *Minhâc*, 297; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, V, 145–146; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 751; Sa' de, *Nazariyyetü'l-'akd*, 297; Von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 312; Uygur, *Borçlar Hukuku*, I, 183; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 484; Olgaç, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, I, 274; İnan, *Borçlar Hukuku*, 154; Yaşaroğlu, *Gabin*, 22; Kalkan, *Gabin*, 112–113; Hafif, "Gabin", 3–4.

akdin kurulduğu anda haksızlık yapmak, ahlâka ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışlarda bulunmaktan uzak tutmaya çalışmaktır. Kaldı ki, akid kurulduktan sonra tarafların iradelerinin tamamen dışında, bedeller arasındaki dengenin bozulmasından taraflar sorumlu tutulamazlar.¹⁹³ Gabnin, iradeyi bozan sebeplerden olması veya ahlâka aykırı kabul edilmesi, bu konuda farklı bir hüküm oluşturmaz.¹⁹⁴

3. Fâhiş Oransızlığı Takdir Edecek Makam

İvazlar arasındaki fâhiş oransızlığın miktarı, Mecelle’de de olduğu gibi kanunda açık bir şekilde tespit edildiği zaman, oransızlığın tespiti için farklı makamlar tarafından ayrıca bir çalışma yapılmasına gerek yoktur. Fakat İslâm hukukunda da hâkim olan görüşe göre fâhiş oransızlık kanunda açık bir şekilde tayin edilmediği ve bu oransızlığın tayini örf ve âdete bırakıldığı zaman, örf, âdet ve piyasa kurallarına göre fâhiş oransızlığı kimin belirleyeceği sorusu önem kazanmaktadır.

Uzmanlık işi olması sebebiyle ivazların kıymetlerini takdir etmek için bilirkişilere başvurulması gerekir.¹⁹⁵ Fakat ivazlar arasındaki oranı ölçüp gabnin meydana gelip gelmediğine karar vermek hukukî bir meseledir. Bundan dolayı hâkim, ivazlar arasında fâhiş oransızlığın olup olmadığına örf, adet ve piyasa kurallarından istifade ederek karar verir.¹⁹⁶ Türk Borçlar hukuku da meseleye bu şekilde yaklaşır.¹⁹⁷ Fakat Mecelle’de bu takdir yetkisi hâkime bırakılmamış, kanunda bir oranla açıkça ifade edilmiştir.¹⁹⁸

Piyasa kurallarının zamanla, toplumdan topluma değiştiği gerçeğine binaen fâhiş oransızlık için açık bir rakamın verilmemesi, bunun örf, adet ve piyasa kuralları gibi kıstaslara bırakılması kanaatimizce daha isabetli gözükmektedir. Ayrıca bu İslâm hukukunun adalet prensibine de daha uygun düşmektedir. Çünkü hâkim

¹⁹³ Kalkan, *Gabin*, 113.

¹⁹⁴ Kalkan, *Gabin*, 113.

¹⁹⁵ İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, IV, 159; Cezîrî, *Kitâbu’l-Fıkh*, II, 285; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 144; Olguç, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, I, 274.

¹⁹⁶ Zeyla’î, *Tebyînü’l-hakâik*, IV, 272; Merdâvî, *el-İnsâf*, IV, 394; Bardakoğlu, “*Gabn*”, XIII, 270.

¹⁹⁷ İnan, *Borçlar Hukuku*, 154; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 80–83.

¹⁹⁸ Mecelle, md. 165.

böylece gabni hayatın gereklerine göre sayısız özel hallere ayarlayacak, ivazlar arasındaki fâhiş oransızlığı her olayın özel şartlarına göre tayin ve takdir etmiş olacaktır.

4. Fâhiş Oransızlığın Takdiri Tarzı

Akdin meydana geldiği andaki ivazlar arasındaki oransızlığı tespit edebilmek için ivazları kıymetlendirmek ve birbirleriyle mukayese etmek gerekir.¹⁹⁹ Bu da kıymet kavramı üzerinde durmayı gerekli kılar.

Hanefî doktrininde kıymet; “bir malın hakiki pahası olup piyasadaki kıymetini bilen bilirkişinin o mala biçtiği değer” şeklinde tanımlanmaktadır.²⁰⁰ Buna göre bir malın piyasada beliren değeri “kıymet” olarak adlandırılmaktadır. Buna “semeni misil” de denmekte olup ziyade ve eksiksik yapılmaksızın bir malın o andaki değeridir. Semen ise “müşterinin zimmetine taallûk eden değer” olarak tanımlanmaktadır. Meselâ piyasa değeri 50 TL olan bir gömlek 55 TL’ye satılmış olabilir. Bu durumda 50 TL kıymet, 55 TL ise semendir. İşte fâhiş oransızlık bu kıymetin üzerine fâhiş bir semenin belirmesi ile meydana gelir.

İvazların kıymetini takdir etmek için şu kıstaslar göz önüne alınmaktadır:

1) Nakit olan ivazın kıymeti bizzat kendisidir. Bu durumda bir kıymetlendirme çalışmasına ihtiyaç yoktur. Çünkü bir ivaza değer takdir etmek, söz konusu ivazı para ile ölçmek demektir.²⁰¹ İslâm hukukunda bu durumun, sarf akdi dışında, faize sebep olacağı için tasavvur edilmesi mümkün değildir. Sarf akdinde de ivazlardan birisi altın veya yabancı para olacaktır. İşte bu durumda altın ve yabancı para, ülke parası ile kıymetlendirilebilir.

2) İvaz nakitten farklı bir şey; bir mal, iş veya intifa hakkı ise değerlendirmenin nasıl yapılacağı konusunda ayırıma gidilmektedir:

a) İvazın borsada kayıtlı karşılığı varsa, akdin kurulduğu gündeki borsa kıymeti dikkate alınarak ivazın kıymeti belirlenir. Borsada tayin edilmiş bir kıymeti

¹⁹⁹ Olguç, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, I, 274.

²⁰⁰ İbn Âbidîn, *Reddî'l-muhtâr*, IV, 151, 171.

²⁰¹ İnan, *Borçlar Hukuku*, 154; Kalkan, *Gabin*, 114; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 76–77.

olmamakla birlikte cari fiyatı varsa, bunların kıymeti akdin kurulduğu andaki cari fiyatları karşılığıdır.²⁰²

b) Kanun, kararname veya tarifeler ile tayin edilmiş olan ivazların kıymetleri tayin edilen bu değerlerdir. Tekel maddeleri, ekmek, lokanta, telefon, elektrik ücretleri gibi.²⁰³

c) Asıl mesele, bir ivazın belirlenmiş bir kıymet veya tarifesinin bulunmaması, borsada kaydının ya da cari fiyatının olmaması durumunda ortaya çıkmaktadır.²⁰⁴ Bu durumda kıymetin belirlenmesi akdin kuruluş anındaki piyasa değerine göre mümkün olacaktır. Bu nedenle carî değer o edanın akdin in'ikadı anında muayyen bir ticari muhitte muntazaman yapılan alış verişlerinde ulaştığı ortalama değeri, fiyatı ifade eder. Buna göre, daha evvel, birkaç yerden fiyat alınmışsa ve bunlar birbirine uygun iseler, edanın değeri onlara göre; alınan fiyatlar arasında uygunluk yoksa, alınan fiyatların ortalamasına göre değerlendirilir. Aksi halde zarar görenin ivazına attığı özel alâka veya malın maliyet fiyatının da dikkate alınması gibi sübjektif kıstaslar dikkate alınır ki bu durumda adil olmayan sonuçlara varılır.²⁰⁵ Fakat Lübnan hukuku dışındaki İslâm ülkelerinin hukuklarında zarar görenin, ivazına attığı özel alâka gibi sübjektif kıstaslar nazarı dikkate alınarak oransızlığın takdiri yoluna gidilmektedir. Mesela piyasa fiyatı 2 bin lira olan bir arsanın fiyatı, malik olduğu arsaya komşu olması veya başka bir maslahat sebebiyle akid yapan taraf nazarında 3 bin lira olabilir. Böyle bir durumda 3 bin lira, arsanın kıymeti kabul edilir ve bu kıymet üzerindeki fâhiş oransızlık gabne sebebiyet verir.²⁰⁶

Bu tespitlerden sonra fâhiş oransızlığın fıkıh âlimleri tarafından nasıl takdir edildiği ele alınabilir:

Fıkıh âlimlerinin büyük çoğunluğuna göre, bir akidde vuku bulan oransızlığın fâhiş olup olmadığını belirlemede, o akde ve bölgeye ait örf ve âdetin ölçü alınması

²⁰² İnan, *Borçlar Hukuku*, 154; Kalkan, *Gabin*, 115; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 77–78.

²⁰³ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, IV, 453; Hafif, “*Gabin*”, 5.

²⁰⁴ İnan, *Borçlar Hukuku*, 154; Kalkan, *Gabin*, 115; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 78.

²⁰⁵ İnan, *Borçlar Hukuku*, 154; Kalkan, *Gabin*, 115; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 78; Hafif, “*Gabin*”, 5.

²⁰⁶ Sa^c de, *Nazariyyetü'l-‘akd*, 294–295.

gerekir. Nitekim fıkıh mezheplerinin literatüründe de bu konuda örf ve âdetin veya tüccarlar arasındaki âdetin ölçü alınacağı yönünde birbirine yakın ifadeler vardır.²⁰⁷ Bununla birlikte bu örf ve âdet ölçüsüne biraz daha açıklık getirmek için bazı oran ve rakamlar takdir edilir. Meselâ fâhiş oransızlığın, malın hakiki kıymetinin üçte biri oranındaki bir aldanma ile olacağına dair bazı Mâlikî ve Hanbelî fakihlerinin görüşleri vardır. Buna ek olarak bazı Hanbelî fakihleri 1/4 ve 1/6 oranlarını takdir ederler. Hanefî mezhebine mensup bazı âlimler de fâhiş oransızlık için 1/20, 1/10, 1/5 gibi farklı oranlar takdir ederler. Nitekim Mecelle'de de böyle bir oran takdiridir.²⁰⁸ Bunun yanında Hanefî fakihlerinin önemli bir kısmı bilirkişilerin tespit ettiği değişik değerlerin sınırları dışında kalan bedeli fâhiş oransızlık saymış, böylece daha kolay uygulanabilir bir usul benimsemişlerdir. Buna göre satılan bir mala, üç bilirkişiden birisi 5000, ikincisi 6000, üçüncüsü 7000 lira fiyat takdir etse, bilirkişilerin değerlendirme alanı 5000 lira ile 7000 lira arasındadır. Bu malın piyasa fiyatı en az ve en çok fiyat arasında esneklik gösterir. Yani satıcı, bu malı 5000 liraya satabileceği gibi 6000, 6500 veya 7000 liraya kadar satabilir. Ancak böyle bir mal, 7000 liradan yukarı ve 5000 liradan aşağı bir fiyatla satılırsa fâhiş oransızlık meydana gelir.²⁰⁹

Sonuç olarak İslâm hukukunda bedeller arasındaki fâhiş oransızlığın takdiri tarafların kanaatine bırakılmaz. Çünkü bu durum sübjektif olup kişileri yanılabilir. Bunun için örf ve âdet dikkate alınarak fâhiş oransızlığın hâkim tarafından takdir edilmesi yoluna gidilir. Zira taraflara göre fâhiş oransızlık oluşmasa da piyasadaki fiyatlar nazarı dikkate alınınca fâhiş oransızlık meydana gelmiş olabilir. Bunun tersi de söz konusu olabilir.²¹⁰ Buna göre fâhiş oransızlığı belirlemede örf ve âdetin ölçü alınmasıyla, gabne mâruz kalan kimsenin bu gabni şahsen çok müessir, önemli ve gayri tabii sayması yerine üçüncü şahısların objektif olarak bu yargıya varması ölçü

²⁰⁷ Zeyla'î, *Tebyînu'l-hakâik*, IV, 272; Merdâvî, *el-İnsâf*, IV, 394; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ*, III, 211-212; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 751; Bardakoğlu, "Gabn", XIII, 270; Hafif, "Gabin", 4.

²⁰⁸ Geniş bilgi için bk. Tez Metni, s. 179-181.

²⁰⁹ Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 159; Cezîrî, *Kitâbu'l-Fıkıh*, II, 285; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 144.

²¹⁰ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 751-752; Hafif, "Gabin", 4.

alınmış olur.²¹¹ Fâhiş oransızlığın belirlenmesi için verilen oranların ise, kesin bağlayıcılık değeri taşımadığı, örf ve âdet ölçüsüne biraz daha açıklık getirmek için takdir edildiği kanaati bizde hâsıl olmuştur.

Türk Borçlar hukukunda da fâhiş oransızlık için bir oran belirlenmemiş, bu oranın tayini hâkimin takdirine bırakılmış²¹² olmakla birlikte Yargıtay kararlarında bazı oranlar takdir edilmiştir.²¹³ İvazın kıymetini ölçmek için, zarar görenin malını piyasaya arz ettiği zamanki piyasanın durumunu göz önünde tutmak gerekir. Piyasa bu dönemde çeşitli özel vaziyetler arz ediyorsa, bu durumun da kıymet takdirinde dikkate alınması gerekir. Çünkü arzın çok fazla olduğu bir dönemde malın kıymeti normal kıymetinin çok altına düşebilir. Bunun tersi de mümkündür. Fakat böyle bir durumda gabin iddia edilemez.²¹⁴ Ayrıca tarihi bölümde de incelendiği üzere Roma, Fransız ve Avusturya hukuklarında fâhiş oransızlık için muayyen oranlar tayin edilmiştir.²¹⁵

5. Fâhiş Oransızlığın “Açık” Olması

İslâm hukukçuları oransızlığı fâhiş sıfatıyla vurgulamak suretiyle gabin için gerekli olan oransızlığın herkes tarafından anlaşılabilir kadar açık olması gerektiğini ifade etmişlerdir.

Türk Borçlar Kanununda da oransızlığın mevcudiyeti yeterli görülmemekte, bu oransızlığın açık olması şartı aranmaktadır. Öyle ki, bu açıklık, görünebilen olmalı, orta derecede bilgili, vasat düşünceli bir kimsenin gözüne çarpacak yükseklikte bulunmalıdır. Bir başka ifadeyle nispetsizlik, inkâr olunamayacak derecede açık ve görünür olmalıdır.²¹⁶

²¹¹ İbn Nüceym, *el-Bahrur'r-râik*, VII, 169.

²¹² BK. md. 28; Uygur, *Borçlar Hukuku*, I, 183; Olgaç, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, I, 274.

²¹³ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 484; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, 119.

²¹⁴ Kalkan, *Gabin*, 117; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 79.

²¹⁵ Geniş bilgi için bk. Tez Metni, s. 82-84, 87-89, 90.

²¹⁶ Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, 119; Olgaç, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, I, 274; Kalkan, *Gabin*, 120; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 82.

6. Fâhiş Oransızlığın Gabin için Şart Olmadığı Alanlar

Bedeller arasındaki oransızlığın gabin hükmünü meydana getirebilmesi için “fâhiş” olması gerekmektedir. Fakat bazı durumlarda fâhiş oransızlık (gabn-i fâhiş) olmadan, bir başka ifadeyle basit oransızlık (gabn-i yesîr) ile gabinin hukukî sonuçları uygulanabilmektedir. Hanefî doktrininde bu istisnalar şunlardır:

1) Borca batık kişinin, iflas sebebiyle tasarruf yetkisi kısıtlanmışken malını gabn-i yesîrle satması,

2) Terikesi ancak borçlarını karşılayacak durumda olan ölüm hastasının, hastalığı (marazü'l-mevt) esnasında mirasçıları dışındaki bir yabancıya gabn-i yesîrle satışta bulunması,²¹⁷

3) Ebû Hanîfe'ye göre ölüm hastasının mirasçılarına gabn-i yesîrli satım akdinde bulunması gabinin hukukî sonuçlarını meydana getirir. Hatta Hanefî doktrininde bu konuda ihtilafın olmadığı da ifade edilir.²¹⁸

4) Malının üçte birini vasiyet eden kimsenin ölüm hastalığındaki (marazü'l-mevt) gabn-i yesîrli satışta bulunması akde tesir eder. Yaptığı bu satış vasiyetin de dâhil olduğu malının üçte birlik kısmına tahsis edilir.

5) Vasînin, usûl ve furûu gibi lehlerinde şahitliği kabul edilmeyen kimselerle yaptığı satım akdindeki az da olsa bedelsiz satış veya bedelinden fazlaya satın alma (muhâbât) akde tesîr eder.

6) Tasarruf yapmaya izinli ve borçlu olan köleye efendisinin, gabn-i yesîrle satışta bulunması,

7) Satın almaya vekil olan kişinin, ekmek örneğinde olduğu gibi piyasa fiyatı herkes tarafından bilinen ve sabit olan maddelerin alımında gabn-i yesîrle aldanması akde tesir eder.²¹⁹

8) Sermayedarın, mudarebe şirketindeki malı gabn-i yesîrle satması.

²¹⁷ Mecelle, md. 394; Karaman, *Mukaayeseli İslâm Hukuku*, II, 135; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 739–740; Yaşaroğlu, *Gabin*, 44.

²¹⁸ İbn Âbidîn, *el-‘Ukûdü'd-dürriyye*, 234; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 739–740.

²¹⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, XXI, 14; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 739–740.

9) Mudarebe şirketinde çalışan ortağın (mudarib) usûl ve furûu gibi lehlerinde şahitliği kabul edilmeyen kimselerle yaptığı satım akdindeki az da olsa bedelsiz satma veya bedelinden fazlaya satın alma (muhâbât) akde tesîr eder. Bu durumda Ebû Hanîfe'ye göre söz konusu işlem çalışan ortak, Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise şirket adına geçerli olur.²²⁰

10) Bir malı gasp eden, malın kıymeti hakkında yemin eder ve yemin ettiği kıymet üzerinden tazminde bulunur. Fakat gasp edilen malın, yemin edilen kıymetten az bir miktar bile fazla olduğu anlaşılırsa mal sahibi yapılan antlaşmayı bozabilir. Dolayısıyla buradaki gabn-i yesîr akde tesir eder.²²¹

B. Aldatanın Aldatma Fiili (Aldatan Açısından Sübjektif Unsur)

Türk hukuku doktrinde konu tartışmalı olmakla birlikte; aldatan açısından da sübjektif unsurun şart olduğunu ileri süren hukukçuların sayısı oldukça fazladır. Bundan dolayı gabnin hüküm ifade edebilmesi için sömürenin “bilerek” karşı tarafın müzayaka halinden, hiffetinden veya tecrübesizliğinden yararlanmış, açık nispetsizlik bu yararlanmanın sonucu meydana gelmiş olmalıdır. Eğer sömüren, bu zaaftan yararlanma fikriyle hareket etmemişse, diğer unsurlar gerçekleşmiş olsa dahi, gabinden söz edilemez.²²² Fakat İslâm hukuku kaynaklarında aldatan açısından sübjektif unsurun daha geniş kabul edildiği gözlemlenmektedir. Bundan dolayı bu unsuru aldatanın “aldatma fiili” olarak ifade etmeyi yerinde gördük.

İslâm hukukçuları aldatma fiilini çeşitli kavramlarla ifade etmişlerdir. Bu kavramlar yeri geldikçe ele alınmıştır. Fakat bundan önce aldatma fiilinin gabin için şart olup olmadığı hususu aşağıda ele alınmıştır.

1. Aldatma Fiilini Şart Koşmayanlar

Aldatanın aldatma fiilinin gabin için şart olup olmadığı İslâm hukukçuları arasında tartışılmıştır. İbn Âbidîn (ö. 1252/1836) ile Sayda müftüsü ve müftü nâibi arasında da buna benzer bir tartışma yaşanmıştır.

²²⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, XXII, 57; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 739–740.

²²¹ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 739–740.

²²² Uygur, *Borçlar Hukuku*, I, 184; Olgaç, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, I, 273; İnan, *Borçlar Hukuku*, 155.

Gabinle ilgili sorulan bir soruya Sayda Müftüsünün verdiği cevap İbn Âbidîn ile aralarında sert bir tartışmanın yaşanmasına sebep olmuştur.²²³ İbn Âbidîn, gabnin hüküm doğurması ve dolayısıyla da akdin feshedilebilmesi için aldatan açısından subjektif şart olan aldatma fiilinin (tağrîrin) mevcudiyetini gerekli görmüş ve “Gabin Risalesi” olarak meşhûr olan metni kaleme almıştır.²²⁴ Özellikle Hanefî mezhebi içerisinde subjektif unsur olan tağrîrin hüküm için dikkate alınıp alınmayacağı tartışmalarına yönelik şu soru Sayda Müftüsüne sorulmuştur:

Mahcur şahıslarla bir eve ortak olan reşid şahıslar, kendi hisselerini Zeyd adındaki bir kişiye satarlar. Vasî de mahcur şahısların hissesini Zeyd’e satar. Zeyd de akid esnasında fâhiş oransızlığın (gabn-i fâhişin) gerçekleşmediği, mahcur olanların hisselerinin satışı konusunda hukukî cevazın olduğu ve evin emsal semeni (hakiki kıymeti) ile satıldığına dair bir belge hazırlar. Fakat akdin kurulmasından sonra reşid şahıslar ve mahcurların vasîsi fâhiş oransızlık (gabn-i fâhiş) gerekçesiyle Zeyd’e dava açarlar. Davanın açılmasıyla birlikte şu sorular gündeme gelir:

1) İddia sahiplerinin davası dinlenir mi?

2) Hâkimin, mahcur şahısların menfaatini düşünerek, yazılı belgedeki maddelere itibar etmemesi ve sadece söz konusu olayı nazara alarak satım akdini feshetmesi doğru mudur?

3) Sadece fâhiş oransızlık sebebiyle satım akdini feshetmek mezhebdede muteber bir görüş müdür?

4) Gabnin gerçekleştiğine dair beyan edilen delil, ivazın emsal semeni ile satıldığına dair müşterinin yazılı bulunan belgesine tercih edilir mi?²²⁵

Sayda Müftüsü ve Müftü Nâibi bütün bu sorulara olumlu cevap vermektedirler. Meselenin muhakeme usulüyle ilgili teferruatı bir kenara bırakırsak, Müftü ve Naibine göre, akid anında ivazlar arasında fâhiş oransızlığın bulunduğu dair

²²³ Geniş bilgi için bk. Atmaca, Gökhan. *İbn Âbidîn'in Gabin Risalesi'nin metin ve muhteva yönündeki tedkiki*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Sakarya: S. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003.

²²⁴ Risâlenin tam ismi, “Tahbîrû't-tahrîr fî ibtali'l-kaza-i bi'l-ğabni'l-fâhiş bilâ tağrîr'dir.

²²⁵ İbn Âbidîn, “Gabin”, II, 66–67.

satıcıların delili, müşterinin yazılı belgesine tercih edilir. Dolayısıyla hâkim, mahcur şahısların menfaatini düşünerek yazılı belgedeki maddelere itibar etmeyebilir. Sayda Müftüsü ve Naibine göre mezheb içerisinde sadece fâhiş oransızlık sebebiyle satım akdinin feshedilebileceğini kabul edenlerin sayısı çok olup bu görüşleri de sahih ve muteberdir. Ayrıca bu görüş ile de fetva verilmekte olup fâhiş oransızlık sebebiyle akdin feshedilemeyeceğini söyleyen bir âlimin bulunmadığını ifade ederler.²²⁶

Hanefî fakihlerinden Cessâs (ö. 370/981) ve Zerencerî'ye göre (ö. 512/1118) tek başına fâhiş oransızlıkla (gabn-i fâhişle) akid feshedilebilir. İbn Nüceym'in (ö. 970/1563) ifadesine göre Ebü'l-Yusr el-Pezdevî (ö. 493/1100) ve Neseffî (ö. 710/1310) de fâhiş oransızlığın tek başına akdin feshine sebebiyet verdiği görüşündedirler.²²⁷ Yine Hanefî fakihlerinden Remlî'ye (ö. 1081/1671) göre Hanefî âlimlerinin birçoğu insanların maslahatına daha uygun olması dolayısıyla tek başına fâhiş oransızlıkla (gabn-i fâhişle) akdin feshedileceği kanaatindedirler.²²⁸ Bu istikamette de çeşitli fetvâlar verilmiştir.²²⁹

Mâlikî mezhebinin Bağdad ekolü fakihlerinin görüşü; gabnin akde tesir etmesi için sübjektif unsurun mevcudiyetinin şart olmadığı istikametindedir. İbnü'l-Arabî (ö. 543/1148) de görüşünü tıpkı Mâlikîlerin Bağdad ekolü gibi bu yönde beyan etmektedir. Onlara göre mebde üçte birden fazla oransızlık gerçekleştiği zaman akid feshedilir.²³⁰ İbn Cüzeyy (ö. 741/1340), gabni üç kısma ayırarak ele almaktadır: Birinci kısım, müşterinin bile bile, satın aldığı mala rekabet gibi çeşitli sebepler yüzünden kıymetinden fazla ödemede bulunmasıdır ki bu durum vakıf, devlet hazinesi ve hacir altında olan kimsenin malı dışında akid üzerinde menfi tesir etmez. İkinci kısım, istirsâl satışı gibi tağrîr içeren akidler olup fâhiş oransızlık ister az ister

²²⁶ İbn Âbidîn, "Gabin", II, 67, 68.

²²⁷ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, VI, 125; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 134; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 741.

²²⁸ İbn Âbidîn, "Gabin", II, 67. Remlî'nin bu beyanı Sayda Müftüsü tarafından görüşlerine delil olması için ileri sürülmüştür. Bu görüşe Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 741'de yer verilmiştir. Fakat İbn Âbidîn bu nakli Hayreddin er-Remlî'nin *el-Fetâva'l-Hayriyye* adlı fetva kitabında bulamadığını ifade eder.

²²⁹ Örnek için bk. Dürrizâde, *Fetâvâ*, 245.

²³⁰ İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, IV, 1804; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 742.

çok olsun akid üzerinde etkili olur. Üçüncü kısım bu ilk iki kısmın dışında kalan ve bedeller arasındaki oransızlığı tayin etme konusunda ihtilaf edilen alandır. Buna göre taraflardan birisi akdin konusunun kıymetini bilmemesi neticesinde bir kısım Mâlikî fıkıh âlimine göre üçte bir (1/3) veya daha fazla oranda, diğer bir kısım Mâlikî fakihine göre ise piyasa şartlarına göre aldanırsa aldanan taraf muhayyer olur. Bu üçüncü kısım aynı zamanda kıymette hata olarak kabul edilmektedir.²³¹ Görüldüğü Mâlikî doktrininde oran üzerinde ihtilaf edilmekle beraber fâhiş oransızlığın, aldanan tarafın bilgisizliği çerçevesinde gabin hükmünü meydana getireceği görüşünde bulunan fıkıh âlimleri bulunmaktadır. Fakat İbn Rüşd'e göre bilgisizlik sebebiyle meydana gelen fâhiş oransızlık akde tesir etmez. Ona göre mezhebde de meşhur görüş akdin tek başına fâhiş oransızlıkla feshedilemeyeceği istikametindedir.²³²

Zâhirilere göre bir mal, hakiki değerinden fazlaya veya noksanına satılınca bakılır: Satıcı ile müşteri, bu ziyadede veya noksan miktarını bilip buna birlikte razı olmuşlar ise bu satım akdi geçerlidir. Fakat bunlar bu satımda, selâmeti, aldanmamayı şart koşmuşlar ise geçerli değildir. Bu selamet şartını yalnız birisi dermeyan edip de mebi değerinden fazlaya veya noksana satılsa ve taraflar veyahut yalnız mağbun olan taraf oransızlığın miktarını bilmeseler satım akdi bâtil olur.²³³ Zeydiyye mezhebinin bazı fakihlerine göre de fâhiş oransızlık tek başına akdin feshine sebep teşkil etmektedir.²³⁴

Yukarıda söz konusu olan görüşler reşid olanlar içindir. Bu fıkıh âlimlerine göre reşid olmayanlar için fâhiş oransızlığın daha büyük etki doğuracağı açıktır.²³⁵

Kanaatimize göre Senhûrî'nin (ö. 1391/1971) de işaret ettiği gibi, aldatma fiilinin şart koşulmaması demek fâhiş oransızlığın tek başına hüküm doğurması demek değildir. Budan kasıt, aldananın aldandığını bilmemesi neticesinde fâhiş

²³¹ Kâdî Abdülvehhâb, *et-Telkîn*, II, 364; Karâfî, *ez-Zahîre*, V, 112; Mevâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 137.

²³² İbn Rüşd, *Badâyetü'l-müctehid*, II, 168.

²³³ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 439; Bilmen, *Kamus*, VI, 81.

²³⁴ Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, VI, 330.

²³⁵ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 741.

oransızlıkla akid yapmasıdır.²³⁶ Dolayısıyla bu bakış açısı Türk hukukundaki gabin anlayışına daha yakındır. Çünkü buradaki aldanan açısından sübjektif unsur olan “bilgisizlik”, Türk hukukundaki “tecrübesizlik” sübjektif unsuruyla yakınlık arz etmektedir.

a. Aldatma Fiilini Şart Koşmayanların Delilleri

Aldatma fiilini şart koşmayanların delillerini şu maddeler altında beyan edebiliriz:

1) “Ey iman edenler! Mallarınızı aranızda haksızlıkla yemeyin. Ancak kendi rızanızla yaptığımız ticaretle yemeniz helaldir.”²³⁷ âyetinde, ticaretin karşılıklı rıza ile gerçekleşmesi istenmektedir. Hâlbuki fâhiş oransızlığa maruz kalan kimsenin bu duruma razı olmayacağı aşikârdır. Dolayısıyla aldanandan istifade eden kimse, aldananın rızası olmaksızın malını elde etmiş olur ki, bu da aldatma fiiline gerek olmadan akdin feshedilmesine sebep teşkil eder.

2) Sübjektif unsurun gabin muhayyerliği için şart olmadığına dair çeşitli hadisler delil olarak kullanılmaktadır. Bunlardan tespit edebildiklerimiz şunlardır: “Hiç kimsenin bir başkasının malından gönül hoşnutluğu olmadan istifade etmesi helal değildir.”²³⁸ Bir diğer rivayetinde ise “Gönül hoşnutluğu ile kendisine vermeksizin hiç kimsenin bir başkasının malını alması helal değildir. Hiç kimseye zulmetmeyiniz.”²³⁹ “Kim fiyatını bilmediği bir malı karşı tarafa güvenerek satar veya satın alır (istirsâl), karşı taraf da buna binaen kendisini aldatırsa, bu aldatma riba

²³⁶ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 137.

²³⁷ Ayetin metni şu şekildedir: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ (Nisâ, 4/29).

²³⁸ Hadisin Beyhakî'deki metni şu şekildedir: "لا يحل لأحد من مال أخيه إلا ما طابت نفسه" Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VI, 97.

²³⁹ Hadisin Beyhakî'deki metni şu şekildedir: "لا يحل لامرئٍ من مال أخيه إلا ما أعطاه من طيب نفسه و لا يظلموا" Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VI, 97.

olur.”²⁴⁰ ve diğeri rivayeti “Fiyatını bilmediği bir malı karşı tarafa güvenerek satan veya satın alanın aldatılması ribadır.”²⁴¹ şeklinde gelmiştir. Yine “Zarar ve zarara zararlar karşılık vermek yoktur.”²⁴² hadisi bu kapsamda kabul edilmektedir.

3) Konuyla ilgili sahabe ve tabiinden de çeşitli rivayetler gelmiştir. Bu rivayetlerden de anlaşılacağı üzere sahabe ve tabiin, lehlerinde veya aleyhlerinde fâhiş oransızlığa müsamaha göstermemişlerdir. Bu durumu “zulüm ve bâtil yollarla insanların malını yemek” olarak algılamışlardır. Meselâ İbn Hazm’ın (ö. 456/1064), Muhammed b. Sîrîn’den rivayet ettiğine göre, bir adam Medine’ye Muhammed b. Sîrîn’e yakın bir yerde olan Abdullah b. Ömer’e misafir oluyor ve İbn Ömer’e Abdullah b. Cafer’den bir cârîye satın aldığına dair olayı anlatıyor. Daha sonra bu adam tekrar İbn Ömer’e gelerek İbn Cafer tarafından 700 dirhem aldatıldığını söyler. Bunun üzerine İbn Ömer, Abdullah b. Cafer’e giderek ya aldattığı 700 dirhemi iade etmesini veya akdi feshetmesini kendisinden talep eder. İbn Cafer de itiraz etmeden 700 dirhemi adama iade eder.²⁴³

Yine Abdürrezzak b. Hemmâm’ın (ö. 211/826-27) rivayet ettiğine göre Cerîr b. Abdullah el-Becelî bir adamdan bir at satın almak için pazarlık yaptı. Adam atı için 500 dirhem istedi. Cerîr ise atın kıymetinin daha fazla olduğunu söyledi ve kendisine 600 hatta 800 dirhem teklif etti. Adam Cerîr’in bu teklifini kabul eder. Daha sonra

²⁴⁰ Bu hadisin metni Beyhakî’de şöyle geçmektedir: أَخْبَرَنَا أَبُو سَعْدٍ الْمَالِينِيُّ أَخْبَرَنَا أَبُو أَحْمَدَ بْنُ عَبْدِ حَدَّثَنَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ زَيْدَانَ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ يَعْنِي الْمُحَارِبِيُّ حَدَّثَنَا مُوسَى بْنُ عُمَيْرٍ عَنْ مَكْحُولٍ عَنْ أَبِي أَمَامَةَ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ - « مَنِ اسْتُرْسَلَ إِلَى مُؤْمِنٍ فَعَيْنُهُ كَانَ غَيْبُهُ ذَلِكَ رِبًا » (Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, V, 348-349). Beyhakî bu iki hadisi çeşitli tarihlerle rivayet etmiştir. Bazı tarihleri eleştirmiş, bir kısım tarihler hakkında yorum yapmamıştır. Bundan dolayı rivayet edilen ikinci hadisin delil olarak kabul edilmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir.

²⁴¹ Bu hadisin metni Beyhakî’de şöyle geçmektedir: "عَيْنُ الْمُسْتُرْسَلِ رِبًا" (Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, V, 348-349).

²⁴² Bu hadisin metni İbn Mâce’de şu şekildedir: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى حَدَّثَنَا عَبْدُ الرَّزَّاقِ أَنْبَأَنَا مَعْمَرٌ عَنْ جَابِرِ (İbn Mâce, *Ahkâm*, 17; Muvatta, *Akziyye*, 31; Ahmed b. Hanbel, 1/313, 5/327; Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, VI, 69-70, 156-158, X, 133; Taberânî, *el-Mu‘cemü’l-kebir*, II, 86, XI, 228, 302).

²⁴³ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 440.

insanlar kendisine atı 500 dirheme neden almadığını sorduklarında, “Biz Resûlullah’a, hiç kimseyi aldatmayacağıımıza dair biat ettik.” cevabını verir.²⁴⁴

Süfyân b. Uyeyne’nin Beşir b. ‘Îsâm es-Sekâfî, Ma‘bed b. Müseyyeb sahih isnadıyla Ubeyy b. Ka‘b’dan rivayet ettiğine göre Hz. Ömer ve Hz. Abbas, Mescid-i Nebevî’nin yanında bulunan ve Hz. Ömer’in Mescide ilave etmek istediği Hz. Abbas’ın yeri konusunda ihtilafa düştüler. Bu ihtilafın çözümü için Ubeyy b. Ka‘b’a başvurular. Ubeyy b. Ka‘b kendilerine Hz. Süleyman’ın bir uygulamasından hareketle çözüm buldu. Hz. Süleyman’ın bu uygulaması şuydu: Mescid-i Aksâ’yı inşa etmesi için Hz. Süleyman’a Allah (c.c.) tarafından emir verildi. Mescidi yapacağı yer bir adamın mülkü olduğu için bu yeri kendisinden satın aldı. Bu yeri satın alınca adam kendisine “Bu yer mi yoksa bana verdiğin bedel mi daha değerlidir?” şeklinde bir soru yöneltti. Hz. Süleyman da satın aldığı yerin daha değerli olduğunu söyleyince adam yapmış olduğu akdi feshettiğini ilan etti. Bunun üzerine Hz. Süleyman bedeli arttırdı. Fakat adam tekrar aynı soruyu sorup aynı cevabı alınca tekrar akid feshediliyor ve bedelin arttırılması yolunu gidiliyordu. Bu durum sonunda Hz. Süleyman’ın kendisinden bu soruyu sormayacağına dair söz almasına kadar devam etti. Nihayetinde ortaya büyük bir bedel çıktı ki bu Hz. Süleyman da bu bedeli çok buldu. Bunun üzerine Allah (c.c.) kendisine “Bütün mülkünü bu adama vermiş olsan da bu yerin hakkını ödemiş olmazsın. Razi olacağı bedeli kendisine ver.” şeklinde vahiyde bulundu. Bu olaydan hareketle Ubeyy b. Ka‘b de Hz. Abbas lehine karar verdi.²⁴⁵

Yukarıdaki örneklerde de görüldüğü hiç kimsenin itiraz edemeyeceği İslâm’ın ilk neslinin uygulamaları, gabnin sübjektif unsur olmaksızın tek başına fâhiş oransızlıkla tahakkuk edeceği yönündedir.

4) Gabnin kişiye muhayyerlik hakkını vermesi için fâhiş oransızlıkla birlikte tağrîrin de bulunması gerektiğini iddia edenlerin, genellikle bedeller arasında oransızlık içermesine rağmen muamelelerin asırlarca geçerli kabul edildiği görüşü çok tutarlı değildir. Bu görüşün doğruluğu kabul edilecek olsa da buradaki oransızlık

²⁴⁴ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 440-441.

²⁴⁵ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 441.

basit oransızlığa (gabn-i yesîre) hamledilmesi gerekir. Çünkü birçok sahabi bedeller arasındaki oransızlık sebebiyle akdi feshetmişlerdir.

Tağrîrin gabin için şart olduğunu iddia edenlerin diğer delili de “Habban hadisi”dir. Çünkü Hz. Peygamber, devamlı aldandığını söyleyen Habban’ı dinleyince geçmişte yaptığı akidler için kendisine muhayyerlik hakkını ikame etmemiş, aksine kendisine “Oransızlık yok!” demesini değil “Aldatma yok!” demesini tavsiye etmiştir. Bu durum, gabin için sübjektif unsurun (tağrîrin) şart olduğunu ispat etmektedir. Fakat gabin için aldatma fiilinin şart olmadığını iddia edenlere göre bu durum karşı taraf için kesin bir delil arzetmemektedir. Çünkü hadisin hiçbir rivayetinde Habban’ın ve ailesinin Hz. Peygambere geliş sebepleri Habban’ın yaptığı akidlerin sahih ve lâzım olması ile ilgili değil, hacedilmesi veya içinde bulunduğu bu problemin çözümüne yönelik bir tedbirin temin edilmesiyle ilgilidir. Dolayısıyla Habban’ın geçmişte yapmış olduğu akidlerinin sahih olduğuna yönelik açık bir hüküm bulunmamaktadır. Habban b. Münkız aldanıyordu, dolayısıyla onun aldanmasını önlemeye yönelik bir çözüm önerisi yapıldı. Ayrıca “hilâbe” kelimesinin “aldatma” anlamında kabul karşılık; bu kelimenin “bedeller arasındaki oransızlık” için de kullanıldığı ileri sürülmektedirler. Çünkü “Habban hadisi”nin farklı rivayetlerinde bedeller arasındaki oransızlığın vaki olması durumunda da, muhayyerlik hakkının sabit olduğu görülmektedir. Bundan dolayı Hz. Peygamberin Habban’a “Aldatma yok!” demesini tavsiye etmesi ve bu cümleyi söylediği zaman kendisine muhayyerlik hakkı tanınması “hilâbe” kelimesinin bedeller arasındaki oransızlığı da ihtiva ettiğine delil teşkil etmektedir. Bir başka ifade ile, tek başına bedeller arasındaki fâhiş oransızlık hilenin gerçekleştiğine dair objektif bir delildir. Çünkü akid yapma sırasında ma‘kudun aleyhle ilgili her hususu açıklamak, karşı tarafa nasihatte bulunmak bütün müslümanların ödevlerindedir.²⁴⁶ İbn Hazm’a (ö. 456/1064) göre de bir satıcının, kıymeti hakkında bilgisi olmayan müşteriye kıymetinden fazlaya malını satması müşterinin aldatılması; bir satıcının, müşteriye bilmeden kıymetinden daha aza malını satması ise satıcının aldatılmasıdır ki aldatma

²⁴⁶ Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, II, 751.

da haramdır. Dolayısıyla ona göre bedeller arasındaki oransızlık, hile (hud^ca) anlamında da kullanılmakta olup tek başına hüküm ifade etmektedir.²⁴⁷

5) Fâhiş oransızlığın ancak aldatma fiili (tağrîr) ile sonuç doğuracağını iddia edenler bu kurallarını her alanda uygulayamamışlar, bazı konuları istisna etmişlerdir. Hanefiler ve onlar gibi düşünen birçok fıkıh âlimi bu kuraldan mahcur şahısların mallarının, vakfın ve devlet malının satılmasını istisna etmişlerdir. Hatta Hanefî fakihleri tek başına basit oransızlığın (gabn-i yesîrin) on meselede hüküm doğuracağı görüşündedirler. Nitekim çağdaş Mısır ve Irak hukuklarında da bu çeşit istisnalar yapılmıştır. Bütün bunlar kurallarının zayıf ve istikrarsız olduğunun bir göstergesidir.²⁴⁸

6) Fıkıh âlimleri ayıp muhayyerliğinin mevcudiyeti konusunda ittifak etmişlerdir. Ayıp, ticaret erbabınca eşyanın kıymetini düşüren noksanlıktır.²⁴⁹ Oransızlık da kıymette hakiki noksanlık veya semenin, satılan malın kıymetinden noksan olmasıdır. Muhayyerlik hakkının sabit olması için oransızlığı ayıba kıyas etmek her ne kadar evlâ kıyas²⁵⁰ olmasa da müsâvî kıyas²⁵¹ olur.²⁵²

Çağdaş İslâm hukukçuları da sübjektif unsurun şart olup olmadığı konusunda ihtilaf etmişlerdir. Konuyla ilgili iki farklı görüş ortaya çıkmıştır:

Birinci görüşü temsil eden hukukçulara göre teorik ve pratik olarak aldatan açısından sübjektif unsur olmaksızın gabnin uygulanması mümkün değildir. Çünkü sübjektif unsurların varlığının kabulü muamelatla ilgili ahlaki esasların desteklenmesi ve ahlaki olmayan bütün vasıtaların engellenmesi demektir.

²⁴⁷ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 441-442.

²⁴⁸ Geniş bilgi için bk. Tez Metni, s. 117-118.

²⁴⁹ Mecelle, md. 338.

²⁵⁰ Fer^c deki illetin asıldaki illetten daha kuvvetli olduğu kıyastır. Daha geniş bilgi için bk. Atar, *Fıkıh Usûlü*, 70.

²⁵¹ Fer^c deki illetin asıldaki illete eşit olduğu kıyastır. Daha geniş bilgi için bk. Atar, *Fıkıh Usûlü*, 70.

²⁵² Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 753.

İkinci görüşü temsil eden hukukçulara göre ise sübjektif unsurların varlığı olmaksızın tek başına bedeller arasındaki oransızlık yeterlidir. Fakat bu grupta yer alan hukukçular da teknik nitelendirmede iki farklı gruba ayrılmışlardır:

1) Birinci grubu temsil eden hukukçulara göre göre tek başına bedeller arasındaki oransızlıkla sonuca giden nazariye, sübjektif unsuru dikkate alıp sonuca giden nazariyeyi kapsamaktadır. Ayrıca aldatan açısından sübjektif unsuru aramaya gerek yoktur. Zaten sübjektif unsurun mevcudiyetini araştırmak yargıyı çok fazla meşgul etmektedir. Hâlbuki tek başına bedeller arasındaki oransızlıkta malların kıymetini tespit etmek yargıyı çok fazla meşgul etmemektedir.²⁵³

Konuyla ilgili olarak Şerkâvî şöyle demektedir: “Beşeri hukuk, gabnin sübjektif unsuruyla yapılan akdin ayıplı olduğunu ispat etmeye çalışır. Hâlbuki biz, tasarrufun sıhhatini ihlal eden ayıbın bedeller arasındaki oransızlıktan kaynaklandığı kanaatindeyiz. Bundan dolayı ayıp, tek başına sübjektif unsur değil, sübjektif unsurdan kaynaklanan bedeller arasındaki oransızlıktır.” Onlara göre bütün bunların yanında, uygulamalar sübjektif unsura dayanan gabnin çok faydalı olmadığını göstermektedir. Kaldı ki gabnin uygulandığı ülkelerde yapılan araştırmalardan bu nazariyenin nadir olarak uygulandığı anlaşılmaktadır.²⁵⁴

Karadâğî de akid sırasında örf ve âdetin müsamaha ettiği miktarın dışındaki oransızlığın tek başına akde etki edeceği ve mağdura muhayyerlik hakkı vereceği kanaatinde-dir. Gerekçe olarak da örf ve âdetin müsamaha etmediği oransızlığın zulüm ve zarar olmasını, zulüm ve zararın da İslâm tarafından yasaklanmış olduğunu göstermektedir. Ona göre tek başına fâhiş oransızlığın akid üzerinde etkili olacağını savunanların delilleri daha kuvvetlidir. Aksini iddia edenlerin delilleri ise zayıftır. Hatta kendi beyanına göre İbn Rüşd (ö. 595/1198) gibi bazı fakihler oransızlığı birçok satım akdinin yasaklanmasının illeti kabul etmişlerdir. Çünkü İbn Rüşd, yasaklanan satım akidlerini açıklarken “Bu satım akidlerinin yasaklanması, sebebi

²⁵³ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 761.

²⁵⁴ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 761.

garar olan oransızlıktan dolayıdır.”²⁵⁵ ifadesini kullanmıştır. Dolayısıyla yasaklanmayı, bir başka ifadeyle fesad hükmünü garardan ziyade öncelikli olarak oransızlık üzerine bina etmiştir. Durum böyleyken, yani özellikle oransızlığın tahakkuk etmesi hükmün meydana gelmesi için yeterliyken oransızlıkla beraber ayrıca tağrîr, hud‘a, garar ve tedlîs gibi sübjektif şartları aramanın gerekliliği yoktur. Ayrıca İslâm hukukunda akidler imkân ölçüsünde bedellerin eşitliği üzerine kurulmaktadır. Denklik her işte talep edilmektedir. Birçok ayette denklik ve tartıda adaletin ikame edilmesi emredilmektedir. Mesela bu ayetlerin birinde “Doğru terazi ile tartın.”²⁵⁶ emredilmektedir. Bu ayetteki doğru tartıdan kastedilen sadece ma‘kudun aleyhin terazi ile doğru tartılması değildir. Aynı zamanda semen ve semen ile satın alınan her şeyin dosdoğru ölçülüp tartılmasıdır. Bunun için de satarken eksik vermek veya satın alırken eksik bedel vermek “Eksik ölçüp tartanların vay haline! Onlar insanlardan kendilerine bir şey aldıkları zaman tam ölçerler. Kendileri başkalarına bir şey ölçtükleri veya tarttıkları zaman eksik ölçer ve tartarlar.”²⁵⁷ ayetiyle haram kılınmıştır. Dolayısıyla bedeller arasında eşitsizliği ifade eden fâhiş oransızlığın da evleviyetle haram olması gerekir.²⁵⁸ Kaldı ki ona göre fâhiş oransızlığın muhayyerlik hakkını vereceği nazariyesi gabin nazariyesine ihtiyaç hissettirmemektedir. Çünkü fâhiş oransızlık nazariyesi objektif ve esnek bir ölçüt getirmektedir. Aynı zamanda oransızlığın takdiri, örf ve âdete bırakılmaktadır.²⁵⁹

Karadâğî'nin değerlendirmesi bu şekilde olmasına rağmen hukuk ve yargının, bedeller arasındaki oransızlığın sebebi üzerinde durabileceğini ifade etmektedir.

²⁵⁵ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 148. Bu ifade, ilgili kaynakta şu şekilde yer almaktadır: وهي

"ويهي البيوع المنهي عنها من قبل الغبن الذي سببه الغرر" Kanaatimize göre İbn Rüşd'ün ifade etmek istediği husus bu değildir. İbn Rüşd burada gararla birlikte oransızlığın da bulunması durumunda fâsid akidlerin oluşacağını ifade etmek istemiştir. Hatta sebebi garar olan veya başka bir şey olan oransızlığın farklı hükümleri havi olacağını ifade etmek için böyle bir ifade kullanmıştır.

²⁵⁶ "وَرَزُوا بِالْقِسْطِ الْمُسْتَقِيمِ" İsrâ, 17/35.

²⁵⁷ Mutaffifin, 83/1-3. وَيَلِّ الْمُطَفِّفِينَ {1} الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ {2} وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وُزِنُوا لَهُمْ يُخْسِرُونَ {3}

²⁵⁸ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 751-752.

²⁵⁹ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 757.

Çünkü ona göre bir kimsenin hiçbir sebep yokken zararına bir oransızlığa razı olması, aklın kabul edeceği bir şey değildir.²⁶⁰

Karadâğî'nin bu ifadesi de göstermektedir ki objektif unsurun tek başına hüküm ifade edeceğini savunan fıkıh âlimlerine göre bile oransızlığın tahakkuk etmesine sübjektif unsur sebebiyet vermektedirler. Bir başka ifadeyle ortada bir oransızlık varsa bu oransızlığın altında bir eksiklik veya ayıbın da varlığı kabul edilmektedir. Fakat karşı görüşte olanlara göre oransızlığın temelindeki sebeplerin irdelenip tayin edilmesi, Karadâğî ve kendisiyle aynı düşüncede olan gruba göre ise oransızlığın temelinde, oransızlığa sebebiyet veren bir sebebin bulunduğu varsayılması gerekmektedir.

2. İkinci grubu temsil eden hukukçulara göre, aldatan açısından sübjektif unsuru içeren gabin telakkisi, iradeyi bozan sebepler arasında mevzu bahis edildiği için, gabin nazariyesi altında ele alınmasına gerek yoktur. Gabin nazariyesi altında incelenebilecek konu, ancak aldatma fiilini içermeyen gabindir.²⁶¹

b. Aldatma Fiilini Şart Koşmayanların Delillerinin Tahlili

Kanaatimize göre Karadâğî'nin; hiç kimsenin herhangi bir sebep olmadan kendi aleyhinde bir tasarrufa imza atmasının mümkün olamayacağını ifade etmesi isabetlidir. Dolayısıyla kişi, mutlaka bir zafiyeti sebebiyle aleyhinde oransızlık içeren bir akid yapmış olacaktır. Aslında bu da gabinin sübjektif unsurlarının mevcudiyetini gerekli kılmaktadır. Bu durum gabinin sistematik olarak ifade edilmesine de vesile olmaktadır. Muhtemelen fıkıh âlimlerinin, tek başına fâhiş oransızlığı zikretmeleri ve bunun bir hüküm ifade ettiğini kabul etmeleri sübjektif unsur, objektif unsurun (bu terimin ifade edilmesi için genellikle tağrîr kavramı kullanılmaktadır) zımında var saymalarından kaynaklanmaktadır.

2. Aldatma Fiilini Şart Koşanlar

Hanefî mezhebinin tercih edilen görüşüne göre, gabin sebebiyle akdin feshedilebilmesi için fâhiş oransızlıkla beraber, aldatan açısından sübjektif unsurun

²⁶⁰ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 764.

²⁶¹ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 763.

(tağrîr) da meydana gelmesi gerekir.²⁶² Nitekim Hanefî mezhebinin tercih edilen görüşlerine göre tedvin edilen Mecelle’de de, satım akdinde tağrîr olmaksızın sadece ivazlar arasındaki fâhiş oransızlık sebebiyle satıcı veya müşterinin akdi feshedemeyeceğine yer verilmiştir.²⁶³ Hatta Ali Haydar (ö. 1355/1935) gibi bazı Hanefî fakîhlerine göre aldatma fiili olmaksızın satım akdinde meydana gelen oransızlık, ne kadar fâhiş olursa olsun akdin sıhhati üzerinde olumsuz bir etkide bulunmaz.²⁶⁴

İbn Âbidîn’e göre Zeyla‘î (ö. 743/1343) de, gabin için fâhiş oransızlığın yanında sübjektif unsuru (tağrîri) şart koşanların görüşünün sahih olduğunu beyan eder. Ayrıca Timurtâşî’nin (ö. 1004/1596) ve müteahhir âlimlerin²⁶⁵ tümünün bu kanaatte olduklarını nakleder.²⁶⁶ İbn Nüceym (ö. 970/1563) de tek başına fâhiş oransızlıkla akdin feshedilemeyeceği görüşünün mezhebin görüşü olduğunu naklettikten sonra bazı meşâyihin, tek başına fâhiş oransızlıkla akdin feshedilebileceği şeklinde fetvâ verdiklerini ifade eder.²⁶⁷

Haskefî’ye (ö. 1088/1677) göre de gabin sebebiyle akdin feshedilebilmesi için, fâhiş oransızlıkla birlikte müşteri, satıcı veya komisyoncu tarafından aldatma (tağrîr) fiilinin meydana gelmesi gerekir. Aksi takdirde akdin feshedilmesi söz konusu olmaz. Çünkü böyle bir gabin anlayışı insanların maslahatına daha uygundur.²⁶⁸

Aldatan açısından sübjektif unsur olan tağrîrin gabin hükmü için şart olup olmadığı konusunda Sayda Müftüsü ve nâibiyle tartışmaya giren ve konu hakkında “Gabin Risâlesi”ni yazan İbn Âbidîn’e (ö. 1252/1836) göre de fâhiş oransızlığın hüküm doğurması için sübjektif unsur olan tağrîrin de gerçekleşmesi gerekir. Onun

²⁶² Kadri Paşa, *Mürşidü’l-hayrân*, 81 (md. 300); Ali Haydar, *Dürerü’l-hükkâm*, I, 586; Senhûrî, *Mesâdirü’l-hak*, II, 134; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 134.

²⁶³ Bu hüküm Mecelle’de şu şekilde ifade edilmiştir: “Bey’de bilâ tağrîr gabn-i fâhiş bulunsa mağbûn olan kimse bey’i feshedemez.” (Mecelle, md. 356).

²⁶⁴ Ali Haydar, *Dürerü’l-hükkâm*, I, 588; Reşit Paşa, *Rûhu’l-Mecelle*, I, 221; Bilmen, *Kamus*, VI, 79; Karadâgî, *Mebdeü’r-rızâ*, II, 744.

²⁶⁵ Hanefî fikhında müteahhirin kavramıyla, Halvanî’den (ö. 452/1060) sonraki dönemde gelen fikh âlimleri kastedilmektedir.

²⁶⁶ İbn Âbidîn, “*Gabin*”, II, 78.

²⁶⁷ İbn Nüceym, *el-Bahru’r-râik*, VI, 115-116; Senhûrî, *Mesâdirü’l-hak*, II, 134.

²⁶⁸ Haskefî, *ed-Dürü’l-muhtâr*, V, 143.

ifadesine göre Hanefî âlimlerinin büyük bir kısmı, insanların maslahatını gözetmek amacıyla, tağrîr bulunması durumunda akdin feshedilmesi, bulunmaması durumunda ise feshedilememesi yönünde fetva vermişlerdir. Sadece fâhiş oransızlık sebebiyle gabnin hüküm doğuracağını ifade eden fakîhler bulunsa da, bu görüş mezheb içerisinde muteber hale gelememiştir. Dolayısıyla hâkimler sadece fâhiş oransızlık sebebiyle davayı dinleyip akdi feshedemezler.²⁶⁹ İbn Âbidîn'e göre bu görüş gabni hiç dikkate almayan ve gabnin sadece fâhiş oransızlıkla meydana geldiğini ifade eden iki görüşün ortasında bir görüştür. Dolayısıyla bu, iki görüşün arasını da uzlaştırmış olmaktadır. Hatta ona göre gabnin sadece fâhiş oransızlıkla gerçekleşeceğini veya gabnin hiç gerçekleşmeyeceğini ifade edenlerin görüşlerinin tercih edilen görüşe göre yorumlanıp üzerinde uzlaşılan orta bir görüşün bulunması mümkündür. Çünkü tercih edilen bu görüşün dışındaki iki görüşün sahipleri görüşlerini insanların maslahatlarına daha uygun olmasıyla illettirmişlerdir. Hâlbuki bu iki görüş insanlar arasında kavga ve tartışmalara sebebiyet vereceği için insanların maslahatına uygun değildir. Kaldı ki amellerin en faziletli ortası olup ifrat ve tefrit zararlıdır.²⁷⁰

Ayrıca incelemiş olduğumuz fetva kitaplarında da İbn Âbidîn'in bu tespitleri istikametinde fetvâ verildiği tespit edilmiştir.²⁷¹ Ayrıca İbn Âbidîn'in çağdaşlarından olan Said Halebî, Şam Müftüsü Hüseyin Muradî, Abdullâtif Fethullah, Ömer Müctehid ve Beyrut Müftüsü Ahmet Garrî gibi fakîhler de İbn Âbidîn gibi tek başına fâhiş oransızlıkla akdin feshedilemeyeceğini belirtmektedirler.²⁷²

Bilmen'e (ö. 1971) göre de Hanefî mezhebi âlimlerinin çoğunluğunun görüşü, zarar gören taraf ister satıcı ister müşteri olsun, satım akdinde ivazlar arasında fâhiş oransızlık bulunup tağrîr bulunmadığı zaman satım akdi feshedilemez şeklindedir. Fakat bundan yetim, akıl hastası ve bunakların akidleri ile vakıf ve devlet hazinesi mallarının konu olduğu akidler müstesnadır. Bu alanlarda yapılan akidlerin bâtil

²⁶⁹ İbn Âbidîn, "*Gabin*", II, 68.

²⁷⁰ İbn Âbidîn, "*Gabin*", II, 77-78.

²⁷¹ Örnek için bk. Ali Efendi, *Fetâvâ*, I, 297; Yenişehirli, *Behcetü'l-fetâvâ*, 287-288; İbn Âbidîn, *el-Ukûdü'd-dürriyye*, 257.

²⁷² Atmaca, *Gabin Risalesi*, 79-80.

olması için fâhiş oransızlığın tek başına bulunması yeterlidir. Yetim malının fâhiş oransızlıkla satılmasının fasid olduğu kanaatine sahip olan fıkıh âlimleri de bulunmaktadır.²⁷³

Şâfiî mezhebine müntesip âlimlerin bir kısmına göre, fâhiş oransızlık tağrîrin bir çeşidi olan telâkki'r-rükbân ile birlikte bulunduğu zaman, gabin hukukî sonuç ifade eder. Şîrâzî'ye (ö. 476/1083) göre telâkki'r-rükbân, tağrîrin bir çeşidi olup fâhiş oransızlıkla birlikte bulunduğu zaman kişiye muhayyerlik hakkı verir.²⁷⁴ Şâfiî fakihlerinden Gazzâlî (ö. 505/1111), 1/3 oranını aşan oransızlık sebebiyle muhayyerlik hakkının doğduğunu söyleyenlerin bulunduğunu, fakat kendisinin bu görüşte olmadığını ifade etmektedir.²⁷⁵ Râfi'î (ö. 623/1226) ve Nevevî (ö. 676/1277) de gabin sebebiyle kişinin muhayyer olabilmesi için sübjektif unsurun şart olduğunu beyan ederler.²⁷⁶ Meselâ cevher zannederek cam satın alan kimsenin satın aldığı veya cam zannederek cevher satan kimsenin sattığı mal hakkında araştırma yapmayı ihmal etmesi sebebiyle fâhiş oransızlıkla aldanması durumunda gabin muhayyerliğine sahip olmaz. Çünkü akdin sıhhati için şart olan rıza, ihmal sebebiyle nazarı dikkate alınmaz. Fakat aynı durumda satıcı, müşteriye "Bu cevherdir." dese ve müşteri bu camı cevher fiyatıyla satın alsa veya müşteri satıcıya bu telkinde bulursa ve satıcı da cevheri cam fiyatına satsa, aldanan taraf gabin muhayyerliğine sahip olur. Dolayısıyla Şâfiî mezhebinde tercih edilen görüşe göre ihmale dayalı hata ile ilişkili fâhiş oransızlık gabin muhayyerliğine sebep olmazken aldatma fiilinin (tağrîrin) varlığına bağlı fâhiş oransızlık aldanana gabin muhayyerliği vermektedir.²⁷⁷

Genel anlamda Mâlikî mezhebinin meşhur görüşüne göre de tek başına fâhiş oransızlık akdin feshedilebilmesi için yeterli değildir.²⁷⁸ Mâlikî mezhebi fakihleri akdin taraflarının durumuna göre gabne hukukî sonuçlar tahakkuk ettirmişlerdir. Bundan dolayı akidleri, piyasa şartlarını bilip ona göre pazarlık yapan veya

²⁷³ Bilmen, *Kamus*, VI, 79; Çetin, "Gabn-i Fâhiş", XVIII (4), 214.

²⁷⁴ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, I, 292.

²⁷⁵ Gazzâlî, *İhyâ*, II, 147; Yaşaroğlu, *Gabin*, 53.

²⁷⁶ Nevevî, *Ravza*, III, 470.

²⁷⁷ Nevevî, *Ravza*, III, 470; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 65; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 134, 136.

²⁷⁸ Kâdî Abdülvehhâb, *et-Telkîn*, II, 364; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 168; Mevâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468; Dirdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, III, 140.

tarafardan birisinin piyasa şartlarından habersiz olup bu durumu karşı tarafa haber veren tarafların yaptığı akidler (bey' u'l-istirsâl) olmak üzere iki kısma ayırmaktadırlar. Birinci duruma göre yani piyasa şartlarını bilip ona göre pazarlık yapan tarafların fâhiş oransızlık içeren akidleri bir görüşe göre feshedilebilir. Diğer görüşe göre ise feshedilemez. İkinci duruma göre, yani tağrîrin bir çeşidi olan istirsâl satışının (bey' u'l-istirsâl)²⁷⁹ meydana gelmesi veya kıymette hata ile beraber fâhiş oransızlığın da gerçekleşmesi durumunda mezheb âlimlerinin diğer bir kısmına göre gabnin hukukî sonuçları tahakkuk eder.²⁸⁰ Bu durumda gabnin akde tesir etmesi için aldananın piyasayı tanımaması, akid sırasında aldandığını bilmemesi, oransızlığın üçte birden fazla olması ve akdi bir sene içinde feshetmesi gerekir.

Hanbelî mezhebinde ise gabnin hukukî sonuç doğurması fâhiş oransızlıkla beraber birer tağrîr çeşidi olarak kabul edilen şehirlilerin köylüleri yolda karşılaşması (telâkki'r-rükbân), muvâzaalı artırma (neceş) ve istirsâl satışı²⁸¹ şekillerinden birinin bulunmasına bağlıdır.²⁸² Fakat Hanbelî fakihleri bu üç sübjektif unsurla yetinmemişlerdir. Bunların dışında farklı unsurları da dikkate almışlardır. Bazı Hanbelîlere göre tağrîr kapsamında değerlendirilen her unsur, bazılarına göre ise ancak akıl zayıflığı kişiyi muhayyer yapar.²⁸³

Zeydiyye mezhebinin imamlarından Mansûr Billâh ve İmam Yahyâ'ya göre de ticaret malının kıymetini bilmeyen kimsenin fâhiş oransızlıkla aldanması durumunda akid feshedilebilir.²⁸⁴ İmamiyye mezhebinin fakihleri de aynı görüştedir. Onlara göre de gabin sebebiyle akdin feshedilebilmesi için fâhiş oransızlıkla beraber akid sırasında aldanan kimsenin ticaret malının kıymetini bilmemesi gerekir.²⁸⁵

²⁷⁹ Tanım ve geniş bilgi için bk. Tez Metni, s. 70-72.

²⁸⁰ Mevâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468; Bilmen, *Kamus*, VI, 80; Yaşaroğlu, *Gabin*, 151-52.

²⁸¹ Bk. Tez Metni, 161-165, 153-155, 70-72.

²⁸² Merdâvî, *el-İnsâf*, IV, 394; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ* ' , III, 211; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 134, 136-137; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 746; Yaşaroğlu, *Gabin*, 54.

²⁸³ İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV, 77; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 746.

²⁸⁴ Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, VI, 330.

²⁸⁵ Hasenî, *Nazariyyetü'l- 'akd*, 374-376; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 747.

Görüldüğü gibi Hanefî mezhebinin çoğunluğunu teşkil eden fıkıh âlimlerine göre gabnin hüküm ifade etmesi için aldatan açısından subjektif unsurun da bulunması şarttır. Tercih edilen görüş de bu olup fetva buna göre verilmiştir.²⁸⁶ Fakat bundan yetim, vakıf ve devlet malının satışını istisna etmişlerdir. Bu üç durumda fâhiş oransızlığın tek başına bulunması akde etki eder.²⁸⁷

Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinde de hâkim kanaat, gabnin hüküm doğurması için fâhiş oransızlıkla birlikte aldatan açısından subjektif unsurun varlığının da şart olduğu şeklindedir. Şâfiîler de pazar dışında malı karşılayıp satın almanın (telâkki'r-rukbân) aldanana fesih muhayyerliği kazandıracığı kanaatindedirler.²⁸⁸ Zeydiyye ve İmamiyye'ye göre ise aldanana açısından subjektif unsurun bulunması yeterlidir.

Gabnin hüküm doğurması için fâhiş oransızlıkla birlikte subjektif unsurun (tağrîr) da bulunmasını şart koşan fakihlere göre tağrîr durumunda aldanana taraf, akde aldanma yoktur düşüncesiyle razı olmuştur. Aldanma ortaya çıktığına göre onun böyle bir akde rızası yok demektir. Bu durumda aldanana tarafa, iradesi dikkate alınarak akdi feshetme hakkı verilmelidir. Adalet bunu gerektirir. Böylece aldatmanın bir hak doğurması da engellenmiş olur.²⁸⁹

Benzer tartışmalar Türk hukukunda da yapılmaktadır. Birçok müellif gabin için ivazlar arasında açık nispetlilik gibi birisi objektif; müzayaka, hiffet ve tecrübesizlikten istifade gibi diğeri de subjektif olmak üzere iki unsur aramakla yetinmişlerdir. Bu müellifler hiffet, tecrübesizlik ve müzayaka ile bunların birinden istifadeyi bir arada mütalaa etmişlerdir. Bunun yanında bir kısım müellif de bu iki unsuru birbirinden ayırmışlardır. Buna göre gabnin unsurlarını şu şekilde beyan etmişlerdir:

a) İvaz ile mukabil ivaz arasındaki nispetlilik akdin inikadı anında objektif olarak takdir edilmek icab eden bir unsur olduğundan buna objektif unsur denilmektedir.

²⁸⁶ İbn Âbidîn, "Gabin", II, 77.

²⁸⁷ Mecelle, md. 356.

²⁸⁸ İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV, 77; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 220.

²⁸⁹ Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 220.

b) Gabne maruz kalanda aranılan hiffet, müzayaka veya tecrübesizlik hali mağbuna nazaran sübjektif bir unsur olmaktadır.

c) Mağbûnun bu hallerinden istifade edilerek akdin meydana getirilmesi mağbuna nazaran değil, fakat diğer tarafa nazaran yine sübjektif bir unsur olmaktadır.²⁹⁰

a. Aldatma Fiilini Şart Koşanların Delilleri

Aldatma fiilini şart koşanların delillerini şu maddeler altında beyan edebiliriz:

1) Sübjektif unsurlardan birisi olmaksızın, fâhiş oransızlığın tek başına bulunduğu akidlerin şartları ve unsurları gerçekleşmektedir. Çünkü fâhiş oransızlığın bulunmaması akdin ne rüknü ne de şartıdır.

Bu delil şu şekilde eleştirilmiştir: Fâhiş oransızlık her ne kadar akdin şartı veya rüknü değilse de akdin şartı veya rüknü olan rızayı etkilediği kabul edilmektedir. Akdin taraflarından birisinin rızası etkilendiği zaman da akdin şartına halel gelmektedir. Çünkü fâhiş oransızlığa maruz kalan tarafın rızası net ve açık değildir. Rızası net ve açık olacak olsaydı aleyhinde fâhiş oransızlık içeren bir akid yapmayacaktı. Buna rağmen, bile bile akid yapmış olsaydı buna razı olmuş ve dolayısıyla akid bağlayıcı olacaktı. Burada böyle bir durum söz konusu değildir.

2) Ticaret kâr ve zarara binaen yapılmaktadır. Dolayısıyla kâr, zarar ve bedeller arasındaki oransızlığın engellenmesi muamelelerin donuklaşmasına sebebiyet verir.

Bu delile de şu eleştiri getirilmiştir: Her ne kadar ticaretin kâr ve zarar için yapıldığı doğruysa da bu kâr ve zarar oranı sınırsız değildir. Kâr ve zarara piyasa şartları ve insanların genelinin aldanacağı miktar ölçüsünde müsamaha edilmektedir. Kârın, bu sınırları aşip büyük oranlara ulaşması durumu; akdin taraflarından birisinin şartlarının kuvvetli olması, ikna etme yeteneğinin üstün olması veya aldanın tarafın zayıf ve muhtaç durumda olması, tecrübesiz ve aklen zayıf olması sebebiyle insanların malını bâtil yollarla yeme sonucunu meydana getirmektedir. Kaldı ki kârın ve zararın belli şartlar muvacehesinde sınırlandırılması hukuki muamelelerin

²⁹⁰ Elbir, *Gabin*, 154.

donuklaşmasına da sebebiyet vermez. Çünkü İslâm insanların birbirlerine haksızlık yapmamaları için muamelelerde dürüst olmalarını ister.

3) Tek başına fâhiş oransızlığın akdi feshetme muhayyerliğini tevellüt etmesi piyasada karışıklık ve düzensizliklerin çoğalmasına, hukukî muamelelerin istikrarsızlaşmasına sebebiyet verir. Bu delile de şu eleştiri getirilmiştir: Fâhiş oransızlık neticesinde muhayyerlik hakkının kullanılmasının birtakım karışıklıklara sebebiyet vermesi oransızlık için muayyen bir ölçü konmadığı zaman söz konusudur. Oransızlık için muayyen bir ölçü konduğu zaman bir karışıklığın ve düzensizliğin meydana gelmesi pek mümkün değildir.

4) Düşünmeksizin, herhangi biriyle istişare etmeksizin ve piyasanın durumu hakkında bilgi sahibi olmaksızın akid yapmaya girişmesi sebebiyle fâhiş oransızlığın sorumlusu aldanandır. Dolayısıyla sorumluluğunun cezasını da başkasının değil kendisinin çekmesi gerekir. Kaldı ki piyasa, ticaretin mihenk taşıdır. Kişi bir kere aldanıp muhayyerlik hakkından istifade edemeyince bundan ders çıkarır ve bir daha aldanmamak için gerekli itinayı gösterir. Bu da gösteriyor ki tek başına fâhiş oransızlık sebebiyle aldanana muhayyerlik hakkını vermek ne insanların ne de hukukî muamelelerin istikrarının menfaatinidir. Çünkü bu durum insanların yaptıkları akidlere güvenmemelerine, tartışmaların çoğalmasına ve birçok satım akdinin mahkemelere götürülüp mahkemelerin bu gibi işler sebebiyle meşgul edilmesine sebebiyet verecektir.

Fakat aldanan kusurlu kabul edilecek olsa bile bu durum kusurlunun malının haksız yollarla elde edilmesine sebep teşkil etmez. Çünkü hukuk güçlüyü koruduğu gibi zayıf olanı da korumaktadır. Bir malın elde edilmesi tarafların kusuruna değil rızasına bağlıdır. Yine bu durumun mahkemelerdeki davaların çoğalmasına sebebiyet vereceği görüşü de çok muteber bir görüş değildir. Çünkü mahkemeler zaten insanlar arasındaki anlaşmazlıkları ve haksızlıkları halletmek için vardır. Kaldı ki bu durumun mahkemelere taşınması oransızlık için muayyen bir ölçü konmadığı zaman söz konusu olur.²⁹¹

²⁹¹ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 747-748.

5) Rivayetlere göre sahabeden Abdullah b. Ömer, Hz. Osman aleyhine fâhiş oransızlık içeren bir akid yapmıştır. Fakat Hz. Osman fâhiş oransızlık sebebiyle akdi feshetmemiştir. Şayet fâhiş oransızlık sebebiyle akid feshedilecek olsaydı Hz. Osman akdi feshederdi.²⁹²

Bu olayda fâhiş oransızlık sebebiyle akdin feshedilemeyeceğine dair açık bir delil bulunmamaktadır. Çünkü bu olaydaki gabin İbn Ömer'in Medine'ye uzak arazisini Hz. Osman'ın Medine'ye yakın olan arazisi karşılığında satmasından kaynaklanmaktadır. Fakat Hz. Osman'ın bu durumu gabin olarak kabul ettiğine dair bir delil bulunmamaktadır. Belki de Hz. Osman Medine'ye uzak olan araziye daha fazla arzulamıştı. Hiç değilse Hz. Osman'ın kendi yakın arazisinin uzak arazi karşılığında satıldığını bile bile akdi yapmıştır. Bile bile gabinli akde razı olmak akde bir zarar vermez.²⁹³

6) Akdin feshedilebilmesi için aldatan açısından sübjektif unsur olan aldatmanın (tağrîrin) şart olması insanların maslahatlarına daha uygundur.²⁹⁴ Aldatmanın (tağrîrin) gabinin hüküm ifade etmesi için şart olup olmayacağı tartışmalarının yapıldığı Hanefî mezhebine ait kaynaklarda “insanların maslahatına uygun olma” hususu üzerinde özellikle vurgu yapıldığı görülmektedir.

Türk Borçlar Kanununun 28. maddesinde tanzim edilen gabin hükmü “aldatma” unsurunu aramamaktadır. Fakat Mecelle'nin etkisi altında kalınarak Yargıtay kararlarında bu unsur aranmıştır.²⁹⁵

b. Aldatma Fiilini Şart Koşanların Delillerinin Tahlili

Kanaatimize göre aldatma fiilini şart koşanların yukarıda zikredilen delilleri ve bu doğrultuda olan “Habban hadisi”; hile (tağrîr) olmaksızın sadece fâhiş oransızlıkla veya akidde fâhiş oransızlığın olmamasını şart koşmaksızın yapılan akdin bâtil olmayacağına veya muhayyerlik hakkını vermeyeceğine delil teşkil etmektedir.

²⁹² Buhârî, “Büyü”, 47; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, V, 271; İbn Hacer, *Fethü'l-bârî*, IV, 337. Hadisin metni için bk. Tez Metni, 103-104.

²⁹³ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 747-748.

²⁹⁴ İbn Âbidîn, “Gabin”, II, 67.

²⁹⁵ Elbir, “Gabin”, 5.

Habban hadisinin bu noktada delil teşkil etmesinin gerekçesi şu şekilde açıklanabilir: Bu hadisin çeşitli rivayetlerinde sahabi, aldandığını ifade etmek için aldatma (hud‘a) kelimesini kullanmaktadır.²⁹⁶ Bu durum aldatan açısından sübjektif unsur olan aldatma fiilinin varlığını çağrıştırmaktadır. Fakat sahabi burada, karşı tarafın kendisini aldattığını değil, kendisinin aldandığını söylemesi dikkat çekmektedir. Kanaatimize göre buradaki aldanma, karşı tarafın yalan beyanıyla meydana gelmemekte, aldatılanın zayıf durumu olan akıl zayıflığından (atehten) istifade edilerek²⁹⁷ satılan şeyin hakiki kıymeti hakkında bilgi verilmemesi ve malın, hakiki kıymetinden fazla bir fiyatla satılması neticesinde meydana gelmektedir. Nitekim İbn Mâce ve Beyhakî’deki rivayet de bunu desteklemektedir. Çünkü bu rivayette aldatma (hud‘a) kelimesi değil, bedeller arasında oransızlık ifade eden gabin kelimesi kullanılmaktadır.²⁹⁸ Dolayısıyla hadisin buraya kadarki bölümünde ifade edilen husus satım akdinde bedeller arasında oransızlığın meydana geldiğidir. Bundan dolayı Hz. Peygamber, hadiste adı geçen sahabinin aldanması sebebiyle meydana gelen akdin geçersiz olmasına hükmetmemiştir.

Aldanan sahabi, “Aldatma yok!” dedikten sonra mesele değişmektedir. Bu ikazdan önce akidde sadece bedeller arasında oransızlık mevcutken, ikazdan sonra gabin durumu ortaya çıkmaktadır. Çünkü “Aldatma yok!” diyen taraf, karşı tarafa sanki “Satacağın malı, hakiki kıymetinden fazlaya bana satma!” demektedir, karşı taraf da “Satacağım malı, hakiki kıymetiyle satıyorum.” demektedir. Şayet satılan mal hakiki kıymetinden fazla çıkmış olursa satıcı yalan konuşmuş olmakta, dolayısıyla aldatan açısından sübjektif unsur olan yalan beyan (kavlî tağrîr) meydana gelmektedir. Hz. Peygamberin, sahabiden özellikle bu kelimeyi kullanmasını istemesinin altında bu gerçek yatıyor olsa gerektir. Çünkü hilâbe (خلافة) kelimesinin sözlük anlamında da yalan beyanda bulunma anlamı vardır.²⁹⁹ Kaldı ki, sahabinin hadisin birinci kısmındaki aldanması sebebiyle akid geçersiz olmuş olsaydı Hz. Peygamber kendisine “Aldatma yok!” demesini tavsiye etmezdi. İbn Hacer’e (ö.

²⁹⁶ Buhârî, “Büyü’”, 48, “İstikrâz”, 19, “Husûmât”, 3, “Hiyel”, 7

²⁹⁷ Bk. Ebû Dâvud, “Büyü’”, 68; Tirmizî, “Büyü’”, 28; Şevkânî, *Neylü’l-evtâr*, V, 206–208; Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, V, 273, VI, 62; Dârekutnî, *Sünen*, IV, 7–10; İbn Hibbân, XI, 430.

²⁹⁸ İbn Mâce, “*Ahkâm*”, 24; Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, V, 273.

²⁹⁹ “*Tedlis*”, Mv.F, XI, 127.

852/1448) göre de aldatmamayı şart koşmaksızın gabin sonuç doğuracak olsaydı Hz. Peygamber bu şekilde bir talepte bulunmayacaktı. Karadâğî'ye göre de Hz. Peygamber'in, sahabiye "Aldatma yok!" demeyi tavsiye etmesi, "Gabin yok!" demeyi tavsiye etmemesinin sebebi, hilenin akde etki eden bir unsur olduğuna, fâhiş oransızlığın tek başına akde etki etmediğine işaret etmek içindir. Ayrıca burada sahabinin aldatmamayı şart koşması ve kendisinde akıl zayıflığının bulunması durumu söz konusudur.³⁰⁰

İbnü'l-Arabî'ye (ö. 543/1148) göre bu sahabinin aldatılması, maldaki ayıp, mal hakkında yalan konuşulması, malın semeni veya oransızlık (gabin) sebebiyle ortaya çıkmaktadır. Ona göre bu örnek oransızlığın (gabin) tek başına hüküm ifade etmesi hakkında delil teşkil etmemekte, ancak bu sahabiyle aynı özellikleri taşıyan kimseler hakkında delil teşkil etmektedir.³⁰¹

Dolayısıyla bu hadisteki meselede objektif unsur olan bedeller arasındaki oransızlık, aldatan açısından subjektif unsur olan aldatma fiiliyle birlikte aldatılan açısından subjektif unsur olan aldatılanın zayıf durumu gerçekleşmiş olmaktadır.

3. Aldatma Fiilinin İttifakla Şart Koşulmadığı Alanlar

Gabnin teşekkül etmesi için aldatma fiilinin şart olduğu görüşünde olan fıkıh âlimleri, bazı alanlarda aldatma fiili olmaksızın fâhiş oransızlığın tek başına gabinin hükümlerini ifade edeceği kanaatindedirler.

a. Küçüğün Malı

İslâm hukukçuları küçüklüğü iki devreye ayırırlar. Birinci devre çocuğun doğumu ile başlar yedi yaşına kadar devam eder. Bu devrede çocuk, muhakeme kudretinden tamamiyle mahrumdur. İkinci devre, yedi yaşından itibaren çocuğun buluş çağına kadar olan devresidir. Bu dönemde çocuğun akli melekesi gelişmekte, iyiyi kötüden ayırt edebilecek bir seviyeye gelmektedir. Fakat her iki devrede de gerek vazifelerini icra ve gerekse haklarını elde etmek üzere kendi kendine hareket edememekte, içtimai varlıkları veli ya da vasîlerinin yardımıyla vücut bulmaktadır.

³⁰⁰ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 732.

³⁰¹ İbn Hacer, *Fethü'l-bârî*, IV, 338.

Birinci dönemdeki çocukların hem menfaate hem zarara ihtimali olan hukukî tasarrufları hükümsüz, ikinci devredekilerin ise mevkûftur.³⁰²

Gabin başlığı altında ele alınan konu akıl ve bunama hastasında olduğu gibi bizzat küçüklerin yapmış oldukları akidler olmayıp veli veya vasîlerinin küçükler hakkında yapmış oldukları akidlerdir. Veli veya vasînin küçükler adına yapmış oldukları akidde ivazlar arasında fâhiş oransızlık oluşursa, bu tek başına hüküm doğurur.³⁰³ Dolayısıyla küçüklük için de tek başına hüküm doğuran sübjektif unsur denebilir.

Hanefî mezhebine göre yetim malının konu olduğu akidde, aldatma fiili (tağrîr) olmadan da tek başına fâhiş oransızlık akdin sıhhatine engel teşkil etmektedir. Dolayısıyla bu akidler Hanefî fakihlerinin çoğunluğuna göre bâtıl, diğer bir kısmına göre ise fâsiddir.³⁰⁴

b. Vakıf Malı

Hanefî mezhebine göre vakıf malının konu olduğu akidde, aldatma fiili (tağrîr) olmadan da tek başına fâhiş oransızlık akdin sıhhatine engel teşkil etmektedir. Dolayısıyla bu akidler Hanefî fakihlerinin çoğunluğuna göre bâtıl, diğer bir kısmına göre ise fâsiddir.³⁰⁵ Hanbelî mezhebine göre, vakıf malının, değerinden daha az miktarla kiraya verilmesi durumunda, kiraya veren kişi, emsal bedelinden az olan miktarı tazmin eder.³⁰⁶ Dolayısıyla Hanbelî mezhebine göre akid sahih olur, ancak tazmin müeyyidesi devreye girer.

c. Hazine Malı

Hanefî ve Mâlikî mezhebine göre hazine malının konu olduğu akidde, aldatma fiili (tağrîr) olmadan da tek başına fâhiş oransızlık akdin sıhhatine engel teşkil

³⁰² Sava Paşa, *İslâm Hukuku*, II, 347; Atar, *Fıkıh Usûlü*, 148.

³⁰³ Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 41.

³⁰⁴ Mecelle, md. 356; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, 81 (md. 300); Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 586; Bilmen, *Kamus*, VI, 79; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 135; Karaman, *Mukaayeseli İslâm Hukuku*, II, 135.

³⁰⁵ Bedreddîn Simâvî, *Câmi 'u'l-fusûleyn*, 182; Mecelle, md. 356; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, 81 (md. 300); Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 586; Bilmen, *Kamus*, VI, 79; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 135; Karaman, *Mukaayeseli İslâm Hukuku*, II, 135.

³⁰⁶ Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ 'c*, III, 475.

etmektedir. Dolayısıyla bu akidler Hanefî fakihlerinin çoğunluğuna ve Mâlikî fakihlerine göre bâtil, Hanefî fakihlerinin bir kısmına göre ise fâsiddir.³⁰⁷

d. Akıl Hastasının Malı

Türkçe'deki akıl hastalığı kelimesi fıkıh literatüründe “cünûn” kavramıyla ifade edilen mefhumdur. Böyle kimselere de “mecnun” denilmektedir.

Akıl hastalığı, “Şârî'nin cevaz verdiği sınırların haricine çıktığını idrak edemeyecek derecede aklın kaybolması veya zaaf derecesinde bulunmasıdır.”³⁰⁸ Bir başka tanıma göre “Pek az müstesna olmak üzere, fiillerin ve sözlerin aklın çizmiş olduğu istikamet dışına çıkmasıdır.” Akıl hastasının akidleri geçersizdir.³⁰⁹ Bu durum çalışmamızın sahası dışındadır.

Gabin başlığı altında ele alınan konu akıl hastasının bizzat yapmış olduğu akidler olmayıp veli veya vasîsinin akıl hastası hakkında yapmış oldukları akidlerdir. Veli veya vasînin akıl hastası adına yapmış oldukları akidde ivazlar arasında oransızlık oluşursa, bu tek başına hüküm doğurur.³¹⁰ Dolayısıyla Hanefî mezhebine göre akıl hastasına ait malın konu olduğu akidde, aldatma fiili (tağrîr) olmadan da tek başına fâhiş oransızlık akdin sıhhatine engel teşkil etmektedir. Dolayısıyla bu akidler Hanefî fakihlerinin çoğunluğuna göre bâtil, diğer bir kısmına göre ise fâsiddir.³¹¹ Burada açığa kavuşturulması gereken diğer husus ise, akıl hastasına ait malın konu olduğu akidde gabin hükmünü uygulamak için aldatılan açısından sübjektif unsurun şart olup olmadığıdır. Kanaatimize göre bu unsur şart olup söz konusu akidde de bulunmaktadır. Çünkü korunmaya muhtaç olan akıl hastasının malının istismar edilmesinin önlenmesi ve korunması gerekmektedir. Bu durum aldatılan açısından bir zayıflık arz etmektedir. Gerçi her ne kadar aldatılan kişi, akıl hastasının vasîsi veya velisi de olsa sonuçları kendisini ilgilendirmektedir.

³⁰⁷ Mevâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468; Mecelle, md. 356; Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 586; Bilmen, *Kamus*, VI, 79; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 135; Karaman, *Mukaayeseli İslâm Hukuku*, II, 135, 138.

³⁰⁸ Sava Paşa, *İslâm Hukuku*, II, 322; Kumaş, *İstitâat*, 72.

³⁰⁹ Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, IV, 437; Sava Paşa, *İslâm Hukuku*, II, 322; Kumaş, *İstitâat*, 72.

³¹⁰ Elbir, “*Gabin*”, 7.

³¹¹ Bilmen, *Kamus*, VI, 79.

e. Bunama Hastasının (Ma‘tûhun) Malı

Bunama hastası sözlükte “aklı zayıf, eksik, bunamış, bir şeye düşkün olan”³¹² anlamlarına gelen ma‘tûhun Türkçemizdeki karşılığıdır. Fıkıhta “Şuurun bozuk, anlayışın kıt, sözün karışık ve tedbirin fâsid olması demek olup kişinin hukukî tasarruflarına belirli sınırlandırmalar getiren” bir ehliyet arızası olarak kabul edilmiştir.³¹³

İdrak ve temyiz kudretinden yoksun olmayan bunama hastasının (ma‘tûh) alım, satım, kira, vedâ, âriyet akdi gibi sözlü tasarrufları mevkûftur.³¹⁴ Dolayısıyla çoğunluğu teşkil eden âlimlere, özellikle de Hanefî fakihlerine göre akıl zayıflarının fâhiş oransızlık içeren akidleri veli veya vasîlerinin icazetine bağlı mevkûf akidlerdir.³¹⁵

Gabin başlığı altında ele alınan konu akıl hastasında olduğu gibi bizzat bunama hastalarının yapmış oldukları akidler olmayıp vasîlerinin bunama hastaları hakkında yapmış oldukları akidlerdir. Vasînin, bunama hastaları adına yapmış olduğu akidde ivazlar arasında fâhiş oransızlık oluşursa, bu tek başına hüküm doğurur.³¹⁶ Dolayısıyla Hanefî mezhebine göre bunama hastasına ait malın konu olduğu akidde, aldatma fiili (tağrîr) olmadan da tek başına fâhiş oransızlık akdin sıhhatine engel teşkil etmektedir. Bu akidler Hanefî fakihlerinin çoğunluğuna göre bâtil, diğer bir kısmına göre ise fâsiddir.³¹⁷

“Habban hadisi”nde de kendisinde akıl zayıflığı bulunan bir sahabinin alışverişleri konu edilmektedir. Bu hadisin farklı rivayetlerinde gabne maruz kalan sahabinin başından almış olduğu bir darbe sebebiyle aklında zayıflığın bulunduğu belirtilmektedir. Hz. Peygamber, gabne maruz kalan bu sahabinin geçmişte yapmış olduğu akidleri geçersiz saymıyor, kendisine “Aldatma yok!” demesini tavsiye

³¹² Zebîdî, *Tâcû'l-‘arûs*, “‘a-t-h” maddesi, IX, 397.

³¹³ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 156; Zeyla‘î, *Tebyînü'l-hakâik*, V, 101; Mecelle, md. 945; Gözübenli, “Ateh”, DİA, IV, 51.

³¹⁴ Atar, *Fıkıh Usûlü*, 150.

³¹⁵ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 742.

³¹⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 41; Elbir, “Gabin”, 7.

³¹⁷ Bilmen, *Kamus*, VI, 79.

ediyor. Hatta Hz. Osman'ın hilafeti döneminde yaşı yüz otuza ulaştığı zaman da aynı şekilde alış veriş yapmaya devam ediyordu. Fakat bu dönemde muhayyerlik hakkı sebebiyle gabne maruz kalarak satın aldığı malı geri verirken, tanınmaması sebebiyle satıcıların itirazına maruz kalıyordu. Satıcılar, Hz. Peygamber'in Habban hakkındaki ruhsatı kendilerine hatırlatılınca muhayyerlik hakkını kabul etmek durumunda kalıyorlardı.³¹⁸ Kanaatimize göre buradaki sahabinin durumu “aklında zayıflık vardı.” cümlesi ile ifade ediliyor olsa da, sergilemiş olduğu davranışlar bunama hastasının (ma' tûhun) davranışlarıdır. Dolayısıyla bu sahabinin bunama hastası olarak kabul edilmesi daha isabetlidir.

Akıl zayıflığı, Irak hukukunda gabnin sübjektif unsurlarından kabul edilmektedir. Irak hukukunda akıl zayıflığından kasıt; kişinin, hukukî tasarrufu ölçüp tartma ve kâr veya zararına olan tasarrufları anlama kudretinin zayıf olmasıdır. Bu durum ya kişinin yaşlı olması ya da hasta olması durumlarında gerçekleşir. Söz konusu hastalık psikolojik bir hastalık olabileceği gibi bedeni bir hastalık da olabilir.³¹⁹

³¹⁸ Hadisin Beyhakî'deki metni şu şekildedir: وَأَخْبَرَنَا أَبُو بَكْرِ : مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ الْحَارِثِ الْأَصْبَهَانِيُّ أَخْبَرَنَا أَبُو الشَّيْخِ الْأَصْبَهَانِيُّ أَخْبَرَنَا إِسْحَاقُ بْنُ أَحْمَدَ حَدَّثَنَا أَبُو كُرَيْبٍ حَدَّثَنَا يُونُسُ بْنُ بُكَيْرٍ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ إِسْحَاقَ حَدَّثَنِي نَافِعٌ عَنِ ابْنِ عَمَرَ قَالَ : سَمِعْتُ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ وَكَانَتْ بِلِسَانِهِ لُؤْتَةٌ يَشْكُو إِلَى رَسُولِ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- : أَنَّهُ لَا يَزَالُ يُغْنِي فِي الْبَيْعِ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- : « إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ ثُمَّ أَنْتَ بِالْخِيَارِ فِي كُلِّ سَلْعَةٍ ابْتِغَيْتَهَا ثَلَاثَ لَيَالٍ فَإِنْ رَضِيتَ فَأَمْسِكْ وَإِنْ سَخِطْتَ فَارْزُدْ » . قَالَ ابْنُ عَمَرَ : فَلَمَّا كُنْتُ الْآنَ أَسْمَعُهُ إِذَا ابْتِئَاعَ يَقُولُ : لَا خِلَابَةَ يَلُوثُ لِسَانَهُ . قَالَ ابْنُ إِسْحَاقَ فَحَدَّثْتُ بِهِذَا الْحَدِيثِ مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى بْنُ حَبَّانَ قَالَ : كَانَ جَدِّي مُنْفَعُ بْنُ عَمْرٍو وَكَانَ رَجُلًا قَدْ أَصِيبَ فِي رَأْسِهِ أَمَةٌ فَكَسَرَتْ لِسَانَهُ وَتَفَصَّصَتْ عَقْلَهُ وَكَانَ يُغْنِي فِي الْبَيْعِ وَكَانَ لَا يَدْعُ التَّجَارَةَ فَشَكَا ذَلِكَ إِلَى النَّبِيِّ -صلى الله عليه وسلم- فَقَالَ : « إِذَا أَنْتَ بَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ ثُمَّ أَنْتَ فِي كُلِّ بَيْعٍ تَبْتَاعُهُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَ لَيَالٍ إِنْ رَضِيتَ فَأَمْسِكْ وَإِنْ سَخِطْتَ فَرُدْ » . فَبَقِيَ حَتَّى أَدْرَكَ زَمَانَ عُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَهُوَ ابْنُ مِائَةٍ وَثَلَاثِينَ سَنَةً وَكَثُرَ النَّاسُ فِي زَمَانِ عُثْمَانَ فَكَانَ إِذَا اشْتَرَى شَيْئًا فَرَجَعَ بِهِ فَقَالُوا لَهُ : لَمْ تَشْتَرِ أَنْتَ فَيَقُولُ : قَدْ جَعَلَنِي رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- فِيهَا ابْتِغَتْ بِالْخِيَارِ ثَلَاثًا فَيَقُولُونَ ارْزُدْهُ فَإِنَّكَ قَدْ غِبْتُ أَوْ قَالَ غَشِيتُ فَيَرْجِعُ إِلَى بَيْعِهِ فَيَقُولُ : خُذْ سِلْعَتَكَ وَرُدِّ دَرَاهِمِي فَيَقُولُ : لَا أَفْعَلُ قَدْ رَضِيتَ فَذَهَبَتْ بِهِ حَتَّى يَمَرَ بِهِ الرَّجُلُ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- فَيَقُولُ : إِنْ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- قَدْ جَعَلَهُ بِالْخِيَارِ فِيهَا يَبْتَاعُ ثَلَاثًا فَيَرُدُّ عَلَيْهِ دَرَاهِمَهُ وَيَأْخُذُ سِلْعَتَهُ . (Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, V, 273). Ayırca bk. Dârekutnî, *Sünen*, IV, 10.

³¹⁹ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 717, 757; Sa' de, *Nazariyyetü'l- 'akd*, 305.

Kanaatimize göre; Türk hukukunda da kabul edildiği üzere, tecrübesizliğe ilişkin esas, akıl zayıflığına müptelâ olan, fakat kendilerine temyiz kudretinden mahrum nazarıyla bakılmayan kimselere uygulanır.³²⁰

4. Aldatma Fiilleri

Gabnin hüküm doğurması için aldatan açısından sübjektif unsurun da bulunması gerektiğini ifade eden fakihler çeşitli sübjektif unsurlar zikretmişlerdir. Fıkıh âlimleri tarafından ayrı ayrı zikredilen bu unsurlar, aldatma fiilinin varlığı ve sınırlarını tespit etmek için önem arzemesi sebebiyle ayrı ayrı ele alınmıştır:

a. Tağrîr

Tağrîr (تَغْرِير), sözlükte “tehlike, tuzak, işin sonucundan habersiz olma, kişinin kendisini veya malını telef etmesi³²¹ ve yanıltmak, aldatmak”³²² anlamlarına gelmektedir. Aldatana “ğârr” (غَار), aldatılana “mağrûr” (مَغْرُور) denir.³²³ Sözlük anlamı bakımından hem gabin hem de tağrîrde aldatmak ve bir şeyin miktarını eksiltmek anlamları bulunmaktadır.³²⁴

Fıkıh terimi olarak tağrîr, “Satıcının sattığı malı, müşteriye gerçek vasıfları dışındaki vasıflarla tanıtarak müşteriye belirsizliğe düşürmesidir”. Dolayısıyla tağrîr bir nevi akdi gararlı hale sokmaktır.³²⁵ Mecelle’de tağrîr “bir kimsenin diğerini aldatması” olarak tanımlanmış ve tağrîrde hile ve yalan beyanın bulunduğu ifade edilmiştir.³²⁶ Ebû Zehre’nin (ö. 1974) tanımına göre tağrîr “Akdin taraflarından olan kişinin, satım akdini satın aldığı malın kıymeti ile yapmadığı halde, kıymeti ile yaptığını vehmettirmesi halidir.” Mesela satıcının müşteriye “Bu malın kıymeti şu kadardır.” demesi ve müşterinin de bu beyana binaen bu malı satın alması veya

³²⁰ Olgaç, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, I, 276.

³²¹ Zebîdî, *Tâcü'l-‘arûs*, “ğ-r-r” maddesi, III, 448; “Gıışş”, Mv.F, XXXI, 218.

³²² Mecelle, md.256; Bilmen, *Kamus*, VI, 12.

³²³ Mecelle md. 164.

³²⁴ Musa, *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-‘akd*, 405.

³²⁵ “*Tedlîs*”, Mv.F, XI, 127, “*Gıışş*”, Mv.F, XXXI, 218.

³²⁶ Mecelle, md. 164.

aracının (dellâlin) malın kıymeti hakkında telkinde bulunması sebebiyle akdin taraflarından birinin akid yapması tağrîrdir.³²⁷

Literatürde hile ve aldatmayı ifade maksadıyla tağrîrin yanı sıra “tedlîs, hılâbe, gışş, hud‘a” gibi kelimeler de kullanılmakta olup hepsinin de özünde, “bir kimseyi kasıtlı olarak yanıltıcı söz ve davranışlarla etkileyip onu akid yapmaya razı etme” anlamı vardır. Literatürde fiili aldatmalar için tedlîs, sözlü aldatmalar için tağrîr kelimesinin daha çok kullanıldığı söylenebilirse de fakihler tağrîre oldukça geniş bir anlam yüklemişler, karşı tarafı yanıltarak akid yapmaya sevkeden her türlü söz ve davranışı bu kapsamda düşünmüşlerdir. Mesela “musarrât” hadisinde³²⁸ temas edildiği şekliyle sağlıklı bir hayvanı birkaç gün sağlamayıp memesinde süt biriktirmek suretiyle alıcıyı yanıltmak veya malın kalitesi, vasfı, maliyeti, kâr nispeti hakkında gerçeğe aykırı veya yanıltıcı beyanda bulunmak, açıklama yapılması gereken bir konuda sükût etmek ve gerçeği gizlemek gibi değişik davranışlar böyledir.³²⁹

Tağrîrin meydana gelmesi için dört unsurun bulunması gerekir:

Aldatan taraf: Akdin taraflarından biri olmalıdır. Tağrîr, tarafların dışındaki üçüncü şahıs tarafından gerçekleştirilirse, tağrîrden istifade eden tarafın akidde meydana gelen bu hileden haberdar olması gerekir.

Aldatılan taraf: Hile bu kişinin bilgisi dışında gerçekleşmiş olmalıdır. Aksi takdirde aldatılan kişi söz konusu muameleye razı olmuş demektir.

Tağrîrin mahalli.

Tağrîrin meydana gelmesi için başvurulacak yollar: Bunlar hileyi gerçekleştiren tarafın karşı tarafı aldatmada kullandığı usullerdir. Bu usuller bazen söz ve fiil, bazen de sükût ve ayıbı gizleme şeklinde olabilir.³³⁰

Fıkıh âlimleri tağrîr için farklı taksimler yapmışlardır. Bu taksimlerden birisi şu şekildedir:

³²⁷ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 134.

³²⁸ Buhârî, “Büyü’”, 64; Müslim, “Büyü’”, 11.

³²⁹ İbn Âbidîn, *Hâşiye*, IV, 566; Yaşaroğlu, *Gabin*, 46–56; Günay, “Tağrîr”, DİA, XXXIX, 375.

³³⁰ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, 603–604.

1) *et-Tağrîrû'l-fiilî (fiilî hile)*: Fiilî hile anlamına gelmekte olan bu kavram “akdin taraflarından birinin diğer tarafı akid yapmaya razı edebilmek için bir fiil vasıtasıyla akdin konusu hakkında hile yapması durumu” demektir. Mesela elbiseyi yeni göstermek için boyamak, sütsüz ineğin memelerini bağlayarak süt biriktirmek ve alıcıya çok süt varmış gibi göstermek bu tip tağrîrin örneklerindedir.³³¹ Fiil vasıtasıyla gerçekleşen tağrîr daha çok “tedlîs” kavramıyla ifade edilmektedir.³³²

2) *et-Tağrîrû'l-kavlî (sözlü hile)*: Sözlü hile anlamına gelmekte olan bu kavram “akdin taraflarından birinin diğer tarafı akde razı edebilmek için yalan beyan veya hileli arttırma (neceş) vasıtasıyla hile yapması durumu” demektir. Bu tür tağrîrin kapsamına taraflardan birinin diğerini aldatmak için kullandığı her türlü sözlü vasıta girmektedir. Sözlü tağrîrdeki yalan beyan ister malın fiyatı, isterse vasfı ile ilgili olsun durum aynıdır.³³³

Güvene dayalı akidlerde de (bey‘u'l-emânet) satıcının müşteriye, gerçekle alâkası olmayan “bu malı şu fiyata aldım, bu mal için başkası şu kadar verdi fakat satmadım, seni başkasına tercih ettim veya bu malın gerçek fiyatı şudur” şeklindeki beyanlarda bulunması kavlî tağrîrin kapsamına girmektedir.³³⁴ Hanbeliler’e göre müşteri ile satıcı arasında aracı olan kimsenin (dellâlin) yalan beyanı da tağrîr kapsamındadır.³³⁵

3) *et-Tağrîr bi'l-kitmân (gizleme ve susma vasıtasıyla hile)*: Gizleme ve susma vasıtasıyla tağrîr anlamına gelmekte olan bu kavram “taraflardan birinin akid esnasında akdin mahallindeki ayıbı karşı tarafa bildirmemek suretiyle gerçekleşen durum” demektir.³³⁶

³³¹ Nevevî, *el-Mecmû‘*, I, 292; İbn Âbidîn, *Hâşiye*, IV, 566; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 170; Yaşaroğlu, *Gabin*, 39; Subhî, “*er-Rızâ, ve ‘uyûbuh*”, 302. Geniş bilgi için bk. Tez Metni, s. 148-149.

³³² Nevevî, *el-Mecmû‘*, I, 292; Bilmen, *Kamus*, VI, 80. Geniş bilgi için bk. Tez Metni, s. 147-149.

³³³ Zeydân, *el-Medhal*, 297; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, I, 606; Yaşaroğlu, *Gabin*, 39-40.

³³⁴ Zeydân, *el-Medhal*, 297; Yaşaroğlu, *Gabin*, 40.

³³⁵ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, I, 291; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV, 79; Merdâvî, *el-İnsâf*, IV, 395; Haccâvî, *el-İknâ‘*, II, 91; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ‘*, III, 212.

³³⁶ Zeydân, *el-Medhal*, 297; Yaşaroğlu, *Gabin*, 42.

Başını Senhûrî'nin (ö. 1391/1971) çektiği fakihler, tağrîri bazen tek başına, bazen gabinle beraber, bazen de tedlîs ile birlikte ele almaktadırlar.³³⁷ Dört mezhepte de hâkim olan kanaate göre tağrîr gabnin sübjektif unsuru olarak kabul edilmektedir.³³⁸ Fakat fâhiş oransızlık bulunmadığı zamanlarda da aldanan kişinin tağrîr sebebiyle muhayyerlik hakkı kazandığı görüşünde olan fakihler bulunmaktadır.³³⁹ Tağrîrin üçüncü şahıstan gelmesi halinde bile, satım akdinden kârlı çıkan tarafın bilgisinin bulunması kaydıyla aldanan tarafa akdi fesih hakkı tanınmaktadır.³⁴⁰

İbn Hazm'a (ö. 456/1064) göre bedeller arasındaki oransızlığın meydana gelmesiyle beraber tağrîr de meydana gelir.³⁴¹ Yani ona göre tağrîrin meydana gelmesi için taraflardan birisinin karşı tarafı yanıltıcı bir unsuru kaim kılmasına gerek yoktur.

b. Tedlîs

Sözlükte tedlîs “satılan malın ayıbını müşteriden gizlemek” demektir.³⁴² Fıkıhtaki terim anlamı da sözlük anlamına yakın olup³⁴³ “mahallin esas durumunu gizleyip olduğundan başka türlü göstermek” demektir. Bu değişiklik, mahallin kıymetini artırmak için yapılır. Satıcının, ineği bir-iki gün sağmayıp sütünü memesinde biriktirerek hayvanın sütlü olduğu kanaatini uyandırması tedlîs örneğidir.³⁴⁴

³³⁷ Bahrülulûm, 'Uyûbü'l-irâde, 11.

³³⁸ Kâdî Abdülvehhâb, *et-Telkîn*, II, 364; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, I, 292; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 168; Merdâvî, *el-İnsâf*, IV, 394; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468; İbn Nuceym, *el-Bahru'r-râik*, VI, 115-116; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ* ' , III, 211; Haskefî, *ed-Dürü'l-muhtâr*, V, 143; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, 81 (md. 300); Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 586.

³³⁹ Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ* ' , III, 169.

³⁴⁰ Mâverdî, *el-Hâvî*, V, 343; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, I, 291; Gazzâlî, *el-Vasît*, III, 64; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 148-149; Nevevî, *Ravza*, III, 414; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, III, 391; Bardakoğlu, “*Gabn*”, XIII, 270.

³⁴¹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 440.

³⁴² İbn Manzûr, *Lisânü'l- Arab*, “d-l-s” maddesi, VI, 86; Zebîdî, *Tâcü'l- arûs*, “d-l-s” maddesi, IV, 153.

³⁴³ Fîrûzâbâdî, *Kâmûs*, 703; Râzî, *Muhtâru's-sihâh*, 218; “*Tedlîs*”, Mv.F, XI, 128.

³⁴⁴ Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, IV, 37; Bilmen, *Kamus*, VI, 80; Çeker, *Akidler*, 91; “*Tedlîs*”, Mv.F, XI, 126.

Peygamberimiz konuyla ilgili “Satılık deve ve davarların sütlerini sağmamak sûretiyle memelerinde biriktirip (olduğundan fazla sütlü) göstermeyin. Kim (böyle bir hayvanı) satın alırsa, (bu alış verişin arkasından) hayvanı sağdıktan sonra iki şeyden birisini seçmekte serbesttir: 1. Bu haliyle razı olursa hayvanı kendisinde tutar (akid olduğu şekilde kalır). 2. Razı olmazsa hayvanı iade eder ve ayrıca bir sa³⁴⁵ hurma verir.”³⁴⁶ buyurmuşlardır.

Fıkıh âlimleri tedlîs yapmanın haram olduğu konusunda ittifak etmişlerdir.³⁴⁷ İbn Mesud, İbn Ömer, Ebû Hureyre ve Enes b. Mâlik gibi sahabiler, Şâfiû, Mâlikî, Hanbelî mezhebi fakihleri ve Ebû Yusuf bu hadise bakarak tedlîs neticesinde akid yapan kişiye akdi feshetme hakkı (muhayyerlik) tanırırlar.³⁴⁸ Fakat Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed bu hadisi kabul etmedikleri için³⁴⁹, “tasriye”yi, yani hayvanı sunî olarak sütlü göstermeyi, ayıplı malın satıcıya iadesi muhayyerliği kapsamına almamışlardır. Onlara göre “tasriye” malın iadesine imkân veren bir ayıp sayılmaz. Böyle bir satım akdinde fâhiş oransızlık varsa, oransızlık miktarı ne kadarsa o kadar

³⁴⁵ Sa³⁴⁵, esasen bir hacim ölçüsü olup günümüz birimleriyle hesaplanmasında fıkıhtaki hâkim görüş esas alınca sonuç, 2,751 kg. ve (buğday ağırlığı itibariyle) 2,172 kg. olmaktadır.

³⁴⁶ Hadisin Buhârî’deki metni şu şekildedir: حَدَّثَنَا ابْنُ بُكَيْرٍ حَدَّثَنَا اللَّيْثُ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ رَبِيعَةَ عَنِ الْأَعْرَجِ قَالَ قَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عَنِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - « لَا تُصَرُّوا الْإِبِلَ وَالْغَنَمَ ، فَمَنْ ابْتَاغَهَا بَعْدُ فَإِنَّهُ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ » (Buhârî, “Buyû”, 64) Ayrıca bk. Müslim, “Buyû”, 11; Ebû Davûd, “Buyû”, 46; Nesâî, “Buyû”, 14; Muvatta’, “Buyû”, 96; İbn Hanbel, 2/242, 248, 259, 273, 294, 406, 410, 420, 463, 465, 469, 481.

³⁴⁷ İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV, 103; Karafî, *ez-Zahîre*, V, 92; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, IV, 37-38; Bilmen, *Kamus*, VI, 80; “*Tedlîs*”, Mv.F, XI, 127.

³⁴⁸ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 175; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV, 103; Karafî, *ez-Zahîre*, V, 92; İbn Nuceym, *el-Bahru'r-râik*, XIV, 140; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, IV, 38; İbn Âbidîn, *Hâşiye*, V, 74; Bilmen, *Kamus*, VI, 81; Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 79.

³⁴⁹ Hadis, Ebû Hüreyre tarafından rivayet edilmiştir. Ebû Hüreyre fıkha vukufu ve ictihada ehliyeti ile tanınmış bir sahâbi değildir. Hadisin ihtiva ettiği hüküm ise İslâm hukukunun genel kurallarına aykırıdır. Şöyle ki: Önce bu hüküm, “tazmin misli mallarda misliyle, kıyemî mallarda kıyemetiyle olur” kuralına ters düşmektedir. Zira hadis, müşterinin, satın aldığı hayvanı kendi elinin altında bulunduğu süre içinde sağıp sütünü alması karşılığında bir sa³⁴⁹ hurma vermesini öngörmektedir. Oysa hurma, sütün ne misli ne kıyemetidir. Şu halde müşterin bu süt karşılığında bir sâ³⁴⁹ hurma ödeme borcu altına sokulması belirtilen kurala aykırıdır. Diğer yönden hadis, “الْخَرَاجُ بِالصَّمَانِ” diye ifade edilmiş olan “yarar ve zararın dengelenmesi” ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Şu halde sağdığı süt, karşılık ödemesine gerek olmaksızın alıcıya aittir. Zira hayvanı teslim aldıktan sonra ona gelecek zarar kendi sorumluluğu altında bulunmaktadır. Hal böyle iken müşterinin bir sâ³⁴⁹ hurma vermekle yükümlü tutulması genel kurala aykırıdır. (İbn Âbidîn, *Hâşiye*, V, 160; Şa³⁴⁹ bân, *Fıkıh Usulü*, 90)

için alıcının satıcıya rücu hakkı vardır.³⁵⁰ Yani tedlîs olarak kabul edilen “tasriye” sebebiyle bedeller arasında fâhiş oransızlık oluşursa gabin ve hükmü söz konusu olur. Hanefî mezhebine göre tedlîsin hüküm meydana getirmesi için ayrıca tedlîs yapanın akid tamamlanmadan tedlîsten haberi olmaması ve ayıbın kolayca bilinebilecek şekilde açık olmaması gerekir.³⁵¹ Karadâğî’ye göre tasriye içeren akid, oransızlık içermeyen tağrîre örnek teşkil etmektedir.³⁵²

Görüldüğü gibi Hanefî fakihlerine göre tedlîs gabinin sübjektif şartlarından birisidir.³⁵³ Diğer mezheb fakihlerine göre tedlîs tek başına hüküm doğurmaktadır.

c. Hilâbe

Hilâbe (خَلَابَة), halebe (خَلَب) fiilinin mastarı olup sözlükte “aldatmak, söz ile kandırmak” anlamlarına gelmektedir.³⁵⁴ Bu kavram tedlîsten daha genel (amm) manaya sahiptir. Çünkü ayıbı gizlemek hilâbe olduğu gibi yalan gibi sözlü vasıtalara başvurarak aldatmak da hilâbenin kapsamına girmektedir.³⁵⁵

Hilâbe kelimesi, “Habban hadisi” olarak meşhur olan ve gabin için delil olarak kullanılan hadiste yer almaktadır.³⁵⁶ Fakat farklı rivayetlerde sahabinin peltek olması dolayısıyla bu kelimeyi hiyabe (خِيَابَة)³⁵⁷, bazı rivayetlere göre de hizâbe (خِذَابَة) şeklinde³⁵⁸ telaffuz etmiştir.

³⁵⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 104; İbn Nuceym, *el-Bahru’r-râik*, XIV, 140; İbn Âbidîn, *Hâşiye*, V, 74; Şa‘bân, *Fıkıh Usulü*, 90, Çeker, *Akidler*, 92; Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 79.

³⁵¹ “*Tedlîs*”, Mv.F, XI, 128.

³⁵² Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, II, 752.

³⁵³ “*Tedlîs*”, Mv.F, XI, 128.

³⁵⁴ İbn Manzûr, *Lisânü’l-‘Arab*, “h-l-b”maddesi, I, 363; Fîrûzâbâdî, *Kâmûs*, “h-l-b”maddesi, 104; Zebîdî, *Tâcü’l-‘arûs*, “h-l-b” maddesi, I, 239; Feyyûmî, *el-Misbâh*, “h-l-b”maddesi, I, 176; Râzî, *Muhtâr*, “h-l-b”maddesi, 196.

³⁵⁵ “*Tedlîs*”, Mv.F, XI, 127.

³⁵⁶ Buhârî, “*Büyü*”, 48, “*İstikrâz*”, 19, “*Husûmât*”, 3, “*Hiyel*”, 7; Müslim, “*Büyü*”, 48; Ebû Dâvud, “*Büyü*”, 66; Tirmizî, “*Büyü*”, 28; Nesâî, “*Büyü*”, 12 (Corcondance’de bu hadisin kaynağı sehven Nesâî, “*Büyü*”, 51 olarak verilmiştir.); İbn Mâce, “*Ahkâm*” 24; Muvatta, “*Büyü*”, 98; Ahmed b. Hanbel, II/44, 80, 129, 130; Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, V, 273, VI, 62; Dârekutnî, *Sünen*, IV, 7–10; İbn Hibbân, XI, 430, 432–433.

³⁵⁷ Müslim, “*Büyü*”, 48; Ahmed b. Hanbel, II, 72; İbn Manzûr, *Lisânü’l-‘Arab*, “h-l-b”maddesi, I, 363; Fîrûzâbâdî, *Kâmûs*, “h-l-b”maddesi, 104; Zebîdî, *Tâcü’l-‘arûs*, “h-l-b”maddesi, I, 239.

³⁵⁸ Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, V, 273.

Bazı fıkıh alimlerine göre akidde ister oransızlık bulunsun ister bulunmasın, “Aldatma (hilâbe) yok!” diyen kimsenin muhayyerlik hakkı sabit olur. Hatta İbn Hazm’a (ö. 456/1064) göre muhayyerlik hakkını doğuran ifade sadece “hilâbe” kelimesi kullanılarak ifade edilen “Aldatma yok!” cümlesidir. Fakat buna güç yetirememesi durumunda anadilinde bu anlamı en iyi şekilde ifade edecek veya telaffuz edebildiği kelimenin kullanılmasında bir sakınca bulunmamaktadır.³⁵⁹ Çünkü Müslim ve Beyhakî’nin rivayetlerinde söz konusu sahabinin dilindeki pelteklik sebebiyle “hilâbe” kelimesini “hiyâbe” şeklinde telaffuz ediyor ve bu durum muhayyerlik hakkını ortadan kaldırmıyordu.³⁶⁰

Yine bir başka hadiste Hz. Peygamber “tasriyenin (satıcının, ineği bir-iki gün sağmayıp sütünü memesinde biriktirerek hayvanın sütlü olduğu kanaatini uyandırmasının) hilâbe (aldatma) olduğu, hilâbenin de helal olmadığını” ifade etmektedir.³⁶¹

Tasriye, mahallin esas durumunu gizleyip olduğundan başka türlü göstermenin (tedlisi) tipik örneği olarak gösterilmektedir. Fakat bu hadiste Hz. Peygamber tasriyenin hilâbe olduğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla hilâbenin tedlisi de kapsayan bir kavram olduğu anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak, hilâbe hem yalan beyanı, hem de mahallin esas durumunu gizleyip olduğundan başka türlü göstermeyi (tedlisi) kapsamaktadır.

d. Gışş

Kelime olarak gışş (غِشَّ), “dürüst davranmamak, içinde sakladığından farklı beyanda bulunmak, uygun olmayan bir şeyi süslü göstermek, kin” anlamlarına gelmektedir. Bu durum kişinin muhatabını uygun olmayan şeyi uygunmuş gibi süsleyerek veya gizlediği şeyden başkasını ortaya koyarak ya da fiyat hususunda

³⁵⁹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 410.

³⁶⁰ Müslim, “*Büyük*”, 48; Ahmed b. Hanbel, II, 72; Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, V, 273; İbn Hacer, *Fethü’l-bârî*, IV, 338.

³⁶¹ Bu hadisin İbn Mâce’deki rivayeti şu şekildedir: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ حَدَّثَنَا وَكَيْعٌ حَدَّثَنَا الْمَسْعُودِيُّ عَنْ جَابِرٍ عَنْ أَبِي الصُّحَى عَنْ مَسْرُوقٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ أَنَّهُ قَالَ أَشْهَدُ عَلَى الصَّادِقِ الْمَصْدُوقِ أَبِي الْقَاسِمِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ « بَيْعُ الْمُحَقَّلَاتِ خِلَابَةٌ وَلَا تَجِلُّ الْخِلَابَةُ لِمُسْلِمٍ » وَأَنَّهُ حَدَّثَنَا قَالَ (İbn Mâce, “*Ticârât*”, 42).

yalan beyanda bulunarak veyahut kusurlu malı sağlam göstermek için ayıbı gizleyerek aldatması şekillerinde ortaya çıkmaktadır. Bu terim Fıkıhta da benzer anlamları ifade etmek için kullanılmaktadır.³⁶²

Fıkıh âlimleri ister sözlü ister fiili olsun akidlerde aldatmanın (gışş) haram olduğu konusunda ittifak etmişlerdir. Bu durum akdin mahallindeki veya semendeki ayıbı gizlemek suretiyle, yalan veya hileyle olur.³⁶³

Konuyla ilgili şu hadisi şerif nakledilir: Peygamberimiz bir gün bir ekin yığınınına uğrar ve elini onun içine daldırınca parmaklarına ıslaklık dokunur. (Yani ekinin üstünün kuru altının ise yaş olduğunu görür.) Bunun üzerine ekin sahibine: ‘Bu ne?’ diye sorar. Ekin sahibi: ‘Onu yağmur ıslattı, ey Allah'ın Resülü’, deyince, Peygamberimiz: ‘O ıslak kısmı insanların görmesi için ekinin üstüne koysa idin ya! Aldatan benden değildir.’ buyurdu.³⁶⁴

Fıkıh âlimlerinin çoğuna göre “gışş”ın gabne sebep olur. Bu görşe binâen³⁶⁵ bu kavramın gabnin sübjektif unsurlarından birisi olarak kabul edileceği anlaşılır.

e. Hud‘a

Hud‘a (حُدْعَةٌ), hade‘a (حَدَعَ) fiilinin mastarı olup sözlükte “aldatmak; içinde gizlenenin zıttını beyan ederek karşı tarafa kötülük yapmak” anlamlarına gelmektedir.³⁶⁶

³⁶² İbn Manzûr, *Lisânü'l-‘Arab*, “g-ş-ş” maddesi, VI, 323; Fîrûzâbâdî, *Kâmûs*, “g-ş-ş” maddesi, 774; Feyyûmî, *el-Misbâh*, “g-ş-ş” maddesi, II, 447; Râzî, *Muhtâr*, “g-ş-ş” maddesi, 488; Zebîdî, *Tâcû'l-‘arûs*, “g-ş-ş” maddesi, IV, 329; “*Tedlîs*”, Mv.F, XI, 127, XXXI, 218; Yaşaroğlu, *Gabin*, 37.

³⁶³ “*Gışş*”, Mv.F, XXXI, 219.

³⁶⁴ Hadisin Müslim’deki metni şu şekildedir: حَدَّثَنِي يَحْيَى بْنُ أَبِي أُيُوبَ وَفَتَيْبَةُ وَابْنُ حُجْرٍ جَمِيعًا عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ جَعْفَرٍ - قَالَ ابْنُ أُيُوبَ حَدَّثَنَا إِسْمَاعِيلُ - قَالَ أَخْبَرَنِي الْعَلَاءُ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ. أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- مَرَّ عَلَى صُبْرَةَ طَعَامٍ فَأَدْخَلَ يَدَهُ فِيهَا فَتَأَلَّتْ أَصَابِعُهُ بَلَاءً فَقَالَ « مَا هَذَا يَا صَاحِبَ الطَّعَامِ ». قَالَ أَصَابَتْهُ السَّمَاءُ يَا رَسُولَ اللَّهِ. قَالَ « أَفَلَا جَعَلْتَهُ فَوْقَ الطَّعَامِ كَيْ يَرَاهُ النَّاسُ مَنْ غَشَّ فَلَيْسَ مِنِّي » (Müslim, “*İmân*”, 164). Bazı lafız farklılıkları ile bk. Ebû Dâvud, “*Büyü*”, 52; Tirmizî, “*Büyü*”, 74; İbn Mâce, “*Ticârât*”, 36; Dârimî, “*Büyü*”, 10; Ahmed b. Hanbel, 2/50, 242, 417, 3/366, 4/45.

³⁶⁵ “*Tedlîs*”, Mv.F, XI, 128.

³⁶⁶ İbn Manzûr, *Lisânü'l-‘Arab*, “h-d-‘a” maddesi, VIII, 63; Fîrûzâbâdî, *Kâmûs*, “h-d-‘a” maddesi, 919; Zebîdî, *Tâcû'l-‘arûs*, “h-d-‘a” maddesi, V, 312–313; Feyyûmî, *el-Misbâh*, “h-d-‘a” maddesi, I, 176; Râzî, *Muhtâr*, “h-d-‘a” maddesi, 196.

Habbân hadisinin Buhârî'deki rivayetinde sahâbi, aldandığını ifade etmek için hud'a (aldatma) kelimesini kullanmaktadır.³⁶⁷ Bu durum aldatan açısından sübjektif unsur olan aldatma fiilinin varlığını çağrıştırmaktadır. Fakat sahâbi burada, karşı tarafın kendisini aldattığını değil, kendisinin aldandığını söylemektedir. Kanaatimize göre buradaki aldanma, karşı tarafın kasıtlı aldatma fiiliyle meydana gelmemekte, aldatılanın zayıf durumu olan akıl zayıflığından (atehten) istifade edilerek³⁶⁸ satılan şeyin hakiki kıymeti hakkında bilgi verilmemesi ve malın, hakiki kıymetinden fazla bir fiyatla satılması neticesinde meydana gelmektedir. Nitekim İbn Mâce'deki rivayet de bunu desteklemektedir. Çünkü bu rivayette aldatma (hud'a) kelimesi değil, bedeller arasında oransızlık ifade eden gabin kelimesi kullanılmaktadır.³⁶⁹ Nitekim İbn Hazm'a (ö. 456/1064) göre de bir satıcının, kıymeti hakkında bilgisi olmayan müşteriye malını kıymetinden fazlaya satması müşterinin aldatılması, bilmeden kıymetinden daha aza satması ise satıcının aldatılmasıdır ki aldatma da haramdır. Dolayısıyla ona göre bedeller arasındaki oransızlık, hud'a anlamında da kullanılmaktadır.³⁷⁰

f. Telbis

Telbis sözlükte "bir şeyi karıştırmak" anlamındadır.³⁷¹ Bu kelime tedlîsten daha geniş manaya sahiptir. Çünkü telbis, bir nesnenin aybını gizlemek suretiyle gerçekleştiği gibi, sıfatlarını, durumlarını ve nesne ile ilgili diğer durumları gizlemek suretiyle de gerçekleşir.³⁷²

Telbis sebebiyle fâhiş oransızlığın meydana gelmesi gabin hükümlerinin uygulanmasına yol açar. Çünkü bu kavram bir aldatma fiili olup tedlîsten daha geniş

³⁶⁷ Buhârî, "Büyü'", 48, "İstikrâz", 19, "Husûmât", 3, "Hiyel", 7

³⁶⁸ Bk. Ebû Dâvud, "Büyü'", 68; Tirmizî, "Büyü'", 28; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, V, 206–208; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, V, 273, VI, 62; Dârekutnî, *Sünen*, IV, 7–10; İbn Hibbân, XI, 430.

³⁶⁹ İbn Mâce, "Ahkâm", 24.

³⁷⁰ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 440.

³⁷¹ Râzî, *Muhtâr*, "l-b-s" maddesi, 612; İbn Manzûr, *Lisânü'l-'Arab*, "l-b-s" maddesi, VII, 202; Fîrûzâbâdî, *Kâmûs*, "l-b-s" maddesi, 738; Zebîdî, *Tâcü'l-'arûs*, "l-b-s" maddesi, IV, 239.

³⁷² "Tedlîs", Mv.F, XI, 127

bir manaya sahiptir. Özellikle Şâfiî mezhebi kaynaklarında subjektî unsur olan aldatma fiili için telbîs kelimesinin kullanıldığı görülmektedir.³⁷³

g. Hileli Arttırma veya Eksiltme (Necēş)

Necēş, satıcıyla anlaşan kimsenin satın alma niyeti olmadığı halde, müşterileri aldatmak için aralarına girip satılan mala fazla fiyat vermesi suretiyle fiyatın yükseltilmesidir. Böylece gerçek alıcılar malı yüksek fiyatla satın almış olmaktadır. Bu uygulama için “münâceşe” terimi de kullanılmaktadır.³⁷⁴

Hz. Peygamber “Necēş yapmayın.”³⁷⁵ hadisi ile necēş yapmayı yasaklamıştır. İlgili hadisin bab başlığında Buhârî (ö. 256/869), necēşin bâtıl bir hile çeşidi olduğunu belirtir ve İbn Ebî Evfâ'nın (ö. 86/705) “Necēş yapan ribâ yiyen gibi olup haindir.”³⁷⁶ sözünü nakleder.

Necēşin haram olduğu konusunda müçtehidler arasında görüş birliği bulunmakla birlikte, akdin hukukî bakımdan geçerli olup olmadığı ihtilafıdır. Hanefî mezhebi ve İmam Şâfiî'ye göre necēş söz konusu olan akidler geçerlidir. Çünkü necēşi yapan akdin taraflarından birisi değil üçüncü bir şahıstır.³⁷⁷ Şâfiî fakihlerinin bir kısmı necēşin akde tesir edebilmesi ve aldatılan kimsenin muahayyer olabilmesi için üçüncü şahsın (nâciş) satıcı ile anlaşmış olmasını şart koşarken, diğer bir kısım Şâfiî fıkıh âlimine göre bu şartlarda da muhayyerlik hakkı söz konusu değildir. Sahih

³⁷³ Gazzâlî, *İhyâ*, II, 147-148.

³⁷⁴ Gazzâlî, *el-Vasît*, III, 64; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 167; Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 53; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 148; Nevevî, *Ravza*, III, 414; Haccâvî, *el-İknâ*, II, 91; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, III, 390; Buhâtî, *Keşşâfü'l-kanâ*, III, 211; Erdoğan, *Terimler Sözlüğü*, 449; Yaşaroğlu, *Gabin*, 40.

³⁷⁵ Hadisin Ebû Dâvud'daki metni şu şekildedir: حَدَّثَنَا أَحْمَدُ بْنُ عَمْرٍو بْنِ السَّرْحِ حَدَّثَنَا سُفْيَانُ عَنِ الرَّهْرِىِّ عَنْ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - « لَا تَنَاجِشُوا ». (Ebû Dâvud, “*Büyü*”, 46) Benzer hadis metinleri için bk. Buhârî, “*Büyü*”, 58, 60, 64, 70, “*Şurût*”, 11, “*Hiyel*”, 6; Müslim, “*Nikâh*”, 52, “*Büyü*”, 11, “*Birr*”, 30, 32; Tirmizî, “*Büyü*”, 65; Nesâî, “*Nikâh*”, 70, “*Büyü*”, 17, 19, 21; İbn Mâce, “*Ticârât*”, 14; Dârimî, “*Büyü*”, 33; Muvatta', “*Büyü*”, 96; Ahmed b. Hanbel, 2/274, 277, 287, 288, 360, 380, 394, 410, 420, 465, 487, 501, 512, 525.

³⁷⁶ Buhârî, “*Büyü*”, 60.

³⁷⁷ Mâverdî, *el-Hâvî*, V, 342; Gazzâlî, *el-Vasît*, III, 64; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 167; Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 54; Nevevî, *Ravza*, III, 414.

görüşün de bu ikinci görüş olduğu ifade edilmektedir.³⁷⁸ Şâfiî fakihlerinin bir kısmına göre, akdin taraflarından birisiyle anlaşan üçüncü kişinin bedeller arasındaki oransızlığa sebebiyet vermesi ve dolayısıyla hile yapması sebebiyle mağdurun muhayyerlik hakkı ortaya çıkmaktadır.³⁷⁹

Hanbelî fakihlerine göre neceş bir hile (tağrîr, hud^c a) çeşidi olup neceşin akde tesir edebilmesi için üçüncü şahsın (nâcişin) satıcı ile anlaşması şart değildir. Hatta neceş, bizzat satıcının, sattığı malın kıymeti konusundaki yalan beyanı ile bile gerçekleşir. Onlara göre neceşin akde tesir etmesi ve aldatılana muhayyerlik hakkı vermesi için telakki'r-rükbânda da olduğu gibi fâhiş oransızlıkla aldanmanın meydana gelmiş olması gerekir.³⁸⁰

Şâfiî mezhebi fakihleri neceşi bir hile (hud^c a) çeşidi,³⁸¹ Mâlikî mezhebi fakihleri ise bir ayıp olarak kabul etmektedirler. Dolayısıyla Mâlikî mezhebine göre aldanan kimsenin, akdi kabul etme ve reddetme muhayyerliği bulunmaktadır.³⁸² Şâfiî mezhebine göre ise söz konusu hile, akdin tarafları dışında üçüncü bir şahıs tarafından meydana getirildiği için ittifakla akde etki etmez. Bir kısım Şâfiî fıkıh âlimine göre akde etki edebilmesi için neceş yapan ile satıcının anlaşması gerekmektedir.³⁸³ Zâhirî fakihlerine göre neceşli muamele ile gerçekleşen akid geçerli değildir.³⁸⁴

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı gibi Hanefî ve Şâfiî mezheplerine göre neceşin, akdin tarafları dışında üçüncü bir şahsın hilesi olarak kabul edilmesi sebebiyle akde bir etki etmemektedir. Şâfiî mezhebinin bir görüşüne göre ise oransızlıkla birlikte akdin taraflarından birisinin bilgisi dâhilinde neceş bulunursa

³⁷⁸ Mâverdî, *el-Hâvî*, V, 343; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, I, 291; Gazzâlî, *el-Vasît*, III, 64; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 148–149; Nevevî, *Ravza*, III, 414; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, III, 391.

³⁷⁹ Gazzâlî, *el-Vasît*, III, 64; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, III, 391.

³⁸⁰ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, I, 291; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV, 79; Merdâvî, *el-İnsâf*, IV, 395; Haccâvî, *el-İknâ^c*, II, 91; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ^c*, III, 212; Yaşaroğlu, *Gabin*, 41, 55.

³⁸¹ Mâverdî, *el-Hâvî*, V, 342; Gazzâlî, *el-Vasît*, III, 64.

³⁸² İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 167.

³⁸³ Mâverdî, *el-Hâvî*, V, 343; Gazzâlî, *el-Vasît*, III, 64.

³⁸⁴ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 449; Kâsânî, *Bedâi^c s-sanâi^c*, V, 233; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-kadîr*, V, 239–240; Yaşaroğlu, *Gabin*, 41.

kişi muhayyerdir. Mâlikî mezhebine göre neceş bir ayıp kabul edilmekte ve kişi muhayyer olmaktadır. Hanbelî mezhebi neceşi hile kabul etmekte ve nihayetinde bedeller arasında oransızlığın da vuku bulması ile mağdur muhayyer olmaktadır.³⁸⁵ Buna göre Hanbelî mezhebinin yaklaşımı gabin teorisi ile yakınlık arz etmektedir. Çünkü akidde objektif unsur olan fâhiş oransızlıkla birlikte aldatan açısından subjektif unsur olan hile gerçekleşmekte ve aldatılan müşterinin de zayıf durumu söz konusu olduğundan gabnin hükmü meydana gelmektedir. Kanaatimize göre de Hanbelî mezhebinin bu yaklaşımı gabin teorisi açısından daha isabetli gözükmemektedir.

5. Aldatma Fiillerinin Değerlendirilmesi

Aldatma fiilleri başlığı altında zikredilen kavramlar arasında bazı farklılıklardan bahsedilmekle beraber, bütün bu kavramları tağrîr (hile) adı altında zikretmek mümkündür. Dolayısıyla konuya şöyle bakmak mümkündür: Fıkıh kaynaklarında tağrîr (hile) kavramı için çeşitli kelimeler kullanılmış olmakla birlikte, aralarındaki küçük farklılıklar bir kenara bırakılırsa, aynı mefhum ifade edilmeye çalışılmıştır.

İslâm hukukunda hilenin (tağrîrin) hükümlerine bakıldığı zaman, çoğunluğu teşkil eden fakihler hile sebebiyle mağdura muhayyerlik hakkı tanımakta veya bir kısım fakih mağdurun, fiyat farkını talep edebileceğini, diğer bir kısım fakih ise akdin bâtil olduğunu kabul etmektedirler. O halde akla şu soru gelmektedir: İçinde hile barındıran akid kişiye zaten muhayyerlik hakkı kazandırmışken, aynı akid için tekrar gabin hükmünü aramaya gerek var mıdır? Bir başka ifadeyle hile tek başına gabnin meydana getireceği hükmü, hatta daha büyük bir hükümsüzlüğü içermekteyken neden gabin için de şart koşulmaktadır?

Gerçekten de hile sebebiyle akdin ortadan kaldırılması hakkı esas itibariyle tanınmış olmasına rağmen bazı hallerde, akdin feshedilebilmesi için hile ile birlikte gabnin şartları da gerçekleşmelidir. Özellikle de hilenin satılanın fiyatını artırmak amacıyla yapıldığı hallerde, akdin feshedilebilmesi, fâhiş oransızlığın gerçekleşmesi ile mümkündür. Buna karşılık hile yapılmakla güdülen amaç karşı tarafı, akid

³⁸⁵ İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV, 79; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 174.

konusunun vasıflarında aldatmak, yüksek kalitede olduğu, ayıplardan salim olduğu izlenimini vermek ise, irade sakatlanmış olur ve hile fiyatta fâhiş oransızlığa yol açmasa da akdi feshetme hakkını verir.³⁸⁶

Bu konuda şöyle bir tespit yapmak da mümkün gözükmektedir: Hilenin (tağrîrin), gabin için şart olduğunu ileri süren fakihlere göre söz konusu hile akdin feshine sebep teşkil etmemektedir. Bu durum da genellikle Hanefî fıkıh âlimleri için söz konusu olmaktadır.³⁸⁷ Hilenin tek başına akdin feshine veye butlanına sebep teşkil edeceği kanaatinde olan fakihlere göre de gabin, hile olmaksızın tahakkuk etmektedir. Örneğin hileli arttırma veya eksiltme (neces) Hanefî ve Şâfiî doktrinine göre akde etki etmeyen sözlü bir hiledir. Fakat söz konusu hile, fâhiş oransızlıkla birlikte bulunduğu zaman akdi feshetme muhayyerliğini getirebilmektedir.

C. Aldatılanın Zayıf Durumu (Aldatılan Açısından Sübjektif Unsur)

Türk Borçlar hukukunda aldatılanın zayıf durumu, yani müzayaka, hiffet veya tecrübesizlik hallerinin istismarı sebep; bedeller arasındaki açık nispetlilik ise bu sebebin neticesi olmaktadır. Şayet aldatılanın zayıf durumu mevcut olmadığı halde objektif unsur mevcutsa gabinden bahsedilemeyeceği gibi sadece sübjektif unsurun mevcudiyeti halinde de gabinden bahsedilememektedir.³⁸⁸

İslâm hukukunda gabnin hüküm ifade etmesi için aldatılanın zayıf durumunun şart olduğu konusunda ittifak bulunmaktadır. Bunların şu şekilde zikredilmesi mümkündür:

1. Aldatılan Açısından Zayıflık Arzeden Haller

a. Tecrübesizlik

Türk Borçlar hukukunda tecrübesizlik, gabnin sübjektif unsurlarından olup özellikle sömürülenin genç yaşta bulunması ve yeterli bilgiye sahip olmaması sebebiyle genel hayat tecrübesinin eksik olması veya çok kültürlü bir kimsenin belirli

³⁸⁶ Yıldırım, *Hile*, 46.

³⁸⁷ Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 586.

³⁸⁸ Elbir, *Gabin*, 155; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, 119–120.

ve somut bir işleme ilişkin bilgisinin noksan olması şeklinde ortaya çıkmaktadır.³⁸⁹ Tecrübesizliğin genellikle genç yaşta bulunanlarda vuku bulacağı konusunda İslâm hukuku ile Türk hukuku ittifak etmektedir.

Tecrübesiz şahıs, muamelelerinin sonuçlarını takdir edememekte, görememektedir. Yaptığı muameledeki fesadı görmeye ehil değildir. Tecrübeli olsaydı, akdi o haliyle yapmayacaktı.³⁹⁰

Hiffet daha ziyade şahsın karakteri ile ilgili iken, tecrübesizlik bilgisine bağlıdır. Tecrübesizliğin istismarı çoğunlukla hile ile birlikte yapılır. Dolayısıyla mağdur için hileye dayanarak sonuca gitmesi daha faydalıdır.³⁹¹

İslâm hukukunda tecrübesizlik çeşitli durumlarda mevzu bahis edilmektedir. Mümeyyiz olmayan kimseler için söz konusu olan tecrübesizlik durumunda gabinden önce ehliyetsizliğin müeyyidesi uygulanmaktadır. Ayrıca tasarruflarının kontrol altında tutulması için veli ve vasî tayinine gidilmektedir.³⁹² Kanaatimize göre tecrübesizlik, gayrimümeyyiz sayılmayı gerektirecek ölçüye varmış ise, yine gabinden önce ehliyetsizliğin müeyyidesi sömürülen kişinin korunmasını sağlar.³⁹³

Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinde söz konusu olan “istirsâl” veya diğer bir ifadeyle “isti’man” satışı da tarafların tecrübesizlik durumuyla ilgili bir satış çeşididir. İstirsâlde, akdin taraflarından olan müşteri veya satıcı, tecrübesizliğini karşı tarafa beyan edip karşı tarafın beyanına ve samimiyetine güvenmekte, diğer insanlarla muamele ettiği bir kıymetle kendisiyle de muamelede bulunmasını talep etmektedir. Şayet kendisine güvenilen taraf yalan beyanda bulunur, satım akdini piyasa fiyatına göre yapmaz ve kendisine güvenen kişiyi aldatırsa karşı taraf muhayyer olur.³⁹⁴ İstirsâl satışında kendisine güvenilen kimsenin yalan beyanda

³⁸⁹ Elbir, *Gabin*, 172; Uygur, *Borçlar Hukuku*, I, 184; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 486–487; Olgaç, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, I, 275; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 86–87.

³⁹⁰ Elbir, *Gabin*, 173; Olgaç, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, I, 275.

³⁹¹ Elbir, *Gabin*, 173.

³⁹² Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, II, 757.

³⁹³ Hâtemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı*, 244.

³⁹⁴ Mevvâk, *et-Tâc ve’l-iklîl*, IV, 468; Senhûfî, *Mesâdirü’l-hak*, II, 162; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 135; Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, II, 757; Geniş bilgi için bk. Tez Metni, s. 70-72.

bulunması “gıışş” ve “tedlîs” olarak adlandırılmaktadır.³⁹⁵ Mâlikî mezhebindeki muteber görüşe göre, gabin hükümlerinin meydana gelebilmesi için istirsâl ile birlikte fâhiş oransızlığın da gerçekleşmesi gerekir. Dolayısıyla tecrübesizin, muamelede bulunduğu nesne konusunda bilgisiz olması ve neticesinde fâhiş oransızlıkla aldanması, akdin feshedilebilmesi için bir mazeret teşkil etmemektedir. Fakat Mâlikî mezhebinin Bağdad ekolünün müteahhirûn fakihlerine³⁹⁶ göre 1/3 oranındaki aldanma kişiye muhayyerlik hakkı vermektedir. Bu görüşte olan fakihlere göre tecrübesizlik, gabin hükümlerinin tatbik edilmesi için bir mazeret teşkil etmektedir.³⁹⁷

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı gibi İslâm hukukundaki “istirsâl”, Türk hukukundaki gabinle benzerlik arz etmektedir. Çünkü gabinin unsurlarından objektif unsurla birlikte, aldatılan açısından subjektif unsur olan tecrübesizlik aynı anda gerçekleşmektedir. Tecrübesizliğin, İslâm hukukunda subjektif unsur olarak kabul edilmesi için tecrübesizin durumunu karşı tarafa beyan etmesi gerekmektedir. Türk hukukunda ise tecrübesizliğin beyan edilme şartı bulunmamaktadır.

Aldatma fiili (tağrîr) olmaksızın, kişinin kendi bilgisizliği ve dikkatsizliği sebebiyle ivazlarda fâhiş bir oransızlığın meydana gelmesi halinde konu daha çok malın kıymetinde yanılma (kıymette hata) kapsamına girmekte olup çözümü biraz daha karmaşıktır. İslâm hukukçularının önemli bir kısmı bu durumda objektif bir ölçü olan irade beyanını esas almış, hukukî işlemlerde güven ve istikrarı bozacağı düşüncesiyle ilgili kişiye fesih hakkı tanımamışlardır. Hatta Şâfiî fikhında, bu şekilde kendinden kaynaklanan bir sebeple sıkça aldanan kimseye akdi fesih hakkı tanınması yerine bu şahsın ehliyetinin kısıtlanmasının daha uygun olacağı görüşü vardır.³⁹⁸

³⁹⁵ Yaşaroğlu, *Gabin*, 52.

³⁹⁶ Mâlikî mezhebinde müteahhirûn devri, İbn Ebû Zeyd el-Kayrevânî'nin (ö. 386/996) faaliyet gösterdiği zamanla başlayıp devam eden fakihleri ifade etmek için kullanılmaktadır. Kayrevânî müteahhirûnun ilk siması kabul edilmektedir. (Geniş bilgi için bk. Kaya, “*Mütekaddimîn ve Müteahhirîn*”, DİA, XXXII, 188-189).

³⁹⁷ İbn Rüşd, *el-Beyân ve't-tahsil*, VII, 257; İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, I, 262, IV, 236; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 18; Karâfi, *ez-Zahîre*, V, 112-113; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 139; Cezîrî, *Kitâbu'l-Fıkh*, II, 284; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 736; Hafif, “*Gabin*”, 6; Karaman, *Mukaayeseli İslâm Hukuku*, II, 136; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 147.

³⁹⁸ Nevevî, *el-Mecmû'ê*, III, 417.

Bundan dolayı literatürde yer alan, Hanefî ve Şafî mezheplerindeki kuvvetli görüş ve bazı Mâlikîler'e göre fâhiş oransızlığın tek başına akde tesir etmeyeceği yönündeki ifadeler, bilerek razı olunan veya tecrübesizlik, bilgisizlik ve dikkatsizlikten kaynaklanan fâhiş oransızlığın aldatma fiili (tağrîr) bulunmadığı sürece akdi etkilemeyeceği anlamındadır. Bu görüş Buhârî'de yer alan şu rivayetten de destek alır: Sahabeden İbn Ömer, Hz. Osman'la fâhiş oransızlık sayılacak şekilde kârlı bir arazi değişimi yaptığını belirtmiş, fakat Hz. Osman bu akdi feshetmemiştir.³⁹⁹

Zeydiyye ve İmâmiyye fakihlerinin çoğunluğu, bazı Hanefî, Mâlikî, Hanbelî fakihleri ve İbn Hazm'a (ö. 456/1064) göre akde konu olan mal ve hizmetin piyasa değeri hakkında bilgi sahibi olmayan ve bu yüzden fâhiş ölçüde gabne maruz kalan kimsenin, yaptığı akdi feshedip aldığı iade etme hakkı vardır. Çünkü bu durumda, iki tarafın da akde zımni ön kabulü konumundaki dengenin bozulduğu, rızanın sakatlandığı düşünülür. Hatta bir kısım Mâlikî fıkıh âlimi, fâhiş oransızlık şartını da aramaz.⁴⁰⁰ Bu fakihlere göre taraflardan birisi, akdin konusunun kıymetini bilmemesi neticesinde piyasa şartlarına göre aldanmış kabul edilirse, Mâlikî mezhebinin müteahhirûn Bağdad fakihlerine göre ise üçte bir (1/3) veya daha fazla oranda aldanırsa; aldanılan taraf muhayyer olur.⁴⁰¹

Mâlikî âlimlerinden İbnü'l-Arabî'ye (ö. 543/1148) göre ise fâhiş oransızlığa maruz kalan kimsenin bilgisizliği sebebiyle kişi muhayyerdur.⁴⁰² Bir kısım Mâlikî fıkıh âlimine göre bilgisizliğin hüküm ifade etmesi için, bilgisizlik iddiasında bulunan kimsenin bu sıfatla tanınır olması gerekir.⁴⁰³ Bilgisizlik sebebiyle fâhiş oransızlığa maruz kalan kimsenin lehine bir fesih ve iade hakkının doğması için, anılan şahsın bilgisizliğinin ve tedbirsizliğinin meşhur olması veya kişinin akid

³⁹⁹ Buhârî, "Büyü", 47; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, V, 271; İbn Hacer, *Fethü'l-bârî*, IV, 337. Hadisin metni için bk. Tez Metni, s. 103-104.

⁴⁰⁰ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 442; Buhâtî, *Keşşâfü'l-kınâ*, III, 212; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 162-164; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 743; Karaman, *Mukaayeseli İslâm Hukuku*, II, 136.

⁴⁰¹ İbn Rüşd, *el-Beyân ve't-tahsil*, VII, 257; İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, I, 262, IV, 236; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 18; Karâfî, *ez-Zahîre*, V, 112-113; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, III, 140; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 139; Cezâfî, *Kitâbu'l-Fıkıh*, II, 284.

⁴⁰² İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, I, 262.

⁴⁰³ Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 138.

yaparken bu bilgisizliğini beyan etmesi gerektiğini şart koşanlar azınlıkta olup çoğunluk bunu şart koşmaz.⁴⁰⁴ Fesih hakkının doğması için bilgisizliğin beyanını şart görenler, yukarıda geçen Habbân hadisini ölçü aldıkları gibi bunu bir bakıma şarttan doğan muhayyerlik kapsamında düşünmekte veya böyle bir beyanda bulunan kimsenin mazur görülebilir bir bilgisizliğinin olduğu noktasından hareket etmektedirler. Bu sebeple mağdur tarafa akdi fesih veya akde devam yönünde bir seçim hakkı tanımaktadırlar. Nitekim Hanbelî fıkında da gabin muhayyerliği şartı ileri sürüldüğünde fâhiş oransızlığın ilgili şahsa böyle bir muhayyerlik hakkı vereceği görüşü ağırlık taşır.⁴⁰⁵ Hatta İbn Hazm (ö. 456/1064), böyle bir şarta rağmen meydana gelen az veya çok her gabnin akdi bâtil, malı haram kılacağı, haksız yolla malı yeme sayılacağı, bundan kazanç elde eden tarafı gasıp konumuna getireceği ve bu tür bir akde onay vermenin sonucu değiştirmeyeceği görüşündedir.⁴⁰⁶

Görüldüğü üzere Mâlikî doktrininde oran üzerinde ihtilaf edilmekle beraber fâhiş oransızlığın, aldanan tarafın bilgisizliği çerçevesinde gabin hükmünü meydana getireceği görüşü hâkim hale gelmemiştir.⁴⁰⁷

Hanefî literatüründe yer yer rastlanan, fâhiş oransızlığın tağrir bulunmasa da kural olarak fesih sebebi sayılacağı ve insanlar için en insafli çözümün bu olduğu şeklindeki ifadeleri⁴⁰⁸ veya Mâlikî fıkıh literatüründe yer alan 1/3 oranını aşan her fâhiş oransızlığın kural olarak satın alınan malı red hakkı verdiği şeklindeki ifadeleri de⁴⁰⁹ bu bağlamda, yani fâhiş oransızlığın bilgisizlik ve dikkatsizlikten kaynaklanması kaydıyla ileri sürülmüş görüşler olarak değerlendirilmesi gerekir.

Hükmi şahıslar tecrübesizlik iddiasında bulunamazlar. Çünkü hükmi şahısların yapısı buna uygun değildir.⁴¹⁰ Tecrübesizlik Irak hukukunda da gabnin subjektif unsurlarından kabul edilmektedir.⁴¹¹

⁴⁰⁴ Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468; Bardakoğlu, “*Gabn*”, XIII, 271

⁴⁰⁵ Merdâvî, *el-İnsâf*, IV, 395.

⁴⁰⁶ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 440; Bardakoğlu, “*Gabn*”, XIII, 272.

⁴⁰⁷ İbn Rüşd, *el-Beyân ve't-tahsîl*, VII, 257; İbn Rüşd, *Badâyetü'l-müctehid*, II, 168.

⁴⁰⁸ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, VI, 125; İbn Âbidîn, “*Gabin*”, II, 69.

⁴⁰⁹ İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, IV, 1816.

⁴¹⁰ Elbir, *Gabin*, 173.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı gibi İslâm hukukçuları iki görüşe ayrılmışlardır. Birinci görüşte olan fakihlere göre, objektif unsur olan fâhiş oransızlık ve aldatılan açısından sübjektif unsur olan tecrübesizlik aynı akidde bulunduğu zaman gabin hükmü meydana gelir. Bu grupta olan fıkıh âlimleri gabin için aldatma fiilini şart koşmayanlardır. İkinci görüşte olan fakihlere göre ise, objektif unsur olan fâhiş oransızlıkla birlikte aldatılan açısından sübjektif unsur olan tecrübesizlik ve aldatan açısından sübjektif unsur olan aldatma fiili (tağrîr) de gerçekleşirse gabin hükmü meydana gelir.

b. Üreticinin Yolda Karşılanması (Telâkki'r-rükbân)

Sözlükte “binitlileri karşılama” anlamına gelen telâkki'r-rükbân, “ürettiği malı hayvanına yükleyerek şehre, pazara getiren köylüyü yolda karşılayıp malını satın almak suretiyle onunla tüketici arasına girmek” anlamında bir hukuk terimidir. Bazı fakihlere göre de “piyasadan habersiz olan köylünün yolda karşılanması sebebiyle mallarının ellerinden ucuza satın alınması”dır.⁴¹² Aynı şekilde Hanbelî ve bir kısım Şâfiî fakihleri üreticilerin yolda karşılanıp kendilerine fâhiş oransızlıkla satışta bulunulmasını da bu kapsama sokmaktadırlar. Hatta aynı fakihlere göre üreticiyi yolda karşılama kastı olmaksızın üreticiden mal satın alanların yaptıkları akidler bile bu kapsamda değerlendirilmektedir.⁴¹³ Fakat bu görüşe diğer bir kısım Şâfiî fakihleri, söz konusu davranışta aldatma fiili ve neticesinde bedeller arasında oransızlık söz konusu olmadığı için karşı çıkmaktadırlar. Buna rağmen aldatma ve neticesinde bedeller arasında fâhiş oransızlık meydana gelirse aynı hükümler terettüp ettirilmektedir.⁴¹⁴

⁴¹¹ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 717, 757.

⁴¹² İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 449; Gazzâlî, *el-Vasît*, III, 67; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 152; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ* ^ç, III, 211; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 83.

⁴¹³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 153; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV, 78; Haccâvî, *el-İknâ* ^ç, II, 91; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ* ^ç, III, 211.

⁴¹⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 153; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV, 78.

Telâkki'r-rükbân yasağı günümüz ekonomisinde, üretici ile tüketicinin yüz yüze gelmesi, ilk kaynaktan piyasaya arzedilen malın gerçek talep sahiplerine doğrudan intikali, başka bir deyimle aracının ortadan kalkmasını amaçlamaktadır.⁴¹⁵

Hız. Peygamber döneminde yün, yumurta, yoğurt, yağ, peynir ve el işleri gibi malları satmak için pazar yerine gelecek olan köylülerin yolları şehirli tüccar tarafından kesilmekte, daha pazara inmeden malları satın alınmaktaydı. Dolayısıyla üreticinin şehirdeki günlük rayiç fiyatları öğrenmesi engellenmekte, şehirli tüccarın, üreticinin elinden ucuza aldığı malı piyasaya kontrollü ve pahalı olarak sürmesi veya karaborsaya düşürmesi söz konusu olmaktadır. Aynı zamanda satıcının aldatılmasına ve mağdur olmasına yol açan bu uygulama Hız. Peygamber tarafından “Şehre mal getiren ticaret kafilesini yolda karşılamayın. Kim karşılar da ondan bir şey satın alırsa malın ilk sahibi pazara indiğinde muhayyer olur.”⁴¹⁶ ifadesiyle yasaklanmıştır.⁴¹⁷ İbn Ömer de şöyle demektedir: “Biz mal sahibi köylüleri yolda karşılar ve mallarını ellerinden satın alırdık. Fakat Allah’ın Resulü (SAV) mal pazara indirilene kadar onlardan bir şey satın almayı yasakladı.” buyurmuştur.⁴¹⁸

Bu ve buna benzer daha birçok yasaklayıcı hadis bulunmaktadır. Ömer b. Abdülaziz de valilerine bu hadisin hükümlerinin tatbikini temin maksadıyla tüccarların mal sahiplerini yolda karşılamamaları emrini göndermiştir.⁴¹⁹

Fıkıh âlimleri de meseleyi enine boyuna tartışmış, bu yasağın sebepleri üzerinde kafa yormuşlardır. Fakihlerin çoğunluğuna göre hadisteki yasağın sebebi

⁴¹⁵ Şafak, “*Kâr Haddi*”, 93; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 135.

⁴¹⁶ Hadisin Ebû Dâvud’daki metni şu şekildedir: حَدَّثَنَا الرَّبِيعُ بْنُ نَافِعٍ أَبُو تَوْبَةَ حَدَّثَنَا عُبَيْدُ اللَّهِ - يَعْنِي ابْنَ عَمْرٍو - الرَّقِّيَّ - عَنْ أَبِي بَرْزَةَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - نَهَى عَنْ تَلْقَى الْجَلْبِ فَإِنْ تَلَقَّاهُ مُتْلَقٌ مُشْتَرٍ الرَّقِّيَّ - قَالَ كُنَّا نَتَلَقَى الرُّكْبَانَ فَتَشْتَرِي مِنْهُمْ الطَّعَامَ ، فَتَهَانَا النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنْ نَبِيعَهُ حَتَّى يَبْلُغَ بِهِ سَوْقٌ. (Ebû Dâvûd, “*Büyü*”, 45). Benzer metinler için bk. Buhârî, “*Büyü*”, 64, 68, 71, “*Şurût*”, 11; Müslim, “*Büyü*”, 16, 17; Tirmizî, “*Büyü*”, 12; Nesâî, “*Büyü*”, 17; İbn Mâce, “*Ticârât*”, 16; Dârimî, “*Büyü*”, 32; Ahmed b. Hanbel, 4/314.

⁴¹⁷ İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV, 152; Makdisî, *el-Udde*, I, 207; Yaşaroğlu, *Gabin*, 41.

⁴¹⁸ Hadisin Buhârî’deki metni şu şekildedir: حَدَّثَنَا مُوسَى بْنُ إِسْمَاعِيلَ حَدَّثَنَا جُوَيْرِيَةُ عَنْ نَافِعٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ كُنَّا نَتَلَقَى الرُّكْبَانَ فَتَشْتَرِي مِنْهُمْ الطَّعَامَ ، فَتَهَانَا النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنْ نَبِيعَهُ حَتَّى يَبْلُغَ بِهِ سَوْقٌ (Buhârî, “*Büyü*”, 72).

⁴¹⁹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 449; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 184; Şafak, “*Kâr Haddi*”, 93.

köylülerin aldatılma ihtimali, gayesi de köylüleri aldatılmaktan korumaktır. Dolayısıyla aldatmaya sebep olan her çeşit karşılamanın yasaklanması gerekmektedir.⁴²⁰ Genel hatlarıyla fakihlerin görüşleri bu şekilde olmakla beraber, fakihler bu konular üzerinde daha teferruatlı tartışmalar yapmışlardır.

Ebû Hanîfe'ye göre, kaide olarak mal sahiplerini yolda karşılayıp mallarını almak mubahtır. Ancak bu mala şehirli halkın ihtiyacı varsa ve yol çevirme de onlara zarar veriyorsa söz konusu uygulama mekruh olur. Üretici, piyasa fiyatlarını öğrenince aldandığını anlarsa akdi bozabilir.⁴²¹ Ebû Yusuf şöyle bir olay anlatır: Bir grup Arap Kûfe'ye geldi. Bütün yiyecekleri alıp götürmek üzere idiler ve Kûfeliler bu durumdan zarar göreceklerdi. Bunun üzerine onlar, tıpkı mal sahiplerini yolda karşılayıp mallarını satın alanların yasaklandığı gibi bu işten men edildiler.⁴²²

İbn Âbidîn (ö. 1252/1836) de köylüleri pazara giderken yolda karşılama yasağını iki şarta bağlamıştır:

a) Şehirli tüccarın, ihtiyaç zamanlarında köylü üreticiyi yolda çevirmeleri, mallarını alıp şehirli halka daha fazlasına satmaları,

b) Köylüleri yolda çevirip mallarını şehirdeki gerçek fiyattan aşağıya almaları ve köylü üreticilerinin de bu durumdan haberdar olmamalarıdır. Bu iki maddeden birincisinde hem köylü üreticinin, hem de şehirli halkın zararı, ikincisinde ise sadece köylü üreticinin aldatılması söz konusudur.⁴²³

Hanefî mezhebinin genel kanaatine göre telakki'r-rûkbân durumunda şehirli halk zarar görmüş, cârî ve gerçek fiyat üreticiden gizlenmiş ve şehirli tüccar verdiği fiyatla bedeller arasında oransızlığa sebebiyet vermişse akid mekruhtur ve satıcının fesih hakkı söz konusudur.⁴²⁴

⁴²⁰ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 450-453; İbn Hacer, *Fethü'l-bârî*, IV, 374; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, III, 388-389; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ* ' , III, 211; Şafak, "*Kâr Haddi*", 96.

⁴²¹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 449; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 152; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 83; Şafak, "*Kâr Haddi*", 94; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 136.

⁴²² İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 146-147.

⁴²³ İbn Âbidîn, "*Hâşiye*", V, 102; Döndüren, "*Kâr Hadleri*", 95.

⁴²⁴ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 147; Kâsânî, *Bedâi 'u's-sanâi* ' , V, 260.

Şâfiî mezhebine göre telâkki'r-rûkbân yasağının sebebi, piyasa fiyatını bilmeyen köylü üreticileri, ellerindeki malların piyasa fiyatından daha düşük bir bedelle satın alınması suretiyle şehirli esnaf tarafından aldatılmaktan korumaktır.⁴²⁵

Mâlikî fakihleri böyle bir yasağın sebebini diğer mezheb âlimlerinden farklı olarak piyasadaki diğer tüccarın menfaatlerinin ihlal edilmesi şeklinde değerlendirirler. Böyle bir muameleyle alınan mallara bütün tüccar ortak olabilir. Dolayısıyla Mâlikîlerde, pazar dışında satıcıyı karşılayıp alma şeklinde yapılan satım akdi esasta sahihtir. Fakat ivazlar arasında fâhiş oransızlık meydana geldiğinde bunu aldatma fiilinden (tağrîrden) kaynaklanan gabin olarak değerlendirip aldatılan tarafa akdi feshetme imkânı tanımışlardır.⁴²⁶

Hanbelîler'de de tıpkı Mâlikîler'de olduğu gibi pazar dışında satıcıyı karşılayıp mallarını satın alma şeklinde yapılan satım akdi esasta sahihtir. Fakat bu işlem aldatma fiili (tağrîr) kapsamında değerlendirildiği için ivazlar arasında fâhiş oransızlık meydana geldiğinde ve belirtilen şartlar da gerçekleştiğinde aldatılan tarafa akdi feshetme muhayyerliği tanımışlardır.⁴²⁷ Ahmed b. Hanbel'den gelen bir rivayete göre ise fâhiş oransızlık bulunmasa da telâki'r-rûkbân tek başına kişiye muhayyerlik hakkı vermektedir.⁴²⁸

Hanbelîler, telâkki'r-rûkbân hakkındaki hadisin mutlak oluşunu dikkate alarak, hadiste mevcut olan yasaklamanın hileden kaynaklandığını, bunun satışta gerçekleştiği gibi alımda da gerçekleşmesinin mümkün olacağını ifade etmektedirler. Dolayısıyla şehir dışından gelen kişilerin pazara inmeden pazar esnafından bazıları tarafından karşılanmaları ve piyasa fiyatları hakkında bilgileri olmayan bu kişilere fâhiş oransızlıkla satışta bulunmaları da köylü üreticiye muhayyerlik hakkı kazandırmaktadır. Bu durumda dışarıdan gelenler müşteri, mal sahibi yerli esnaf da

⁴²⁵ Gazzâlî, *el-Vasît*, III, 67; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 166; Şerkâvî, *Hâşiye*, III, 23.

⁴²⁶ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 166; Merdâvî, *el-İnsâf*, IV, 394; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ* °, III, 128; Bardakoğlu, "Gabn", XIII, 271.

⁴²⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 17-18, 3107; Makdisî, *el-Udde*, I, 207; Merdâvî, *el-İnsâf*, IV, 394; Haccâvî, *el-İknâ* °, II, 91; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ* °, III, 128; Karaman, *Mukaayeseli İslâm Hukuku*, II, 135; Bardakoğlu, "Gabn", XIII, 271.

⁴²⁸ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 746'da 2 nolu dipnot.

satıcı konumundadır.⁴²⁹ İmam Buhârî de telâkki'r-rükbânı bir aldatma türü olarak kabul etmekte ve satım akdini geçersiz kıldığını ifade etmektedir.⁴³⁰

Telâkki'r-rükbânın yasaklanmasının çeşitli sebepleri ileri sürülmüştür. Kanaatimize göre bu sebeplerin temelinde, piyasadaki fiyatlar hakkında bilgi sahibi olmayan (tecrübesiz) köylü üreticinin şehirli tüccar tarafından istismar edilmesi sebebiyle aldatılması ve bedeller arasında oransızlığın meydana gelmesi yatmaktadır. Bununla birlikte çoğunluğu teşkil eden fakihlere göre bedeller arasındaki oransızlığın muhayyerlik hakkını vermesi için fâhiş olması gerekmektedir.⁴³¹

Telâkki'r-rükbân da, İslâm hukukundaki gabne tipik bir örnek teşkil etmektedir. Çünkü objektif unsurla birlikte, aldatan ve aldatılan açısından sübjektif unsur tahakkuk etmektedir. Burada aldatılan açısından sübjektif unsur tecrübesizlik, aldatan açısından sübjektif unsur da üreticinin yolda karşılanması suretiyle piyasadaki fiyatların onlardan gizlenmesidir.

c. Şehirlinin Köylü Adına Mal Satması (Bey^ç u'l-hâzır li'l-bâdî)

Fıkıh kitaplarında “şehirlinin köylü adına mal satması” konusu “bey^ç u'l-hâzır li'l-bâdî” kavramıyla ifade edilmektedir. Hanbelîler, bedevî anlamına gelen “bâdî” kelimesini sadece köylü ile sınırlandırmamışlardır. Onlara göre ister köylü, ister başka şehirli olsun, şehre dışarıdan gelen herkes bu kelimenin kapsamına girmektedir. Âlimlerin çoğuna göre bunun anlamı, şehirlinin, köylünün malının satış ve pazarlamasını onun adına yapmasıdır. Böylece şehirli satıcı, köylünün komisyoncusu durumuna girmektedir.⁴³² Merğînânî'ye (ö. 593/1197) göre bu işe aşırı fiyat arzusuyla teşebbüs edilmekte, bu yasaklama ile bu teşebbüsün önüne

⁴²⁹ İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV, 78; Buhûfî, *Keşşâfû'l-kınâ^ç*, III, 211; Yaşaroğlu, *Gabin*, 54-55.

⁴³⁰ Buhârî, “*Büyû^ç*”, 71.

⁴³¹ Makdisî, *el-Udde*, I, 207; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV, 78.

⁴³² Gazzâlî, *el-Vasît*, III, 66; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 150; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, II, 23; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV, 43; Hammâd, *İktisadî Fıkıh Terimleri*, 46.

geçilmektedir.⁴³³ Dolayısıyla malın halka daha pahalıya satılması sebebiyle halkın mağdur olması ve piyasa fiyatının yükselmesi engellenmiş olmaktadır.⁴³⁴

Hz. Peygamber'in, şehirlinin köylü adına satış yapmasını yasakladığına dair rivayetler vardır. Enes b. Mâlik'ten gelen rivayete göre Hz. Peygamber “Şehirli olan kimse kardeşi ve babası da olsa köylü adına malını satmasın.” buyurmuştur.⁴³⁵ Câbir b. Abdullah'tan gelen rivayete göre ise “Şehirli olan, taşralı adına malını satmasın. İnsanları serbest bırakın. Zira Allah bir kısmını diğerlerinden rızıklandırır.”⁴³⁶ buyurmuştur.

Talha b. Ubeydullah, İbn Ömer, Ebû Hureyre ve Enes b. Malik gibi sahabilerin yanında İmam Mâlik ve Şâfiî gibi fıkıh âlimleri de bu tür satışı mekruh karşılamışlardır.⁴³⁷

Fıkıh âlimleri yasaklama ve mekruh olmanın şartları üzerinde durmuşlardır. Hanbelî fakihlerinden Hırakî (ö. 334/946) akdin yasaklanma ve batıl olma sebebinin üç şarta bağlamıştır:

- 1) Şehirli tüccar, satışta köylüye vekil olmak kastıyla böyle bir işe girişmeli,
- 2) Köylü, şehirdeki fiyatları bilmemeli,
- 3) Malı, satmak için almaya kastetmelidir.⁴³⁸

⁴³³ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 54; Hammâd, *İktisadî Fıkıh Terimleri*, 46.

⁴³⁴ İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV, 77.

⁴³⁵ Hadisin Müslim'deki metni şu şekildedir: حَدَّثَنَا يَحْيَى بْنُ يَحْيَى أَخْبَرَنَا هُشَيْمٌ عَنْ يُونُسَ عَنِ ابْنِ سِيرِينَ عَنْ أَنَسٍ (Müslim, “Büyü”, 21). Benzer hadis metinleri için bk. Buhârî, “Büyü”, 58, 64, 68, 69, 70, 71, “İcârât”, 14, “Şurût”, 8; Ebû Dâvud, “Büyü”, 47; Tirmizî, “Büyü”, 13; Nesâî, “Nikâh”, 20, “Büyü”, 17, 18, 19, 21; İbn Mâce, “Ticârât”, 15.

⁴³⁶ Hadisin Müslim'deki metni şu şekildedir: حَدَّثَنَا أَحْمَدُ بْنُ يُونُسَ حَدَّثَنَا زُهَيْرٌ حَدَّثَنَا أَبُو الرُّبَيْرِ عَنْ جَابِرٍ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- « لَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِنَادٍ دَعَا النَّاسَ يَرْزُقُ اللَّهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ ». (Müslim, “Büyü”, 20). Benzer hadis metinleri için bk. Ebû Dâvud, “Büyü”, 47; Tirmizî, “Büyü”, 13; Nesâî, “Büyü”, 17; İbn Mâce, “Ticârât”, 15; Muvatta', “Büyü”, 96; Ahmed b. Hanbel, 1/163.

⁴³⁷ İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV, 43.

⁴³⁸ Hırakî, *Muhtasar*, 68; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 150–151; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, II, 23-24; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV, 43-44; Şafak, “Kâr Haddi”, 95.

Hanbelî mezhebine göre şehirlinin köylü adına mal satması bâtıldır. Fakat buna rağmen akdin sahih olacağı şeklinde rivayetler de bulunmaktadır.⁴³⁹ Şâfiî'nin talebeleri ise böyle bir satışın haram hükmünü alması için dört şart ararlar. Üçü Hırakî'nin şartlarıyla aynıdır. Dördüncüsü ise insanların o mala ihtiyaç duymalarıdır. Fakat Şâfiî mezhebine göre, durum ne olursa olsun söz konusu akid sahih ve lazımdır.⁴⁴⁰

Hanefî mezhebine göre kuraklık ve kıtlık zamanında şehirli esnafın, köylü adına mal satması fâsiddir. Fakat kuraklık, kıtlık zamanları dışında ve satın aldığı malın piyasa fiyatını haber vermesi şartıyla, köylü adına mal satması caizdir.⁴⁴¹ Dolayısıyla satışın caiz olmaması, kuraklık ile kıtlık durumlarına ve piyasa fiyatlarından habersiz olan köylü adına mal satılmasına bağlıdır. Bunun da iki sonucu ortaya çıkmaktadır: Birincisi, köylünün bilgisizliğinin istismar edilmesi neticesinde elindeki malın ucuza satın alınması, ikincisi şehirli halkın içine düştüğü kıtlıktan istifade ederek malın pahalıya arzedilmesidir. Bu da karşı tarafın darda kalmasından kaynaklanan gabin hükmünü çağrıştırmaktadır.

İbn Rüşd'e (ö. 595/1198) göre söz konusu yasağın sebebi, tıpkı telâkki'r-rükbânda olduğu gibi piyasa fiyatını bilmeyen köylünün malının şehirli esnaf tarafından ucuza satılmasıdır. Nitekim bundan dolayıdır ki, piyasa fiyatının köylü tarafından bilinmesi sebebiyle söz konusu yasak ortadan kalmaktadır.⁴⁴²

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı gibi şehirlinin köylü adına satış yapmasında iki nokta göze çarpmaktadır. Birincisi köylünün tecrübesiz olması dolayısıyla elindeki malın kıymetinden daha düşük bir fiyatla alınması, ikincisi ise alınan bu malın, şehirlinin darda kalmasından istifade edilerek halka kıymetinden daha yüksek bir fiyatla satılmasıdır. Dolayısıyla burada ilk akidde, satıcı durumunda bulunan köylü için gabinin sübjektif şartlarından tecrübesizlik, ikinci akidde ise

⁴³⁹ İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV, 151; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebir*, IV, 44.

⁴⁴⁰ Gazzâlî, *el-Vasît*, III, 66-67; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV, 151; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, III, 388-389; Zeyla'î, *Tebyînu'l-hakâik*, IV, 68; *el-Fetâva'l-Hindiyye*, III, 214; Şafak, "Kâr Haddi", 95.

⁴⁴¹ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 54; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi*, V, 232; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 166.

⁴⁴² İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 167.

müşteri durumunda bulunan şehirlinin müzayaka durumu bulunmaktadır. Ayrıca ivazlar arasında fâhiş oransızlık da çoğunlukla vuku bulmaktadır.

Görüldüğü gibi “şehirlinin köylü adına mal satması” durumu da, İslâm hukukundaki gabne tipik bir örnek teşkil etmektedir. Çünkü objektif unsurla birlikte, aldatan ve aldatılan açısından sübjektif unsur tahakkuk etmektedir. Burada aldatılan açısından sübjektif unsur tecrübesizlik veya müzayaka, aldatan açısından sübjektif unsur da şehirli esnafın, piyasadaki fiyatı köylülerden gizlemesi veya bilgi sahibi olmalarını engellemesi neticesinde gizleme ve susma vasıtası hileyle tahakkuk etmektedir.

d. İhtiyaç (Müzayaka)

Arapça asıllı bir kelime olan ihtiyaç, “ihtâce” (احتاج) fiilinin mastarıdır. Türkçe’de ihtiyaç anlamında kullanılan bir başka kelime de yine Arapça asıllı “hâcet” kelimesidir.⁴⁴³ İhtiyaç kelimesi Türkçe’de “bir şeye onsuz yapamayacak derecede bağlı olma, bir şey için lazım ve gerekli olma, yokluk, yoksulluk, muhtaç olma, yoksunluk duygusu, lâzım olan şey ve gereksinim” anlamlarında kullanılmaktadır.⁴⁴⁴

İstilahta ihtiyaç, “Allah’ın yasak olarak bildirdiği işler dışında kalan, eksikliği hissedilen her türlü malzeme ve işler” demektir.⁴⁴⁵ Ancak ihtiyaç, zaruret değildir. Çünkü ihtiyaç kaybedildiği ya da elde edilemediği takdirde kişinin helaki, can, ırz ve malında çok büyük zararı söz konusu değildir.⁴⁴⁶ Zaruret ise elde edilemediği takdirde kişinin helaki, can, ırz ve malında çok büyük zararın meydana gelmesidir.⁴⁴⁷ İslâm ülkelerinde cârî olan hukuklarda ihtiyaç ile müzayakanın aynı anlamı ifade etmek için kullanıldığı görülmektedir. Mesela Irak hukukunda “ihtiyaç” kavramıyla ifade edilen sübjektif unsur Lübnan hukukunda “müzayaka” kavramıyla ifade

⁴⁴³ Zebîdî, *Tâcü'l-‘arûs*, “h-v-c” maddesi, II, 25; Yaran, *İhtiyaç Kavramı*, 11.

⁴⁴⁴ Yaran, *İhtiyaç Kavramı*, 11–12.

⁴⁴⁵ Yaran, *İhtiyaç Kavramı*, 40–41

⁴⁴⁶ Yaran, *İhtiyaç Kavramı*, 133; Sa‘de, *Nazariyyetü'l-‘akd*, 300; Hammâd, *İktisadî Fıkıh Terimleri*, 151.

⁴⁴⁷ Yıldız, *Sorumluluk Hukuku*, 122; Yıldırım, *Mecelle*, 94.

edilmektedir.⁴⁴⁸ Türk hukuku çalışmalarında “zaruret”, “ıztırar”, “zorda kalma” ve “zor durum” tabirleri aynı anlamda kullanılmaktadır.⁴⁴⁹ Türk hukukunda gabnin sübjektif unsurlarından “müzayaka” kavramı, bu kelimeler yerine de kullanılmaktadır.⁴⁵⁰ Nitekim 1926 tarihli Borçlar Kanununun 21. maddesini tercüme edenlerden biri olan Recai Seçkin “müzayaka” olarak tercüme edilen kelimeyi “zaruret” şeklinde tercüme etmiştir.⁴⁵¹

Müzayaka, “kişinin kendisinin veya yakınlarından birinin maddi ve manevi bütünlüğünü (can, sağlık, mamelek) veya sosyal durumunu (haysiyet, hürriyet gibi) tehdit eden bir zararın varlığından korkması, cismani, ahlaki veya iktisadi bir tehlikeden kurtulma zarureti hissetmesi” demektir.⁴⁵² Müzayaka bu tanımla ikrahi çağrıştırmakta ise de ikrahta bir tehdit mevcut bulunduğu halde, müzayakaya tehdit yüzünden düşmek şart değildir. Mesela bir kimsenin hasta ve bakıma muhtaç bulunduğu bir zamanda ikamet ettiği mahalden uzaklaştırılmak tehdit ve tazyiki, Yargıtay tarafından ikrah olarak kabul edilmiştir.⁴⁵³ Ayrıca ikrahtan bahsedebilmek için tehdidin tehditten istifade eden taraftan veya akid yapanın haberi olması şartıyla üçüncü bir şahıs tarafından meydana gelmesi gerekirken, müzayaka hiç kimsenin müdahalesi olmadan da meydana gelebilir. Yine ikrah haksız olmalıdır, hâlbuki haklı bir sebepten, meselâ bir vergi yüzünden doğan bir müzayaka halinden bahsedilebilir.⁴⁵⁴

İhtiyaç, gabnin sübjektif unsuru olabilmesi için akdin taraflarından birinin karşı tarafın ihtiyacını istismar ederek bedeller arasında oransızlığın meydana gelmesi gerekir. Bir hastanın bir ilaca ihtiyacı olması ve bu ilacın sadece bir eczanede

⁴⁴⁸ Sa‘de, *Nazariyyetü'l-‘akd*, 305.

⁴⁴⁹ Olgaç, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, I, 277; Yıldız, *Sorumluluk Hukuku*, 121–122.

⁴⁵⁰ Olgaç, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, I, 277.

⁴⁵¹ Elbir, *Gabin*, 148; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 487.

⁴⁵² Uygur, *Borçlar Hukuku*, I, 183; Olgaç, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, I, 277; İnan, *Borçlar Hukuku*, 155; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 89.

⁴⁵³ Y. 1. HD. 02.05.1978 gün E. 3138–K.6251.

⁴⁵⁴ Elbir, *Gabin*, 167.

bulunması sebebiyle eczacının bu ilacı, hastaya kıymetinin üstünde satması bu duruma örnektir.⁴⁵⁵

Hanefî mezhebine göre taraflardan birinin zor durumundan (ıztırar) yararlanarak ivazlar arasında fâhiş oransızlığa sebebiyet vermek akde etki eder.⁴⁵⁶ Bu hükümden de anlaşılacağı gibi fâhiş oransızlıkla birlikte ıztırar durumu gabin meydana getirmektedir. Dolayısıyla taraflardan birinin ihtiyacının istismar edilmesi aldatılan açısından sübjektif unsur kabul edilmektedir.

Meselâ A, kendisinden ödünç para isteyen B'ye, rayiç fiyatının üstünde bir mal satarsa bu satışa caiz, mekruh ve bâtil diyenler bulunmaktadır. Mesela A, kendisinden 600 lira ödünç isteyen B'ye eğer râyiç fiyatı 500 lira olan şu malımı da 1000 liraya satın alırsan veririm.” der ve bu şekilde muamele yapılırsa, alınan 500 lira mekruhtur.⁴⁵⁷ Çünkü bu çeşit ödünç verme menfaat celbeden karzdır. Ödünç alan kişi takatinin üstünde haksız yere para ödemektedir, mala kıymetinin üstünde para vermektedir.

Bazı fıkıh âlimlerine göre ise bu şekilde ödünç verme ile malı satma aynı mecliste olursa mekruh, ayrı meclislerde olursa bunda bir beis yoktur görüşündedirler. Çünkü aynı mecliste karz verirken bir menfaati sağlama da şart kılınmıştır.

İmam Serahsi (ö. 483/1090); konuyla ilgili Hassaf (ö. 261/875), Halvânî (ö. 452/1060) ve Muhammed b. Seleme'nin görüşlerini kabul eder ve şöyle der: “Burada söz konusu olan menfaat sağlayan bir karz değildir. Belki menfaat sağlayan bir satış akdidir. Akidde ödünç para temin edilmiş oluyor.”⁴⁵⁸

Bu durum Türk hukukunda gabin kapsamı içerisinde incelenmektedir. Kişi bu durumda müzayaka sebebiyle fâhiş fiyatla satım akdi yapmaktadır. Dolayısıyla nisbi butlan durumu veya edimler arasındaki oransızlığı giderme talebi söz konusudur.⁴⁵⁹

⁴⁵⁵ Karadâgî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 756.

⁴⁵⁶ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 54; Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, V, 232; Yaşaroğlu, *Gabin*, 49.

⁴⁵⁷ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 240–241; Şafak, “*Kâr Haddi*”, 88.

⁴⁵⁸ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 194; Şafak, “*Kâr Haddi*”, 88.

⁴⁵⁹ TBK. md. 28.

Abdest veya gusül için bedelsiz su temin edemeyen birisinin fâhiş fiyatla su temin edip abdest almak zorunda olmayıp, o durumda teyemmüm edebilecek olması,⁴⁶⁰ ibadetini yerine getirmek isteyen bir kimsenin suya olan ihtiyacının sömürülmesine müsaade edilmemesi açısından önemlidir. İhtiyaç içerisindeyken su satın alan kimsenin yapmış olduğu bu akdin hükmü konumuz için önem arz etmektedir.

İslâm hukukunda mecbur kalan kişinin malını satmasında hile tehlikesi bulunmaktadır. Nitekim bir hadiste: “Çok sıkıntılı günler yaşanacak, zengin cimri kesilecektir. Hâlbuki böyle davranması kendisinden istenmemekte, aksine Yüce Allah ‘Birbirinize lütufta bulunmayı unutmayınız.’⁴⁶¹ buyurmaktadır. Resulullah’ın (sas) yasaklamasına rağmen ıztırar halinde olan kişinin malı satım akdine konu edilecek, gararlı satış yapılacak ve olgunlaşmayan meyvenin satışı yapılacaktır.”⁴⁶² ifadesi yer almaktadır.⁴⁶³

Türk Borçlar hukukunda müzayakayı ileri sürebilmek için zarar veren tarafın bunu akid anında bilmesi veya bilebilecek durumda olması gerekir.⁴⁶⁴ Müzayakanın yalnız iktisadî olup olmayacağı münakaşalı olmakla beraber, müelliflerin ekseriyeti, hadiselerin ekserisinin malî müzayakadan neşet ettiğini kabul etmekle beraber, manevi de olabileceğini ileri sürmektedirler.⁴⁶⁵ Yerleşmiş Yargıtay içtihatları yaşlılık, hastalık veya yalnızlık kısıncasına yakalanmış kimseleri de manevi müzayaka halinde

⁴⁶⁰ Yaran, *İhtiyaç Kavramı*, 179.

⁴⁶¹ Bakara, 2/237.

⁴⁶² Hadisin Ebû Dâvud’daki metni şu şekildedir: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ عَيْسَى حَدَّثَنَا هُشَيْمٌ أَخْبَرَنَا صَالِحُ أَبُو عَامِرٍ - قَالَ - أَبُو دَاوُدَ كَذَا قَالَ مُحَمَّدٌ - حَدَّثَنَا شَيْخٌ مِنْ بَنِي تَمِيمٍ قَالَ خَطَبْنَا عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ - أَوْ قَالَ قَالَ عَلِيٌّ قَالَ ابْنُ عَيْسَى هَكَذَا حَدَّثَنَا هُشَيْمٌ - قَالَ سَيِّئَاتِي عَلَى النَّاسِ زَمَانٌ عَضُوضٌ يَعَضُّ الْمُوسِرُ عَلَى مَا فِي يَدَيْهِ وَلَمْ يُؤْمَرْ بِذَلِكَ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى (وَلَا تَتَسَوَّأَ الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ) وَيَبَاعُ الْمُضْطَرُونَ وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَنِ بَيْعِ الْمُضْطَرِّ وَبَيْعِ الْغَرَرِ وَبَيْعِ النَّمْرَةِ قَبْلَ أَنْ تُدْرِكَ. (Ebû Dâvud, “Büyü”, 26; Nesâi, *Büyü*, 18).

⁴⁶³ Şafak, “*Kâr Haddi*”, 101.

⁴⁶⁴ Elbir, *Gabin*, 166; Olgaç, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, I, 278.

⁴⁶⁵ Von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 312; Uygur, *Borçlar Hukuku*, I, 183; Elbir, *Gabin*, 166; Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku*, 487-488; Özkaya, *Gabin*, 28.

saymaktadır. Ayrıca aynı kararda müzayakanın geniş kapsamlı ve çok yönlü bir öge olduğu ifade edilmiştir.⁴⁶⁶

Müzayaka halinde mutlaka akdi yapanın bizzat kendisinin bulunması şart olmayıp bir yakınının müzayakasından bahsedilerek gabin iddiasında bulunulabilir.⁴⁶⁷ Müzayaka hali hakiki şahıslara tatbik edilebileceği gibi hükmi şahıslara da tatbik edilmesi mümkündür.⁴⁶⁸

Zengin, varlıklı bir kimsenin müzayaka haline düşmesi mümkün olduğu gibi müzayakanın devamlı olması da aranmaz. Akdin yapıldığı an mevcut olması yeterlidir. Esas kriter müzayakanın devamı değil, şiddetidir.⁴⁶⁹

Gerçekten sıkıntılı bir durumu bulunmayan kimsenin sıkıntılı bir durumunun olduğunu düşünerek akid yapması durumunda da gabin hükümleri uygulanır. Örneğin, ölüm tehlikesi olmadığı halde ölümcül hastalığa yakalandığı zannıyla ameliyat için fazla para ödenmesi halinde müzayaka durumu gerçekleşir.⁴⁷⁰

Müzayakaya gabinden zarar görenin kendi kusuruyla düşmüş olması da hükmü değiştirmez. Mesela, bir mirasyedi elinde mevcut malları istediği gibi israf edip son kalan kıymetli bir malını hiç pahasına satsa, bu malın hiç pahasına satılması kendi kusurundan ileri gelmiştir diyerek gabnin varlığını reddetmek doğru olmaz. Zira burada önemli olan kişinin müzayakaya hangi sebepten ötürü düştüğü değil önemli olan müzayaka halinde bulunmasıdır.⁴⁷¹

Yukarıdaki açıklamalarda da görüldüğü üzere, İslâm hukukunda kişinin ihtiyacı, darda kalması ve müzayakasının istismar edilmesi yasaklanmaktadır. Bunun

⁴⁶⁶ Y. 1. HD. 3.5.1979 gün, E.3824-K.5938; Özkaya, *Gabin—Hile—İkrah Davaları*, 117–119; Olguç, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, I, 277.

⁴⁶⁷ Von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 312; Elbir, *Gabin*, 166; Özkaya, *Gabin*, 28; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 93.

⁴⁶⁸ Elbir, *Gabin*, 168; Uygur, *Borçlar Hukuku*, I, 183; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 489; Özkaya, *Gabin*, 29.

⁴⁶⁹ Elbir, *Gabin*, 168–169; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 487–488; Özkaya, *Gabin*, 29; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 91.

⁴⁷⁰ Elbir, *Gabin*, 169; Özkaya, *Gabin*, 29; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 93; Kalkan, *Gabin*, 122.

⁴⁷¹ Elbir, *Gabin*, 169; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 487; Özkaya, *Gabin*, 28, 29; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 92.

için çeşitli önlemler alınmakta ve öncelikli olarak bunun önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Fakat böyle bir istismar durumunda da müeyyideler getirilmektedir. Özellikle de Şâfiî kaynaklarında ihtiyaç durumunun istismar edilmesinden hareketle “şehirlinin köylü adına mal satması” yasaklanmaktadır.⁴⁷² Dolayısıyla bu meselede aldatılanın zayıf durumu olan ihtiyacının istismar edilmesi, aldatanın da gerçek fiyatla satın almaya engel koyması sebebiyle aldatan açısından subjektif unsurun ve neticece fâhiş oransızlığın tahakkuk etmesi sebebiyle gabin durumunun meydana geldiği görülmektedir. Kanaatimize göre benzer durumlarda aynı hükmün uygulanmasında bir engel bulunmamaktadır. Hanefî mezhebinde de ihtiyacın sömürülmesinin altında hilenin potansiyel olarak mevcut olduğunun kabul edilmesi sebebiyle ve neticesinde fâhiş oransızlığın tahakkuk etmesi durumunda gabin hükümlerinin meydana geleceği ifade edilmektedir.

e. Savurganlık (sefeh)

Savurganlık, sözlükte “hafiflik, hiffet; bilgisizlik”⁴⁷³ anlamlarına da gelen sefehin Türkçemizdeki karşılığıdır. Fıkıh usulcülerinin terminolojisinde, gerçekte akli melekeleri yerinde olmakla beraber, kişiyi aklın ve şer‘î esasların gereğine aykırı tarzda davranmaya yönlendiren tedbirsizlik halidir. Böyle hareket edene de sefih denir.⁴⁷⁴ Sefih, malını olur olmaz yere harcaması, saçıp savurması, müsrif davranması ve ne sebeple olursa olsun kâr etme yolunu bilememesi, maslahatını gözetmemesi özellikleriyle temayüz etmektedir.⁴⁷⁵

Sefeh; mükteseb, bir başka ifadeyle iradi bir arıza olup ehliyeti ortadan kaldırmaz. Çünkü sefih aslında akli melekelerinde noksanlık bulunan bir kişi değil, tasarruflarında, akl-ı selime göre tedbirli davranmayan kişidir. Bundan dolayı ibadetlerle mükelleftir. Cezaî sorumluluğu tamdır. Bunun tabii bir uzantısı olarak

⁴⁷² İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 151; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, III, 388–389; Zeyla‘î, *Tebyînü'l-hakâik*, IV, 68; *el-Fetâva'l-Hindiyye*, III, 214; Şafak, “*Kâr Haddi*”, 95.

⁴⁷³ Zebîdî, *Tâcü'l-‘arûs*, “s-f-h” maddesi, IX, 390; Zeydân, *el-Vecîz*, 118.

⁴⁷⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 157; Şa‘bân, *Fıkıh Usulü*, 300; Atar, *Fıkıh Usulü*, 156; Zeydân, *el-Vecîz*, 118.

⁴⁷⁵ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 275; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, 115; Çeker, *Akidler*, 32; Olgaç, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, I, 275; İnan, *Borçlar Hukuku*, 156.

bütün tasarruflarının da geçerli sayılması ve mahcûr olmaması gerekirdi.⁴⁷⁶ Fakat Ebû Yusuf, İmam Muhammed ile Şâfiî, Mâlikî ve Hanbeli fakihlerinin çoğunluğu, malının korunması ve kendisinin bir süre sonra başkalarına el avuç açar duruma gelmemesi için sefihe hacir konmasının vacib olduğunu ifade etmişlerdir. Bundan dolayı hacredildikten sonraki alım, satım, kira gibi feshi kabul eden tasarrufları mevkûf olup velilerinin icazetine bağlı olarak hüküm ifade ederler. Sefihin hacredilmeden önceki tasarrufları ise reşid şahısların tasarrufları gibidir.⁴⁷⁷

Ebû Hanîfe bulûğdan sonra sefih olanların hiçbir şekilde hacredilemeyeceklerini, sefih olarak bulûğa erenlerin ise ancak 25 yaşına kadar mallarının kendilerine teslim edilmeyeceği görüşündedir.⁴⁷⁸ Zâhiriye mezhebi fakihlerine göre de reşidlik akıl ve buluğ ile gerçekleştiği için sefihe hacir konmaz.⁴⁷⁹

Yukarıdaki açıklamalardan da görüleceği gibi çoğunluğu teşkil eden fıkıh âlimlerinin çoğuna göre sefehin gabin için sübjektif unsur olma durumu söz konusu değildir. Çünkü zaten sefih hacir altına alınmakta ve akidler mevkuf olmaktadır. Fakat hacredilmeden önceki tasarrufları gabne konu olabilecektir. Ebû Hanîfe ve Zâhiriye mezhebine göre sefehin yapmış olduğu akidler geçerli olduğu için sefehliğin gabin için nazarı dikkate alınması mümkündür. Bu noktada sefehin hacir altına alınacağı kanaatinde olan çoğunluğu teşkil eden fakihlerle beraber Ebû Hanîfe'nin de delil olarak kullanmış olduğu "Habban hadisi" bu açıdan önem arz etmektedir.⁴⁸⁰ Fakat Ebû Hanîfe'nin bu hadisi sefehin hacir altına alınamayacağı konusunda delil olarak kullanmasından hareketle Habbân'ı savurgan kabul ettiği anlaşılmaktadır. Zaten İbn Mâce'nin rivayetinde, Habbân'ın devamlı gabne maruz kaldığı ifadesinin yer alması, dolayısıyla pazarda uygun malı uygun fiyat ve şartlarla

⁴⁷⁶ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 275; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, 115; Zeydân, *el-Vecîz*, 118–119; Atar, *Fıkıh Usûlü*, 156–157.

⁴⁷⁷ Cessâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I, 594; Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 157; Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 275; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, 115; Zeydân, *el-Vecîz*, 122, 125–126; Şa' bân, *Fıkıh Usûlü*, 300.

⁴⁷⁸ Cessâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I, 593; Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 157; Atar, *Fıkıh Usûlü*, 156.

⁴⁷⁹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 278; Zeydân, *el-Vecîz*, 119.

⁴⁸⁰ Cessâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I, 596.

satın alamaması, bu yüzden de zarar etmesi⁴⁸¹ de Ebû Hanîfe'nin görüşünü destekler mahiyettedir.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi Habban'ın savurgan kabul edilmesi durumunda, Hz. Peygamber'in öncelikli olarak savurgana alış veriş yapmamasını tavsiye etmekte, bir başka ifadeyle Habban'ın hacir altına alınmasını talep eden yakınlarının isteğine olumlu yaklaşmakta, fakat çeşitli sebeplerden dolayı bu kişinin hacir altına alınmaması durumu söz konusu olursa veya hacir altına alınmadıysa gabin hükümlerinin uygulanmasının caiz olacağı durumu ortaya çıkmaktadır. İmam Muhammed'in, sefih'in hacir altına alınacağı görüşünde olmasına rağmen, ergin olan sefih'in hacir altına alınmadan yaptığı tasarrufları oransızlık ve zarar olmaksızın mahkeme tarafından geçerli kabul edileceğini beyan etmesi de bu duruma delil teşkil etmektedir.⁴⁸²

Ebû Hanîfe ve Zâhiriyye mezhebinin görüşü de bu istikamette olup fâhiş oransızlıkla yapmış olduğu akidler sebebiyle sefih muhayyerlik hakkına sahiptir. Dolayısıyla sefih'in aldatılan açısından sübjektif unsur olarak kabul edildiği görülmektedir. Böylece sefih'in mağdur olma durumu muhayyerlik hakkı ile ortadan kaldırılmış olmaktadır. Bu durum, sefihe hacir konulması için çoğunluğu teşkil eden fıkıh âlimleri tarafından ileri sürülen, sefih'in malının korunması ve kendisinin bir süre sonra başkalarına el avuç açar duruma gelmesini önleme gerekçesini çürütmüş olmaktadır. Çünkü sefih Ebû Hanîfe'nin görüşüne göre aldatıldığı zaman muhayyerlik hakkına sahip olmuş olacak ve bu hakla mağduriyetini ortadan kaldırma imkânına sahip olacaktır.

Ebû Yusuf sefih'in hâkim kararıyla hacredilmesi gerektiğini delillendirirken, sefehliğin ancak sefih'in oransızlık içeren akidler yapması suretiyle anlaşılabileceğini söylemesi,⁴⁸³ sefih'in akidlerinin mevkuflarının temelinde sefehlikle beraber bedeller arasında oransızlığın da olduğunu kabul ettiğini göstermektedir. Dolayısıyla sefih'in hüküm doğurmasını oransızlığa bağlamaktadır. Sonuçta gabin durumu

⁴⁸¹ İbn Mâce, "Ahkâm", 24.

⁴⁸² Cessâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I, 596.

⁴⁸³ Cessâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I, 594; Zeydân, *el-Vecîz*, 125.

oluşmakta ve ona mevkuf hükmünü bağlamaktadır. Böylece Ebû Hanîfe ile çok yakın bir noktada birleşmiş olmaktadır.

Irak Medenî Kanununun 95., Mısır Mala Velayet Kanununun 65. maddesinde sefihe mahkeme kararıyla hacir konacağı ifade edilmekle birlikte⁴⁸⁴ sefihle neredeyse aynı anlamı muhtevi hiffeti (طَيْش) gabnin sübjektif unsurlarından kabul etmişlerdir.⁴⁸⁵ Mısır Medenî Kanununun 115. maddesine göre de, hacirden önceki sefihin tasarruflarının ancak gabin durumunda iptal edilebilir olduğu kabul edilmektedir.⁴⁸⁶

Türk Borçlar hukukunda gabnin sübjektif unsurlarından hiffet, sefihle oldukça yakın bir kavramdır. Zaten sefihin kelime anlamlarından birisinin de hiffet olduğu ifade edilmiştir.

Türk hukukunda hiffet, uçarılık olarak kabul edilmekte olup olaylara gereken önem ve değeri vermemektir. İradeyi ortadan kaldırmadığı konusunda ittifak edilmiştir. Hiffet halinde bulunan kimse yaptığı işlemin muhtemel sonuçlarını düşünmez, çabucak karar verme eğilimindedir. Yapacağı işin yararını ve zararını önemsemeyen, düşünmeyen bir ruh haleti içerisinde. Dolayısıyla aldatılmaya, yararlanılmaya ve sömürülmeye müsait durumdadır. Büyük bir mirasa sahip olan gencin ihtiyaçlarını gidermeye koyulması neticesinde insanların satım akdinde kendisini fâhiş oransızlıkla ifade edilebilecek şekilde adatmaları buna örnek teşkil etmektedir.⁴⁸⁷

Böyle bir kimse temyiz kudretinden yoksun olmadığı gibi “hiffetin” mutlaka bir karakter ve seciye zaafı olması da şart değildir. Sırf o olayda büyük bir umursamazlık ve düşüncesizlikle hareket edilmiş olması yeterlidir.⁴⁸⁸ Meselâ Federal Mahkemenin hiffeti kabul ettiği bir olayda, kendisinden genç bir kadının ağına düşen

⁴⁸⁴ Zeydân, *el-Vecîz*, 126–127.

⁴⁸⁵ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 756; Sa' de, *Nazariyyetü'l- 'akd*, 304.

⁴⁸⁶ Zeydân, *el-Vecîz*, 127.

⁴⁸⁷ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 755; Sa' de, *Nazariyyetü'l- 'akd*, 304; Elbir, *Gabin*, 170; Uygur, *Borçlar Hukuku*, I, 183–184; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 488; Özkaya, *Gabin*, 30; Olgaç, *Gabin-Hile-İkrah*, 276; İnan, *Borçlar Hukuku*, 156.

⁴⁸⁸ Elbir, *Gabin*, 170, 171; Uygur, *Borçlar Hukuku*, I, 183–184; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 486; Özkaya, *Gabin*, 30; Olgaç, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, I, 276; İnan, *Borçlar Hukuku*, 156; Kalkan, *Gabin*, 126; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 84.

ve onunla evlenme ümidi ile tutkusunun esiri olup taşınmazın değeri hakkında noterin yaptığı ikazı dahi elinin tersi ile iterek gabinli bir akid yapan yaşlı erkeği uçarı kabul etmiştir.⁴⁸⁹ Mısır ve Irak hukukunda bu örnek gabnin sübjektif unsurlarından *aşırı heves* (هوى جامح) kavramıyla ifade edilmiştir.⁴⁹⁰

Hiffetin akid anında mevcudiyeti aranır. Tabiat olarak uçarı olan kişinin bütün akidleri hiffet halinde yaptığı söylenemez. İptali istenen akidde bu şekilde hareket edip etmediği araştırılır.⁴⁹¹

Hiffetle tecrübesizlik birbirine benzemekle beraber, hiffetle hareket eden hakikati görmek istememekte, tecrübesiz ise görememekte olması bakımından birbirlerinden ayrılmaktadırlar.⁴⁹²

Görüldüğü gibi İslâm hukukundaki sefeh ile Türk hukundaki hiffet hakkında yapılan tanımlamalar oldukça yakındır. Fakat İslâm hukukundaki sefeh kişinin karakter ve seciyesi olması açısından Türk hukukundaki hiffetten ayrılmaktadır. Çünkü Türk hukukunda hiçbir zaman uçarı olmayan bir şahsın da müşahhas bir hadisede herhangi bir sebeple hiffet durumunu gerektiren bir akid yapması kabul edilmektedir. Ayrıca hiffetin akıl zayıflığına müptelâ olup da temyiz kudretini tamamen kaybetmemiş kimselerde de görülmesi⁴⁹³ bakımından İslâm hukukunda kullanılan ateh kavramına yakınlık arz etmektedir. Yukarıda da arzedildiği gibi hiffet gabnin sübjektif unsurlarından kabul edilmekte, bazı hallerde hacri gerektirecek dereceye ulaşması durumunda hacir sebebi olmakta,⁴⁹⁴ sefeh ise fakihlerin çoğunluğuna göre hacir sebebi kabul edilmemektedir.

2. Aldatılan Açısından Zayıflık Arzeden Hallerin Değerlendirilmesi

Aldatılan açısından zayıflık arzeden haller, çağdaş hukuktaki ifadesiyle aldatılan açısından sübjektif unsurlar İslâm hukuku kaynaklarında bu başlık altında

⁴⁸⁹ Elbir, *Gabin*, 170; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 486; Özkaya, *Gabin*, 30; İnan, *Borçlar Hukuku*, 156.

⁴⁹⁰ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 756.

⁴⁹¹ Özkaya, *Gabin*, 30; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 85.

⁴⁹² Elbir, *Gabin*, 170; Özkaya, *Gabin*, 30; Olgaç, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, I, 275.

⁴⁹³ Elbir, *Gabin*, 170.

⁴⁹⁴ Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 351; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 85.

zikredilmemekte, bu şekilde bir teori de sistematik olarak beyan edilmemektedir. Fakat yaptığımız araştırmalarda gabin için böyle bir temelin bulunduğu anlaşılmaktadır.

Aldatılan açısından zayıflık arzeden hallerden üreticinin yolda karşılanması (telâkki'r-rükbân) unsurunda aldatma (tağrîr) da bulunmaktadır. Bundan dolayı Hanbelî fakihleri bunu bir tağrîr çeşidi gibi kabul etmekte ve fâhiş oransızlıkla birlikte kendisine gabin hükümlerini tatbik etmektedirler.⁴⁹⁵ Fakat “aldatılanın yolda karşılanması” unsurunda, aldatılanın zayıf durumunun daha baskın olduğu anlaşılmaktadır. Bundan dolayı bu unsur ilgili başlık altında zikredilmiştir. Çünkü aldatılan açısından zayıflık arzeden hallerden “üreticinin yolda karşılanması”, “şehirlinin köylü adına mal satması” farklı kavramları ve durumları ifade etseler de temellerinde “tecrübesizlik” unsurunu barındırmaktadır. Dolayısıyla bu üç hali Türk hukukundaki ifadesiyle “tecrübesizlik” kavramı ile de kategorize etmek mümkündür. İhtiyaç hali de Türk hukukundaki “müzayaka”, savurganlık da “hiffet” kavramını çağrıştırmaktadır. Dolayısıyla aldatılan açısından sübjektif unsurları tecrübesizlik, müzayaka ve hiffet üst başlıkları ile ifade etmek mümkündür. Sonuçta İslâm borçlar hukukundaki gabin teorisinin aldatılan açısından sübjektif unsurları, Türk borçlar hukukundaki sübjektif unsurlarla benzeşmektedir.

Burada üzerinde durulması gereken hususlardan birisi de aldatılan açısından sübjektif unsurların sınırlayıcı (tahdîdî) olup olmadıklarıdır. Türk hukukunda hâkim olan ve eski İsviçre öğretisinde kabul edilen görüşe göre, BK. m. 28'de öngörülen üç hal sınırlayıcı (tahdidî) olarak gösterilmektedir. Bunların dışında kalan herhangi bir zayıflık durumuna dayanarak gabinden yararlanma imkânı yoktur. Fakat günümüz İsviçre öğretisinde bu üç hal sınırlayıcı olarak kabul edilmemektedir.⁴⁹⁶

IV. GABNİN ÇEŞİTLERİ

İslâm hukukuna mahsus olmak üzere gabin, fâhiş ve yesîr olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Gabnin, yesîr ve fâhiş şeklinde bir ayırımı tabi tutulmasının, gabnin akde tesirini belirlemede büyük önemi vardır. Fakat İslâm hukukçuları, fâhiş

⁴⁹⁵ Haccâvî, *el-İknâ* ʿ, II, 91; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ* ʿ, III, 211.

⁴⁹⁶ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 489.

ve yesîr gabin için kesin ve belirleyici sınırlar koyma konusunda ihtilaf etmişlerdir.⁴⁹⁷ İslâm hukukçularının bu ihtilafları ayrı ayrı ele alınmıştır.

A. Gabn-i Fâhiş

Gabn-i fâhiş sözlükte “aşırı, açık ve belirgin gabin”⁴⁹⁸ anlamına gelmektedir. Konuyla ilgili fıkıh âlimlerinin farklı telakkileri söz konusudur. Fıkıh doktrinlerindeki telakkiler başlıklar halinde ele alınmıştır:

1. Hanefilerde Gabn-i Fâhiş

Türk hukukunda “fâhiş oransızlık” kavramıyla ifade edilen gabn-i fâhiş ile ilgili, Hanefî fakihleri “bilirkişilerin tespit ettikleri değerlerin sınırları dışında kalan bedel”⁴⁹⁹ ve “normal şartlar altında, insanların kendisi ile aldanmayacağı bedel”⁵⁰⁰ olmak üzere iki farklı tanım yapmışlardır. Pratikte bu iki tanım arasında bir fark yoktur. Çünkü normal şartlar altında insanların kendisi ile aldanmayacağı bedel, bilirkişilerin tespit ettiği değerlerin sınırları dışında kalan bedeldir.⁵⁰¹

Hanefî fakihlerinden bir kısmına göre gabn-i fâhişin yukarıdaki her iki tanımını da tartışmaları bertaraf edecek açık tanımlar değildir. Bundan dolayı başta İmam Muhammed (ö. 189/805) ve Nusayr b. Yahyâ (ö. 268/881) olmak üzere bazı Hanefîler, gabn-i fâhişi belirlemede sabit bir oranın ölçü alınmasından yanadırlar. Ancak bu grubu teşkil eden fakihler arasında hangi tür mallar için hangi oranın ölçü alınacağına görüş birliği yoktur. Mesela İmam Muhammed, bir malın normal piyasa değerinin 1/20’sini aşan fiyatı gabn-i fâhiş, 1/20 ve bunun altında kalan fazlalığı da gabn-i yesîr olarak nitelendirmiştir.⁵⁰² İmam Muhammed bir başka yerde, abdest almak için ancak ücretle su bulabilen kimsenin söz konusu olan suda gabn-i yesîrin

⁴⁹⁷ Hafîf, “Gabin”, 4.

⁴⁹⁸ İbn Manzûr, *Lisânü'l-‘Arab*, “f-h-ş” maddesi, VI, 325.

⁴⁹⁹ Kâsânî, *Bedâi‘u’s-sanâi‘*, VI, 30; Buhârî, *el-Muhît*, I, 158; Tehânevî, *Keşşâfu istilâhâti’l-fünûn*, “ğ-b-n” maddesi, III, 400; İbn Âbidîn, *Hâşiye*, I, 270; Kadri Paşa, *Mürşidü’l-hayrân*, 135 (md. 545); Musa, *el-Emvâl ve nazariyyetü’l-‘akd*, 405; Hüseyin, *el-Milkiyye ve nazariyyetü’l-‘akd*, 300; Hafîf, “Gabin”, 4-5.

⁵⁰⁰ Şeybânî, *el-Câmi‘u’s-sağîr*, 530; Cürcânî, *Kitâbü’t-ta‘rifât*, 207; İbn Âbidîn, *Hâşiye*, III, 72; Münâvî, *et-Tevkîf*, 534; Hafîf, “Gabin”, 5.

⁵⁰¹ Hafîf, “Gabin”, 5.

⁵⁰² Kâsânî, *Bedâi‘u’s-sanâi‘*, VI, 30; Hüseyin, *el-Milkiyye ve nazariyyetü’l-‘akd*, 405; Hafîf, “Gabin”, 5.

üst sınırını, rayiç bedelin 1/2'si (% 50'si) ve daha azı, gabn-i fâhişin alt sınırını da rayiç bedelin iki katı (% 100'ü) olarak tayin etmiştir.⁵⁰³ Fakat gabn-i yesîrle gabni fâhiş arasında kalan oranın, bir başka ifadeyle rayiç bedelin %51'i ile % 99'u arasında kalan oranın gabn-i yesîre mi gabni fâhişe mi dâhil edileceği hususunda bir kapalılık bulunmaktadır. Kanaatimize göre İmam Muhammed'in gabn-i fâhiş ve gabn-i yesîri tayin etme konusundaki ihtilafı, hedeflenen işin durumundan kaynaklanmaktadır. Abdest, ibadet mahiyetini haiz olması ve ibadetlerde ihtiyatın esas olması sebebiyle gabn-i fâhişin oranı yüksek tutulmuş ve arada bir ihtiyat payı bırakılmıştır.

Nusayr b. Yahya ise daha da ayrıntıya inerek bu oranın akde konu olan malın cinsine göre değişeceğini belirtmiş, bu sebeple menkul eşyada gabn-i yesîr sınırının 1/20, hayvanda 1/10, gayrimenkulde 1/5 olduğunu söylemiştir. İbn Yahya, oran farklılığının gerekçesi olarak bu mal gruplarıyla ilgili hukukî işlemlerin farklı yoğunlukta akdedilmesini göstermiştir.⁵⁰⁴ Mesela piyasa değeri 100 bin lira olan bir ev, değerinden % 20'nin üzerinde bir fazlalıkla, yani 120 bin liranın üstüne bir fiyatla satılsa veya değerinden % 20 veya daha noksanına, yani 80 bin lira veya daha noksanına satın alınsa gabn-i fâhiş meydana gelir.

Hanefî mezhebinde ağırlıklı görüş bu olmamakla birlikte belki de uygulama kolaylığı göz önünde bulundurularak Mecelle'de de bu ölçü benimsenmiş, ancak klasik görüşe aynen uyulmayıp gabn-i yesîrin üst sınırı olan oranlar gabn-i fâhişe dâhil edilmiştir.⁵⁰⁵

Hanefî mezhebine müntesip başka bir grup ise yukarıdaki değerlendirmelerin ancak ticaret mallarının hakiki kıymetlerinin tayin edilmediği ve insanlar tarafından bilinmediği durumlarda söz konusu olabileceğini savunmaktadırlar. Bundan dolayı, bilirkişilerin görüşüne başvurulma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Fakat ticari malların hakiki kıymetlerinin tayin edilmesi ve insanlar tarafından da bilinmesi durumunda,

⁵⁰³ Serahsî, *el-Mebsût*, I, 115; Buhârî, *el-Muhît*, I, 158.

⁵⁰⁴ Kâsânî, *Bedâi 'u's-sanâi '*, VI, 30; İbn Nüceym, *el-Bahrur'r-râik*, VII, 169; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, II, 31; Tehânevî, *Keşşâfu ıstulâhâtı'l-fünûn*, "ğ-b-n" maddesi, III, 401; Dürrişâde, *Fetâvâ*, 245; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 736-737; Hüseyin, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-'akd*, 405; Hafif, "*Gabn*", 5; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 145; Bardakoğlu, "*Gabn*", DİA, XIII, 270.

⁵⁰⁵ Mecelle, md. 165.

muayyen fiyatların üzerindeki yesîr bir fazlalığın ya da azlığın bile gabn-i fâhişe sebep olacağı kanaatindedirler.⁵⁰⁶

Hanefî doktrininde gabn-i fâhiş ve gabn-i yesîr ayırımında yukarıdaki iki usulün bulunduğundan söz ediliyorsa da yukarıdaki ikinci usul ve verilen oranlar, Hanefîlerin birinci usulün uygulanmasını kolaylaştırmak amacıyla getirdiği pratik öneride olduğu gibi yine örf ve âdet ölçü alınarak yapılmış bir oran belirlemesi ve pratik çözüm önerisi olarak görülebilir. Nitekim İbn Yahya'nın da insanların adeten maruz kalageldikleri fiyat farklılığına gabn-i yesîr, bunun ötesine de gabn-i fâhiş dedikten sonra bu oranları zikrettiği rivayetleri göz önüne alınırsa⁵⁰⁷ yukarıdaki oranların belirli mallar için örf ve adete göre o gün için yapılmış bir belirleme olduğu, sürekli ve değişmez bir oran tesbiti şeklinde algılanmaması gerektiği de söylenebilir.⁵⁰⁸

2. Şâfiîlerde Gabn-i Fâhiş

Şâfiî mezhebinde gabn-i fâhiş; “genellikle muhtemel olmayan oransızlık” şeklinde tanımlanmaktadır. Bununla birlikte Şâfiî fakihleri “muhtemel olmayan oransızlığın” tayinine çalışmışlardır. Genel kanaate göre “muhtemel olmayan oransızlık”, farklı cins mallara göre değişiklik arz etmekte olup bu ölçü örfeye göre tayin edilmektedir.⁵⁰⁹

Şâfiîlerin fâhiş gabin için belli bir miktar üzerinde durmadıkları anlaşılmaktadır. Onlara göre halkın kendi aralarındaki muamelelerde alıştıkları fiyatların (semenler) üstünde veya altındaki bir fiyat gabn-i fâhiş kabul edilmektedir.⁵¹⁰

3. Mâlikîlerde Gabn-i Fâhiş

Mâlikî doktrininde gabin, fâhiş ve yesîr olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Fakat bu ayırım Hanefî mezhebinde olduğu gibi belirgin değildir. Çünkü mezhebin

⁵⁰⁶ Hüseyin, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l- 'akd*, 300; Haffif, “*Gabin*”, 5.

⁵⁰⁷ İbn Nüceym, *el-Bahrur'r-râik*, VII, 169.

⁵⁰⁸ Bardakoğlu, “*Gabn*”, XIII, 270.

⁵⁰⁹ Zekerriyya el-Ensârî, *Fethü'l-vahhâb*, I, 351; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, V, 24–25.

⁵¹⁰ Nevevî, *Minhâc*, 256, 273; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, IV, 224; Haffif, “*Gabin*”, 6.

kaynaklarında gabn-i fâhiş kelimesi yerine, çoğunlukla “insanların kendisi ile aldanmayacağı oransızlık”, “çok gabin (gabn-i kesîr)” veya “gabin” ifadeleri kullanılmaktadır. Fâhiş gabin anlamında kullanılan bu ifadelerle, “ivazlı akidlerde gabne maruz kalan kimseye, diğer şartların gerçekleşmesiyle beraber akdi kabul etme veya reddetme muhayyerliği kazandıran ve normal şartlar altında, insanların kendisi ile aldanmayacağı oransızlık” kastedilmekte ve Mâlikî fakihlerinin çoğuna göre piyasa tarafından tayin edilmektedir.⁵¹¹

Mâlikî mezhebinin mütekaddimûn fakihlerine⁵¹² göre tek başına gabn-i fâhiş akde bir zarar vermemektedir. Bağdad ekolünün müteahhirûn fakihlerine göre ise gabn-i fâhişin muayyen bir oranı bulunmaktadır. Buna göre gabne maruz kalan kimseye gabin muhayyerliğini kazandıracak tasarruf, satıcı veya müşterinin malın hakiki kıymetinin üçte bir (1/3) veya daha fazlası oranında aldanmasıdır.⁵¹³

Daha sonraları Mâlikî mezhebinde, gabn-i fâhiş için şu tarif yaygınlaşmıştır: “Bir malın, gözle görülür bir şekilde, kıymetinden fazla veya eksik bir fiyatla satılmasıdır.” Bu durum da söz konusu malın cârî adet dışında bir kıymet ile satışı şeklinde gerçekleşir. Mâlikî mezhebinde bu tanım tercihe şayan görülmüştür.⁵¹⁴

4. Hanbelîlerde Gabn-i Fâhiş

Ahmed b. Hanbel’den rivayet edilen hadislerde ve fetvâlarda fâhiş gabin için bir tanıma ve nispete rastlanmamaktadır.⁵¹⁵ Hanbelîlerin çoğunluğuna göre “bir

⁵¹¹ İbn Rüşd, *el-Beyân ve't-tahsîl*, XV, 396; Karâfî, *ez-Zahîre*, V, 294; Mevâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, V, 175, 271; Dêrdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, III, 371; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 139; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 736; Hafîf, “Gabin”, 6; Çetin, “Gabn-i Fâhiş”, XVIII (4), 216.

⁵¹² Mâlikî mezhebinde mütekaddimûn devri, Mâlik b. Enes'ten (ö. 179/795) İbn Ebû Zeyd el-Kayrevânî'nin (ö. 386/996) faaliyet gösterdiği zamana kadar süren fakihleri ifade etmek için kullanılmaktadır. (Geniş bilgi için bk. Kaya, “Mütekaddimîn ve Müteahhirîn”, DİA, XXXII, 188-189).

⁵¹³ İbn Rüşd, *el-Beyân ve't-tahsîl*, VII, 257; İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, I, 262, IV, 236; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 18; Karâfî, *ez-Zahîre*, V, 112-113; Mevâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468; Dêrdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, III, 140; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 139; Cezîrî, *Kitâbu'l-Fıkh*, II, 284; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 736; Hafîf, “Gabin”, 6; Karaman, *Mukaayeseli İslâm Hukuku*, II, 136; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 147.

⁵¹⁴ Karâfî, *ez-Zahîre*, V, 112-113; Halîl, *Muhtasar*, 186; Cezîrî, *Kitâbu'l-Fıkh*, II, 284; Hafîf, “Gabin”, 6; Karaman, *Mukaayeseli İslâm Hukuku*, II, 136; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 148.

⁵¹⁵ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 18, IV, 152; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV, 79; Merdâvî, *el-İnsâf*, IV, 394; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 164-165; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 736; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 148; Hafîf, “Gabin”, 6-7.

malın adet olanın üstünde veya altında bir fiyatla satılmış olması” fâhiş gabindir.⁵¹⁶ Meselâ 100 lira kıymetinde olan bir mal 120 liraya satılsa veya 80 liraya alınsa, aldatılan taraf için muhayyerlik hakkı doğar. Dilerse satım akdini fesheder, dilerse sattığı malı geri alır. Bu muhayyerlik, aldatılan tarafın muhayyerlik hakkından vazgeçmesine kadar devam eder. Hile durumundaki muhayyerlik, üç gün olması bakımından kendisinden ayrılır.⁵¹⁷

Fakat bir kısım Hanbelîler üçte bir (1/3) oranındaki aldanmayı fâhiş gabin olarak tayin etmekte, bir kısmı da dörtte bir (1/4) ve altıda bir (1/6) nispetlerini fâhiş gabin ölçüsü olarak benimsemektedirler.⁵¹⁸ Fakat Merdâvî (ö. 885/1480), bu son iki nispetin mezheb içerisinde zayıf görüşler olduğunu ifade etmiştir.⁵¹⁹

5. Zâhirilerde Gabn-i Fâhiş

Zâhirî mezhebi âlimleri, gabn-i fâhiş ve gabn-i yesîr şeklinde bir ayırıma gitmemişlerdir. Onlara göre gabin, akid sırasında varlığından haberdar olunmadığı sürece ister fâhiş olsun ister yesîr olsun aldanan kişiye muhayyerlik hakkı vermektedir. İbn Hazm’a (ö. 456/1064) göre bir nesneyi denginden daha fazlaya satmak veya daha aza karşılık satın almak helal değildir. Satıcı veya müşteri akid sırasında, bilgileri dışında gerçekleşen oransızlık için akdin selametini şart koşarak akid yapsalar veya taraflardan birisi akdin selametini şart koşsa da akid gabinli gerçekleşse ve taraflar da gabnin miktarını bilmeseler ya da mağdur olmayan, oransızlığın miktarından haberdar olup mağdur habersiz olsa akid bâtil olur. Malı kabzedenden taraf gasp hükümleri doğrultusunda tazminde bulunur. Böyle bir akde icazet vermek caiz olmayıp tekrar akid yapılması gerekir. Fakat taraflar akdin selâmetini şart koşmayıp bilgisi dışında taraflardan birisinin aleyhinde gabin

⁵¹⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 18, IV, 152; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV, 79; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kinâ*, III, 211; Cezirî, *Kitâbu'l-Fıkh*, II, 265; Karadâgî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 736. Döndüren, *Kâr Hadleri*, 148; Hafif, “Gabin”, 6–7.

⁵¹⁷ Çetin, “Gabin-i Fâhiş”, XVIII (4), 216.

⁵¹⁸ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 18; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV, 79.

⁵¹⁹ Merdâvî, *el-İnsâf*, IV, 394; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 164–165; Karadâgî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 736; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 148; Hafif, “Gabin”, 6–7.

gerçekleşse aldanan tarafın akdi geçerli kılma veya akdi kabul etmeme hakkı vardır.⁵²⁰

6. Mezheb Görüşlerinin Mukayesesi

Bu değerlendirmeler neticesinde gabn-i fâhiş için “Kaçınılması mümkün, hatta gerekli olan ve olağan dışı sayılan, bu yüzden de maruz kalan tarafın rızası dışında gerçekleştiği var sayılan aldatma” şeklinde bir tanım yapmamız mümkündür.⁵²¹

Fâhiş gabin ile ilgili verilen oranlar uygulamadan ve fıkıh âlimlerinin içtihatlarından kaynaklanmaktadır.⁵²² Bunun yanında gabn-i fâhiş hakkında yapmış oldukları değerlendirmeler arasında çok büyük bir ihtilafın bulunmadığını belirtmek gerekir. Buna göre, bir akidde vuku bulan gabnin fâhiş olup olmadığını belirlemede o akde ve bölgeye ait örf ve âdetin ölçü alınması gerektiği ifade edilebilir. Nitekim fıkıh mezheplerinin literatüründe de bu konuda örf ve âdetin veya tüccarlar arasındaki âdetin ölçü alınacağı yönünde birbirine yakın ifadeler vardır.⁵²³ Hanefî mezhebinde de kuvvetli görüş budur.⁵²⁴ Bununla birlikte Hanefî fakihlerinin önemli bir kısmı ve diğer mezheb fakihlerinin az bir kısmı bu örf ve adet ölçüsüne biraz daha açıklık getirerek bilirkişilerin tespit ettiği değişik değerlerin sınırları dışında kalan bedeli gabn-i fâhiş saymış, böylece daha kolay uygulanabilir bir usul benimsemişlerdir.⁵²⁵

İşte piyasa fiyatının en üst ve en alt sınırı arasındaki alana “piyasa fiyatının esneklik alanı” denir. Fakat narha tabi olan mallarla bazı kuruluşların ürettiği standart mallar tek fiyat üzerinden piyasaya arz edilir. Bunlarda piyasa fiyatının

⁵²⁰ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 439-444; Karadâgî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 740-741.

⁵²¹ Bardakoğlu, “*Gabn*”, XIII, 269.

⁵²² Şafak, “*Kâr Haddi*”, 102.

⁵²³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 18; Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, IV, 272; Merdâvî, *el-İnsâf*, IV, 394; Hafif, “*Gabin*”, 7; Bardakoğlu, “*Gabn*”, XIII, 270.

⁵²⁴ Kâsânî, *Bedâi' u's-sanâi'*, IV, 176; Bardakoğlu, “*Gabn*”, XIII, 270.

⁵²⁵ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 159; Cezîrî, *Kitâbu'l-Fıkh*, II, 285; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 144; Musa, *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-'akd*, 405; Hüseyin, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-'akd*, 300; Hafif, “*Gabin*”, 4-5.

esneklik alanı söz konusu olmaz. Esneklik alanının daralması ve ortalama bir fiyata doğru istikrar bulması amaçlanmalıdır.⁵²⁶

Gabn-i fâhiş konusunda muayyen bir nispet belirlemeyip esnek davranan ve nispetlerin tespitini beldelerin örflerine bırakan görüş daha isabetli gözükmektedir. Çünkü bu konuda nasslarda muayyen bir nispet tayin edilmemiştir.⁵²⁷

Gabn-i fâhiş nispetlerinin tespitini beldelerin örfüne bırakmanın daha faydalı sonuçlar ortaya çıkaracağı da bilinmektedir. Çünkü ekonomik bakımdan kalkınmış ve paranın değerini korumayı başarmış ülkelerde fiyatlar çoğu zaman istikrarlıdır. İnsanlar uzun süre aynı kalan piyasa fiyatlarının dışına çıkılmasına razı olmaz. Fakat paranın sık sık değer kaybettiği ve eşya fiyatlarının sürekli olarak arttığı bir ekonomide, insanlar fiyat değişikliklerine o kadar alışırlar ki, mesela, % 5 oranındaki gabni fâhiş nispeti menkul eşyada önemini kaybedebilir. 9–10 bin lira arasında piyasa fiyatı olan bir malın böyle bir ekonomide, 10500 liraya satılmış olması fazla dikkati çekmez. Çünkü böyle bir malın, belki iki yıl önceki fiyatı 4 bin lira dolaylarında iken, paranın satın alma gücünün düşmesi sebebiyle fiyatı yükselmiştir. Hâlbuki on yıldır hiç fiyat değişikliği olmaksızın 10 bin liraya satılmakta olan bir malın, paranın satın alma gücünü sürekli koruyabilen bir ülkede 10500 liraya satılması dikkati çeker ve insanların razı olmayacağı fâhiş gabin nispetini oluşturabilir.⁵²⁸

Gabn-i fâhişin muayyen bir oranla tayin edilmesi, fâhiş oransızlığın tespiti konusunda bir kolaylık sağlamaktadır. Fakat bu yöntemin donuk olması ve her dönemin ve piyasanın taleplerine cevap vermemesi olumsuzluklarını da beraberinde taşıması ve dolayısıyla adaletsizliğe sebebiyet verme ihtimali sebebiyle eleştirilmektedir. Gabn-i fâhişin muayyen bir oranla tayin edilmemesi sebebiyle hâkime geniş bir yetki bırakılmakta, dolayısıyla bu yetkisini farklı durum, dönem ve olaylara adaletli bir şekilde uygulama fırsatı vermektedir. Bütün bunlardan dolayı

⁵²⁶ Döndüren, *Kâr Hadleri*, 144–145.

⁵²⁷ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 738.

⁵²⁸ Döndüren, *Kâr Hadleri*, 148–149.

gabn-i fâhişi piyasa ve dönemin şartlarına bırakmak İslâm hukukunun prensiplerine ve genel kaidelerine daha uygun düşmektedir.⁵²⁹

B. Gabn-i Yesîr (Basit Oransızlık)

Gabn-i yesîr, “basit ve önemsiz aldatma” anlamına gelmektedir.⁵³⁰ Gabn-i yesîrin tanımı, icâre akdinde gündeme getirilen ecr-i misl kavram ve tanımıyla büyük benzerlik gösterir.⁵³¹ Fakat gabn-i yesîr kısaca “gabn-i fâhişin dışında kalan bedel” diye tanımlanabilir.

Gabinle ilgili rivayet edilen hadislerde gabnin, fâhiş veya yesîr olması şeklinde bir ayırıma gidilmemiş, dolayısıyla gabn-i yesîr hakkında da bir açıklamaya rastlanmamaktadır.⁵³² Fakat mezheplerin gabn-i yesîri tanımlamaya yönelik gayretleri olmuştur.

Hanefîler bu kavram için “bilirkişilerin tespit ettiği değerlerin sınırları içinde kalan bedel”⁵³³ veya “normal şartlar altında, insanların kendisinden kaçınamayacağı bedel”⁵³⁴ olmak üzere iki tanım yapmışlardır. Şâfiî mezhebine göre “halkın kendi aralarındaki muamelelerde alıştıkları fiyatların (semenler) kapsamındaki fiyat” gabn-i yesîr kabul edilmektedir.⁵³⁵ Mâlikî mezhebinde hâkim olan görüşe göre gabn-i yesîr “normal şartlar altında, insanların kendisinden kaçınamayacağı oransızlık”tır.⁵³⁶ daha sonra yaygınlaşan tarife göre “bir malın, gözle açık görülür bir şekilde kıymetinden

⁵²⁹ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 738.

⁵³⁰ İbn Manzûr, *Lisânü'l- 'Arab*, “g-b-n” maddesi, V, 295.

⁵³¹ Kâsânî, *Bedâi 'u's-sanâi 'ı*, IV, 176; Bardakoğlu, “*Gabn*”, XIII, 270.

⁵³² Buhârî, “*Büyü'ı*”, 48, “*İstikrâz*”, 19, “*Husûmât*”, 3, “*Hiyel*”, 7; Müslim, “*Büyü'ı*”, 48; Ebû Dâvud, “*Büyü'ı*”, 66; Tirmizî, “*Büyü'ı*”, 28; Nesâî, “*Büyü'ı*”, 12 (Corcondance’de bu hadisin kaynağı sehven Nesâî, “*Büyü'ı*”, 51 olarak verilmiştir.); İbn Mâce, “*Ahkâm*” 24; Muvatta, “*Büyü'ı*”, 98; Ahmed b. Hanbel, II/44, 80, 129, 130; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, V, 273, VI, 62; Dârekutnî, *Sünen*, IV, 7–10; İbn Hibbân, XI, 430, 432–433.

⁵³³ Şeybânî, *el-Câmi 'u's-sağîr*, 420; Buhârî, *el-Muhît*, II, 455; Cürcânî, *Kitâbü't-Ta 'rifât*, 207; Musa, *el-Emvâl ve nazariyyetü'l- 'akd*, 405; Hüseyin, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l- 'akd*, 300; Yaşaroğlu, *Gabin*, 44; Hafîf, “*Gabin*”, 4.

⁵³⁴ Şeybânî, *el-Câmi 'u's-sağîr*, 530-531; Semerkandî, *Tuhfe*, II, 36; Cürcânî, *Kitâbü't-Ta 'rifât*, 207; Yaşaroğlu, *Gabin*, 44; Hafîf, “*Gabin*”, 5.

⁵³⁵ Nevevî, *Minhâc*, 274; Hafîf, “*Gabin*”, 6.

⁵³⁶ Karâfî, *ez-Zahîre*, V, 294, 324; Cezîrî, *Kitâbu'l-Fıkh*, II, 284; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 148.

fazla veya eksik bir fiyatla satılmamasıdır”.⁵³⁷ Fakat Mâlikî mezhebi kaynaklarında gabn-i yesîr kavramı çok az kullanılmakta, bu kavram yerine “insanların kendisinden kaçınamayacağı oransızlık” ifadesi tercih edilmektedir.⁵³⁸ Ahmed b. Hanbel’den rivayet edilen hadislerde ve fetvâlarda yesîr gabin için bir tanıma ve nispete rastlanmamaktadır. Hanbelîlerin çoğunluğuna göre ise “bir malın adet olanın üstünde veya altında bir fiyatla satılmış olmaması” yesîr gabindir.⁵³⁹

Bütün bu tanımlar neticesinde gabn-i yesîr için “kaçınılması genelde mümkün olmayan, bu sebeple de tabii karşılanan ve maruz kalan kimsenin rızasını sakatlamadığı aldatma” şeklinde bir tanım yapmak mümkündür.⁵⁴⁰

Az veya çok her gabin hukuken aynı sonucu doğurmayacağından bu ayırımın gabnin akde tesiri göz önünde tutularak yapıldığı ve akde tesir etmesi düşünülmeyen gabin türlerinin gabn-i yesîr tabiriyle gabin kavramının dışında tutulduğu da söylenebilir. Bundan dolayı gabn-i yesîr tabiri, akde tesir etmesi ve hukukî sonuç doğurması itibariyle gabne getirilmiş bir alt sınır görünümündedir.⁵⁴¹

Gabn-i yesîrin akde tesir etmemesi kuralına bazı istisnalar getirilmiştir. Özellikle Hanefî doktrininde söz konu olan bu istisnalar “Fâhiş oransızlığın gabin için şart olmadığı alanlar” başlığı altında on maddede beyan edilmiştir.⁵⁴²

Zâhirî mezhebi âlimleri ise gabn-i fâhiş ve gabn-i yesîr şeklinde bir ayırıma gitmemişlerdir. Onlara göre gabin, akid sırasında varlığından haberdar olunmadığı sürece, ister fâhiş olsun ister yesîr olsun aldanan kişiye muhayyerlik hakkı vermektedir. İbn Hazm’a (ö. 465/1064) göre bir nesneyi denginden daha fazlaya veya daha aza karşılık satmak helal değildir. Satıcı veya müşteri akid sırasında, bilgileri dışında gerçekleşen oransızlıktan akdin selametini şart koşan bir akid

⁵³⁷ Karâfi, *ez-Zahîre*, V, 112-113; Cezîrî, *Kitâbu'l-Fıkh*, II, 284; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 148; Hafif, “*Gabin*”, 6.

⁵³⁸ Karâfi, *ez-Zahîre*, V, 449; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, III, 439.

⁵³⁹ İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV, 79; Cezîrî, *Kitâbu'l-Fıkh*, II, 265; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 148; Hafif, “*Gabin*”, 6-7.

⁵⁴⁰ Bardakoğlu, “*Gabn*”, XIII, 269.

⁵⁴¹ Bardakoğlu, “*Gabn*”, XIII, 270.

⁵⁴² Geniş bilgi için bk. Tez Metni, s. 117-118.

yapsalar veya taraflardan sadece birisi akdin selâmetini şart koşsa ve akid gabinli gerçekleşse, bu durumda her iki taraf ya da sadece mağdur olan taraf gabinden habersiz olsa akid bâtil olur. Malı kabzedenden taraf, gasp hükümleri doğrultusunda tazminde bulunur. Böyle bir akde icazet vermek caiz olmayıp tekrar akid yapılması gerekir. Fakat taraflar akdin selâmetini şart koşmayıp bilgisi dışında taraflardan birisinin aleyhinde gabin gerçekleşse aldanana tarafın akdi geçerli kılma veya akdi kabul etmeme hakkı vardır.⁵⁴³

V. GABNİN UYGULAMA ALANLARI

Gabin, sadece İslâm Borçlar hukukunda değil Medeni hukukun diğer alanlarında ve Ticaret hukukunda, hatta ibadetlerdeki muamelelerde bile uygulama alanı bulabilmektedir.

A. İbadetlerdeki Muamelelerde Gabin

1. Abdest İçin Su Satımında Gabin

İbadetlerdeki muamelelerde gabin örneği abdest almak için su satın almak zorunda kalan kimsenin durumu için mevzu bahis edilmektedir. Gerçi bu örnek satın akdiyle ilgili bir örnektir. Fakat sonuç itibarıyla bir ibadeti ilgilendirdiği için bu başlık altında değerlendirilmesi uygun görülmüştür.

Hanefî, Mâlikî ve Hanbelî mezhebine göre abdest veya gusül için bedelsiz su temin edemeyen birisi eğer rayiç fiyatıyla veya basit oransızlıkla (gabn-i yesîr) su temin edebiliyorsa bu yola başvurur ve abdest alır. Fakat su için talep edilen fiyatla hakiki kıymeti arasında fâhiş oransızlık (gabn-i fâhiş) bulunması durumunda, kişinin parası olsa da onu satın almak zorunda değildir, teyemmüm edebilir.⁵⁴⁴

İmam Muhammed abdest almak için söz konusu olan suda gabn-i yesîrin üst sınırını, rayiç bedelin 1/2'si (% 50'si) ve daha azı, gabn-i fâhişin alt sınırını da rayiç bedelin iki katı (% 100'ü) olarak tayin etmiştir.⁵⁴⁵ Fakat gabn-i yesîrle gabni fâhiş arasında kalan oranın, bir başka ifadeyle rayiç bedelin % 51'i ile % 99'u arasında

⁵⁴³ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 442; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 740–741.

⁵⁴⁴ İbn Abdülber, *el-Kâfi*, I, 28; Serahsî, *el-Mesûr*, I, 115; Semerkandî, *Tuhfe*, I, 38; Kâsânî, *Bedâi 'u's-sanâi*, I, 48; İbn Kudâme, *el-Muğni*, I, 152; Yaran, *İhtiyaç Kavramı*, 179.

⁵⁴⁵ Serahsî, *el-Mesûr*, I, 115; Kâsânî, *Bedâi 'u's-sanâi*, I, 49.

kalan oranın gabn-i yesîre mi gabni fâhiş mi dâhil edileceği hususunda bir kapalılık bulunmaktadır.

Şâfi mezhebine göre abdest veya gusül için, emsâl bedeli ile su temin edebilen kişi suyu satın alır ve bununla abdest alır. Basit oransızlıkla (gabn-i yesîrle) dahi olsa su satın almak zorunda değildir. Hatta su emsal bedeliyle satılsa, su satın alacak kişinin de buna ihtiyacı olacak olsa, bu durumda da suyu satın almak zorunda değildir.⁵⁴⁶

Hasan Basrî'ye (ö. 110/728) göre abdest almak için başkasından su satın almak zorunda kalan kimsenin fâhiş oransızlıkla, hatta bütün malını sarfederek suyu satın alması gerekir. Çünkü böyle bir alış verişte zarar etme durumu söz konusu değildir. Fakat Hanefî fakihleri bu görüşe karşı çıkmışlardır. Zira onlara göre malın saygınlığı (hürmeti) canın saygınlığı gibidir. Bundan dolayı mal için fâhiş oransızlık gibi bir ziyan durumu söz konusu olunca teyemmüm eder.⁵⁴⁷

Bu örnek, fıkıh âlimlerinin kahir ekseriyetine göre bir ibadet ihtiyacı söz konusu olsa bile kişilerin fâhiş oransızlıkla aldatılmalarına müsaade edilmeyeceğini göstermesi açısından önem taşımaktadır. Ayrıca burada kişinin, aldatılan açısından sübjektif unsur olan abdest alma ihtiyacının sömürülmesi durumu söz konusu olmaktadır.

2. Zekâta Gabin

Gabnin zekât üzerindeki etkisini mevzu bahis eden meseleler bulunmaktadır. Bununla ilgili şu örnek verilmektedir: Bir kimsenin elinde, üzerinden bir yıl geçmiş 1000 lirası bulursa, sonra o para ile ticaret maksadıyla 800 lira değerinde bir sığır satın alsa, bu kimse 1000 liranın zekâtını vermesi gerekir. Fakat sığır ölürse onun sadece 200 lirasının zekâtını vermesi gerekir. Çünkü bu kişi, satın almada 200 lira miktarında aldanmıştır. Bu miktar da, insanların normal şartlar altında kendisi ile

⁵⁴⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, I, 152; Nevevî, *Minhâc*, 82; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, I, 168–169.

⁵⁴⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, I, 115; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi* ' , I, 48.

aldanmayacağı aldanma oranının (gabn-i fâhişin) üstündedir. Dolayısıyla bu kişi, bu miktar kadar yoksulların hakkını telef etmiş olduğu için 200 liranın zekâtını öder.⁵⁴⁸

Konuyla ilgili bir başka örnek şu şekildedir: Bir kimsenin yanında ticaret için 1000 lira değerinde bir sığırı olsa, üzerinden bir yıl geçtikten sonra bunu 100 liraya satsa, bu kimse 1000 liranın zekâtını vermesi gerekir. Çünkü 1000 liralık malın 100 liraya satılması insanların normal şartlar altında aldanmayacağı oranın (gabn-i fâhişin) üstündedir. Fakat 1000 lira değerindeki sığırını 950 liraya satması durumunda ise, 950 liranın zekâtını vermesi yeterlidir.⁵⁴⁹

Örneklere görüldüğü gibi üzerinden bir yıl geçen ve zekâta tabi olan bir malın gabn-i fâhişle satılması veya satın alınması durumunda, önceki değer nazarı dikkate alınır. Bir başka ifadeyle satım akdinden sonra ortaya çıkan değer zekâtı değil, satım akdinden önceki malın değerinin zekâtı verilir. Satın alınan malın telef olması durumunda da benzer bir durum ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla gabn-i fâhişle satın alınan malın telef olmasından sonra, hakiki kıymet ile satış bedeli arasındaki değer zekâtı verilir. Bu hükmün temelinde; zararına gabn-i fâhişle satım akdinde bulunmak satıcının bir kusuru kabul edilmekte, dolayısıyla malı bizzat kendisi telef etmiş gibi olmakta (istihlâk) ve bir yılın dolmasından sonra zekât malını telef eden kişinin hükmünü almış olmaktadır. Ayrıca bu durum, babanın veya vasînin, yetimin malındaki tasarrufları gibidir. Nasıl ki veli ve vasînin gabn-i yesîrli ve gabn-i fâhişli tasarrufları arasında fark varsa burada da fark bulunmaktadır. Aldanma, gabn-i yesîr ise, kişi o maldan bir şeyi telef etmiş olmaz. Fakat gabn-i fâhiş ise sattığı fiyatla hakiki kıymeti arasındaki aldanma miktarı kadar yoksulların hakkı bulunan bir şeyi telef etmiş olur. Dolayısıyla o miktarın zekâtını ödemesi gerekir.

B. Borçlar Hukukunda Bazı Özel Akidler

Çalışmamızda, gabnin borçlar hukukundaki yeri ele alınmasına rağmen, ayrıca borçlar hukuku alanında bazı özel akidlerde gabnin başlığına yer verilmesi, bu akid çeşitlerinin arzetmiş olduğu hususiyet sebebiyledir.

⁵⁴⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, III, 26; Semerkandî, *Tuhfe*, I, 276; Kâsânî, *Bedâi 'u's-sanâi* ' , II, 24.

⁵⁴⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, III, 27; Kâsânî, *Bedâi 'u's-sanâi* ' , II, 24.

1. Kira Akdinde Gabin

Gabin, satım akdinde olduğu gibi şartların tahakkuk etmesi durumunda kira akdinde de söz konusu olmakta ve hukukî sonuç doğurmaktadır. Kira akdi, gabin sebebiyle feshedilirse, akid baştan itibaren geçersiz olur. Bu durumda kiraya veren, emsal ücret üzerinden kiracıdan, akdin başlangıcından akdin feshine kadar devam eden süre içindeki kirayı talep eder.⁵⁵⁰

Ayrıca vasî yetimin, müteveli de vakfın akarını emsâl ücretinden noksan (gabn-i fâhiş) ile kiraya verirse icâre akdi fâsid olur. İcâre akdindeki bu hüküm satım akdine kıyasla verilmektedir. Bu durumda akdin geçerli olabilmesi için emsâl ücretin kiralayan tarafından tamamlanması gerekir.⁵⁵¹

Vekilin, müvekkilinin akarını basit oransızlık (gabn-i yesîr) ile icâreye verip veremeyeceği konusunda fıkıh âlimleri ihtilaf etmişlerdir. Ebû Hanîfe'ye göre vekil, müvekkilinin akarını ne fâhiş (gabn-i fâhiş), ne de basit oransızlık (gabn-i yesîr) ile kiraya verebilir. Fakat Ebû Yusuf ile İmam Muhammed'e göre normal şartlar altında, insanların kendisi ile aldanabileceği bir miktarda (basit oransızlıkta) kiraya verebilir.⁵⁵²

2. Vekilin Tasarrufunda Gabin

Doğrudan doğruya gabnin uygulama alanına giren bir tasarrufun temsilci vasıtasıyla yapılmış olmasının gabin hükmünün uygulanmasını önleyip önlemeyeceği, dava hakkının hangi tarafa ait olacağı ve yapılan akdin kim adına geçerli olacağı İslâm hukukçuları arasında tartışılmıştır.

Satın almaya vekil: Hanefî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerine göre fiyatı belirlenmemiş bir malı satın almaya (şirâ-i mutlak) vekil olan kimsenin, söz konusu malı basit oransızlıkla (gabn-i yesîrle) satın alması caiz, fâhiş oransızlıkla (gabn-i

⁵⁵⁰ Haccâvî, *el-İknâ* ' , II, 91; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ* ' , III, 212.

⁵⁵¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 151; Mecelle, md. 441; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, 167 (md. 688-689).

⁵⁵² Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 151.

fâhiş) satın alması ise caiz değildir.⁵⁵³ Bu durumda Hanefî mezhebine göre vekilin fâhiş oransızlıkla satın aldığı mal kendisi adına geçerli olur. Çünkü bir vekilin, müvekkili adına aldığı mal, temsil olunan için geçerli (nâfiz) olmazsa, vekil üzerine nâfiz ve lâzım olur.⁵⁵⁴ Vekil, malın bedelini müvekkilin hesabından ödemişse ödediği miktarı müvekkiline tazmin eder.⁵⁵⁵ Hanbelî mezhebinde konuyla ilgili iki görüş bulunmaktadır. Tercih edilen görüşe göre vekil, satın aldığı malın emsal kıymetinden fazla olan fâhiş oransızlığı müvekkiline tazmin eder. Diğer bir görüşe göre ise akid batıl olur.⁵⁵⁶ Mâlikî mezhebinde vekilin, müvekkili adına, insanların normal şartlar altında kendisi ile aldanmayacağı, diğer bir görüşe göre ise üçte bir oransızlıkla satım akdinde bulunamayacağına ittifak vardır. Bu durumda müvekkil kendisi adına yapılan akdi kabul edip etmeme konusunda muhayyerdir. Kabul etmemesi durumunda vekil, satın aldığı malı geri verir. Geri verme durumu imkânsız hale gelirse, vekil satın aldığı malın kıymetini müvekkiline tazmin eder.⁵⁵⁷

Vekâlet akdinin, bir malın muayyen bir bedelle satın alınmasına (şirâ-i mukayyed) yönelik olması durumunda vekil, Şâfiî, Hanbelî mezheplerine ve Ebû Hanîfe'ye göre basit oransızlıkla (gabn-i yesîrle) bile satın almada bulunamaz. Bu durumda yapmış olduğu tasarruf Ebû Hanife'ye göre müvekkili adına geçerli olur. Hanbelî mezhebine göre ise vekil emsal kıymetinden fazla olan oransızlığı, bir görüşe göre ise fâhiş oransızlığı izale edecek miktarı tazmin eder. İmam Muhammed ve Ebû Yusuf'a göre ise bu fazlalık basit oransızlık (gabn-i yesîr) ise tasarruf geçerlidir.⁵⁵⁸

⁵⁵³ Şeybânî, *el-Asl*, V, 73; Kâsânî, *Bedâi 'u's-sanâi* °, VI, 24, 30; İbn Kudâme, *el-Muğni*, V, 78; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, II, 245; Haccâvî, *el-İknâ* °, II, 241; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ* °, III, 475; Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 588; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 147.

⁵⁵⁴ Şeybânî, *el-Asl*, V, 73; Kâsânî, *Bedâi 'u's-sanâi* °, VI, 24, 30; İbn Kudâme, *el-Muğni*, V, 78; Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 588; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 147.

⁵⁵⁵ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 739–740; Yaşaroğlu, *Gabin*, 49.

⁵⁵⁶ İbn Kudâme, *el-Muğni*, V, 78; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, II, 245; Haccâvî, *el-İknâ* °, II, 241; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ* °, III, 475; Mecelle, md. 1482; Bilmen, *Kamus*, VI, 338; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 739–740; Yaşaroğlu, *Gabin*, 49.

⁵⁵⁷ İbn Abdülber, *el-Kâfi*, I, 396; Karâfî, *ez-Zahîre*, VIII, 8; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468, V, 196; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, III, 382-383; Bilmen, *Kamus*, VI, 80; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 138.

⁵⁵⁸ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 142; İbn Kudâme, *el-Muğni*, V, 78; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, II, 245; Haccâvî, *el-İknâ* °, II, 240-241; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ* °, III, 475.

Ayrıca satın almaya vekil olan kişinin de ekmek gibi piyasa fiyatı herkes tarafından bilinen maddelerin alımında gabn-i yesîrle bile akid yapması müvekkili bağlamaz. Bu durumda satım akdi vekil hakkında geçerli olur.⁵⁵⁹

Vekil, usûl ve fûrûu ve zevcesi gibi lehlerine şهادeti caiz olmayan kimselerin ve ivazlı olarak ortağının mallarını gabn-i yesîrle ve hatta değer kıymetleriyle müvekkili için satın alamaz. Çünkü bunda töhmet vardır. Fakat müvekkili bu konuda kendisine müsaade etmesi veya kıymetlerinden düşük fiyatla satın alması durumu müstesnadır.⁵⁶⁰

Satmaya vekil: Fiyatı belirlenmemiş bir malı satmaya (bey'î mutlak) vekil olan, söz konusu malı Ebû Hanîfe'ye göre basit oransızlık (gabn-i yesîr) veya fâhiş oransızlıkla (gabn-i fâhiş), şart muhayyerliğiyle ya da şart muhayyerliği olmaksızın satabilir.⁵⁶¹ Mecelle de Ebû Hanîfe'nin görüşünü esas almıştır.⁵⁶² Ancak bu malı kendisine veya lehlerine şahitliği muteber olmayan ve töhmet ihtimali bulunan yakınlarına satması durumu müstesnadır. Gerek Hanefî ve gerekse Şâfiî mezhebine göre bir malı satmaya vekil tayin edilen kişinin, müvekkiline ait malı, lehinde şahitliği caiz olmayan kişilere zararına basit oransızlıkla (gabn-i yesîrle) bile satması geçerli değildir.⁵⁶³ Şâfiî, Mâlikî, Hanbelî mezheplerine ve Ebû Yusuf ile İmam Muhammed'e göre ise vekilin, müvekkilinin malını zararına fâhiş oransızlıkla satması câiz değildir. Çünkü mutlak olan vekillik örfle sınırlıdır. Nasıl ki kurban satın alma ile ilgili vekillik kurban bayramı günleri ile kayıtlıysa, fiyatı belirlenmemiş bir malı satmaya vekil olanın vekâleti de örfen fâhiş oransızlıkla satmamak ile kayıtlıdır. Zira örfte fâhiş oransızlıkla satmak söz konusu değildir. Vekilin müvekkil adına fâhiş oransızlıkla satışta bulunamayacağı görüşlerinin diğer dayanağı; satmaya vekâleti, satın almaya vekâlete kıyas etmeleridir. Çünkü her iki

⁵⁵⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, XXI, 14; Bilmen, *Kamus*, VI, 338; Yaşaroğlu, *Gabin*, 45.

⁵⁶⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, XXII, 57; Bilmen, *Kamus*, VI, 340.

⁵⁶¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 214, XIX, 36; Semerkandî, *Tuhfe*, III, 234; Kâsânî, *Bedâi 'u's-sanâi '*, VI, 27.

⁵⁶² Mecelle, md. 1494; Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 586.

⁵⁶³ Nevevî, *Minhâc*, 274; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, V, 27-28; Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 138, 589, III, 921; Bilmen, *Kamus*, VI, 342; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 152; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 217.

vekil de, ticaret erbabının yaptığı işi yapmakla emrolunmuşlardır. Baba ve vasî de, aynı sebepten dolayı yetime ait bir malı fâhiş oransızlıkla satamazlar. Yesîr oransızlıkla sattığında akid müvekkil adına sahih, fâhiş oransızlıkla sattığında ise sahih değildir. Ayrıca söz konusu iki imama göre fâhiş oransızlıkla satış yapmak bir yönüyle satış diğer yönüyle hibedir. Hâlbuki vekilin hibede bulunamayacağı açıktır. Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre bütün bu sebeplerden dolayı vekilin satış akdi müvekkil adına değil, vekil adına geçerli olur. Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî mezheplerine göre, satmaya ve satın almaya vekil olan kimseler arasında bir fark gözetilmemektedir.⁵⁶⁴ Şâfiî mezhebine göre fâhiş oransızlıkla satışta bulunan vekil, teslim gerçekleşmişse sattığı malı tazmin eder.⁵⁶⁵

Müvekkil eğer satılacak olan malın satış fiyatını (semen) belirlemişse, yani vekiline “Bu malı şu kadar liraya sat!” demişse, vekil Hanefî, Şâfiî ve Mâlikî mezheplerine göre belirlenen bu fiyattan noksana satışta bulunamaz. Belirlenen bu fiyattan noksana satması durumunda akid mevkûf olur. Dolayısıyla müvekkil bu akde icâzet verirse akid geçerli, icâzet vermezse geçersiz olur.⁵⁶⁶ Hanbelî mezhebine göre vekil, bu durumda tayin edilen fiyattan daha düşük bir fiyata satışta bulunursa akid geçerli olur. Fakat tayin edilen fiyattan eksik kalan kısmı, diğer bir görüşe göre fâhiş oransızlığı izale edecek miktarı müvekkile tazmin eder.⁵⁶⁷

Aynı şekilde müvekkil, muayyen bedeldeki bir malını satmak için bir vekil tayin etse, vekil de bu malı muayyen bedelinden daha ucuza satsa ve kendisi için üç günlük muhayyerlik hakkı şart koşsa, bu muhayyerlik hakkı süresince de söz konusu mal iki katı kadar değer kazansa ve vekil de bu malın satışını yapsa ve daha sonra da üç gün geçse Ebû Hanîfe'ye göre vekil, ister üç gün geçmeden akde icazet vermiş

⁵⁶⁴ İbn Abdülber, *el-Kâfi*, I, 396; Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 542; XII, 214, XIX, 36; Semerkandî, *Tuhfe*, III, 234; Kâsânî, *Bedâi 'u's-sanâi* °, VI, 27; Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 143; İbn Kudâme, *el-Muğni*, V, 78; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, II, 245; Nevevî, *Minhâc*, 273–274; Karâfî, *ez-Zahîre*, VIII, 8; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468; Haccâvî, *el-İknâ* °, II, 240-241; Buhûtî, *Keşşâfî'l-kınâ* °, III, 475; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, III, 382-383; Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 589; Bilmen, *Kamus*, VI, 342; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 152; Yaşaroğlu, *Gabin*, 49–50.

⁵⁶⁵ Nevevî, *Minhâc*, 273–274.

⁵⁶⁶ İbn Kudâme, *el-Muğni*, V, 78; Nevevî, *Minhâc*, 275; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, V, 31; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, III, 383; Bilmen, *Kamus*, VI, 329; Mecelle, md. 1495.

⁵⁶⁷ İbn Kudâme, *el-Kâfi*, II, 245; Haccâvî, *el-İknâ* °, II, 240-241.

olsun, ister üç gün geçtikten sonra akid geçerli hale gelmiş olsun akid müvekkil adına geçerli olur. Çünkü vekilin, müvekkilinin malını değerinden daha ucuza satma yetkisi vardır. Aynı şekilde daha önce yapılan akdi onaylama yetkisine de sahiptir. İmam Muhammed'e göre ise her iki durumda da vekilin icazeti caiz değildir. Çünkü ona göre vekilin, müvekkilinin malını fâhiş oransızlıkla (gabn-i fâhiş) satma yetkisi yoktur. Ebû Yusuf'a göre vekil, akdi üç gün içinde onaylarsa akid İmam Muhammed'in belirttiği gibi geçersizdir. Süre dolana kadar sessiz kalırsa sürenin dolmasıyla satım akdi gerçekleşir. Bu durumda bedeldeki fazlalık, sürenin dolmasından sonra meydana gelmiş kabul edilir.⁵⁶⁸

Görüldüğü gibi fiyatı belirlenmemiş bir malı satın almaya vekil olan kişinin, Hanefî mezhebinde fâhiş oransızlıkla tasarrufta bulunması ittifakla müvekkil adına geçerli olmaz. Yesîr oransızlıkla tasarrufta bulunmasında ise bir sakınca yoktur. Fiyatı belirlenmemiş bir malı satmaya vekil olan kişinin, Ebû Hanîfe'ye göre fâhiş ve yesîr oransızlıkla, Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise sadece yesîr oransızlıkla tasarrufta bulunması müvekkil adına geçerlidir. Aksi takdirde vekil adına geçerlidir.

Ebû Hanîfe'nin, satın almaya ve satmaya vekil olan kimsenin fâhiş oransızlıklarla yaptığı akidlere farklı hükümler terettüp ettirmesi dikkat çekicidir. Çünkü ona göre satın almaya vekilin, kendi adına fâhiş oransızlıkla satın aldığı bir malı müvekkili adına satın aldığını iddia etme ihtimal ve töhmeti bulunmaktadır. Fakat satmaya vekil olan için böyle bir töhmet bulunmamaktadır. Bundan dolayı satmaya vekilin, töhmet olacağı için babasına ve oğluna satışta bulunması caiz değildir. Ayrıca fâhiş oransızlıkla yerine getirilen vekâletin bir yönüyle hibe olacağı, örfle sınırlandırıldığı görüşünün de isabetli olmadığını ifade etmektedir.⁵⁶⁹

Ebû Hanîfe'nin, satmaya vekilin fâhiş oransızlıkla (gabn-i fâhişle) satım akdinde bulunabileceği görüşü, kanaatimize göre fâhiş oransızlığın Ebû Hanîfe'ye göre mutlak anlamda tek başına hüküm ifade etmeyeceğine delil teşkil etmektedir. Satın almaya vekilin fâhiş oransızlıkla satım akdinde bulunamayacağı görüşü ise,

⁵⁶⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, XIX, 159–160.

⁵⁶⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 214, XIX, 36–37; Kâsânî, *Bedâi 'u's-sanâi* ' , VI, 27.

kanaatimize göre Ebû Hanîfe'ye göre tek başına fâhiş oransızlığın hüküm ifade etmemesinin ancak töhmet durumlarında söz konusu olabileceğine delil teşkil etmektedir. Serahsî'nin, Ebû Hanîfe'nin bu görüşünü delillendirirken yaptığı şu açıklamalar da bu kanaatimizi desteklemektedir: Satmaya vekilin fâhiş oransızlıkla müvekkil adına satışta bulunamayacağı hususu kesin bir örf değildir. Zira insan, bazen bir şeyi sırf ondan kurtulmak için satar. Böyle bir durumda satış bedelinin az veya çok olmasına bakmaz. Bazen kâr etmek maksadıyla satar. Bu durumda da eksik bedelle satışta bulunmaz. Ayrıca satışlarda bedeller arasında bir oransızlığın meydana gelmesi yaygın bir durumdur. Zaten alıp satmaktan maksat da kâr elde etmektir. Bu da taraflardan birisinin oransızlığa maruz kalması (mağbûn olması) ile mümkün olur. Hatta kişi, değeri on dirhem olan bir malı bir dirheme satın almayı ister. Ama bunu bulamaz.⁵⁷⁰

Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'in, hem satmaya ve hem de satın almaya vekilin fâhiş oransızlıkla (gabn-i fâhişle) satım akdinde bulunamayacağı, bu şekilde satım akdinin örfle sınırlandırıldığı görüşü, kanaatimize göre tek başına fâhiş oransızlığın bu iki imama göre hüküm ifade edeceğine delil teşkil etmektedir. Mâlikî mezhebinde vekilin, müvekkili adına, insanların normal şartlar altında kendisi ile aldanmayacağı oransızlıkta satışta bulunamayacağına ittifak vardır.⁵⁷¹

Rehin almaya vekil: Müvekkil, vekiline bir miktar mal verip “Bu malı benim adıma sat ve karşılığında rehin al.” dese, vekil de kendisine söylenileni yapsa, rehin ister satış bedelinin dengi kadar olsun, ister fâhiş oransızlık miktarından daha az olsun Ebû Hanîfe'ye göre vekilin bu muamelesi geçerlidir. Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise rehin, satış bedelinin dengi kadar veya fâhiş oransızlıktan daha az olması durumunda vekilin muamelesi geçerli olur.⁵⁷²

Hibede bulunmaya vekil: Kişi, herhangi bir kimseden teslim alacağı ivaz karşılığında kendisine bir elbiseyi hibe etmek üzere bir kimseye vekillik verse, vekil de bu vekâlet görevini yerine getirirse, ancak teslim alınan ivaz, hibede bulunan

⁵⁷⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 214.

⁵⁷¹ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 138.

⁵⁷² Serahsî, *el-Mebsût*, XIX, 77-78; Kâsânî, *Bedâi' u's-sanâi* , VI, 149.

elbisenin bedelinden az ise Ebû Hanîfe'ye göre akid sahihtir. Çünkü ona göre mutlak, kayıt edici bir unsur bulunmadığı sürece mutlaklığı üzere yorumlanır. Buradaki ivazın az veya çok olmaya ihtimali bulunması sebebiyle, ortaya çıkan her iki durum da akde zarar vermez. İmam Muhammed ve Ebû Yusuf'a göre ise ivaz, hibede bulunulan elbise ile aynı bedelde veya normal şartlarda insanların kendisi ile aldanabilecekleri bir miktar (gabn-i yesîr) kadar az ise akid caizdir. Çünkü onlara göre kayıtsız "ivaz" kelimesi örfle kayıtlıdır.⁵⁷³

Evlendirmeye vekil: Kişinin, muayyen bir kadınla kendisini evlendirmesi için birini vekil etmesi neticesinde bu vekilin, müvekkilini emsal mehrinden daha fazla bir mehir karşılığında bu kadınla evlendirmesi Ebû Hanîfe'ye göre caizdir. Çünkü ona göre mutlak, kayıt edici bir unsur bulunmadığı sürece mutlaklığı üzere yorumlanır. Burada da evlendirmenin emsal mehirden az veya çok olacağı şeklinde bir kayıt mevcut değildir. İmam Muhammed ve Ebû Yusuf'a göre ise mehirle, emsal mehir arasında fâhiş oransızlık bulunursa akid bağlayıcı değildir. Çünkü onlara göre örf, mutlak ifadeyi kayıtlandırır.⁵⁷⁴

Selemde vekil: Selem akdinde müşteri (rabbu's-selem), birisini, kendisi için selem yoluyla on liraya beş kilo buğday satın alması için vekil etse, vekil de üç kilo buğday satın alsa, bu selem akdi vekil için geçerli olur. Böyle bir hüküm verilmesinin sebebi, selemdeki müşterinin (rabbu's-selem) vekil tayin etmesinin, satın almadaki müşterinin satın almaya vekil tayin etmesine benzetilmesidir. Zira selem akdinin konusu (müslemü'n-fih), satım akdinin konusu; selem akdinin müşterisi (rabbu's-selem) de satım akdinin müşterisi gibidir. Dolayısıyla nasıl ki satın almaya vekil olan, müvekkili için fâhiş oransızlıkla (gabn-i fâhişle) satın almaya yetkisi yoksa, selem akdinde de selem yapmaya vekil olan, müvekkili için fâhiş oransızlıkla selem akdi yapmaya yetkisi yoktur. Çünkü her iki durumda da vekilin, akdi önce kendi adına yapıp, pahalı olduğunu görünce müvekkili adına

⁵⁷³ Serahsî, *el-Mebsût*, XIX, 93.

⁵⁷⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, XIX, 117.

yaptığını iddia etme ihtimali ve töhmeti vardır. Fakat vekil on liraya, basit oransızlıkla (gabn-i yesîrle) selem yaparsa, akid müvekkil adına geçerli olur.⁵⁷⁵

Sulh yapmaya vekil: Kişi, herhangi bir bedel zikretmeden, evi üzerinde sulh yapması için birini vekil tayin etse, vekil de büyük bir mal karşılığında sulh akdi yaparak buna kefil olsa, bu kefillik hükmü gereğince akid vekili bağlar. Şayet vekil, yaptığı sulh akdinde basit oransızlık (gabn-i yesîr) miktarında aldanırsa, yaptığı akid müvekkili adına geçerli olur. Aldanma fâhiş oransızlık (gabn-i fâhiş) miktarında olursa, akid vekil adına geçerli olur. Çünkü Hanefî mezhebine göre sulh yapmaya vekil, satın almaya vekile kıyas edilmiş ve aynı hükümler terettüp ettirilmiştir.⁵⁷⁶

Dava açmaya vekil: Dava açmaya vekil olan kimsenin, fâhiş oransızlık (gabn-i fâhiş) arzeden bir sulh akdi ile davayı neticelendirmesi Ebû Hanîfe'ye göre müvekkili bağlar. Çünkü Ebû Hanîfe dava açmaya vekili, satmaya vekile kıyas etmiş ve kendisine aynı hükümleri terettüp ettirmiştir. Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise fâhiş oransızlık arzeden bu sulh akdi vekili bağlar. Fakat bu fâhiş oransızlık izale edilirse akid müvekkil için geçerli olur. Çünkü bu iki imama göre satmaya vekil ile satın almaya vekil arasında gabn hükümleri bakımından bir fark bulunmamaktadır.⁵⁷⁷

Ziraî ortakta (müzâraada) vekil: Hanefî mezhebinde müzâraa akdini caiz görenlere göre arazi sahibinin, içinde buldukları yıl geçerli olmak üzere, arazisinde müzâraa akdi yapması için bir kişiyi vekil atayıp vekilin de ürünün üçte biri veya daha azı ya da daha fazlası karşılığında bir kimseyle müzâraa akdi yapması geçerlidir. Arazi sahibiyle emek sahibinin paylarının arasındaki oransızlık akde etki etmemektedir. Fakat vekilin, insanların normal şartlarda kendisiyle aldanmayacakları bir miktarda karşı tarafı kayırdığının bilinmesi sebebiyle akid müvekkili adına geçerli olmaz. Çünkü buradaki vekâlet örfle sınırlandırılmaktadır. Bu durumda ürün, emek sahibi ile vekil arasında şart koştukları şekilde paylaşılır. Ebû Yusuf'un ilk görüşüne ve İmam Muhammed'e göre arazi sahibi, arazisinin kıymet kaybını dilerse

⁵⁷⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, XII,208.

⁵⁷⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, XIX, 145.

⁵⁷⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, XIX, 145.

vekile, dilerse emek sahibine tazmin ettirir. Emek sahibi tazminde bulunursa, tazmin ettiği miktarı vekilden talep eder. Ebû Yusuf'un son görüşüne göre ise emek sahibi tazminde bulunur ve vekilden talepte bulunur. Vekilin, insanların normal şartlarda kendisiyle aldanabilecekleri bir miktarda karşı tarafı kayırdığının bilinmesi sebebiyle akid müvekkili adına geçerli olur.⁵⁷⁸

Emek sahibinin, içinde buldukları yıl geçerli ve tohumun da arazi sahibinden olması şartıyla müzâraa akdi yapması için bir kişiyi vekil atayıp vekilin arazi sahibiyle insanların normal şartlarda kendisiyle aldanabilecekleri bir oransızlıkta akid yapması emek sahibi müvekkil adına geçerli olur. Fakat normal şartlarda kendisiyle aldanmayacakları bir oransızlıkta akid yapması ancak müvekkilin razı olması veya araziyi ekmesi durumunda müvekkil adına geçerli olur. Çünkü buradaki vekil, satın almaya vekile kıyas edilmektedir.⁵⁷⁹

Bütün bu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi vekilin müvekkil adına yaptığı akidlerde, çoğunluğu teşkil eden fıkıh âlimlerine göre sübjektif unsura gerek kalmadan tek başına fâhiş oransızlık hüküm ifade etmektedir. Bu hükmün çeşidi de genellikle yapılan akdin müvekkil adına geçerli olup olmayacağı şeklinde gerçekleşmektedir.

Türk Borçlar hukukunda gabin vekâlet akdinde aranmıştır. Buna göre tek taraflı işlem olan yetkilendirmede mümessile karşı gabin ileri sürülmez. Fakat ücretli vekâlet akdi varsa, çoğunluğa göre bu işlemde gabin ileri sürülebilir. Dolaylı temsili vekâlet⁵⁸⁰ varsa gabni ileri sürme imkânı sadece vekile aittir. Doğrudan doğruya temsilde, temsil edilenin müzayaka, tecrübesizlik ve hiffeti sebebiyle gabin meydana gelirse, gabni ileri sürme imkânı temsil edilene ait olur. Fakat gabin, mümessilin müzayaka, tecrübesizlik ve hiffetinden ileri gelmişse temsil edilene ait olur veya mümessilin bu işlemi yapma yetkisinin olmadığı güven kuramına göre somut olayda

⁵⁷⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIII, 137.

⁵⁷⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIII, 138.

⁵⁸⁰ Dolaylı temsilde hukukî işlem dolaylı temsil yetkisine dayanılarak mümessil adına, fakat temsil olunan hesabına yapılır. Geniş bilgi için bk. Eren, *Borçlar Hukuku*, 388.

gabinden yararlanan tarafından anlaşılabiliriyorsa, esasen bu işlem yetkisiz temsil dolayısıyla askıda hükümsüz işlem sayılır.⁵⁸¹

3. Veli ve Vasînin Tasarrufunda Gabin

Hanefî ve Mâlikî mezhebine göre, veli veya vasînin, çocuğun malını fâhiş oransızlıkla satması veya onlar için bir malı yine fâhiş oransızlıkla satın alması sahih değildir. Mesela, bir kimse, velisi bulunduğu çocuğun piyasa fiyatı 100 bin lira olan bir gayri menkulünü 60 bin liradan satsa veya piyasa fiyatı en çok 100 bin lira olan bir gayri menkulü onun adına 130 bin liraya satın alsın, çocuk adına akid bazı Hanefî fıkıh âlimlerine göre bâtil, diğer Hanefî fakihlerine göre ise fâsid olur. Hatta temsil olunan, buluş çağına geldikten sonra bu akde icazet verse bile akid sahih hale gelmez. Ancak temsil olunan adına, fâhiş oransızlıkla satın alınan mal, veli veya vasî hakkında sahih ve geçerli (nâfiz) olur. Satılan, onların mülkiyetine geçer. Çünkü bir vekilin, müvekkili adına aldığı mal, temsil olunan için geçerli (nâfiz) olmazsa vekil üzerine geçerli (nâfiz) ve bağlayıcı (lâzım) olur.⁵⁸² Vasînin, usûl ve furûu gibi lehlerinde şahitliği kabul edilmeyen kimselerle yaptığı satım akdinde ise, az da olsa bedelsiz satış veya bedelinden fazlaya satın alma (muhâbât) akde tesîr eder.⁵⁸³

İbn Âbidîn'e (ö. 1252/1836) göre, vasînin gabn-i fâhişle satım akdinde bulunması sebebiyle mahcur şahıslar ergin olduktan sonra dava açabilirler. Fakat mahcurların vasîsi ile satım akdi yapan müşteri, satın aldığı mala ödediği kıymetin, malın emsal bedeli olduğuna dair akid sırasında bir belge tanzim etmişse, mahcurların dava açma hakkı düşer. Fakat gabin gerçekleştiğine dair mahcurların ergin olduktan sonra ileri sürdükleri delil, müşterinin akid sırasında gabin gerçekleşmediğine dair tanzim ettiği delile tercih edilir.⁵⁸⁴

Adalet bakımından durumu bilinmeyen baba (mestûru'l-hâl), küçük evladının menkul mallarını gerek kıymetiyle ve gerek basit eksiklik (gabn-i yesîr) ile kendisi

⁵⁸¹ Kalkan, *Gabin*, 73.

⁵⁸² Şeybânî, *el-Câmi 'u's-sağîr*, 531; Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 41, XII, 214; Semerkandî, *Tuhfe*, II, 36; Kâsânî, *Bedâi 'u's-sanâi*, V, 184; Mevâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, 73 (md. 271); Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 588–589; Bilmen, *Kamus*, V, 184, VI, 80; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 138; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 151–152.

⁵⁸³ Serahsî, *el-Mebsût*, XXII, 57; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 739–740.

⁵⁸⁴ İbn Âbidîn, "*Gabin*", II, 74; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 742.

için satın alabilir ve başkasına satabilir. Fakat fâhiş eksiklik ile alıp satamaz. Bu durumda da çocuk, ergin olduktan sonra muhayyerlik hakkını kullanamaz.⁵⁸⁵ Meselâ vasî, terikeden bir malı, borç için sattıktan sonra, malın gabn-i fâhiş ile satılmış olduğu ortaya çıksa, hâkimin hükmüne muhtaç olmaksızın satım akdi bâtil olur. Binaenaleyh daha sonra emsal bedeliyle satılsa ikinci satış sahih olur.⁵⁸⁶

Yetime ait olan mala daha fazla bir bedel verecek bir başka kimsenin ortaya çıkması yahut o mal, müzayedede daha ziyade, pazarda ise daha noksan bir fiyatla satılacak olması durumunda, vasî tarafından vaki olan satışın butlanına hükmolunmaz. Bu durumda hâkim, bilirkişiye müracaat eder. Bu halde onlardan İmam Muhammed'e göre iki kişi, Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a göre ise bir kişi o malın hakiki kıymetiyle satılmış olduğunu haber verirse hâkim, mezkûr ziyadeye bakarak satım akdini feshedemez. Zira bir başkası tarafından fazla bedelin verilecek olması kıymetin ziyade olmasına delalet etmez. Fakat o malın hakiki kıymetinden noksana satılmış olduğunu haber verirse vuku bulan satım akdinin butlanına hükmedilir.⁵⁸⁷ Yetimin vasîsi de fâhiş oransızlık (gabn-i fâhiş) sebebiyle akdi feshedebilir.⁵⁸⁸

Satım akdinde olduğu gibi, icâre akdinde de oransızlığın tahakkuku durumunda benzer hükümler uygulanmaktadır. Meselâ, Mecelle'de de yer alan hükme göre, vasînin, yetimin akarını emsâl ücretten daha düşük bir ücretle kiraya vermesi durumunda icâre akdi fâsid olur. Bu durumda akdin sahih hale gelmesi, müşterinin, emsal ücreti ödemesine bağlıdır.⁵⁸⁹

Taksim akdinde de gabin hükümleri söz konusudur. Meselâ baba veya vasî, fâhiş oransızlık (gabn-i fâhiş) tahakkuk etmediği müddetçe küçüğün veya bunama

⁵⁸⁵ Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, 76 (md. 282); Bilmen, *Kamus*, V, 190.

⁵⁸⁶ Bilmen, *Kamus*, V, 198.

⁵⁸⁷ Bilmen, *Kamus*, V, 199.

⁵⁸⁸ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 742.

⁵⁸⁹ Mecelle, md. 441.

hastasının malını taksim edebilir. Baba veya vasînin taksimdeki bu tasarruf hakları, satım akdindeki haklarına binaendir.⁵⁹⁰

Çocuğun malı üzerindeki sulh akdinde de gabn mevzu bahis edilir. Meselâ Küçük çocuğun bir evinin üzerinde hak iddia edilmesi, küçüğün babasının da küçüğe ait bir mal karşılığı davacı ile sulh akdi yapması durumunda iki şartın tahakkuku ile akid geçerli olur. Birincisi davacının delilinin bulunması gerekir. İkincisi ise babanın sulh için vermiş olduğu malın davacının hakkı kadar veya normal şartlar altında insanların aldanabilecekleri bir oranda (gabn-i yesîr) olması gerekir. Çünkü buradaki sulh akdinde baba, çocuğun malını satın almaya vekil gibidir. Baba için bir töhmet durumu da söz konusu değildir. Aynı şekilde babanın, küçük çocuğu lehine hak iddiasında bulunması ve neticede sulh akdi yapıp sulh bedelini teslim alması (kabz) durumunda, sulh bedeliyle iddia edilen hakkın aynı değerde veya normal şartlarda insanların kendisiyle aldanmaları normal kabul edilen bir miktarda (gabn-i yesîr) ise söz konusu sulh akdi caiz olur. Ancak sulh bedeli, iddia edilen hakkın bedelinden çok düşük ise ve küçük çocuk lehine de bir delil mevcutsa sulh akdi caiz değildir. Bu durum, çocuğun malının fâhiş oransızlıkla satılmasına benzemektedir. Fakat küçük çocuğun lehine bir delil yoksa söz konusu sulh akdi geçerli olur.⁵⁹¹

Velinin tasarruflarında gabnin konu edinildiği bir başka alan da diyettir. Veli, küçük çocuğu lehine olan diyet bedelinden hiçbir şekilde indirim yapamaz. Çünkü bu durumda baba, çocuk hakkındaki velâyetini tam olarak yerine getirme sorumluluğu ile karşı karşıya olmasına rağmen çocuğun hakkını düşürmektedir. Zira, diyetin miktarı hukuk tarafından kesin olarak belirlenmiştir. Bu hüküm, velinin çocuk hakkında yapmış olduğu satım akidlerinden farklılık arzetmektedir. Çünkü baba, çocuğuna ait bir malın satım akdinde basit oransızlığa (gabn-i yesîre) sebebiyet verirse akid geçerli olur. Bunun sebebi, satım akdine konu olan bedellerin kıymeti hukuk tarafından takdir edilmemekte, tahminlere ve ihtimallere binaen tespit edilmektedir. Bundan dolayı piyasa uzmanları tarafından aynı mala takdir edilen fiyatlar farklılık arzetmektedir. Dolayısıyla babanın, küçük çocuğu hakkındaki malın

⁵⁹⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, XX, 41.

⁵⁹¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XX, 178.

satım akdindeki basit oransızlıkta (gabn-i yesîrde), çocuğun hakkını ihlal etmesi ve zararına sebebiyet vermesinden bahsedilemez.⁵⁹²

Türk Borçlar hukukunda kanunî temsilci aracılığıyla yapılan gabinli akidlerin akıbeti hakkında iki ihtimal söz konusudur. Birinci ihtimalde sübjektif unsurlardan ancak müzayakanın kısıtlanmış açısından gerçekleşme durumu söz konusu olur ve bundan dolayı gabin ileri sürülebilir. İkinci ihtimalde ise, sübjektif unsurların tümünün kanuni temsilci açısından gerçekleşme durumu söz konusu olur ve kanuni temsilci artık mahcur namına yaptığı akidde gabin iddiasında bulunamaz. Mahcurun gabin iddiasında bulunup bulunamayacağı meselesi ise tereddütlüdür. Hâkim kanaate göre mahcur, kanuni temsilcisinin sorumluluğuna binaen zararını kapatır.⁵⁹³

4. Komisyoncunun Tasarrufunda Gabin

Satıcı ile müşteri arasında aracılık yapan komisyoncunun, alıcı veya satıcıyı fâhiş oransızlıkla aldatması durumunda, aldanan taraf için akdi feshetme muhayyerliği meydana gelir. Çünkü komisyoncunun akidle münasebeti bulunmaktadır. Dolayısıyla akidle münasebeti bulunmayan kimsenin akdin taraflarından birini aldatması durumunda aldanan tarafın akdi feshetme muhayyerliği bulunmamaktadır.⁵⁹⁴ Fakat satıcı, aldatmaksızın müşteriye “Bu malı sat. Zıyan edersen sorumluluk benimdir, zararını tazmin ederim.” dese, müşteri de malını satıp zıyan etse satıcıya herhangi bir sorumluluk terettüp etmez.⁵⁹⁵

5. Sarf Akdinde Gabin

Mecelle şarihlerinden Ali Haydar, sarf akdindeki gabn-i fâhişin ölçüsünü 1/40 olarak tespit etmiştir.⁵⁹⁶ Ayrıca sarf akdindeki vekâlette vekilin, müvekkilinin aleyhine gabn-i fâhişle yaptığı akid satın almaya vekilin yaptığı akde kıyas edilmiştir. Dolayısıyla sarf akdinde vekilin, müvekkili adına yaptığı gabn-i fâhişli akid vekil adına geçerlidir. Fakat vekilin töhmet ihtimali bulunan kimselerle,

⁵⁹² Serahsî, *el-Mebsût*, XXI, 14.

⁵⁹³ Kalkan, *Gabin*, 74.

⁵⁹⁴ Çetin, “*Gabn-i Fâhiş*”, XVIII (4), 217.

⁵⁹⁵ Bilmen, *Kamus*, VI, 80.

⁵⁹⁶ Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 247.

müvekkili adına gabn-i yesîrle veya hakiki kıymetleriyle bile akid yapması caiz değildir.⁵⁹⁷

Sarf akdinde gabnin mevzu bahis edildiği bir başka konu da sarf akdindeki sulhtur. Konuyla ilgili şu örnek verilmektedir: Bir kimse birisinden on altına, içinde 100 gram gümüş bulunan bir ibrik satın alıp her iki taraf da bedelleri teslim aldıktan sonra, müşteri ibriğin kusurlu olduğunu görürse onu geri verebilir. Satıcı, müşteriye bir altın ödemek üzere sulh yaparsa, bu altın kusurun değerinden fazla da az da olsa, Ebû Hanîfe'ye göre bu sulh akdi geçerlidir. Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre; eğer fazlalık insanların normal şartlar altında kendisi ile aldanmayacağı bir oransızlıkta (gabn-i fâhiş) ise akid geçerli değildir. Bu ihtilafın temelinde, “gasp edilip telef edilen malın değerinden daha fazlası karşılığında sulh akdine mevzu olup olmayacağı” konusu vardır. Bu durum, Ebû Hanîfe'ye göre câiz iken Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre caiz değildir. Çünkü bu iki imama göre hak, kıymet üzerinde tahakkuk eder. Bu da hukuk tarafından takdir edilmiştir. Hukukun belirlediği bu kıymetin üzerindeki fazlalık fâizdir. Ancak normal şartlar altında insanların kendisi ile aldanabilecekleri bir oransızlıkta (gabn-i yesîr) bir fazlalık kesin olarak tespit edilemez. Zira gabn-i yesîr, bilirkişilerin tayin ettiği fiyatlar kapsamındadır. Sarf akdindeki sulhta da müşterinin hakkı, kusur dolayısıyla elde edilemeyen bedelin üzerinde tahakkuk eder. Gasp edilen arazideki sulhta olduğu gibi burada da Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre; eğer fazlalık, normal şartlar altında insanların kendisi ile aldanmayacakları bir oransızlıkta (gabn-i fâhiş) olursa, söz konusu fazlalık fâizdir. Ebû Hanîfe'ye göre ise gasp edilen mal tüketilmiş olsa bile, buna karşılık teslim alınan mal, gasp edilen kişiye ait mülkün bedeli olmaya uygun ise sulh akdi geçerlidir. Sarf akdindeki sulhta da teslim alınan karşılık, sarf akdi sonucunda hak edilen elde edilmemiş kısmın bedeli olmaya uygun olmalıdır. Aynı zamanda altın ile gümüş arasında, peşin işlemlerde faiz olmaz. Ayrıca sulh akdinin indirim yoluyla geçerli olması da mümkündür. Bu durumda satıcı, ibriğin fiyatında bu miktarda indirim yapmış kabul edilir.⁵⁹⁸

⁵⁹⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, XIV, 64.

⁵⁹⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, XIV, 72.

6. Şartlı Akidlerde Gabin

İslâm hukukunda alacaklıya menfaat temin eden bir şart bâtil veya fâsid kabul edilmektedir. Böyle akidlerde ayrıca gabin aranmamaktadır. Pozitif hukukta ise alacaklı lehine her hangi bir menfaat gabin kabul edilmektedir.⁵⁹⁹

7. Garar İçeren Akidlerde Gabin

Garar, sözlükte “risk, tehlike; aldatmak” anlamlarına gelmektedir.⁶⁰⁰ Tercih edilen tanıma göre garar, “sonucu gizli olan, belli olmayan” demektir.⁶⁰¹ Dolayısıyla garar içeren akidler de sonucu konusunda belirsizlik barındıran akidler olmaktadır.⁶⁰²

Tabiatları îcâbı, garar içeren akidlerde fâhiş oransızlığın meydana gelmesi muhtemeldir (mazinne). Çünkü bu tip akidlerin taşıdığı talih, tesadüf ve belirsizlik sebebiyle bedellerden birisinin zayi olup fâhiş bir zarar veya fâhiş bir kârın yaşanması söz konusudur.⁶⁰³ Bundan dolayı Mâlikî fihhında garar neticesinde meydana gelen fâhiş oransızlıktan bahsedilmektedir.⁶⁰⁴

Akid konusunun aslında olan garar butlan sebebidir. Meselâ, hayvanın karnındaki ceninin satılması böyledir. Çünkü bu ceninin hiç doğmaması veya ölü doğması tehlikesi bulunmaktadır. Vasıf ve miktardaki garar ise fesad sebebidir.⁶⁰⁵ Dolayısıyla garar, akid konusunun aslında bulunduğu zaman tek başına akdi bâtil, vasıf ve miktarda olduğu zaman ise fâsid kılmaktadır. Bu durumda fâhiş oransızlığı muhtemelen akid üzerinde müessir olmayan gararda aramak gerekmektedir.

Garardan daha hass bir kavram olmakla beraber mevzu, İsviçre-Türk hukuklarında muhataralı (riskli, rizikolu, aleatoire, bahta bağlı) akidler başlığı altında ele alınmakta olup tanımı “taraplardan bir tarafın edânın varlığının veya kapsamının ileride ne şekilde gerçekleşeceği bilinmeyen belirsiz bir olaya bağlanmış olması”

⁵⁹⁹ Kalkan, *Gabin*, 74.

⁶⁰⁰ Zebîdî, *Tâcü'l- 'arûs*, “ğ-r-r” maddesi, III, 443, 448.

⁶⁰¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 194; Zebîdî, *Tâcü'l- 'arûs*, “ğ-r-r” maddesi, III, 443.

⁶⁰² Apaydın, *Butlan Teorisi*, 134.

⁶⁰³ Hafîf, “*Gabin*”, 3.

⁶⁰⁴ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 148.

⁶⁰⁵ Apaydın, *Butlan Teorisi*, 135.

şeklinde yapılmaktadır.⁶⁰⁶ Bu başlık altında kaydı hayat ile irat, ölünceye kadar bakma, kumar, bahis, sigorta ve sonuca katılmalı ödünç akidlerine yer verilmektedir. Bu tip akidlerde genellikle gabin ileri sürülebilmekte, hiç değilse ihtimaliyet hesaplarına dayanarak önceden edimler arasında bir nispetlilik olup olmadığı tespit edilebildiği vakit, BK. 28 hükmünün uygulanabilmesine izin verilmektedir.⁶⁰⁷ Fransız hukukundaki hâkim eğilim ise bu tip akidlerde gabni reddetmek şeklindedir.⁶⁰⁸

8. Güvene Dayalı Akidlerde (Bey‘u’l-emânât) Gabin

İslâm hukukunda fiyat tespitinde mâliyet fiyatının esas alınıp alınmamasına göre satım akidleri iki kısma ayrılmaktadır:

Müsâveme: Fiyat tespiti tarafların pazarlık ederek, maliyet ve kârı zikretmeksizin yaptıkları satım akididir. Bu çeşit akidlerde “hıyanet muhayyerliği” geçerli değildir.⁶⁰⁹

Emâne: Fiyat tespiti, akid konusu malın satıcıya maliyeti esas alınarak yapılan satım akidleridir. Bu tür akidlere güven esasına dayanan satım akidleri denir. Güven esasına dayanan satım akidleri de dört çeşittir:

a. *Murâbaha:* Maliyet üzerine kâr ekleyerek ve bunu müşteriye söyleyerek yapılan satıştır.

b. *Tevliye:* Maliyetine satıştır. Piyasa kuralları ölçü alınarak masraflar, alış fiyatına ilave edilir.

c. *İşrâk:* Kısmî tevliyedir. Malın bir kısmını maliyetine, diğer bir kısmını ise kâr ekleyerek satmaktır. Bir bakıma tevliye ve murabahanın birleştirilmiş şeklidir. Bu “eş-Şerike fi’l-bey” adıyla da anılır.

d. *Vadî‘a:* Maliyet fiyatından belli bir miktar indirimle yapılan satıştır. Buna “el-Muvâda‘a ve el-muhâtta” da denilir.⁶¹⁰

⁶⁰⁶ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, I, 249; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 485; Kalkan, *Gabin*, 97–98.

⁶⁰⁷ BK. md. 504–519; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 483; Kalkan, *Gabin*, 97–101.

⁶⁰⁸ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 483; Kalkan, *Gabin*, 98.

⁶⁰⁹ Ali Haydar, *Dürerü’l-hükkâm*, I, 587.

Güven esasına dayanan satışlarda malın maliyet fiyatı önemlidir.⁶¹¹ Çünkü müşteri sadece satıcının beyan ettiği maliyet fiyatını esas alarak akid yapar. Bu bakımdan satıcı, murâbaha, tevliye, işrâk ve vadî'a türlerinde yapacağı bir satım akdinde, satıcının beyanına duyulan güvenin gereğini yerine getirip maliyet fiyatları hakkında karşı tarafa doğru bilgi vermelidir. Zira bu çeşit satışlarda daha çok ticari tecrübesi ve kabiliyeti yetersiz olan kimseleri aldatılmaktan koruma hedeflenmektedir. Bu hedefe ulaşmak için İslâm hukuku güven esasına dayanan satışlarda dürüst davranmayı emretmiş ve tek başına yalan söylemeyi hile kabul etmiştir. Satıcının, sadece maliyet fiyatının miktarını değil, onunla ilgili fiyatı etkileyebilecek her türlü bilgiyi detaylı bir şekilde vermesi gerekir. Bütün bunlara rağmen satıcı maliyet fiyatı hakkında yalan veya eksik bilgi verirse müşteri aleyhine sözlü bir hile meydana gelmiş olur.⁶¹²

Hanefî fıkıh âlimleri, murâbaha, tevliye ve vadî'a yoluyla yapılan satım akidlerinde satıcının yalan beyanının (hıyanetinin) ortaya çıkması durumunda farklı hükümler terettüp ettirmişlerdir. Murabahada satıcı, meselâ bin liraya almış olduğu bir malı “Bin iki yüz liraya satın aldım.” demiş olsa veya ana mala eklenmesi şart olmayan masrafları eklemiş olduğu anlaşılrsa, müşteri buna muttali olunca Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'e göre muhayyer olur. Dolayısıyla müşteri dilerse satım akdini fesheder, dilerse mebiî konuşulan fiyat (semen-i müsemmâ) ile kabul eder. Ebû Yusuf, Şâfiî ve Hanbelîlere göre murabahada satıcının yalanı ortaya çıksa müşteri, asıl semenden fazla olan miktar ile onun mukabilindeki kârı iskat edebilir.⁶¹³

Fakat tevliyede satıcının yalan beyanı (hıyaneti) ortaya çıksa müşteri, yalan beyan sebebiyle meydana gelen fiyat artışını düşerek akdi kabul eder. Bu görüş Ebû Hanîfe ile Ebû Yusuf'a aittir. Meselâ satıcı, bir malı bin liraya almış olduğunu

⁶¹⁰ Kâsânî, *Bedâi' u's-sanâi'*, V, 220–226; Mevslî, *el-İhtiyâr*, II, 33–35; Bilmen, *Kamus*, VI, 119; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, I, 648, 652; Bahrülulûm, *'Uyübü'l-irâde*, 590–591; Mecelle, md. 298; Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 93–94; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, dipnot 578.)

⁶¹¹ Güvene dayalı akidlerde muteber olan semen, satım akdinin üzerinde vaki olduğu semendir. Değiştirilen miktar, semen değildir. (Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 587).

⁶¹² Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 154–155; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 143–144; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 176–177.

⁶¹³ Buhârî, *el-Muhît*, VII, 51–52; Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 587; Bilmen, *Kamus*, VI, 83–84, 120; Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 83.

söyleyerek yine bin liraya sattıktan sonra, o malı sekiz yüz liraya almış olduğu tahakkuk etse müşteri, o malı sekiz yüz liraya alır. Bin lirayı satıcıya vermiş ise iki yüz lirayı geri almaya hak kazanır. Aksi takdirde tevliyede bulunmamış olur. İmam Muhammed'e göre ise müşteri muhayyerdir. Dilerse mebi, semenin tamamıyla satın alır, dilerse akdi fesheder.⁶¹⁴

Vazîaya gelince; satıcının bunda yalan beyanı (hıyaneti) ortaya çıkarsa bakılır: Eğer hıyanet ile beraber vazîa yine vazîa olarak kalırsa müşteri muhayyer olur. Dilerse mebi terk eder ve dilerse belirlenen semen (semeni müsemma) ile kabul eder. Fakat vazîa olmaktan çıkarsa müşteri hıyanet miktarını indirerek mebi alır. Meselâ satıcı, kendisine on liraya mal olduğunu söylediği bir şeyi sekiz liraya satıp da o şeyin kendisine dokuz liraya mal olduğu bilâhare anlaşılrsa vazîa, yine vazîa olmakta kalmış olur. Fakat yedi liraya mal olduğu anlaşılrsa vazîa olmaktan çıkar.⁶¹⁵

Yukarıdaki örneklerden de anlaşılacağı gibi fıkıh âlimlerine göre güvene dayalı akidlerde beyan edilen maliyet fiyatı ile gerçek maliyet fiyatı arasında basit oransızlık (gabn-i yesîr) bile hukukî sonucu etkiler. Murabahada böyle bir oransızlık Ebû Hanife ve İmam Muhammed'e göre muhayyerlik hakkı verir. Ebû Yusuf, Şâfiî ve Hanbelîlere göre ise, gerçek maliyet fiyatından fazla olan miktar ile onun mukabilindeki kârı düşürülür. Tevliye ve vazîa satışlarda da benzer durumda aynı hükümler terettüp ettirilir.

Güvene dayalı akidlerde gabinle ilgili şu örnek de zikredilir: Bir kimse, bir malı insanların aldanmayacakları bir oransızlık (gabn-i fâhiş) ile satın almış olduğunu bilse bunu murabaha yoluyla satamaz. Ancak aldanmış olduğunu haber verirse bunu satmasında bir sakınca yoktur.⁶¹⁶ Dolayısıyla açıklanmadıkça, gabinle satın alınmış bir malın murabaha usulüyle satılması caiz değildir.

Bir başka örnek ise şu şekildedir: Bir kimse, bir kumaş veya gıda maddesi satın alsın ve bunlar herhangi birisinin müdahalesi olmadan müşterinin yanında ayıplansa,

⁶¹⁴ Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 587; Bilmen, *Kamus*, VI, 83–84, 120; Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 83.

⁶¹⁵ Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 587; Bilmen, *Kamus*, VI, 83–84, 120; Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 83.

⁶¹⁶ Serahî, *el-Mebsût*, XIII, 90–91; Bilmen, *Kamus*, VI, 121.

müşterinin bunları açıklama yapmadan satış bedelinin tamamı üzerinden murâbaha yoluyla satıp satamayacağı üzerinde Hanefî fakihleri ihtilaf etmişlerdir. Hâkim kanaate göre murabaha yoluyla satabilir. İmam Züfer ise açıklama yapmaksızın satamayacağını ifade eder. İmam Muhammed'den nakledilen bir görüşe göre ise, söz konusu ayıp sebebiyle müşteri gabn-i yesîre maruz kalırsa satım akdi geçerli; gabn-i fâhişe maruz kalırsa satım akdi geçerli değildir.⁶¹⁷

Güvene dayalı akidlerde gabnin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ve uygulama alanının nasıl olacağı hususu önem taşımaktadır. Yukarıda da açıklandığı gibi, duruma göre basit oransızlık (gabn-i yesîr) bile gabnin hükümlerini tahakkuk ettirmektedir. Fakat gabinde tahakkuk eden gabnin muhayyerliği ile güvene dayalı akidlerde tahakkuk eden hıyanet muhayyerliği arasında birtakım farklılıkların bulunduğunu belirtmek gerekir. Çünkü gabinde hakiki kıymet ile beyan edilen fiyat arasında oransızlık bulunmaktadır. Bu oransızlığın hüküm doğurması için de prensip olarak fâhiş olması gerekmektedir. Güvene dayalı akidlerdeki oransızlık ise satılacak malın gerçek maliyet fiyatı ile beyan edilen maliyet fiyatı arasında bulunmalıdır. Bu oransızlığın muhayyerlik hakkını vermesi için fâhiş olmasına gerek yoktur. Çok az bir oransızlık bile muhayyerlik hakkını verir. Ayrıca güvene dayalı akidlerde aldatan açısından aldatma fiili yalnız “yalan beyan” ile gerçekleşirken, gabinde çeşitli aldatma fiilleri bulunmaktadır.

C. İdare Hukuku

Şahsın hayatı, sıhhati, vücût tamlığı, şeref ve haysiyeti, ilmi ve mesleki hüviyeti, hürriyeti, ismi, sırları gibi manevi haklarını kapsayan kişi varlığı alanına giren akidlerde gabnin mevzu bahis olmayacağı açıktır. Çünkü gabinin, yalnızca karşılıklı ivazlar bulunan malvarlığına ilişkin akidlerde uygulanabilme durumu söz konusudur.

1. Mütevellinin tasarrufunda gabnin

İslâm hukuku vakıf müessesesine ve mallarına büyük önem vermiş ve bu alanda meydana gelebilecek bütün suistimallerin önünü kesmeye çalışmıştır. Bundan dolayı mütevellinin vakıf malları üzerinde yaptığı tasarrufları mercek altına almıştır.

⁶¹⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 79.

Öyle ki, kişilerin kendi adlarına yaptıkları tasarruflarda caiz olan fâhiş oransızlık, mütevellinin vakıf malı üzerindeki tasarrufunda akdi bâtil hale getirmektedir.⁶¹⁸

Mecelle’de yer alan hükme göre, müteveli, vakıf akarını emsâl ücretten daha düşük bir ücretle kiraya verse, icâre akdi fâsid olur ve akdin sıhhati için müşterinin emsal ücret vermesi gerekir.⁶¹⁹

2. Devlet görevlisinin tasarrufunda gabin

İslâm hukuku, vakıfta olduğu gibi devlet hazinesinin muhafazası için de çeşitli tedbirler almıştır. Bundan dolayı devlet hazinesi (beytülmal) üzerindeki yöneticilerin tasarruflarını kontrol altına almak için çeşitli hükümler koymuştur. Nitekim konusu devlet hazinesine ait mal olan akidlerdeki fâhiş oransızlık yasaklanmıştır.⁶²⁰

D. Aile Hukuku

İslâm aile hukukunda gabin, özellikle “evlendirmede velâyet hakkı ve denklik” başlıkları altında ele alınmaktadır. Bu başlıklar altında veli olan baba ve dedenin, evlendirdikleri çocukların mehrini, mehri misillerinden fâhiş derecede az tayin edip edemeyecekleri ele alınmaktadır. Ebû Hanîfe’ye göre baba ile dede, küçük kız çocuklarının mehirlerini emsal mehirlerinden fâhiş derecede az veya erkek çocuklarının evlendiği kadınların mehrini fâhiş derecede fazla takdir edebilirler. Bu durum evlilik akdinde herhangi olumsuz bir etki meydana getirmez. Fakat İmâm Şâfiî, İmâm Muhammed ve Ebû Yusuf’a göre küçük kız çocukların mehirleri emsal mehirden fâhiş derecede az veya erkek çocukların evlendiği kadınların mehirleri fâhiş derecede fazla olamaz.⁶²¹ Bu durumda İmâm Muhammed ve Ebû Yusuf’a göre akid bâtil olur. Yine Hanefî mezhebinde ittifakla baba ve dede dışındaki velilerin, çocukların mehirlerini fâhiş derecede az veya fazla takdir etmeleri caiz değildir.⁶²²

⁶¹⁸ İbn Âbidîn, *Hâşiye*, IV, 407; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 218.

⁶¹⁹ Mecelle, md. 441.

⁶²⁰ Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 218.

⁶²¹ Şeybânî, *el-Câmi ‘u’s-sağîr*, 172; Kâsânî, *Bedâi ‘u’s-sanâi ‘*, II, 245; Nevevî, *Minhâc*, 297; Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 237; İbnü’s-Sâ‘âtî, *Mecme ‘ü’l-bahreyn*, 519.

⁶²² Kâsânî, *Bedâi ‘u’s-sanâi ‘*, II, 245; Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 237; İbnü’s-Sâ‘âtî, *Mecme ‘ü’l-bahreyn* 519.

İmam Şâfiî'ye göre ise fâhiş oransızlık arzeden mehir bâtil olur. Hanbelî mezhebi ve İmam Nevevî'ye göre akid sahih olur ve mehr-i misil takdir edilir.⁶²³

Sefihin belirlediği mehirde de gabin mevzu bahis edilmektedir. Sefihin evlenmesi durumunda nikâh akdi geçerli olmakla birlikte, emsal mehirden fazla mehir tayin edemez. Çünkü emsal mehirde oransızlık (gabin) söz konusu değildir. Bundan dolayı da sefihin aldanmasının önüne geçilmiş olunmaktadır. Emsal mehirden fazla olan bedel ise bâtildir.⁶²⁴ Görüldüğü gibi burada evlenen erkeğin sefih olması durumunda mehirde oransızlığa müsaade edilmemektedir.

Sefih olan kadının, emsâl mihrinden az bir mehirle dengiyle evlenmesi caizdir. Bu durumda emsal mehirle, tayin edilen mehir arasında fâhiş oransızlık bulunur ve aralarında zıfaf gerçekleşmezse, kocasından emsal mehri ödemesi veya bu kadından ayrılması talep edilir. Çünkü bu durumda kadının rızası tam değildir. Kocasını da tayin edilen mehirden daha fazla mehre rızası olmadığı için muhayyerlik hakkına sahiptir. Fakat zıfaf gerçekleşmişse muhayyerlik hakkı düşer ve emsal mehri vermesi vacib olur.⁶²⁵

Reşid olan kadın, velisinden kendisini bin liralık bir mehir karşılığında evlendirmesini talep etse, velisi de kendisini bin liralık mehirden daha düşük bir mehir karşılığında evlendirse Şâfiî mezhebine göre nikâh akdi bâtil olur. Aynı şekilde kadın, velisinden kendisini mehir karşılığında evlendirmesini talep etse, velisi de kendisini mehr-i mislinden daha düşük bir mehir karşılığında evlendirse, nikâh akdi bâtil olur. Çünkü mutlak mehirle evlendirme talebi mehr-i misille kayıtlandırılır. Nevevî'nin (ö. 676/1277) görüşüne göre bu iki durumda da nikâh akdi sahih olur ve kadına mehr-i misil terettüp eder.⁶²⁶

Mâlikî mezhebine göre karşılıklı rıza ile boşanmada (muhâla'a/hul'a) reşid olan kadın, sefih olan kocasının muhâla'a bedelini eksik verirse, bir başka ifadeyle belirlenen muhâla'a bedeli ile emsâl muhâla'a bedeli arasında oransızlık meydana

⁶²³ Nevevî, *Minhâc*, 297; Haccâvî, *el-İknâ'î*, II, 92.

⁶²⁴ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, 117.

⁶²⁵ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, 117.

⁶²⁶ Nevevî, *Minhâc*, 398.

gelirse muhâla‘a akdi geçerli olur. Fakat kadının emsal muhâla‘a bedelini ödemesi gerekir.⁶²⁷ Görüldüğü gibi burada zayıf taraf olan sefihin zayıflığından istifade edilmesi durumu söz konusudur. Sonuçta yapılan akid geçerlidir. Fakat meydana gelen oransızlık durumu, bir başka ifade ile gabin izale edilmiş olmaktadır.

Türk Aile hukukunda ancak karı ile koca arasında yapılacak borçlar hukuku sözleşmelerinde gabin uygulanabileceği yönünde bir görüş bulunmaktadır.⁶²⁸

E. Miras Hukuku

Türk Miras hukukunda gerçek anlamda tam iki tarafa borç yükleyen akid olmamasına rağmen ivazlı miras akidlerinde gabin söz konusu olmaktadır. Ne var ki, miras bırakanın diğer taraf yararına yaptığı ölüme bağlı bir tasarrufun ivaz karşılığı olmasını kanun koyucu, kolaylık yönünden tam iki tarafa borç yükleyen akidlere benzeterek ivaz ilişkisi yönünden gabin hükümlerinin uygulanmasını mümkün görmüştür. Bu konuda doktrinde şu örnek verilmektedir: “Zengin bir adamın oğlu babasının iznini almadan evlenmiştir. Bunun üzerine babası ona her türlü yardımı kesiyor. Genç adam bir şirkete gece bekçisi olarak giriyor ve gündüzleri de üniversite eğitimi yapıyor. Karısının hastalanması ve tedavisi için 20 bin franka ihtiyaç hâsıl olması üzerine, babasından bu parayı isteyen gence babası, “mirastan feragat sözleşmesi yapıldığı takdirde bu parayı verebileceğini” söylüyor. Feragat sözleşmesi bu şartlarla yapılıyor. Dolayısıyla bu feragat sözleşmesi gabin sebebi ile sona erdirilebilir.⁶²⁹

F. Eşya Hukuku

1. Şüf‘ada gabin

Şüf‘ada gabin özellikle iki yerde mevzu bahis edilmektedir. Birincisi veli ve vasînin, küçük çocuğu, ikincisi de vekilin, müvekkili adına fâhiş oransızlıkla şüf‘a hakkını kullanması durumunda gabin söz konusu edilmektedir.

⁶²⁷ Hattâb, *Mevâhibü’l-celîl*, IV, 26.

⁶²⁸ Kalkan, *Gabin*, 61.

⁶²⁹ Kalkan, *Gabin*, 64.

İmam Züfer dışındaki Hanefî fakihlerine göre şüf'a hakkına sahip olan baba, küçük çocuğu için satın aldığı bir evi, şüf'a ile kendisi için alma hakkına sahiptir. Çünkü nasıl ki adil olan veya adalet bakımından durumu bilinmeyen baba, küçük evladının menkul mallarını gerek kıymetiyle ve gerek basit eksiklik (gabn-i yesîr) ile kendisi için satın alması caizse evladı için satın aldığı bir akarı da şüf'a hakkını kullanarak kendisi için satın alması caizdir. Fakat vasî, şüf'a hakkına sahip olduğu bir evi küçük çocuk için satın alsa, şüf'a ile onu kendisi için satın alamaz. Çünkü vasî, emsal kıymetiyle dahi küçük çocuğun malını kendisi için satın alamaz. Dolayısıyla vasînin, küçük çocuğun malını kendisi için emsâl kıymetiyle bile satın alması caiz değilse, küçük çocuk için satın aldığı bir akarı şüf'a hakkını kullanarak kendisi için satın alması da caiz değildir.⁶³⁰

Görüldüğü gibi Hanefî mezhebinde küçük çocuğu için satın aldığı akar üzerinde şüf'a hakkına sahip olan (şefî) veli, hakiki kıymetiyle veya basit eksiklikle (gabn-i yesîr) kendi lehinde satın alma tasarrufunda bulunabilir. Fakat vasînin böyle bir hakkı bulunmamaktadır.

Hanefî mezhebinde İmam Muhammed (ö. 189/805) ve Züfer'e (ö. 158/775) göre şüf'a akdinde müşteri, evi normal şartlar altında, insanların kendisi ile aldanmayacağı bir miktarda (fâhiş oransızlıkta) hakiki kıymetinden fazlaya satın alsa, bu evin şüf'a hakkına sahip olan kimse de küçük çocuk ise, babası da çocuğun şüf'a hakkını kullanmaktan vazgeçerse geçerlidir. Dolayısıyla çocuk, ergin olduktan sonra şüf'a hakkını kullanamaz. Çünkü burada çocuğu gözetme vardır. Fakat daha doğru olan görüş, babanın şüf'a hakkından feragat etmesinin caiz olmayacağı ve dolayısıyla çocuğun ergin olmasından sonra şüf'a hakkını kullanabileceğidir. Çünkü babanın, burada çocuğu aleyhinde fâhiş bir oransızlıkla tasarrufta bulunması caiz değildir. Dolayısıyla veli olan babanın küçük çocuğu adına şüf'a hakkını kullanarak evi satın almaya malik olması söz konusu değildir. İstemeyip susması ve haktan vazgeçmesi ancak satın almaya malik olduğu durumda geçerli olur. Neticede çocuk, ergin olunca şüf'a hakkını kullanabilir.⁶³¹

⁶³⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, XIV, 155; Bilmen, *Kamus*, V, 190.

⁶³¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XIV, 155.

Görüldüğü gibi Hanefî mezhebinde küçük çocuğun şüf'a hakkına sahip olduğu bir akarın fâhiş oransızlıkla (gabn-i fâhişle) satın alınması durumunda velisi, küçük çocuğu adına şüf'a hakkını kullanmaz. Bundan dolayı çocuğun şüf'a hakkı ergin oluncaya kadar devam eder.

Hanefî mezhebine göre müvekkilin, satış bedelini söylemeden kendisine şüf'a hakkını kullanarak bir ev alması için vekil tayin etmesi ve vekilin de hâkimin kararıyla veya kararı olmaksızın insanların kendisi ile aldanmayacağı bir miktarda (fâhiş oransızlıkta) hakiki kıymetinden fazlaya bir bedelle evi satın alması müvekkili bağlar. Hâlbuki satın almaya vekil, malı hakiki kıymetinden fazlasına satın aldığı zaman yaptığı akid vekil adına geçerli olurdu.⁶³² Şüf'ada müvekkil adına geçerli olmasının sebebi şu şekilde açıklanmaktadır: Satın almaya vekil, hakiki kıymetinden fazlasına satın aldığı anda, suçlamada (töhmette) kalacağı için, satın alması müvekkil için geçerli olmaz. Çünkü vekil, kendisi için satın alıp bedelin pahalı olduğunu anlayınca müvekkili için satın aldığı söylemesi mümkündür. Ancak bu töhmet şüf'a ile malı almaya vekil atanan kişi için olamaz. Çünkü kendisi için alma imkânına sahip değildir.⁶³³

2. Taksimde gabin

Taksim, ister rıza, ister mahkeme kararı ile olsun, âdilâne olması gerekir. Yani herkesin hisseleri ortak maldaki istihkaklarına göre taksim edilmeli, hisseler kıymet ve menfaat bakımından fâhiş oransızlık arz etmemelidir. Taksim akdinin feshedilebilmesi için yüz ölçüm ve kıymet bakımından oransızlıkla birlikte menfaat açısından da bir oransızlığın meydana gelmesi ve karşılıklı rızanın da bulunmaması gerekir. Meselâ bir arazi üzerinde ortak olan iki kişiden biri arazinin üçte biri olan ön kısmı, diğeri de üçte ikisi olan arka kısmı alsalar bu taksim geçerli olur. Bu durumda gabin iddia edilemez. Çünkü ortada maddi bir oransızlık olsa da menfaat bakımından adalet söz konusudur. Aynı zamanda tarafların bu tasarrufa rızaları bulunmaktadır. Zira evin ön kısmına daha çok rağbet edilebilir ve ön tarafın değeri arka taraftan daha

⁶³² Geniş bilgi için bk. Tez Metni, s.191-193.

⁶³³ Serahsî, *el-Mebsût*, XIV, 164.

fazla olabilir. Menfaat ve rıza da buna göre değişir.⁶³⁴ Buradan da anlaşılacağı gibi taksim akdindeki fâhiş oransızlığın gabin hükümlerini doğurabilmesi için hata (galat) ile birlikte bulunması gerekir. Taksimde gabin ve hata (galat) davası iki şekilde söz konusu olur:

1) Hisselerin kıymetlendirilmesinde hata (galat) ve gabin bulunduğu iddiasıdır ki iki şekilde karşımıza çıkar:

a) Kıymet takdirinde gabn-i yesîrin iddia edilmesidir. Bu durumda taksim ister rızayla, isterse mahkeme kararıyla olsun iddia kabul edilemez.

b) Kıymet takdirinde fâhiş oransızlığın iddia edilmesidir. Taksim mahkeme kararıyla yapılmışsa dava ittifakla dinlenir. Zira hâkimin tasarrufları adaletle mukayyet olduğundan, adalet bulunmadığı açık olan kazaî taksim bâtil olur. Rızaî taksim halinde gabin davasının dinlenip dinlenmeyeceği konusu tartışmalıdır. Mecelle'ye göre kazaî taksim ile rızaî taksim aynı kaidelere tabidirler. Buna göre taksim ister rıza, ister mahkeme kararı ile olsun gabin davası dinlenir.⁶³⁵ Hanbelî mezhebine göre, aldanan, zayıf durumunu karşı tarafa bildirmediği ve haksızlık yapılmamasını şart koşmadığı sürece gabin davası dinlenmez.⁶³⁶ Mâlikî mezhebinin çoğunluğunu teşkil eden fakihlerine göre, rıza ile yapılan taksimde gabn-i fâhiş meydana gelse de gabin davası dinlenmez. Fakat taksim kurayla yapılmış olursa, gabn-i fâhiş sebebiyle gabin davası dinlenir. Fakat Bağdad ekolünü temsil eden Mâlikî fakihlerine göre rızayla yapılan taksim akdinde fâhiş oransızlığın bulunması sebebiyle gabin davası ve mağdurun muhayyerlik hakkı söz konusu olur.⁶³⁷

2) Taksim neticesinde düşen miktarda hata (galat) ve gabin bulunduğu iddiasıdır ki bu da iki şekilde karşımıza çıkar:

a) Taksim anında tarafların hisselerinde oransızlığın meydana gelmesinin iddia edilmesi neticesinde söz konusudur. Meselâ, 100 koyun iki kişi arasında müşterek ise

⁶³⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 27–28; Karâfi, *ez-Zahîre*, VII, 231; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ* ' , VI, 377; Elbir, "Gabin", 10.

⁶³⁵ Mecelle, md. 1127; Elbir, "Gabin", 10.

⁶³⁶ Haccâvî, *el-İknâ* ' , II, 418; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ* ' , VI, 381.

⁶³⁷ Karâfi, *ez-Zahîre*, VII, 231-232; Mevâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, V, 335; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, III, 500.

ve ortaklar koyunları taksim ettikten sonra, biri ortağına “Koyunlardan 55’ini hatayla sen aldın, 45’ini ben aldım, tam tersi olacaktı, bu sebeple taksim akdini feshediyorum.” diyerek iddiada bulunur. Ortağı da “Koyunları, fiyatlarının farklılığı sebebiyle 45’i senin, 55’i benim olmak üzere taksim etmiştik.” der ve taraflardan hiçbirinin de bu hususta delili yoksa “hisselerin oransızlığı” sebebiyle kismet akdi feshedilir.⁶³⁸

b) Taksimden sonra tarafların hisselerinde oransızlığın meydana gelmesinin iddia edilmesi neticesinde söz konusudur. Meselâ, taraflardan biri “Biz koyunları akidde eşit olarak taksim ettikten sonra sen benim nasibimden 5 koyun gasb ettin.” diyerek davacı olur. Diğeri de “Biz koyunları 55’i benim, 45’i senin olmak üzere taksim ettik. Koyunlarını gasb etmedim.” derse ve her ikisinin de delili yoksa davalının sözü kabul edilir. Çünkü görünüşte davacı gasb iddia etmekte, davalı da bunu inkâr etmektedir. Fakat davalı iddiayı ikrar ederse ikrar ile ihtilaf kaldırılmış olur. Dolayısıyla dava dinlenir ve davacının iddiası sabit olur.⁶³⁹

Şâfiî mezhebine göre mahkeme kararıyla yapılan taksimdeki hata sebebiyle taksim akdi feshedilir. Fakat mahkeme kararı olmaksızın tarafların karşılıklı rızasına dayanarak yapılan taksimde hatanın meydana gelmesi sebebiyle akid etkilenmez.⁶⁴⁰

Baba veya vasî, fâhiş oransızlık (gabn-i fâhiş) tahakkuk etmediği müddetçe küçüğün veya bunama hastasının malını taksim edebilir. Baba veya vasînin taksimdeki bu tasarruf hakları, satım akdindeki haklarına binaendir.⁶⁴¹

Taksimde fâhiş oransızlık olduğu ortaya çıkarsa, taksim ister rızayla, ister mahkeme kararı ile olsun kismet akdi feshedilerek tekrar adalete uygun bir surette taksim yapılır. Şayet ortaklar ikiden fazla olur ve fâhiş oransızlık da delil veya davalıların ikrarları veyahut yemin etmekten kaçınmalarıyla (nükûl) sâbit olursa, taksim akdi bütün şerikler hakkında feshedilir. Fakat fâhiş oransızlık, ortaklardan

⁶³⁸ Elbir, “*Gabin*”, 11.

⁶³⁹ Elbir, “*Gabin*”, 11.

⁶⁴⁰ Nevevî, *Minhâc*, 567.

⁶⁴¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 41.

yalnız birinin ikrar veya yemin etmekten kaçınmasıyla (nükûl) sabit olursa, taksim akdi yalnız ortak ile davacı arasında feshedilir.⁶⁴²

Netice itibariyle taksim akdinde fâhiş oransızlığın tek başına bulunması akdin feshedilmesi için yeterli değildir. Ayrıca hatanın da bulunması gerekir.

Hukukçular arasında tartışmalı olmakla beraber Türk Medeni Kanununun 680. maddesindeki atıftan dolayı taksim akdinde gabin hükümleri uygulama alanı bulabileceği görüşü tercihe şayan görülmektedir.⁶⁴³

3. Rehinde Gabin

Şâfiî mezhebine göre rehin malının, malın yanında bırakıldığı üçüncü kişi (adl) veya bir başkası tarafından, emsal bedelinden fâhiş oransızlıkla daha az bir bedelle satılması durumunda akid sahih olmaz. Hatta İsnevî'ye (ö. 772/1370) göre, rehin alan ve rehin verenin bile rehin malını emsal bedelinden fâhiş oransızlıkla daha az bir bedelle satması caiz değildir.⁶⁴⁴

Hanbelî mezhebine göre rehin verenle rehinli alacaklının, rehni muayyen bir miktar ile satma konusunda üçüncü bir kimseyi yetkilendirmeleri durumunda, söz konusu yetkili, rehni ancak tayin edilen oranda satabilir. Muayyen bir miktar tayin edilmezse, emsal kıymetiyle satması gerekir. Emsal kıymetinden fâhiş oransızlıkla daha düşük satılması durumunda akid sahih olmakla birlikte, emsal kıymetinden düşük olan eksiklik, rehni satan üçüncü kişi tarafından tazmin edilir. Hanbelî mezhebinin kanaati bu istikamette olmakla birlikte İbn Kudâme (ö. 620/1233) bu görüşe katılmamakta, ona göre üçüncü kişinin fâhiş oransızlıkla satışı sebebiyle akid sahih olmamaktadır. Çünkü rehin veren ve rehinli alacaklının buna rızası bulunmamaktadır. Ebû Hanîfe'ye (ö. 150/767) göre ise satmaya vekâlette olduğu gibi fâhiş oransızlıkla satması durumunda satım akdi sahih olur.⁶⁴⁵

Türk Eşya hukukunda, alacağın muaccel olmasından önce yapılan, borçlunun, borcunu vadesinde yerine getirmediği takdirde rehinli alacaklının teminat konusu

⁶⁴² Karâfi, *ez-Zahîre*, VII, 231; Mecelle, m. 1160; Elbir, "Gabin", 11.

⁶⁴³ Kalkan, *Gabin*, 62.

⁶⁴⁴ Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, IV, 165–166.

⁶⁴⁵ İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV, 232.

gayrimenkulün mülkiyetini kazanacağına dair sözleşmeler geçersizdir.⁶⁴⁶ Buna Lex Commissoria yasağı denilir. Bununla, teminat konusu gayrimenkul değeri, rehinli alacağın tutarından fazla olduğu hallerde, krediye ihtiyaç duyan ve sıkıntıda bulunabilecek gayrimenkul malikinın gabne karşı korunması düşünülmüştür.⁶⁴⁷

G. Ticaret Hukuku

Şirket akdindeki kâr ve zararın taksiminde yapılan nispetliliklerin gabin sayılıp sayılmayacağı hukuk doktrinlerinde tartışılmıştır. Hanefî mezhebine göre ortaklar için maktu' bir pay şart koşulmadığı ve kâr payı malum olduğu sürece ortaklara farklı nispetlerde kâr takdir edilebilir. Böyle bir durumda gabinden bahsedilemeyeceği gibi, akdin fesadı da söz konusu değildir.⁶⁴⁸ Fakat Şâfiî mezhebinde kâr ve zarar, ortakların mal oranlarına göre takdir edilir. Hatta ortaklardan birisinin fazla çalışması bile bu oranın değişmesine sebep değildir. Ortaklar mal oranına aykırı bir paylaşımı şart koşsalar, akid bâtil olur.⁶⁴⁹ Dolayısıyla Şâfiî doktrininde ortakların mal nispetlerine aykırı bir oransızlık, akdin bâtil olmasına sebebiyet vermekte ve gabinden bahsetme imkânı ortaya çıkmaktadır.

Hanefî, Şâfiî ve Hanbelî doktrininde, mudarebe şirketinde çalışan ortağın satım akidleri, vekilin satım akidlerine kıyas edilmiştir. Dolayısıyla mudarebe şirketinde çalışan ortağın (mudarib), şirkete fâhiş oransızlıkla (gabn-i fâhişle) mal satın alması ittifakla caiz değildir. Hanefî mezhebine göre çalışan ortağın (mudaribin) fâhiş oransızlıkla aldığı mal kendisinin olur. Şâfiî mezhebine göre akid bâtil olur. Hanbelî mezhebine göre ise çalışan ortak, emsâl kıymetinden fazla olan oransızlığı tazmin eder. Ebû Hanîfe'ye göre ise çalışan ortağın fâhiş oransızlıkla mal satması geçerlidir. Meselâ bin liralık bir malı yüz liraya satması geçerlidir.⁶⁵⁰ Fakat mudarebe şirketinde çalışan ortağın, usûl ve furûu gibi lehlerinde şahitliği kabul edilmeyen kimselerle

⁶⁴⁶ MK. m. 788/c.2.

⁶⁴⁷ Oğuzman ve Özer, *Eşya Hukuku*, 716.

⁶⁴⁸ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 10–11; Çeker, *Fıkıh Dersleri 1*, 18–210.

⁶⁴⁹ Nevevî, *Minhâc*, 271.

⁶⁵⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, XXII, 54; Kâsânî, *Bedâi' u's-sanâi'*, VI, 87; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 25; Nevevî, *Minhâc*, 271, 301; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, V, 146; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, V, 164; Haccâvî, *el-İknâ'*, II, 240-241; Buhûtî, *Keşşâfî'l-kınâ'*, III, 475; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 134; Çeker, *Fıkıh Dersleri 1*, 205.

yaptığı satım akdindeki az da olsa bedelsiz satma veya bedelinden fazlaya satın alma (muhâbât) Ebû Hanîfe'ye göre şirket adına geçerli olmayıp söz konusu işlem çalışan ortak adına geçerli olur. Zira söz konusu kimselere ancak hakiki değeriyle satışta bulunabilir. Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise, ane-baba veya çocuklar gibi yakınlarla basit oransızlıkta yapılan satım akdi şirket adına geçerli olur.⁶⁵¹

Sermayedarın, mudarebe şirketindeki malı basit oransızlıkla (gabn-i yesîrle) satması, mudarebe şirketi adına geçerli değildir. Aynı şekilde sermayedarın, mudarebe şirketindeki iki çalışan ortaktan birisinin yapmış olduğu basit oransızlıklı (gabn-i yesîrli) akdine icazet vermesi de geçerli değildir. Söz konusu ortağın yapmış olduğu işlemin geçerli olabilmesi için, diğer mudarebe ortağının icazet vermesi gerekir.⁶⁵²

Hanefî doktrininde, mudarebe şirketinde çalışan ortağın, bir kusur sebebiyle geri aldığı malın üzerinden basit oransızlık (gabn-i yesîr) miktarı kadar indirim yapması geçerlidir. Aynı şekilde kusur sebebiyle geri aldığı malı normal şartlarda insanların aldanabilecekleri bir miktar (gabn-i yesîr) oransızlıkla satması da geçerlidir. Fakat bir kusur olmadan indirim yapması veya kusur sebebiyle fâhiş oransızlık (gabn-i fâhiş) miktarı kadar indirim yapması sebebiyle, Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'e⁶⁵³ göre söz konusu işlem çalışan ortak adına geçerli olur. Ebû Yusuf'a göre ise bu işlem geçerli olmaz. Çünkü buradaki çalışan ortak, satmaya vekile benzemektedir. Satmaya vekilin indirime gitmesi veya ibrada bulunması Ebû Yusuf'a göre bâtil olması sebebiyle söz konusu işlem de geçersiz, Ebû Hanîfe ile İmam Muhammed'e göre satmaya vekilin indirime gitmesi veya ibrada bulunmasının caiz olması sebebiyle de söz konusu işlem çalışan ortak adına geçerli olmaktadır.⁶⁵⁴

⁶⁵¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XXII, 57.

⁶⁵² Serahsî, *el-Mebsût*, XXII, 61; Kâsânî, *Bedâi' u's-sanâi'*, VI, 87; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 739-740.

⁶⁵³ Serahsî'de Ebu Yusuf olarak zikredilmektedir. Fakat kanaatimize göre İmam Muhammed olmalıdır. Çünkü devamında Ebu Yusuf'a göre böyle bir işlemin caiz olmadığı ifade edilmektedir. Muhtemelen imlâda yanlışlık yapılmıştır.

⁶⁵⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, XXII, 47.

Gabnin gelişim sürecinde de ifade edildiği üzere şirket akdinde gabin Roma hukukunda tartışılmış, Fransız hukukunda ise reşit olmayanlar için kabul edilmiştir.⁶⁵⁵

Türk Ticaret hukukunda gabnin geçerli olamayacağını ileri süren görüşler bulunmakla beraber, hâkim kanaat tüccar için de gabin hükümlerinin uygulanabileceği şeklindedir.⁶⁵⁶ Nitekim şirket akdinde kâr ve zararın taksiminde ortakların sermayesine aykırı yapılan nispetsizlikler gabin olarak kabul edilmektedir.⁶⁵⁷

VI. GABNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Genel anlamda gabin, zayıfı kuvvetliye karşı koruma eğiliminin bir sonucu olarak görülmesine rağmen, gabnin hukukî niteliği konusunda hukukçular farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Bir kısım çağdaş hukukçulara göre gabin akid özgürlüğüne getirilen bir sınırlama, diğer bir kısmına göre iradeyi bozan sebeplerden birisi olup bazı hukukçulara göre ise ahlaka aykırı bir akiddir.

A. Akid Özgürlüğüne Getirilen Sınırlama Olması

Gabnin hukukî niteliğine ilişkin olarak ileri sürülen görüşlerden birine göre gabin, akid özgürlüğüne getirilen bir sınırlamadır. İslâm hukukunda gabnin, akid özgürlüğüne getirilen bir sınırlandırma olduğu şeklinde bir beyana rastlanamamıştır.

Türk Borçlar hukukunda hâkim olan görüş, gabnin akid özgürlüğüne getirilen bir sınırlandırma olduğu istikametindedir.⁶⁵⁸ Nitekim 2011 tarihli Borçlar Kanununda gabin, “sözleşme özgürlüğü” başlığı altında zikredilmiştir. Bununla birlikte, bazı hukukçulara göre iki sebepten dolayı gabin ile (dar anlamda) irade bozuklukları arasında yakın ve sıkı bir ilişki vardır ve gabin, bu iki farklı alanın birleştiği dikiş yerini oluşturur:

⁶⁵⁵ Tanım için bk. Tez Metni, s. 82-84, 87-89.

⁶⁵⁶ Von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 312; Kalkan, *Gabin*, 66-70.

⁶⁵⁷ Von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 312; Kalkan, *Gabin*, 75, 100-104.

⁶⁵⁸ Von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 311; Elbir, *Gabin*, 147, 150; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 479; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, 119; Karahasan, *Türk Borçlar Hukuku*, I, 255-256; Özkaya, *Gabin-Hile-İkrah Davaları*, 18; İnan, *Borçlar Hukuku*, 152; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 43.

Birinci sebep, gabinde sadece tarafların karşılıklı edimleri arasındaki nispetsizlikle yetinilmemesi, bunun yanında, bu nispetsizliğin karşı tarafın zayıf durumundan yararlanarak gerçekleştirilmiş olmasının aranmasıdır. Böylece, her zaman olmasa bile, çok defa, gabinle birlikte, irade bozukluklarının şartları da gerçekleşir. Yani hem gabin, hem de yerine göre temel hatası, hile veya ikrah hükümlerine dayanmak imkânını elde eder. Fakat gabinle beraber her zaman irade bozukluğunun da bulunduğu şeklindeki bir görüş eleştirilmiştir. Çünkü gabinde beyan hatasından hiçbir şekilde söz açılmayacağına göre, aldanan kimsenin bir saik hatasına düşmüş sayılması ancak “tecrübesizlik” ve “hiffet” hallerinde söz konusu olabilir. Müzayaka halinde, içinde bulunduğu zor durum sebebiyle, bile bile aleyhindeki akdi yapmak mecburiyetini hisseden sömürülen, ilke olarak herhangi bir hataya düşmüş olmadığı gibi, aldatılmış da değildir. Bu durumdaki kimsenin ikrah altında olduğu hiçbir halde ileri sürülemez. Vadesi gelen borcunu ödemek için değerli bir malını satmaya çalışan, fakat alıcı bulamadığı için, bunu onun durumundan yararlanarak düşük fiyat teklif eden birisine satmak zorunda kalan kimsenin tehdit edildiğinden söz açmak mümkün olmaz. Bu örnekte hata, hile veya ikrah şeklinde herhangi bir irade bozukluğu mevcut olmayıp, sadece gabin vardır.⁶⁵⁹ İkinci sebep, gabinli akid için öngörülen müeyyidenin ahlaka aykırı akidlere tanınan kesin hükümsüzlük müeyyidesinden farklı, fakat hata, hile ve ikrah hallerinde olduğu gibi, sömürülene iptal hakkı tanınmasıdır.⁶⁶⁰

Türk Borçlar hukukunda çoğunluğu teşkil eden hukukçular, bütün bu delillerden hareketle iradelerin istenilen hukuki sonuç doğrultusunda açıklandığı görüşüne ulaşmaktadırlar. Dolayısıyla gabin, iradeyi sakatlayan hallerin dışında kalan özel bir durum olarak ifade edilmektedir.⁶⁶¹

⁶⁵⁹ Y.1.HD. 02.05.1978 gün ve E.3138–K.6251; Özkaya, *Hata–Hile–İkrah Davaları*, 396–400; Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku*, 479–480, dipnot 4.

⁶⁶⁰ Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku*, 480.

⁶⁶¹ Karahasan, *Türk Borçlar Hukuku*, I, 255; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 59.

B. İradeyi Bozan Sebeplerden Olması

Çağdaş İslâm hukukçularının çoğu, gabni iradeyi bozan sebeplerden biri olarak kabul etmektedirler.⁶⁶² Fakat gabnin iradeyi bozan bir sebep olarak kabul edilmesi farklı iki grubun telakkisine göre ele alınmalıdır. Tek başına fâhiş oransızlığın gabin hükmünü doğuracağı görüşünde olan fakihlere göre gabnin iradeyi bozan sebeplerden olması şu delillerden kaynaklanmaktadır:

a) Bedeller arasındaki oransızlık neticesinde muhayyerliğinin sabit olması, diğer bir ifadeyle gabin muhayyerliği için “Ey iman edenler! Mallarınızı aranızda karşılıklı rıza ile yapılan ticaret olmaksızın, bâtıl yollarla yemeyin.”⁶⁶³ ayeti fıkıh âlimleri tarafından delil olarak kullanılmaktadır. Dolayısıyla diğer muhayyerliklerde de olduğu gibi bedeller arasındaki oransızlık sebebiyle aldananın (mağbûnun) rızası gerçekleşmemekte, sonuçta gabin iradeyi bozan sebeplerden birisi olmaktadır.

b) Fıkıh âlimleri bedeller arasındaki oransızlığın hukukî sonucuna ahlâka aykırılık ve haramlık yönünden bakmamışlardır. Çünkü fıkıh âlimleri fâhiş oransızlığın haram olduğu konusunda ittifak etmelerine rağmen fakihlerin büyük bir kısmı fâhiş oransızlık neticesinde yapılan akde hukukî bir sonuç terettüp ettirmemişlerdir. Bu da gösteriyor ki mağbûnun bedeller arasındaki oransızlığın farkında olmaksızın akid yapması rızasının olmadığına delildir.⁶⁶⁴

c) Bedeller arasında oransızlığın tahakkuk ettiği her yerde irade ayıplarından birisinin de gerçekleştiği farzedilir. Çünkü oransızlık ancak mağbûnun, akde konu olan malın hakiki kıymetini bilmediği zaman meydana gelir. Bir başka ifadeyle oransızlık mağbûnun hatası, müzayakası ve tecrübesizliği gibi iradeyi bozan bir unsurla beraber bulunmaktadır.⁶⁶⁵

Senhûrî (ö. 1391/1971) gibi bazı İslâm hukukçularına göre mağbûnun hiffeti istismar edildiği zaman kişi yanıltılmış olur ki, bu durum hileyle benzerlik arzeder. Mağbûnun aşırı hevesi veya müzayaka durumu istismar edildiği zaman ikrâha yakın

⁶⁶² Bardakoğlu, “Gabn”, XIII, 268–272

⁶⁶³ Bu ayetin metni şu şekildedir: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ" (Nisâ, 4/29).

⁶⁶⁴ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 760.

⁶⁶⁵ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 762.

bir durum meydana gelir. Kişinin akıl zayıflığı veya tecrübesizliği istismar edildiği zaman hataya yakın bir durum oluşur. Dolayısıyla bütün bunlar gabnin, iradeyi bozan sebeplerden birisi olduğunu göstermektedir. Zaten oransızlığa maruz kalan bir kimsenin bu duruma ancak hile, hata, aşırı heves, hiffet durumu veya ikrâh altında razı olması söz konusudur. Hiç kimse bile bile oransızlık barındıran bir akde razı olmaz.⁶⁶⁶ Senhûrî böyle bir değerlendirme yapmasına rağmen gabni müstakil bir irade ayıbı olarak zikretmiştir.⁶⁶⁷ Bu değerlendirmeler gabnin müstakil bir nazariye olarak nazarı dikkate alınmadığı zaman yapılabilir. Tıpkı Eski Mısır ve Fransa hukuklarında olduğu gibi. Yoksa gabin müstakil bir nazariye olarak kabul edildiği zaman her ne kadar diğer iradeyi bozan sebeplerle ilişki içerisinde olsa bile yukarıdaki yorumun yapılmasına gerek bulunmamaktadır.⁶⁶⁸

Gabnin aldatan açısından sübjektif unsurla birlikte teşekkül ettiğini ve dolayısıyla hile olmadan gabnin hüküm ifade etmeyeceğini savunan fıkıh âlimlerinin çoğunluğuna göre gabin iradeyi bozan sebeplerden birisidir. Çünkü hile tek başına iradenin bozulmasına sebebiyet verirse, fâhiş oransızlıkla birlikte hile evleviyetle iradenin bozulmasına sebebiyet verir. Bizim kanaatimiz de bu istikamettedir.

Mısır hukukunda da gabin, iradeyi bozan sebeplerden birisidir. Fakat hukukî sonucu diğer iradeyi bozan sebeplerin hukukî sonucundan farklıdır. Çünkü gabnin hukukî sonucu “nisbi butlan” veya “gabne maruz kalanın borcunu makul bir seviyeye indirme” alternatifleri olmakla beraber, diğer iradeyi bozan sebeplerin hukukî sonuçları sadece “iptal edilebilir” olmaktır. Bunun sebebinin gabinde bulunan “fâhiş oransızlık” unsurunun olduğu ifade edilmektedir.⁶⁶⁹

Irak hukuku da gabni iradeyi bozan sebeplerden biri olarak kabul etmektedir. Gabnin hukukî sonucu ise “mevkûf” veya “gabne maruz kalanın borcunu makul bir seviyeye indirme” alternatifleridir.⁶⁷⁰

⁶⁶⁶ Senhûrî, *el-Vesît*, I, 490.

⁶⁶⁷ Senhûrî, *el-Vesît*, I, 490.

⁶⁶⁸ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 764.

⁶⁶⁹ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 758.

⁶⁷⁰ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 759.

Türk hukukunda da gabnin hukukî niteliği hakkında ileri sürülen bir görüşe göre gabin tıpkı hata, hile ikrah gibi iradeyi bozan sebeplerden biridir. Bu görüş taraftarlarından bir kısmına göre, gabin halinde aldatılan tarafın iradesi akdin oluşumu anında sakatlanmakta ve bu sebeple burada bir saik hatası meydana gelmektedir.⁶⁷¹ Yargıtay'ın da bu görüşü destekler nitelikte kararları bulunmaktadır.⁶⁷² Bazı yazarlara göre gabne maruz kalanın saik hatasına düşmesi ancak “tecrübesizlik” ve “hiffet” hallerinde söz konusu olabilir.⁶⁷³ Zira, Yargıtay'ın da bir kararında ifade edildiği gibi müzayaka halinde, içinde bulunduğu zor durum nedeniyle bile bile aleyhindeki akdi yapmak mecburiyetini hisseden sömürülen, kural olarak, herhangi bir hataya düşmüş olmadığı gibi aldatılmış da değildir. Dolayısıyla akid tarafların arzularına uygun şekilde yapılmakta, fakat gabne maruz kalan tarafın güçsüzlüğünden ötürü gabinden çıkar sağlayan taraf aşırı yarar sağlamakta, çıkarlar arasında denge olmayan bir akid meydana gelmektedir. Bir başka ifadeyle müzayaka halinde gabinde akdin varlığını sağlayan iradede sakatlık, açıklamada iradeye aykırılık bulunmamaktadır.⁶⁷⁴

Roma hukuku da gabni iradeyi sakatlayan hallerden biri olarak ele almıştır. Avusturya ve Fransız hukuku da Roma hukukunun etkisinde kalarak gabni iradeyi sakatlayan hallerden biri olarak kabul etmişlerdir.⁶⁷⁵

C. Ahlâka Aykırı Olması

Gabnin hukukî niteliği hakkında ileri sürülen üçüncü görüşe göre, gabin ahlaka aykırı hallerden birini oluşturur. İslâm hukuku kaynaklarında “ahlâka aykırı olma” sebebiyle herhangi bir akdin bâtıl sayılması söz konusu edilmemektedir. Bu sebeple Mecellede de “ahlâka aykırı olma” durumundan bahsedilmemiştir. Çünkü İslâm hukukunda “ahlâk” ve “hukuk” sıkı bir ilişki içindedirler. Muhtemelen bundan dolayı

⁶⁷¹ Eren, *Borçlar Hukuku*, 377.

⁶⁷² HGK. 24.11.1973 gün ve E.971/1-376-K.24; Özkaya, *Gabin-Hile-İkrah Davaları*, 42-49. Saik hatası hakkında geniş bilgi için bk. Tez Metni, s. 42-43.

⁶⁷³ Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku*, 479-488, dipnot 4.

⁶⁷⁴ Y.1.HD. 02.05.1978 gün ve E.3138-K.6251; Karahasan, *Türk Borçlar Hukuku*, I, 256; Özkaya, *Hata-Hile-İkrah Davaları*, 396-400.

⁶⁷⁵ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 42; Tez Metni bk. 87-90.

“hukuka aykırılık” dışında ayrıca “ahlâka aykırılık” kavramı oluşturulmasına gerek duyulmamıştır.⁶⁷⁶

Türk Borçlar Kanununun 27. maddesinde ahlâka aykırı olan sözleşmelerin bâtil sayılacağı ifade edilmiştir. Hâkim kanaate göre bir sözleşme aydın, vicdanlı, makul ve namuslu insanların doğruluk ve inaf duygularını inciten taahhütler içeriyorsa ahlaka aykırı kabul edilmektedir.⁶⁷⁷

Bir kimsenin, karşı tarafın zayıf durumundan yararlanıp onu sömürmesi, ahlâk kuralları ile bağdaşmayan bir davranıştır.⁶⁷⁸ Bunu göz önünde tutan Alman hukuku, Medeni Kanununun 138. maddesinin birinci fıkrasında ahlâka aykırılığı düzenledikten sonra, ikinci fıkrasında ele aldığı gabin için de, ahlâka aykırılıkla aynı müeyyideyi öngörmüştür. Bu müeyyide, kesin hükümsüzlüktür (butlan). Bu durum birçok ülkenin hukukunun gabin anlayışından farklı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu da Alman hukukunun, Roma hukuku etkisinin altında kalmadığının bir göstergesi sayılmaktadır.⁶⁷⁹

Gabnin çeşitli hukuk sistemlerinde kabul edilmesinde kuşkusuz ahlak, dürüstlük kuralı ve hukuka aykırı olması rol oynamıştır. Esasen hukuk düzeninin koyduğu kurallara uygun düşmeyen tüm sözleşmeler hukuka, çoğu zaman da ahlaka aykırı sayılır. Ancak, hukuk düzenine uymayan tüm sözleşmelerin de mutlak butlan ile bâtil sayılmaları mümkün değildir. Türk Borçlar Kanununda gabin, İsviçre Borçlar Kanunu’nda olduğu gibi dar ve zor durumda kalmaları nedeniyle akid yapmaya sürüklenmiş kişileri korumak, zayıfı güçlüye, safi kurnaza ezdirmemek için daha çok sosyal amaçlı bağımsız bir müessese olarak kabul edilmiştir. Nitekim Türk Borçlar Kanununun sistemine göre gabindeki hukuka ve ahlaka aykırılık ile 26. ve 27. maddelerde sözü edilen hukuka ve ahlaka aykırılık arasında derece farkı bulunmaktadır. Değinilen maddelerde hukuk ve ahlak kuralının ağır ihlali söz konusudur. Bu sebeple Borçlar Kanunu’nun 26. ve 27. maddelerinde sözleşme

⁶⁷⁶ Hâtemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı*, 68.

⁶⁷⁷ Savaş, *Evlengenin Hükümsüzlüğü*, 35.

⁶⁷⁸ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 492–493.

⁶⁷⁹ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 493; Kalkan, *Gabin*, 31–32.

mutlak butlanla bâtil sayılırken, bazı hukukçulara göre gabinde nisbi butlan kabul edilmek suretiyle zarar görene istediği takdirde sözleşmeye devam etme olanağı tanımış, bunun yanında Borçlar Kanunu'nun 26. ve 27. maddelerinden yararlanma imkânı da ortadan kaldırılmıştır.⁶⁸⁰ Dolayısıyla Türk hukukundaki hâkim kanaat gabnin ahlaka aykırı olması sebebiyle yasaklanmasının söz konusu olamayacağıdır.⁶⁸¹ Fakat bazı Türk hukukçularının, ortada bir “ahlâka” veya “kamu düzenine” aykırılık olduğu gerekçesiyle Alman hukukunun sistemine üstünlük tanımaktadırlar.⁶⁸²

Türk hukukunda gabin sosyal amaçlı bağımsız bir müessese olarak yer almış olmasına rağmen, ahlak ve dürüstlük kurallarının da gabnin Türk hukukuna girmesinde rol oynadığı bir gerçektir. Çünkü sözleşmenin bir tarafının karşı tarafın özel bir zayıflığından yararlanarak aşırı yarar sağlaması ve onu sömürmesi hem ahlak hem dürüstlük kuralına aykırı düşmektedir.⁶⁸³

Türk Borçlar hukukunda ayrıca gabinli bir akdin aynı zamanda ahlaka aykırı da kabul edilip kesin hükümsüz sayılıp sayılmayacağı öğretide tartışılmıştır. Gabinli bir akdin aynı zamanda ahlaka aykırı kabul edilebilmesi için ikili bir ayırımı gidilmiştir:

Birinci ayırımda sadece gabnin şartları gerçekleşmektedir. Böyle bir olayda gabinle ilgili özel hüküm, ahlaka aykırılık neticesindeki genel hükmün uygulanmasını engeller.⁶⁸⁴ Buna karşın, olayda gabin için aranan şartlar dışında, örneğin; taraflardan birinin haiz olduğu tekel durumunun veya güçlü konumun kötüye kullanılması gibi ek bir unsur da gerçekleşmiş bulunuyorsa ahlaka aykırılık kavramının sınırları dâhiline girilir ve bu maddede öngörülen kesin hükümsüzlük müeyyidesi uygulama alanı bulur.⁶⁸⁵

⁶⁸⁰ Özkaya, *Gabin—Hile—İkrah Davaları*, 17.

⁶⁸¹ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 493; Hâtemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı*, 242—243.

⁶⁸² Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 493'te dipnot 52.

⁶⁸³ Özkaya, *Gabin—Hile—İkrah Davaları*, 17.

⁶⁸⁴ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 498'de dipnot 69'daki yazarlardan naklen; Hâtemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı*, 243—244.

⁶⁸⁵ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 498; Hâtemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı*, 245—246.

İkinci ayırımında hem gabnin şartları, hem de ahlaka aykırılık olgusu gerçekleşmektedir. Böyle bir olayda sömürülen her iki hükme de dayanabilmektedir.⁶⁸⁶

Türk Borçlar hukukunda tartışmaya konu olan durumlardan birisi de, sözleşmedeki edimler arasındaki açık nispetsizliğin çok aşırı bir düzeyde gerçekleşmesi, bir başka ifadeyle sadece “fâhiş” değil, “çok veya olağanüstü ölçüde fâhiş” bir nispetsizliğin bulunması (laesio enormissima), yine ahlaka aykırılık müeyyidesinin uygulanabilmesi imkânını doğurup doğurmayacağı hususudur. Öğretide bir kısım yazar, nispetsizliğin yalnız “fâhiş” olmakla kalmayıp “çok veya olağanüstü ölçüde fâhiş” nitelikte bulunmasını gabin için bulunması zorunlu olmayan bir ek unsur olarak görüp bu halin ahlaka aykırılık müeyyidesinin uygulama alanına girdiğini kabul etmektedirler.⁶⁸⁷

Gabne sömüren (aldatan) açısından bakıldığı zaman sömürenin iradesinin ahlak dışı olduğu ve sonuçta yapılan akdin bâtil olduğu görülür. Alman hukuku bu yönde hüküm vermiştir. Sömürülen açısından bakıldığı zaman aşırı ihtiyaç, hiffet veya tecrübesizlik sebebiyle sömürülenin iradesinin bozulduğu ve sonuçta yapılan akdin iptal edilebilir olduğu görülür. Birçok çağdaş hukuk ekolü bu yönde kanaat bildirmiştir.⁶⁸⁸

⁶⁸⁶ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 499; Hâtemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı*, 245–246.

⁶⁸⁷ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 499–500; Hâtemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı*, 246–247.

⁶⁸⁸ Karadâğî, *Mebdeu'r-rızâ*, II, 712; Sa^c de, *Nazariyyetü'l- 'akd*, 309.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GABNİN HUKUKÎ SONUÇLARI VE GABİN DAVASI

I. GABNİN HUKUKÎ SONUÇLARI

Gabinle ilgili İslâm hukuk doktrininde yer alan görüş ve tartışmaların merkezinde gabnin hukuki sonucu, özellikle de akid ve hukuki işlemlere etkisinin ne olacağı hususu yer almaktadır. Esasen bu konuda yapılan tanım ve ayırımların amacı da hangi ölçüdeki gabnin hangi tür akidlere nasıl tesir edeceğini netleştirebilmektir.¹

A. Teklîfî Hüküm Bakımından Gabin

Fıkıh âlimlerine göre teklîfî hüküm “Şâri’in yapılmasını veya yapılmamasını istemesi yahut yapıp yapmamada serbest bırakmasına göre mükelleften sadır olan fiillere bağlanan şer’î vasıf” olarak tanımlanmaktadır.²

İvazlar arasındaki fâhiş nispetsizliğe (gabn-i fâhiş) sebebiyet vermek fıkıh âlimlerinin çoğunluğuna göre haramdır.³ Bundan dolayıdır ki kendisinden sakınılması mümkün olan gabin hiçbir muamelede caiz değildir. Bu bakış açısıyla gabin, zulmetme ve zarar vermenin bir göstergesidir. Nitekim Hz. Peygamber aynı cins mallar arasında tam bir eşitliği şart koşmuştur. Bundan dolayı karşı tarafa zulmetme ve ivazlar arasında nispetsizlik de içermesi sebebiyle faize karşı savaş ilan etmiştir. Mesela bir kilo buğdayın ancak bir kilo buğday karşılığında ve peşin olarak alınıp satılacağına hükmetmiştir.⁴

Müfessirler “O gün aldanma günüdür.”⁵ ayetinde aldanma günü anlamına gelen “teğâbün” kelimesinden hareketle, dünyada yapılan muamelelerde gabnin caiz

¹ Bardakoğlu, “Gabn”, DİA, XIII, 270.

² Şa‘bân, *Fıkıh Usulü*, 230.

³ İbn Abdülber, *el-İstizkâr*, VI, 540; Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, II, 735.

⁴ Buhârî, “Büyü’ü”, 54, 74, 76; Ebû Dâvud, “Büyü’ü”, 12.

⁵ ذَلِكَ يَوْمُ التَّغَابُنِ (Teğâbün, 64/9).

olmayacağını ileri sürmüşlerdir. Çünkü Allah aldanma gününü ahiret gününe hasretmiştir.

Fıkıh âlimleri bedeller arasındaki oransızlığın hukukî sonucuna ahlâka aykırılık ve haramlık yönünden bakmamışlardır. Çünkü fıkıh âlimlerinin çoğu fâhiş oransızlığın haram olduğunu belirtmelerine rağmen, fâhiş oransızlık neticesinde yapılan akde hukukî bir sonuç terettüp ettirmemişlerdir. Kaldı ki, bir şeyin haram olması o akdin devamlı batıl, mevkûf veya gayr-i lâzım olmasını gerektirmez.⁶

B. Gabnin Tasarruflara Etkisi (Vasfı)

Gabnin tasarruflara etkisinden, diğer bir ifadeyle gabinli akidlerin vasfından kastedilen husus, akdin taraflar açısından taşıdığı bağlayıcılık özelliğidir. Buna göre taraflarca feshedilemeyen akidler “her iki taraf için bağlayıcı (lâzım)”, yalnız bir tarafın feshedebildiği, diğer tarafın feshedemediği akidler “bir taraf için bağlayıcı (lâzım), diğer taraf için bağlayıcı olmayan (gayri lâzım)”, her iki tarafın tek başına feshedebildiği akidler “her iki taraf için bağlayıcı olmayan (gayri lâzım)” vasfını alır.⁷

Fıkıh âlimlerinin genel kanaatine göre gabne maruz kalan taraf muhayyerdir. Dilerse akdi onar, dilerse fesheder. Dolayısıyla gabinli akidler aldanan taraf için bağlayıcı olmayan (gayri lâzım) vasfını taşır.⁸

Türk Borçlar hukuku, gabin durumunda, akdi kuran iradelerden birini bozuk kabul etmekte, bu bakımdan sözleşmenin bütünü hükümsüz sayılmasını iradesi bozuk olan tarafa, dolayısıyla gabinden zarara uğrayan tarafın iradesine bırakmaktadır.⁹ Dolayısıyla gabinli akdin vasfı, gabinden zarar gören taraf için gayri lâzım, sömüren açısından ise lâzım olmaktadır. Zaten gabinli bir akid için Borçlar Kanununun 28. maddesi “...zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye

⁶ İbn Abdülber, *el-İstizkâr*, VI, 540; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 760.

⁷ Çeker, *Akidler*, 108.

⁸ Bilmen, *Kamus*, VI, 79; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 753; Apaydın, “*Muhayyerlik*”, XXXI, 25-26.

⁹ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 108.

bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir” demektedir. Buna göre zarar görene akdi fesih hakkı tanınmaktadır. Ancak zarar görene tanınan bu hak teknik anlamda fesih olmayıp iptal hakkı niteliğindedir.¹⁰

C. Gabni Haklı Kılan Özel Sebepler

1. Bilerek Gabin İçeren Akid Yapmak

Bir kimsenin mecbur kalmaksızın, bilerek ve farkında olarak gabin içeren hukukî bir işlemde bulunması halinde, İslâm hukukçuları bu işlemin geçerliliği ve akdin feshedilemeyeceğinde görüş birliği içindedirler. Çünkü böyle bir fesih hakkı öncelikle tarafların irade ve akidleşme hürriyetini kısıtlamaktadır. Çünkü herkesin kendine göre haklı özel sebepleri bulunmaktadır.¹¹ Hanefîlerde de meşhur olan görüş bu şekildedir. Zâhirilere göre fâhiş oransızlık ister hileli ister hilesiz meydana gelmiş olsun, fâhiş oransızlığa maruz kalan kimse bilerek akid yapmadıysa akdi feshettirebilir.¹²

Bu ifadelerden de anlaşılıyor ki; fâhiş oransızlığın tek başına hüküm ifade edeceğini söyleyen fıkıh âlimlerinin görüşleri, bilgisizlik unsurunun bulunmasıyla kayıtlıdır. Bir başka ifadeyle, bu görüşe göre akdin feshedilebilmesi için aldanan kimsenin, satım akdinde bulunduğu mebiin fiyatı hakkında bilgisiz olması gerekir.

2. Rekabet Sebebiyle Gabinli Muamele Yapmak

Mâlikî mezhebine göre gabinden zarar gören tarafın, mebîin kıymetini bilmekle beraber, rekabet sebebiyle malı fâhiş oransızlıkla satın alması fesih muhayyerliği hakkına engel teşkil etmektedir. Fakat hacir altında olan kimsenin malı, vakıf ve hazine malı bu hükümden istisna edilmektedir.¹³

¹⁰ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 107.

¹¹ İbnü'l-Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I, 262; Kurtubî, *el-Câmi'*, II, 338; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 136; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 751, 753; Yaşaroğlu, *Gabin*, 51; Bardakoğlu, “*Gabn*”, *DİA*, XIII, 271.

¹² İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 439; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 751–752; Şafak, “*Kâr Haddi*”, 81.

¹³ Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 136; Yaşaroğlu, *Gabin*, 51.

D. Tek Başına Fâhiş Oransızlığa Bağlanan Hukukî Sonuçlar

Bazı fıkıh âlimlerine göre ve bazı alanlarda fâhiş oransızlık tek başına hüküm ifade etmekte ve kişiye muhayyerlik hakkı vermektedir. Fakat tek başına fâhiş oransızlığa bağlan sonuçlar, mağdurun fâhiş oransızlığa razı olması ile razı olmaması neticesinde farklılık arz etmektedir.

1. Mağdurun Fâhiş Oransızlığa Razı Olması Durumunda

Mağdurun mecbur kalmaksızın, fâhiş oransızlığa razı olması neticesinde yapılan akdin sahih olacağı konusunda ittifak vardır. Konuyla ilgili hadis de mevcuttur. “Câbir hadisi” olarak isimlendirdiğimiz bu hadiste Câbir b. Abdullah’ın, devesine bir dirhem teklif eden Resûlullah’ın talebini az bulması sebebiyle pazarlık 40 dirhemle sonuçlandırılır. Dolayısıyla bu sefer Resûlullah’ın aleyhine fâhiş oransızlık durumu söz konusu olur.¹⁴ Fakat buna bilerek razı olması ve Hz. Câbir’e ikramda bulunmak istemesi vesilesiyle akid sahih ve geçerlidir. Bundan dolayı da denebilir ki, herhangi bir darda kalma durumu olmaksızın meydana gelen fâhiş oransızlık akde etki etmez.

2. Mağdurun Fâhiş Oransızlığa Razı Olmaması Durumunda

Tek başına fâhiş oransızlığı gabin olarak değerlendiren Fıkıh âlimleri, akide meydana gelen fâhiş oransızlık sebebiyle akde hukukî sonuçlar bağlamışlardır. Bu hukukî sonuçların şu şekilde zikredilmesi mümkündür:

a. Butlan

Zâhirilere göre bir mal, hakiki değerinden fazlaya veya noksanına satılınca bakılır: Satıcı ile müşteri, bu ziyadede veya noksan miktarını bilip buna birlikte razı olmuşlar ise bu satım akdi geçerlidir. Fakat bunlar bu satımda selâmeti, aldanmamayı şart koşmuşlar ise geçerli değildir. Bu selamet şartını yalnız birisi dermeyan edip de, mebî değerinden fazlaya veya noksana satılsa ve taraflar oransızlığın miktarını bilmeseler veyahut yalnız mağbun olan taraf oransızlığın miktarını bilse satım akdi bâtil olur.¹⁵

¹⁴ (İbn Mâce, “*Ahkâm*”, 24). Ayrıca bk. Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, V, 273; Dârekutnî, *Sünen*, IV, 9.

¹⁵ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 439; Bilmen, *Kamus*, VI, 81; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 740–741.

Hanefî mezhebinin çoğunluğunu teşkil eden fıkıh âlimlerine göre yetim, vakıf, hazine ve akıl hastasına ait malın konu olduğu akidde, aldatma fiili (tağrîr) olmadan da tek başına fâhiş oransızlık, akdin bâtil olmasına sebebiyet vermektedir.¹⁶ Sözü edilen kişilerin bu mallar üzerinde yapacakları tasarrufların geçerliliği o malların korunma ve gözetilme şartına bağlıdır. Fâhiş oransızlıkla bu mallar üzerinde tasarrufta bulunma durumunda koruma ve gözetme şartı gerçekleşmemektedir. Bundan dolayı fakihler böyle akidlerin batıl olacağı kanaatindedirler.¹⁷

Irak Kanununa göre de mahcûrun, devlet veya vakıf malının tek başına fâhiş oransızlıkla satılması durumlarında satım akdi batıl olur.¹⁸

b. Fesad

Hanefî mezhebinin bir kısmını teşkil eden fıkıh âlimlerine göre yetim, vakıf, hazine ve akıl hastasına ait malın konu olduğu akidde, aldatma fiili (tağrîr) olmadan da tek başına fâhiş oransızlık, akdin fâsid olmasına sebebiyet vermektedir.¹⁹ Ayrıca vasî yetimin akarını, müteveli vakfin akarını, devlet yetkilisi de devlet malını emsâl ücretten daha düşük bir ücretle kiraya vermesi durumunda icâre akdi fâsid olmakta ve akdin sıhhati için müşterinin emsal ücret vermesi gerekmektedir.²⁰

c. İndirim Müeyyidesi

İslâm hukukunda indirim müeyyidesi, özellikle güvene dayalı akidlerde oransızlığın vuku bulması durumunda söz konusu edilir. Meselâ Ebû Yusuf, Şâfiî ve Hanbelîlere göre murabahada²¹ satıcının yalanı ortaya çıksa, müşteri, asıl semenden

¹⁶ Bedreddîn Simâvî, *Câmi 'u'l-fusûleyn*, 182; Mecelle, md. 356; Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 586, 997; Bilmen, *Kamus*, VI, 79, V, 198; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 135; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 742; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 135; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 218.

¹⁷ Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 218.

¹⁸ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, 725, 728.

¹⁹ Mecelle, md. 356; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, 81 (md. 300); Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 586; Bilmen, *Kamus*, VI, 79; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 135; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 135.

²⁰ Bedreddîn Simâvî, *Câmi 'u'l-fusûleyn*, 182; Mecelle, md. 356; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, 81 (md. 300); Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 586; Bilmen, *Kamus*, VI, 79; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 135; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 135.

²¹ Maliyeti üzerine kâr ekleyerek ve bunu müşteriye söyleyerek yapılan satıştır.

fazla olan miktar ile onun mukabilindeki kârı iskat edebilir ve böylece akdin ayakta tutulması sağlanmış olur.²² Tevliyede²³ satıcının yalan beyanının (hıyanetinin) ortaya çıkması durumunda müşteri, yalan beyan sebebiyle meydana gelen fiyat artışını düşerek akdi kabul eder. Bu görüş Ebû Hanîfe ile Ebû Yusuf'a aittir. Meselâ satıcı, bir malı bin liraya almış olduğunu söyleyerek yine bin liraya sattıktan sonra, o malı sekiz yüz liraya almış olduğu tahakkuk etse, müşteri o malı sekiz yüz liraya alır. Bin lirayı satıcıya vermiş ise iki yüz lirayı geri almaya hak kazanır. Aksi takdirde tevliyede bulunmamış olur.²⁴ Vazîada²⁵ satıcının hıyanetinin ortaya çıkması durumunda satım akdi, vazîa olmaktan çıkarsa müşteri, hıyanet miktarını tenzil ile mebi alır. Meselâ satıcı, kendisine on liraya mal olduğunu söylediği bir şeyi sekiz liraya satıp da o şeyin kendisine yedi liraya mal olduğu anlaşılrsa vazîa olmaktan çıkar. Dolayısıyla müşteri, söz konusu malı yedi liradan düşük fiyata indirip satın alır.²⁶

Hanbelî mezhebine göre vekâlet akdinde vekil, gabn-i fâhişle satım akdinde bulunması durumunda, emsal bedelden fazla olan kısmı veya diğer bir görüşe göre gabn-i fâhişi izale edecek miktarı müvekkiline ödemesi durumunda akid geçerli olur.²⁷ Dolayısıyla burada da bir indirim müeyyidesinden bahsedilebilir.

Türk Borçlar hukukunda fâhiş oransızlık arzeden “üst sınırı aşan sözleşmeler” ile “gabinli sözleşmeler” arasında tam bir benzerlik bulunmamaktadır. “Üst sınırı aşan sözleşmeler”de, bir hukuk kuralı ihlal edilmekte ve ihlal edilen kurala uygun olarak “düşey doğrultuda kısmî butlan (indirim) müeyyidesi” uygulanmaktadır. En üst sınır kanun tarafından açıkça belirlenmiş ise, müeyyide kendiliğinden etkisini göstermektedir. Fakat, cezai şartta olduğu gibi sadece “fâhiş olmama” niteliği aranmış ise, hâkim takdir yetkisi temeline dayanarak sözleşmenin boşluğunu

²² Buhârî, *el-Muhît*, VII, 51-52; Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 587; Bilmen, *Kamus*, VI, 83-84, 120; Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 83.

²³ Maliyetine satıştır.

²⁴ Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 587; Bilmen, *Kamus*, VI, 83-84, 120; Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 83.

²⁵ Maliyet fiyatından belli bir miktar indirimle yapılan satıştır.

²⁶ Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 587; Bilmen, *Kamus*, VI, 83-84, 120; Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 83.

²⁷ İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, V, 226.

doldurma faaliyeti gösterir. Her iki halde de, kanun koyucu, artık gabinde olduğu gibi öznel şartların bulunmasını aramayıp üst sınırın aşılmasını yeterli görmektedir.²⁸

d. Lüzûm

Fâhiş oransızlığın tek başına gabin hükmünü meydana getirmeyeceği görüşünde olan fıkıh âlimlerine göre, tek başına fâhiş oransızlık içeren akidler lâzımdır. Bu oransızlık ne kadar fazla olursa olsun fark etmez.²⁹

E. Gabne Bağlanan Hukukî Sonuçlar

Gabin, İslâm hukukunda rızayı sakatlayan ve akdi fasid kılan ayrı bir sebep olarak görülmeyip rızanın ihlal edildiğini veya haksız bir zararın bulunduğunu gösteren objektif kriter ve ipuçlarının bulunması, arıza ve bozukluklarla bağlantısı ölçüsünde gündeme gelmekte ve ara bir kavram olarak ele alınmaktadır. Bu yaklaşım, zorunlu olarak, gabnin hukuki sonuçlarını tek ve genel bir hükme bağlamak yerine, bunu gabnin kaynağı, ağırlığı ve yol açtığı olumsuzluklara göre belirlemeyi haklı kılmakta, bunu yapabilmek için de gabnin türleri, ölçüsü ve akde tesiri konusunda ayrıntı teşkil edebilecek birtakım hususlar gerekli olmaktadır.³⁰

Gabnin yesîr ve fâhiş şeklinde ikiye ayrılmasından ve yapılan tanım ve nitelendirmeden hareketle ilk planda birinci tür gabnin akde tesir etmeyeceği, diğerinin ise akde mutlak etki etmesi gerektiği akla gelmekteyse de durum biraz daha karmaşıktır. Çünkü hata ve hilede veya akid konusu mal ve hizmette bir ayıbın bulunması halinde akdi kuran rıza geniş ölçüde sakatlanmaktadır. Fakat tek başına fâhiş oransızlıkta bu ölçüde bir ihlal söz konusu olmamaktadır. Ancak iki taraflı akidlerde karşılıklar arası dengenin bulunması, hem tarafların ön kabulü ve zimnî şartı hem de hakkaniyet gereği olduğundan, rızanın sakatlanıp sakatlamadığını araştırmaksızın sadece akid kurucu irade beyanını ölçü almak ve bu kuralı katı bir şekilde uygulamak da doğru değildir. Bu mülâhazalar sebebiyledir ki İslâm

²⁸ Hâtemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı*, 236. İlgili kanun maddeleri için bk. BK. 161 ve 409, TTK. 1530/1.

²⁹ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, I, 292; Kâdî Abdülvehhâb, *et-Telkîn*, II, 364; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 168; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, VI, 115-116; Haskefî, *ed-Dürü'l-muhtâr*, V, 143; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, III, 140.

³⁰ Bardakoğlu, "Gabn", *DİA*, XIII, 269.

hukukunda gabnin her iki türüyle akde tesirinin ne olacağı konusunda hayli zengin doktriner tartışmalar mevcuttur.³¹

İslâm hukukçularının bir kısmı, akidde fâhiş oransızlığın meydana gelmiş olmasını akdin feshi için tek başına yeterli görürken, çoğunluk akid ve hukuki işlemlerin sadece fâhiş oransızlık sebebiyle feshedilmesini doğru bulmaz ve buna belli şartlarla, özellikle de fâhiş oransızlığın rızayı sakatlayan bir sebepten kaynaklanması halinde imkân tanırırlar. Gerekçe olarak da, akdi feshetmek için tek başına fâhiş oransızlığı yeterli görmenin insanlar arasında sonu gelmez ihtilaflara yol açacağını, akdi münasebetlerde ve hukukî hayatta güven ve istikrarı bozacağını belirtir ve gabnin ancak aldatma fiili (tağrîr) gibi haksız bir dış etkiden doğması halinde aldanan tarafa fesih hakkı tanınmasının insanlar için daha insafli ve hakkaniyetli olduğunu ifade ederler.³²

İslâm hukukunda ağırlıklı görüş bu yönde olmakla birlikte akidlerde iradenin mi yoksa dışa akseden irade beyanının mı birinci derecede önem ve öncelik taşıdığı konusunda ve ayrıca hangi durumlarda iradenin sakatlanmış sayılacağı hususunda fakihler farklı görüşlerde olduklarından, gabnin ilgili taraf için hangi şartlarda bir fesih hakkı doğuracağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Öte yandan aynı konuda her bir hukuk ekolü içinde farklı görüşler bulunduğu için, gabnin akde tesiri konusunun hukuk ekollerine göre değil gabnin hile ve aldatmadan veya hata ve bilgisizlikten kaynaklanması, akidleşme esnasında gabnin bulunmaması yönünde bir şart koşulmuş olması, gabnin güven ve yetkinin kötüye kullanımı, kanuna karşı hile veya karşı tarafın müzayaka içinde olmasından faydalanma sayılabilecek bir mahiyet arzemesi, bir de gabnin üçüncü şahısların haklarını veya toplumun genel yararını zedelemekte oluşu gibi farklı yönlerden ele alınması daha isabetli olur. Bu açıklamalardan sonra gabne bağlanan hukukî sonuçlar üzerinde durmak gerekir:

³¹ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, I, 292; Kâdî Abdülvehhâb, *et-Telkîn*, II, 364; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 168; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, VI, 115-116; Haskefî, *ed-Dürü'l-muhtâr*, V, 143; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, III, 140; Bardakoğlu, "Gabn", DİA, XIII, 270.

³² Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, I, 292; Kâdî Abdülvehhâb, *et-Telkîn*, II, 364; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 168; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, VI, 115-116; Haskefî, *ed-Dürü'l-muhtâr*, V, 143; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, III, 140; İbn Âbidîn, "Gabin", II, 69, 78.

1. Butlan

Fıkıh âlimleri, akid türlerine göre ortaya çıkan gabne farklı hükümler terettüp ettirmeleri sebebiyle, söz konusu akidler ve kendilerine bağlanan hukukî sonuçlar ayrı ayrı ele alınmıştır:

Telâkki'r-rükbân: Ahmed b. Hanbel'den rivayet edilen bir görüşe göre üreticinin yolda karşılanıp malının şehirli esnaf tarafından satın alınması ve neticesinde gabnin tahakkuk etmesi sebebiyle akid batıl olur. Fakat bu görüş mezheb içerisinde kabul görmemiştir.³³

Şehirlinin köylü adına malını satması (bey'ü'l-hâzır li'l-bâdî): Hanbelî mezhebine göre şehirlinin köylü adına mal satması batıldır. Çünkü bu satışta zarar bütün toplumu ilgilendirdiği için, köylünün muhayyerlik hakkını kullanması ile söz konusu zarar izale edilemez. Bu yönüyle de şehirli esnafın üreticiyi yolda karşılaması (telâkki'r-rükbân) durumundan ayrılır.³⁴

Hileli arttırma veya eksiltme (neceş): Tıpkı telâkki'r-rükbânda olduğu gibi neceşte de, Ahmed b. Hanbel'den gabin durumunda akdin batıl olacağına dair bir görüş nakledilmektedir. Fakat bu görüşün mezheb içerisinde kabul görmediği de ifade edilmektedir.³⁵

Mısır hukukunda gabin, iradeyi bozan sebeplerden olup gabinin hukukî sonucu “nisbi butlan” veya “gabne maruz kalanın borcunu makul bir seviyeye indirme” alternatifleridir.³⁶

2. Fesad

Hanefî ve Mâlikî mezhebine göre taraflardan birinin zor durumundan (ıztırar) yararlanarak ivazlar arasında fâhiş oransızlığa sebebiyet vermek suretiyle yapılan akid fâsiddir.³⁷ Bu hususu İbn Âbidîn (ö. 1252/1836) şöyle açıklamaktadır: Burada

³³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 152; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, II, 22; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV, 77.

³⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 152; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, II, 23.

³⁵ İbn Kudâme, *el-Kâfî*, II, 22; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV, 79.

³⁶ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 758.

³⁷ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 54; Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, V, 232; Haskefî, *Dürü'l-muhtâr*, V, 59; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, 756; Yaşaroğlu, *Gabin*, 49.

kişinin bir gıdayı, içeceği, giyeceği veya buna benzer bir şeyi elde etme konusunda zor durumda kalmasından istifade eden karşı tarafın talep edilen malı fâhiş oransızlıkla kendisine satmasıdır. Bu durumun aynısı satış için de geçerlidir. Yine bir kimsenin borcunu ödemesi için hâkim kararıyla malının satılmasının kararlaştırılmasından istifade eden kimsenin, fâhiş oransızlıkla bu malı kendisinden satın alması da bu duruma örnek teşkil etmektedir.³⁸

3. Sıhhat

İslâm hukukunda sahih akidler nâfiz ve mevkûf olmak üzere iki kısımda ele alınmaktadır. Nâfiz akidler de lâzım ve gayr-i lâzım akidler olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Gayr-i lâzım akidler kendisinde muhayyerliğin bulunduğu akidlerdir. Böyle olmayan akidler de lâzım akidlerdir.³⁹

a. Adem-i Nefâz

Adem-i nefâz, mevkûf akidler olup, çoğunluğu teşkil eden Hanefî fakihlerine göre sahih akdın içerisinde mütalaa edilmekte ve kendilerine başkasının hakkı taalluk etmektedir.⁴⁰ İslâm hukukunda gabin için mevkuf müeyyidesinin uygulandığı durumlara rastlanmamaktadır. Irak hukuku gabni iradeyi bozan sebeplerden biri olarak kabul etmekte olup gabnin hukukî sonucu ise “mevkûf” olma veya “gabne maruz kalanın borcunu makul bir seviyeye indirme” alternatifleridir.⁴¹

b. Adem-i Lüzûm (Akdin Bağlayıcı Olmaması)

İslâm hukukçularının çoğunluğunu teşkil eden âlimlere göre gabin, tek başına fâhiş oransızlıkla hukukî sonuç doğurmamakta, aldatılanın zayıf durumunun yanında aldatanın aldatma fiilinin de gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu durumda akid sahih hükmünü alıp, kişiye muhayyerlik hakkı kazandırmaktadır.⁴²

³⁸ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, V, 59.

³⁹ Çeker, *Akidler*, 106.

⁴⁰ Çeker, *Akidler*, 106.

⁴¹ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 725, 728, 759.

⁴² Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, I, 292; Kâdî Abdülvehhâb, *et-Telkîn*, II, 364; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 168; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468; Haccâvî, *el-İknâ*, II, 92; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, VI, 115-116; Haskefî, *ed-Dürü'l-muhtâr*, V, 143; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, III, 140; İbn Âbidîn, “*Gabin*”, II, 69, 78.

Gabnin hukukî sonuç doğurması için gerekli görülen aldatma fiilleri ve zayıflık arzeden haller mezheblere göre farklı olduğu için bu fiil ve hallerin ayrı ayrı sayılmasında fayda görülmektedir:

Tağrîr sebebiyle gabin: Hanefî mezhebinin çoğunluğunu teşkil eden fakihlere göre satıcı ile müşteriden biri veya komisyoncunun, karşı tarafı aldatıp satım akdinde fâhiş oransızlığa sebebiyet vermesi durumunda aldanan taraf satım akdini feshedebilir. Buna gabin muhayyerliği (hıyar-ı gabin-i tağrîr) denir.⁴³ Böyle bir akdin hukukî sonucu da akdin bağlayıcı olmaması (adem-i lüzûm) kavramıyla ifade edilir.

İstirsâl (satıcıya teslim olma) satımında gabin: İstirsâl⁴⁴ kapsamında aldanan tarafın, satın aldığı geri verme, sattığını da geri alma muhayyerliğinin olup olmadığı konusu Mâlikî mezhebi âlimleri arasında tartışmalı olmakla beraber, tercih edilen görüşe göre muhayyerlik hakkı sabit olur. Mezheb kaynaklarında bu muhayyerlik, eksiklik muhayyerliği (hıyaru'n-nakîse)⁴⁵ olarak adlandırılır. Söz konusu muhayyerliğin tahakkuk etmesi için aldananın bilgisiz olması, karşı tarafın da yalan beyanda bulunması, aldanan kimsenin zayıf durumunu arzetmesi ve neticesinde bedeller arasında bir oransızlığın –ki bu oransızlığın fâhiş olması şart değildir- gerçekleşmesi gerekir. O halde bir taraf yalan beyanda bulunmasına rağmen, karşı taraf bilgili ise istirsâl satışı çerçevesinde muhayyerlik hakkı doğmaz. Buna göre aldatılan taraf bilgisiz olmasına rağmen, karşı tarafa bilgisiz olduğunu bildirip piyasa fiyatı ile satım akdinde bulunmasını kendisinden talep etmese muhayyerlik hakkı sabit olmaz. Fakat tek başına fâhiş oransızlığın muhayyerlik hakkını vereceği görüşünde olan Mâlikî fakihlerine göre, bu kimsenin muhayyerlik hakkı sabit olur.⁴⁶

⁴³ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, VI, 115-116; Haskefî, *ed-Dürü'l-muhtâr*, V, 143; İbn Âbidîn, “*Gabin*”, II, 69, 78; Bilmen, *Kamus*, VI, 79.

⁴⁴ Tanım ve bilgi için bk. Tez Metni, s. 70-72.

⁴⁵ Eksiklik muhayyerliği olarak tercüme ettiğimiz “hıyaru'n-nekîse”, koşulan veya örf ve âdetin gerektirdiği şarta aykırı olan ve semende de bir azalmaya sebebiyet veren eksiklik nedicesinde meydana gelen muhayyerlik hakkıdır. Bu muhayyerlik, birçok fıkıh kitabında ayıp muhyerliği olarak da ifade edilmektedir. Fakat Hanefî mezhebi kaynaklarında ifade edilen ayıp muhayyerliğinden daha geniş bir manayı kapsamaktadır. (Geniş bilgi için bk. Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 429).

⁴⁶ Karâfî, *ez-Zahîre*, V, 112; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, III, 140; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 162–164.

Hanbelî mezhebine göre yapacağı akid ve ivazın kıymeti hakkında bilgisiz ve tecrübesiz olan taraf, bu durumunu karşı tarafa haber verip kendisiyle piyasa fiyatına göre muamelede bulunmasını talep etse, karşı taraf da yalan beyanda bulunarak kendisini fâhiş oransızlıkla aldatırsa, aldatılan taraf için (müstersil) akdi feshetme ve devam ettirme arasında muhayyerlik hakkı sabit olur. Burada muhayyerlik hakkını doğuran unsur şehirlinin köylüyü yolda karşılaşmasında (telâkki'r-rükbân) olduğu gibi, aldanan kişinin bilgisiz olmasıdır. Nitekim aldanan taraf piyasa hakkında bilgili olsa veya kendi bilgisizliğini karşı tarafa beyan etmese, ayıplı malı bilerek kabul eden gibi aldanmaya razı olduğu kabul edilir. Aynı şekilde acele etmesi sebebiyle aldanan veya düşünmesi durumunda aldanmayacağı bilinen kimse de bu kapsamda olup hiçbiri için muhayyerlik hakkı geçerli olmaz. Çünkü bütün bu durumlarda kişinin kusuru bulunduğu kabul edilir.⁴⁷

Telâkki'r-rükbân sebebiyle gabin: Şâfiî ve Hanbelî mezheplerine göre, şehirli esnafın, piyasa hakkında bilgisi olmayan köylüleri yolda karşılayıp kendilerine yalan beyanda bulunarak mallarını ellerinden değerinden daha düşük bir fiyatla almaları sebebiyle köylü, şehre inip mallarının ucuza satın alındığını öğrenince muhayyerlik hakkına sahip olurlar. Dolayısıyla yolda karşılanan köylü esnaf, piyasa fiyatını bilir ve buna rağmen malını piyasadan daha düşük bir bedelle satarsa akid bağlayıcıdır.⁴⁸ Köylü esnafın durumu tecrübesiz kimsenin durumuna, müşteriler tarafından şehirdeki piyasanın beyan edilmemesi aldatma fiiline (et-tağrîr bi'l-kitmân) benzemekte ve objektif unsur olan oransızlığın gerçekleşmesi durumunda gabin hükümleri uygulanır. Dolayısıyla Şâfiî ve Hanbelî doktrininde pazar dışında satıcıyı karşılamak tağrîr kapsamında değerlendirilir ve ivazlar arasında fâhiş oransızlığın da teşekkülü halinde gabin sebebiyle muhayyerlik hakkı tanınır.⁴⁹

⁴⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 17-18; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV, 79; Haccâvî, *el-İknâ* °, II, 91; Buhûtî, *Keşşâfû'l-kınâ* °, III, 212; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 164.

⁴⁸ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, I, 292; Gazzâlî, *el-Vasît*, III, 67-68; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 166; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 152; Nevevî, *el-Mecmû* °, III, 128; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, III, 389; Haccâvî, *el-İknâ* °, II, 91; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 84.

⁴⁹ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, I, 292; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 166; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 152; Nevevî, *el-Mecmû* °, III, 128; Haccâvî, *el-İknâ* °, II, 91; Buhûtî, *Keşşâfû'l-kınâ* °, III, 211; Çetin, "Gabn-i Fâhiş", XVIII, (4), 216.

Hanbelî fakihlerinin iddiasına göre; Hanefî ve Şâfiî mezheplerinde bütün bu durumlarda akid bağlayıcı (lâzım) hale gelir ve aldanan taraf için fesih hakkı söz konusu olmaz. Çünkü onlara göre kusursuz malın kıymetinin eksik olması, akdin lüzûmuna mani değildir. Bu durum gabn-i yesîr mesabesindedir.⁵⁰ Kanaatimize göre Hanbelî fakihlerinin bu ifadesi yerinde olmasa gerektir. Çünkü karşı tarafın yalan beyanda bulunması, tağririn bir çeşidi olup bununla birlikte fâhiş oransızlık da tahakkuk eder. Dolayısıyla Hanefî ve Şâfiî fakihlerine göre de gabnin bütün unsurlarının gerçekleştiğinde herhangi bir şüphe yoktur. Fakat Mâlikî mezhebinde fâhiş oransızlık şartının aranmaması sebebiyle oldukça farklı bir istirsâl anlayışı söz konusudur. Dolayısıyla bu mezhebin istirsâl anlayışına göre oluşan akde, Hanefî ve Şâfiî fakihlerin sahih akid gözüyle baktıkları ifade edilebilir. Çünkü gabnin objektif unsuru olan fâhiş oransızlığın gerçekleşmesi şart değildir.

Hanefî mezhebinde hâkim olmayan görüşe göre, telekki'r-rükbân durumunda şehirli halk zarar görmüş, cârî ve gerçek fiyat üreticiden gizlenmiş ve şehirli tüccar verdiği fiyatla bedeller arasında oransızlığa sebebiyet vermişse akid mekruh olmakla birlikte sahihtir ve satıcının fesih hakkı söz konusudur.⁵¹

Hanbelî ve Malikilerde de pazar dışında satıcıyı karşılayıp alma şeklinde yapılan satım akdi mekrûh olmakla beraber esasta sahihtir. Fakat sattıkları bedel ile malın hakiki bedeli arasında fâhiş oransızlık meydana geldiğinde, bunu aldatma fiilinden (tağrirden) kaynaklanan gabin olarak değerlendirip aldatılan tarafa akdi feshetme imkânı tanımışlardır.⁵² Bu konuda Ahmed b. Hanbel'den, ilgili hadisin yasaklayıcı hükmü sebebiyle satım akdinin bâtil olduğuna dair nakledilen bir rivayet varsa da İbn Kudâme (ö. 620/1233); doğru olan görüşün satım akdinin sahih olup aldatılan tarafa muhayyerlik hakkının verileceği şeklinde olduğunu belirtir. Çünkü ilgili hadiste yolda karşılanan köylünün muhayyerlik hakkına sahip olduğu ifade edilmekte, muhayyerlik de ancak sahih akidlerde söz konusu olmaktadır. Ayrıca ona

⁵⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 17; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 164.

⁵¹ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 147; Kâsânî, *Bedâi' u's-sanâi* ' , V, 260. İbn Kudâme'nin beyan ettiğine göre telâkki'r-rükbânda köylülerin fâhiş oransızlıkla aldanması rey taraftarlarınca muhayyerlik hakkını vermez. (bk. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 152.

⁵² İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 152; Merdâvî, *el-İnsâf*, IV, 394; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ* ' , III, 211; Bardakoğlu, "Gabn", DİA, XIII, 271.

göre hadisteki yasaklama, telâkki'r-rükbândaki satım akdiyle ilgili değil, aldatma ile ilgilidir ve bu da muhayyerlik hakkı ile izale edilebilir.⁵³

Şehirlinin köylü adına mal satması: Bir kısım Mâliki ve Hanbelî fıkıh âlimine göre şehirlinin köylü adına mal satması sebebiyle akid sahih olup, köylü muhayyerlik hakkına sahip olur.⁵⁴

Gabnin neceşten kaynaklanması: Mâlikî ve Hanbelî mezheplerine göre, neceş içeren akid, ayıp ve kusuru gizleyerek bir nesneyi satmak ile aynı hükümde ve tağiriden kaynaklanan gabin olup fâhiş oransızlık durumunda aldatılan taraf, akdi feshetme konusunda muhayyer olur. Dolayısıyla dilerse malı sahibine iade eder, dilerse akde geçerlilik tanır.⁵⁵

Görüldüğü üzere fıkıh âlimlerinin büyük çoğunluğuna göre aldatan açısından sübjektif unsur sebebiyle fâhiş oransızlık meydana geldiği zaman gabin, aldanana akdi feshetme muhayyerliği vermektedir. Bunun yanında bazı fakihlere göre ise, aldanana piyasayı veya makudun aleyhin kıymetini bilmediği ve fâhiş oransızlıktan haberi olmadığı zaman, fâhiş oransızlık aldanana akdi feshetme muhayyerliği vermektedir. Hatta bazı fakihlere göre aldananın piyasayı veya makudun aleyhin kıymetini bilmeme ve fâhiş oransızlıktan haberi olmama şartı bulunmaksızın tek başına fâhiş oransızlık, aldanana akdi feshetme muhayyerliği vermektedir. Çok az da olsa bazı fakihlere göre ise, gabin hiçbir şekilde aldanana muhayyerlik hakkı vermektedir.⁵⁶

ba. Fesih Hakkı

Satım akdinin gabin sebebiyle feshedilebileceği ve dolayısıyla aldanan kimsenin muhayyerlik hakkına sahip olacağı görüşünde olan fıkıh âlimleri,

⁵³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 152; Makdisî, *el-Udde*, I, 207; Yaşaroğlu, *Gabin*, 54.

⁵⁴ İbn Abdülber, *el-Kâfî*, I, 365; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, II, 23.

⁵⁵ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 167; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV, 79; Merdâvî, *el-İnsâf*, IV, 394; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ* ' , III, 128; Kâsânî, *Bedâi 'u's-sanâi* ' , V, 233; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-kadîr*, V, 239-240; Haccâvî, *el-İknâ* ' , II, 91; Yaşaroğlu, *Gabin*, 41; Bardakoğlu, "Gabin", *DİA*, XIII, 271.

⁵⁶ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, I, 292; Kâdî Abdülvehhâb, *et-Telkîn*, II, 364; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 168; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, VI, 115-116; Haskefî, *ed-Dürü'l-muhtâr*, V, 143; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, III, 140; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 747.

çoğunluğu teşkil etmektedirler. Söz konusu fakihlerin çoğunluğuna göre fesih hakkının söz konusu olabilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekir:

1) Piyasa fiyatının üstünde veya altında fâhiş gabin derecesindeki bir satış bedeli ile satış yapmak. Mesela, rayiç fiyatı 9–10 bin lira arasında olan menkul bir malın, 13 veya 6 bin liraya satılması halinde fâhiş gabin gerçekleşmiş olur. Aslında piyasa fiyatının içinde kâr unsuru vardır. Alış fiyatı 8 bin lira olan bir mala, % 25 kâr ekleyerek 10 bin lira piyasa fiyatı oluşsa, tekrar bu fiyatın üstüne menkullerde % 5, hayvanlarda % 10 ve gayri menkullerde % 20 ve daha fazla eklemek fâhiş gabni oluşturur.⁵⁷

2) Çoğunluğu oluşturan fakihlere göre oransızlıkla birlikte hile veya aldatmanın bulunması gerekir. Aldatılanın akid sırasında aldatıldığını bilmemesi ve buna rızasının da bulunmaması şarttır. Dışarıdan üçüncü bir kişinin aldatması, aldatılana fesih hakkı vermez. Satıcı veya alıcı adına hareket eden dellal yahut vekil bu hükmün dışındadır.⁵⁸

Şu örnek fâhiş oransızlık ve aldatmayı bir arada barındırmaktadır: Satıcı, “Şu kumaş saf yündür, metresi 2 bin lira eder.” der, alıcı da bu sözlere inanarak akde razı olursa, sonradan şu durumlarla karşılaşılabilir: Kumaşın yün ve naylon karışımı olduğu, piyasa fiyatının da 1500 lira olduğu ortaya çıkarsa, satım akdi feshedilebilir.⁵⁹

Fâhiş oransızlığın hukuki sonuç doğurabilmesi için tağrîr (aldatma fiili) ile beraber bulunması gerekir. Tağrîr karıştırmamak şartıyla, herkes kendi mülkünde dilediği gibi tasarruf edebilir. Taraflar akıllı ve ergenlik çağına ulaşmış kimselerse, yaptıkları muamele geçerli olup bunu, tek yanlı olarak feshettirmeye güçleri yetmez. Bu yüzden kişi 1000 liralık malını, bilerek 100 liraya satsa veya 100 liralık malı da yine bilerek 1000 liraya satın alsa, bu akid geçerlidir, feshe yetkisi bulunmaz.⁶⁰ Hatta

⁵⁷ Mecelle, md. 165; Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 147; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 151.

⁵⁸ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 159; Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 589; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 151.

⁵⁹ Kâsânî, *Bedâi 'u's-sanâi* ' , V, 225–227; Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 75, 588; Mecelle, md. 20, 327; Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî*, I, 588; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 151.

⁶⁰ Mecelle, md. 356–360.

Mecelle şerhinde çok daha mübalağalı örneklere yer verilmiştir. Mesela, bir kimse 1 liralık malını 1000 liraya satsa akid sahihtir. Yani yapılan satım akdinde bir bozukluk yoktur. Fâhiş fiyatla satıldığı öne sürülerek akdin sahih olmadığı söylenemez. Ancak İmam Muhammed'e (ö. 189/805) göre, bir malı piyasa fiyatının çok üstünde fâhiş bir fiyatla satmak mekruhtur. Ebu Yusuf'a (ö. 182/798) göre ise mekruh değildir.⁶¹

Zaman ve yer değişikliği olmadan, normal bir piyasada bu kadar değişken fiyata ender rastlanır. Bu durum kıyemi mallarda mümkün olabilir. Mesela kilogram fiyatıyla satın alınan eski kitaplar arasında bir tane çok kıymetli orijinal nüsha bulunsa ve alışı fiyatı 100 lira olan bu nüsha açık artırma sonucu 100 000 liraya satılsa yukarıda anlatılan aşırı değişken fiyat oluşur.

Eski eser ve antika eşya satımlarında da buna benzer fiyat farkları olabilir. Bazen sanat değeri olan bir tablo astronomik bir fiyatla satılabilir. Ancak eski eserden veya antika eşyadan anlayan alıcıların biçtikleri fiyat, o malın yine de piyasa fiyatı demektir. Bu malı satanın kıymetini bilmeme yüzünden ucuza satmış olması, daha sonraki satışların da kıymetinin çok altında bir fiyatla olmasını gerektirmez. Müşterinin, malı aldatma yoluyla ucuz alması durumu müstesnadır. Bu takdirde satıcının, fâhiş gabin sebebiyle akdi feshetmeye hakkı vardır. Alış veriş yapanların birbirlerini uyardmaları ve aldatmaya karşı nasihat etmeleri İslâm ahlakının gereğidir.⁶²

Türk Borçlar Kanununda gabinli bir akde bağlanan geçersizlik “feshedebilirlik” veya “edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi” hükmüdür.⁶³ Fakat birçok hukukçuya göre burada fesih bahsetmek yanlıştır. Zira doktrinde fesih, “sürekli bir borç ilişkisini ileriye etkili bir şekilde sonra erdiren bozucu yenilik doğuran bir hak” olarak tanımlanmaktadır. Muhtemelen İsviçre Kanununun çevrilmesi sırasında “sözleşmeden dönme”, “fesih”, “iptal”, “geri alma” kavramları karıştırılmış ve bunlar çoğu zaman birbirlerinin yerine geçmek üzere kullanılmıştır.⁶⁴

⁶¹ Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 588; Bilmen, *Kamus*, IV, 79; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 151.

⁶² İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 440; Mecelle, md.1464.

⁶³ Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, 120; BK. md. 28.

⁶⁴ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 494; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 108.

Bundan dolayı gabnin hukukî sonucunu “iptal” müeyyidesi ile açıklamak daha doğrudur. Çünkü iptal; dönme ve fesihten farklı olarak, hukuki işlemi geçmişe etkili olarak sona erdirme yetkisi veren, varması gerekli yenilik doğuran bir haktır.⁶⁵

bb. Fesih Hakkının Sahibi

Fesih hakkı prensip olarak gabinden zarar gören tarafa tanınmaktadır. Zarar gören mağdur, müşteriden olabileceği gibi satıcıdan da olabilir.⁶⁶ Bu durum, gabin ve tağrîr muhayyerliği olarak adlandırılmaktadır. Bundan dolayı hem müşteri hem de satıcının aynı anda gabin sebebi ile akdi feshedebilecekleri düşünülebilir. Meselâ, satıcı bir arsa ile evini aynı pazarlıkta fakat her biri için ayrı ayrı fiyatlar belirleyerek satarken, arsa hakkında satıcı müşteriyi, ev hakkında da müşteri satıcıyı aldatmış olsa ve fâhiş oransızlık meydana gelse her birinin gabne maruz kalması sebebiyle satım akdi feshedilebilir.⁶⁷

Komisyoncunun (dellâl), müşteri veya satıcıyı fâhiş oransızlıkla aldatması da aldanana akdi feshetme hakkı kazandırır. Zira komisyoncunun akidle münasebeti vardır. Fakat akidle münasebeti olmayan birinin aldatması aldanana akdi feshetme hakkını kazandırmaz.⁶⁸

Hanefî fakihlerinden İbn Nüceym (ö. 970/1563), satıcının, “Malımın değeri budur, bu fiyata al.” şeklindeki beyanına dayanarak bir malı fâhiş oransızlıkla satın alan kimsenin akdi feshedip malı geri verme hakkının bulunduğunu, fetvanın da bu yönde olduğunu kaydeder.⁶⁹ Fakat İbn Nüceym’in bu eserini şerheden Hamevî (ö. 1098/1687), aynı hükmü müşterinin anlayışsız ve bilgisiz olması kaydıyla zikreder.⁷⁰

Türk hukukunda fesih hakkı, münhasıran zarara uğrayan kişiye aittir. Dolayısıyla gabnin anlaşılmasından sonra bir senelik süre veya akdin yapılmasının

⁶⁵ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 108–109.

⁶⁶ Bu hüküm Mecelle’de şöyle ifade edilmektedir: “Bâyi’ ve müşteriden biri diğerini, tağrîr edip (yalan beyanla aldatıp) bey’de gabn-i fâhiş bulunduğu tahakkuk etse aldanana taraf bey’i feshedebilir.” (Mecelle, md. 357)

⁶⁷ Yaşaroğlu, *Gabin*, 47; Çetin, “*Gabn-i Fâhiş*”, XVIII (4), 217.

⁶⁸ Çetin, “*Gabn-i Fâhiş*”, XVIII (4), 217.

⁶⁹ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve’n-nezâir*, II, 298.

⁷⁰ Hamevî, *Gamzü’l-ıyûni’l-besâir*, III, 442.

üzerinden beş sene geçmeden, zarar gören isterse akdin geçersiz olduğunu ve onunla bağlı olmadığını söyleyebilir ya da sözleşmeye açıkça olur vererek sözleşmenin geçerli olduğunu açıklayabilir. Ayrıca edimler arasındaki oransızlığın giderilip akdin ayakta tutulmasını da isteyebilir.⁷¹

bc. Gabinli Akdin Feshinde Son Süre

İslâm hukukunda gabinli akdin feshedilebilme süresi, muhayyerlikle bağlantılı olarak ele alınmaktadır. Dolayısıyla muhayyerlik süresi gabinli akdin feshedilebilmesinin süresi olarak da kabul edilmektedir. Genel kanaat bu yönde olmakla birlikte muhayyerlik süresi konusunda fıkıh âlimleri arasında görüş farklılıkları bulunmaktadır:

Fakihlerin çoğu gabin muhayyerliğinin müddeti konusunda müstakil olarak ele almaktan çok, genellikle ayıp, vasıf ve şart muhayyerliği ile incelemiştir.⁷² Gabin muhayyerliğinin müddetiyle ilgili İslâm hukukçularının delil gösterdikleri naslar “Habbân hadîsi”⁷³ ve “Musarrat hadisi”⁷⁴ olarak meşhur olan hadislerdir. Hz. Peygamber bu hadislerde muhayyerlik süresini üç gün olarak ifade etmiştir.⁷⁵ Bazı fakihler ise bu hadisleri, gabin muhayyerliğinin süresi bağlamında dikkate almayarak farklı görüşler ileri sürmüşlerdir.

Hanbelî fakihler gabin muhayyerliğini ayıp muhayyerliğine kıyas ederek gabinden zarar gören için üç gün muhayyerlik süresi takdir etmişlerdir.⁷⁶ Ebû Hanîfe, “Habbân hadisi”ne binaen, akidde gabne maruz kalmamak için en fazla üç günlük

⁷¹ Olgaç, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, I, 279; Kalkan, *Gabin*, 148; BK. md. 28.

⁷² Kâsânî, *Bedâi ‘u’s-sanâi* ‘, V, 174; Karâfî, *ez-Zahîre*, V, 25; Abbâdî/Şîrvânî, *Havâşî*, IV, 346; Yaşaroğlu, *Gabin*, 57.

⁷³ Geniş bilgi için bk. Tez Metni, s. 101-102.

⁷⁴ Hadisin Müslim’deki metni şu şekildedir: حَدَّثَنَا قُتَيْبَةُ بْنُ سَعِيدٍ حَدَّثَنَا يَعْقُوبُ - يَعْنِي ابْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْقَارِيَّ - عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ « مَنْ ابْتِاعَ شاةً مُصَنَّرَةً فَهُوَ فِيهَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَرَدَّ مَعَهَا صَاعًا مِنْ تَمْرٍ ». (Müslim, “*Büyü*” 24). Ayrıca bk. Buhârî, “*Büyü*” 64; Müslim, “*Büyü*” 24; Ebû Dâvud, “*Büyü*” 48; Tirmîzî, “*Büyü*” 29; İbn Mâce, “*Ticârât*” 42; Nesâî, “*Büyü*” 14; Ahmed b. Hanbel, 2/483, 507; Dârimî, “*Büyü*” 19; Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, V, 273, 318, 320; Dârekutnî, *Sünen*, IV, 45.

⁷⁵ İbn Mâce, “*Ahkâm*”, 24; Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, V, 273; Dârekutnî, *Sünen*, IV, 9.

⁷⁶ Buhûtî, *Keşşâfü’l-kınâ* ‘, III, 215; Yaşaroğlu, *Gabin*, 58.

muhayyerlik şartının ileri sürülebileceği, Ebû Yusuf ve İmam Muhammed, bu sürenin müddetinin belirli olması şartıyla, daha uzun olabileceği görüşündedirler.⁷⁷

Şâfiiler arasında konu ile ilgili olarak görüş farklılıkları bulunmasına rağmen, tercih edilen görüş, muhayyerliğin herhangi bir süre söz konusu olmaksızın derhal geçerli (fevrî) olduğu şeklindedir. Dolayısıyla muhayyerlik hakkının derhal kullanılıp akdin feshedilmemesi sebebiyle muhayyerlik hakkı ortadan kalkar.⁷⁸ Bir başka görüşe göre ise muhayyerlik için üç günlük bir süre bulunmaktadır.⁷⁹

Mâlikî mezhebine göre, gabne maruz kalan kimse üç günlük bir muhayyerlik hakkına sahiptir. Dolayısıyla üç gün içerisinde feshedilmeyen akid lâzım hale gelir.⁸⁰ Fakat Mâlikî mezhebine mensup olan Mâzerî (ö. 536/1141), İbn Arafe (ö. 803/1401), Burzülî (ö. 844/1440) ve İbn Âsım (ö. 857/1453) gibi bazı fıkıh âlimlerine göre gabinden zarar gören (mağbûn), gabnin öğrenilmesinden itibaren bir yıl içerisinde muhayyerlik hakkını kullanabilir.⁸¹ Gabinden zarar gören kimsenin mahcur olması durumunda da muhayyerlik hakkının bir yıllık süre ile mukayyet olacağı ifade edilmektedir. Fakat vasinin, bir yıllık süre içerisinde muhayyerlik hakkını kullanmaması bir kusur olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu durumda sorumluluğun vasiye ait olduğu ifade edilmektedir.⁸² Irak Medeni Kanununun 125. maddesinde ise bu sürenin akid zamanından itibaren bir yıl olduğu vazedilmektedir. Bu görüş Türk Borçlar Kanunundaki süre ile paralellik arz etmektedir.

Karadâğî'ye göre de "musarrât hadîsi"ne kıyasen, gabinli akdin feshinde son süre gabnin anlaşılmasından itibaren üç gündür. Aldanan taraf, farkına vardığı gibi gabinli akdi feshettiğine dair şahit tutar. Şayet yakında ise üç gün içerisinde gabinden istifade eden tarafa rücû eder. Yakında değilse şahit tutmakla yetinir ve hakiki

⁷⁷ Şeybânî, *el-Asl*, V, 123-124; Kâsânî, *Bedâi 'u's-sanâi* , V, 174; Yaşaroğlu, *Gabin*, 58.

⁷⁸ Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, III, 389, IV, 38; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 747; Yaşaroğlu, *Gabin*, 58.

⁷⁹ Abbâdî/Şirvânî, *Havâşî*, IV, 346; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, III, IV, 38; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 747.

⁸⁰ Karâfî, *ez-Zahîre*, V, 25.

⁸¹ Sâvî, *Bulğatü's-sâlik*, III, 117; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 743, 754; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 137; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 155.

⁸² Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 138.

kıymeti tamamlamasını ister veya akdi fesheder. Şayet gabiniden istifade eden taraf, talebini kabul etmezse, mağdur bir sene içerisinde dava açar. Ehliyeti eksik olan mağdurun, reşid olmasından itibaren bir yıl kadar muhayyerlik hakkı vardır. Çünkü onların yeteri derecede tecrübeleri bulunmayıp korunmaya daha fazla ihtiyaçları bulunmaktadır.⁸³

Türk hukukunda gabinli akdin iptali hakkı için iki farklı süre takdir edilmektedir. Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir. Bu süreler geçmiş olursa anılan unsurların gerçekleşmiş olmasına rağmen gabin iddiasında bulunulamaz. Bu süre hak düşürücü bir süredir.⁸⁴ Sürenin başlangıç ânı, sözleşmenin yapıldığı ândır.⁸⁵

bd. Gabinli Akdin Feshe Kadarki Hükmü

İslâm hukukuna göre gabin sebebiyle feshedilen akid, feshedildiği andan itibaren geçersiz olur. Dolayısıyla söz konusu akid feshedildiği ana kadar geçerli olmaktadır. Fakat icâre akdi bundan istisna edilmektedir. Çünkü icâre akdinde gabin sebebiyle feshedilen akid baştan itibaren geçersiz hale gelmektedir.⁸⁶

Bazı Türk hukukçuları tarafından akdin baştan itibaren geçerli olduğu, ancak gabne maruz kalan tarafın süresi içinde iptal hakkını kullanarak akdi baştan itibaren geçersiz hale getireceği savunulmaktadır.⁸⁷ Türk hukukunda gabinli akdin durumu, kurulmasından itibaren bir yıllık sürenin geçmesine kadar muallâktadır, yani hükümsüzlük askıdadır. Gabne maruz kalan, bu muallâktaki durumu iki şekilde bertaraf edebilir. İsterse düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde harekete geçer; sözleşme ile

⁸³ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 754.

⁸⁴ Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, 120; Uygur, *Borçlar Hukuku*, I, 184; Kalkan, *Gabin*, 146.

⁸⁵ Uygur, *Borçlar Hukuku*, I, 184; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 493; Kalkan, *Gabin*, 147; BK. md. 28.

⁸⁶ Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ*, III, 212.

⁸⁷ Uygur, *Borçlar Hukuku*, I, 184; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 111.

bağlı olmadığını karşı tarafa bildirir ya da sözleşmenin geçerliliği hususunda icazetini verir. Bu icazet öyle bir beyandır ki, bununla zarar gören, ihlal edilen hakkına rağmen akid ile bağlı kalmak istediğini bildirmektedir. İsterlerse de hareketsiz kalarak bir veya her hâlde beş yılın geçmesini bekler, bu durumda da akid söz konusu yılların sonunda tüm hükümlerini doğurur, geçerli hale gelir.⁸⁸

be. Fesihten Sonra Tasfiye Safhası

Fesihten sonraki tasfiye safhası için edimlerin iadesi ve tazminat talebi olmak üzere iki durum söz konusu olmaktadır.

bea. Edimlerin İadesi

Gerek İslâm hukuku ve gerekse Türk hukukuna göre, gabinli akdin feshedilmesi veya iptali halinde edimlerin iade edilmesi gerekmektedir. BK. 28. maddesi, gabne maruz kalanın, akdi feshettikten sonra, verdiklerini geri alabileceğini açık olarak düzenlemiştir. Fakat aldatan, gabne maruz kalana (mağbûna) edayı yerine getirmişse, yerine göre (örneğin; menkul mülkiyetini devretmişse) sebepsiz zenginleşme veya (örneğin; gayrimenkul mülkiyetini devretmişse) istihkak davası yoluyla verdiği geri alabilir.⁸⁹

Fakat bazı hallerde edimlerin tamamen iadesi mümkün değildir. Örneğin yaralıyı hastaneye götürmek için normalin on katı ücret isteyen taksici, aldığı ücreti iade edebilir.⁹⁰

beb. İndirim Müeyyidesi

Gabin sebebiyle söz konusu olan fâhiş oransızlığın kaldırılıp akdin ayakta tutulup tutulamayacağı gerek İslâm hukukunda, gerekse Türk hukukunda tartışma konusu yapılmıştır. Fakat 2011 tarihli Türk Borçlar Kanununda indirim müeyyidesi açık olarak zikredilmiştir. Buna göre zarar gören sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.⁹¹

⁸⁸ Kalkan, *Gabin*, 149; BK, md. 28.

⁸⁹ Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, 121; İnan, *Borçlar Hukuku*, 158.

⁹⁰ Uygur, *Borçlar Hukuku*, I, 184; Akıncı, *Borçlar Hukuku*, 119.

⁹¹ BK. md. 28.

İslâm hukuk doktrininde buna genel anlamda olumlu bakılmaz. İndirim müeyyidesi özellikle güvene dayalı akidlerde mevzu bahis edilir.⁹² Ayrıca Hanbelî mezhebinden İbn Receb'e (ö. 795/1393) göre, gabne maruz kalan kimse, aldandığı miktarı karşı taraftan talep eder ve akid olduğu şekliyle devam eder.⁹³

bec. Tazminat Talebi

İslâm hukukuna göre tazminat talebinin caiz olup olmayacağı tartışma konusudur. Hanbelî mezhebine göre vekil, fâhiş oransızlıkla veya takdir edilen fiyatın zararına satım akdinde bulunması sebebiyle tazminde bulunur. Doktrinde söz konusu tazminin sadece fâhiş oransızlığı izale edecek miktar ile emsâl kıymetten fazla olan oransızlığın giderilmesi şeklinde iki görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden ikincisi doktrinde hâkim hale gelmiştir.⁹⁴ Fakat bu çağdaş hukukta mevzu bahis edilen tazminattan farklı olup, tazminat talebi fesihten sonra söz konusu olmamakta, akid müvekkil adına gerçekleşmeye devam etmektedir.

Şâfiî mezhebi, Hanefî mezhebinde de İmam Muhammed ve Ebû Yusuf'a göre vekilin fâhiş oransızlıkla yapmış olduğu satış akdinde, malın bedelini müvekkilin hesabından ödemesi durumunda, vekilin hesabından yaptığı ödemeyi müvekkiline tazmin etmesi gerekir. Fakat böyle bir tasarruf, vekil adına sahih olur ve vekil ödediği miktarı müvekkiline tazmin eder.⁹⁵ Dolayısıyla bu örnekte de fesihten sonra tazminat durumu söz konusu olmamaz. Dolayısıyla bu örneklerin bu başlık altında yer alması uygun düşmemekle birlikte, tazminat unsurunu barındırmaları sebebiyle zikredilmelerinde fayda vardır.

Sonuç olarak İslâm hukukunda tazminat kavramı geçmektedir. Fakat tazminat kavramı ile ifade edilen anlam, çağdaş hukuktaki tazminattan farklı anlamda

⁹² Buhârî, *el-Muhît*, VII, 51-52; Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 587; Bilmen, *Kamus*, VI, 83-84, 120; Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 83.

⁹³ Haccâvî, *el-İknâ* ' , II, 91; Buhûfî, *Keşşâfû'l-kınâ* ' , III, 212.

⁹⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 78; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, II, 245.

⁹⁵ İbn Abdülber, *el-Kâfî*, I, 396; Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 542; XII, 214, XIX, 36; Semerkandî, *Tuhfe*, III, 234; Kâsânî, *Bedâi' u's-sanâi* ' , VI, 27; Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 143; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 78; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, II, 245; Nevevî, *Minhâc*, 273-274; Karâfî, *ez-Zahîre*, VIII, 8; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468; Haccâvî, *el-İknâ* ' , II, 240-241; Buhûfî, *Keşşâfû'l-kınâ* ' , III, 475; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, III, 382-383; Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 589; Bilmen, *Kamus*, VI, 342; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 152.

kullanılmaktadır. Dolayısıyla İslâm hukukunda tazminat talebi yer almamakta, satım akdi gabin sebebiyle feshedilince taraflar yalnız verdiklerini geri almakla yetinmekte veya emsal bedeldan fazla olan kısmı ya da fâhiş oransızlığı izale edecek miktarı geri aldıkları görülmektedir.⁹⁶

Türk hukukunda aşırı yararlanma ile yapılan bir satım akdinden zarar görmüş olan taraf, karşı taraftan tazminat isteyebilir. Çünkü aldatan, akid müzakereleri sırasında iyi niyet kurallarına uymamaktadır.⁹⁷

bf. Fesih Hakkının Kaybedilmesi

Muhayyerlik sebebiyle fesih hakkına sahip olan aldananın (mağbûnun) şu durumlarda fesih hakkı kalmaz:

1) Gabne maruz kalan kimsenin (mağbûn), satım akdinde gabin olduğunu farkettilikten sonra mülkiyeti lâzım hale getirecek şekilde mebîde tasarrufta bulunması sebebiyle fesih hakkı ortadan kalkar. Çünkü gabnin öğrenilmesinden sonra tasarrufta bulunmak, gabinli haliyle akde razı olmanın bir göstergesidir. Mesela, gabne maruz kalan müşteri satım akdinde gabnin bulunduğunu anladıktan sonra mebii satar, kiraya verir veya hibe ederse, fesih hakkını kaybeder. Ancak mülkiyeti lâzım hale getirmeyen emanet verme, fesih hakkını iptal etmez.⁹⁸

2) Gabin ile satın alınan mebî telef olmuş, tüketilmiş veya mebîde ayıp meydana gelmişse aldatılanın akdi feshetme hakkı kalkar. Meselâ satın alınan arsaya aldatılan tarafın (mağbûnun) ev yapması, dolayısıyla arsayı ayıplı hale getirmesi durumunda, fesih hakkı kalmaz. Yine el yazması bir kitabı satın alan bir müşterinin onda geri vermeye mani bir ayıp meydana getirmesi, sonradan aldandığını anlasa da

⁹⁶ İbn Kudâme, *el-Kâfi*, II, 245; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 155.

⁹⁷ Uygur, *Borçlar Hukuku*, I, 184; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 497; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, 121—122; İnan, *Borçlar Hukuku*, 158; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 155; Akıncı, *Borçlar Hukuku*, 119.

⁹⁸ Yenişehirli, *Behcetü'l-fetâvâ*, 287-288; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, 135 (md. 548); Bilmen, *Kamus*, VI, 79; Bu hüküm Mecelle'de şu şekilde ifade edilmektedir: “Tağrîr olunan müşteri bey'de gabn-i fâhiş bulunduğu muttali olduktan sonra mebî'de, temellükün levâzımından olan bir veçhile tasarruf ederse artık hakkı-ı fesih kalmaz.” (Mecelle, md. 359).

bu aypla kitabı geri verememesine sebebiyet verir.⁹⁹ İmam Muhammed'den bir rivayete göre bu halde müşteri, mebiin kıymetini verip teslim etmiş olduğu semen ile satıcıya rüçû edebilir.¹⁰⁰

3) Mebî vakfedilmişse yine fesih hakkı mağbûn tarafından kaybedilir.¹⁰¹

Yukarıdaki üç madde kıyemî mallar için söz konusudur. Mislî mallar için durum biraz daha farklıdır. Gabinli muamele ile satın alınan mislî malların tamamı helak olsa veya başkasına satılıp teslim edilse, sahih surette vakıf yapılsa, mal aldananın elindeyken kendisinde geri vermeye mani bir ayıp meydana gelse ve bunlardan sonra gabnin varlığına muttali olursa fesih için muhayyerlik hakkı düşmez. Malın geri kalanını aynen, telef olanın da mislini iade edip ödediği semeni alır.¹⁰² Meselâ kilosu 1 liradan satın alınan 50 kilo unun yarısı zayi olduktan sonra, müşteri fâhiş oransızlıkla aldandığını anlasa geri kalan 25 kiloyu aynen, zâyi olanın yerine de 50 kilo unu satın alarak satıcıya iade eder ve ödediği semeni (50 lirayı) alır.¹⁰³

4) İbrâ da fesih hakkını düşürür. Meselâ, satım akdinin taraflarından birisi diğerini gabin davasından ibrâ ettiği takdirde fesih hakkını kaybeder.¹⁰⁴

5) Mebî'de, kendisine bitişik olup kendisinden doğmamış olan bir ziyade (ziyade-i muttasıla-i gayr-i mütevellide) meydana gelmiş olması da fesih hakkının kalkmasına sebebiyet verir. Arsa üzerinde yetişen ağaç ve yapılan bina bu duruma örnek teşkil etmektedir.¹⁰⁵

⁹⁹ Yenişehirli, *Behcetü'l-fetâvâ*, 287-288; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, 135 (md. 549); Bilmen, *Kamus*, VI, 79; Bu hüküm Mecelle'de şu şekilde ifade edilmektedir: "Tağrîr ve gabn-i fâhişle satın alınan bir mal telef veya helâk veyahut mebi'de ayıp zuhur etse, arsa olup üzerine bina yapılsa aldanan kimsenin akdi feshe selahiyeti kalmaz." (Mecelle, md. 360)

¹⁰⁰ Yenişehirli, *Behcetü'l-fetâvâ*, 287; Bilmen, *Kamus*, VI, 79.

¹⁰¹ Yenişehirli, *Behcetü'l-fetâvâ*, 288; Yaşaroğlu, *Gabin*, 48.

¹⁰² Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, 135 (md. 548); Çetin, "*Gabn-i Fâhiş*", XVIII (4), 219.

¹⁰³ Çetin, "*Gabn-i Fâhiş*", XVIII (4), 219.

¹⁰⁴ Yaşaroğlu, *Gabin*, 48.

¹⁰⁵ Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 592; Erdoğan, *Terimler Sözlüğü*, 623.

bg. Feshin Caiz Olmadığı Muameleler

Hanefiler aşağıdaki durumlarda gabin sebebiyle satım akdinin fesholunamayacağı görüşündedirler:

1) Akdin tarafları dışında üçüncü bir şahıs, taraflardan birini aldattığında gabne maruz kalan kimse akdi feshedemez. Yani muhayyerlik hakkına sahip olamaz.

2) Bir gayr-i menkul satımında satıcı, müşteri tarafından gabne maruz bırakılsa ve şefî de söz konusu gayr-i menkulün mülkiyetine sahip olsa, artık satıcı akdi feshedemez ve dolayısıyla şefî' aleyhine gabin davası açamaz. Çünkü satıcıyı şefî' değil müşteri aldatmıştır.¹⁰⁶

c. Lüzûm

Bazı Hanefî mezhebi kaynaklarında; kuvvetli rivayetin (zâhiru'r-rivâyenin), tağrîr sonucu meydana gelmiş olsa da gabnin akidlere herhangi bir etkisinin olmayacağı şeklinde zikredilmektedir. Dolayısıyla bu duruma göre gabnin dâhil olduğu akidler sahih ve lâzım akidler hükmünü almaktadır.¹⁰⁷

Şâfiî fakihleri de pazar dışında malı karşılayıp satın alma (telakki'r-rukbân) dışındaki tağrîr çeşitlerinin, oransızlık vuku bulsa da, gabne etkisinin olmayacağı görüşündedirler. Şehirlinin köylü adına mal satması (bey'u'l-hâzır li'l-bâdî), hileli arttırma ve eksiltme (neceş) de bu türdendir. Çünkü şehirlinin köylü adına mal satması durumunda aldanan tarafın önceden araştırma yapıp fiyatlar hakkında yeterli bilgiye sahip olduktan sonra akid yapabilmesi mümkün olmakta, hileli arttırma veya eksiltmede de üçüncü kişilerin müdahalesi sebebiyle akde bir eksiklik terettüp etmemektedir. Bu araştırmayı terk ettiği için aldanan taraf kusurlu olmaktadır. Bundan dolayı kusurunun sonuçlarına katlanacak ve fâhiş oransızlıkla aldandığını öne sürerek akdi feshetme hakkına sahip olamayacaktır. Ayrıca aldanan tarafa bu hak verilecek olursa hukuki işlemlere duyulan güven sarsılacaktır. Çoğunluğu teşkil eden

¹⁰⁶ Yaşaroğlu, *Gabin*, 49; Çetin, “*Gabn-i Fâhiş*”, XVIII (4), 217.

¹⁰⁷ İbn Âbidîn, “*Gabin*”, II, 77; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 219.

Mâlikî fıkıh âlimine göre de şehirlinin köylü adına mal satması sebebiyle akid lâzım hale gelmektedir.¹⁰⁸

Bazı istisnâlar dışında, gabn-i yesîrin akidlere herhangi bir etkisi yoktur. Dolayısıyla mutlak olarak gabn-i yesîrin bulunduğu akidler sahih ve lâzım olmaktadır. Böyle bir aldanmanın kendiliğinden değil de karşı tarafın tağrîri suretiyle meydana gelmiş olması da bu hükmü değiştirmemektedir. Zâhirîler dışındaki mezhepler arasında bu konuda herhangi bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Zâhirî mezhebine göre ise gabne maruz kalan kimse, akid esnasında gabnin farkında değilse gabin mutlak olarak akde tesir etmektedir. Meydana gelen gabnin yesîr ya da fâhiş olmasının önemi yoktur.¹⁰⁹

Aşağıdaki durumlarda gabin gerçekleşmesine rağmen akid lâzım hale gelmekte ve akidden geri dönmek (fesih) imkânsız hale dönüşmektedir:

1) Fâhiş fiyatla satın alınan kiyemî malın elden çıkması veya malda geri vermeye engel olacak nitelikte bir kusurun meydana gelmesi.

2) Aldatılanın, fâhiş gabne rağmen, mebîde tasarrufta bulunması.

3) Aldatılan kimsenin ölmesi. Fâhiş gabin sebebiyle, fesih hakkı, mirasçılara intikal etmez. Bu mücerred haklardan olup, aldananın ölümüyle düşer.¹¹⁰

Mebî ölçü, tartı veya sayı ile satılan (misli) mallardan ise, bir kısmında tasarrufta bulunulduktan sonra, fâhiş gabin durumunun varlığı anlaşılrsa, alıcının fesih hakkı düşmez. Bu durumda gabne maruz kalan müşteri, mebiin geri kalanını aynen ve telef olanın da mislini satıcıya vererek verdiği semeni tamamen talep edebilir.¹¹¹

E. Gabn-i Yesîrin Hukukî Sonuçları

İslâm hukukunda gabn-i yesîr ve gabn-i fâhiş şeklindeki ayırım, gabnin akde tesiri göz önünde tutularak yapılmış ve akde tesir etmesi düşünülmeyen gabin türleri

¹⁰⁸ İbn Abdülber, *el-Kâfi*, I, 365; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 167; Arı, *Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*, 219.

¹⁰⁹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 440; Yaşaroğlu, *Gabin*, 44.

¹¹⁰ Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 586, 587, Döndüren, *Kâr Hadleri*, 253.

¹¹¹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 441; Cezîrî, *Kitâbu'l-Fıkıh*, II, 285; Şafak, "*Kâr Haddi*", 98; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 153.

gabn-i yesir tabiriyle gabin kavramının dışında tutulmuştur. Bundan dolayı gabn-i yesîr tabiri, akde tesir etmesi ve hukukî sonuç doğurması itibariyle gabne getirilmiş bir alt sınır görünümündedir. Dolayısıyla fâhiş veya yesîr her gabin hukuken aynı sonucu doğurmamakta, mutlak olarak gabn-i yesîrin akde tesir etmediği konusunda ittifak bulunmaktadır.¹¹² Fakat gabn-i yesîrin akde tesir etmemesi kuralına bazı istisnalar getirilmiştir. Hanefî doktrininde bu istisnalar “fâhiş oransızlığın gabin için şart olmadığı alanlar” başlığı altında zikredilmiştir.¹¹³

Zâhirî mezhebi âlimleri ise gabn-i fâhiş ve gabn-i yesîr şeklinde bir ayırma gitmezler. Onlara göre gabin, akid sırasında varlığından haberdar olunmadığı sürece ister fâhiş olsun ister yesîr olsun aldanan kişiye muhayyerlik hakkı verir. İbn Hazm’a (ö. 465/1064) göre bir nesneyi denginden daha fazlaya veya daha aza karşılık satmak helal değildir. Gabnin hukukî sonuç meydana getirmesi fâhiş olmasına bağlı değildir. Satıcı veya müşteri akid sırasında bilgileri dâhilinde gabin dışında akdin selametini şart koşup akde razı olsalar gabin basit (yesîr) de olsa akid batıl olur. Yine akdin taraflarından birisi akdin selametini şart koşsa da akid gabinli gerçekleşse ve gabnin miktarını da taraflar bilmeseler veya aldatan gabnin miktarından haberdar olsa, yine gabin basit (yesîr) olsa akid yine batıl olur. Malı kabzedenden taraf gasp hükümleri doğrultusunda tazminde bulunur. Böyle bir akde icazet vermek caiz olmayıp tekrar akid yapılması gerekir. Fakat taraflar akdin selâmetini şart koşmayıp bilgisi dışında taraflardan birinin aleyhinde gabin gerçekleşse aldanan tarafın akdi geçerli kılma veya akdi kabul etmeme hakkı vardır. Şayet satım akdinin mahalli elden çıkarsa Ebû Sevr’e (ö. 240/854) göre aldanan tarafın aldatana rücû etme hakkı bulunmaktadır.¹¹⁴

F. Gabinli Akdin Ayakta Tutulması

Hukuk sistemleri, gabinli akdin eksikliğinin giderilip akdin ayakta tutulması konusunda çeşitli fikirler ortaya koymuşlardır. Hanefî mezhebine göre mevkûf olan gabinli akdin icâzete veya eksikliğinin giderilmesiyle ayakta tutulabileceği

¹¹² Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, II, 739; Bardakoğlu, “*Gabn*”, XIII, 270.

¹¹³ Bk. Tez Metni, s. 117-118.

¹¹⁴ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 442; Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, II, 740-741.

konusunda hükümler vazedilmiştir. Bu konuyla ilgili örnekler iki maddede ele alınabilir:

1) Borca batık kişinin iflası sebebiyle tasarrufları kısıtlanmışken (hacr), malını basit oransızlıkla (gabn-i yesîrle) satması neticesinde mevkûf olan akid, alacaklıların icâzeti veya müşterinin piyasa fiyatı ile satış bedeli arasındaki farkı ödemesiyle geçerli (nâfiz) hale dönüşür.¹¹⁵

2) Ölüme götüren bir hastalığa yakalanan kimsenin, bu durumda iken malını basit oransızlıkla (gabn-i yesîrle) mirasçılarının dışındakilere satması neticesinde mevkûf olan akid, mirasçılarının icâzeti veya müşterinin piyasa fiyatı ile satış bedeli arasındaki farkı ödemesiyle geçerli (nâfiz) hale dönüşür.¹¹⁶

Karadâğî'ye göre gabne maruz kalan taraf bedeller arasındaki oransızlığın kaldırılmasını talep etme hakkına sahiptir. Böylece ma' kudun aleyh hakiki kıymeti ile akde konu olur.¹¹⁷

Mâlikî mezhebine göre karşılıklı rıza ile boşanmada (muhâla'a/hul') reşid olan kadın, sefih olan kocasının muhâla'a bedelini eksik verirse, bir başka ifadeyle belirlenen muhâla'a bedeli ile emsâl muhâla'a bedeli arasında oransızlık meydana gelirse muhâla'a akdi geçerli olur. Fakat kadının emsal muhâla'a bedelini ödemesi gerekir.¹¹⁸ Görüldüğü gibi burada zayıf taraf olan sefihin zayıflığından istifade edilmesi durumu söz konusudur. Sonuçta yapılan akid geçerlidir. Fakat meydana gelen oransızlık izale edilmiş olmaktadır.

Türk Borçlar Kanununda açık bir kural olmamakla birlikte öğretide hâkim olan görüşe göre ivazlar arasındaki dengesizliğin düzeltilerek akdin ayakta kalmasını sağlamak mümkündür. Bunun hukukî dayanağı hakkında iki görüş ileri sürülmüştür:

¹¹⁵ Döndüren, *Kâr Hadleri*, 150; Yaşaroğlu, *Gabin*, 45.

¹¹⁶ Döndüren, *Kâr Hadleri*, 150; Yaşaroğlu, *Gabin*, 45.

¹¹⁷ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 753.

¹¹⁸ Hattâb, *Mevâhibü'l-celîl*, IV, 26.

Terkedilmiş nazarı ile bakılan birinci görüşe göre, MK. 1/II¹¹⁹ uyarınca kanundaki bir boşluk doldurularak, hâkime akidde değişiklik yapma yetkisinin verilmesi söz konusudur.¹²⁰ İsviçre öğretisindeki büyük çoğunluk tarafından savunulan ikinci görüş “değişik kısmî hükümsüzlük” kavramına dayanıyor. Buna göre sömürülen, seçimlik bir hakka sahiptir: Dilerse sözleşmeyi tümüyle iptal eder, dilerse sadece taraflardan birinin ediminin çoğaltılması veya azaltılması suretiyle akidde dengeyi sağlayan kısmî bir iptal beyanında bulunabilir. Örneğin 100 bin TL’lik bir taşınmaz, gabin sonucu 40 bin TL’ye satılmışsa, kısmi iptal üzerine, sömürülenin 40 bin TL’lik ediminin 100 bin TL’ye çıkarılması mümkündür. Aynı şekilde 40 bin TL’lik taşınmaz, gabinli bir akidle 100 bin TL’ye satın alınmışsa, bu defa alıcının edimi 100 bin TL’den 40 bin TL’ye indirilerek akid ayakta tutulur. Bu görüş 2011 tarihli Türk Borçlar Kanununda yer bulmuştur.¹²¹

Bu çözümün pratik yararı şu noktada kendini gösterir: Sömürülen, tam iptal halinde aldığı geri vermek zorundadır. Fakat sömüren tarafından kendisine sağlanan edime çok muhtaç, hatta ondan vazgeçemez olduğu zaman ciddi biçimde sıkıntıya düşer. Bu çözüm yoluyla, sömürülen, ihtiyaç duyduğu parayı veya malı sömürülenine iade etmekten kurtulmakta ve açık nispetsizlik bertaraf edilmiş olmaktadır.¹²² Sömüren bu durumu bilseydi akdi hiç yapmayacağını ileri sürmek suretiyle kısmî iptali engellemek ve tam iptale dönüştürmek imkânına sahip değildir. Çünkü böyle bir çözüm sömürülenin koruyucu amacına tamamen ters düşmekte ve sonuçta kısmi iptal yolu ile sağlanabilecek pratik yararların yok edilmesine sebep olmaktadır. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, tam veya kısmi iptalden birini serbestçe seçmek sadece sömürülene ait bir haktır. Hiçbir şekilde hukukî himayeye lâyık olmayan sömürülenin ise böyle bir seçimlik hakkı yoktur.¹²³

¹¹⁹ Bu maddede şu hüküm vazedilmektedir: Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.

¹²⁰ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 495; Hâtemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı*, 240.

¹²¹ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 495; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, 121; Hâtemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı*, 241; BK, md.28.

¹²² Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 495.

¹²³ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 496.

Kısmi iptal çerçevesinde karşılıklı edimler dengelenirken, malın piyasadaki ortalama fiyatının mı esas alınacağı, yoksa dengesizlikteki fâhiş olma unsurunu kaldıracak, kabul edilebilir veya hoşgörülebilir bir meblağ ile mi yetinileceği konusu tartışılmıştır. Öğretide bu konuya değinen yazarlar genellikle birinci alternatifi üstün tutmaktadırlar. Çünkü gabin, zayıf durumdaki sömürüleni korumak üzere vazedilmiştir. Şu halde onu en iyi koruyan çözüm tercih edilmelidir. Çok pahalı satılan mallarda (örneğin piyasa fiyatı 50 olan bir mal 100'e satılıyor) bu, hiç kuşkusuz semeni 50'ye indiren çözüm olacaktır. 2011 tarihli Türk Borçlar Kanununda da bu hükme yer verilmiştir.¹²⁴

Derhal belirtilmesi gerekir ki, gabinde, hâkimin sözleşmeyi tamamlaması ve yeni şekli ile sözleşmenin geçerli sayılması imkânı kabul edilse bile, bütün gabin ihtimallerinde “indirim” mümkün değildir. Trampa sözleşmelerinde, meselâ bir buzdolabına karşı bir otomobil devri borçlanılmış ise hâkim, otomobil edimini indirme veya buzdolabı edimini yükseltme konusunda çaresiz kalabilecektir.¹²⁵

G. Gabnin Kişilere Etkisi

Gabinli muamelelere maruz kalan kimsenin durumunun ne olacağı konusu fıkıh âlimleri tarafından ele alınmış ve konuyla ilgili çeşitli hususlar ifade edilmiştir. Konuyla ilgili ifade edilen hükümler şunlardır:

1. Hacr

İslâm hukukçularının çoğunluğu, tecrübesiz olan ve kendisinde akıl zayıflığı bulunup yaptıkları akidlerde aldanan kimselerin hacir altına alınacakları kanaatindedirler. Bu konuda delil olarak “Habbân hadisi”ni zikretmektedirler. Bu hadiste Hz. Peygamber, yaptığı alış verişte aldanan Habbân’ın alış veriş yapmasını yasaklamıştır.¹²⁶

Aldatma fiili (tağrîr) olmaksızın, kişinin kendi bilgisizliği ve dikkatsizliği sebebiyle ivazlarda fâhiş bir oransızlığın meydana gelmesi halinde Şâfiî mezhebinde, bu şekilde kendinden kaynaklanan bir sebeple sıkça aldanan kimseye akdi fesih

¹²⁴ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 497.

¹²⁵ Hâtemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı*, 239—240.

¹²⁶ Kurtubî, *el-Câmi* ‘, III, 387.

hakkı tanınması yerine bu şahsın ehliyetinin kısıtlanmasının daha uygun olacağı görüşü vardır.¹²⁷ Yine Şâfiî mezhebine göre savurganın (sefihlin) fâhiş oransızlık (gabn-i fâhiş) ile malını harcaması sebebiyle kendisine hacir uygulanır.¹²⁸

2. Gabnin Üçüncü Kişilerin Haklarını İhlal Etmesi

Mâlikî fakihleri, gabnin bir örneğini teşkil eden üreticinin yolda karşılanmasının (telâkki'r-rükbânın) yasaklanmasının sebebini, diğer mezheb âlimlerinden farklı olarak piyasadaki diğer tüccarın menfaatlerinin ihlal edilmesi şeklinde değerlendirirler. Bu değerlendirmenin bir neticesidir ki, böyle bir muameleyle alınan mallara bütün tüccar ortak olabilir.¹²⁹ Dolayısıyla Mâlikî doktrininde, gabnin bir örneğini teşkil eden telâkki'r-rükbân, üçüncü kişiler olan piyasadaki tüccarın haklarının ihlal edilmesi sebebiyle yasaklanmıştır.

3. Manevi Sorumluluk

Bedeller arasında fâhiş oransızlık (gabn-i fâhiş) meydana getirmek fıkıh âlimlerinin çoğuna göre haramdır.¹³⁰ Bu durum bir aldatma fiili (tağrîr) neticesinde olursa haramın şiddeti daha da artmaktadır. Bundan dolayı gabin, zulmetme ve zarar vermenin bir göstergesi olmakta ve dolayısıyla kişiye ağır bir manevi sorumluluk yüklemektedir.¹³¹

II. GABİN DAVASI

A. Gabin İçeren Akidlerin Dava Edilmesi

Gerek İslâm hukukunda gabinden doğan muhayyerlik ve gerekse Türk hukukunda iptal hakkının kullanılması davaya ihtiyaç duymaksızın tek taraflı irade beyanı ile tahakkuk eder. Bu irade beyanı hiçbir şekle tâbi tutulmaz. Gabne uğrayan tarafın, akid tarihi üzerinden hak düşürücü süre geçmeden akdi bozduğunu bildirmesiyle akid bozulmuş olur. Gabin içeren akidlerin dava edilmesi neticesinde

¹²⁷ Nevevî, *el-Mecmû* ' , III, 417.

¹²⁸ Nevevî, *Minhâc*, 256; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, IV, 224.

¹²⁹ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 166; Merdâvî, *İnsâf*, IV, 394; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ* ' , III, 128; Bardakoğlu, "Gabn", XIII, 271.

¹³⁰ Karâfî, *ez-Zahîre*, V, 112; Haccâvî, *el-İknâ* ' , II, 92; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 735.

¹³¹ Karâfî, *ez-Zahîre*, V, 112.

mahkemenin çözümleyeceği mesele, bu bozmanın (feshin) haklı olup olmadığı meselesinden başka bir şey değildir.¹³²

Hanefî doktrinde reşid kişilerin fâhiş oransızlık sebebiyle dava açması ve neticede akdin feshedilebilmesi konusunda üç görüş ortaya çıkmıştır:

Birinci görüşe göre; tek başına fâhiş oransızlık sebebiyle dava açılabilir ve neticede akid feshedilir. İkinci görüşe göre; tek başına fâhiş oransızlık sebebiyle dava açılmaz ve dolayısıyla akdin feshedilmesi de mümkün olmaz. Üçüncü görüşe göre; aldatma fiili (tağrîr) neticesinde fâhiş oransızlık meydana gelirse dava açılabilir ve akid feshedilir. Aldatma fiili (tağrîr) olmaksızın tek başına fâhiş oransızlık sebebiyle dava açılmaz ve dolayısıyla akdin feshedilmesi de mümkün olmaz.¹³³

Gabinli akidlerin dava edilmesinde bazı esaslar zikredilmektedir. Meselâ bir kimse, küçük evladının bir malını sattıktan sonra fâhiş oransızlık iddiasında bulunsa bakılır: Eğer bu malı hakiki kıymetiyle satıp semenini kabz ettiğini ikrar etmiş veya bu konuda şahit tutmuşsa bu iddiası dinlenmez. Bu halde hâkim, çocuk namına birini kayyım tayin ederek bu kayyım, müşteri aleyhine dava ikame eder. Fakat böyle ikrar etmemiş ve şahit de tutmamışsa veya “Ben fâhiş oransızlık bulunup bulunmadığını bilmeyerek sattım.” yahut “Ben fâhiş oransızlık bulunduğunu bildim, fakat bununla satışın caiz olmayacağını bilemedim.” derse davası dinlenir.¹³⁴ Yine bir yetim, baliğ olduktan sonra babası veya vasisi tarafından kendi namına vuku bulan satın almada fâhiş oransızlık bulunduğunu iddia etse, müşteri de inkâr etse bakılır: Şayet fiyatların değişebileceği kadar bir müddet geçmemiş olursa hali hazır, aksi takdirde müşteri

¹³² Olgaç, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, I, 279.

¹³³ İbn Âbidîn, “Gabin”, II, 68. İbn Âbidîn’in söz konusu “Gabin Risâlesi”nde bu ifadeler şu şekilde yer almaktadır:

(و اما دعوى البالغين و فسوخهم البيع به ففيها اقوال ثلاثة. قيل: تصح و يفسخ مطلقا. و قيل لا مطلقا. و قيل بالتفضيل إن غره نعم الا فلا)

Bu ifadede geçen “dava” kelimesi Hayrettin Karaman tarafından “akid” olarak tercüme edilmiştir. Bu sebepten dolayı kendi içerisinde çelişki arzeden şu ifade ortaya çıkmıştır: “Akid sahih olur ve feshedilebilir.” (Bk. Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 134). Nitekim Gökhan Atmaca da söz konusu risâle üzerinde yaptığı yüksek lisans çalışmasında aynı hatayı yapmıştır (Bk. Atmaca, *Gabin Risâlesi*, 54). Hâlbuki bu ifade yukarıda tercüme edildiği gibi “Dava açılabilir ve akid feshedilir.” şeklinde olmalıdır. Çünkü akid için kullanılan fiil müzekker, dava için kullanılan fiil müennestir. Dolayısıyla (تصح) fiilinin faili davadır.

¹³⁴ Bilmen, *Kamus*, V, 199.

tasdik olunur. Şayet yetim ile müşteriden her biri kendi iddiası üzerine beyyine ikamesinde bulunsa, fiyat fazlalığına dair delil tercih edilir.¹³⁵

Irak hukukuna göre gerek objektif, gerekse sübjektif unsurların gerçekleştiğini ispat mükellefiyeti aldatılan tarafa aittir. Çünkü aldatılan taraf iddiacı konumundadır. Fakat bunun takdirini hâkim yapar.¹³⁶

B. Gabin Davasının İncelenmesi

Yargıtay kararlarına göre, hâkimin önce ivazlar arasında açık nispetlilik olup olmadığını incelemesi, ancak bu incelemeden sonra olumlu sonuç alınmışsa, gabinin sübjektif şartlarının olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırması gerekir. Uygulamada kolaylık ve çabukluk sağlamaya yönelik olan bu görüşün hukuki bir dayanağı bulunmamaktadır.¹³⁷

C. Gabinin İspatı

Davacının gabin iddiasıyla mahkemeye dava açmasıyla birlikte gabinin ispatı durumu ortaya çıkmaktadır. İslâm hukukunda gabinin ispatı için üç unsur söz konusudur. Bunlardan birincisi gabindeki fâhiş oransızlığın ispat edilmesidir ki bu konu “fâhiş oransızlığın takdiri tarzı” başlığı altında beyan edilmiştir.¹³⁸ İkincisi aldatılanın zayıf durumu olup bu konu da ilgili başlık altında açıklanmıştır.¹³⁹ Üçüncüsü ise gabindeki aldatma fiili olup bunun için fıkıh âlimleri tarafından birtakım hususlar zikredilmektedir.

1. İkrar

Satıcı, “Bu mal şu kadar eder, bunu al.” deyip müşteriyi aldatsa, müşteri de bu söze kanarak o malı denilen fiyata satın alsaydı gabin meydana gelir. Şayet satıcı

¹³⁵ Bilmen, *Kamus*, V, 199.

¹³⁶ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, 727.

¹³⁷ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 486.

¹³⁸ Geniş bilgi için bk. Tez Metni, s. 113-116.

¹³⁹ Geniş bilgi için bk. Tez Metni, s. 156.

müşteriyi aldattığını kabul ederse (ikrar) aldatma fiili ispat edilmiş olur.¹⁴⁰ Aldatan müşteri de olabilir. Bu durumda da müşterinin ikrarı ile aldatma fiili ispat edilir.¹⁴¹

2. Delil (Beyyine)

Satıcı, “Bu mal şu kadar eder, bunu al.” deyip müşteriyi aldatsa, müşteri de bu söze kanarak o malı denilen fiyata satın alsa gabin meydana gelir. Şayet müşteri, satıcının kendisini aldattığına dair bir delil sunarsa aldatma fiili ispat edilmiş olur.¹⁴² Aldatanın müşteri olması durumunda da satıcının delil sunması ile aldatma fiili ispat edilir.¹⁴³

3. Yemin

Hanbelî mezhebine göre, satıcıya teslim olma (istirsâl) akdinde, mağdurun muhayyerlik hakkına sahip olabilmesi için piyasa hakkında tecrübesiz ve bilgisiz olduğunu ispat etmesi gerekir. Bunun ispat edilememesi durumunda yemin etmesi gerekir. Karşı tarafın bir delili bulunmadığı sürece, yeminle birlikte mağdur, muhayyerlik hakkına sahip olur.¹⁴⁴

Şâfiî mezhebine göre müvekkil, vekilinin müvekkil aleyhine aldatmak suretiyle fâhiş oransızlıkla (gabn-i fâhişle) satışta bulunduğunu iddia etse, vekil de bu iddiayı reddetse ve delilleri de bulunmasa müvekkilin yeminine itibar edilir. Bu doğrultuda da karar verilir.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Kâsânî, *Bedâi ‘u’s-sanâi* ‘, V, 225–227; Ali Haydar, *Dürerü’l-hükkâm*, I, 75, 588; Mecelle, md.20, 327; Zühaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî*, I, 588; Bilmen, *Kamus*, VI, 79; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 151.

¹⁴¹ Kâsânî, *Bedâi ‘u’s-sanâi* ‘, V, 225–227; Ali Haydar, *Dürerü’l-hükkâm*, I, 75, 588; Mecelle, md.20, 327; Zühaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî*, I, 588; Bilmen, *Kamus*, VI, 79; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 151.

¹⁴² Kâsânî, *Bedâi ‘u’s-sanâi* ‘, V, 225–227; Ali Haydar, *Dürerü’l-hükkâm*, I, 75, 588; Mecelle, md.20, 327; Zühaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî*, I, 588; Bilmen, *Kamus*, VI, 79; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 151.

¹⁴³ Kâsânî, *Bedâi ‘u’s-sanâi* ‘, V, 225–227; Ali Haydar, *Dürerü’l-hükkâm*, I, 75, 588; Mecelle, md.20, 327; Zühaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî*, I, 588; Bilmen, *Kamus*, VI, 79; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 151.

¹⁴⁴ Haccâvî, *el-İknâ* ‘, II, 91.

¹⁴⁵ Nevevî, *Minhâc*, 276; Remlî, *Nihâyetü’l-muhtâc*, V, 39; Kâsânî, *Bedâi ‘u’s-sanâi* ‘, V, 225–227; Ali Haydar, *Dürerü’l-hükkâm*, I, 75, 588; Mecelle, md.20, 327; Zühaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî*, I, 588; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 151.

4. Yeminden Kaçınma (Nükûl)

Satıcı, “Bu mal şu kadar eder, bunu al.” deyip müşteriyi aldatırsa, müşteri de bu söze kanarak o malı denilen fiyata satın alsa gabin meydana gelir. Bu durumda satıcı aldattığını kabul etmez, müşteri de delil sunmaktan aciz kalırsa satıcıya yemin ettirilir. Şayet satıcı yemin etmekten kaçınırsa (nükûl) müşteriyi aldatmış olduğu kabul edilir. Dolayısıyla aldatma fiili ispat edilmiş olur.¹⁴⁶ Aldatan müşteriye, müşterinin yeminden kaçınması (nükûl) ile aldatma fiili ispat edilir.¹⁴⁷

D. Gabin Davasının İntikali

Hanefî mezhebine göre gabne maruz kalan kimsenin (mağbûn) vefat etmesi durumunda dava varisine intikal etmez. Fakat gabinden istifade eden kimsenin (ğâbin) vefat etmesi durumunda mağbûn, gabinden istifade edenin mirasçıları aleyhine dava açıp satım akdini feshedebilir.¹⁴⁸ Bunun içindir ki bir kimse evini gabinli bir muamele ile sattıktan sonra vefat etse, aldananın dava açma hakkı düşmez.¹⁴⁹

Aldananın vefatından sonra gabin davasının varislerine intikal etmemesi, muhayyerlik hakkının mücerret haklardan olmasından kaynaklanmaktadır. Çünkü İslâm hukukunda mücerret haklar sadece sahipleri için geçerli olmakta, başkasına tevarüs etmemektedirler.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Kâsânî, *Bedâi ‘u’s-sanâi* ‘, V, 225–227; Ali Haydar, *Dürerü’l-hükkâm*, I, 75, 588; Mecelle, md.20, 327; Zühaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî*, I, 588; Bilmen, *Kamus*, VI, 79; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 151.

¹⁴⁷ Kâsânî, *Bedâi ‘u’s-sanâi* ‘, V, 225–227; Ali Haydar, *Dürerü’l-hükkâm*, I, 75, 588; Mecelle, md.20, 327; Zühaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî*, I, 588; Bilmen, *Kamus*, VI, 79; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 151.

¹⁴⁸ Kadri Paşa, *Mürşidü’l-hayrân*, 135 (md. 547); Ali Haydar, *Dürerü’l-hükkâm*, I, 587; Bilmen, *Kamus*, VI, 79; Yaşaroğlu, *Gabin*, 48. bu hüküm Mecelle’de şu şekilde ifade edilmektedir: “*Gabn-i fâhişle aldatılan kimsenin vefatında, tağrîr davası vârisine intikal etmez.*” (Mecelle, md. 358).

¹⁴⁹ Çetin, “*Gabn-i Fâhiş*”, XVIII (4), 218.

¹⁵⁰ Çetin, “*Gabn-i Fâhiş*”, XVIII (4), 218.

E. Gabin Yasağının Tüketiciyi Koruması

Roma ve Fransız hukuklarında gabnin yasaklanması, sadece satıcıyı korumaya yönelik bir hüviyet arz etmektedir.¹⁵¹ Fakat İslâm hukukunda gabin yasağı, hem satıcıyı hem de tüketici durumunda olan müşteriyi korumaktadır. Çünkü gabin sebebiyle, tüketici aleyhinde meydana gelen olumsuzluk neticesinde tüketiciye bir takım haklar verilmektedir ki bu haklar “Gabne Bağlanan Hukukî Sonuçlar” başlığı altında ele alınmıştır.

Gabin yasağının tüketiciyi koruduğu, özellikle de zayıf durumda olan tüketici için faydalı bir yasaklama olduğuna en çarpıcı örnek, ehliyeti eksik olan tarafa, aldanması durumunda, reşid olmasından itibaren bir sene kadar muhayyerlik hakkının verilmesidir.¹⁵²

F. Gabin Yasağının Üreticiyi Koruması

İslâm hukukunda üreticinin korunması noktasında gabin yasağı çok önemli bir fonksiyon icra etmektedir. Bunun için üreticinin yolda karşılanması (telâkki’r-rükbân) yasaklanmıştır. Çünkü bu durumda piyasa fiyatı konusunda bilgi sahibi olmayan üretici köylü, mallarını çok ucuza şehirli esnafa satmakta ve neticesinde mağduriyet yaşamaktaydı.¹⁵³

G. Gabin Yasağının Satıcıyı Koruması

İslâm hukukunda gabin yasağı, bir yönüyle de satıcıyı, daha açık bir ifadeyle esnafı korumaktadır. Bu durum en bariz şekilde, üreticinin yolda karşılanması (telâkki’r-rükban) durumunda ortaya çıkmaktadır. Çünkü fakihlerin birçoğu, özellikle de Mâlikî fıkıh âlimleri, üreticinin yolda karşılanmasının yasaklanma sebebini; pazar esnafını korunmak ve satacağı malı elde edememe riskini ortadan kaldırmak olarak açıklamaktadırlar. Hatta İbn Kâsım gibi bazı Mâlikî fakihlerine göre, üreticinin yolda karşılanıp malının elinden satın alınması durumunda, alınan

¹⁵¹ Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, 707; Topuz, *Roma Hukukunda Fâhiş Gabin*, 56; Kalkan, *Gabin*, 11’de Petit Eugene, *Traite Elementaire De Droit Romain*, 380’den naklen; Küçükgüngör/Emiroğlu, *Gabin*, 81–82.

¹⁵² Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, II, 754.

¹⁵³ İbn Hacer, *Fethü’l-bârî*, IV, 374; Remlî, *Nihâyetü’l-muhtâc*, III, 388–389; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 449-450; Şafak, “*Kâr Haddi*”, 96.

mal pazar esnafına taksim edilerek satılmakta ve esnafın yaşayabileceği zarar izale edilmiş olmaktadır.¹⁵⁴ Dolayısıyla gabin, bu noktada satıcıyı da mağdur olmaktan korumakta ve mağdur olması durumunda mağduriyetini bertaraf etmektedir.

Ğ. Gabin Yasağının Zayıfı Koruması

İslâm hukukunda gabin yasağı, özellikle zayıfın korunmasını sağlamaya yöneliktir. Bunun içindir ki yetim, vakıf, akıl hastası, bunama hastası ve küçüğün mallarının satılması durumunda aldatma fiiline bile gerek duyulmaksızın akdin butlanına hükmedilmiştir.¹⁵⁵

Türk Borçlar hukukunda da gabin yasağı, dar ve zor durumda kalmalarından ötürü sözleşme yapmaya sürüklenmiş olan kişileri korumak ve zayıfı güçlüye ezdirmemek için daha çok sosyal amaçlarla kabul edilmiştir.¹⁵⁶

¹⁵⁴ İbn Kudâme, *eş-Şerhu 'l-kebîr*, IV, 78.

¹⁵⁵ Mecelle, md. 356; Ali Haydar, *Dürrü 'l-hükkâm*, I, 586; Bilmen, *Kamus*, VI, 79; Senhûrî, *Mesâdirü 'l-hak*, II, 135; Karaman, *Mukaayeseli İslâm Hukuku*, II, 135.

¹⁵⁶ Karahasan, *Türk Borçlar Hukuku*, I, 255—256; Olgaç, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, I, 273.

SONUÇ

İslâm hukukunda; “bedeller arasındaki oransızlık”, Türk hukukunda; “taraplardan birinin öteki tarafın müzayakasından (darda kalmasından), hiffetinden (düşüncesizliğinden) veya tecrübesizliğinden (toyluğundan) yararlanarak ivazlar (bedeller) arasında açık bir nisbetsizlik yaratıp onu sömürmek” anlamına gelen gabin, “İslâm Borçlar Hukukunda Gabin” adlı bu tezimizde mevzu bahis edilmiş ve şu sonuçlara ulaşılmıştır:

1) İslâm hukukçuları arasında farklı gabin tasavvurları bulunmakta, buna bağlı olarak, gabinin unsurları da farklılık arz etmektedir. Fakat gabinin objektif unsuru olan “bedeller arasındaki oransızlık” üzerinde fıkıh âlimleri ittifak etmekte, bu oranın miktarı ve takdir edilmesi konusunda ise ihtilaf etmektedirler.

Fıkıh âlimlerinin büyük çoğunluğuna göre, “bedeller arasındaki fâhiş oransızlık”, akdin tahakkuk ettiği bölgeye ait örf ve âdetin ölçü alınmasıyla takdir edilmektedir. Bununla birlikte bu örf ve âdet ölçüsüne biraz daha açıklık getirmek için bazı oran ve rakamlar takdir edilmektedir. Meselâ fâhiş oransızlığın, malın hakiki kıymetinin üçte biri oranındaki bir aldanma ile olacağına dair bazı Mâlikî ve Hanbelî fakihlerinin görüşleri bulunmaktadır. Buna ek olarak bazı Hanbelî fakihleri 1/4 ve 1/6, Hanefî mezhebine mensup bazı âlimler de fâhiş oransızlık için 1/20, 1/10, 1/5 gibi farklı oranlar takdir etmekteydiler. Nitekim Mecelle’de de böyle bir oran takdiri tercih edilmektedir. Bunun yanında Hanefî fakihlerinin önemli bir kısmı bilirkişilerin tespit ettiği değişik değerlerin sınırları dışında kalan bedeli fâhiş oransızlık saymakta, böylece daha kolay uygulanabilir bir usul benimsemektedirler.

2) Hanefî, Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî fıkıh âlimlerinin büyük bir kısmına göre gabin üç unsurdan oluşmaktadır. Kanaatimize göre sünnette vârid olan hadisler de bunu desteklemektedir. Hanefî fakihlerinden Cessâs (ö. 370/981), Ebü’l-Yusr el-Pezdevî (ö. 493/1100), Zerencerî (ö. 512/1118) ve Neseffî’ye (ö. 710/1310) göre fâhiş oransızlık tek başına akdin feshine sebebiyet vermektedir. Mâlikî mezhebinin Bağdad ekolü fakihlerinin görüşü de bu istikamettedir. Ayrıca Zâhiriyye mezhebi ve

İmamiyye mezhebinin bazı fakihlerine göre de tek başına fâhiş oransızlık hüküm ifade etmektedir.

Fıkıh kaynaklarında “tağrîr” olarak ifade edilen “aldatma fiili”, gabnin aldatan açısından sübjektif unsurunu temsil etmektedir. Fakat kaynaklarımızda birçok aldatma çeşidinden bahsedilmektedir. Bunların en meşhurları “tağrîr, tedlîs, hilâbe, gışş, hud‘a, telbîs ve neceş” olduğu görülmektedir. Bu kavramlar arasında bazı farklılıklar bulunmakla beraber, bütün bu kavramları tağrîr (hile) adı altında zikretmek mümkün gözükmektedir. Dolayısıyla konuya şöyle bakılmasında fayda bulunmaktadır: Fıkıh kaynaklarında tağrîr (hile) kavramı için çeşitli kelimeler kullanılmış olmakla birlikte, aralarındaki küçük farklılıklar bir kenara bırakılırsa aynı mefhum ifade edilmektedir.

3) Fıkıh âlimlerinin kahir ekseriyetini teşkil edenlerin görüşleri nazara alındığında, İslâm borçlar hukukunda üç boyutlu bir gabin teorisine ulaşılmıştır: Birinci boyut; basit oransızlığın (gabn-i yesîrin) bazı alanlarda tek başına hukukî sonuç meydana getirmesidir. Gabn-i yesîrin tek başına hukukî sonuç meydana getirdiği yerler on maddede ifade edilmiştir. İkinci boyut ise fâhiş oransızlığın (gabn-i fâhişin) tek başına hukukî sonuç meydana getirmesidir. Bu durum beş maddede ifade edilmiştir. Gabn-i fâhişin tek başına hukukî sonuç meydana getirmesi genellikle aldanan açısından sübjektif unsurun varlığıyla mümkün olmaktadır. Bu çeşit bir gabin anlayışı Türk hukukundaki gabin anlayışıyla yakınlık arz etmektedir. Üçüncü boyut ise; üç unsuru içinde barındıran ve genel kabul gören “gabin teorisi”dir. Bu da objektif unsur olan fâhiş oransızlık, aldatan açısından sübjektif unsur olan aldatma fiili ve aldatılan açısından sübjektif unsur olan aldatılanın zayıf durumu unsurlarının birlikte tahakkuk etmesiyle gerçekleşmektedir.

Bu gabin telakkisine göre, alış verişte kâr haddinin olup olmayacağı da netleşmiş olmaktadır. Kanaatimize göre tek başına fâhiş oransızlığın gabin hükmünü doğuracağı görüşüne sahip olan fakihlere göre, İslâm hukukunda muayyen bir kâr haddi bulunmaktadır. Bu kâr haddini de fâhiş oransızlıkla takdir etmektedirler. Fakat gabnin hüküm ifade etmesi için objektif unsur olan fâhiş oransızlıkla birlikte sübjektif unsur olan aldatma fiilinin (tağrîrin) de bulunmasını şart görenlere göre, İslâm hukukunda muayyen bir kâr haddi bulunmamaktadır.

4) Teklîfî hüküm bakımından ele alındığında, ivazlar arasındaki fâhiş nispetsizliğe (gabn-i fâhişe) sebebiyet vermek fıkıh âlimlerinin çoğuna göre haramdır. Fakihler, bedeller arasındaki oransızlığın hukukî sonucuna ahlâka aykırılık ve haramlık yönünden bakmamışlardır. Çünkü fıkıh âlimleri fâhiş oransızlığın haram olduğu konusunda ittifak etmelerine rağmen, âlimlerin büyük bir kısmı fâhiş oransızlık neticesinde yapılan akde hükümsüzlük terettüp ettirmemişlerdir.

5) Fıkıh âlimlerinin genel kanaatine göre gabne maruz kalan taraf muhayyerdir. Dilerse akdi onar, dilerse fesheder. Dolayısıyla gabinli akidler aldanan taraf için bağlayıcı olmayan (gayri lâzım) vasfını taşır.

6) Mecbur kalmaksızın, bilerek ve farkında olarak gabin içeren hukukî bir işlemde bulunulması halinde akdin feshedilemeyeceğinde İslâm hukukçuları görüş birliği halindedirler. Çünkü böyle bir fesih hakkı öncelikle tarafların irade ve akidleşme hürriyetini kısıtlama anlamına geleceği gibi bu durumda gabni haklı kılan özel sebeplerin bulunması da mümkündür.

7) Tek başına fâhiş oransızlığa İslâm hukukçularının bir kısmı butlan, bir kısmı fesâd müeyyidesini uygulamaktadır. Bazı fakihlere göre de indirim müeyyidesiyle akid ayakta tutulmaktadır. Fakat fakihlerin büyük çoğunluğuna göre tek başına fâhiş oransızlık sebebiyle akid lâzım hükmünü almaktadır. Meselâ Zâhiri mezhebine göre tek başına fâhiş oransızlık, mağdurun razı olmaması durumunda akdin butlanına sebebiyet vermektedir. Hanefî mezhebinin çoğunluğunu teşkil eden fıkıh âlimlerine göre yetim, vakıf, hazine ve akıl hastasına ait malın konu olduğu akidde, aldatma fiili (tağrîr) olmadan da tek başına fâhiş oransızlık, akdin bâtil olmasına, Hanefî mezhebinin az bir kısmını teşkil eden diğer fakihlere göre ise akdin fâsid olmasına sebebiyet vermektedir. İndirim müeyyidesi ise güvene dayalı akidlerde söz konusu edilmektedir.

8) İslâm hukukunda gabne tek bir hukukî sonuç terettüp ettirilmemekte, farklı mezheb ve mezheb içerisindeki farklı âlimlere göre kendisine değişik hukukî sonuçlar bağlanmaktadır. Hanbelî mezhebine göre şehirlinin köylü adına mal satması (bey' u'l-hâzır li'l-bâdî), Ahmed b. Hanbel'den rivayet edilen bir görüşe göre de

üreticinin yolda karşılanıp malının şehirli esnaf tarafından satın alınması (telâkki'r-rükbân) şeklinde meydana gelen gabin batıldır.

Hanefî mezhebindeki hâkim kanaate göre, taraflardan birinin zor durumundan (ıztırrar) yararlanarak yapılan akid fasiddir.

Mâlikî ve Hanbelî mezhebi âlimlerinin çoğunluğuna göre istirsâl (satıcıya teslim olma) satımı, Hanefî mezhebinde hâkim olmayan görüşe ve Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî mezheplerine göre üreticinin yolda karşılanması (telâkki'r-rükbân), bir kısım Mâlikî mezhebi fakihine göre şehirlinin köylü adına mal satması (bey' u'l-hâzir li'l-bâdî), Mâlikî ve Hanbelî mezheplerine göre hileli arttırma veya eksiltme (neceş) neticelerinde meydana gelen gabinli akid, adem-i lüzûm hükmünü almakta ve müşteri muhayyer olmaktadır.

9) Fıkıh âlimlerinin çoğunluğuna göre gabin, muhayyerlik hakkını vermekte ve mağdur akdi feshetme veya devam ettirme hakkına sahip olmaktadır. Gabinli akdin feshindeki son süre muhayyerlik bağlamında ele alınmakta olup çoğunluğu teşkil eden fıkıh âlimlerine göre üç günden müteşekkildir. Bununla birlikte bazı Hanbelî fakihlerine göre akdi feshetme hakkı, mağdurun muhayyerlik hakkından vezgeçmesine kadar devam etmektedir. Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise muhayyerlik hakkı, tayin edilen zamana kadar devam edebilmektedir. Malikî mezhebinin bir kısım fakihine ise gabinden zarar görenin (mağbûn), gabin sebebi ile, gabnin öğrenilmesinden itibaren bir yıl içerisinde muhayyerlik hakkını kullanabileceği görüşündedir. Gabin sebebiyle feshedilen akid, feshedildiği andan itibaren geçersiz olmaktadır. Dolayısıyla söz konusu akid feshedildiği âna kadar geçerli hükmünü almaktadır. Fakat icâre akdi bundan istisna edilmektedir. Çünkü icâre akdinde gabin sebebiyle feshedilen akid baştan itibaren geçersiz hale gelmektedir.

10) Gabne maruz kalan kimsenin (mağbûn), kıyemî mallarında konu olduğu satım akdinde gabin olduğunu farkettikten sonra mülkiyeti lâzım hale getirecek şekilde mebde tasarrufta bulunması, mebîn telef olması, tüketilmesi, ayıplı hale gelmesi, vakfedilmesi, mebî'de, kendisine bitişik olup kendisinden doğmamış olan bir ziyadenin (ziyade-i muttasıla-i gayr-i mütevellide) bitişmesi veya mağdurun karşı

tarafı ibrâ etmesi sebebiyle fesih hakkı kaybedilir. Fakat misli mallarda fesih hakkı düşmez. Ayrıca akdin tarafları dışında üçüncü bir şahsın taraflardan birisini gabne maruz bırakması veya şefîin malı satın alması durumunda fesih caiz olmaz.

11) Bazı Hanefî mezhebi kaynaklarında; kuvvetli rivayetin (zâhiru'r-rivâyenin), tağrîr sonucu meydana gelmiş olsa da gabnin akidlere herhangi bir etkisinin olmayacağı şeklinde zikredilmektedir. Şâfiî fakihleri de pazar dışında malı karşılayıp satın alma (telakki'r-rukban) dışındaki tağrîr çeşitlerinin gabne etkisinin olmayacağı görüşündedirler.

12) Basit oransızlığın (gabn-i yesîrin) akde tesir etmediği konusunda ittifak bulunmaktadır. Fakat Hanefî fakihleri tarafından gabn-i yesîrin akde tesir etmemesi kuralına on istisna getirilmektedir. Ayrıca Zâhirî fakihlerine göre tek başına gabn-i yesîr akdin butlanına sebebiyet vermektedir.

13) Hanefî mezhebine göre mevkûf olan gabinli akdin icâzetle veya eksikliğinin giderilmesiyle ayakta tutulabileceği söz konusu edilmektedir.

14) Gabnin kişiler üzerindeki üç etkisinden bahsedilmektedir. Bunlar hacr, üçüncü kişilerin haklarının ihlâl edilmesi ve manevi sorumluluktur.

İslâm borçlar hukukundaki gabnin Türk borçlar hukukundaki gabinle mukayesesinde de bazı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bu sonuçlar şu şekilde maddeleştirilebilir:

1) Gabin, İslâm hukukuna göre iradeyi bozan sebeplerdendir. Türk hukukuna göre ise akid özgürlüğüne getirilen bir sınırlandırmadır.

2) İslâm hukukunda akıl hastalığı (cünûn), bunama hastalığı (ateh), ve yaş küçüklüğü (sığar) nedeniyle hacr altında bulunan kişilerin mallarında kayyumların, beytûlmaile ait mallarda yöneticilerin, çocuğun ya da yetimin malında veli veya vasînin; vakfin mallarında mütevellinin fâhiş oransızlık içeren akidleri tek başına hüküm doğurmaktadır. Fakat Türk hukukunda böyle özel durumlar söz konusu değildir.

3) Yukarıda sayılan durumlarda akid, aldatma fiili olmaksızın batıl hükmünü almaktadır. Türk hukukunda ise gabin için aldatma fiili şart olmadığı gibi, gabnin

hükümü de ya “iptal” müeyyidesi ya da edimler arasındaki oransızlığın giderilme talebiyle birlikte akdin ayakta tutulmasıdır.

4) İslâm hukukunda yukarıda sayılan durumlarda gabin durumu ortaya çıkmakta ve akid batıl veya fasid olmaktadır. Türk hukukunda ise bu durumlarda gabin hükmü söz konusu olmamaktadır.

5) İslâm hukukuçularının çoğunluğuna göre gabinli akid, muhayyerlik süresi olan üç gün içerisinde feshedilmesi gerekmektedir. Bu süre gabnin anlaşılmasından sonra başlamaktadır. Türk hukukunda zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilmektedir. Ebû Yusuf ve İmam Muhammed’e göre muhayyerlik süresi taraflar tarafından takdir edilebilmekte, bazı Mâlikî fıkıh âlimlerine göre de gabinli akid, gabnin anlaşılmasından itibaren bir yıl içerisinde feshedilebilmektedir. Bu açıdan Türk hukukuyla bir benzerlik durumu söz konusu olmaktadır.

6) İslâm hukukunda tazminat talebi yer almamakta, satım akdi gabin sebebiyle feshedilince taraflar yalnızca verdiklerini geri almakla yetinmektedirler. Türk hukukunda aşırı yararlanma ile yapılan bir satım akdinden zarar görmüş olan taraf, karşı taraftan tazminat isteyebilmektedir. Çünkü aldatan, akid müzakereleri sırasında iyi niyet kurallarına uymamış olmaktadır.

BİBLİYOGRAFYA

- Abbâdî, Şihâbüddîn Ahmed b. Kâsım es-Sebbâğ (ö. 994/1586)&Şirvânî, Abdülhamîd (ö. 1301/1884). *Havâşî 'alâ Tuhfeti'l-muhtac bi-Şerhi'l-Minhâc*. Beyrut: Dâru'l-Fikr, ts (Havâşî)¹.
- Abdülbâkî, Muhammed Fuad. *el-Mu'cemü'l-mufehres li-elfâzi'l-Kur'ani'l-Kerim*. İstanbul: el-Mektebetü'l-İslâmiyye, 1982 (el-Mu'cemü'l-mufehres).
- Abdülmün'im, Mahmud Muhammed. *Mu'cemü'l-mustalâhâti'l-elfâzi'l-fikhiyye*. Kahire: Dâru'l-fazilet, 1999 (el-Mu'cem).
- Acar, Faruk. "Müteselsil alacaklıkta gabinin etkisi". Necip Kocayusufpaşaoğlu Armağanı, 379–404, 2004 (Müteselsil alacaklıkta gabin).
- Acar, H. İbrahim. "Borçlar Hukukunda İradeyi Sakatlayan Sebepler". ATÜNİFAD, (14), 79–109, 1999 (Borçlar Hukukunda İradeyi Sakatlayan Sebepler).
- Acemoğlu, Kevork. "İrade bozuklukları yüzünden sözleşme ile bağlı kalmak istemediğini bildirme bir üst süre ile sınırlandırılmış mıdır?" İÜHFİM, 30 (3–4), 915–920 (İrade Bozuklukları).
- Ağbayram, Yusuf. *Türk Borçlar Hukukunda Gabin*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999 (Gabin).
- Ahmed b. Hanbel, Ahmed Muhammed b. Hanbel (ö. 241/855). *Müsned*. İstanbul: Çağrı Yayınları-Dârı Sahnûn, 1992 (Müsned).
- Akıncı, Şahin. *Borçlar Hukuku Bilgisi*. Konya: Sayram Yayınları, 2009 (Borçlar Hukuku).

¹ Dipnotlarda kullanılan kısaltmalar, kaynak sonunda parantez içerisinde altı çizili olarak gösterilmiştir.

Ali Haydar (Küçük), Hoca Emin Efendizâde (ö. 1355/1935). *Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm*. İstanbul: Matbaa-i tevsî'-i tıbbât, 1330/1912 (Dürerü'l-hükkâm).

Ali Efendi, Çatalcalı (ö. 1103/1692). *Fetâvây-ı Ali Efendi*. İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1894 (Fetâvâ).

Âmidî, Seyfeddin Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed (ö. 631/1233). *el-İhkâm fî usûli'l-ahkâm*. (thk. İbrahim el-'Acûz). Beyrut: Dâru'l-kütibi'l-ilmîyye, t.y. (el-İhkâm).

Apaydın, H. Yunus. *İslâm Hukukunda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü (Butlan Teorisi)*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989 (Butlan Teorisi).

_____. "İrade Beyanı". Diyanet İslâm Ansiklopedisi, (22), 387–391, 2000 (İrade Beyanı).

_____. "İrade". Diyanet İslâm Ansiklopedisi, (22), 384–387, 2000 (İrade).

_____. "Muhayyerlik". Diyanet İslâm Ansiklopedisi, (31), 25–30, 2006 (Muhayyerlik).

_____. "İne". Diyanet İslâm Ansiklopedisi, (22), 283-284, 2000 (İne).

Arı, Abdüsselam. *İslâm Hukukunda Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1996 (Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk).

_____. "Fıkıh Açısından Sözleşmelerde Karşı Tarafı Yanıltma (Hile)". İÜİFD, (1), 247–261, 1999 (Hile).

Arslan, Hüseyin. *İslâm'ın İlk Asrında Tüketiciyi Korumaya Yönelik Düzenlemeler ve Prensipler*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1990 (İslâm'ın İlk Asrında Tüketiciyi Koruma).

- Aslan, Çiğdem Mine. *Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları (BK md. 21)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2006 (Gabinin Unsurları).
- Atar, Fahrettin. *Fıkıh Usûlü*. İstanbul: İFAV Yayınları, 1996 (Fıkıh Usûlü).
- Atmaca, Gökhan. *İbn Abidin'in Gabin Risalesi'nin Metin ve Muhteva Yönünden Tedkiki*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Sakarya: Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003 (Gabin Risalesi).
- Aybakan, Bilal. *İslam Hukukunda Borçların İfası*. İstanbul: İFAV, 1998 (Borçların İfası).
- Ayık, İsmail Hakkı. "Gabinin mahiyeti ve unsurları". *Adalet Dergisi*, (2), 241–254, 1952 (Gabinin Mahiyeti).
- Aynî, Ebû Muhammed Mahmud b. Ahmed (ö. 855/1451). *el-Binâye fî şerhi'l-Hidâye*. (thk. Nâsiru'l-İslâm er-Râmefûrî). Beyrut: Dârü'l-fıkr, 1990 (el-Binâye).
- Bahrülulûm, Muhammed. *'Uyûbü'l-irâde fî ş-şerî'ati'l-İslâmiyye*. Beyrut: Dârü'z-zehrek, 1984 ('Uyûbü'l-irâde).
- Bardakoğlu, Ali. "Gabin". *Diyanet İslâm Ansiklopedisi*, (13), 268–273, 1996 (Gabin).
- _____. "İkrâh". *Diyanet İslâm Ansiklopedisi*, (22), 30–37, 2000 (İkrâh).
- Barıkan, Aziz. "Akdi İfsat Eden Hallerden Gabin". *Ankara Barosu Hukuk Dergisi*, 7 (61), 1–15, 1949 (Gabin).
- Bayındır, Abdulaziz. *Ticaret ve Faiz*. İstanbul: Süleymaniye Vakfı Yayınları, 2007 (Ticaret ve Faiz).
- Bedreddîn Simâvî, Simavna Kadıoğlu Şeyh Mahmûd b. İsmail (ö. 823/1420). *Câmi' u'l-fusûleyn*. Kahire: el-Matbaatü'l-Ezheriyye, 1979 (Câmi' u'l-fusûleyn).
- Beyhakî, Ebû Bekir Ahmed b. Hüseyin (ö. 458/1066). *es-Sünenü'l-kübrâ*. Haydarâbâd: Meclisü daireti'l-me'ârif, 1925 (es-Sünenü'l-kübrâ).
- Bilge, Necip. *Hukuk Başlangıcı*. Ankara: Turhan Kitabevi, 1996 (Hukuk Başlangıcı).

- Bilmen, Ömer Nasuhi (ö. 1391/1971). *Hukuki İslâmiyye ve Istulâhatı Fıkhiyye Kamusu*. İstanbul: Bilmen Yayınları, 1967 (Kamus).
- Buhârî, Abdülaziz b. Ahmed (ö. 730/1330). *Keşfu'l-esrâr 'an Usûli Fahru'l-İslâm el-Pezdevî*. (Thk. Abdullah Mahmud Muhammed Ömer). Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-‘ilmiyye, 1997 (Keşfu'l-esrâr).
- Buhârî, Burhânuddîn Mahmud b. Ahmed (ö. 616/1219). *el-Muhîtu'l-burhânî*. Beyrut: Dâru ihyâi't-türâsi'l-‘Arabî, t.y (el-Muhîtu).
- Buhârî, Ebû Abdullah Muhammed b. İsmail (ö. 256/869). *el-Buhârî*. İstanbul: Çağrı Yayınları-Dâru Sahnûn, 1992 (Buhârî).
- Buhûfî, Mansûr b. Yunus (ö. 1052/1641). *Keşşâfü'l-kınâ' 'an metni'l-iknâ'*. Beyrut: Dâru'l-fikr, 1981 (Keşşâfü'l-kınâ').
- Buz, Vedat. “*Gabin halinde edimler arasındaki aşırı oransızlığın giderilerek sözleşmenin ayakta tutulması: İsviçre Federal Mahkemesi'nin 26.06.1997 tarihli kararı (BGE 123 III 292 vd.)üzerinde düşünceler*”. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, (4), 51–82, 1998 (Sözleşmenin Ayakta Tutulması).
- Cessâs, Ebû Bekir Ahmed b. Ali er-Râzî (ö. 370/980). *Ahkâmu'l-Kur'ân*. (thk. Abdüsselâm Muhammed Ali Şahin). Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-‘ilmiyye, Beyrut, 1994 (Ahkâmu'l-Kur'ân).
- _____ . *el-Fusûl fi'l-usûl*. (thk. ‘Uceyl Câsim en-Neşmî). İstanbul: İrşad Yayınevi, 1994 (el-Fusûl).
- Ceyhan, Abdullah. *Sırat-ı Müstakîm ve Sebîlürreşad Mecmuaları Fihristi*. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1991 (Fihrist).
- Cezîrî, Abdurrahman b. Muhammed ‘İvad (ö. 1360/1941). *Kitâbü'l-Fıkh 'ale'l-mezâhibi'l-erba'a*. Beyrut: Dâru'l-fikr, 1999 (Kitâbü'l-Fıkh).
- Cizânî, Muhammed b. Hüseyin b. Hasan. *Me'âlimu usûli'l-fıkh 'inde ehli's-sünne ve'l-cemâ'a*. y.y: Dâru İbni'l-Cevzî, t.y. (Me'âlimu usûli'l-fıkh).

- Cürcânî, es-Seyyid eş-Şerîf Ali b. Muhammed (ö. 816–1413). *Kitâbü't-Ta'rifât*. (thk. İbrahim el-Ebyârî) Beyrût: Dârü'l-kütübi'l-'Arabî, 1985 (et-Ta'rifât).
- Cüveynî, Ebu'l-Me'âlî İmâmu'l-Haremeyn Rükneddîn (ö. 478/1085): *el-Burhân fî usûli'l-fikh*. (thk. Abdul'azîm Mahmud ed-Dîb). Devha: Dârü'l-vefa', 1992 (el-Burhân).
- _____. *Kitâbu't-Telhîs fî usûli'l-fikh*. (thk. Abdullah Cûlim en-Nebâlî-Şebbîr Ahmed el-'Amrî). Beyrut: Dârü'l-beşâiri'l-İslâmiyye ve Mektebetü dâri'l-bâz, 1996 (et-Telhîs).
- Çağa, Tahir. “*Rızadaki fesat sebeplerinden biri veya gabin ile mahul sözleşmelerde fesih beyanı ve bunun süresi*”. Eskişehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, N. 1-4'den ayrı bası, 1980 (Fesih Beyanı ve Bunun Süresi).
- Çağrııcı, Mustafa&Hökelekli, Hayati. “*İrade*”. Diyanet İslâm Ansiklopedisi, (22), 380–384, 2000 (İrade).
- Çalış, Halit&Kaya, Ali. “*Haksız İktisap*”. Diyanet İslâm Ansiklopedisi, (15), 211–216, 1997 (Haksız İktisap).
- Çeker, Orhan. *Fıkıh Dersleri*. İstanbul: Ensar Yayınları, 2005 (Fıkıh Dersleri).
- _____. *İslâm Hukukunda Akidler*. İstanbul: AHİ Yayıncılık, 2006 (Akidler).
- Çernis, Volf. “*Şuf'a hakkını akim bırakmaya matuf bir teşebbüs olarak gabin davası*”. Adalet Dergisi, 47(7), 719–741, 1956 (Gabin Davası).
- Çetin, Hamit. *Gabin*. Hukuk ve İçtihatlar Dergisi, sayı 8 (Gabin).
- Çetin, Kadir. “*İslâm Hukukunda Gabn-i Fâhiş*”. Diyanet Dergisi, 18 (4), 210–225 (Gabn-i Fâhiş).
- Dârekutnî, Ebu'l-Hasan Ali b. Ömer (ö. 385/995). *Sünenü'd-Dârekutnî*. (Thk. Şuayb Arnavut ve diğerleri). Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1424/2004 (Sünen).

- Dârimî, Abdullah b. Abdurrahman b. Fazl (ö. 255/868). *Sünenü'd-Dârîmî*. İstanbul: Çağrı Yayınları-Dâru Sahnûn, 1992 (ed-Dârîmî).
- Derdîr, Ebü'l-Berekât Ahmed b. Muhammed el-Adevî (ö. 1201/1786). *eş-Şerhu'l-kebîr 'alâ Muhtasarî Sîdî Halîl*. (thk. Muhammed 'Uleyş). Beyrut: Dâru'l-fikr, t.y. (eş-Şerhu'l-kebîr).
- Dirînî, Neş'et İbrahim. *et-Terâdî fî 'ukûdi'l-mübâdelâti'l-mâliyye*. Cidde: Dâru's-surûk, 1982 (et-Terâdî fî 'ukûd).
- Doğan, Gül. *Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1997 (Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu).
- Döndüren, Hamdi. *İslâm Hukukuna Göre Alım-Satımda Kâr Hadleri*. Balıkesir: İnce Matbaacılık, 1984 (Kâr Hadleri).
- Duman, İlker Hasan. "Gabinli Sözleşmenin Bozulması". *Yargıtay Dergisi*, (1–2), 125–129, Ocak-Nisan 1984 (Gabinli Sözleşmenin Bozulması).
- Dûmî, Abdülkadir b. Ahmed Bedrân ed-Dımaşkî (ö. 620/1223). *Nüzhetü'l-hâtiri'l-âtır şerhu Ravzati'n-nâzır ve cennetü'l-münâzır*. Riyad: Mektebetü'l-me'ârif, 1984 (Nüzhetü'l-hâtır).
- Dursun, Bedri. *Avrupa Birliği ve Türkiye'de Tüketiciyi Koruma Politikaları*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001 (Tüketiciyi Koruma Politikaları).
- Dürrişâde, Mehmed Arif Efendi (ö. 1215/1800). *Netîcetü'l-fetâvâ me'n-nükûl*. İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1265/1849 (Fetâvâ).
- Ebû Dâvud, Süleyman b. el-Eş'as b. İshak el-Ezdî (ö. 275–889). *Sünenü Ebû Dâvud*. İstanbul: Çağrı Yayınları-Dâru Sahnûn, 1992 (Ebû Dâvud).
- Ebû Zehre, Muhammed (ö. 1394/1974). *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-'akd fi'ş-şerî'ati'l-İslâmiyye*. Kahire: Darü'l-fikri'l-'Arabi, t.y. (Nazariyyetü'l-'akd).

- Edege, Cevat. “*Gabin Davasında Süre*”. İstanbul Barosu Dergisi, (5–6), 1968 (Gabin Davasında Süre).
- Elbir, Halid Kemal. *Türk Pozitif Hukukunda Gabin*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1951 (Gabin).
- _____. “*Ticaret Hukukunda Gabin İddiası*”. İleri Hukuk Dergisi, (49–60), 1949–1950 (Gabin İddiası).
- _____. *Gabinin Unsurları*. İstanbul: y.y., 1951 (Gabinin Unsurları).
- _____. “*Gabnin Müddeti ve Hükümleri*”. İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 17 (1–2), 1951 (Gabnin Müddeti).
- _____. “*İslâm Hukukunda Gabin*”. İstanbul Yüksek İslâm Enstitüsü Dergisi, 1 (1), 3–20, 1963 (Gabin).
- _____. “*Gabine Müteallik Umumî Hüküm Muvacehesinde Fâhiş Faiz Meselesi*”. İstanbul Barosu Dergisi, 23, 723-732, 1949 (Gabin-Fâhiş Faiz Feselesi).
- Elmalılı, Muhammed Hamdi Yazır (ö. 1361/1942). *Hak Dini Kur’an Dili*. (Sad. İsmail Karaçam ve diğerleri) İstanbul: Azim Dağıtım, t.y. (Hak Dini Kur’an Dili).
- Emir Pâdişâh, Muhammed Emin b. Mahmud el-Buhârî (ö. 987/1579). *Teysîrü’t-Tahrîr*. Beyrut: Dâru’l-kütübi’l-‘ilmiyye, ts (et-Teysîr).
- Erdoğan, Mehmet. *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2005 (Terimler Sözlüğü).
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*. İstanbul: Beta Basım, 2006 (Borçlar Hukuku).
- Erkan, Lerzan. *Karşılaştırmalı Açından Tüketicilerin Korunması: Türkiye’de Sorunlar ve Çözüm Önerileri*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi. Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1998 (Tüketicinin Korunması).

- Feyyûmî, Ebü'l-Abbâs Ahmed b. Muhammed (ö. 770/1368). *el-Mişbâhu'l-münîr fi ğarîbi's-Şerhi'l-kebîr li'r-Râfi î*. Beyrût: el-Mektebetü'l-'alemiyye, t.y. (el-Misbâh).
- Feyzioğlu, Necmeddin Feyzi. *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1967 (Borçlar Hukuku).
- Fîrûzâbâdî, Ebu't-Tâhir Mecdüddin Muhammed b. Yakub (ö. 817/1415). *el-Kâmûsu'l-muhît*. Beyrut: Dâru ihyâi't-türâsi'l-'Arabî, 1991 (el-Kâmûs).
- Farfûr, Veliyyuddin Muhammed Salih. *el-Mezheb fi usûli'l-mezheb 'ale'l-Müntehab*. 1. Baskı, I-II. Dimaşk: Mektebetü dâri'l-farfûr, 1999 (el-Mezheb 'ale'l-Müntehab).
- Gazzâlî, Ebû Hamid Muhammed b. Muhammed (ö. 505/1111). *el-Mustasfâ min 'ilmi'l-usûl*. (thk. Muhammed Süleyman el-Aşkar). Beyrut: Müessesetür'r-Risâle, 1997 (el-Mustasfâ).
- _____. *el-Vasît fi'l-mezheb*. (thk. Ahmed Mahmud İbrahim-Muhammed Muhammed Tâmir). Kahire: Dârü's-selâm, 1417/1997 (el-Vesît).
- _____. *İhyâu 'ulûmi'd-dîn*. Beyrut: Dârü'l-hayr, 1417/1997 (İhyâ).
- “Gıışş”. *el-Mevsû 'atü'l-fikhiyye* (XXXI, 218-228). Kuveyt: Dâru Safve, 1993.
- Gözübenli, Beşir. “Ateh”. *Diyanet İslâm Ansiklopedisi*, (4), 51, İstanbul, 1991 (Ateh).
- Günay, H. Mehmet. *Evlenme Akdinde Batıl-Fasit Ayrım*. İstanbul: Nun Yayıncılık, 2008 (Batıl-Fasit Ayrım).
- _____. “İslâm Hukukunda Hükümsüzlük Teorisi ve Şüphe Doktrini Bağlamında Evlenme Engelleri”. *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 3, 167–192, 2004 (Evlenme Engelleri).
- _____. “Tağrîr”. *Diyanet İslâm Ansiklopedisi*, (39), 375-376, İstanbul, 2010 (Tağrîr).

- Haccâvî, Ebü'n-necâ Şerefüddîn Mûsâ b. Ahmed (ö. 968/1560). *el-İknâ ' li-tâlibi'l-intifâ ' .* Beyrut: Dârü'l-ma' rife, t.y. (el-İknâ).
- Hafif, Ali. *Ahkâmü'l-mu ' âmelâti's-şer ' iyye.* Kahire: Dârü'l-fikri'l- ' Arabî, t.y. (Ahkâmü'l-mu ' âmelât).
- _____. *"el-Ğabn fi'l- ' ukûd"*. Mecelletü'l-buhûs ve'd-dirâsâti'l- ' Arabiyye, (10), 3–19, 1979–1980 (Gabin).
- Halîl, İbn İshâk b. Mûsâ (ö. 776/1374). *Muhtasar-i Halîl fi fikh-i imâm-i dâri'l-hicre.* (thk. Ahmet Ali Harekât). Beyrut: Dârü'l-fikr, 1415 (Muhtasar).
- Hamevî, Ebu'l-Abbâs Şihâbeddîn Ahmed b. Muhammed (ö. 1098/1687). *Ğamzu ' uyûni'l-beşâir şerhu Kitabî'l-Eşbâh ve'n-nezâ'ir.* Beyrut: yy., 1985 (Ğamzu ' uyûni'l-besâir).
- Hammâd, Nezih. *İktisadî Fıkıh Terimleri.* (Trc. Recep Ulusoy). İstanbul: İz Yayıncılık, 1996 (İktisadî Fıkıh Terimleri).
- Hasenî, Haşim Ma' rûf. *Nazariyyetü'l- ' akd fi'l-fikhi'l-ca ' ferî.* Beyrut: yy., ts (Nazariyyetü'l-akd).
- Haskefî, Alâuddîn Muhammed b. Ali (ö. 1088/1677). *ed-Dürü'l-muhtâr şerhu Tenvîri'l-epsâr.* Beyrut: Dârü'l-fikr, 1966 (ed-Dürü'l-muhtâr).
- Hâşimî, Sultân b. İbrahim. *Ahkâmü tasarrufâti'l-vekîl fi ' ukûdi'l-mu ' âvezâti'l-mâliyye.* Dubai: Dârü'l-buhûs li'd-dirâsâti'l-İslâmiyye ve ihyâi't-türâs, 1422/2002 (Tasarrufâtu'l-vekîl).
- Hâtemi, Hüseyin. *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle B.K. 65 Kuralı).* İstanbul: Sulhî Karan Matbaası, 1976 (Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı).
- _____. *"Miras Sözleşmelerinde Gabin Söz Konusu Olabilir mi?"*. Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu Armağanı, 189–194, 2004 (Miras Sözleşmelerinde Gabin).

- Hattâb, Şemsuddîn Ebû Abdullah b. Muhammed el-Mağribî (ö. 954/1547). *Mevâhibü'l-celîl li-Şerhi Muhtasari Halîl*. Beyrut: Dârü'l-fikr, 1398/1977 (Mevâhibü'l-celîl).
- Heyet. *el-Fetâva'l-Hindiyye*. Bulak: Matbaatü'l-kübra'l-emîriyye, 1310/1892 (el-Fetâva'l-Hindiyye).
- Hırakî, Ebü'l-Kâsım Ömer b. el-Hüseyn (ö. 334/946). *Muhtasarü'l-Hırakî fî mesâili'l-İmam Ahmed b. Hanbel*. (thk. Züheyr eş-Şâvîş). Beyrut: el-Mektebü'l-İslâmî, 1403/1983 (Muhtasar).
- Hüseyn, Ahmed Ferrâc. *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l- 'akd fi 'ş-şerî'ati'l-İslâmiyye*. Beyrut: ed-Dârü'l-câmi'iyye, t.y. (el-Milkiyye ve nazariyyetü'l- 'akd).
- İbn Abdülber, Ebü Ömer Yusuf b. Abdullah en-Nemerî (ö. 463/1071). *el-İstî'âb fî ma 'rifeti'l-ashâb*. (thk. Ali Muhammed el-Becâvî). Beyrut: Dârü'l-cîl, 1412/1991 (el-İstî'âb).
- _____. *el-Kâfî fî fikhi ehl-i Medîne*. Beyrut: Dârü'l-kütübi'l- 'ilmiyye, 1407/1987 (el-Kâfî).
- İbn Abdüsselâm, Ebü Muhammed İzzeddîn Abdulaziz b. Abdüsselâm (ö. 660/1262). *Kavâ'idü'l-ahkâm fî mesâlihi'l-enâm*. Y.y: Müessesetü'r-Reyhân, 1990 (Kavâ'idü'l-ahkâm).
- İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdulazîz (ö. 1252/1836). *Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr şerhu Tenvîri'l-epsâr*. (Thk. 'Âdil Ahmed Abdu'l-mevcûd-Ali Muhammed Mu'avviz). Beyrut: Dârü'l-kütübi'l- 'ilmiyye, 1994 (Reddü'l-muhtâr).
- _____. *Hâşiyet-ü Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr şerhu Tenvîri'l-epsâr*. Beyrut: Dârü'l-fikr, 1421/2000 (Hâşiye).
- _____. *"Tahbîru't-tahrîr fî ibtâli'l-kadâ bi'l-fesh bi'l-gabni'l-fâhiş bilâ tağrîr"*. Mecmû'atü resâili İbn Âbidîn, II, 66-82, y.y. 1325 (Gabin).

- _____. “*el-‘Ukûdü’l-dürriyye fî tenkîhi’l-Fetâva’l-Hâmidîyye*. Beyrut: Darü’l-ma‘ rife, 1236/1821 (el-‘Ukûdü’l-dürriyye)
- İbn Cüzeyy, Ebu’l-Kâsım Muhammed b. Ahmed (ö. 741/1340). *el-Ḳavânînü’l-fikhiyye*. Beyrut: yy, 1989 (el-Kavânînü’l-fikhiyye).
- İbn Fâris, Ahmed b. Fâris b. Zekerîyya (ö. 395/1004). *Mu‘cemu’l-mekâyis fî’l-luġa*. (thk. Şihabuddîn Ebû ‘Amr). Beyrut: Dârü’l-fikr, 1994 (Mu‘cemu’l-mekâyis).
- İbn Hacer el-‘Asḳâlânî, Ebü’l-Faḍl Şihâbüddîn Ahmed (ö. 852/1448). *Fethü’l-bârî şerhu Sahîhi’l-Buhârî (XIV)*. (thk. Muhibbu’d-dîn el-Hatîb). Beyrut: Dârü’l-ma‘ rife, ts (Fethü’l-bârî).
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed (ö. 456/1064): *el-İhkâm fî usûli’l-ahkâm*. (thk. Mahmud Hâmid Osman). Beyrut: Dârü’l-hadîs, 1998 (el-İhkâm).
- _____. *el-Muhallâ*. (thk. Muhammed Münir Dîmaşkî). Kahire: Dârü’t-türâs, t.y. (el-Muhallâ)
- İbn Hibbân, Ebû Hâtîm Muhammed (ö. 354/965). *Sahîhu İbn Hibbân*. (Thk. Şuayb Arnavut). Beyrut: Müessesetü’r-Risâle, 1414/1993 (Sahîh).
- İbn Kayyim el-Cevziyye, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ebî Bekr ez-Zürâî ed-Dîmaşkî (ö. 751/1350). *İ‘lâmü’l-muvakkî ‘in ‘an rabbi’l-‘âlemîn*. (thk. Tâhâ Abdurraûf Sa‘d). Kahire: Mektebetü’l-küllîyyâti’l-Ezheriyye, 1388/1968 (İ‘lâmü’l-muvakkî ‘in).
- _____. *Zâdü’l-me‘âd fî heydi hayri’l-‘ibâd*. Beyrut: Müessesetü’r-risâle, 1406/1986 (Zâdü’l-me‘âd).
- _____. *Câmi‘ü’l-fikh*. (thk. Yüsri es-Seyyid Muhammed). Devha: Dârü’l-vefâ’, 1421/2000 (Câmi‘ü’l-fikh).
- İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaaffakuddîn Abdullah b. Ahmed (ö. 620/1233). *el-Muġnî* (1. Baskı, I-X). Beyrut: Dârü’l-fikr, 1985 (el-Muġnî).

- _____. *el-Kâfi fî fikhi'l-İmâmi'l-mübeccel Ahmed b. Hanbel*. Beyrut: el-Mektebetü'l-İslâmiyye, t.y. (el-Kâfi).
- _____. *Ravzatü'n-nâzir ve cennetü'l-münâzır (ed-Dûmî, Nüzhetü'l-hâtır içinde)*. Riyad: Mektebetü'l-me'ârif, 1984 (Ravzatü'n-nâzir).
- İbn Kudâme, Şemsüddîn Ebu'l-Ferec Abdurrahman b. Ebû Ömer Muhammed (ö. 682/1283). *eş-Şerhu'l-kebîr 'alâ metni'l-Muknâ'*. Beyrut: Dârü'l-kitâbi'l-'Arabî, t.y. (eş-Şerhu'l-kebîr).
- İbn Mâce, Ebû Abdullah Muhammed b. Yezîd (ö. 273/887). *Sünenü İbn Mâce*. İstanbul: Çağrı Yayınları-Dâru Sahnûn, 1992 (Sünen).
- İbn Manzûr, Muhammed b. Mükerrrem (ö. 711/1311). *Lisânü'l-'Arab*. Beyrut: Dâru Sâdır, 2000 (Lisânü'l-'Arab).
- İbn Mâze, Burhaneddin Ebu'l-Me'âlî Mahmud b. Ahmed (ö. 616/1219). *el-Muhîtü'l-burhân fî'l-fikhi'n-Nu'mânî*. (Thk. Abdulkerim Sâmî el-Cündî). Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-'ilmiyye, 2004 (el-Muhîtü'l-burhân).
- İbn Nuceym, Sirâceddîn Ömer b. İbrahim (ö. 1005/1596) *en-Nehru'l-fâik şerhu Kenzi'd-dekâik*. (thk. Ahmed 'İzzü 'Înâye). Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-'ilmiyye, 2002 (en-Nehru'l-fâik).
- İbn Nuceym, Zeynüddin b. İbrahim (ö. 970/1563). *el-Eşbâh ve'n-nezâir*. Beyrut: y.y., 1985 (el-Eşbâh ve'n-nezâir).
- _____. *el-Bahru'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik*. (Thk. Ahmed 'İzzü 'Înâye) Beyrut: Dâru ihyâi't-türâsi'l-'Arabî, 2002 (el-Bahru'r-râik).
- İbn Receb, Ebu'l-Ferec Zeyneddin Abdurrahman (ö. 795/1393). *el-Kavâ'id fî fikhi'l-İslâmî*. Beyrut: Dârü'l-fikr, t.y. (el-Kavâ'id).
- İbn Rüşd el-Cedd, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed (ö. 520/1126). *el-Beyân ve't-tahsîl ve's-şerh ve't-tevcîh ve't-ta'lîl li-mesâili'l-müstahrece*. (Thk. Muhammed Haccî). Beyrut: Dârü'l-garbi'l-İslâmî, 1408/1988 (el-Beyân ve't-tahsîl).

- İbn Rüşd, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Hafîd (ö. 595/1198). *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*. Mısır: Matbaatü Mustafa el-Bâbî el-Halebî ve Evlâdühü, 1975 (Bidâyetü'l-müctehid).
- İbn Teymiyye, Takiyyüddîn Ahmed b. Abdülhalîm (ö. 728/1327). *Mecmû'u'l-fetâvâ*. (thk. Mustafa Abdülkadir 'Atâ). Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-'ilmiyye, 2000 (el-Mecmû').
- İbnü'l-Arabî, Ebu Bekr Muhammed b. Abdillâh (ö. 543/1148). *Ahkâmü'l-Kur'ân*. (Thk. Ali Muhammed el-Becâvî). Beyrut: Dâru ihyâi't-türâsi'l-'Arabî, t.y. (Ahkâmü'l-Kur'ân).
- İbnü'l-Hümâm (ö. 861/1457). *Fethü'l-kadîr*. (thk. Abdurrezzâk Gâlib el-Mehdî). Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-'ilmiyye, 1995 (Fethü'l-kadîr).
- İbnü's-Sâ'âtî, Muzafferü'd-dîn Ahmed b. Ali (ö. 694/1295). *Mecme'ü'l-bahreyn ve mülteka'n-neyyireyn*. (Thk. İlyâs Kaplan). Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-'ilmiyye, 2005 (Mecme'ü'l-bahreyn).
- İnan, Ali Naim. *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979 (Borçlar Hukuku).
- İsfahânî, Ebu'l-Kâsım Hüseyin b. Muhammed b. Mufaddal Râgıb (ö. 502/1108): *Müfredâtu elfâzi'l-Kur'an*. (Thk. Safvân Adnan Dâvudî). Dımaşk: Dâru'l-kalem, , 1997(el-Müfredât).
- Kâdî Abdülvehhâb, Ebû Muhammed Abdülvehhâb b. Alî b. Nasr et-Tağlibî el-Bağdâdî (ö. 422/1031). *et-Telkîn fi'l-fikhi'l-Mâlikî*. (thk. Muhammed Sâlis Saîd el-Gânî). Mekke: el-Mektebetü't-ticâriyye, 1415/1994 (et-Telkîn).
- Kadri Paşa, Muhammed (ö. 1306/1888). *Kitab-ü Mürşidi'l-hayrân ilâ ma'rifeti ahvâli'l-insân*. (thk. Selahaddin Abdüllatîf en-Nâhî). Amman: ed-Dâru'l-'arabiyyeti li't-tevzî'i ve'n-neşr, 1407/1985 (Mürşidü'l-hayrân).

- _____. *el-Ahkâmü's-şer'iyye fi'l-ahvâli's-şahsiyye*. (thk. Muhammed Ahmed Sirâc-Ali Cum'a Muhammed). Kahire: Dârü's-selâm, 1427/2006 (el-Ahkâmü's-şer'iyye).
- Kalkan, Burcu. *Türk Hukukunda Gabin*. (Yüksek Lisans Tezi, 2003). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004 (Gabin).
- Karadâgî, Ali Muhyiddîn. *Mebdeü'r-rızâ fi'l-ukûd*. Beyrut: Dârü'l-beşâiri'l-İslâmiyye, 2002 (Mebdeü'r-rızâ).
- Karâfi, Ebu'l-Abbâs Şehabeddin Ahmed b. İdrîs (ö. 684/1285). *ez-Zahîre*. (Thk. Muhammed Bû Hubze ve diğeri). Beyrut: Dârü'l-garbi'l-İslâmî, 1994 (ez-Zahîre).
- Karahasan, Mustafa Reşit. *Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım AŞ, 1992 (Türk Borçlar Hukuku).
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslâm Hukuku*. İstanbul: Nesil Yayınları, 1991 (Mukayeseli İslâm Hukuku).
- Kâsânî, 'Alâeddin Ebû Bekir b. Mesûd (ö. 587/1191). *Bedâi'u's-sanâi' fi tertîbi's-Şerâi'*. Beyrut: Dârü'l-kitâbi'l-'Arabî, 1982 (Bedâi'u's-sanâi').
- Kaya, Eyyüp Said. "Mütেকaddimîn ve Mütעהhirîn". Diyanet İslâm Ansiklopedisi, (32), 188-189, 2006 (Mütেকaddimîn ve Mütעהhirîn).
- Kayar, İsmail. *Borçlar Hukuku*. Ankara: Detay Yayıncılık, 2004 (Borçlar Hukuku).
- Koca, Ferhat. *İslâm Hukuk Metodolojisinde Tahsis*. İstanbul: İSAM Yayınları, 1996 (Tahsis).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukuku (Genel Hüküm)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008 (Borçlar Hukuku).
- _____. *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı*. İstanbul: Garanti Matbaası, 1968 (Hata).
- Konevî, Kâsım (ö. 978/1570). *Enîsü'l-fukahâ' fi ta'rîfâti'l-elfâzî'l-mütedâvile beyne'l-fukahâ'*. Beyrut: Müessesetü'l-kütübi's-şekâfiyye, 1987 (Enîsü'l-fukahâ').

- Köroğlu, Mehmet. *İslâm Hukukunda Fiyat Tahdidi*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum: Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1995 (Fiyat Tahdidi).
- Köse, Saffet. *İslâm Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*. İstanbul, 1997 (Hakkın Kötüye Kullanılması).
- _____. "Hile". Diyanet İslâm Ansiklopedisi, (18), 28-29, İstanbul, 1998 (Hile).
- Kumaş, Ali. *Fıkıhta İstitâat Kavramı ve Tezahürleri*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Trabzon: Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005 (İstitâat).
- Kurtubî, Ebû Abdullah Muhammed b. Ahmed (ö. 671/1273). *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'an*. Riyat: Dâru 'âlemi'l-kütüb, 2003 (el-Câmi').
- Küçükgüngör, Erkan&Emiroğlu, Haluk. "Roma hukukunda ve bazı çağdaş hukuk düzenlerinde *laesio enormis (gabin)*". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (1), 77–87, 2004 (Gabin).
- Kürşat, Zekeriya. *Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 2003 (Hile).
- Makdisî, Bahauddin Abdurrahman b. İbrahim (ö. 624/1226). *el-'Udde şerhu'l-'Umde*. (thk. Salâh b. Muhammed 'Uveyza). Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-'ilmiyye, 1426/2005 (el-'Udde).
- Mâlik b. Enes, Ebû Abdullah el-Asbahî el-Himyerî (ö. 179/795): *el-Muvatta'*. İstanbul: Çağrı Yayınları-Dâru Sahnûn, 1992 (el-Muvatta').
- Mâverdî, Ebü'l-Hasan Alî b. Muhammed el-Basrî (ö. 450/1058). *el-Hâvi'l-kebîr*. Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-'ilmiyye, 1994 (el-Hâvî).
- Merdâvî, 'Alâuddin Ebu'l-Hasan Ali b. Süleyman (ö. 885/1480). *et-Tahbîr şerhu't-Tahrîr*. (Thk. Abdurrahman b. Abdullah el-Cübrîn ve diğerleri). Riyat: Mektebetü'r-rüşd, 2000 (et-Tahbîr).

- _____. *el-İnsâf fî ma'rifeti'r-râcih mine'l-hilâf*. (thk. Ebû Abdullah Muhammed Hasan İsmail). Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-İlmiyye, 1997 (el-İnsâf).
- Merğînânî, Burhâneddîn Ebu'l-Hasan Ali b. Ebû Bekir (ö. 593/1197): *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedî*. (thk. Muhammed Adnan Dervîş). Beyrut: Şirketü dâri'l-Erkâm b. Ebi'l-Erkâm, t.y. (el-Hidâye).
- Mesud Efendi (ö. 1311/1894). *Mir'ât-ı Mecelle*. İstanbul: Matbaa-i Osmaniyye, 1302 (Mir'ât).
- Mevsılî, Abdullah b. Muhammed b. Mevdûd (ö. 683/1284). *Kitâbu'l-ihtiyâr li-ta'lîli'l-Muhtar*. (Thk. Halid Abdurrahman el-'Akk). Beyrut: Dâru'l-ma' rife, 1998 (el-İhtiyâr).
- Mevvâk, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yusuf el-Abderî el-Gırnâtî (ö. 897/1492). *et-Tâc ve'l-iklîl li-Muhtasar-i Halîl*. Beyrut: Dâru'l-fikr, 1397 (et-Tâc ve'l-iklîl).
- Musa, Muhammed Yusuf. *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-'akd fi'l-fikhi'l-İslâmî*. Kahire: Dâru'l-fikri'l-arabî, 1987 (el-Emvâl ve nazariyyetü'l-'akd).
- Mustafa, İbrahim ve diğeri. *el-Mu'cemu'l-vesît*. İstanbul: Çağrı Yayınları, 1996 (el-Mu'cemu'l-vesît).
- Münâvî, Muhammed Abdurrauf. *et-Tevkîf 'alâ mühimmâti't-te'ârif*. (Thk. Muhammed Rızvan ed-Dâye). Beyrut: Dâru'l-fikri'l-mu'âsır/Dâru'l-fikr, 1989 (et-Tevkîf).
- Müslim, Ebu'l-Hüseyin el-Kuşeyrî Müslim b. el-Haccac (ö. 261/875). *Sahîhu Müslim*. İstanbul: Çağrı Yayınları-Dâru Sahnûn, 1992 (Müslim).
- Nesâî, Ebû Abdurrahman Ahmed b. Ali b. Şu'ayb (ö. 303/915). *Sünenü'n-Nesâî*. İstanbul: Çağrı Yayınları-Dâru Sahnûn, 1992 (Nesâî).
- Nesefî, Ebu'l-Berekât Hafızüddin Abdullan b. Ahmed (ö. 710/1310): *Şerhu Hafızüddin en-Nesefî li-kitâbi'l-Müntehab fî usûli'l-mezheb*. (thk. Sâlim Öğüt), y.y., t.y. (Şerhu'l-Müntehab).

- Nevevî, Ebû Zekeriyya Muhyiddin b. Yahya (ö. 676/1277). *Kitâbü'l-Mecmû' şerhu'l-Mühezzeb*. (Thk. Muhammed Necib el-Mutî'î). Beyrut: Dâru ihyâi't-türâsi'l-'Arabî, 1995 (el-Mecmû').
- _____. *Minhâcü't-tâlibîn ve 'umdetü'l-müftîn*. Beyrut: Dâru'l-minhâc, 2005 (Minhâc).
- _____. *Ravzatü'f-tâlibîn ve 'umdetü'l-müftîn*. Beyrut: el-Mektebü'l-İslâmî, 1984 (Ravza).
- _____. *Tahrîru elfâzi't-tenbîh*. (Thk. Abdülganî ed-Dakr). Dimaşk: Dâru'l-kalem, 1408/1988 (Tahrîr).
- Oğuzman, M. Kemal&Seliçi, Özer. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1985 (Eşya Hukuku).
- Olgaç, Senai. *Hukuk Davalarında Gabin-Hile-İkrah*. Ankara: Orsel Matbaası, 1975 (Gabin-Hile-İkrah).
- _____. *Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel Hükümler)*. Ankara: Olgaç Matbaası, 1976 (Türk Borçlar Kanunu Şerhi).
- Önen, Gonca. *Türk Hukukunda Gabin*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Antalya: Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007 (Gabin).
- Örs, Mehmet Nuri. *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Emredici Hükümlere Aykırılık*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004 (Emredici Hükümlere Aykırılık).
- Özden, Bülent. "Türk Hususi Hukukunda Gabin". İstanbul Barosu Dergisi, 7-9, 1991 (Gabin).
- Öziyci, Osman Erhan. *İslâm'da Tüketim ve Tüketici Hakları*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Isparta: Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002 (Tüketim ve Tüketici Hakları).
- Özkaya, Eraslan. *Gabin Davaları*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2000 (Gabin).

- _____. *Hata–Hile–İkrah Davaları*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2000 (Gabin–Hile–İkrah Davaları).
- Özkent, Ali Haydar. “*Gabin*”. *Hukuk ve İçtihatlar Dergisi*, (18), 245–251 (Gabin).
- Öztunç, Ali Doğan. *Pazarlama Açısından Tüketici Koruması ve Türkiye’deki Yasal Düzenlemeler*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999 (Tüketici Koruması).
- Râzî, Ebû Abdillâh Zeynüddîn Muhammed b. Ebî Bekir (ö. 666/1268’den sonra). *Muhtârü’s-şihâh*. (Thk. Mahmut Hâtır). Beyrut: Mektebetü Lübnan, 1995 (Muhtâr).
- Reisoğlu, Safa. *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2006 (Borçlar Hukuku).
- Remlî, Şemseddîn Muhammed (ö. 1004/1596). *Nihâyetü’l-muhtâc ilâ şerhi’l-Minhâc*. Beyrut: Dâru İhyâi’t-türâsi’l-‘Arabî, 2005 (Nihâyetü’l-muhtâc).
- Sa‘de, Abdülmün‘im Ferec. *Nazariyyetü’l-akd fi’s-şer‘âti’l-İslâmiyye ve’l-kânûni’l-vad‘iyyi*. Kahire: Matbaatü Câmî‘eti’l-kâhire ve’l-kitâbi’l-câmî‘î, 1993 (Nazariyyetü’l-‘akd).
- Sâbık, es-Seyyid. *Fıkhu’s-sünne*. Dımaşk: Dâru İbn Kesîr, 2002 (Fıkhu’s-sünne).
- Sâbûnî, Muhammed Ali. *Tefsîru âyâti’l-ahkâm mine’l-Kur’an*. Beyrut: Dâru’l-kütübi’l-‘ilmiyye, 1999 (Ahkâmü’l-Kur’an).
- Sava Paşa. *İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*. (trc. Baha Arıkan). İstanbul: Kitabevi Yayınları, t.y. (İslâm Hukuku).
- Savaş, Abdurrahman. *İslâm Hukuku ve Türk Medeni Hukukunda Evlenmenin Hükümsüzlüğü ve Hukukî Sonuçları*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: M. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006 (Evlenmenin Hükümsüzlüğü).

- Sâvî, Ahmed b. Muhammed (ö. 1241/1825). *Bulğatü's-sâlik li-akrabi'l-mesâlik 'ale's-Şerhi's-sağîr*. (thk. Muhammed Abdüsselâm Şâhîn). Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-^çilmiyye, 1415/1995 (Bulğatü's-sâlik).
- Saymen, Ferit. “*Gabinde İvazlar Arasındaki Nispetsizlik*”. İÜHF Mecmuası, (11), 145–159, 1945 (İvazlar Arasındaki NispetsizlikA).
- _____. “*Gabin-Müzayaka-İstifade Şartı*”. Hukuk Fakültesi Mecmuası, 13 (1–2), 1947 (Gabin-Müzayaka-İstifade Şartı).
- Schwarz, A.B. *Borçlar Hukuku Dersleri*. (Çev. Bülent Davran). İstanbul: Kardeşler Basımevi, 1948 (Borçlar Hukuku Dersleri).
- Semerkandî, Ebû Bekr Alâuddîn Muhammed b. Ahmet (ö. 539/1114). *Tuhfetü'l-fukahâ'*. Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-^çilmiyye, 1405/1984 (Tuhfe).
- Senhûrî, Abdürrezzâk Ahmet (ö. 1391/1971). *el-Vesît fî şerhi'l-kanuni'l-medeniyyi'l-cedîd*. Beyrût: Dâru ihyâi't-türâsi'l-^çArabi, t.y (el-Vesît).
- _____. *Meşâdirü'l-hak fî'l-fikhi'l-İslâmî*. Kahire: Dârü'l-fikr, 1954 (Mesâdirü'l-hak).
- _____. *Nazariyyetü'l-^çakd*. Beyrut: el-Mecme^çu'l-^çilmi'l-^çarabî'l-İslâmî, 1934 (Nazariyyetü'l-^çakd).
- Serahsî, Ebu Bekr Muhammed b. Ebi Sehl Ahmed Şemsüleimme (ö. 483/1091). *el-Mebsût*. Beyrut: Dârü'l-ma'rif, 1986 (el-Mebsût).
- _____. *Usûlü's-Serahsî*. (thk. Ebu'l-Vefâ el-Afgânî), Beyrut: Dârü'l-ma'rif, 1973 (Usûl).
- Serozan, Rana. *Sözleşmeden Dönme*. Doçentlik tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1975 (Sözleşmeden Dönme).
- _____. “*Darda Kalmış Kişinin Sözleşmeden Dönme Hakkından Feragatinin Geçersizliği*”. MHAD, 1990–1991 (Feragatinin Geçersizliği).
- _____. “*Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarılma Yoluyla*

Düzeltilmesi". Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, 2000 (Dengesizliğin Uyarılma Yoluyla Düzeltilmesi).

Sungur, Hasan Halis . *Gabin*. İstanbul: İstanbul Matbaası, 1953 (Gabin).

Şa'bân, Zekiyüddîn. *İslâm Hukuk İlminin Esasları*. (Trc. İbrahim Kâfi Dönmez). Ankara: TDV Yayınları, 1999 (Fıkıh Usulü).

Şa'rânî, Abdulvehhâb (ö. 973/1565). *Kitabu'l-Mîzân*. (thk. Abdurrahman 'Umeyra). Beyrut. 'Âlemu'l-kütüb, 1989 (Kitaü'l-Mîzân).

Şafak, Ali. "*İslâm Hukukunda Alışverişte Kâr Haddi*". (Tartışmalı İlmi Toplantılar Dizisi). İstanbul: İslâmi İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, 1984 (Kâr Haddi).

Şâfî, Ebû Abdullah Muhammed b. İdris (ö. 204/820). *el-Umm*. (thk. Muhammed Metrucî). Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-İlmiyye, 1993 (el-Umm).

Şâtıbî, Ebû İshak İbrahim b. Musa b. Muhammed (ö. 790–1388). *el-Muvâfakât fî usûli's-Şerî'a*. (thk. Ebû Ubeyde Meşhur b. Hasan Âli Selmân). Hüber: Dâru İbn 'Affan, 1997 (el-Muvâfakât).

Şeltût, Mahmud Muhammed-Muhammed Ali Sâyis: *Mukârenetü'l-mezâhib fî'l-fikh*. y.y: 1953 (Mukârenetü'l-mezâhib).

Şerkâvî, Abdullah b. Hicâzî b. İbrahim (ö. 1226/1811). *Hâşiyetü's-Şerkâvî 'alâ Tühfeti't-tüllâb bi-şerhi Tahrîri tenkîhi'l-lübâb*. Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-İlmiyye, 1997 (Hâşiye).

Şevkânî, Muhammed b. Ali (ö. 1250/1834). *Neylü'l-evtâr şerhu Munteka'l-ahbâr*. Kahire: Mustafa el-bâbi el-Halebî, 1971 (Neylü'l-evtâr).

_____. *İrşâdü'l-fuhûl ilâ tahkîki'l-hak min 'ilmi'l-usûl*. (thk. Şa'bân Muhammed İsmail). Kahire: Dâru'l-kütübî, 1992 (İrşâdü'l-fuhûl).

Şeybânî, Muhammed b. Hasan (ö. 189/805). *el-Asl (el-Mebsût)*. (thk. Ebu'l-Vefâ el-Afgânî). Karaçî: İdâretü'l-Kur'ân ve'l-İlmi'l-İslâmiyye, t.y. (el-Asl).

- _____. *el-Câmi 'u's-sağîr ve şerhuhu'n-nâfi 'u'l-kebîr*. Beyrut: 'Âlemü'l-kütüb, 1406/1986 (el-Câmi 'u's-sağîr).
- Şîrâzî, Ebû İshak İbrahim b. Ali el-Fîrûzâbâdî (ö. 476/1083). *el-Mühezzeb*. Beyrut: Dâru'l-fikr, ts (el-Mühezzeb).
- Şîrbînî, Şemseddin Muhammed b. Ahmed (ö. 977/1570): *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti me'ânî elfâzi'l-Minhâc*. (thk. Tâhâ Abdurrauf Sa'd). y.y: el-Mektebetü't-tevfikiyye, t.y. (Muğni'l-muhtâc).
- Taberânî, Ebu'l-Kâsım Süleyman b. Ahmed (ö. 360/971). *el-Mu'cemü'l-kebîr*. (thk. Hamdî b. Abdülmecid es-Selefi). Kahire: Mektebetü İbn Teymiye, t.y. (el-Mu'cemü'l-kebîr).
- Taşkın, Mustafa. *Ayıplı Mal ve Hizmetlerden Tüketicilerin Korunması*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1996 (Tüketicilerin Korunması).
- “Tedlîs”. *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye* (XI, 1126-130). Kuveyt: Dâru Safve, 1993.
- Teftâzânî, Sa'düddin Mes'ud b. Ömer (ö. 792/1390). *et-Telvîh fî keşfi hakâiki't-Tavdîh*. İstanbul: Mektebi Sanâyi' Matbaası, 1310/1892 (et-Telvîh).
- Tehânevî, Muhammed Ali b. Ali (ö. 1158/1745). *Keşşâfu ıstılâhâti'l-fünûn*. (Ahmed Hasan'ın hâşiyesi ile basılmıştır.) Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-İlmiyye, 1998 (Keşşâfu ıstılâhâti'l-fünûn).
- Tirmizî, Muhammed b. İsa b. Sevre (ö. 279/892). *Sünenü't-Tirmizî*. İstanbul: Çağrı Yayınları-Dâru Sahnûn, 1992 (Tirmizî).
- Topuz, Murat. *Roma Hukukunda Fâhiş Gabin*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003 (Roma Hukukunda Fâhiş Gabin).
- Tuhr, Andreas von. *Borçlar Hukukunun Umumi Hükümleri*. (Trc. Cevat Edege). Ankara: Yargıtay Yayınları, 1983 (Borçlar Hukuku).

- Tunçomağ, Kenan: *Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*. İstanbul: Sermet Matbaası, 1976 (Borçlar Hukuku).
- Uygur, Turgut. *Açıklamalı – İctihatlı Borçlar Kanunu*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 1990 (Borçlar Hukuku).
- Wensinck, A.J (ö. 1358/1939). *el-Mu‘cemü’l-müfehres li elfâzi’l-hadîsi’n-nebevî*. Leiden: Mektebetü Brill, 1936-1969 (el-Mu‘cemü’l-müfehres).
- Yaman, Ahmet. “İslâm Hukuk Usulü, Özel Hukuku ve İktisat-Maliye Literatürü ile İlgili Çağdaş Bir Bibliyografya Denemesi”. *İlim ve Sanat*, 29 (1), 87–94, 1993 (Bibliyografya Denemesi).
- Yaran, Rahmi. *İslâm Fıkhdında İhtiyaç Kavramı ve Kurumsallaşması*. İstanbul: İFAV, 2007 (İhtiyaç Kavramı).
- Yargıtay. Birinci Hukuk Dairesi: “Gabin”. *Türkiye Noterler Birliği Dergisi*, (108), 81–82, 2000.
- Yargıtay. Üçüncü Hukuk Dairesi: “Vekâlet Yetkisini Kasten Vekil Edenin Zararına Kullanma, Zararın Tazmini”. *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, (101), 97–98, Şubat 1999.
- Yaşaroğlu, M. Kâmil. *İslâm Hukukunda Gabin*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1990 (Gabin).
- Yeniçeri, Celal. *İslâm İktisadının Esasları*. İstanbul: y.y., 1980 (İslâm İktisadı).
- Yenişehirli, Ebü’l-Fazl Abdullah (ö. 1156/1743). *Behcetü’l-fetâvâ me‘a’n-nükûl*. İstanbul: Dârü’t-tibâati’l-âmire, 1266/1849 (Behcetü’l-fetâvâ).
- Yıldırım, Mustafa Fadıl. *Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile*. Ankara: Nobel, 2002 (Hile).
- _____. *Mecelle’nin Küllî Kaideleri*. İzmir: İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2001 (Küllî Kaideler).
- Yıldız, Kemal. *İslâm Sorumluluk Hukuku*. İstanbul: Hâcegân Akademi Kitaplığı, 2005 (Sorumluluk Hukuku).

- Zebîdî, Muhammed Murtazâ el-Hüseynî (ö. 1205/1790). *Tâcü'l-'arûs min cevâhîri'l-kâmûs*. Beyrut: Dârü'l-fikr, ts (Tâcü'l-'arûs).
- Zekeriyya el-Ensârî, Ebû Yahyâ Zekeriyya b. Muhammed (ö. 926/1520). *Fethü'l-vahhâb bi-şerhi Minhâci't-tullâb*. Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmîyye, 1997 (Fethü'l-vahhâb).
- Zerkeşî, Bedreddin Muhammed b. Bahâdır (ö. 794/1392). *el-Bahru'l-muhît*. (thk. Abdulkadir Abdullah el-'Ânî). Kuveyt: Vizâretü'l-Evkâf ve'ş-Şuûni'l-İslâmiyye, 1992 (el-Bahru'l-muhît).
- Zevkliler, Aydın. *Medeni Hukuk*. Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1986 (Medeni Hukuk).
- Zeydân, Abdülkerim. *el-Medhal li-dirâseti'ş-şerî'ati'l-İslâmiyye*. İstanbul: Dersaadet, t.y. (el-Medhal).
- _____. *el-Vecîz fî usûli'l-fikh*. Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 2003 (el-Vecîz).
- Zeyla'î, Fahreddin Osman b. Ali (ö. 743/1342). *Tebyînü'l-hakâik şerhu Kenzü'd-dekâik*. Kahire: Dârü'l-kütübi'l-İslâmiyye, 1895 (Tebyînü'l-hakâik).
- Zühaylî, Vehbe. *el-Fıkhü'l-İslâmî ve edilletühü*. Dımaşk: Dârü'l-fikr, 1997 (el-Fıkhü'l-İslâmî).
- _____. *Nazariyyetü'z-zarûreti'ş-Şer'îyye*. Beyrut: Müessesetü'r-risâle, 1982 (Nazariyyetü'z-zarûreti'ş-Şer'îyye).

ÖZGEÇMİŞ

Adı Soyadı:	: Ali KUMAŞ	İmza:	
Doğum Yeri:	: Sürmene/Trabzon		
Doğum Tarihi:	: 01.04.1978		
Medeni Durumu:	: Evli		

Öğrenim Durumu

Derece	Okulun Adı	Program	Yer	Yıl
İlköğretim	Dağardı Köyü	İlköğretim	Köprübaşı	1989
Ortaöğretim	Sürmene İmam-Hatip	Ortaöğretim	Sürmene	1992
Lise	Sürmene İmam-Hatip	Lise	Sürmene	1996
Lisans	Marmara Üniversitesi	İlahiyat	İstanbul	2001
Yüksek Lisans	Karadeniz Teknik Ün.	Temel İslâm Bil.	Rize	2005

Becerileri:	: Hitabet
İlgi Alanları:	: Bilim, spor
İş Deneyimi:	: 2001-2002 yıllarında İmam-Hatip, 2002-2005 yıllarında ihtisas kursiyeri, 2005-2010 yıllarında Vaiz, 2010-2011 yıllarında ise Müftü olarak görev yaptı.

Aldığı Ödüller:	
-----------------	--

Hakkımda bilgi almak için önerebileceğim şahıslar:	: Prof. Dr. Ahmet YAMAN : Prof. Dr. Hüseyin Tekin GÖKMENOĞLU
--	---

Tel:	: 05335638341
------	---------------

Adres	: Ahmet Necdet Sezer Mah. M. Akif Ersoy Cad. No: 49-1/8, Taşlıçay/Ağrı
-------	--