

İçeriden Öğrenenlerin Ticareti: İslâm'da Dolandırıcılık mıdır?

Insider Dealing¹: Fraud in Islam?

Siti Faridah Abdul JABBAR^a

^aMuhasebe Yüksekokulu, Hukuk Bölümü,
Universiti Kebangsaan Malaysia,
Ekonomi ve Yönetim Bilimleri Fakültesi,
Bangi, Malezya

Çev. Faruk ÖZDEMİR

MEB Tülay Başaran Anadolu Lisesi,
Samsun,
TÜRKİYE/TURKEY
fozdemir5561@hotmail.com

*Bu makale, "Insider dealing: fraud in Islam?" Journal of
Financial Crime, ISSN 1359- 0790, 2012, Vol. 19,
Issue 2, s. 140-148'den alınmıştır.*

ÖZET Amaç: Bu makalenin amacı içeriden öğrenenlerin ticaretinin/insider dealing İslâm'ın perspektifinden sahtekârlık olup-olmadığını incelemektir. **Tasarım/metodoloji/yaklaşım:** Bu makale Kur'an ve sünnetteki emirlerin analogisini (kıyas) ve İslâm'la ilgili literatürün eleştirel analizini kullanır. **Bulgular:** Makale şu bulguları elde etmiştir: İçeriden öğrenenlerin ticareti İslâm'da dolandırıcılıktır (*tağrîr*) ve dolandırılan taraf sonradan ortaya çıkan kusura (*hiyâru'l-'ayb*) ilaveten dolandırıcılık nedeniyle işlemi feshetme hakkına (*hiyâru't- tedlîs*) sahiptir. **Pratik etkileri:** Makale içeriden öğrenenlerin ticareti konusuyla ilgili yasalar çıkarmada özellikle de *Şeriat*'ın, hukukun temel kaynağı olduğu yerlerde bir başvuru kaynağı olarak kullanılabilir. **Orijinallik/özgünlük/değeri:** Makale içeriden öğrenenlerin ticaretinin İslâm'ın perspektifinden dolandırıcılık olduğunu tanıtmada yeni bir teşebbüs sunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Suçlar; Finans; Dolandırıcılık; İçeriden Öğrenenlerin Alışverişi; İçeriden Öğrenenlerin Ticareti; İslâm

ABSTRACT Purpose: The purpose of this paper is to examine whether insider dealing is fraud from the perspective of Islam. **Design/methodology/approach:** The paper uses analogy (*qiyas*) of the injunctions in the Qur'an and Sunnah and critical analysis of literature on Islam. **Findings:** The paper finds that insider dealing is fraud (*tağrîr*) in Islam and the defrauded party has the option to rescind the transaction for fraud (*khiyar al-tadlîs*) as well as for latent defect (*khiyar al-'aib*). **Practical implications:** The paper is practical as a source of reference in legislating laws relating to insider dealing particularly where *Shari'ah* is the principal source of law. **Originality/value:** The paper presents a novel attempt in establishing that insider dealing is fraud from the perspective of Islam.

Key Words: Crimes; Finance; Fraud; Insider dealing; Insider trading; Islam

Journal of Islamic Research 2012;23(3):140-6

ABD'de içeriden öğrenenlerin ticareti uzun süredir dolandırıcılık olarak kabul edilmektedir. 1934 Menkul Kıymetler Borsası Yasası bölüm 10 (b) uyarınca Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu (SEC) tarafından 1942 yılında yayımlanarak yürürlüğe giren 10b-5² numaralı kanun, diğerlerinin yanı sıra, güvenilir bir alış ya da satışla ilgili gerekli bilgileri açıklama görevini uygulamaya koymaktadır. ABD mahkemeleri böyle

¹ Insider dealing: İçeriden öğrenenlerin ticareti/iç casus; şirketin sırlarını başka şirkete satma işi. Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri kendine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacı ile kullanarak, sermaye piyasasında işlem yapanlar arasında fırsat eşitliğini bozacak şekilde haksız yarar sağlamak veya bir zararı bertaraf etmektir.

² 17 C.F.R. S 240.10b-5 (1977).

bir durumda ifşa etmemenin dolandırıcılık olduğuna karar vermişlerdir. İngiltere'de gerekli malumatı ifşa etmeyi ihmal etme Dolandırıcılık Yasası 2006³ kapsamında yasal dolandırıcılık kabilinden ceza gerektiren bir suça eş değer olabilir. Hâlbuki sadece ifşa etmeme genel hukuk çerçevesinde dolandırıcılık değildir. Güney Afrika'da hisse senedi işlemlerinde gerekli bilginin ifşa edilmemesi malların satışında sonradan ortaya çıkan kusurun ifşa edilmemesine benzer, dolayısıyla işlemin tıpkı yasaklanmış bir muamele olan içeriden öğrenenlerin ticareti gibi olmasına neden olur.⁴ Jabbar⁵ içeriden öğrenenlerin ticaretinin İslâm'da suç olduğunu ve bir *ta'zir*⁶ suçu olarak sınıflandırılabilceğini savunmuştur. Bununla birlikte İslâm içeriden öğrenenlerin ticaretini dolandırıcılık olarak da değerlendirir mi? Bu makalenin cevap aradığı ikinci soru budur. O nedenle bu makale içeriden öğrenenlerin ticaretini dolandırıcılık olarak ve içeriden öğrenenlerin ticareti ile sonradan ortaya çıkan kusur yasası arasındaki ilişkiyi İslâmî perspektiften inceler.

İSLÂMÎ AÇIDAN DOLANDIRICILIK OLARAK İÇERİDEN ÖĞRENENLERİN TİCARETİ

İslâm bireyler arasındaki herhangi bir konuda dolandırıcılığın her türünü yasaklar.⁷ Dolandırıcılık Hz. Muhammed (sav)'in Sünnet'inde⁸ örneği görüldüğü gibi ciddi ve iğrenç bir ahlâkî suç olarak değerlendirilir. Onun şöyle buyurduğu rivayet edilmektedir:

[...] Aldatan bizden değildir.⁹

³ S.1-4.

⁴ *Pretorius & Anor. v Natal South Sea Investment Trust Ltd.* 1965 (3) SA 410 (W), ayrıca bk., Rider, B.A.K. ve Ffrench, H.L. (1979), *The Regulation of Insider Trading*, Macmillan, Londra, s. 81-2.

⁵ Jabbar, S.F.A. (2010), "Financial crimes: prohibition in Islam and prevention by the Shari'a Supervisory Board of Islamic financial institutions", *Journal of Financial Crime*, c. 17, No. 3, s. 287.

⁶ Ta'zir Şeriat'ta (İslâm hukuku) üç suç kategorisinden biridir. O, Şeriat'ın temel kaynakları yani Kur'an ve Sünnet tarafından özellikle bir suç olarak belirtilmemiş ancak kamu yararı öyle gerektiriyorsa suç olarak telakki edilebilecek olan bir fiil ya da bir ihmalî ifade eder.

⁷ El- Kardâvî, Y. (2003), *The Lawful and the Prohibited in Islam*, El-Birr Vakfı, Londra, s. 239-40.

⁸ Hz. Muhammed (sav)'in Hadis olarak rivayet edilen sözleri, fiilleri ve takrirleri.

⁹ Coulson, N.J. (1984), *Commercial Law in the Gulf States: The Islamic Legal Tradition*, Graham & Trotman, Londra, s. 65-126; Rayner, S.E. (1991), *The Theory of Contracts in Islamic Law: A Comparative Analysis with Particular Reference to the Modern Legislation in Kuwait, Bahrain and the United Arab Emirates*, 1. bs., Graham & Trotman, Londra, s. 204-31.

Bir Müslüman her koşulda dürüst ve doğru olmalı ve inancını her türlü dünyevî kazancın üstünde tutmalıdır.¹⁰ Ticarî ilişkilerde dürüstlük ve iyi niyet Kur'an ve hadiste de vurgulanmaktadır.¹¹ Bu örneklerden biri Hz. Peygamber'in Ebû Hureyre'den rivayet edilen şu hadisidir:

Bir kimse -böyle olduğunu bilmeden- bir *musarrat* satın alırsa o takdirde onu kabul etme ya da bir miktar hurmayla iade etme hakkına sahiptir.¹²

Hadis'te belirtilen *musarrat* hayvanın muhtemel alıcısına onun normal süt verimi hakkında haddinden fazla iyimser bir izlenim verecek şekilde bir süredir sağılmayan bir inek ya da keçi gibi bir dişi hayvandır.¹³ Dolandırıcılığı fark edince alıcı satışı iptal etme ve hayvandan almış olduğu süt için uygun bir bedeli verme hakkına sahiptir.¹⁴ Bu hadise istinaden her türlü hileli işlemleri kapsayan bir *kıyas* (analoji) yapılmış¹⁵ ve hileli kontratın *fâsît* (geçersiz) olduğuna dair yasa oluşturulmuş¹⁶ bu sayede sözleşme akdetmiş olan dolandırılan kimse dolandırıcılığı fark edince sahtekârlık nedeniyle kontratı iptal etme hakkına sahiptir.¹⁷

İslâm'da dolandırıcılık kavramı birçok farklı terimle ifade edilmektedir. En yaygın olanları *tağrîr*, *tedlîs*, *ğabn*, *ğubn*, *ğuşş* ve *ğarâr*dır, daha az yaygın olanlar ise *hallâb*, *hıyâneh*, *ihtiyal*, *tahayyül*, *tadlîl*, *iham*, *nasb* ve *hati'e* dir. Hepsi *dolandırıcılık*, *hilekârlık*, *aldatma*, *kandırma*, *yanlış beyan*, *üç-kâğıtçılıktan hilebazlığa* kadar pek çok manaya gelmektedir.¹⁸ Takip eden tartışmanın amaçları doğrultusunda, İslâm'da dolandırıcılık kavramını ifade etmek için *tağrîr* terimi kullanılacaktır. *Tağrîr* el-Rimâvî'de¹⁹ Zerkâ²⁰ tarafından, fiiller ya da sözler biçiminde yanıltıcı vasıtalar kullanarak ve böylelikle bu gibi vasıtalar kullanılmaydı yapıp

¹⁰ El- Kardâvî, Y. (2003), *age.*, s. 239-40.

¹¹ Coulson, N.J. (1984), *age.*, s. 65-126; Rayner, S.E. (1991), *age.*, s. 204-31.

¹² Sahîh-i Buhârî, "Büyü" 64, 69; Sahîh-i Muslim, "Büyü" 11 (1524).

¹³ Pratikte tasriyye olarak bilinir (Coulson, N.J. (1984), *age.*, s. 65-126).

¹⁴ Hadis'te bahsedilen "bir miktar hurma" sadece önerilen bir örnektir (Coulson, N.J. (1984), *age.*, s. 65-126).

¹⁵ Coulson, N.J. (1984), *age.*, s. 65-126.

¹⁶ Rayner, S.E. (1991), *age.*, s. 204-31.

¹⁷ El- Kardâvî, Y. (2003), *age.*, s. 239-40.

¹⁸ Rayner, S.E. (1991), *age.*, s. 204-31.

¹⁹ El- Rimâvî, L. (2004), "Legal aspects of Arab securities regulation with particular reference to disclosure as a tool of investor protection when offering/listing shares in Jordan", Doktora tezi, LSE, Londra.

²⁰ Zerkâ, A. (1967-1968), *El-Fikhu'l- İslâmî fi Şevbihi'l- Cedit: El-Cüzü'l- Evvel: El- Medhal El-Fikhi El-Eam*, 9. bs., Şam, s. 374.

etmeyeceği işlemi yapmak üzere diğerini kandırarak başkasını dolandırma eylemi olarak tanımlanır. Bu tanımdan aldatıcı fiiller ve ifadelerin *tağrîr* ile aynı anlama gelebileceği anlaşılabilir. Bir hileli fiil *tağrîr-i fi'lî* ve hileli ifade *tağrîr-i kavlî* olarak adlandırılır.²¹ *Tağrîr-i fi'lî* aldatıcı veya yanlış hareket ve manevralarla kendini gösterirken *tağrîr-i kavlî yalan* söyleme gibi²² aldatıcı ya da yanlış sözlü atıflar²³ yoluyla olur. Dahası *tağrîr*'in olabilmesi için sebep-sonuç ilişkisi olması gerektiği ve doğrusunu bildiği takdirde muamele yapmayacağını göstermek üzere kanıtlama yükümlülüğünün dolandırılan şahsa ait olduğu da anlaşılabilir.

Başka bir bilim adamı Sanhurî²⁴ dolandırıcılığı, başkasının hataya düşmesine neden olan ve kendisini sözleşmeye ikna eden hilekâr bir eylem olarak tanımlar. Sanhurî'ye göre dolandırıcılık diğer sözleşme yapan tarafı aldatmak için yeterli olmalı ve sözleşmeye bir ivme kazandırmalıdır.²⁵ Bu yüzden sebep-sonuç ilişkisi ve önem derecesinin dolandırıcılığın unsurları olduğu açıktır ve Sanhurî'ye göre onlar sözleşme ve dolandırılan kişinin yaşı, tecrübesi, zekası ve ticarî bilgisi gibi kişisel şartların her birine bakarak tespit edilir.²⁶ Coulson²⁷ dolandırıcılık fiilinin kanûnî kovuşturmaya tâbi tutulabilmesi için “fiilin herhangi bir normal tedbirli kimseyi aldatabilecek derecede kurnazlık olması” ve dolandırılan kimsenin *zarara* (maddi zarar) uğramış olması gerektiğini sözlerine eklemiştir. *Zararın* ne miktarlarda olduğu ticarî standartlar ve uygulamalara bağlıdır, enflasyon fiyatının ödenmesi bu durumun örneklerindedir.²⁸ Bu nedenle yukarıda belirtilenden, *tağrîr*'deki sebep-sonuç ilişkisinin işlemle ilgili sebep-sonuç ilişkisi veya zararlarla ilgili sebep-sonuç ilişkisi olabileceği zannedilebilir, oysa önem derecesi “makul adam testi reaksiyonu” kullanılarak tespit edilir, fakat dolandırılan kişinin şartlarına eklenmiş bir sübjektif faktör karmaşık bir sözleşme unsurudur. Sonuç olarak *tağrîr*'deki önem derecesi dolandırıcılığın yüz

yüze muamele şeklinde ya da borsa gibi kişisel olmayan pazar üzerinden yapılan bir muameleyle gerçekleşip gerçekleşmediğine bağlı olarak adapte edilebileceği de anlaşılabilir.

Açıklamayı ihmal etmeye gelince, önemli bilgilerle ilgili kastî sessizlik durumu hariç İslâm'da genellikle dolandırıcılık kabul edilmez.²⁹ Bu nedenle *tağrîr* ayrıca basit ihmal, pasiflik ya da bilginin önemli olduğu durumlarda gizlenmesi yüzünden de oluşabilir. Durum böyle olunca, önemli fiyat-duyarlı bilgileri ifşa etmemeyi gerektiren içeriden öğrenenlerin ticaretinin, ABD SEC Yasası 10b-5 ve İngiltere Dolandırıcılık Yasası 2006 çerçevesindeki duruma benzer, fakat sadece suskun kalmanın yasal dolandırıcılık anlamına gelmediği genel hukuk dolandırıcılığına benzemeyen *tağrîr* ya da dolandırıcılık olarak kabul edilebileceği tahmin edilebilir. Ayrıca İslâm'da *tağrîr*, “güven satışı” ya da *uberrimae fidei* sözleşmeleri olarak bilinen belirli durumlarda ve sözleşmelerde de oluşabilir.³⁰ İslâmî *uberrimae fidei* sözleşmeleri malın perakende satış sözleşmelerini yani *beyü't-tevliye* (malîyetine satış), *beyü'l-murâbaha* (kârına satış) ve *beyü'l-vedi'ayı* (indirimli satış) kapsamaktadır.³¹ Bu üç tür sözleşmede malın orijinal fiyatı hayatî öneme sahiptir. Buna uygun olarak satıcının, iflas kararının sonucu olarak satın alma gibi fiyatı etkilemiş olabilecek tüm gerçekleri eksiksiz açıklama yükümlülüğü vardır.³² Böyle tam ve doğru ifşa etmenin sağlanamaması satıcı tarafında mutlak bir yanlış beyan olarak kabul edilir. Bu durum alıcıya sözleşmeyi feshetme hakkı verir.³³

Daha önce *tağrîr*'in olduğu yerde vurgulandığı gibi, dolandırılan taraf sözleşmeyi ya onaylama ya da feshetme hakkına sahiptir. Ayrıca bu prensip Hz. Muhammed (sav)'den rivayet edilen bir başka hadisle de desteklenmektedir:

[...] Başkasını aldatan kimse sonucundan mesuldür. ve:

[...] Aldatma tazmin edilmelidir.³⁴

²¹ El- Rimâvî, L. (2004), *age*.

²² Rayner, S.E. (1991), *age*, s. 204-31.

²³ El- Rimâvî, L. (2004), *age*.

²⁴ Sanhurî, *Masâdiru'l-Hakk*, II, 157, Rayner içerisinde (1991).

²⁵ Sanhurî, *Masâdiru'l-Hakk*, II, 157, Rayner içerisinde (1991).

²⁶ Sanhurî, *Masâdiru'l-Hakk*, II, 157, Rayner içerisinde (1991).

²⁷ Coulson, N.J. (1984), *age*, s. 65-126.

²⁸ Coulson, N.J. (1984), *age*, s. 65-126.

²⁹ Rayner, S.E. (1991), *age*, s. 204-31.

³⁰ Rayner, S.E. (1991), *age*, s. 204-31.

³¹ Coulson, N.J. (1984), *age*, s. 65-126.

³² Coulson, N.J. (1984), *age*, s. 65-126.

³³ Coulson, N.J. (1984), *age*, s. 65-126.

³⁴ Coulson, N.J. (1984), *age*, s. 65-126; Rayner, S.E. (1991), *age*, s. 204-31.

Dolandırıcılık nedeniyle kontratı onaylama ya da feshetme hakkı *hıyâru't-tedlîs* olarak adlandırılır. Tercih hakkı öncelikle satıcının, satılacak malın belirli bir yönünü gizlediği ve alıcının aldatılmasına neden olduğu malın satış sözleşmesinden sadır olmuştur.³⁵ Bu tür gizleme caiz değildir ve satılan maldaki gizlemeyi fark ettikten sonra sözleşmeyi onaylama ya da feshetmekte serbest olan alıcının tercihinin bağlı olarak kontratı fasit hale getirir.³⁶ Ancak *hıyâru't-tedlîs* hakkı aldatmanın fark edildiği andan itibaren makul bir süre içerisinde kontrat mukavelesinin satıcı tarafından kasıtlı kandırma veya yalan beyan yoluyla elde edildiğini kanıtlanma becerisine bağlıdır.³⁷ Başka bir ifadeyle alıcı, diğer hususların yanı sıra, kendisinin *hıyâru't-tedlîs* hakkına sahip olmasına neden olan muameleyi ispat etmek durumundadır.

Hıyâru't-tedlîs doktrini ilk bakışta açık seçik gibi görünmesine rağmen doktrinin daha derin bir incelenmesi onun uygulamasının değişik İslâmî hukuk ekollerinin farklı yorumlarına tâbi olduğunu ortaya koymaktadır.³⁸ Şâfi'î'ye göre dolandırılan kişinin herhangi bir *ğabna* (kayıp veya zarar) maruz kalmadığına bakılmaksızın *tağrîr* olduğu sürece dolandırılan taraf *hıyâru't-tedlîs* hakkına sahiptir.³⁹ Ancak *Hanefî*'ye göre dolandırılan taraf sadece *ğabn-ı fâhiş* (aşırı kayıp veya zarar)⁴⁰ ile sonuçlanan *tağrîr* olduğunda ya da *tağrîr* ve 'ayb (sonradan ortaya çıkan kusur) olduğunda *hıyâru't-tedlîs* hakkına sahiptir.⁴¹ Sadece *ğabn-ı yesîr* (minimum kayıp veya zarar) olduğunda *Hanefî*lerin bazıları, iptal edilmesine değil sadece tazminat istemine izin verirler.⁴² Bu arada *Hanbelî*'ye göre *hı-*

yâru't-tedlîs hakkı sadece *ğabn-ı fâhiş* ile sonuçlanan *tağrîr* durumunda ve dolandırılan kimse tecrübeli bir alıcı olmadığı durumda ortaya çıkar.⁴³ *Hanbelî*'ye göre *ğabn-ı fâhiş*'ten zarar görmüş olabilmelerine rağmen tecrübeli alıcıların *hıyâru't-tedlîs* hakları yoktur. Yalnızca *ğabn-ı yesîr* olduğunda *Hanbelî* şayet *tağrîr-i fi'lî* (hileli fiil) olmuşsa *hıyâru't-tedlîs* hakkı verir.⁴⁴ *Hanbelî*'ye göre sadece *ğabn-ı yesîr*le sonuçlanan *tağrîr-i kavlî* (hileli ifade) *hıyâru't-tedlîs*e neden olmaz. *Mâlikî*'ye gelince *hıyâru't-tedlîs* hakkı alıcının, *beyü'l-emânet* veya *beyü'l-müstersil* çerçevesinde satıcının fiyatı açıklamasına güvendiği durumda ortaya çıkar. *Beyü'l-emânet* alıcının, satıcının orijinal satın alma fiyatını açıklamasına güvendiği bir satıştır. *Beyü'l-müstersil* ise alıcı ya da satıcının fiyat hakkında bilgisiz olan diğerine sır verdiği ve piyasa fiyatı üzerinden satın almak veya satmak için sorduğu bir satıştır.⁴⁵

Böylece *tağrîr* doktrininin köklü olduğu tahmin edilebilir ancak dolandırılan kişinin aşırı kayıp sebebini kanıtlamak zorunda olup-olmadığı konusunda ya da bir iptalle ilgili iddiasında sebebi hiçbir şekilde ispat etmek zorunda olup-olmadığı hususunda dört İslâmî fıkıh ekolü arasında ortak görüş olmadığı için *hıyâru't-tedlîs*'in uygulanmasıyla ilgili kurallar açık değildir. Bu müşkül durum dolandırıcılık unsurlarının/ilkelerinin uygulanmasının açık olmadığı ve mahkemeler tarafından çeşitli yorumlara açık olan ABD SEC Yasası 10b-5 çerçevesindeki duruma biraz benzer.⁴⁶ Buna göre içeriden öğrenenlerin ticareti İslâm'da dolandırıcılık ya da *tağrîr* kabul edilebilir ve işlemi feshetme kararını verecek olan dolandırılan kimse tarafından kanıtlanması gereken unsurlar, unsurların tam olarak uygulanması farklı İslâmî hukuk ekollerinin çeşitli yorumlarına bağlı olduğu için açık olmamasına rağmen önem derecesi ve sebep-sonuç ilişkisidir.

³⁵ Billâh, M.M. (2006), *Shari'ah Standard of Business Contract*, A.S. Noordeen, Kuala Lumpur, s. 125-9.

³⁶ Billâh, M.M. (2006), *age.*, s. 125-9.

³⁷ Coulson, N.J. (1984), *age.*, s. 65-126.

³⁸ İslâm'da dört Sünnî düşünce ekolü vardır yani *Malikî*, *Hanefî*, *Şâfi'î* ve *Hanbelî*. Temel kavram, ilke ve yöntemler üzerinde hemfikir olmakla birlikte onlar belli özel kurallar ve bunların uygulanması konusunda fikren ayrılırlar ancak onların farklı görüşlerinden hiçbirisi yanlış kabul edilemez.

³⁹ *Ğabn* hukukî olarak bir sözleşme mevzuunun değeri ile onun için ödenen bedel arasındaki bir dengesizlik demektir. Örneğin piyasa fiyatından daha yüksek veya daha düşük bir fiyat ödeme gibi. *Ğabn*, ilki aşırı dengesizlik ikincisi küçük dengesizlik anlamında *ğabn-ı fâhiş* ve *ğabn-ı yesîr* şeklinde ikiye ayrılabilir (Salâmeh, M. (1994), *Nazariyat El-Akid fi El-Fikh El-Islami min hilâl Akid El-Bey'*, Fas Diyanet İşleri Bakanlığı, s. 234, El-Rimâvî, L. içerisinde (2004), *age.*; Tâhâ, G. (1971), *El-Vecîz fe El-Nazariyat El-Ammah fe El-Tizam*, El-Kitab El-Awal: Masdar El-Eltizam, Bağdat, s. 202, El-Rimâvî, L. içerisinde (2004), *age.*).

⁴⁰ Comair-Obeid (1996); Bellefonds, *Traite*, I, s. 355, Rayner içerisinde (1991).

⁴¹ Salâmeh, M. (1994), *age.*, s. 234, El-Rimâvî, L. içerisinde (2004), *age.*

⁴² Sanhurî, *Masâdirü'l-Hakk*, Pt. 11, ss. 143-6, 160-89 ve Mahmasânî, *General Theory*, Pt. II, s. 426, El-Rimâvî içerisinde (2004).

⁴³ Salâmeh, M. (1994), *age.*, s. 234; El-Rimâvî, L. içerisinde (2004), *age.*

⁴⁴ Salâmeh, M. (1994), *age.*, s. 234; El-Rimâvî, L. içerisinde (2004), *age.*

⁴⁵ El-Rimâvî, L. (2004), *age.*

⁴⁶ Çözümlememiş bazı sorunlar vardır. Bunlar; doğru nokta kaybın meydana gelmesi mi yoksa işlemin meydana gelmesi mi; önem derecesi, güven ve ortak çıkarlarla sebep-sonuç ilişkisi; zararı doğuran sebep nasıl olmalı; öngörülebilir sorunlar ve müdahale nedeni; ve borsa işlemlerinde sebep-sonuç ilişkisi nasıl işler. Bu çözüm bekleyen sorunlar üzerinde daha fazla tartışma için (Rider, B.A.K. ve Ffrench, H.L. (1979), *age.*, s. 81-2).

İSLÂMÎ PERSPEKTİFTEN İÇERİDEN ÖĞRENENLERİN TİCARETİ VE SONRADAN ORTAYA ÇIKAN KUSUR KANUNU

Tartışmadaki konuyla alakalı bir diğer doktrin '*ayb-ı hafî*'dir. '*Ayb-ı hafî*':

[...] Kontratın amacı açısından önemli olan ve önemli ölçüde alıcıya karşı malın değerini düşüren, sözleşme sırasında malda var olan gizli bir kusur veya hata anlamına gelir. Bunlar normal ticarî kullanım ('*örf*') tarafından belirlenirler.⁴⁷

'*Ayb-ı hafî*' olması durumunda *hıyâru'l-'ayb* veya *hıyâru'n-nakîsât* hakkı yani kusur nedeniyle malı kabul ya da reddetme seçeneği verilir. Çünkü her malın satış sözleşmesinde o malın herhangi bir kusurdan arınmış olmasını ve onun satılabilir kaliteye sahip olmasını gerektiren zımnî bir şart vardır.⁴⁸ İslâm her satıcı üzerine malın, belirtilen kullanım amacı doğrultusunda⁴⁹ herhangi bir kusur, hata ya da uygunsuzluğunu tamamen ifşa etme görevi yüklemektedir. Nitekim Hz. Muhammed (sav)'den rivayet edilen bir hadiste bu durum şöyle belirtilmiştir:

[...] Bir Müslümanın kardeşine kusurlu bir malı satması, kusurunu kendisine açıklamadıkça helâl olmaz.⁵⁰

İslâm'da sadece satıcı tarafından bilinen herhangi bir kusur, alıcı tarafından sorulmamasına rağmen kendisine açıklanmalıdır.⁵¹ Ayrıca açıklama, kusuru dolaylı ya da genel olarak değil özel olarak belirtmelidir. Veyahut da alıcının hayalî kusurlar arasında gerçek kusurlu malı bulması konusunda yanlış fikir verecek şekilde hayalî kusurlar listesi arasında gerçek kusuru belirtme şeklinde de olmamalıdır.⁵²

⁴⁷ Coulson, N.J. (1984), *age.*, s. 65-126.

⁴⁸ Hamilton, C. (1985), *The Hedaya, Commentary on Islamic Laws*, c. 11, Kitab Bhavan, Yeni Delhi, s. 496; Comair-Obeid, N. (1996), *The Law of Business Contracts in the Arab Middle East*, Kluwer Law International, Londra, s. 80-107; Coulson, N.J. (1984), *age.*, s. 65-126; Rayner, S.E. (1991), *age.*, s. 204-31; Billâh, M.M. (2006), *age.*, s. 125-9.

⁴⁹ İngiliz hukukunun aksine sadece *uberrimae fidei* kontratlarında görev yüklenir.

⁵⁰ İbn Mâce ve İbn Hanbel tarafından Zayla't'de rivayet edilmiştir, *Tibyânu'l-Hakâik: Şerhu Kenzi'd-Dakâik*, (Bulaq, 1,313-15; Yeni baskı, Beyrut, n.d.), c. IV, s. 31; Sanhurî, *age.*, s. 183-4; İbn Nucaym, *el-Bahru'r-Ra'ik*, c. VI, s. 35; İbn Cüzeyy, *el-Kavânînu'l-Fikhiyye*, s. 263-4; ve Şâfi'î yazar Şirazi, *el-Mühhezzeb*, c. I, s. 283-4, Rayner içerisinde (1991).

⁵¹ Sorumluluğun müşteriye ait olması ve "sadece sessizlik dolandırıcılık değildir" şeklindeki genel hukuk kuralları bundan farklıdır.

⁵² Dardir, *el-Şerhu's-Sağîr, el-Sâvi'nin kenarında*, c. II, s. 53-4, Rayner içerisinde (1991).

'*Ayb-ı hafî*' olması durumunda alıcının *hıyâru'l-'ayb* kullanma hakkı, sözleşmenin yapılmasından önce veya sözleşme sırasında alıcının sonradan ortaya çıkan kusurun farkında olmaması; alıcının kusuru, malı teslim aldıktan sonra fark etmesi; ve kusurun malın kalitesinin sözleşmede belirtilenin aksini göstermesi koşullarına dayanır.⁵³ '*Ayb-ı hafî*' dolandırıcılık ile birleştirildiğinde satıcı *tağrîr bi'l-'ayb* suçu işlemiştir.⁵⁴ Kasıtlı olarak maldaki bir kusuru gizleme dolandırıcılıktır ve böyle bir gizleme *Hanefî*'ye göre *haramdır*; *Malikî*'ye göre o *tedlîsî* oluşturur; ve *Şafî*' ile *Hanbelî*'ye göre o *ğuşş* (aldatma)'dır.⁵⁵ Dört İslâm hukuk ekolünün hepsi böyle bir satış hususunda *hıyâru't-tedlîs* hakkının alıcının lehine tesis edileceğini ittifakla kabul ederler.⁵⁶ Buna göre şu sonuca varılabilir; satılan malda sonradan ortaya çıkan bir kusur olması durumunda alıcı *hıyâru'l-'ayb* hakkına sahiptir ve sonradan ortaya çıkan kusur satıcı taraf üzerinde dolandırıcılık ile birleştirilmesi durumunda alıcı *hıyâru'l-'ayb* ilaveten *hıyâru't-tedlîs* hakkına sahiptir.⁵⁷

Ancak '*ayb-ı hafî*' doktrininin tatbiki malın satış sözleşmeleriyle sınırlı değildir. Doktrin aynı şekilde kiralama sözleşmeleri, hizmet sözleşmeleri ve gayrimenkul satış sözleşmeleri gibi diğer sözleşmeler için de geçerlidir/uygulanır. Kiralama ya da hizmet sözleşmelerinde '*ayb-ı hafî*' doktrini kiralanmış mülk ya da hizmetin sözleşmelerin önerilen amacı için uygun olması gereken zımnî bir şart olması dolayısıyla uygulanır.⁵⁸ Öte yandan gayrimenkul satış sözleşmelerinde bir kiralamanın mevcudiyeti gibi mülkiyet üzerinde yapılan her türlü haklar ve ipoteklerin satıcı tarafından alıcıya açıklanması gerekir.⁵⁹ Haklar ve ipoteklerin gizlenmesi yani satış objesinin avantajlarını elde etmek satışın mutlak amacına müdahaledir ve bu tür gizleme bir kusurun gizlenmesi dolayısıyla "pazarlığın sona ermesine tesir etme kadar önemli kabul edilir.⁶⁰ Aynı

⁵³ Billâh, M.M. (2006), *age.*, s. 129; Comair-Obeid, N. (1996), *age.*, s. 83.

⁵⁴ Rayner, S.E. (1991), *age.*, s. 204-31; Sanhurî, *age.*, s. 157, Rayner içerisinde (1991).

⁵⁵ Rayner, S.E. (1991), *age.*, s. 204-31.

⁵⁶ Rayner, S.E. (1991), *age.*, s. 204-31.

⁵⁷ *Hıyâru'l-'ayb*ta gizlemenin kasıtlı veya yanlışlıkla, bilerek veya ihmâl yoluyla olup-olmadığı önemli değildir. (Sanhurî, *age.*, s. 185, Rayner içerisinde (1991) ve Coulson, N.J. (1984), *age.*, s. 65-126).

⁵⁸ Hamilton, C. (1985), *age.*, s. 496; Coulson, N.J. (1984), *age.*, s. 65-126; Rayner, S.E. (1991), *age.*, s. 204-31; Billâh, M.M. (2006), *age.*, s. 125-9.

⁵⁹ Rayner, S.E. (1991), *age.*, s. 204-31.

⁶⁰ Sanhurî, *age.*, s. 186, Rayner içerisinde (1991).

şekilde 'ayb-ı hafî doktrininin, işlem hakkında sadece tek tarafın hisse senetlerine dair önemli ölçüde olumsuz gizli bilgiden haberdar olduğu hisse senetlerinin alım-satımına da uygulanabileceği öne sürülebilir. Birey tarafından sahip olunan böyle bir bilgi malın bir satıcısı tarafından özel olarak elde edilen sonradan ortaya çıkan bir kusur hakkındaki bilgiye benzer. Eğer satıcı malın satışında sonradan ortaya çıkan kusuru ifşa etme yükümlülüğü altında bu durumda önemli olumsuz gizli bilgiyi ifşa etmek zorunda olacağı için hisse senetleri işleminde bireye açıklama yapmak zorundadır. 'Ayb-ı hafî doktrini ilk formüle edildiğinde "hisse senetleri" öngörülen bir unsur olmamasına rağmen o hisse senedi alım-satımının doktrinin kapsamına giremeyeceğinin kesinlikle bir göstergesi değildir. Bir çok İslâmî prensip ve uygulama çeşitli İslâmî geleneksel hukukî metotlar kullanılarak sınırsız sayıda durumu kapsayacak şekilde Kur'ân ve Sünnet'teki emirlerden çıkartılabilir. Buna 'ayb-ı hafî doktrini ve uygulaması dahildir. 'Ayb-ı hafî doktrini uygulandığında içeriden öğrenen kimse, hisse senetleri işleminde içeriden öğrenilen önemli bir bilgiyi ifşa etme sorumluluğu altındadır ve onun böyle yapmayı ihmal etmesi diğer işlem yapan tarafa *hıyârü'l- 'ayb* ve *hıyârü't- tedlîs* hakkı verir. Açıklama konusuyla ilgili soru şudur; eğer açıklama kendisine zarar verecekse, örneğin zamanından önce açıklama yapma birey üzerinde mesuliyetin zorla kabul ettirilmesine temel teşkil etmesi durumunda açıklama yapmanın bir görev olup-olmamasıdır. Bu soruyu cevaplamadan önce İslâm'ın, her koşulda her zaman dürüst ve doğru olması gereken ve inancını her türlü dünyevî kazancın üstünde tutması gereken Müslüman tarafın son derece dürüst olmasını vurguladığına dikkat edilmelidir.⁶¹ Bu nedenle açıklamanın kendine zarar verecek olması ve gizlemenin diğer sözleşme yapan tarafın zarara uğramasına yol açacak olmasından dolayı açıklama ve gizleme arasında bir çatışma söz konusu olması durumunda bir Müslümanın diğer tarafın çıkarını kendi kişisel çıkarının üstünde tutması gerekir. Bu ilk Müslümanların uygulamalarında en güzel şekilde örneklenir. Nitekim onlar

sattıkları mallar konusunda doğruyu söyleme ve kusurlarını açıkça belirtme uygulamalarını kesinlikle gözlemlemişlerdir. İbn Sîrîn bir alıcıya satmakta olduğu koyunun yemini teptiğini söylemiştir.⁶² Öte yandan Hasan İbn Sâlih bir alıcıya sattığı köle kızın kan tükürdüğünü söylemiştir. Halbuki o kız bunu sadece bir defa yapmıştı fakat Hasan'ın Müslüman ahlakı köle kız için daha düşük bir ücret alma riski ortaya çıkaracağını bilmesine rağmen kendisini gerçeği söylemeye sevk etmiştir.⁶³ Zamanından önce açıklama üçüncü bir tarafa örneğin malumatın ilgili olduğu firmaya zararlı ya da kamu yatırımına zarar verici olduğu durumlarda birey gizlemenin diğer sözleşme yapan tarafa zararı ile önceden açıklamanın üçüncü tarafa zararı arasında ölçüp tartmalı ve daha az zararlı olanı seçmelidir. Bu durum İslâm hukukunun "şiddetli zarar daha hafif bir zarar ile defedilir" (*ed- dararu'l- eşeddü yuzâlû bi darari'l- aheffî*) ya da "iki zarardan daha hafif olanı seçme" (*ahaffu'd- darareyn*) şeklindeki ilkelerine dayanır.⁶⁴ Bununla birlikte, zamanından önce açıklamanın üçüncü tarafa ve gizlemenin diğer sözleşme yapan tarafa zararlı olacağı içeriden öğrenenlerin ticaretinde İslâm, içeriden öğrenen kimsenin gerekli bilgiyi ifşa etmekten ve aynı zamanda işlem yapmaktan sakınmasını emreder.

SONUÇ

ABD'de bir hisse alımı ya da satışıyla ilgili olarak gerekli bilgilerin ifşa edilmemesi dolandırıcılıktır. İngiltere'de bilgileri ifşa etmeyi ihmal etme Dolandırıcılık Yasası 2006 kapsamında yasal dolandırıcılık kabilinden ceza gerektiren bir suça eş değer olabilir. Hâlbuki sadece ifşa etmeme genel hukuk çerçevesinde dolandırıcılık değildir. Güney Afrika'da hisse senedi işlemlerinde gerekli bilginin ifşa edilmemesi malların satışında sonradan ortaya çıkan kusurun ifşa edilmemesine benzer, dolayısıyla işlemin tıpkı yasaklanmış bir muamele olan içeriden öğrenenlerin ticareti gibi olmasına neden olur. Çağdaş kanunlardaki dolandırıcılık kavramı,

⁶² El- Kardâvî, Y. (2003), *age.*, s. 239-40.

⁶³ El- Kardâvî, Y. (2003), *age.*, s. 239-40.

⁶⁴ Es- Suyûtî (2003), *El-Eşbâh ve'n-Nezâir Fî Kavâid Ve Furûi Fikhi's- Şafîi, Mektebetü'l- Asriyye, Beyrut. Dusuki, A.W. içerisinde* (2007), "Commodity Murabahah programme (CMP): an innovative approach to liquidity management", *Journal of Islamic Economics, Banking and Finance*, c. 3, No. 1.

⁶¹ Örneğin Kur'ân'daki Ahzab suresi (33), 70. ayetin mealine bakınız: "Ey iman edenler! Allah'a karşı gelmekten sakının, O'ndan korkun ve (her zaman) doğru söz söyleyin". (El- Kardâvî, Y. (2003), *age.*, s. 239-40).

çağdaş kanunlar çerçevesinde yer alandan çok daha geniş durumları kapsamına rağmen benzerini İslâmî *tağrîr* doktrininde bulur. *Tağrîr* içeriden öğrenenlerin ticaretini de kapsar. Çünkü sadece gerekli bilgilerin ihmali de *tağrîr*'in tanımına dahil olacaktır. Bu ABD SEC Yasası 10b-5 ve İngiltere Dolandırıcılık Yasası 2006 kapsamındaki duruma benzer fakat sadece suskun kalmanın yasal dolandırıcılık anlamına gelmediği genel hukuk dolandırıcılığına benzemez.

Tağrîr çerçevesinde içeriden öğrenenlerin ticaretinde dolandırılan tarafa, unsurlarının tam uygulanması değişik İslâmî hukuk ekollerinin farklı yorumlarına bağlı olmasına rağmen önem derecesini ve sebep-sonuç ilişkisini ispat edebilmesi şartıyla kontratı onaylama ya da feshetme (*hıyâru't-tedlîs*) hakkı verilir. Bu nedenle *tağrîr*e benzeyen içeriden öğrenenlerin ticareti ile ABD SEC Yasası 10b-5 çerçevesindeki dolandırıcılık benzeri içeri-

den öğrenenlerin ticareti arasında bazı benzerlikler olduğu zannedilebilir. Her iki durumda önem derecesi ve sebep-sonuç ilişkisinin unsurları, özel durumun spesifik koşullarına göre uyarlanmaları gerektiğinden dolayı unsurlarının uygulanmasının gerçek kapsamı kesin olmamakla birlikte ispat edilebilir. Bundan başka içeriden öğrenenlerin ticaretinde dolandırılan kimse sonradan ortaya çıkan bir kusur ('*ayb-ı hafî ve hıyâru'l-'ayb*) olması halinde, tıpkı Güney Afrika'daki *Pretorius & Anor. v Natal South Sea Investment Trust Ltd*⁶⁵ davasında verilen hükme benzer şekilde işlemi feshetmeyi de tercih edebilir. Son olarak ilginç olan şey İslâm'da bir kimsenin, açıklama kendisine zararlı olsa bile gerekli malumatı diğerine ifşa etme yükümlülüğünün olmasıdır. Çünkü İslâm'da başkasının çıkarı kişinin kendi çıkarından önce gelir.

⁶⁵ 1965 (3) SA 410 (W).

KAYNAKÇA

- El- Kardâvî, Y. (2003), *The Lawful and the Prohibited in Islam*, El-Birr Vakfı, Londra, s. 239-40.
- El- Rimâvî, L. (2004), "Legal aspects of Arab securities regulation with particular reference to disclosure as a tool of investor protection when offering/listing shares in Jordan", Doktora tezi, LSE, Londra.
- Es- Suyûtî (2003), *El-Eşbâh ve'n-Nezâir Fî Kavâid Ve Furûi Fikhi's- Şafîi, Mektebetu'l- Asriyye*, Beyrut.
- Billâh, M.M. (2006), *Shari'ah Standard of Business Contract*, A.S. Noordeen, Kuala Lumpur, s. 125-9.
- Comair-Obeid, N. (1996), *The Law of Business Contracts in the Arab Middle East*, Kluwer Law International, Londra, s. 80-107.
- Coulson, N.J. (1984), *Commercial Law in the Gulf States: The Islamic Legal Tradition*, Graham & Trotman, Londra, s. 65-126.
- Dusuki, A.W. (2007), "Commodity Murabahah programme (CMP): an innovative approach to liquidity management", *Journal of Islamic Economics, Banking and Finance*, c. 3, No. 1.
- Hamilton, C. (1985), *The Hedaya, Commentary on Islamic Laws*, c. 11, Kitab Bhavan, Yeni Delhi, s. 496.
- Jabbar, S.F.A. (2010), "Financial crimes: prohibition in Islam and prevention by the Shari'a Supervisory Board of Islamic financial institutions", *Journal of Financial Crime*, c. 17, No. 3, s. 287.
- Rayner, S.E. (1991), *The Theory of Contracts in Islamic Law: A Comparative Analysis with Particular Reference to the Modern Legislation in Kuwait, Bahrain and the United Arab Emirates*, 1. bs., Graham & Trotman, Londra, s. 204-31.
- Rider, B.A.K. (1977), "The regulation of insider trading in the Republic of South Africa", *South African Law Journal*, c. 94, s. 437.
- Rider, B.A.K. ve Ffrench, H.L. (1979), *The Regulation of Insider Trading*, Macmillan, Londra, s. 81-2.
- Salâmeş, M. (1994), *Nazariat El-Akid fi El-Fikh El-Islami min hilâl Akid El-Bey'*, Fas Diyanet İşleri Bakanlığı, s. 234.
- Tâhâ, G. (1971), *El-Vecîz fe El-Nazariat El-Ammah fe El-Tizam*, El-Kitab El-Awal: Masadar El-Eltizam, Bağdat, s. 202.
- Zerkâ, A. (1967-1968), *El-Fikhu'l- İslâmî fî Şevbihi'l-Cedîd: El-Cüzû'l- Evvel: El-Medhal El-Fikhi El-Eam*, 9. bs., Şam, s. 374.