

53510

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

İSLAM HUKUKUNDA
BORÇLARIN İFASI
(DOKTORA TEZİ)

BİLAL AYBAKAN

53510

DANIŞMAN
PROF. DR. İBRAHİM KÂFİ DÖNMEZ

T.C. YÖKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

İSTANBUL 1996

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	3
ÖNSÖZ.....	9
KISALTMALAR.....	11

GİRİŞ BORÇ VE İFA KAVRAMLARINA GENEL BAKIŞ

I. BORÇ KAVRAMINA GENEL BAKIŞ	13
A. GENEL OLARAK	13
B. BORÇ KAVRAMI	13
1. Batı hukuk literatüründe	13
a. Borç ilişkisi anlamında borç	14
b. Dar anlamda borç	17
c. En dar anlamda borç	18
2. İslam hukuk literatüründe	18
a. İltizam	18
b. Damân	19
c. Vâcib	19
d. Hukuku'l-akd	20
e. Ayn ve deyn	20
C. BÖRCÜN UNSURLARI	26
1. Alacaklı	26
2. Borçlu	27
3. Edim	27
D. BÖRCÜN KAYNAKLARI	28
II. İFA KAVRAMINA GENEL BAKIŞ.....	31
A. İFA KAVRAMI.....	31

1. Sözlük anlamı	31
2. Terim anlamı	32
B. İFANIN MAHİYETİ VE İLGİLİ TEORİLER	38
1. İfanın mahiyeti	38
2. İlgili teoriler	38
a. Genel akit teorisi	38
b. Sınırlı akit teorisi	38
c. Maddi fiil teorisi	39
C. İFANIN SONUÇLARI.....	41

BİRİNCİ BÖLÜM İFANIN KONUSU

I. KAVRAM VE EDİME UYGUN İFA PRENSİBİ.....	44
A. KAVRAM	44
B. EDİME UYGUN İFA PRENSİBİ.....	44
II. EDİMİN NEVİLERİNE GÖRE PRENSİBİN UYGULANIŞI.....	44
A. PARÇA BORÇLARINDA.....	44
1. Kavram	44
2. Parça borçlarının ifası	46
B. CİNS BORÇLARINDA	58
1. Kavram	58
2. Cins borçlarının ifası	60
C. PARA BORÇLARINDA.....	69
1. Kavram	69
2. Paranın diğer cins borçlarından farkları	71
3. Memleket parası ile ifa	73
4. Yabancı memleket parası ile ifa	75
5. Para değerindeki değişmelerin etkisini önleyici kayıtlar.....	75
a. Altın değeri kaydı	76
b. Döviz değeri kaydı	76
c. Eşya değeri kaydı	77
6. Para borçlarında mahsup.....	77
D. SEÇİMLİK BORÇLARDA.....	78
1. Kavram	78
2. Seçim işlemi	80
a. Seçim yetkisi	81

b. Seçimin yapılması ve mahiyeti	81
3. Seçimlik borçların ifası	82
E. BÖLÜNEMEYEN VE BÖLÜNEBİLEN BORÇLARDA	85
1. Kavram	85
2. Bölünemeyen edimlerin ifası	86
3. Bölünebilen edimler ve kısmî ifa	86
a. Kural	86
b. Kuralın istisnaları	89
aa. Alacağı bir kısmı üzerinde uyuşmazlık varsa	89
bb. Objektif iyiniyet kurallarının gerekli kıldığı hallerde	89
cc. Tarafların akden kısmî ifayı kararlaştırmış olmasında	90
dd. İcraî takiplerde ve kambiyo hukukunda	90
III. KURALIN İSTİSNALARI	90
A. İFA YERİNE EDİM	91
1. Kavram	91
2. Hukukî cevazı ve uygulanma şartları	91
3. Hukukî niteliği	100
4. Hükümleri	101
5. İfa yerine edimde muhtemel problemlerin çözümü	102
B. İFA UĞRUNA EDİM	103
1. Kavram	103
2. Hukukî niteliği	104
3. Hükümleri	105

İKİNCİ BÖLÜM İFANIN TARAFLARI

I. İFADA BULUNACAK TARAF	109
A. BİZZAT BORÇLU TARAFINDAN İFA	109
B. ÜÇÜNCÜ ŞAHSİN İFASI	115
1. Üçüncü şahsın, borçlunun izniyle ifada bulunması	116
a. Borçlunun, üçüncü şahsın ifasına açıkça izin vermesi	116
b. Borçlunun, üçüncü şahsın ifasına zımnen izin vermesi	117
2. Üçüncü şahsın, borçlunun izni olmadan ifada bulunması	119
a. Borçlunun üçüncü şahsın ifasına sonradan muvafakat etmesi	120
b. Borçlunun üçüncü şahsın ifasına muvafakat etmemesi	120
C. ÜÇÜNCÜ ŞAHSİN İFASININ SONUÇLARI	120

1. Üçüncü şahsın, borçludan izin almış olması.....	120
2. Üçüncü şahsın, borçludan izin almamış olması	124
II. İFA YAPILACAK TARAF	126
A. GENEL OLARAK.....	126
B. BİZZAT ALACAKLIYA İFA.....	126
C. ÜÇÜNCÜ ŞAHSA İFA.....	127
1. Alacaklının rızası ile üçüncü şahsa ifa	128
2. Alacaklıya rağmen üçüncü şahsa ifa	130

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM İFA YERİ İFA ZAMANI VE İFA SIRASI

I. İFA YERİ.....	133
A. KAVRAM	133
B. İFA YERİNİN ÖNEMİ.....	133
C. İFA YERİNİN TAYİNİ.....	136
1. Edimin zorunlu olarak tek yerde ifaya elverişli olması	136
2. Edimin birden fazla yerde ifaya elverişli olması	136
a. Taraflar ifa yerini tayin etmiş olması.....	136
aa. Açık olarak	137
bb. Dolaylı olarak	137
b. İfa yerinin sözleşmede belirtilmesi gereği.....	137
c. Taraflar ifa yerini tayin etmemiş olması	141
aa. Parça borçlarında ifa yeri	142
bb. Cins borçlarında ifa yeri	144
cc. Para borçlarında ifa yeri	145
II. İFA ZAMANI.....	146
A. KAVRAM	146
B. İFA ZAMANININ TAYİNİ.....	148
1. Borcun muaccel olması	149
2. Borcun müeccel olması	150
a. Vadenin akitle tayini	151
b. Vadenin örf ve âdetle tayini.....	154
c. Vadenin işin mahiyetine göre tayini	154
C. TECİL.....	158
1. Kavram	158

2. Şartları	158
a. Edim tecile elverişli olmalı	158
b. Tecil nedeniyle edim artırımına gidilmemeli	160
c. Tecille kararlaştırılan vade malum olmalı	160
3. Hukukî niteliği	161
3. Hükümleri	161
a. Borç müeccel olur	161
b. Hapis hakkı son bulur	162
D. SÜRELERİN HESAPLANMASI.....	162
1. Vadenin gün ile tayin edilmiş olması halinde.....	162
2. Vadenin hafta ile tayin edilmiş olması halinde.....	163
3. Vadenin ay ile tayin edilmiş olması halinde.....	163
4. Vadenin yıl ile tayin edilmiş olması halinde	163
E. SÜRELERİN BAŞLANGIÇ VE BİTİŞ TARİHLERİ.....	164
F. VADENİN HÜKÜMLERİ	166
1. Vadenin gelmesinden önce	166
a. Alacaklı henüz vadesi gelmeyen borcun ifasını isteyemez.	166
b. Vadesi gelmeyen borcun ifa edilebilme imkanı.....	166
2. Vadenin gelmesinden sonra	169
III. KARŞILIKLI EDİMLERDE İFA SIRASI.....	170
A. KARŞILIKLI EDİMLERİ İÇEREN AKİTLER	170
B. KARŞILIKLI EDİMLERDE İFA SIRASI	174
1. Aynı zamanda ifa	175
a. Aynı zamanda ifanın kaynağı.....	175
aa. Akit	175
bb. İşin mahiyeti.....	175
b. Borcun ifa edilmediği defi	177
aa. Kavram	177
bb. Hukukî niteliği	179
2. Önce ifa borcu.....	180
a. Önce ifa borcunun kaynağı	182
aa. Akit	183
bb. İşin mahiyeti.....	183
b. Önce ifa borcunu ortadan kaldıran haller	184
aa. Karşı tarafın ifada bulunmayacağını açıkça belirtmesi	184
bb. Karşı tarafın aciz haline düşmesi.....	185

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
İFANIN İSBATI VE
ALACAKLININ TEMERRÜDÜ

I. İFANIN İSBATI	189
A. GENEL OLARAK	189
B. İFADA İSBAT YÜKÜ	191
C. İSBAT HUSUSUNDA BORÇLUYA TANINAN HAKLAR	193
1. Makbuz isteme hakkı	194
a. Makbuz kavramı	194
b. Makbuzun hükümleri	195
2. Senedin iadesini isteme hakkı	196
3. Senedin iptalini isteme hakkı	196
II. ALACAKLININ TEMERRÜDÜ	197
A. KAVRAM	197
B. TEMERRÜDÜN ŞARTLARI	198
1. Borç gereği gibi teklif edilmiş olmalıdır.....	198
a. Teklif edilecek borç mevcut olmalı	198
b. İfa teklif edilmiş olmalı	199
c. Teklif edilen ifa gereği gibi olmalı	200
2. Alacaklı sunulan edimi haksız olarak kabulden kaçınmış olmalı	202
a. Alacaklı kabulden kaçınmış olmalı.....	202
b. Alacaklının kabulden kaçınması haksız olmalı	203
C. TEMERRÜDÜN İSBATI	204
D. TEMERRÜDÜN SONUÇLARI	204
1. Borçlunun sorumluluğunun hafiflemesi	204
a. Hasarın alacaklıya geçmesi	204
b. Kötüniyetli zilyedin iade yükümünün hafiflemesi	205
c. Borçlunun temerrütten kurtulması	206
d. Mütemerrit alacaklının ödemezlik def'i ileri sürememesi.....	207
2. Borçlunun sorumluluktan kurtulması	207
a. Tevdi	207
aa. Şeyin aynen tevdi.....	208
bb. Şeyin satılarak bedelinin tevdi	209
b. Akdin feshi	209
SONUÇ	212
BİBLİYOGRAFYA	218

ÖNSÖZ

Onbeş asırlık bir geçmişle geniş bir coğrafyada gelişmiş olan İslam hukuku, kazuistik yöntemin hakim olduğu kabarık bir literatüre sahiptir. Bu literatüre ait temel kavramların tesbiti ve bunlar arasındaki mantıksal örgünün ortaya çıkarılması ilgili malzemeye nüfuz edilmesini kolaylaştıracağı gibi İslam hukukunun sağlıklı bir biçimde anlaşılmasına ve tanıtılmasına da hizmet edecektir. Klâsik fıkıh içinde kavram hukukçuluğunun ve doktriner tartışmaların yoğunluk kazandığı borçlar hukuku belirtilen maksada en uygun alanı teşkil etmektedir.

Özel hukukun temel kavramlarından irade ile borçlar hukuku alanındaki sözleşme özgürlüğü arasında çok sıkı bir bağ vardır. Sözleşme özgürlüğü gereği taraflar, oluşturacakları borç ilişkisinin muhtevasını, kural olarak, istedikleri gibi kararlaştırabilirler. Ancak sıra, kurulan borç ilişkisinde yer alan borç veya borçların ifa edilmesine geldiğinde anlaşmazlıklar başgöstermektedir. İfa aşamasında çok sayıda anlaşmazlığın ortaya çıkması hukuk sistemlerini bu konuda birtakım hükümler koymaya yöneltmiştir.

İslam hukukunda ifa kavramına açıklık getirmek, ifayı düzenleyen hükümleri incelemek ve ona ait ifa teorisini belirlemek amacıyla yapılan bu çalışma, pratik nedenlerle, kıta avrupası pozitif hukuk biliminin sistematiği içinde sunulmuştur. Fıkıhın borçlar hukuku ile ilgili konuları, daha çok, özel borç ilişkileri tarzında işlendiği için ifa ile ilgili meseleler fıkıhın geniş bir alanına yayılmıştır. İnceleme alanının genişliği nedeniyle meşhur dört mezhebin fıkıh literatürü içinde muteber belli başlı eserleri esas alınmıştır. Teorik tartışmaların bey' akdinde yoğunlaşması nedeniyle örnekler çoğunlukla oradan verilmiştir. Bu arada modern hukuk eserleri vasıtasıyla İsviçre, Alman ve Fransız hukuklarının konuyla ilgili yaklaşımları da belirlenmeye çalışılmış ve İslam hukuku ile kıta avrupası hukukun kesiştikleri ve ayrıldıkları noktalar ve bunların nedenleri üzerinde durulmuştur.

Bu alana ait malzemenin yeterince işlenmemiş ve ayıklanmamış olması, araştırmacıyı, fakihlerin her bir konu ile ilgili görüşleri üzerinde yoğunlaşmaya ve bu görüşlerin sağlıklı bir biçimde tesbitine öncelik vermeye yöneltmektedir. İslam hukuku alanında bazı teorileri ortaya koymaya yönelik çalışmaların uzun bir maziye sahip olmaması da bu yönde yapılan incelemeleri birtakım zorluklarla karşı karşıya bırakmakta ve mücavir konulara da özel bir emek verilmesini gerektirmektedir.

Çalışmamızı bir giriş ve dört esas bölüme ayırdık. Borç ve ifa kavramlarına Batı hukuku ve İslam hukuku açısından genel bir bakış yapmanın yararlı olacağı düşüncesiyle giriş kısmını bu iki kavrama ayırdık. İlk üç bölümü ifanın tarzına, bir başka ifadeyle ifanın unsurlarına ayırdık. Birinci bölümde ifanın konusunu işledik. İfa edilecek şeyin ne olduğunu, bunun değiştirilme imkanının olup olmadığını ve şartlarını inceledik. Bu arada çeşitli borç nevelerine göre ifanın nasıl gerçekleşeceği hakkında geniş açıklamalar yaptık. İfanın taraflarına ayırdığımız ikinci bölümde, ifa yapacak tarafı, hangi edimlerin mutlaka borçlu tarafından ifa edilmesi gerektiğini ve hangilerinin de üçüncü bir şahıs tarafından ifa edilebileceğini belirlemeye çalıştık. Ayrıca ifa yapılacak tarafı incelediğimiz bu bölümde borçluyu sorumluluktan kurtaracak ifanın kime yapılması gerektiğini, hangi durumlarda ifanın üçüncü bir kişiye yapılabileceğini açıkladık. Üçüncü bölümde ise ifanın yerini, zamanını ve karşılıklı edimlerde ifa sırasını inceledik. Dördüncü ve son bölümde ifanın isbatı ve alacaklının temerrüdü konularını işledik. İfada isbat yükünün kime ait olduğunu, isbatla yükümlü olan tarafın ne tür haklara sahip olduğunu belirlemeye çalıştık. İfa ile olan yakın münasebeti nedeniyle alacaklının temerrüdünü, bu temerrüdün oluşma şartları ve buna bağlanan hukuki sonuçları da burada işlemeyi uygun bulduk.

Çalışmalarım süresince yakın ilgi ve alakasını gördüğüm muhterem hocam ve danışmanım Prof. Dr. İbrahim Kâfi DÖNMEZ beye en içten saygı ve şükranlarımı sunmayı ifası gereken bir borç bilirim. Bu arada engin ilim ve irfanıyla yetişmeme vesile olan diğer bütün hocalarıma minnettar olduğumu belirtir, onlara, en samimi duygularla saygı ve teşekkürlerimi sunarım.

Bilâl AYBAKAN

KISALTMALAR

AMK	Alman Medeni Kanunu
b.	baskı, basım
b.	ibn
BK.	Türk Borçlar Kanunu
bkz.	bakınız
bt.	basım tarihi
by.	basım yeri
c.	cilt
çev.	çeviren
DİA	Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
EI.	The Encyclopaedia of Islam, New Edition.
FMK	Fransız Medeni Kanunu
frk.	Fark
h.	hicri
İBK	İsviçre Borçlar Kanunu
İİK	Türk İcra ve İflas Kanunu
Inst.	Institutiones (Iustinianus)
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMHE	İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü
md.	madde
MHAD	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MMK	Mısır Medeni Kanunu
s.	sayfa
sy.	sayı
TDK.	Türk Dil Kurumu
thk.	tahkik eden
y.	yok
yl.	yıl
v.	vefât



GİRİŞ

BORÇ VE İFA
KAVRAMLARINA GENEL BAKIŞ

I. BORÇ KAVRAMINA GENEL BAKIŞ

A. GENEL OLARAK

İslam hukukunda borçların ifasını incelerken borç ve ifa kavramlarına İslam hukuku ve Batı hukuku açısından genel bir bakış yapmanın yararlı olacağını düşünüyoruz.

B. BORÇ KAVRAMI

1. Batı hukuk literatüründe

Dilimizde borç sözcüğü, hakiki anlamıyla kullanıldığında, ödenmesi gerekli para ya da başka bir şey; mecaz olarak kullanıldığında ise, birine karşı bir şeyi yerine getirmek gerekliliği, yükümlülük, vecibe anlamlarına gelir.¹ Mecazi kullanımında borç sözcüğü için verilen gereklilik, yükümlülük ve vecibe şeklindeki manalar, mutlak ifadeler olduğu için, sadece hukukî gereklilik, yükümlülük veya vecibeyi değil, aynı zamanda ahlakî ve dinî nitelikte olanları da içermiş olur. Kaldı ki, bu ifadeler, "hukuki" diye takyid edilse bile, sadece teknik anlamdaki borç kavramına indirgenmiş olmaz. Çünkü hukukî yükümlülük, borcun da içinde yer aldığı daha geniş bir kavramdır. Bir başka ifadeyle borç, hukuki yükümlülüğün özel bir türünü teşkil eder.

Batı kanunlarının çoğunda olduğu gibi² Türk BK.unda da borcun tanımı yapılmış değildir.³ Sadece Alman MK.nun 241. paragrafında borç kavramı hakkında bir hüküm yer almaktadır.⁴ Bir de Fransız MK.nda, akdin tanımının yapıldığı 1101. maddesinde akdin konusu olarak belirtildiği kadarıyla borç kavramına değinilmektedir.⁵

¹ TDK., *Türkçe Sözlük*.

² Mahmesânî, *Mûcebât*, I, 27.

³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku*, 6; Eren, *Borçlar Hukuku*, I, 25; Rado, "Alım Satım Bahsinde Roma Hukuku Prensiplerinin Hukukumuzda Tesiri", Gönensay'a Armağan, 498.

⁴ İlgili hüküm: "Borç ilişkisi gereğince alacaklı, borçludan bir edimi istemek hakkına sahiptir". Tekinay/ Akman /Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku*, 6-7; *Alman Kanunu Medenisi Tercümesi*, § 241, 57-58.

⁵ Söz konusu maddeye göre akit, bir veya daha fazla şahsı, bir veya daha fazla şahsa karşı bir şey vermek, bir iş görmek veya bir işten kaçınmakla yükümlü kılan bir anlaşmadır. FMK'nun borç için müstakil bir tanım vermemesini eleştiren Senhurî, bunu, kanunun bu teoriyi ele alış tarzının

Türk BK.nunda yer alan borç sözcüğü, tanımını kanunda verilmiş olmamakla birlikte, doktrinde yer alan açıklamalara göre, gitgide daralan üç anlamda kullanılmıştır.⁶ Bunlardan birincisi, borç ilişkisi anlamında olmak üzere, alacaklı ve borçlu arasındaki hukukî bağı ifade eder.⁷ İkincisi, borç ilişkisinin taraflarından yalnız birisinin diğerine karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu şeyi belirtir. Üçüncüsü ise yerine getirilmesi gereken bir tek veya bir tür edimi ifade eder.⁸

a. Borç ilişkisi anlamında borç

Borç ilişkisi borçlar hukukunun temel kavramıdır. İsviçre hukuku vasıtasıyla bize intikal eden bu kavramın menşei, Roma hukukundaki *obligatio* mefhumuna dayanır.⁹ Latince sözlük anlamı bağ olan *obligatio* sözcüğü, bağlamak anlamına gelen *ob-ligare* fiilinden türemiştir.¹⁰ Romalılar bu mefhumu, *kişiyi, kanun gereği bir şeyi başkasına ifa etmeğe mecbur bırakan bir hukukî bağ* olarak tanımlamışlardır.¹¹ Sadece verme borçlarını ihtiva ettiği için, bu tanım, eksik görülmüştür.¹² Fakat zaman içinde yapılan yeni tanımlarla geliştirilen bu kavram, yapma ve yapmama borçlarını da içine alacak şekilde kapsam genişlemesine uğramıştır.

eksikliğine yormakta; borç ve akit teorilerini bir yerde toplamakla kanunun onları birbirine karıştırdığını belirtmektedir. Borcun en önemli kaynağının akit olması nedeniyle, bunun, Fransız yasama yöntemini haklı gösterebilecek pratik sebepleri olabileceğini, bundan dolayı da iki şeyin karıştırılmasının pratik anlayışa uygun düşebileceğini, ancak bilimsel yöntemin borç ile akdi birbirinden ayırmayı gerektirdiğini belirten Senhurî, bunların birbirinden ayrılmasının bir şey ile kaynağının ayrılması mesabesinde olduğunu ifade etmektedir (Senhurî, *Nazariyyetü'l-Akd*, 11-12). Yeni kanunlar (AMK., İBK. ve Fransız-İtalyan Kanun Projesi gibi), Fransız yasa koyucusunun düştüğü hatadan sakınarak borç ve akit teorilerini birbirinden ayırmışlardır. Gerçi bu kanunlar bir borç tanımını vermemişlerdir. Buna neden de, uygun yeri yasama çalışmaları değil de doktrin olacağı düşüncesidir (Senhurî, *Nazariyyetü'l-Akd*, 12, 2 nolu dipnot).

⁶ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, I, 15. Tekinay ise, borç kavramının, biri geniş diğeri dar olmak üzere iki anlamda kullanıldığını belirtmektedir (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku*, 7-8).

⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku*, 6-7.

⁸ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, I, 15.

⁹ Rado, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, 4; Eren, *Borçlar Hukuku*, I, 25; Rado, "Alım Satım Bahsinde Roma Hukuku Prensiplerinin Hukukumuzda Tesiri", Gönensay'a Armağan, 498.

¹⁰ Mahmesânî, *Mucebât*, I, 26.

¹¹ *Inst.*, 3, 13 pr.; Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, 143-144; Rado, *Roma Hukuku*, 4.; Mahmesânî, *Mucebât*, I, 26-27.

¹² Mahmesânî, *Mucebât*, I, 27.

Çeşitli batı kanunları, birtakım İslam ülkeleri tarafından iktibas edildiğinde, bu kavramın, ilgili ülkelerde konuşulan dillerle ifade edilmesinde sıkıntılar çıkmıştır. Bu tür sıkıntılardan biri de ülkemizde yaşanmıştır. İsviçre Borçlar Kanununun tercümesi sırasında kanunun Fransızca metni esas alınmıştı. Konumuzla ilgili olmak üzere, mehzaz kanunda yer alan *obligation*, *presation* ve *dette* terimleri tek bir sözcükle ifade edildi. Halbuki hiçbir sözcük, kural olarak, özel bir anlam ifade etmedikçe oluşmaz. O halde borç sözcüğünün, ince anlam farklılıklarına sahip bu üç terimi birden karşılaması mümkün olamaz. Velhasıl bu sıkıntı, ancak doktrinde çözüme kavuşturulabildi. Borç sözcüğüne birtakım kayıtlar ilave edilerek anlam farklılıkları gösterilmeye çalışıldı. İşte *obligation*'u karşılamak üzere türetilen "borç ilişkisi" kavramı böyle bir çabanın ürünüdür.

Türk hukukunda borç ilişkisi kavramı için pek çok tanım yapılmıştır.¹³ Aralarında ciddi anlamda farklar bulunmadığı için, burada sadece Tekinay'ın tanımını vermekle yetineceğiz. "Borç ilişkisi, kendilerine alacaklı ve borçlu denen iki taraf arasında, bunlardan birini veya her birini diğerine karşı belli bir davranışta (ya da belli davranışlarda) bulunmakla yükümlü kılan ve çeşitli haklar ve yetkiler ihtiva edebilen hukukî bir bağıdır".¹⁴

Feyzioğlu, hiçbir kayıt koymadan, BK.nun bab ve fasıl başlıklarında yer alan borç sözcüklerinin, borç ilişkisi anlamında olduğunu belirtmektedir.¹⁵ Fakat Tekinay, kanunun "Borçların Teşekkülü" başlığını taşıyan birinci babındaki borç ilişkisi, "Borçların Hükümü" başlığını taşıyan ikinci babbatının ise dar anlamda borç

¹³ Bir kanaat vereceği düşüncesiyle birkaç tanım vermeyi uygun buluyoruz.

"*Obligatio*, biri alacaklı diğeri borçlu olan iki taraf arasında öyle hukukî bir münasabettir ki, bunun neticesinde alacaklı borçlusunun muayyen bir şeyi ifa etmesini veya muayyen şekilde hareket etmesini istemek hakkına sahip olur" (Rado, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, 4.).

"Geniş anlamda borç, iki veya daha fazla şahıs arasında mevcut bir veya daha ziyade alacak husule getiren hukukî bir ilişkidir" (Birsen, *Borçlar Hukuku Dersleri Borçların Genel Hükümleri*, 13.).

"Borç ilişkisi (*obligation*), iki taraf arasındaki bir hukukî bağıdır ki, bu bağ gereğince, taraflardan biri (borçlu), bir şey vermek veya yapmak veya yapmamak, yani bir edimi yerine getirmek borcu altına girer, diğeri taraf (alacaklı) ise; borçlunun borcunu ifa etmesini istemek hakkına sahip olur" (Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, I, 3.).

"En geniş kapsamıyla borç (veya borç ilişkisi), iki veya daha fazla kişi arasında birini diğerine veya her ikisini birbirine karşı bir edimde (*edâ*) bulunmakla yükümlü kılan hukukî bağıdır" (Aydın, "Borç", *DİA*, VI, 285).

¹⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku*, 7.

¹⁵ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, I, 16.

olduğunu belirtmektedir.¹⁶

Yukarda belirttiğimiz türden ifade sıkıntıları ve bunları gidermeye yönelik çabalar, diğer İslam ülkelerinde de yaşanmıştır. Nitekim Mısır MK., 90 ve 144. maddelerinde, borç ilişkisi kavramından *taahhüt* diye söz etmektedir.¹⁷ Zağlul ve Senhurî gibi bazı Mısırlı hukukçular, kaynağı sadece akit olan borçları hatırlattığı için taahhüt kelimesini pek isabetli bulmamış, onun yerine *iltizam* sözcüğünü uygun görmüşlerdir.¹⁸ Çünkü iltizam, kaynağı akit olmayan borçları da içine alabilen daha genel bir sözcüktür. Üstelik bu kelime, Fransızca *obligation* kelimesinin de tam karşılığıdır.¹⁹ Gerçi iltizam kelimesinde akitleşme anlamı ağır basmaktadır. Fakat bu, onun diğer kaynaklardan doğan borçları da ihtiva etmesine engel değildir.²⁰ Lübnan Akitler ve Borçlar Kanunu'nda ise borç ilişkisinden *mûceb* olarak söz edilmektedir.²¹ Mahmesânî, borç ilişkisi karşılığında mûceb sözcüğünün kullanılmasını, her şeye rağmen, taahhüt kelimesinden daha başarılı görmektedir. Çünkü taahhüt, kaynağı sadece akit olan borçları hatırlatmaktadır.²²

Söz konusu ifade sıkıntısı bazen kavram kargaşasına bile yol açmıştır. Nitekim borç ilişkisi karşılığında, iltizam sözcüğünü benimseyen bazı kanunlar ve bunu öneren bazı İslam hukukçuları, bu sözcüğü, *şahsî hak* kavramı ile eşanlamlı olarak kullanma temayülü göstermişlerdir. Onlar, bu iki kavramı, birşeyin ayrı iki

¹⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku*, 8.

¹⁷ "Taahhüt, amacı, taahhütte bulunanın belli bir şey yapmayı veya ondan kaçınmayı borçlanmak suretiyle başka bir şahsa bir menfaat sağlaması olan hukukî bir bağıdır" (Senhurî, *Nazariyyetü'l-Akd*, 1.). Mısır MK'nun bu tanımı, Fransız MK'ndaki akit tanımında yer alan borç anlayışından esinlenmiştir. Bu borç anlayışı da *Pothier*'ye ve onun vasıtasıyla da Roma hukukuna kadar uzanmaktadır. Bilindiği gibi Romalılar borcu "bizi kanun gereği bir şey ifa etmeye mecbur eden hukukî bir bağ" olarak tanımlamışlardır. *Poul*'un da şöyle bir tanım yaptığı bilinmektedir: "Başkası bizi bir şey vermeye, bir iş yapmaya veya bir işten kaçınmaya mecbur edebiliyorsa o halde bir borç vardır". *Pothier* ise bu iki tanımdan yararlanarak şöyle bir tanıma varmıştır: "Bizi diğer bir şahsa karşı bir şey vermeye, bir iş yapmaya veya bir işten kaçınmaya zorlayan hukukî bir bağıdır". İşte Fransız kanun koyucusunun, akdin konusu sadedinde verdiği borç anlayışı *Pothier*'nin bu tanımına dayanmaktadır (Senhurî, *Nazariyyetü'l-Akd*, 12).

¹⁸ Mahmesânî, *Mûcebât*, I, 27.

¹⁹ Senhurî, *Nazariyyetü'l-Akd*, 1.

²⁰ Mahmesânî, *Mûcebât*, I, 28.

²¹ Kanununun 1. maddesinde yapılan tanım şöyledir: "Mûceb, bir veya birden fazla gerçek veya hükmi şahsa, alacaklı olarak nitelenen bir veya daha fazla kişiye karşı borçluluk vasfı veren hukukî bir bağıdır" (Mahmesânî, *Mûcebât*, I, 27).

²² Mahmesânî, *Mûcebât*, I, 27.

açıldan görünümünden ibaret görmüşlerdir. Borçlu açısından bakıldığında iltizam, alacaklı açısından bakıldığında ise şahsi hakkın söz konusu olduğunu belirtmişlerdir. Oysa bu şekilde kullandıkları iltizamdan, dar anlamdaki borcu kastedtiklerini belirtmiş olmaları gerekirdi. Geniş anlamdaki borç ilişkisi ve dar anlamdaki borç kavramları herhangi bir kayıt konulmaksızın tek bir sözcükle, yani iltizam ile ifade edilmekte ve dolayısıyla bunlar birbiriyle karıştırılmaktadır. Şahsi hak ile eşanlamli kullandıkları iltizam için yaptıkları tanımlar, dar anlamdaki borca değil, borç ilişkisine ait görünmektedir.²³ Oysa şahsi hak, borç ilişkisinin ihtiva ettiği bir haktır, borç ilişkisinin bizzat kendisi değildir. Şahsi hakkın asıl karşılığı, alacaklının borçludan elde etmek hakkına sahip bulunduğu olacaktır. Genellikle şahsî hak denildiğinde *alacak hakkı* kastedilir. Alacak hakkı ise borç ilişkisinin değil, dar anlamdaki borcun, hatta daha net bir ifade ile borç ilişkisinin konusu olan edimin simetriğidir. O halde şahsî hak borç ilişkisinin değil edimin alacaklı açısından görünümünü ifade eder.

b. Dar anlamda borç

Borç ilişkisinden ayrı olarak, bu ilişkide yer alan “taraplardan birinin diğerine karşı olan belli ve tek bir yükümlülüğüne, ya da yükümlülüklerinden her birine”²⁴ veya onun yerine getirmekle yükümlü olduğu şeye²⁵ de borç denilmiştir. Buradaki borç deyimi, “borçlu tarafın belli bir verme, yapma veya yapmama yükümlülüğü altında bulunmasını”²⁶ ifade eder. BK.nun “Borçların Hükümü” başlığını taşıyan ikinci babında yer alan borçtan maksat, bu anlamdaki borçtur.²⁷ Dar anlamdaki

²³ Senhûrî'nin konuyla ilgili şu ifadelerini örnek olarak verebiliriz: “Şahsî hak, diğer bir ifade ile iltizam (borç ilişkisi), alacaklı ve borçlu olan iki şahıs arasında öyle bir bağıdır ki, bunun gereği olarak alacaklı borçludan bir şey vermesini, bir şey yapmasını veya bir şeyden kaçınmasını talep eder” (*Mesâdir*, I, 13).

Ayrıca Enver Sultan'ın, Ürdün MK.undaki borç kaynakları hakkında kaleme aldığı eserinde, konuyla ilgili ifadelerini de burada örnek olarak vermenin yerinde olacağı kanaatindeyiz. “Borç nazariyesinin konusu şahsî haktır. Alacaklı açısından bakıldığında, yani olumlu yönü itibariyle hak ismini alır, borçlu açısından bakıldığında, yani olumsuz yönü itibariyle ise iltizam adını alır. Buna göre, şahsi hak veya iltizam, kendilerine alacaklı ve borçlu denilen iki şahıs arasında öyle bir bağıdır ki, bunun gereği olarak alacaklı, borçludan bir şey vermek, yapmak veya yapmamaktan ibaret olan muayyen bir edayı talep eder” (*Mesâdirü'l-İltizam*, 3).

²⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, *Borçlar Hukuku*, 8.

²⁵ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, I, 15.

²⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, *Borçlar Hukuku*, 8.

²⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, *Borçlar Hukuku*, 8.

borç, borç ilişkisinin konusu olan edim ile eşanlamlı olarak da kullanılmaktadır.

Borç ilişkisinin ifasından söz edilmez; bu ilişkinin konusu olan edimin, diğer bir ifade ile bu ilişkinin taraflara yüklediği yükümlülüklerden her birinin ayrı ayrı ifasından bahsedilir. Binaenaleyh borçların ifasından maksat, bu tür borçların yerine getirilmesidir.

c. En dar anlamda borç

Borçlunun, herhangi bir somut borç ilişkisindeki borcunu, mesela satılan bir arabanın teslim edilmesi, bir evin badana edilmesi, belli bir miktar paranın ödenmesinde olduğu gibi tek bir yükümü ifade etmek için de borç kavramı kullanılır. Bu, borcun en dar anlamda karşılığıdır ve edimin bir alt türünü oluşturmaktadır. Nitekim Feyzioğlu'nun, her üç anlamdaki borca ilişkin yaptığı mukayese de bunu teyid etmektedir. Buna göre, "borç kelimesinin en dar anlamında kullanılan şekil, ikinci anlamda kullanılan sadece bir türünü; ikinci anlamdaki şekli de birincisinin sadece bir yönünü yansıtmaktadır".²⁸

2. İslam hukuk literatüründe

Klâsik İslam hukuku eserlerinde borç ilişkisi kavramı yer almaz. Çünkü bu kavram, yukarıda da belirtildiği üzere, menşe itibarıyla Roma hukukuna dayanmaktadır. Roma hukuku ve bundan türemiş batı hukuklarının soyut bir yöntem izlediği bilinen bir gerçektir. Kazuistik yöntemin ağır bastığı İslam hukuku ise gerek terminolojisi ve gerek sistematikle, tamamen kendine özgü bir yapıya sahiptir. Bu yapısal farklılıklar nedeniyle iki sistem arasında kavramlar bazında tam bir denklik aramak yersizdir. Dolayısıyla soyut bir yöntemin takip edildiği bir hukuk sisteminde yer alan bir kavramın tam karşılığını diğer bir hukuk sisteminde, özellikle İslam hukukunda her zaman bulmak mümkün olmayabilir. Fakat yine de her iki sistemde yer alan ilgili birtakım kavramlar arasında bazı paralellikler kurmak mümkündür. Burada sırasıyla birtakım terimler verip bunlarla batıdaki anlamıyla borç kavramı arasında bir karşılaştırma yapma yoluna gideceğiz.

a. İltizam

Sözlükte bağlanmak anlamına gelen iltizam, fıkıh literatüründe, hukuki

²⁸ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, I, 16.

işlemden doğan borç ilişkileri karşılığında kullanılmıştır.²⁹ Fakat bu terim, hukuki işlem dışındaki kaynaklardan doğan borç ilişkilerini kapsamına almaz. Hukuki işlem dışındaki kaynaklardan, özellikle akit dışı sorumluluktan doğan borçlar için damân terimi kullanılır.³⁰

b. Damân

Malikî, hambelî, şafiî ve zeydî doktrininde ayrı bir başlık halinde işlenen damân, kefâlet anlamında kullanılmıştır.³¹ Haksız fiil sorumluluğu³², yani tazminat ödeme yükümlülüğü tarzındaki borçlar karşılığında kullanabileceğimiz damân sözcüğü, aynı zamanda kusursuz imkansızlık hallerindeki hasar kavramını da ifade eder.³³ Fıkıh kitaplarında sıkça geçen damânu'l-gasb, damânu'l-mütlef gibi tamlamalarla haksız fiil sorumluluğu, damânu'l-mebî' şeklindeki deyimlerle de, duruma göre³⁴, hasar kastedilir.

c. Vâcib

Fıkıh usulü eserlerinin hüküm bahsinde işlenen vâcib kavramı, teklifi hükümler arasında yer alıp mükellefin davranışlarına ilişkin bir hüküm kategorisidir. Bu kategoriye giren davranışların ortak özelliği yerine getirilmelerinin mecburiyet kazanmış olmasıdır. Yapılması dinen mecburiyet kazanmış her davranış bu kategoriye girer. Bu mecburiyet de Şâri'in, o davranışın kesin olarak yapılmasını istemesinden kaynaklanmaktadır. Bu niteliği iktisab etmiş olan davranışın terki halinde müeyyidesi ilk etapta dinidir. Fakat bu davranış hukuk alanını ilgilendirdiği ölçüde ayrıca hukuki bir müeyyide de dini olanını takip eder. Buna göre vacip kavramı mutlak olarak kullanıldığında, dinî, ahlakî ve hukukî bütün yükümlülükleri içine almış olur. Bu geniş kapsamın içinde borçlar da yer alır. Fakat vacibin bir türü olan muhadded vâcib, konusu bakımından miktarı belli olan

²⁹ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 7, 8, 9, 10; Senhûrî, *Mesâdir*, I, 14; Sultan, *Mesâdirü'l-İltizâm*, 3.

³⁰ Senhûrî, *Mesâdir*, I, 14; Sultan, *Mesâdirü'l-İltizâm*, 3.

³¹ Ahmed, *Damânu'l-Mütlefât*, 29.

³² Senhûrî, *Mesâdir*, I, 14; Sultan, *Mesâdirü'l-İltizâm*, 3.

³³ Damân kavramının mahiyeti, islam hukuk literatüründeki gelişimi ve kapsamına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Aktan, "Damân", DİA, VIII, 450-453; Karâfî, *Furûk*, IV, 27-32.

³⁴ Çünkü damânu'l-mebî' ifadesi, sadece kusursuz imkansızlık durumundaki hasar sorumluluğunu değil, aynı zamanda kusurlu imkansızlık halindeki sorumluluğu da kapsamına alır. Ayrıca İslam hukukunda, sebep sorumluluğunun esas olduğu da dikkate alınmalıdır.

yükümlülükleri ifade eder. Dar anlamdaki borçta da edim konusu şeyin miktarı bellidir. Ancak muhadded vacib içinde yer alan miktarı muayyen yükümlülükler sadece borçlardan ibaret değildir. Onun kapsamına namaz ve zekat gibi miktarı muayyen olan dinî yükümlülükler de girer. Böyle bir kayda rağmen, görüldüğü gibi, muhadded vacib, sırf borçlara tekabül eden bir kavram değildir. Sadece hukukî manadaki borca tekabül edecek bir vacip türü fıkıh usulü literatüründe yer almış değildir. Kaldı ki, fıkıh usulünün böyle bir amacı da yoktur. Ancak bununla birlikte belirtilen iki kavram arasında umum-husus ilişkisi kurulabilir.

d. Hukuku'l-akd

Hukuku'l-akd, akitten doğup, akdin hükmü diye bilinenin dışında kalan dar anlamdaki borçlar için kullanılır. Bunlar da, mesela bey' akdinde, mebiin teslimi ve semenin ödenmesi şeklindeki yükümlülüklerdir.³⁵ Görüldüğü gibi hukuku'l-akd kavramı, dar anlamdaki borç açısından özel bir önem arz etmektedir. Bu tamlamada birtakım haklar, akde izafe edilmiştir. Kurulan akit ile akdin tarafları arasında hukukî bir ilişki kurulmuş ve bu ilişki gereğince taraflar birtakım yükümlülükler altına girmektedirler. Sözü edilen yükümlülüklerin niteliğine bakıldığında bunların, tarafların birbirlerine karşı yerine getirmekle yükümlü oldukları asli ve tali edimlerden başka şeyler olmadığı görülür. Bununla birlikte hukuku'l-akdin dar anlamdaki borcu tamamen karşıladığını söylemek mümkün değildir. Çünkü hukuku'l-akd, sadece akitten doğan borçlar için kullanılmaya elverişli iken akit dışı kaynaklardan doğan borçlar için kullanılma imkanına sahip değildir. Oysa dar anlamdaki borcun, kaynak açısından, bu tür bir problemi yoktur.

e. Ayn ve deyn

Ayn, arapça bir sözcük olup gerçekte görme organı olan göz anlamına gelir. Ancak zamanla bu sözcük, gözün işlevi olan görme eylemini ve buna bağlı olarak da bu eylemin, semantikte yaygın olduğu üzere, objesini de içerir hale gelmiştir. Neticede ayn sözcüğü, bu anlam genişlemesi sayesinde, gözle görülen şey karşılığında da kullanılma imkanına kavuşmuştur. Dış alemde görülen, yani fiziki anlamda şeyler için aynın çoğulu olan *a'yân* kelimesinin kullanılması işte böyle bir düşüncenin ürünüdür.³⁶ Ancak hukuk, kelimeyi daha özel bir anlamda kullanarak

³⁵ Senhûrî, *Mesâdir*, I, 14; Sultan, *Mesâdirü'l-İltizâm*, 3.

³⁶ S. Van Den Berg, "Ayn", *El.*, New Edit., I, 784-785.

onu maddi varlığa sahip mallara hasretmiştir.³⁷ Nitekim fıkıh literatüründe ayna yüklenen anlamlardan biri, mevcut, hazır ve belirlenmiş mal şeklindedir.³⁸ Bu şekliyle ayn, aynî hak konusunu teşkil eden mal kavramıyla aynı anlama gelir ve kıyemî-mislî ayırımı yapılmaksızın bütün malları içine alır. Zira aynî hak açısından bakıldığında, aynî hak konusu malların sadece kıyemî niteliktekilerden ibaret olmadığı görülür. Mislî mallar da aynî hak konusu olabilir. O halde ister kıyemî ister mislî olsun aynî hak sahibine ait mallardan her biri birer ayn sayılır. Bununla birlikte ayn sayılan mislî mal, bazan o mislî malı oluşturan fertlerden her biri olmayabilir. Bu tür durumlarda mislî malı oluşturan fertlerden her biri tek başına mal sayılmadığı için yalnız başına akde konu olmaz; ayrıca bunlar üzerinde tek başına ziyetlik tesis edilmez. Burada söz konusu olan o mala bütünü itibariyle ayn adının verilmesidir. Çünkü bu haliyle o mal, sahibi açısından muayyen sayılır. Sahibi tarafından miktarı bilinmese bile yığın haliyle bir ayndır.³⁹ Burada verilen bilgiler aynı zamanda hanefilerin mal tanımını da vermektedir. Onlar sadece ayn olan, yani maddi bir varlığı bulunan şeylere mal demektelerdir.⁴⁰ Şafiiler ise, burada hanefilerin belirttiği anlamda malların, akitlerde bedel olarak karşılık geldiği, ama bu türden olmayan, yani maddi bir varlığa sahip olmayan ekonomik değerleri de mal kapsamında görmüşlerdir. Bir başka ifadeyle şafiiler, hanefilerin mal saymadıkları "menafi"'i de mal kapsamında görmüşlerdir. Şafiilerin malın kapsamını bu şekilde genişletme yoluna gitmeleri üzerine hanefiler ayn terimine ikinci bir anlam yüklemişlerdir.

Ayna yüklenen ikinci anlam ise, aynî hak konusu malların, kullanılması tüketime bağlı olup olmamasına göre yapılan ayırımın ortaya çıkar. Kullanılması tüketime bağlı olmayan, bir başka ifadeyle ariyet veya kiraya verilebilen malların kullanılmasıyla elde edilen yarar için menfaat terimi kullanılmıştır. İşte burada

³⁷ Aynı türden anlayışı Latince'deki *re* (çoğulu: *res*) sözcüğünde de görmek mümkündür. Normalde, var olan her şey karşılığında kullanılan *res*, hukukta, eşya veya mallara hasredilmiştir. Bu anlamıyla *res*in yer aldığı pek çok tamlama yapılmıştır. *Res mobiles* (menkul eşya), *res nullius* (sahipsiz mallar), *res soli* (taşınmaz mallar), *res privatae* (ferdin mülkiyetine dahil mallar) gibi tamlamalar buna örnek verilebilir (Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, 183-186). Gerek batı dillerinde ve gerek Türkçe'de felsefi anlamda kullanılan *real* (=gerçek) sözcüğü ve türevlerinin, latince'deki *re*'ye mensubiyet eki olan *al* ilave edilerek türetildiği anlaşılmaktadır.

³⁸ Karaman, "Ayn", DİA, IV, 257-258.

³⁹ Mecelle'nin 159. maddesinde tanımı yapılan ayndan maksat da, bu paragrafta anlatılan anlamdaki ayndır.

⁴⁰ Hanefilerin mal tanımının tenkidi hakkında bkz. Mahmesânî, *Mücebât*, I, 8-9.

belirtilen menfaat teriminin karşıtı olmak üzere, söz konusu malların faydasından soyutlanmış çıplak halini ifade etmek için de ayn sözcüğü kullanılmıştır.⁴¹ Gerek birinci gerek ikinci anlamdaki aynın borç kavramıyla doğrudan bir ilgisi yoktur; daha çok eşya hukukunu ilgilendirmektedir.

Ayna yüklenen üçüncü anlam ise borç ilişkisine konu olan şeyin mahiyeti dikkate alınarak yapılan ayırimda açığa çıkmaktadır. Buna göre borç ilişkisine aynî hak konusu olacak netlikte konu olan şey karşılığında da ayn terimi kullanılmıştır. Borç ilişkisine konu olan kıyemî mal, bu anlamda bir ayndır. Ayrıca misli bir mal da taraflarca somutlaştırılıp borç ilişkisine konu yapılmışsa, o da bu anlamda bir ayndır. Görüldüğü gibi bu anlamdaki ayn, ferden muayyen borçlara tekabül etmektedir. Zaten bu anlamdaki borca ayn denilmesinin nedeni onu, nevan muayyen veya bir miktar paradan ibaret borçlara tekabül eden deyn kavramından ayırt etmektir. Borç kavramıyla ilgisi olan bu anlamdaki ayndır.⁴² Tezimizde bu anlamdaki aynı, ferden muayyen borç veya parça borcu olarak sıkça kullanacağız.

Aynın üçüncü anlamı dikkate alınarak ayn-deyn ayırımına gidildiği için, aynın birinci anlamı burada kastediliyor zannedilerek bu ayırımın mala ilişkin olduğu düşünülmemelidir. Çünkü aynın birinci anlamını verirken de değindiğimiz gibi, aynî hakların en kuvvetlisi olan mülkiyet hakkına kıyemî, mislî bütün mallar konu olabilir. Buna rağmen bunların her biri birer ayndır.⁴³ Bu nedenle kıyemi mallar ile üçüncü anlamdaki ayn ve misli mallar ile deyn kavramı arasında bir telazüm ilişkisinin bulunduğu düşünülmemelidir. Çünkü kıyemi veya misli bir mal, bir kere, sahibi açısından birer ayndır. Fakat bu mallar bir borç ilişkisine konu olduklarında duruma göre ayn veya deyn olarak nitelenirler. O halde İslam hukukunda sözünü ettiğimiz ayırım, *ancak ortada bir borç ilişkisi bulunduğuunda gündeme gelir*. Borç ilişkisi söz konusu olmadığı sürece böyle bir ayırım yapılamaz. Buna göre borç, dış alemde taalluk edeceği maddi varlığa sahip bir mal, yani ayn bulamayınca, konusuz kalmamak için zorunlu olarak borçlunun zimmetine taalluk eder. Binaenaleyh yükümlülük, borçlunun zimmetiyle ilgiliyse deyn; muayyen bir mal ile ilgili ise, ayn söz konusu olur. O halde ayn-deyn ayırımında

⁴¹ Karaman, "Ayn", DİA, IV, 257-258.

⁴² Ancak *ayn* sözcüğü, burada belirtilen üç anlamın dışında maliki kaynaklarında, altın ve gümüş karşılığında da kullanılmaktadır (Derdîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 296, 297; İbn Cüzey, *Kavânîn*, 253).

⁴³ Zerka, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, III, 168.

kıstas, borç konusu şeyin zimmete taalluk edip etmemesidir.⁴⁴

Zimmet kavramı için batı hukukunda bir karşılık aradığımızda, karşımıza malvarlığı kavramının pasif kısmı çıkar. Şu farkla ki, ferden muayyen borçlar da pasifte yer alabilirken zimmette sadece çeşit ve para borçları yer alır. Ferden muayyen şeylere ilişkin borçların da malvarlığının pasifinde yer alıp almamasına ilişkin anlayış farklılığının nedenini, akdin hukuki niteliğinde aramak gerektiği kanaatindeyiz. Mesela Türk-İsviçre hukukunda satım akdi, konusu ister bir parça ister bir çeşit olsun, bir borçlanma işlemidir; sadece mülkiyetin nakli borcunu doğurur. Fakat İslam hukukunda bey' akdi bir tasarruf işlemi niteliğindedir. Bizzat akit, akit konusu şeyin (mebû') mülkiyetini karşı tarafa geçirir. Bu nedenle ferden muayyen borçlar zimmette yer almaz.⁴⁵ Bu arada şunu da belirtmek gerekir ki, nev'an muayyen şeylerin konu olduğu hukuki işlemlerin tasarruf işlemi olmasının pratikte bir değeri kalmamaktadır. Çünkü mülkiyeti intikal edilecek şey, akdin kurulduğu sırada mevcut değildir. Bu tür durumlarda akit, işlevsel olarak, bir borçlanma işlemi görüntüsü vermektedir. Böylece ferden belirlenmemiş olan şey, kaçınılmaz olarak, borçlunun malvarlığının pasifinde (zimmetinde) bir borç olarak yer almak durumundadır. Zimmetin malvarlığının pasifinden bir diğer farkı da, onun sadece mali nitelikteki yükümlülüklerle mahal olmayışındır. Çünkü zimmet, nev'an muayyen ve para borçlarına mahal olmanın yanısıra, yapma borçlarına ve

⁴⁴ Senhurî, *Mesâdir*, I, 20.

⁴⁵ Şunu belirtmek gerekir ki, ferden muayyen borçların mutlaka kiyemi mallardan ibaret olması şart değildir. Bu nedenle kiyemi malların değil, sadece misli malların zimmette yer alabileceği belirtilerek, mala ilişkin bir ayırım ile borçlara ilişkin bir ayırım birbirine karıştırılmamalıdır. Zimmette yer alan malların genellikle misli mallar olması, kiyemi malların zimmette yer almayacağı anlamına gelmez. Çünkü taraflar, isterlerse bir kiyemi malı da deyn olarak kararlaştırabilirler. Mesela istisna akdine konu olan şeyler genellikle misli olmayan şeylerdir. Bunlar misli mal olmamakla birlikte vadeli oldukları için zimmette yer alırlar. Gerçi bazı hukukçular misli olmayan malların konu olduğu bazı akitleri örnek gösterip bunun bir istisna olduğunu belirtmişlerdir. Ancak bu görüş yeterince tatminkar gözükmemektedir. Mesela Zerka, kiyemi malların nev'an tayin edilerek mehre konu edilmesini, malın nikah akdinin asıl amacı olmayışı olarak izah etmektedir (Zerka, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, III, 173). Fakat karşılıklı edimleri içeren bir akit olan seleme, bazı mezheplerde, misli olmayan malların da nev'an tayin edilerek konu edilebilmesi görüşümüzü doğrulamaktadır. Ayrıca misli olmayan bir şey ferden tayin edilmeksizin vasiyete de konu olabilir. Ne var ki, vasiyetin tenfizi, vasiyette bulunanın vefatından sonra olacağı için, artık bu borç zimmetten çok terekeye taalluk eden bir borç niteliğindedir. Dolayısıyla bu şey, mesela söz konusu şahıs, sahibi bulunduğu beş attan birini vasiyet etmişse, bunların içinden bir tanesi yapılacak bir seçim sonucu ilgiliye teslim edilecektir.

dinî anlamdaki yükümlülüklerle de mahal teşkil etmektedir.

Deyn, en geniş anlamıyla, "*zimmette sabit olan şey*" olarak tanımlanmıştır.⁴⁶ Bu anlamdaki deynin kapsamına, yukarıda anlattığımız zimmette yer alabilecek nitelikteki her türlü yükümlülük girer. Daha doğrusu, ayna taalluk etmeyen her borç deynin kapsamına girer. Böylece cins, para ve yapma borçları deynin kapsamına girdiği gibi, dinî anlamdaki borçlar da girer.⁴⁷ Bu nedenle deyn kavramı mutlak olarak kullanıldığında, sadece teknik anlamdaki cins ve para borçları kastedilmiş olmaz.

Daha dar anlamda deyn ise, akit veya itlaf sebebiyle zimmette sabit olan bir mal demektir.⁴⁸ Buradaki mal, dış alemde maddi bir varlığa sahip bir mal, yani birinci anlamdaki bir ayn değildir. O türden bir mal olmadığı içindir ki, tamamen hukuki nitelikteki bir alanda varlık kazanmaktadır. Borç ilişkisine konu olmuş hazır mallar, ister misli, ister kıyemi olsun deyn olarak nitelenemez. Çünkü borcun konusu hazırda bulunan mallara taalluk ettiği sürece zimmete taalluk etmeye gerek kalmaz.⁴⁹

Sorumluluk kavramının da bu noktada ayn ve deyle ilişkisine değinmek gerekir. Şayet borcun konusu bir ayn ise, sorumluluk sadece o ayn ile sınırlıdır. Fakat borcun konusu deyn olursa, sorumluluk, borçlunun bütün malvarlığını ilgilendirir.

Kâsânî, deyn terimini, "*vacip bir fiil*"⁵⁰ şeklinde tanımlamakla ona en geniş

⁴⁶ Mecelle md. 158.

⁴⁷ Aydın, "*Deyn*", DİA, IX, 266.

⁴⁸ Aydın, "*Deyn*", DİA, IX, 267. Tehânevî, *Keşşâf*, I, 502

⁴⁹ Mecelle'nin, deynin tanımını yaptığı 158. madde için örnek olmak üzere verdiği "meydanda mevcut akçenin yahut bir yığın buğdayın kable'l-ifrâz bir miktarı muayyeni hep deyn kabilindedir" şeklindeki ifadenin pek isabetli olduğunu söylemek mümkün değildir. Şöyle ki, verilen "akçe" örneği, hanefilerin paranın akitte tayin ile taayyün etmeyeceği ilkesi dikkate alındığında isabetli görünebilir. Ancak buğday örneği için bunu söylemek mümkün değildir. Çünkü borçlu, borçlandığı miktarı, söz konusu yığının içinden vermekle yükümlüdür; o yığının dışından bir buğdayı ifa olarak sunma imkanına sahip değildir. Bu nedenle borç, zimmete değil, o yığına şâyi' bir şekilde taalluk etmektedir. Bir anlamda o yığın, taksim edilmeyi bekleyen ortak bir mal görünümündedir.

⁵⁰ Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 196; Bir başka yerde Kâsânî, deynin, zimmetteki hükmi bir mal veya malı temlik etme ve onu teslim etme fiilinden ibaret olduğunu ifade etmektedir (Kâsânî, *Bedâi'*, V, 148). Daha başka bir yerde ise "deyn, ya (belli bir) fiilden ibarettir -ki bu da malı teslim etme

kapsamı kazandırmış olmaktadır. Gerçekten borcun konusu, bir fiilden ibarettir. Bu, bir verme, yapma veya kaçınma fiilidir. Günümüz hukuk diliyle buna *edim* denilmektedir. Bu noktada şunu da belirtelim ki, Kâsânî, sözlerinin devamında “*o da malı teslim etme fiilidir*”⁵¹ diyerek deyne ayrı bir boyut kazandırmaktadır. O da deynin sadece söz konusu fiilden ibaret olmayıp aynı zamanda o fiilin konusu olan şeyi de içermesidir. Diğer bir ifade ile o, deyne, Alman hukuk dilindeki “*Leistung*” terimine yakın bir anlam yüklemektedir. Ancak Kâsânî, ne yazık ki, bir taraftan da, birinci cümlesiyle deyne kazandırdığı anlam genişliğini ikinci cümlesiyle daraltmış olmaktadır. Şöyle ki, birinci ibare deyne neredeyse edime yakın bir anlam kazandırmışken, bu ikinci ibare ile, onu sadece edimin bir alt türü olan verme borçlarını karşılayacak bir düzeye indirmiş olmaktadır. Hatta burada da kalmayarak, deyni, verme borçları içinden sadece konusu nev'an muayyen olan borçlara hasretmiştir. Bilindiği gibi verme borçları kendi içinde ferden muayyen bir şeyin verilmesi, nev'an muayyen bir şeyin verilmesi veya bir miktar paranın ödenmesi şeklinde üç alt türe ayrılır. Kâsânî'nin yukarda verdiği tanım, aslında bu üç türü de kapsayabilirdi. Çünkü her üç türün de ortak özelliği bir verme fiili şeklinde olmasıdır. Bu üç tür edimi bir üst kavram olan verme borcunda birleştirme imkanı varken, muhtemelen, ayn ve deyn kavramlarına yüklenen klasik anlamın etkisiyle ve aynı zamanda bir karışıklığa da meydan vermemek düşüncesiyle, Kâsânî, deynin yerleşmiş dar anlamına dönüş yapmak durumunda kalmaktadır. Bu nedenle sözlerinin devamında deyne konu olan malların niteliğinden söz etmektedir.⁵²

Ayn ve deyn kavramlarının romanist hukuk sistemlerindeki aynî hak-şahsî hak kavramlarıyla⁵³ benzerlik arzetmesi aynı anlama geldiklerini göstermez. Zira bu

fiilidir- ya da zimmette sabit hükmî bir maldan ibarettir" şeklinde tanımlamaktadır (Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 25).

⁵¹ Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 196.

⁵² Kâsânî'nin konuyla ilgili ifadeleri şöyle devam etmektedir: “Deyn konusu mal, zimmette hükmen vardır. Bu nitelikte olan bir şey ise, hakikatte, mevcut değildir. Ne var ki ona varlık hükmü, insanların ihtiyacından ötürü verilmiştir. Çünkü herkes ihtiyacını gidereceği mevcut mallara sahip olamaz. Böyle olunca da insan ya istikraza veya vadeli alıma mecbur kalır. İşte bu ihtiyaçtan dolayı ona varlık hükmü verilmiştir” (Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 196).

⁵³ Aynî hak-şahsî hak ayırımı ve bunlar arasındaki farklar Roma hukuk kültürünün ürünüdür (Rado, “*Alım Satım Bahsinde Roma Hukuku Prensiplerinin Hukukumuzda Tesiri*”, Gönensay'a Armağan, 498). İmre, şahsî hak ile şahsa bağlı haklar arasında bir karışıklığa meydan vermemek için, Alman hukuk teorisinde olduğu gibi, şahsî haklar kavramı yerine alacak hakları teriminin

kavramlar dikkatle incelendiğinde aralarında önemli farkların bulunduğu görülür. Özellikle kapsam açısından aralarında farklılık bulunmaktadır; deyn, şahsî haktan daha dar, ayn ise aynî haktan daha geniş bir kapsama sahiptir.⁵⁴ Bununla birlikte bu kavramlar arasındaki benzerlik noktalarını netleştirmek mümkündür. *Ayn* kavramı mutlak olarak kullanıldığında aynî hakların bütününe içine aldığı gibi *ferden muayyen* (parça borcu) borçları da kapsamına alır. Fakat *ayn* sözcüğüne *borç* veya *edim* kaydı ilave edildiğinde, aynî haklar dışarda kalmış olur, kapsam da daralır ve sadece *ferden muayyen borçlara* inhisar etmiş olur. *Deyn* kavramı üzerinde de benzeri bir tasarrufta bulunmak mümkündür; ona da aynı şekilde borç veya edim kaydı eklendiğinde kapsamı netleşir ve sadece, verme borçlarının alt türü olan *nev'an muayyen borçlar* (cins borçları) ile *para borçlarına* inhisar etmiş olur.⁵⁵ Buna göre ayn ve deyn edimleri birlikte verme borçlarına tekabül etmektedir. Görüldüğü gibi fıkıh kitaplarında yer alan ayn ve deyn kavramları ile borç arasında, ancak belirtilen tarzda bir ilişki kurmak mümkündür.

Şunu da belirtmek gerekir ki, deyn, mutlak olarak kullanıldığında, hem alacak hem de borç anlamına gelmeye müsaittir.⁵⁶ Bu terim, alacaklıya izafe edilerek kullanıldığında alacak, borçluya izafe edilerek kullanıldığında ise borç kastedilmiş olur. Fakat herhalükarda hem alacağın hem de borcun muhtevası belirtilen nitelikte bir şeyden oluşmaktadır.

C. BERCUN UNSURLARI

1. Alacaklı

Alacaklı, borç ilişkisine dayanarak, borçludan bir şey talep etme⁵⁷, yani bir edimi elde etme⁵⁸ hakkına sahip olan kimsedir. Bu nedenle alacaklı, ilişkinin aktif

kullanılmasını önermektedir (İmre, "Aynî Hak Mefhumu Üzerine Düşünceler", Gönensay'a Armağan, 325).

⁵⁴ Karaman, "Ayn", DİA, IV, 257-258; Senhûrî, *Mesâdir*, I, 18.; Aydın, "Deyn", DİA, IX, 268.

⁵⁵ Edim konusu şey, kendisinin tek başına sahip olduğu özellik ve işaretlere göre tayin edilmişse parça borcu, bir cins ve nevin özellik ve niteliklerine göre belirlenmişse cins borcundan söz edilir. Bkz. Bardakoğlu, "Cins", DİA, VIII, 20.

⁵⁶ Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 196-197.

⁵⁷ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel*, I, 15.

⁵⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku*, 9.

tarafında yer alır⁵⁹, borç ilişkisinin aktif süjesini oluşturur.⁶⁰ İslam hukuk literatüründe alacaklı, borcun türüne göre tâlip, ğarîm, dâin, sâhibu'l-hak, sâhibu'd-deyn, rabbu'd-deyn gibi terimlerle ifade edilmiştir.⁶¹

2. Borçlu

Borçlu, borç ilişkisinde, talep hakkına konu olan şeyi yerine getirmekle⁶², diğer bir ifade ile, alacaklıya bir edim sunmakla⁶³ yükümlü olan taraftır. Bu sebeple borçlu, borç ilişkisinin pasif tarafında yer alır.⁶⁴ İslam hukuk literatüründe borçlu medîn, medyûn, ğarîm, matlûb, mültezim şeklinde çeşitli terimlerle ifade edilmiştir.⁶⁵

3. Edim

Edim, alacaklının elde etmek hakkına sahip bulunduğu, borçlunun da yerine getirmekle yükümlü bulunduğu davranıştan ibarettir. Bunu ifade etmek üzere fransızcada *prestation*, almancada *Leistung* sözcükleri, dilimizde ise çeşitli sözcükler önerilmiş olmakla birlikte en fazla *edim* sözcüğü kullanılmıştır.⁶⁶ Ancak Alman hukuk dilindeki “Leistung” sözcüğü, borçluya düşen yükümlülüğün muhtevasını olduğu kadar, bu yükümlülüğün yerine getirilmesinin (=ifa edilmesinin) gerektirdiği fiilleri de ifade eder.⁶⁷

Sözü geçen davranış bir şeyi verme, yapma veya yapmama şeklinde tezahür edebilir. Buna binaen *verme borçları*, *yapma borçları* ve *yapmama borçları* tamlamaları kullanılır. Bazan ilk ikisi için *müsbet borç*, sonuncusu için de *menfi borç* tabirleri kullanılır. Verme borçları, konusunu oluşturan şeye göre, bir iç ayırımı giderek *parça borçları*, *cins borçları* ve *para borçları* şeklinde de isimlendirilir.

⁵⁹ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel*, I, 15.

⁶⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku*, 9.

⁶¹ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 3, 34-35, VII, 173; Şeybânî, *Asl*, V, 23.

⁶² Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel*, I, 15.

⁶³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku*, 9.

⁶⁴ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel*, I, 15; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, *Borçlar Hukuku*, 9.

⁶⁵ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 3, 34-35, VII, 173; Şeybânî, *Asl*, V, 23.

⁶⁶ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel*, I, 18.

⁶⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku*, 10-11.

Edimin ifası, satılan bir şeyin tesliminde olduğu gibi, bir defada bitiyorsa *bir defalık edimden* söz edilir. Fakat edimin ifası için belli aralıklarla veya belirli bir süre boyunca birtakım hareketlerin tekrarlanması gerekiyorsa *devamlı borçlardan* söz edilir. Devamlı borçlardan belli aralıklarla, periyodik olarak yerine getirilenlerine *devrî edimler*, belli bir süre boyunca kesintisiz olarak yapılacak hareketlerle ifa edilenlere ise *sürekli edimler* adı verilir.⁶⁸

İslam hukukunda edim, her borç ilişkisi için özel terimlerle ifade edilmekle birlikte verme borçlarında *ayn* ve *deyn*, yapma borçlarında ise *fiil* kelimeleri ile karışılmaktadır.⁶⁹ İslam hukukunda menfi borçlar, borç ilişkisine asli borç olarak konu yapılamadığı için buna tekabül eden bir terim de bulunmamaktadır.

D. BORCUN KAYNAKLARI

Borcun kaynağından, alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki bağı doğuran *sebeb* kastedilmektedir. Bu sebeb ya bir insan fiili ya da bir olaydır. Gerçi ikisine birlikte de hukukî olay demek mümkündür. Fakat hukukî olay, hukukî fiilden daha geniş ve onu da içine alan bir kapsama sahiptir. Her hukuk düzeni birtakım olaylara ve insan fiillerine bazı hukukî sonuçlar bağlar. Borç ilişkilerinin de içinde bulunduğu hukukî ilişkiler bu tür olay ve fiillerin ürünüdür. Buna göre borç ilişkileri ya bir olayın ya da bir insan fiilinin doğurduğu bir sonuçtur.

Fıkıh eserleri, borçlar hukukunu özel borç ilişkileri biçiminde işlediği⁷⁰ ve genel bir borç teorisi oluşturma yoluna gitmediği için borç kaynaklarına ilişkin bir tasnife yer vermemektedir.⁷¹ Bununla birlikte İslam hukukuna ait genel bir borç teorisi oluşturma gayreti içinde olan İslam hukukçuları, batı hukuklarını da dikkate alarak çeşitli sınıflandırmalara gitmişlerdir. Batı hukukçuları arasında da üzerinde ittifak edilmiş bir sınıflandırma mevcut değildir.⁷² Gerek batılı hukukçular gerek İslam hukukçuları, değişik düşüncelerle, konuyla ilgili çeşitli teklifler ileri sürmüşlerdir.

İnsan iradesi baz alınarak yapılan bir sınıflandırmaya göre borcun kaynakları

⁶⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, *Borçlar Hukuku*, 13-15.

⁶⁹ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 7.

⁷⁰ Senhurî, *Mesâdir*, I, 39-40.

⁷¹ Aydın, "Borç", DİA, VI, 286.

⁷² Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel*, I, 30.

ikiye irca edilmiştir. Buna göre borç ilişkisinin oluşmasında taraflardan birinin veya her ikisinin iradesi rol oynamışsa buna iradî kaynaklar, fakat iradenin etkin rolü olmamışsa buna da iradî olmayan kaynaklar adı verilmiştir.

İradî kaynaklar grubunun esasını, borçlunun iradesi oluşturmaktadır. Bazen borç ilişkisinin doğması için borçlunun iradesi tek başına yeterli olur. Buna tek taraflı hukukî işlem denir. Bazen de bu ilişkinin kurulması için borçlunun tek taraflı iradesi yeterli olmaz, alacaklının da iradesine ihtiyaç duyulur. Bu durumda ise borcun kaynağı iki taraflı hukukî işlem, yani akit söz konusu olur. Akit ve tek taraflı hukuki işlemin ikisine birden mutlak olarak hukukî işlem demek mümkündür.

İradî olmayan kaynakların temel özelliği ise borç ilişkisinin kurulmasında borçlunun iradesinin bir dahlinin bulunmamasıdır. Bunlar da mahiyet itibariyle ya bir insan fiili veya hukukî bir olaydır. İnsan fiili olanlar, haksız fiiller ve sebepsiz zenginleşme tarzındaki fiillerdir. Çoğu zaman insanın iradesinin dışında meydana gelen birtakım hukukî olaylar da bir borç kaynağı olarak kabul edilir. Fakat bu durumlarda söz konusu olay doğrudan borç kaynağı olarak adlandırılmaz, daha çok ona bu tür bir fonksiyonu yükleyen kanun o borcun kaynağı olarak bahis konusu olur. Bu gruba giren borç kaynaklarının hepsine birden hukuki olay denilmiştir.

*Hukuki işlem ile hukuki olay arasındaki en temel fark, birincisinin hukuki bir sonuç doğurmaya yönelmiş bir irade açıklaması niteliğinde olması; ikincisinin ise kanun tarafından bazı hukukî sonuçların bağlanması için, kendilerine iradenin yönelmiş olup olmamasına bakılmaksızın, sadece meydana gelmiş olmaları yeterli görülen maddi fiil veya durumlar niteliğinde olmasıdır.*⁷³

Borcun kaynaklarına ait hukukî işlem ve hukukî olay şeklindeki ikili sınıflandırma Alman hukukunca benimsenmiştir. Senhûrî, İslam hukukunun bu ikili sınıflamaya Fransız hukukundan daha fazla yatkın olduğunu ileri sürmüştür.⁷⁴ Literatürdeki kavî tasarruflar ve fiilî tasarruflar ayırımı da bunu teyid etmektedir.⁷⁵

Bu konuda, Fransız hukukunun da kendisinden büyük çapta esinlendiği

⁷³ Sultan, *Mesâdirü'l-İltizâm*, 6-8.

⁷⁴ Senhûrî, *Mesâdir*, I, 68.

⁷⁵ Senhûrî, *Mesâdir*, I, 69, 1 nr. dipnot.

Roma hukuku, tarih içinde bir gelişme süreci yaşamıştır. Nitekim *Gaius*'un *Institutiones*'inde, borcun kaynaklarından sadece ikisi, *akit* ve *haksız fiil*'den söz edilmiş, daha sonraları *Digesta*'da *çeşitli sebebler* adıyla yeni bir borç kaynağı ihdas edilmiş⁷⁶ ve nihayet *Justinianus*'un *Institutiones*'inde bu kaynaklar *akit*, *akit benzerleri*, *haksız fiil* ve *haksız fiil benzerleri* şeklinde dörde çıkarılmıştır.⁷⁷ İşte 1804 Fransız Medeni Kanunu⁷⁸, yani Napolyon Kanunu⁷⁹ borcun kaynaklarına ilişkin bu son sınıflandırmanın etkisinde kalarak *akit*, *akit benzerleri*, *haksız fiiller*, *haksız fiil benzerleri* ve *kanun* şeklinde beşli bir sınıflamayı benimsemiştir.⁸⁰

Mısır ve Ürdün MK'ları, borç kaynaklarını, *akit*, *tek taraflı hukuki işlem*, *haksız fiil*, *haksız fiil benzerleri* ve *kanun* şeklinde beşli bir tasnife tabi tutmuştur.⁸¹

Türk-İsviçre Borçlar Kanunu ise borcun kaynaklarına üç fasılda yer vermiş ve bunları sırasıyla *akitten doğan borçlar* (1-40 md.), *haksız muamelelerden doğan borçlar* (41-60) ve *haksız bir fiil ile mal iktisabından doğan borçlar* (61-66) şeklinde düzenlemiştir.⁸²

Borcun kaynaklarına ilişkin çeşitli tasnifler yapılabilir ve hiç biri eleştiriden uzak değildir. İslam hukukundaki borç kaynakları için şu veya bu tasnifin yapılmasının daha sağlıklı olduğuna karar vermek çalışmamızın sınırları dışında kalmaktadır ve başlıbaşına bir araştırma konusu teşkil eder.

Yukarda anlatılanlardan anlaşılacağı gibi “İslam Hukukunda Borçların İfası” adlı tezimizde geçen borçlar sözcüğünden maksat borç ilişkileri değil, bu ilişkilerin taraflara yüklediği dar anlamdaki borçlardır. Bu anlamdaki borçların ifası ise, yükümlülük konusu şeyin, yani edimin yerine getirilmesi ile gerçekleşir. Borç kavramı hakkında vermiş olduğumuz bu genel bilgiden sonra, artık ifaya ilişkin problemlere geçebiliriz.

⁷⁶ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel*, I, 28; Sultan, Enver, *Mesâdirü'l-İltizâm*, 7.

⁷⁷ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel*, I, 28.

⁷⁸ Birsen, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 16.

⁷⁹ Sultan, *Mesâdirü'l-İltizâm*, 7.

⁸⁰ Senhurî, *Mesâdir*, I, 66.

⁸¹ Sultan, *Mesâdirü'l-İltizâm*, 7.

⁸² Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel*, I, 31.

II İFA KAVRAMINA GENEL BAKIŞ

A. İFA KAVRAMI

1. Sözlük anlamı

Arapça bir kelime olan îfâ (الإيفاء), vefâ (و ف ي) kökünden türemiş ve if'âl babına aktarılmış bir mastardır. Sözlükte vefâ (الوفاء), edatsız kullanıldığında, yetmek, tamam olmak, tamamlanmak anlamlarına gelir.⁸³ "Sonra ona karşılığı tastamam verilecek"⁸⁴ mealindeki ayette ve "Ümmet sayısı sizinle yetmiş tamamlandı" şeklindeki hadiste kelime bu anlamda kullanılmıştır. İfâ kelimesi ise edatsız kullanıldığında tamamlamak, tam yapmak anlamlarına gelir.⁸⁵ Bu şekilde ve bu anlamda ifa kelimesi pek çok ayette geçmektedir.⁸⁶

Hem vefâ hem de îfâ, *be* (الباء) edatıyla kullanıldığında verdiği sözü tutmak, sözünde durmak, gereğini yapmak, bir şeyi eksiksiz yerine getirmek, gerçekleştirmek manalarına gelir.⁸⁷ Her iki kelime, yine pek çok ayette, *be* edatıyla birlikte ve belirtilen anlamlarda kullanılmıştır.⁸⁸ Bu şekliyle ifa kelimesi genel olarak ahde vefa gösterilmesi ve verilen sözün gereğinin eksiksiz yerine getirilmesi anlamına gelmektedir. İfanın terim anlamı, burada geçen sözlük anlamının özel bir türünü teşkil eder.

Vefâ kökünün tef'il babından türevi olan tevfiye (التوفية), bir şeyi eksiksiz vermek anlamına gelir.⁸⁹ Tefviye, Kur'an'da pek çok yerde çeşitli şekillerde geçmekte ve insanların dünyada yaptıkları amellerin karşılıklarının Allah tarafından tam ve eksiksiz olarak verilmesi anlamında kullanılmaktadır.⁹⁰ Aynı kökten türemiş olan teveffî (التوفي) ve istîfâ (الإستيفاء) kelimeleri ise bir şeyi tam ve eksiksiz

⁸³ İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, XV, 358-360.

⁸⁴ Necm 53/41.

⁸⁵ İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, XV, 358-360.

⁸⁶ A'raf 7/85, Yusuf 12/59, En'am, 6/152, İsrâ 17/35, Şuara 26/181, Hud 11/85 ve Yusuf 12/88 ayetlerde kelime belirtilen anlamlarda kullanılmıştır.

⁸⁷ İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, XV, 358-360.

⁸⁸ Bakara 2/40; Bakara 2/177; Âl-ı İmran 3/76; Maide 5/1; Tevbe 9/111; Ra'd 13/20; Nahl 16/91; İsrâ 17/34 ve Fetih 48/10 ayetler örnek gösterilebilir.

⁸⁹ İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, XV, 358-360.

⁹⁰ Bakara 2/272, 281; Âl-ı İmran 3/25, 57, 161, 185; Nisa 4/173; Enfal 8/60; Hud 11/15, 111; Nahl 16/111; Nur 24/25, 39; Fatır 35/30; Zümer 39/10, 70; Ahkaf 46/19; Necm 53/37.

almak, elde etmek anlamlarına gelir.⁹¹ Kur'an'da geçtiği şekilleriyle teveffî daha çok insan ruhlarının görevli melekler tarafından kabzedilmesi⁹², istifâ ise bir alacağın eksiksiz olarak elde edilmesi anlamında kullanılmıştır.⁹³ Sünnet'te de bu kelimeye ve türevlerine, Kur'an paralelinde anlamlar yüklenmektedir.⁹⁴

2. Terim anlamı

Gerek Kur'an'da gerek Sünnet'te ifâ, biri ahde vefâ⁹⁵, diğeri borçların gereği gibi yerine getirilmesi⁹⁶ olmak üzere iki anlamda kullanılmıştır. Ahde vefâ ilkesine, sadece insanlararası ilişkileri değil aynı zamanda Allah-insan ilişkisini de kapsayacak şekilde bir muhteva yüklenmiştir. Ahlaki dayanağını bu ilkedен alan borçların ifası ise, pek çok ayet ve hadiste öncelikle dinî, ahlakî ve hukukî bir yükümlülük olarak tesbit edilmiş ve bu yükümlülüğün gereği gibi yerine getirilmesi ısrarla vurgulanmıştır.⁹⁷

⁹¹ İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, XV, 358-360.

⁹² Bakara 2/234, 240; Âl-ı İmran 3/55; Nisa 4/15, 97, 193; Maide 5/117; En'am 6/60; A'raf 7/37, 126; Enfal 8/50; Yunus 10/46; Yusuf 12/101; Ra'd 13/40, 61, 104; Nahl 16/28, 32, 70; Hac 22/5; Secde 32/11; Zümer 39/42; Ğâfir 40/67, 77; Muhammed 47/27.

⁹³ Mutaffifin 83/2.

⁹⁴ Bkz. *Concordance*, vefâ, ifâ, tevfiye, teveffî ve istifâ maddeleri.

⁹⁵ "Ey İsrailoğulları! Size verdiğim nimetlerimi hatırlayın, bana verdiğiniz sözü yerine getirin ki, ben de size vadettiklerimi vereyim" (Bakara 2/40); "Antlaşma yaptıkları zaman sözlerini yerine getirirler" (Bakara 2/177); "Her kim sözünü yerine getirir" (Âl-ı İmran 3/76); "Allah'tan daha çok sözünü yerine getiren kim vardır!" (Tevbe 9/111); "Onlar, Allah'ın ahdini yerine getirenler verdikleri sözü bozmayanlardır" (Ra'd 13/20); "Antlaşma yaptığınız zaman, Allah'ın ahdini yerine getirin" (Nahl 16/91); "Verdiğiniz sözü yerine getirin. Çünkü verilen söz, sorumluluğu gerektirir" (İsra 17/34) ve "Kim Allah ile olan ahbine vefa gösterirse Allah ona büyük bir mükâfat verecektir" (Fetih 48/10)

⁹⁶ "Ey iman edenler! Akitleri(n gereğini) yerine getiriniz" (Maide 5/1); "Ölçü ve tartıyı tam yapınız, insanlara eşyalarını eksik vermeyiniz" (A'raf 7/85), "ölçü ve tartıyı adaletle yapın" (En'am, 6/152), "ölçtüğünüz zaman tastamam ölçün ve doğru terazi ile tartın" (İsra 17/35), "ölçüyü tastamam yapın ve (insanların haklarını) eksik verenlerden olmayın" (Şuara 26/181), "Ey kavmim! Ölçüyü ve tartıyı adaletle yapın; insanlara eşyalarını eksik vermeyin" (Hud 11/85)

⁹⁷ Bkz. Abdulbâkî, *Mu'cem*, md. v-f-y; Weinsinck, *Concordance*, v-f-y maddesi. Ayrıca ifa etmek niyetiyle borçlanan kişinin ifa hususunda Allah'ın yardımına mazhar olacağını (İbn Mâce, Sadakât, 10), ifa kasdı taşımadan borçlanan kimsenin ise Allah'ın huzuruna hırsız olarak çıkacağını (İbn Mâce, Sadakât, 11) belirten Peygamber Efendimiz, borcunu güzel ifa eden borçluyu övmekte İbn Mâce, Sadakât, 16; Ebu Davud, Büyü', 11 فان خيار الناس أحسنهم قضاء, alacağın nezih bir şekilde talep edilmesini alacaklıya tavsiye etmekte (İbn Mâce, Sadakât, 15) ve ödeme sıkıntısı içinde bulunan borçluya kolaylık gösterilmesini teşvik edip Allah'ın böyle bir alacaklıya hem

Terim olarak ifa, ilgili birkaç kavram açıklanırsa daha belirgin bir şekilde anlaşılma imkanına kavuşur. Bu kavramların başında *edâ*, *iâde* ve *kazâ* gelmektedir. Fıkıh usulüne ait bu kavramlar, münferit anlamdaki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için kullanılan birtakım spesifik anlamdaki kavramların süzölmüş halini temsil eder. Bir başka ifadeyle bunlar, özel anlamdaki pek çok alt kavramı içeren üst kavramlardır. Bu üst kavramlar, belli bir tefekkür süreci sonucunda oluşmuştur. Şöyle ki, Kur'an, Sünnet ve bunlardan neşet eden hukuk literatüründe çeşitli türden yükümlülüklerden söz edilmiş ve bunların yerine getirilmesi, genel olarak, onlara özgü kelimelerle anlatılmıştır.⁹⁸ Örneğin namaz vecibesinin yerine getirilmesi namazla aynı kökten türemiş bir sözcükle veya buna mahsus bir başka fiil ile ifade edilmiştir. Aynı şekilde oruç farzasının yerine getirilmesi aynı kökten türemiş bir fiil ile ifade edilmiştir. Yine aynı şekilde zekât borcunun ifası için verme fiili seçilmiştir. Bu durum, pek çok dinî, ahlakî ve hukukî yükümlülüğün yerine getirilmesinde de geçerlidir. Aynı durum fûru-ı fıkıh hakkında da geçerlidir. Nitekim gerek ibadetler, gerek diğer konular işlenirken, dar anlamda herhangi bir yükümlülüğün yerine getirilmesi, ona ait özel bir fiil ile ifade edilmiştir. Bu durum, özel borç ilişkileri tarzında işlenmiş olan muamelat bahsi için de geçerlidir. Nitekim bir bey' akdinde, satıcının borcunu ifa etmesi, teslim kelimesi ile ifade edilmiştir. Gerçi teslim sözcüğü, ifa edilecek borcun konusunu parça niteliğindeki malların teşkil ettiği bütün durumlarda kullanım imkanı bulmuştur. Diğer hukukî yükümlülüklerin ifası için de pek çok özel-cüz'î kelimeler kullanılmıştır. Bu vaziyet, islam hukukçularını, ilk dönemden beri daha genel kavramlar bulma arayışına sevk etmiştir. Bu süreçte özellikle fıkıh usulü bilginlerinin katkısı gözardı edilemez.

Kavram belirlemede İslam âlimlerinin ortak bir özelliği, Kur'an veya Sünnet'te yer alan kelimelere öncelik tanımalarıdır. Özellikle *edâ* böyle bir anlayışa güzel bir örnek teşkil eder. Şöyle ki, Kur'an ve Sünnet'teki *edâ* ve türevlerinin, geçtiği yerlerde üstlendiği anlam inceliği muhtemelen İslam alimlerini cezbetmiştir. *Edâ*, tediye anlamında bir fiilimsidir. Kelimenin Kur'an ve Sünnet'te geçen bu

dünyada hem de ahirette kolaylık göstereceğini ifade etmekte ve bir anlamda ifanın ahlaki esaslarını belirtmiş olmaktadır (İbn Mâce, Sadakât, 14). Bizzat kendisi, ödünç aldığı parayı ifa ettiğinde alacaklıya teşekkür etmiş ve "Ödünçün karşılığı ancak ifa ve teşekkürdür" (İbn Mâce, Sadakât, 16: انما جزاء السلف الوفاء والحمد) diyerek örnek bir davranış sergilemiştir.

⁹⁸ Bardakoğlu, "Edâ", DİA, X, 389.

babtaki türevleri, ilâ edatıyla ve emânet sözcüğüyle birlikte kullanılmıştır.⁹⁹ Bu konteks içinde de edâ veya tediye, emaneti veya verilmesi gereken şeyi sahibine, ehil olanına teslim etmek, vermek anlamlarına gelir. Oysa teslim veya verme anlamlarını, sırf bunlara özgü başka kelimeler karşılamaktadır. O kelimelerin değil de edâ sözcüğünün seçilmesi, ne tür ilave bir anlam zenginliği kazandırmaktadır? Bu anlam zenginliğinin anlaşılması emanet sözcüğünün de tanıtılmasına bağlıdır. Emanet, güven duyulan kimseye bırakılan değerli şey demektir. Bu nedenle akıl, peygamberlik ve kamu görevleri yeri geldiğinde emanet kelimesiyle karşılanmıştır. Bu tür önemli değerler ancak güven duyulan ve sorumluluk anlayışı yüksek kimselere bırakılabilir. Bunlara duyulan güven nedeniyle, onların bu değerlere hiyanet etmeyecekleri beklenir. Bunun bir uzantısı olarak sosyal hayatta, fertler, kendilerine ait değerli şeyleri veya önemli işleri ancak itimad ettikleri kimselere bırakırlar. Böylece tevdi edenler, bıraktıkları kimselerin, telkin ettikleri itimad nedeniyle, kendilerine ait o değerlere zarar vermeyeceklerini düşünerek kendilerini güvende hissederek. Bu nedenle özel borç ilişkilerinden vedia, ariyet, vekâlet, kira, muaderebe gibi akitlerde, güven hissi vermiş olan mude', müsteîr, vekil, kiracı ve mudaribin elinde bulundurdukları, ama kendilerine ait olmayan şeyler emanet statüsünde sayılmış ve onların bu güvenleri korunmuştur. Şöyle ki, elinde bulunan şeyler, kusurları olmadan telef olursa, onlara tazmin ettirilmez. Bu nedenle onların da, bu emanet sayılan şeyleri, sahiplerine olduğu gibi teslim etmeleri gerekir. Nitekim "Biriniz diğerine güvenip bir şey bırakmışsa, güven duyulan, diğerinin emaneti olan şeyi olduğu gibi teslim etsin" (Bakara 2/283) ayeti bu gerçeği ifade eden en güzel örnektir. Bu ayette emanet edânın bir türeviyle birlikte kullanılmıştır. Emanet olan şey de, teknik olarak, bir ayndan ibarettir, yani somut ve tek bir şeydir. Bu nedenle edâ, ancak o şeyin bizzat kendisi sahibine teslim edilirse gerçekleşmiş olur. Edâ sayesinde, şeyin sahibi, o şeyin bizzat kendisine kavuşmaktadır. Ancak yapılan herhangi bir hukuki işlemle alacaklı, borçluya ait bir şeyi veya fiili isteme hakkı elde etmiş olmaktadır. Bu ise, emanet konusu şey kadar net, belli ve somut olmayabilir. Bu nedenle bunu temin etmekle yükümlü olan taraf, o şey veya fiili, öyle bir şekilde karşı tarafa aktarmalı ki, aynen emanet alanın, karşı tarafa ait olan belli, somut ve tek olan şeyin bizzat kendisini sahibine iade ettiği gibi davranmış olsun ve buna edâ adı verilebilsin. Böylece en iyi bir ifa, olsa olsa ancak edâ kadar olabilir. İşte edânın böyle bir bağlamda kullanılmış olması, onun, ideal

⁹⁹ Bkz. Abdalbâkî, *Mu'cem*, Edâ md.; Weinsinck, *Concordance*, Edâ maddesi.

bir ifa için namzet seçilmesine neden olmuştur. Kaldı ki, fıkıh usulü literatüründe, özellikle hanefi usul anlayışında, edâ için verilen tanımlar da bu düşüncemizi teyid edecek tarzdadır. Nitekim hanefiler, edâyı, “emir sebebiyle sabit olan vâcibin aynını teslim”¹⁰⁰ şeklinde tanımlamaktadırlar. Bu tanımda "ayn" sözcüğünün seçilmesi, anlattığımız hususun dikkate alındığını göstermektedir.

Edânın hanefiler tarafından bu şekilde tanımlanması, kapsamının da oldukça geniş çizilmesine yol açmaktadır. Zira vâcip kavramı, inanan bir insanın, yapılması dinen gereklilik kazanmış bütün fiillerini içine alır. Bu nedenle teknik anlamda dinî, ahlakî ve hukuki olarak nitelenebilecek yükümlülükler de, vâcip kapsamında yer alır. Bu yükümlülüklerin bizzat kendilerini, gereği gibi yerine getirmek edâ olarak nitelenebilir. Bu arada borçların ifası da edâ içinde yer alır ve bir açıdan, onun bir alt türünü oluşturur.¹⁰¹

Diğer taraftan şafiiler ise edânın kapsamını bu kadar geniş tutmamaktadırlar. Onlara göre, edâ, ibadetlerin ifasına özgü bir kavramdır. Hatta bütün ibadetlerin ifası bile edâ ile nitelenemez. Sadece ifası belli bir zaman dilimi içinde gereken ibadetlerin belirtilen zamanda gereği gibi yerine getirilmesi karşılığında edâ terimi kullanılabilir.¹⁰²

Yapılması vacip olan fiil, yerine getirilirken, unsurlarından biri eksik olması nedeniyle hükümsüz kalmışsa, aynı fiilin bütün unsurlarını içerecek şekilde yeniden yapılması henüz imkan dahilindeyse bu yeniden yapılan, edâ niteliğinde olmasına rağmen, sırf aynı fiilin tekrarı olduğu için *iâde* adını alır. Fakat yükümlü olunan fiil, bütün unsurlarıyla yapılma imkanını kaybetmişse, artık yapılacak olan, edâ adını almayacağı gibi *iâde* olarak da tavsif edilemez.

¹⁰⁰ Buhârî, *Keşfü'l-Esrâr*, I, 134: (Bu tanım, Pezdevî'ye aittir.

¹⁰¹ Bardakoğlu, “Edâ”, DİA, X, 389. Ayrıntı hakkında bkz. Buhârî, *Keşfü'l-Esrâr*, I, 134.

¹⁰² Bardakoğlu, “Edâ”, DİA, X, 389; Süyûtî, *Eşbâh*, 395:

(العبادة إن لم يكن لها وقت محدود الطرفين لم توصف بأداء ولا قضاء ولا تعجيل

“İfası sınırlı bir zaman diliminde gerekmeyen bir ibadet, ne edâ, ne kazâ, ne de ta'cil (vaktinden önce yerine getirme) ile nitelenebilir.”; Süyûtî, konuyla ilgili fıkıhın çeşitli bölümlerinden örnekler verdikten sonra yukardaki kuralı, şu şekilde, tekrar ifade etmektedir:

(والحاصل : أن ما له وقت محدود يوصف بالأداء والقضاء إلا الجمعة وما لا فلا) (*Eşbâh*, 397)

“Sözün özü, cuma namazı hariç, ancak sınırlı bir vakti olan (ibadet), edâ ve kazâ ile nitelenebilir; böyle olmayan bu şekilde nitelenemez”

Vâcibin bizzat kendisinin yerine getirilmesi, yani edâ imkansızlaşır, kazâ yoluna gidilir.¹⁰³ Edânın imkansızlaşması, sınırlı zaman parçasının çıkması veya verilecek muayyen şeyin telef olması halinde söz konusu olur. Edâ asıl, kazâ bedel konumunda olduğu için, asıl işletilebildiği sürece bedele gidilmez. İfası belli bir zaman diliminde gereken ibadetlerde, bu zaman dilimi, edânın bir asli unsurunu teşkil eder. Belirtilen zaman geçince, artık o asli unsur imkansızlaşmış olur. Artık bundan sonra yerine getirilecek olan, kazâ olarak nitelenecektir. Gerçi kazâ olarak yapılan fiil, edâ olarak yapılan fiilden zahiren farklı değildir. Örneğin edâ olarak ifa edilen namaz ile kazâ olarak ifa edilen namaz arasında, niyet dışında, bir fark bulunmaz. Yine de yapılan, her ne kadar farklı değilse de sırf zaman unsurundan dolayı belirtilen nitelemeleri alır. Bu noktada mezhepler arasında bir görüş ayrılığı yoktur. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi hanefiler, edâ kavramını sadece ibadetlere hasretmedikleri için, ona paralel olarak kazâ kavramının kapsamını da burada belirtilenden ibaret görmemeşlerdir. Nitekim hanefi usul bilgini Pezdevî, terim olarak kazâyı, “emir sebebiyle sabit olan vâcibin mislini teslim etmek (yerine getirmek)”¹⁰⁴ şeklinde tanımlamaktadır.

Belirtilen teknik kullanımın yanısıra edâ ile kazânın birbirlerinin yerine kullanıldıkları da görülmektedir. Bazan edânın, bir karine ile takyid edilmiş olarak kazâ anlamında da kullanıldığı görülür. Fakat bu anlamda kullanıldığında mutlaka bir karine ile mukayyed olması gerekir. “Üzerindeki deyni edâ etti” cümlesindeki *deyn* karinesiyle edanın kazâ anlamında kullanılmış olduğu anlaşılır. Çünkü deynin aslını edâ etmek imkansızdır. “Dünün öğle namazını edâya niyet ettim” cümlesinde de “dün” sözcüğü buradaki edânın kaza anlamında kullanılmış olduğunu göstermektedir. Çünkü süresi geçtikten sonra dünkü öğle namazının edâ edilmesi mümkün değildir. Kaldı ki, edâ, vacibin bizzat kendisini, yani aynini teslim etmeye

¹⁰³ “Aslın ifası kabil olmadığı halde bedeli ifa olunur” (Mecelle md. 53).

¹⁰⁴ Buhârî, *Keşfü'l-Esrâr*, I, 134: (والقضاء اسم لتسليم مثل الواجب بالأمر)

Pezdevî'nin bu tanımına karşılık Serahsî, (والقضاء إسقاط الواجب بمثل من عند المأمور هو حقه)

“Kazâ, yükümlünün, kendisine ait tasarrufa yetkili bulunduğu bir misil ile, vacibi iskat etmesidir” şeklinde bir tanım getirmektedir (Serahsî, *Usûl*, I, 44). Abdulaziz el-Buhârî, ikinci tanımda yer alan kayıtları yerinde bularak bunlara şöyle açıklık getirmektedir: “Şayet ifa edilen, yükümlüye ait olmazsa, vacibin misli de olsa, kaza sayılmaz. Nitekim borçlunun, başkasına ait dirhemleri, kendi borcuna mahsuben vermesi kazâ sayılmaz. Bundan dolayı da dirhem sahibinin istirdad hakkı vardır. Yine mükellefin, ikindiye öğlene saydırma veya bugünün öğle namazını, niyet ederek dününkine saydırma hakkı yoktur. Her ne kadar bu iki namaz arasındaki mümasalet, onunla nafile arasındakinden daha kuvvetli ise de durum değişmez.” (Buhârî, *Keşfü'l-Esrâr*, I, 134).

mahsustur. Zira edâ, sözlükte, kişinin yükümlü olduğu şeyden kurtulma konusunda son derece dikkat ve özen göstermesi anlamına gelir. Bu da ancak yükümlü olunan fiilin bizzat kendisini teslim etmekle olur; zamanı kaçırıldıktan sonra mislini vermekle edâ olmaz. Bundan dolayı da edâ, mislin teslim edilmesi için ancak mecazen kullanılabilir. O halde edânın bu anlamda kullanılması bir karine ile takyid edilmeye muhtaçtır. Kazâ ise, bir şeyin bizzat kendisini muhkem yapmak anlamına gelir. Bu da, hem *mislin* hem de *aynın* tesliminde mevcuttur. Bundan dolayı da kazâ kelimesi, hakiki anlamında olmak üzere, hem bir şeyin aynını, hem de mislini teslim etme anlamında karinesiz olarak kullanılabilir.¹⁰⁵

Yukarda açıklanan üç kavram, kural olarak, vâcibin yerine getiriliş biçimlerini ifade eder. Borcun da vâcib kavramı kapsamında yer aldığı düşünülürse belirtilen üç terim borcun yerine getirilişi hakkında da geçerli olur. Ne var ki, bu terimler, sadece borçların ifasına münhasır olmadığı için bir karışıklığa meydan vermemek amacıyla, vâcib kapsamına giren yükümlülüklerin içinden sadece borçların yerine getirilişini karşılamak üzere ifa teriminin kullanımı tercih edilecektir.

İfanın sözlükteki kullanımında en belirgin biçimde öne çıkan özelliği, verilen bir sözün gereği olan fiilin icra tarzıdır. O da bu icranın tam, eksiksiz ve olması gereken şekilde sonuçlandırılmasıdır. Verilen sözün gereği olan fiil, ancak bu tarzda yerine getirilirse, bu yapılan, ifa olarak nitelenebilir. Bu tarzda yerine getirilen fiil, hangi sözün gereği olarak yapılıyorsa, o sözün mahiyeti önemli değildir. Bu söz dinî, ahlakî veya hukuki nitelikte olabilir. Yeter ki, konusunu teşkil eden bu fiil, belirtilen biçimde yerine getirilmiş olsun. Ne var ki, belirtilen tarzda yerine getirilen fiil, borcun konusunu teşkil eden edimden ibaret olursa, artık ifâ, sözlük anlamından çıkıp borçlar hukuku alanında terim anlamı kazanmış olur.

Türk hukukunda ise ifayı, terim olarak, Eren, “borçlanılan edimin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesi, alacaklının tatmin edilerek borcun sona erdirilmesi”¹⁰⁶; Oğuzman, “borçlanılan edimin yerine getirilmesi”¹⁰⁷; Feyzioğlu, “borç ilişkisinde borçlunun yüklendiği edimi, kaynağındaki ve kanundaki esaslara uygun surette yerine getirmesi”¹⁰⁸; Tunçomağ, “borçlanılmış edimin yerine

¹⁰⁵ Buhârî, *Keşfü'l-Esrâr*, I, 137-138.

¹⁰⁶ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 79.

¹⁰⁷ Oğuzman, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 2.

¹⁰⁸ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel*, II, 3.

getirilmesiyle borcun sona erdirilmesi (AMK. 362/1), borçlu ile alacaklı arasındaki hukukî bağın çözülmesi"¹⁰⁹ şeklinde tarif etmektedirler. Bu tariflerdeki temel unsurlar dikkate alınarak, ifanın, *borçlanılan edimin gereği gibi yerine getirilmesi* şeklinde ortak bir tanım yapılabilir. Böyle bir tanım, ifanın yukarıda verilen sözlük anlamı ile de uyumaktadır.

B. İFANIN MAHİYETİ VE İLGİLİ TEORİLER

1. İfanın Mahiyeti

İfa, sadece borçlanılan edimin yerine getirilmesinden mi ibaret, yoksa tarafların ayrıca yapılanın ifa olduğu hususunda anlaşması da mı gerekir sorusuna verilecek cevap ifanın mahiyetini belirlemektedir. Doktrinde bu konuyla ilgili üç teori geliştirilmiştir.

2. İlgili Teoriler

a. Genel akit teorisi

Bu teoriye göre, ifa bir akit mahiyetindedir. O halde taraflardan biri icapta, diğeri de kabulde bulunarak ifa akdi kurmak durumundadırlar. Ayrıca bu karşılıklı irade beyanlarının ifa sebebi hususunda uyuşması da gerekir. Bu anlamdaki ifa iki unsurdan oluşmaktadır. Birinci unsur, maddi bir fiil niteliğindedir. Borçlanılan edim, maddi bir fiil olarak yerine getirilince ifanın birinci unsuru gerçekleşmiş olur. İkincisi ise ifanın akdî unsurudur. Binaenaleyh ifanın gerçekleşmesi için bir yandan edimin maddi bir fiil olarak yerine getirilmesi, diğer taraftan da bu maddi fiilin amacı üzerinde tarafların anlaşması gerekir. İfa bir akit kabul edildiği için, tarafların akit yapma ehliyetine sahip olmaları gerekir. Taraflardan biri akit yapma ehliyetine sahip değilse, onun yerine kanuni temsilcisinin ifaya katılması gerekir. Müşterek hukukta ve AMK'nun kabulü sırasında revaçta olan bu görüş, bugün pek rağbet görmemektedir.¹¹⁰

b. Sınırlı akit teorisi

Genel akit teorisinin, edimin mahiyetini dikkate almadan ifanın, bütün

¹⁰⁹ Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Dersleri*, II, 391.

¹¹⁰ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 83

edimlerde bir akit niteliğinde olduğunu öngörmesi bir aşırılık kabul edilmiştir. Bu teori ise, ifanın sadece maddi bir fiil olarak yapılması ile sadece hukukî bir işlem olarak yapılmasını birbirinden ayırt etmektedir. İfa, kimi zaman, maddi bir fiil, kimi zaman da hukuki bir işlemden ibarettir. Nitekim bir hizmet akdinde hizmet edimi maddi bir fiilden ibarettir. Diğer taraftan bazı borçların ifası da ancak hukukî bir işlemin yapılmasıyla mümkün olur. Mesela menkul satımında satıcının şeyin mülkiyetini geçirme borcunun ifası, aynı bir akdin yapılmasına muhtaçtır. Fakat bu, ifanın hukukî mahiyeti itibariyle bir akit olduğu anlamına gelmez.¹¹¹ Şayet ifa maddi bir fiil ile yerine getirilebiliyorsa, borçlunun bunu ifa amacıyla yapması şart değildir. Aynı şekilde alacaklının da kabul iradesiyle hareket etmesine de gerek yoktur. Alacaklının, yerine getirilenin borçlanılan edim olduğunu bilmesi yeterlidir.¹¹² Maddi bir fiil ile yerine getirilen bir ifade borçlunun fiil ehliyetine sahip olması da gerekmez. Yeter ki, borç gereği gibi yerine getirilmiş olsun. Alacaklının da aynı şekilde fiil ehliyetine sahip olması şart değildir.¹¹³ Fakat ifa, hukukî bir işlem ile yerine getiriliyorsa ifa kasdı, fiil ehliyeti ve tasarruf yetkisinin bulunması gerekir.¹¹⁴

Türk hukukunda, hukuki işlemler, borçlanma işlemi ve tasarruf işlemi şeklinde bir ayırımı tabi tutulmaktadır. Borçlanma işlemi, borçlunun mamelekinin aktifini fiilen etkilemediği için, aktifin fiilen eksilmesi tasarruf işlemi ile gerçekleşmektedir. Tasarruf işlemi de, ifa, ödünç veya bağışlama amacına yönelik olur. Bunlar, tasarruf işleminin sebebini teşkil eder. Yapılan işlemin bu üç sebepten her birine de açık olması, tarafların işlemin sebebi üzerinde anlaşmalarını gerekli kılmaktadır. Bu nedenle taraflar ödemenin sebebinin ifa mı, ödünç mü yoksa ona bağış mı olduğunda anlaşmaları gerekir. Ödemenin sebebi üzerinde taraflar anlaşamazsa yapılan ödeme sebepsiz kalacak ve alacaklının iade talebi gündeme gelecektir. Bu düşüncelerle Türk hukuk sisteminde, verme borçlarının ifası, sadece maddi bir fiilden ibaret görülmemiş, bunun yanısıra tarafların sebep üzerinde anlaşmaları da gerekli görülmüştür. Dolayısıyla ifanın mahiyeti hakkında sınırlı akit teorisi benimsenmiştir.

c. Maddi fiil teorisi

¹¹¹ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 85.

¹¹² Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 85-86.

¹¹³ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 86.

¹¹⁴ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 87.

Buna göre ifa, niteliği itibariyle borcu sona erdiren maddi bir fiildir. Borçlu tarafından yerine getirilen edimin, borçlanılan edime uygun bir sonuç doğurması ifa için yeterli sayılır. Bu tür bir ifa hukukî bir işlem olmadığı için borçlunun ifa kasdını taşıması, tarafların ifa sebebi üzerinde anlaşmış olması, tarafların fiil ehliyetine ve tasarruf yetkisine sahip olmaları gerekmez. Yeter ki, sunulan edim, borçlanılan edime uygun bulunsun. Bununla alacaklı tatmin edilmiş, borç sona ermiş ve borçlu borçtan kurtulmuş olur. Ne var ki, bazı durumlarda, belirtilen sonuçların doğması ancak bir hukukî işlemin yapılmasına bağlı olabilir. Tabii ki bu tür durumlarda, tarafların fiil ehliyetine sahip olması icab eder. Fakat bu durumda bile, yapılan işlem doğrudan edimin bir parçası sayılır; yoksa başlı başına müstakil bir işlem değildir.¹¹⁵

İslam hukukunda hukuki işlemlerin, ilke olarak, borçlanma işlemi ve tasarruf işlemi şeklinde bir ayırımı tabi tutulmaması, bir başka ifadeyle hukuki işlemin tasarruf işlemi niteliğinde olması, ifanın bağımsız bir hukuki işlem sayılmasını gerektirmemiştir. Hukuki sonuç, borç ilişkisine kaynaklık eden hukuki işlemle gerçekleştiği için, ifanın fonksiyonu, hukuki platformda gerçekleşmiş sonucun dış alemde de gerçekleşmesini sağlamaktır. Bu nedenle ifa, maddi bir fiil mahiyetindedir.¹¹⁶ Nitekim bir parça boncunun ifasında, borçlunun ifa olarak yaptığı, mülkiyeti akitle alacaklıya geçmiş olan ferden muayyen şeyi ona teslim etmekten ibarettir. Deyn niteliğindeki borçların (cins ve para borçları) ifası ise, edimin ferden muayyen hale getirilmesinden ibarettir. Edim muayyen hale getirilmekle, daha önce kurulup bu borcu doğurmuş olan işlemin, dış alemde somutlaştırılmış olan bu şey üzerinde etkisini göstermesine imkan sağlanmış olur.

¹¹⁵ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 84-85.

¹¹⁶ Zerka, yaptığı tanımdan ve verdiği örneklerden, "*tasarruf*" kavramına hukuki fiil anlamı yüklemektedir. Tasarrufları (hukuki fiilleri) da, *kavli* ve *fiili* olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Mahmesânî de tasarrufları böyle bir ayırımı tabi tutmaktadır. Ne var ki, Mahmesânî, yaptığı bu ayırımda, kavli tasarrufları hukuka uygun fiiller, fiili tasarrufları da hukuka aykırı fiiller karşılığında kullanırken Zerka, fiili tasarrufları, ister hukuka uygun ister aykırı olsun hukuki işlemler dışında kalan fiiller karşılığında kullanmaktadır. Bu nedenle Zerka ifayı, fiili bir tasarruf olarak nitelemektedir. Bu nitelemeyi yaparken de ona, maddi fiil anlamı yüklemektedir. Oysa Mahmesânî, hukuka uygun fiillere, fiili tasarruflar kategorisinde yer vermemektedir. Bu nedenle de ifa, maddi bir fiil olarak da nitelense, onun anlayışında kavli tasarruflar arasında yer alması gerekir. Konuyla ilgili olarak bkz. Zerka, *el-Fıkhu'l-İslamî*, I, 288-291; Mahmesânî, *Mûcebât*, I, 33. Kâsânî, tasarrufları kavli ve fiili şeklinde bir ayırımı tabi tutarken bu kavramlara, Mahmesânî'nin anladığı anlamları yüklemektedir (Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 171).

Gerçi bu da bir tür hukuki işlem görüntüsü vermektedir. Şöyle ki, borçlunun ifa olarak sunmak üzere temin ettiği şeyin, cins, miktar, tür ve kalite bakımından borçlanılan edime uygun olduğunun tesbiti her iki tarafın da katılımını gerektirir.¹¹⁷ Bu katılım neticesinde getirilen şeyin akde tahsisi gerçekleşmiş olur. Mesela selem alacaklısı, selem borçlusuna selem alacağı olan misli malı ölçüp yanında alıkoymasını söylerse, alacaklı bu ölçme işlemi sırasında hazır bulunmadıkça, kabz gerçekleşmiş olmaz.¹¹⁸ Ayrıca bu kabzın geçerli sayılması için tarafların fiil ehliyetine de sahip olmaları gerekir.¹¹⁹ Burada tarafların fiil ehliyetine sahip olmaları şartının aranması, kabzın bir akit olduğu anlamına gelmez. İslam hukukunda deyn niteliğindeki borçların ifası, bir anlamda, Türk hukuk sistemindeki ifanın mahiyetine ilişkin teoriye yaklaşıyorsa da, yukarıda anlattığımız hukuki işleme ilişkin ayırımın İslam hukukunda yer almaması, ifanın maddi bir fiil mahiyetinde algılanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle edimin gereği gibi yerine getirilmiş olması, ifanın gerçekleşmesi için yeterlidir. Borçlunun veya alacaklının yapılan ödemenin ifa kasdıyla yapıldığını bilmeleri şart değildir. Kaldı ki, normal şartlarda, bir borçlunun edime uygun yaptığı ödemenin, ifa dışında bir amaçla yapılması düşünülemez. Alacaklı ilke olarak, yapılan bu ödemenin ifa amacıyla olduğunu bilmek durumundadır. İfa, mevcut borç ilişkisinin konusu olan edimin icrasından ibaret olduğuna göre, edimden beklenen sonucun fiilen gerçekleşmesi ifa için yeterlidir. Nitekim Karâfi'nin yaptığı değerlendirme de bunu teyid etmektedir. O, yükümlülükleri iki kısma ayırmaktadır. Birinci kısımda yer alan yükümlülüklerde, işlenen fiilin sureti istenilen sonucu meydana getiriyorsa, bu fiilin işlenmesi sorumluluktan kurtulmak için tek başına yeterlidir. Borçların edâsı, gaspedilenlerin geri verilmesi, vediaların iadesi ve nafaka borçlarının ifası bu türdür. Yükümlü, bunları, bir amaç veya niyeti olmadan da yapmış olsa maksat hasıl olur ve yükümlü, bunları tekrar yerine getirmek zorunda kalmaz.¹²⁰

C. İFANIN SONUÇLARI

İfa, alacaklıya talep hakkının taalluk ettiği şeyi temin eder¹²¹, borçlu için ise

¹¹⁷ Şeybâni, *Asl*, 35.

¹¹⁸ Şeybâni, *Asl*, 35.

¹¹⁹ Zerkeşi, *Mensûr*, III, 160; Süyûtî, *Eşbâh*, 329. Ayrıca Zerkeşi, kabz ve ikbazda, kural olarak ehliyet şartı aranır demektedir (*Mensûr*, III, 57).

¹²⁰ Karâfi, *Furûk*, II, 50, frk. 65.

¹²¹ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 11.

borçtan kurtulma vasıtasıdır.¹²² Böylece ifa, borç ilişkisinin değil, dar anlamdaki borcun normal bir şekilde sona ermesini sağlar. Ancak borç ilişkisinin konusu, tek bir borçtan ibaret ise, o borcun ifa edilmesiyle, kural olarak borç ilişkisi de sona erer. AMK'da, ifanın borç ilişkisini sona erdirdiği¹²³ ifade edilmişse de bu anlayış, Alman hukukçusu Esser tarafından eleştirilmiş ve isabetli olmadığı belirtilmiştir.¹²⁴ von Tuhr'un açıklamalarından onun da ifanın borç ilişkisini sona erdirdiği görüşünde olduğu izlenimi uyanmaktadır. Belirttiğine göre, ifa, borçluyu borcundan kurtarmak suretiyle alacaklı ile borçlu arasındaki hukukî rabıtaya son verir.¹²⁵ Ancak bu hüküm borç ilişkisinin konusunun tek bir edimden ibaret olması haline inhisar edilmesi gerekir. Kaldı ki, bu durumda bile borç ilişkisinin ifa ile son bulacağı mutlak değildir.

Alacaklı, ifa sayesinde, edim konusu şey üzerinde ifa öncesi mahrum olduğu işlemleri yapma imkanına kavuşur.¹²⁶ Ayrıca bağlayıcılığı kabza bağlı olan akitler, ifa ile birlikte, kendilerine bağlanan hukuki sonucu doğurur.¹²⁷

İfa alacağı sona erdiren infisahi bir olaydır. Alacak sona erdiği için de, alacaklı ona bağlı olan talep hakkını da yitirmiş olur. Bu nedenle, alacaklı ikinci bir ifa talebinde bulunamaz. Buna rağmen, alacaklı, talepte bulunursa, borçlu ifaya istinat ederek, teknik anlamda bir defa değil, bir itiraz dermeyan etme imkanına sahiptir.¹²⁸

İfa borçlanılan edimin gereği gibi yerine getirilmesi olduğuna göre bunun için, sunulan edimin konu, şahıs, yer, zaman bakımından borca uygun olması gerekir. Bu nedenle tezin birinci bölümü ifanın konusuna, ikinci bölümü ifanın taraflarına, üçüncü bölümü ifa yeri, ifa zamanı ve karşılıklı edimleri içeren akitlerde ifa sırasına ayrılmıştır. Dördüncü bölümde ise ifanın isbatı ve alacaklının temerrüdü konuları işlenmiştir.

¹²² von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 485.

¹²³ § 362/I'de "Vacib olan şey eda olunduğu surette borç münasebeti intifa eder" denilmektedir.

¹²⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku*, 1009.

¹²⁵ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 485.

¹²⁶ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 125.

¹²⁷ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 124.

¹²⁸ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 486.



BİRİNCİ BÖLÜM
İFANIN KONUSU

I. KAVRAM VE EDİME UYGUN İFA PRENSİBİ

A. KAVRAM

İfanın konusundan maksat ifa fiilinin muhtevasıdır. O da borç ilişkisinin gereği olarak yerine getirilmesi gereken şeyden ibarettir. O halde ifa edilecek olan şey ile edimin konusu olan şey aynıdır.

B. EDİME UYGUN İFA PRENSİBİ

Ne borçlanılmışsa onun yerine getirilmesi gerekir. Borç ancak bu şekilde ifa edilmiş sayılır. Buna hukuk dilinde edime uygun ifa prensibi denir. Buna göre, borcun konusu ne ise borçlu ancak o şeyi ifa ederek borcundan kurtulur; alacaklı da bir başka şeyi ifa olarak borçludan isteyemez. Bu genel prensibin gereği olarak edimden başka bir şeyi alacaklı kabul etmek zorunda değildir. Aynı şekilde alacaklı böyle bir talepte bulunma hakkına da sahip değildir. Bu ilke, FMK.'da açıkça yer almakta ve md. 1243'de "Alacaklı kendisine borçlu bulunulan şeyden başka bir şeyi kabule icbar olunamaz, arzolunan başka şey borçlu bulunulan şeyle aynı kıymette ve hatta ondan daha kıymetli olsa bile hüküm böyledir"¹ şeklinde ifade edilmektedir.

Şimdi edimin çeşitli türlerinin ifasında bu temel prensibin nasıl uygulandığını inceleyeceğiz.

II. EDİMİN NEVİLERİNE GÖRE PRENSİBİN UYGULANIŞI

A. PARÇA BORÇLARINDA

1. Kavram

Ferden muayyen borç olarak da isimlendirilen parça borcu, konusunu, yeteri derecede ayırt edici özellikleriyle belirtilmiş olan bir tek şeyin oluşturduğu borçtur.² Diğer bir ifade ile, edim konusu şey, kendisinin tek başına sahip olduğu özellik ve işaretlere göre tayin edilmiştir.³ Parça borçları, konusu yegane ve tek bir fert haline indirgenecek derecede netleştiği için, İslam hukuk literatüründe ayn borcu diye

¹ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 486, 13 nr. dipnot.

² von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 54.

³ Bardakoğlu, "Cins", DİA, VIII, 20.

ifade edilmiştir. Artık böyle bir edim, bir başka şeyle karıştırılmayacak derecede ayırt edilmiş ve somutlaştırılmıştır.

Parça borçları, genel olarak, kıyemî mallardan oluşur. Çünkü kıyemi bir mal, tek başına sahip olduğu nitelikleri bir başkası ile paylaşmaz. Kaldı ki, onu diğer fertlerden ayırt eden bu niteliklerdir. At, koyun, el dokuması halı gibi mallar, bu nedenle, parça borcu haline getirilmeye daha elverişlidir. Ancak bu, parça borçlarının sadece kıyemi mallardan ibaret olduğu veya misli malların parça borcu haline getirilemeyeceği anlamına gelmez.⁴

İslam hukukunda parça borçlarının en tipik örneğini bey' akdinin konusu olan mebi oluşturur.⁵ Mebi, kıyemi bir mal da olabilir misli bir mal da. Her iki halde de mebiin, akdin yapıldığı sırada mevcut olması ve taraflarca tayin edilmesi gerekir. Mebiin akit meclisinde hazır bulundurulması şart değildir. Tayin şartının ihlal edilmesi, bir başka ifadeyle bilinmezliğin aşırı olması, akdin geçersizliğine neden olur.⁶ Kıyemi şeyin tayini, genel olarak, görmekle gerçekleşir. Bu nedenle olmalı ki, şafiiler gaib şeyin, nitelikleri anlatılarak satılmasına taraftar değildirler. Çünkü alıcı, akit yaparken ne aldığını kesin olarak bilme durumunda değildir. Onlara göre böyle bir şey, alıcı tarafından görüldükten sonra akde konu yapılmalıdır.⁷ Fakat hanefi ve malikiler, alıcıya gördüğünde akde geçerlilik kazandırıp kazandırmama yetkisi tanınmak şartıyla⁸, gaib olan şeyin satımına cevaz vermişlerdir. Mebi, misli

⁴ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 18.

⁵ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 7.

⁶ Bilinmezliğin akde etkisi hakkında bkz. Dönmez, "*Cehâlet*", DİA, VII, 221.

⁷ Şafî'nin iki görüşünden meşhur olanına göre, gâib malın satımı caiz değildir. Malik b. Enes ve Medine fukahası ise, böyle bir satışı, nitelikleri belirtilmek şartıyla, caiz görmüşlerdir; yeter ki, bu niteliklerin kabzdan önce değişmeyeceğinden emin olunsun. Ebu Hanife ise, alıcının görme muhayyerliğine sahip olacağı gerekçesiyle, nitelikleri belirtilmeden de böyle bir şeyin satışına cevaz vermiştir. Malik b. Enes'in de bu yönde bir görüşe sahip olduğu Müdevene'de belirtilmişse de, maliki mezhebi ilkelerine aykırı düştüğü gerekçesiyle, Abdulvahhab tarafından reddedilmiştir. Ebu Hanife, Malik b. Enes'ten farklı olarak, nitelikleri belirtilip de satılan şeyin taahhüt edilene uygun olması halini bile, alıcının görme muhayyerliğini kullanmasına engel görmemiştir (İbn Rüşd, *Bidâye*, II, 129). Çünkü vasfın bilinmezliği rızaya tesir eder ve onda bir bozukluğa yol açar. Bey' akdinde rızanın bozulması ise, muhayyerliği gerektirir (Kâsânî, *Bedâi'*, V, 292).

⁸ Hanefiler böyle bir muhayyerlik akit sırasında şart koşulmamış olsa bile alıcının bu hakka sahip olduğunu benimserken malikiler bunun akit sırasında mutlaka kararlaştırılması gerektiği görüşündedirler.

bir maldan oluşuyorsa⁹, onun tayini de ya o malın kendisi veya nümunesinin görülmesiyle gerçekleşir. Tayin edilen misli mal, akit sırasında ayırt edilmişse veya bir yerde mevcut olanın bütünü (ister götürü olarak ister daha sonra yapılacak olan miktar tesbitine göre tayin edilerek) akde konu yapılmışsa, parça borcu haline getirilmiş demektir. Fakat söz konusu misli malın, gösterilen yığının içinden belli bir miktarı akde konu yapılmışsa sınırlı bir cins borçu söz konusu demektir. Bununla birlikte böyle bir durumdaki borç teknik anlamda bir deyn değildir. Çünkü söz konusu durumda borç zimmete değil, o yığına taalluk etmektedir. Yine belli bir bahçenin ürünü tamamen satılmışsa satılan şeyler misli olmakla birlikte bir parça borcu söz konusudur.¹⁰

2. Parça borçlarının ifası

Bu tür borçlarda edim tek bir şeyden ibaret olduğu için ifa, ancak o şeyin verilmesiyle gerçekleşebilir. Borçlu tarafından ifa olarak sadece o şey sunulabilir. Çünkü ifa konusunda, tayin edilenden başkası, tayin edilenin yerini tutmaz.¹¹ Bu

⁹ Bey'e konu olan misli malın, selemden farklı olarak, akit sırasında mevcut olması ve üzerindeki tasarruf yetkisinin satıcıya ait olması gerekir.

¹⁰ Bu tür takyidler borcu parça niteliğine soktuğu için, bunlar seleme konu olamaz; çünkü parça borcu vadeye bağlanamaz. Selem ise mahiyeti gereği vadeli bir işlemdir. Fakat şafiiler, selem peşin de olabileceği görüşündedirler. Onlar vadeyi dikkate almadan sadece borcun tayin biçimine bakarak bey' ve selem ayırımına gitmektedirler. Eğer satılan şey, nev'an tayin edilmişse yapılan işlem selem, ferden tayin edilmiş ise bey'dir. Şafiilerin selem ile bey'i birbirinden ayırmada kabul ettikleri kriter, bazı noktalarda, hanefilerinkinden daha isabetli görünmektedir. Çünkü hanefilerdeki baskın olan görüşe göre, selem in asgari süresi bir aydır. Selem borçlusuna en azından bu vade tanınmalı ki, o, borçlandığı edimi temin edebilsin. Bundan daha az bir süre tanındığında, borcu ifa etmesi tehlikeye girebilir. Fakat satıcı, kendisine ait başka yerde bulunan misli bir malı satmak istediğinde, selemde belirlenmesi gereken nitelikleri açıklayarak satmış olabilir. Bunu bir ay bekletmesine gerek kalmadan ifa edebilir. Satılan misli mal, muayyen olmadığı için, bir kere kesin olarak yapılan işlem bey' değildir. Gaib olan malın da muayyen olmadığı halde satılabildiği söylenerek buna yapılacak olan bir itiraz haklı olamaz. Çünkü gaib olarak satılan şey, kıyemi bir maldır. Misli malların da bu şekilde satılabileceği söylenebilir. Ancak gaib olarak satılan kıyemi mallarda, alıcıya görme muhayyerliği tanındığı halde misli mallarda bu yetki tanınmamaktadır. Şayet satılan bu misli mal, belirtilen niteliklere sahip değilse, alıcı borçlanılan edime uygun bir ifa yapıncaya kadar bunları ifa olarak kabul etmeyebilir. O halde vadeyi selemde zorunlu bir unsur olarak görmek pek isabetli değildir. Ayrıca bey' akdinde, mebi ferden muayyen olduğu için, derhal teslim edilmesi gerekir. Fakat yukarıda anlattığımız satıcıya ait başka yerde bulunan misli mal, ferden muayyen olmadığı için, ifasının gecikmesinde bir sakınca da yoktur. Nitekim mebiin karşı bedeli olan semende de durum bu şekildedir.

¹¹ Serahsî, *Mebûât*, XV, 117.

nedenle alacaklı, bir başkasını, daha değerli olsa bile, kabule mecbur değildir. Edime uygun ifa prensibi en sıkı biçimde bu tür borçların ifasında uygulanma imkanına sahiptir.¹² Ferdiyle muayyen şeyin ayıplı olması veya va'dolunan vasıfları taşıyamaması¹³, onu, borcun ve buna bağlı olarak ifanın yegâne ve gerçek konusu olmaktan çıkarmaz.¹⁴ Nitekim bir parça satımında, satılan şey ayıplı da çıksa¹⁵, alıcı bunun yerine başka bir şeyin teslim edilmesini isteyemez. Alıcı, ya

¹² Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 19; von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 486.

¹³ Yokluğu bir kusur sayılmadığı halde önem arzeden bir vasıf akit sırasında alıcı tarafından ileri sürülmüşse bu şart geçerlidir ve alıcı bu nitelikteki şeye hak kazanmış olur. İfa edilen şey bu vasfı taşıyamıyorsa alıcının fesih muhayerliği vardır. İfanın edime aykırı olduğu anlaşılırsa alıcı dilerse akdi feshedip ödediği semeni geri alır dilerse feshetmeden bu haliyle ve başka bir şey almadan o şeye razı olur (İbn Kudame, *Muğni*, IV, 171). Mecelle de md. 310'da, "Bâyiin bir vasfı merğub ile muttasıf olmak üzere satmış olduğu mal ol vasıftan âri çıksa müşteri muhayerdir. Dilerse bey'i fesheder ve dilerse mecmu-i semen-i müsemma ile mebbii kabul eder" diyerek benzeri bir düzenlemeye gitmiştir.

¹⁴ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 486.

¹⁵ Ferden tayin edilen şeyin ayıplı çıkması halinde, bu aybın ne zaman meydana geldiğinin tesbit edilmesi gerekir. Ayıp, kabzdan önce meydana gelmişse, bunun sorumluluğu satıcıya aittir. Bunun akitten önce veya akitten sonra, ama teslimden önce meydana geldiğini tesbit etmek, bu sorumluluğu, kural olarak etkilemez. Yalnız alıcının kullanacağı ayıp muhayerliğinin dayandırılacağı hukuki esası belirleme bakımından bu tesbitin bir önemi olabilir. Şöyle ki, şayet ayıp akitten önce meydana gelmişse, alıcının kullanacağı ayıp muhayerliğinin, hata veya hile esasalarına dayandığı ileri sürülebilir. Fakat ayıp akit kurulduktan sonra, ama teslimden önce meydana gelmişse, alıcının kullanacağı ayıp muhayerliği, dayanağını, hasar sorumluluğunda bulur.

Ayıp kabzdan sonra meydana gelmişse, bu, kural olarak, borç ilişkisinin dışında bir olaydır. Dolayısıyla bu aybın yol açtığı zarar, yeni sahibini ilgilendirir. Hatta, bu aybın meydana gelmesine satıcı sebebiyet vermiş olsa bile, bunun, ifa edilen borçla bir ilgisi yoktur, artık haksız fiil hükümleri uygulama alanına girer. Burada şunu da belirtmek gerekir ki, aybın teslimden sonra meydana gelmesi, belirtilen şekilde bir sonuç doğurmasına rağmen sürekli borç ilişkilerinden kira sözleşmesinde, kiralanana şeye, teslimden sonra arız olan ayıp, yararlanmayı ihlal edecek boyutlarda olduğu takdirde, mevcut borç ilişkisi gereği, kiracıya ayıp hükümlerinden yararlanma hakkını bahşetmektedir (*Kâsânî, Bedâi'*, IV, 195). Oysa kabzdan sonra mebbide meydana gelen ayıp alıcıya bu hakkı vermez. Aralarındaki bu farkın nedeni, icarenin sahip olduğu özelliğidir. Çünkü icâre, menafiin satımıdır. O da parça parça oluşur. Peyder pey oluşan bu menfaatler, akit konusu edimin bütününe ait cüzlerdir. O halde kiralananda meydana gelen ayıp, akitten sonra, ama kabzdan önce meydana gelmiş olur. Aybın böyle bir zamanda meydana gelmesi de, muayyen şey satımında olduğu gibi, kiracıya rahatlıkla muhayerlik hakkını verir. Çünkü esas itibariyle satımla kira arasında fark yoktur. Kiracı için muhayerlik hakkı doğduğunda akdi feshetmeyip sürdürmeye karar verirse, akdin sonunda kira bedelinin hepsini vermesi gerekir. Nitekim satımda da ayba muttali olan alıcı feshetmezse malı olduğu gibi alır, ama akitte konuşulan semenden de indirim yapamaz (*Kâsânî, Bedâi'*, IV, 195-196).

onu olduğu gibi kabul eder, ya da akdi fesheder. Elbette bu, satıcının ayba karşı tekeffül borcunun düşeceği anlamına gelmez. Zira ivazlı akitlerden bağlayıcılığı rızanın tam olmasına bağlı olanlarda ayıp, ilgili tarafa fesih hakkını verir.¹⁶ Binaenaleyh bey' akdinde alıcı, akit sırasında görmediği bir aybın mebide bulunduğunu öğrendiğinde onu alıkoymak ile akdi feshetmek arasında muhayyerdir. Satıcı bu ayıptan daha önce ister haberdar olup onu gizlemiş olsun ister bilmiyor olsun farketmez.¹⁷ Satacağı şeyin herhangi bir aybı olduğunu bilen kimsenin, bunu müşterisine açıklamadıkça onu satması dinen caiz olmaz.¹⁸

Şafî'ye göre, satıcının rızasına, hazır bulunmasına veya hakim'in hükmüne gerek kalmaksızın ister kabzdan önce ister kabzdan sonra olsun müşteri, kendisine ifa edilmiş olan şeyi ayıbtan dolayı iade edebilir. Hanbeliler de Şafî'nin görüşüne katılmaktadırlar. Ebu Hanife ise, kabzdan önce, satıcının rızasına olmasa da onun hazır bulunmasına, kabzdan sonra ise satıcının rızası veya hakim'in hükmüne gerek olduğunu savunmuştur.¹⁹

Diğer taraftan ifa edilen asıl edim ayıplı çıktığı halde, alacaklı, ihtirazi bir kayıt ileri sürmeksizin onu almışsa²⁰ veya ayba muttali olduktan sonra buna açıkça veya zımnen rıza göstermişse, artık onun ayıp hükümlerinden yararlanması mümkün değildir.²¹ Çünkü rızaya delalet eden bir tavır, muhayyerlik hakkının düşmesi konusunda açıkça rıza gösterilmesi hükmündedir.²²

¹⁶ Serahsî, *Mebûsât*, XV, 144. Aybın tanım ve kapsamı hakkında bkz. İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 168; ayıplı ifadan sonra meydana gelen yeni bir aybın hükmü hk. bkz. İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 164; ayıplı ifadan sonra alacaklının iade hakkını düşüren durumlar için bkz. İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 181; ayba karşı tekeffül borcundan muaf olmanın şart koşulmasının hükmü hk. bkz. İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 197.

¹⁷ İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 159.

¹⁸ İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 159.

¹⁹ İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 173-174.

²⁰ Çünkü alıcının, ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin şeyi kabzetmesi, akde uygun ifaya bir karine teşkil eder, dolayısıyla sonradan ifanın akde uygun olmadığını iddia eden alıcının bunu isbat etmesi gerekir (Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, I, 209).

²¹ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 487-488.

²² Serahsî, *Mebûsât*, XV, 41.

Hazırda bulunmayıp tavsif edilerek satılan bir şey²³, belirtilen niteliklere uygun çıkmazsa²⁴ veya hazırda olduğu halde belli bir özellik taşıdığı belirtilerek satılan şeyin söz konusu özelliğe sahip olmadığı anlaşılırsa yine alıcının bir başka şeyin verilmesini isteme hakkı yoktur; görme veya vasıf muhayyerliğine dayanarak onu, ya bu şekliyle kabul eder, ya da akdi tek taraflı olarak fesheder.²⁵

Borçlu, yanlışlıkla borçlandığı edimden başkasını alacaklıya vermişse, onu sebepsiz iktisap hükümlerinden yararlanarak geri isteyebilmesi için, borçlandığı asıl edimi ifa etmesi gerekir. Asıl alacağını elde edinceye kadar, alacaklı, elindekini alıkoyma hakkına sahiptir. Fakat alacaklı, borçlanılan edimden başkasını almışken, asıl edimi talep ediyorsa, öncelikle aldığı iade etmesi gerekir. Şayet tarafların müvafakatı ile asıl edimden başka şey verilmişse, bu durumda, ifa yerine edimden söz edilir.²⁶

Ferden tayin edilmiş olan bu şey, borç doğduktan sonra, ama ifa edilmeden önce, telef olursa artık borcun ifası imkansızlaşır.²⁷ Bu ifa imkansızlığı borçlunun kusuru dışında meydana gelmişse borcu sakıt olur. Artık alacaklı aynı türden bir

²³ Görme muhayyerliği, kıyemi mallar hakkında söz konusudur. Çünkü misli mallar belirtilen evsafa uygunsa alıcının görme muhayyerliğini ileri sürmesine imkan yoktur (Kâsânî, *Bedâi'*, V, 292). Sunulan edim, borçlanılan evsafa uygun değilse, alıcı, aynen ifade ısrar ederek edime uygun ifa yapıncaya kadar ifayı kabulden kaçınır ve borçlu da bunun sonuçlarına katlanır.

Görme muhayyerliği, bey'a münhasır değildir, kiralanan şey hakkında da geçerlidir (Kâsânî, *Bedâi'*, IV, 195).

Hangi borç ilişkisi, konusu olan şey iade edildiği taktirde kendiliğinden son buluyorsa, görme muhayyerliğini mutlaka içerir. Nitekim icare, mal iddiası üzerine yapılan sulh, kısmet vb. akitler, konusu olan şeyler iade edilirse sona erer; bu nedenle bu akitler görme muhayyerliğini içerir. Fakat mehir, hul' bedeli, taammüden adam öldürme suçuna karşılık belli bir mal üzerinde yapılan sulh gibi akitlerde, üzerinde anlaşmaya varılan şey iade edilse bile anlaşma öncesindeki talepler avdet etmeyeceğinden bu tür edimler hakkında görme muhayyerliği söz konusu olmaz (Kâsânî, *Bedâi'*, V, 292).

²⁴ Mebiin belirtilen niteliklere uygunluğunda taraflar arasında anlaşmazlık çıkıp da hiç birisinin tercih edilecek bir delili bulunmazsa alıcının sözü esas alınır, yani isbat yükü satıcıya ait olur (Ali Sâlim, "*et-Te' âkud ala'l-'Ayni'l-Ğâibe*", 228-229).

²⁵ Mecelle, bunu, md. 310'de, "Bâyiin bir vasfı merğub ile muttasıf olmak üzere satmış olduğu mal ol vasıftan âri çıksa müşteri muhayyerdir. Dilerse bey'i fesheder ve dilerse mecmu-i semen-i müsemma ile mebi kabul eder" şeklinde hükme bağlamıştır.

²⁶ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 487-488.

²⁷ Karâfi, *Furûk*, III, 253; Derdîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 200.

başka şeyin ifa edilmesini ondan isteyemez.²⁸ Hatta konusuz kaldığı için borç ilişkisi de kendiliğinden sona erer. Fakat ferden tayin edilen şey kısmen imkansızlaşır veya kısmen zapta maruz kalırsa, geri kalan kısma bakılır, yarıdan fazla ve bölünebilir nitelikte ise borç ilişkisi kendiliğinden sona ermez, akdin kaderini, alacaklının kararı belirler.²⁹

İfa imkansızlığı borçlunun veya üçüncü şahsın kusurundan kaynaklanmışsa o ferde ilişkin borç yine sona erer. Ancak kusursuz imkansızlıktakinden farklı olarak burada alacaklının tazminat talep etme imkanı doğmaktadır. Bu taleple birlikte borcun konusu şekil değiştirerek (genellikle) bir para borcu haline dönüşmektedir. Fakat alacaklı tazminat isteme yoluna gitmezse borç tamamen sona erer. Buna karşılık, aralarındaki borç ilişkisi iki tarafa borç yükleyen türden idiyse, alacağından mahrum kalan bu alacaklı karşı edim olan kendi borcunu ifa etmekten kurtulmuş olur.³⁰

Kusursuz ifa imkansızlığı ile birlikte hasarın³¹ kime ait olacağı meselesi de gündeme gelir. Biri edime diğeri bedele ilişkin olmak üzere iki tür hasardan söz edilir. Edime ilişkin hasarın borçluya ait olması, edim konusu şeyin telef olmasına veya kötüleşmesine rağmen borçlunun borcundan kurtulamaması ve onu yine gereği gibi ifa etmekle yükümlü olması demektir. Bu tür hasarın alacaklıya ait olması ise, edimin telef olmasıyla birlikte borçlunun borcundan kurtulması ve alacaklının bundan mahrum kalması demektir. Edime ilişkin hasar hem tek tarafa, hem de iki tarafa borç yükleyen akitlerde ortaya çıkabilir. Hasarın ikinci türü ise bedele (semen) ilişkin olanıdır. Buna, karşı edim hasarı da denilmektedir. Bedele ilişkin veya karşı edim hasarı yalnız iki tarafa borç yükleyen akitlerde söz konusu

²⁸ Dirdir, *eş-Şerhu's-Sağır*, III, 200; İbn Kudame, *Muğni*, V, 475; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 19.

²⁹ Dirdir, *eş-Şerhu's-Sağır*, III, 200.

³⁰ Şirbîni, *Muğni*, II, 67; Dirdir, *eş-Şerhu's-Sağır*, III, 203.

³¹ “Genel anlamı ile hasar, şeye arız olan ve onun kırılması, bozulması, kötüleşmesi, telef olması gibi sonuçlar yaratan (zararlı halleri) ifade için kullanılır. Bu anlamdaki hasar, şeyin aynına (zatuna) ilişkindir ve onun evvelki haline nazaran değerce ve biçimce daha kötü bir duruma düşmüş oluşunu belirtir.” (Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Özel*, I, 147). “Dar ve teknik anlamda hasar kavramı ise “münhasıran borç münasebetleri açısından kullanılır ve borcun doğumu ile ifası arasında geçen zaman zarfında edimin, borçluya isnad olunamayan haller dolayısıyla imkansızlaşması (yani kusursuz imkansızlık) neticesinde ortaya çıkan ve taraflardan birini veya diğerini tehdit eden bir (tehlike) yi ifade eder (Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Özel*, I, 148).

olur. Bu tür hasarın borçluya ait olması, borçlunun, kendi edimi telef olurken onun karşı edimden de mahrum kalması anlamına gelir. Bedele ilişkin hasarın alacaklıya ait olması ise, alacaklının, telef olan edimden mahrum olması ve ayrıca kendi edimini yerine getirmek mecburiyetinde kalması demektir.³²

Birinci anlamdaki hasar, yani ifanın kusursuz olarak imkansızlaşmasıyla borçlunun borcundan kurtulup alacaklının bundan mahrum kalması şeklinde ifadesini bulan edime ilişkin hasar, tek tarafa borç yükleyen borç ilişkilerinde, alacaklıya aittir. Mesela bağışlanan şey, ifadan önce telef olsa, bağışlayan borcundan kurtulur, hibe alacaklısı buna katlanır. İki tarafa borç yükleyen akitlerde uygulama alanı bulan ikinci anlamdaki hasar, kural olarak, borçluya aittir. Buna göre, ifası imkansızlaşan edimin borçlusu, karşı edimi elde etmekten mahrum kalarak meydana gelen zarara katlanmak durumundadır. Semene ilişkin hasar alacaklıya ait olsaydı, alacaklı, telef olan karşı edimi elde edemediği gibi ayrıca kendi edimini de ifa etmek zorunda kalacaktı.

BK md. 117, edime ilişkin hasarı alacaklıya, bedele ilişkin hasarı (karşı edim hasarı) da, kural olarak, borçluya yüklemektedir. Satış hakkındaki farklı hüküm bu kuralın bir istisnasını oluşturmaktadır.³³ BK. md 183, parça satımlarında semene ilişkin hasarın akitle birlikte alıcıya geçtiğini hükme bağlayarak hasarın intikalinde sözleşme prensibini benimsemiştir.³⁴

Türk ve Alman hukuklarında satım sözleşmesi iltizami bir işlemdir; bu nedenle satılan şeyin mülkiyeti akitle karşı tarafa geçmez, sadece satıcının mülkiyeti geçirme ve teslim borcu doğar. Alman hukuku, buna uygun olarak, hasarın intikalini de satılan şeyin teslimine bağlamıştır. Bu teslimin mülkiyeti geçirme kasdıyla yapılmış olmasını zorunlu görmemiştir.³⁵ Türk hukuku ise, hasarın intikali konusunda ayrı bir düzenlemeye giderek Roma hukukundaki "periculum emptorist est" (=hasar alıcıya aittir)³⁶ kuralının etkisiyle akitle birlikte hasarı alıcıya ait

³² Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, I, 106-107; von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 57.

³³ Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, I, 108.

³⁴ Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku*, 50-51.

³⁵ Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku*, 49.

³⁶ Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku*, 48.

saymıştır.³⁷ Fransız hukuku (FMK. md. 1582)³⁸ da, Türk hukuku gibi, hasar konusunda sözleşme prensibini benimsemiştir. Ancak Fransız hukukunda sadece hasar değil mülkiyet de akitle birlikte karşı tarafa geçtiği için söz konusu hüküm, o hukuk sistemi için bir tutarsızlık göstermez.³⁹

Türk hukukçuları arasında, Fransız hukukundaki “hasar malikindir” prensibinin eski hukukumuz Mecelle (md. 262) hakkında da geçerli olduğu yönünde yaygın bir bilgi hatasının olduğu kanaatindeyiz.⁴⁰ Çünkü hanefi doktrinini esas alan Mecelle’de durum ifade edildiği gibi değildir. Gerçi mülkiyetin intikali açısından Fransız hukuku ile Mecelle arasında bir benzerlik kurulabilir. Fakat hasarın intikali noktasında Mecelle, Fransız hukukundan farklı bir çizgi takip etmiş ve Alman hukukunda olduğu gibi⁴¹, semene ilişkin hasarı, hasara fiilen yakın olan tarafa, yani borçluya yüklemiştir. Belirtilen bilgi hatası, muhtemelen Mecelle md. 262’de “Bey’de kabz şart değildir” ifadesinden kaynaklanmıştır. Oysa bundan maksat, bey’ akdinin kuruluşunun ve dolayısıyla ona bağlanan hukuki sonucun gerçekleşmesinin kabza bağlı olmadığını belirtmektir. Çünkü İslam hukukunda, satım akdinin de içinde yer aldığı birtakım akitler sadece icab ve kabul ile kurulup hüküm ifade ederken diğer bir kısmı kabz olmadıkça hüküm ifade etmez. Buradaki “hüküm” lâfzından maksat, akdin kuruluş amacıdır; bir başka ifadeyle akde bağlanan hukuki sonuçtur. Mesela satım akdinin hükmü, karşılıklı edimlere ait mülkiyetin intikalidir.⁴² İşte satım sözleşmesinde akdin kurulmuş olması, bu

³⁷ Rado’nun haklı olarak belirttiğine göre, BK’nundaki alım satım akdi, diğer modern hukuklardaki düzenlemelere göre çok daha romanist bir karakter taşımaktadır. Asırlar boyu yaşanan iktisadî ve ictimâî değişikliklere rağmen, BK, alım satımın borçlandırıcı ve hasarın alıcıya ait olması prensiplerine körükörüne sadık kalmıştır. “*Alım Satım Bahsinde Roma Hukuku Prensiplerinin Hukukumuzda Tesiri*”, Gönensay’a Armağan, 499.

³⁸ Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, I, 109.

³⁹ Rado, “*Alım Satım Bahsinde Roma Hukuku Prensiplerinin Hukukumuzda Tesiri*”, Gönensay’a Armağan, 507.

⁴⁰ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Özel*, I, 150; Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, I, 109; Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku*, 49. Meseleyi doğru bir şekilde ortaya koyan hukukçulardan Arslanlı, Mecelle’nin hasara ilişkin görüşünü ayrıntılı bir şekilde ele almış ve Mecelle’de hasarın satıcıya ait olduğunu açıkça ifade etmiştir. Arslanlı, aynı gerçeği dile getiren Ord. Prof. Sıddık Sami Onar ile Ord. Prof. Ebü’lülâ Mardin’in de konuyla ilgili açıklamalarına eserinde yer vermiştir (Arslanlı, *Ticarî Bey*, 203-220).

⁴¹ Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku*, 50.

⁴² Kâsânî, *Bedâi*, V, 233.

sonucun gerçekleşmesi, yani mülkiyetin intikali için yeterli sayılmış⁴³, ama kabza gerek görülmemiştir. Sadece bu noktaya dikkat çekmek maksadıyla Mecelle md. 262’de “Bey’de kabz şart değildir” ifadesini kullanmıştır. Yoksa bu madde hasara ilişkin bir düzenleme değildir. Çünkü hasar problemi, Mecelle’nin 293-294 maddelerinde ayrıca düzenlenmiştir. Söz konusu maddelerde, kabzdan önce hasarın satıcıya ait olduğu açıkça belirtilerek, bu konuda teslim prensibinin esas alındığı gösterilmiştir.

Mecelle hanefî doktrinini esas aldığı için bu çözüm tarzı söz konusu mezhebin görüşünü⁴⁴ yansıtmaktadır.⁴⁵ Gerçi şafiiler de aynı görüşü paylaşmaktadırlar.⁴⁶ Ancak diğer mezheplerin görüşü bu istikamette değildir. Maliki⁴⁷ ve hanbeli⁴⁸ doktrininde Fransız hukukundaki gibi, sözleşme prensibi esas alınmıştır. Zahirîler de, yararın intikalini dikkate alarak, hasarda sözleşme prensibini benimsemişlerdir.⁴⁹ Son tahlilde zahirîlerin de konuyla ilgili görüşü maliki ve hanbeli çizgisine gelmektedir.

⁴³ Hatta bu mesele, şafîi doktrininde, satılan şeyin mülkiyetinin, irade beyanının son sözcüğü ile birlikte mi yoksa onun bitmesiyle mi alıcıya geçtiği tartışılacak kadar ayrıntılı işlenmiştir (Zerkeşî, *Habâyâ*, 185; Süyûtî, *Eşbâh*, 538).

⁴⁴ Kâsânî, *Bedâi’*, V, 238-239, 240, VI, 7; İbn Cüzey, *Kavânin*, 252.

⁴⁵ Hanefîlerin hasar konusundaki bu görüşü, sadece akitten doğan borçlar hakkında değil, aynı zamanda sebepsiz iktisaptan kaynaklanan iade borçlarında da geçerlidir (Şeybânî, *Asl*, V, 39).

⁴⁶ Şirbînî, *Muğnî*, II, 65-66.

⁴⁷ Derdîr, *eş-Şerhu’s-Sağîr*, III, 195. Hazırda bulunan parça satımlarında sözleşme prensibini benimseyen malikiler, akit meclisinden uzakta bulunan şeylerin (gâib) satımındaki hasar hakkında, İmam Malik’ten üç ayrı rivayetin bulunduğunu belirtmişlerdir. Bu rivayetlerden en meşhurlarına göre, aksi şart koşulmadıkça, hasar satıcıya aittir. İkinci rivayete göre, aksi şart koşulmıyorsa, hasar alıcıya aittir. Üçüncü rivayete göre ise satılan şeyin tehlikeye açık olup olmamasına (me’mûnü’l-beka) göre ayırma gidilir. Eğer bekasından güven duyulan bir şey ise hasarı alıcıya aittir. Bu türden bir şey değilse hasarı satıcıya aittir (İbn Rüşd, *Bidâye*, II, 154-155; İbn Cüzey, *Kavânin*, 252). İmam Malik’in ifadelerinden hasara ilişkin düzenlemenin emredici bir nitelikte olmadığı, aksinin de taraflarca kararlaştırılabileceği anlaşılmaktadır. BK md 183/1’teki hasarın intikaline ilişkin kural da emredici değildir; aksi satım sözleşmesinde kararlaştırılmaya elverişlidir (Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku*, 54). Karâfî ise, hasarın intikalinde yararın intikalini esas almıştır (*Furûk*, III, 281).

⁴⁸ İbn Receb, *Kavâid*, 55-56; İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 124-125. Ancak ferdan tayin edilerek satılan şeyin gıda maddesi olması durumunda, hasarın akitle alıcıya geçip geçmeyeceği mezhep içinde tartışmalıdır.

⁴⁹ İbn Rüşd, *Bidâye*, II, 154-155.

Mısır MK. (md. 297 ve 371), parça satımlarında hasarı borçluya (satıcı) yükleyerek esas aldığı Fransız hukukundan ayrılmış, bu noktada hanefi ve şafii mezheplerine uygun bir düzenleme yapmıştır.⁵⁰

1951'de La Haye'de toplanan Devletler Özel Hukuku Konferansında seçilen komisyonca hazırlanan raporda ve Özel hukukun birleştirilmesi için Milletlerarası Enstitünün "Maddi taşınır malların milletlerarası satışı hakkında yeknesak Kanun Tasarısı"nda da hasarın alıcıya satılanın teslimi ile geçmesi esası kabul edilmiştir (m.97).⁵¹ Fakat milletlerarası satışların genellikle çeşit satımı niteliğinde olması, bu hükmün, sadece Alman hukukuna değil, aynı zamanda diğer hukuk sistemlerine de uygunluk içinde olduğu söylenebilir. Çünkü hiçbir hukuk sistemi, çeşit satımlarında hasarın akitle karşı tarafa geçtiğini savunmamaktadır.

Türk-İsviçre hukukunda karşılıklı edimleri içeren akitlerin başında gelen satım akdinde, ferden muayyen şeyin kusursuz olarak imkansız hale gelmesi durumunda edime ilişkin hasarı ferden muayyen şeyin alacaklısı olan alıcıya yüklemesi, bu hukuku, imkansızlığın kusurlu veya kusursuz türlerini ayrıntılı olarak işlemeye ve kusurlu imkansızlık halinde tazminat davasını daha ciddi bir şekilde gündeme getirmeye mecbur bırakmıştır. Bir anlamda bu konuyla ilgili düzenlemeler, İslam hukukundaki gasp ve itlaf hükümlerini anımsatmaktadır. Diğer taraftan hanefi ve şafii mezheplerinde kusurlu veya kusursuz imkansızlık ayırımına ayrıntılı bir şekilde girilmemesi ve hatta bu ayırımın fazla önemsenmemesi, hasarın borçluya ait sayılmasına dayanmaktadır. Şöyle ki, satıcının elindeki mebi, ifası imkansız hale gelmişse, hasar ona ait olur. Alıcı ise mebiden mahrum kalır, ancak semeni ödemekle yükümlü tutulmaz. Bu durumda alıcının bir kaybı söz konusu olmaz. Artık bundan sonra satıcının elindeki mebiin imkansızlaşmasının kusurlu veya kusursuz olduğunu araştırmanın pek fazla önemi kalmayacaktır. Kâsânî, şafii mezhebi hakkında, mebiin satıcının fiiliyle imkansız hale gelmesi durumunda, alıcının kendi borcuyla bağlı kalarak tazminat davası açabileceğini belirtmektedir.⁵² Şafii mezhebinde bu yönde bir görüş bulunmakla birlikte mezhebin hakim görüşü belirtilenin aksinedir.⁵³ Diğer taraftan maliki ve hanbeli doktrinlerinde mebiin

⁵⁰ Senhûrî, *Nazariyye*, 702-703.

⁵¹ Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku*, 49.

⁵² Kâsânî, *Bedâi'*, V, 238.

⁵³ Şirbînî, *Muğnî*, II, 67.

satıcının fiili ile telef olması halinde akit dışı sorumluluk hükümleri işletilmektedir.⁵⁴

Ferden muayyen şeye ait mülkiyetin akitle karşı tarafa geçtiği kuralına, icâre akdinde ferden muayyen bir şeyin icare bedeli olarak tayin edilmesi hali bir istisna olarak getirilebilir. Hanefi doktrininde, ferden muayyen bir şey (bir ayn), icare bedeli olarak kararlaştırılmış olup henüz daha icare müddeti bitmeden müstecirin elinde telef olursa akit kendiliğinden sona erer ve müstecir, o ana kadar elde ettiği menfaatin emsal bedelini öder. Hatta ferden muayyen bu bedel, icare müddeti bittikten sonra bile telef olmuşsa yine akit fasit olur, müstecir, elinde helak olan aynın kıymetini değil, kaldığı bu sürenin emsal icare değerini öder.⁵⁵ Çünkü hanefilere göre kira bedeli bir ayn niteliğinde olsa bile, onun mülkiyeti akitle karşı tarafa geçmez. Bey' akdinden farklı olarak ferden muayyen bu şeyin mülkiyeti ancak kabzla karşı tarafa geçer. Nitekim kiracı, kiraya aldığı şeyi kabzetmiş olmasa bile, ferden muayyen bir şeyi kira bedeli olarak teslim etmişse mülkiyet intikal etmiş olur. Hanefi mezhebinde, ifa zamanına dair bir hüküm akitte yer almıyorsa, icare bedeli, karşı edim olan menfaatin elde edilmesinden sonra ifaya hak kazanılır. Ancak taraflar akit sırasında icare bedelinin peşin ödeneceğini kararlaştırmışlarsa (ta'cîl şartı) veya böyle bir anlaşma olmasa bile kiracı tek taraflı olarak kabul etmişse (ta'cil) icare bedeli macceliyet kazanır. Bu şekilde muacceliyet kazanan icare bedeli ferden muayyen bir şeyden oluşuyorsa, ona ait mülkiyet derhal karşı tarafa intikal eder.⁵⁶

Verme borçlarında, bu arada parça borçlarında ifa, teknik olarak, kabz terimi ile ifade edilmiştir. Aslında kabz, alacaklıya ait bir fiildir. Kabzın seçilmesi tesadüfi değildir. Bu terimle, muhtemelen, ifanın borçluyla başlayıp alacaklıyla biten ve her ikisinin katılımını gerektiren bir olay olduğuna dikkat çekilmek istenmiştir.

Hanefi doktrininde kabz terimi açıklanırken, satıcının mebiî teslimi tahliye, alıcının kabzı ise tahalli ile ifade edilmiştir. Tahliye, satıcının, satılan şey ile alıcı arasında, onun tasarrufta bulunmasını önleyen engelleri ortadan kaldırıp önünü açması demektir. Böylece satıcı teslim, alıcı da kabz etmiş olurlar. Çünkü teslim, sözlükte, bir şeyi bir kimseye tam olarak ait ve emrine amade kılmaktır. Satılan

⁵⁴ Derdîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 203; İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 123.

⁵⁵ Serahsî, *Mebûât*, XV, 138.

⁵⁶ Serahsî, *Mebûât*, XV, 137.

şeyin teslimi, hiç kimsenin alıcısıyla çekişmesine imkan vermeyecek şekilde onun hakimiyet alanına geçirilmesiyle olur. Bu anlam tahliye ile gerçekleşir. Çünkü teslim bir borçtur; borçlunun borçtan kurtulabileceği bir imkânı da bulunmalıdır. Onun elinden gelen tahliye ve engelleri kaldırmaktır. Alıcının mebiî kabzetmesini gerçekleştirmek ise onun kudreti dahilinde değildir. Çünkü parmak uçlarıyla kabzetmek, kabzedecek şahsın ihtiyarî bir fiilidir. Teslim borcu buna bağlansa, borçlunun ifada bulunması imkansızlaşır.

Parça borçlarının kabzı, hanefilere göre, tahliye ile tamamen gerçekleşir. Bey' akdine misli olmayan bir mal konu olduğunda, bunun satıcı tarafından tahliye edilmesi (teslim borcu), tartışmasız tam kabz sayılmıştır. Artık karşı edim hasarı, alıcıya geçmiş sayılır. Misli olduğu halde parça borcu haline getirilen şeylerin kabzında da durum aynıdır. Artık alıcı, başka bir işleme gerek kalmadan onun üzerinde tasarrufta bulunabilir.⁵⁷

Şafiilere göre, kabzda aslolan parmak uçlarıyla almaktır. Çünkü kabzın gerçek anlamı budur. Ne var ki, bu şekilde kabza elverişli olmayanlardan nakle elverişli olanlarda nakil, buna da elverişli olmayanlarda ise tahliye gerçek anlamdaki kabzın yerini alır. Buna göre kabz, paralarda parmak uçlarıyla tutmakla; elbise, kumaş ve götürü olarak satılan gıda maddesinde (parça satımları) nakil ile; çeşit satımlarında ölçmek ve tartmakla; hayvanlarda yerinden yürütmekle; taşınmazlarda ise tahliye⁵⁸ ile gerçekleşir.⁵⁹ Hanbeliler de bu konuda, şafiiler gibi düşünmüş; kabzın, akde konu olan şeyin niteliğine göre farklı farklı olacağını, belirtilen şekillerin sabit olmadığını, kabzın kaynaklarda mutlak olarak geçtiği ve bu nedenle açılımının örf'e göre olacağını ifade etmişlerdir.⁶⁰ Malikiler de taşınmazlarda kabzın tahliyeden ibaret olduğunu kabul etmişlerdir. Menkul şeylerin kabzında ise örfün esas alınacağını belirtmişlerdir.⁶¹

⁵⁷ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 244; İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 125-126.

⁵⁸ Tahliyeden maksat, satıcının maddî ve hukukî bir engel bırakmayacak şekilde alıcıya taşınmazı kabzetme imkanını sağlamasıdır (Şirbînî, *Muğnî*, II, 71).

⁵⁹ Şirbînî, *Muğnî*, II, 72; Kâsânî, *Bedâi'*, V, 244; İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 125-126.

⁶⁰ İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 125-126; Şirbînî, *Muğnî*, II, 71.

⁶¹ Derdîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 199-200.

Parça borcu konusu olan şeyin alacaklı tarafından itlaf edilmesi, kabzın gerçekleşmesi anlamına gelir, borçluyu borcundan kurtarır ve ona, karşı edimi talep hakkını verir.⁶²

Türk hukuk sisteminde satım akdi (BK. md 182) bir borçlanma işlemi niteliğinde olduğu için satıcının borcu, sattığı şeyin mülkiyetini alacaklıya temin etmektir. Bu borcun ifası da, mülkiyetin nakli için gerekli fiillerin yapılmasından ibarettir. O da menkullerde teslim veya teslim yerini tutan fiillerin yapılması, gayrimenkullerde ise, tapu sicil memuruna yazılı bir beyanda bulunulması şeklinde tecelli eder.⁶³

Şart muhayyerliğini içeren bir bey' akdi gayri lazımdır (akdin kaderi bu yetkiye sahip olanın elindedir). Çünkü akdin muhayyerlik içermesi, lazım olmasına engeldir. Nasıl ki, muhayyerlik akdin bağlayıcılığına engelse kabzın henüz gerçekleşmemesi de akdin tamamlanmasına engeldir. Çünkü akitle meydana gelen sadece pekişmemiş (zayıf) bir mülkiyettir. Ancak kabzla bu zayıf mülkiyet güç kazanır, bu pekişme gerçekleşir. Buna göre akdin konusu tek bir şey veya birden fazla şeyden oluşuyorsa, ister muhayyerlik alıcıya ister satıcıya ait olsun, ister mebi kabzedilmiş olsun ister olmasın diğer tarafın rızası olmadıkça akit sadece bir kısım hakkında geçerli sayılamaz. Çünkü bu, akdi bölme anlamına gelir. Buna ise taraflardan sadece biri tek başına yetkili değildir. Aynı şekilde edimi oluşturan şeylerden biri telef olsa, muhayyerlik satıcıda olsa bile, helak olmayanlar hakkında akdi tek başına geçerli sayamaz. Çünkü bu, akdi bölmek demektir. Fakat edim konusu şeylerden biri alıcının elinde helak olsa, satıcı, Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'un görüşleri esas alınır, akdi geçerli sayabilir. İmam Muhammed'e göre ise borç ilişkisi sona ermiştir; artık satıcı, geride kalanlar hakkında akde icazet veremez. Fakat edim, misli bir maldan ibaretse, tartışmasız olarak satıcının akdi geçerli saymaya yetkisi vardır. İmam Muhammed'e göre, satıcının buradaki icazeti, temlikin inşası anlamına gelir. Çünkü muhayyerlik yetkisi satıcıya ait olursa, mebiin mülkiyeti satıcıdan çıkmaz. Bu nedenle onun icazeti inşa anlamına gelir. Oysa mebiin oluşturan şeylerden biri helak olmuştur; helak olan ise inşa elverişli olmaktan çıkmıştır. Geri kalan hakkında inşa ise, payına düşen semenle onu temlik etmek

⁶² Kâsânî, *Bedâi'*, V, 246; Derdîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 203; Şîrbînî, *Muğnî*, II, 66, 72; İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 123.

⁶³ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 493.

demektir. Halbuki ayrı ayrı pahası belirtilmeksizin birden fazla kıyemi şeyin akde konu yapılması durumunda her bir parçaya semenden ne kadarının düştüğü bilinemez. Fakat bu problem misli mallarda söz konusu değildir.⁶⁴

B. CİNS BORÇLARINDA

1. Kavram

Nev'an muayyen borç da denilen cins⁶⁵ borcu, ferden değil, sadece cins ve miktar itibariyle belirtilmiş olan edimlerdir.⁶⁶ Cins borcunda, edim konusu şey, bir cins ve nevin özellik ve niteliklerine göre belirlendiği için bu adı almıştır.⁶⁷ İslam hukukunda deyn terimiyle ifade edilmek istenen de bundan farklı değildir. Bu nedenle cins borcu veya nevan muayyen borcu deyn terimiyle eşanlamlı olarak kullanıyoruz.

Türk hukuk doktrininde cins borcunun doğması için edimin cinsi ve miktarının belirlenmesi yeterli görülmüştür. Fakat bunlardan sadece birinin belirtilmesi yeterli değildir.⁶⁸ Mesela yapılacak bir akdin konusunu, nevan muayyen bir şey oluşturacaksa, o şeyin, örneğin "elma" denilerek, sadece cinsinin belirtilmesi borç ilişkisinin doğumu için yeterli değildir. Ayrıca söz konusu elmanın, beş ton, yüz kilo, ... şeklinde miktarının da belirtilmesi gerekir. İslam hukukunda cins borcu için sadece cins ile miktarın belirtilmesi kafi değildir. Özellikle selem konusu işlenirken bütün mezhepler bu nokta üzerinde hassasiyetle durmuş ve edim konusu şeyin tür ve vasfının da belirtilmesi gereğini vurgulamışlardır. Çünkü sadece cins ve miktarın belirtilmesi, tarafların çekişmesini önlemeye yetmeyeceği belirtilmiştir. Gerçi BK. md. 70, belirtilen cins borcunun ifasında seçim yetkisini borçluya vermek ve bu yetkiyi "orta vasıftan aşağı vasıfta bir şey veremez"⁶⁹ diye sınırlandırmakla bir anlamda söz konusu boşluğu

⁶⁴ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 264.

⁶⁵ Mecelle (md. 140) cinsi, kapsadığı fertler arasında amaç bakımından aşırı fark bulunmayan şey olarak ifade etmektedir.

⁶⁶ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 20.)

⁶⁷ Bardakoğlu, "Cins", DİA, VIII, 20.

⁶⁸ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 20.

⁶⁹ BK.'nun, söz konusu hükmü, AMK'nun "Sadece nev'an muayyen şeyi ifaya mecbur olan kimse, o şeyi, orta vasıf ve neviden vermeye mecburdur" şeklinde ifade edilen § 243'ten iktibas etmiş olduğu görülmektedir (*Alman Kanunu Medenisi Tercümesi*, 58).

doldurarak muhtemel anlaşmazlıkları önlediğini kabul etmek mümkündür. O halde düzenleyici nitelikteki bu ilave hükümler olmasaydı sadece cins ve miktarın belirtilmesiyle borç ilişkisinin kurulduğunu, Türk hukuku açısından da kabul etmek mümkün olmazdı.

Nev'an muayyen edimler genellikle misli şeylerdir.⁷⁰ Fakat bu, misli olmayan şeylerin de cins borcuna konu olamayacağı anlamına gelmez. Nitekim mehrin konusunu, mesela on koyun, beş inek, dört at gibi ferden tayin edilmemiş kıyemi mallar da teşkil edebilir. Aynı şekilde misli olmayan bir şey, mesela bir şahsa ait atlardan biri, ferden tayin edilmeksizin vasiyete konu yapılabilir. Ancak şuna dikkat etmek gerekir ki, misli olmayan bir malın nev'an tayin edilerek edim konusu yapılması tek taraflı hukuki işlemlerde, tek tarafa borç yükleyen akitlerde mümkün görünmektedir.⁷¹ Bu imkanın tam iki tarafa borç yükleyen akitlerde, pek fazla işleyebileceğine ihtimal vermiyoruz. Gerçi malikiler, şafiiler ve hanbeliler misli olmadığı halde hayvanların da seleme konu olabileceğini kabul etmektedirler. Şu var ki, bu mezhepler, böyle bir durumda hayvanın yaşı, cinsiyeti ve büyüklük ölçülerinin belirtilmesini gerekli görmüşlerdir.⁷² Hanefiler ise, İbn Mes'ud'un görüşünü esas alarak selemin hayvanlarda işlemeyeceğini belirtmişlerdir.⁷³

Diğer taraftan bir borcun konusunun misli mal olması onun mutlaka cins borcu olmasını da gerektirmez. Misli bir mal, parça borcunun konusu da olabilir.

Borçlunun nev'an tayin edilmiş olan şeye borç ilişkisinin doğumu sırasında malik olması şart değildir; yeter ki, borçlu, onu ifa zamanına kadar tedarik etsin.⁷⁴ Şeyin, ifa zamanından önce piyasada tükenmesi, bir anlamda ifa imkansızlığının ortaya çıkması borç ilişkisini etkilemez; önemli olan, o şeyin ifa zamanı geldiğinde piyasada genellikle bulunabilmesidir.⁷⁵ Bundan da maksat, borçlunun, sadece ifa zamanında onu elde etme kudretine sahip olmasıdır; hatta o şey, ifa zamanı hariç

⁷⁰ "Misli şeyler, piyasada sayı, ölçü veya tartı ile tayini mutad olan ve biri yerine diğerinin ikamesi caiz ve mümkün bulunan menkul eşyadır" (Fezyoğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 20).

⁷¹ İbn Kudame, *Muğnî*, V, 657-658.

⁷² Derdîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 278; Şirbînî, *Muğnî*, II, 110-111; İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 308.

⁷³ Şeybânî, *Asl*, V, 8.

⁷⁴ Fezyoğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 21.

⁷⁵ Haraşî, *Şerh*, IV, 128; Derdîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 280.

bütün vade boyunca da mevcut olmayabilir. Fakat Ebu Hanife bu şeyin bütün vade boyunca mevcut olmasını şart koşmuştur.⁷⁶

2. Cins borçlarının ifası

Nev'an muayyen borçlar veya cins borçları (zimmette yer alan edimler) genel cinslere ilişkindir, yoksa o cinslere ait muayyen fertlere değil.⁷⁷ Söz konusu cins içinde yer alan herhangi bir fert ile bu tür borçlar ifa edilebilir. Yeter ki, ifa edilecek bu ferd, borçlanılana uygun olsun. İfa olarak sunulan ferd akde aykırı çıkarsa alacaklı o cinse ait başka bir fertle borçluya rücu eder. O cinsten akde uygun bir fert ifa edilinceye kadar edim, borçlunun zimmetinde kalmaya devam eder.⁷⁸

Belli bir niteliği taşıyacak şekilde yerine getirilmesi gereken şey, bu niteliğe uygun ifa edilmezse, yapılan ifa geçerli olmaz. Verilen şey geri alınır ve ifa, borca uygun olacak şekilde yeniden yapılır.⁷⁹ Ancak bu arada alacaklı kabzettiğinin edime uygun bir ifa olmadığını farkedirse yine de onu ifa olarak kabul edebilir. Bu durumda mülkiyetin, alacaklının ona rıza gösterdiği anda mı yoksa onu kabzettiği anda mı geçtiği, şafii doktrininde tartışılmış ve her iki yönde de görüşler ileri sürülmüştür.⁸⁰ Ancak akit sırasında ileri sürülmüş bir kaydın taraflar için bir anlam taşımadığına karar verilebiliyorsa ifa sırasında ona itibar edilmesi gerekmez.⁸¹

Neviyle muayyen borç ancak miktar ve vasıf itibariyle alacağa tekabül eden bir şey ile yerine getirildiği için⁸², borçlunun takdim ettiği edim, onun akitle taahhüt etmiş bulunduğu niteliklerin hiç olmazsa asgarisine tekabül etmelidir. Borçlu, ancak bu şekilde, edime uygun bir ifade bulunmuş, dolayısıyla borçtan kurtulmuş olur.⁸³ Nitekim selemde ifa olarak sunulan edim, borçlanılan edime uygunsa, alacaklı onu

⁷⁶ Şeybânî, *Asl*, V, 6-7; Serahsî, *Mabsût*, XII, 134.

⁷⁷ İbn eş-Şât, Karâfi'nin bu ifadesinin tenkide açık olduğunu, "genel cinslere ilişkindir" ibaresi yerine "bu genel cinslerin içinde yer alan gayri muayyen fertlerdir" denilmesinin daha isabetli olacağını belirtmektedir (İbn eş-Şât, *İdraru's-Şurûk*, III, 253).

⁷⁸ Karâfi, *Furûk*, III, 253-254, f. 189; İbn Kudame, *Muğni*, V, 475.

⁷⁹ Zerkeşi, *Mensûr*, III, 157. Bu kural altında işlenen meseleler borçlar hukukuyla doğrudan ilgili değilse de, onun, borçların ifasında genel bir prensip olarak kullanılmasında bir sakınca görmemekteyiz.

⁸⁰ Zerkeşi, *Habâyâ*, 262.

⁸¹ Serahsî, *Mabsût*, XV, 133.

⁸² von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 486.

⁸³ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 341.

kabul etmek zorundadır. Çünkü onun hak ettiği böyle bir edimdir. Borçlunun taahhüt edilenden daha iyisini getirmesi, hadiste övülen “iyi ifa” (hüsnü kazâ) kapsamına gireceği için caizdir ve alacaklı bunu kabule mecburdur. Fakat daha düşük evsafa bir selem edimini alacaklı, ifa olarak kabul etmek zorunda değildir. Çünkü borçlu neyi borçlanmışsa onu ifa etmeli, başka bir şeyi değil. Üstelik alacaklıyı böyle bir edimi kabule zorlamak, onun hakkını ıskat etmek anlamına gelir. Bununla birlikte alacaklı, borçlanılan edimle aynı cinsten olmak şartıyla, onu kabul edebilir.⁸⁴

Alacaklı, borçlanılan ile aynı türden olmak şartıyla daha iyi nitelikteki edimi kabul etmek zorundadır. Çünkü bu durumda borçlu, akdin ihtiva ettiği niteliklere uygun, hatta ilave niteliklere sahip bir edim sunmuştur. Bunu kabul etmesinde bir zararı yoktur. Onun edimden beklediği amaca da aykırı düşmemektedir. Fakat daha değerli de olsa farklı türden bir edimi, alacaklı ifa olarak kabul etmek zorunda değildir. Çünkü yapılan akit, borçluya tarafların üzerinde anlaştıkları nitelikteki bir edimi yüklemiştir. Farklı türden bir edimin sunulması, borçlanılan niteliklerden bir kısmının ihlal edilmesinden farksızdır. Çünkü tür (nev') alacaklı için nitelikten daha fazla önem taşır. Nitelik açısından edime uygun olmayan bir ifayı kabul etmek zorunda olmayan bir alacaklı, tür bakımından edime aykırı bir ifayı rahatlıkla reddedebilir. Ancak hanbeli fakihi Kadı Ebû Ya'lâ el-Ferrâ', bu türlerin farklı da olsa aynı cins içinde yer aldıklarını, bu nedenle de zekatta birbirine ilave edilerek hesaplandığını ileri sürerek alacaklının böyle bir edimi kabule mecbur olduğunu savunmuştur. Ona göre bunun, aynı türden olup da daha iyi evsafa bir edimin sunulmasından farkı yoktur. Mezhebin yerleşik görüşünü daha yerinde bulan İbn Kudame, Kadı Ebû Ya'lâ'nın görüşünü tenkid ederek her bir türün ayrı bir işlevi bulunduğunu, alacaklıya teklif edilen farklı türden edimin onun akitten beklediği amaca hizmet edemeyeceğini ve bunun iyi niteliklere sahip olması gerekip de bu evsafa olmayan bir şeyin ifa olarak sunulmasından farksız olacağını ve bu nedenle alacaklının böyle bir edimi kabul etmek zorunda olamayacağını belirtmiştir. Alacaklı böyle bir ifayı kabul etmek zorunda olmamakla birlikte, dilerse kabul edebilir ve böyle bir değişime de hukuki bir engel yoktur. Yeter ki, borçlanılan edim ile

⁸⁴ İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 340; Şîrâzî, *Mühezzeb*, I, 301; Scrahsî, *Mebûsât*, XII, 200; Derdîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 282.

getirilen edim miktar bakımından birbirine denk olsun.⁸⁵ Diğer mezheblerin de görüşü bu istikamettedir.

Daha düşük kaliteli olanını almaya mecbur olmadığı halde kabul eden alacaklı, buna mukabil olarak miktarın artırılmasını isteyemez.⁸⁶ Alacaklının türe ilişkin hakkını iskat etmesine veya borçlunun daha iyi niteliktekini vermeye rıza göstermesine de hukuki bir engel bulunmadığını belirtmiştik.⁸⁷ Ne var ki, daha kalitelisini getiren borçlu, buna mukabil karşı edimin de artırılmasını isteyemez.⁸⁸ Çünkü kalite tek başına akde konu yapılamaz. Fakat borçlu, borçlanılan edimden miktarcı daha fazlasını getirip fazla kısım için ilave bir meblağ isterse ve alacaklı da bunu kabul ederse ilaveye ilişkin yapılan bu yeni işlem geçerli olur.⁸⁹

Alacaklı ayıplı bir şeyi edim olarak kabul etmek zorunda değildir. Aldığının ayıplı olduğunu farkedenden alacaklı, bunun yerine ayıpsız bir edim istemek ile onu olduğu gibi kabul edip ayrıca aybın erşini (yani aybın edimde meydana getirdiği değer kaybını) de talep etmek arasında serbesttir.⁹⁰ Ayıp muhayyerliğini sınırlı cins borçlarında işletmek mümkündür. Sınırsız cins borçlarında ayıp söz konusu olmaz.

Cins borçlarında ifa imkansızlığı, pek nadir görülen bir olaydır. Çünkü ifa edilmesi gereken şey, bir cinsin herhangi bir ferdidir; o cinsin muayyen bir ferdi değildir. Bir cinsin toptan yok olması düşünülemeyeceğine göre bu tür borçlarda imkansızlığın istisnai bir durum olması gerekir.⁹¹ Fakat cins borcu sınırlı hale getirilmişse, imkansızlık da gündeme gelir. Mesela belli bir anbardan olmak şartıyla satılan belli miktardaki bir buğdayın ifası, o anbarın tamamen yanması durumunda, imkansız hale gelir. Ancak şunu hemen belirtmek gerekir ki, İslam hukuk literatüründe, sınırlı cins borcu ancak bey' akdine konu olabilir; selem akdine konu

⁸⁵ İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 340.

⁸⁶ Şeybânî, *Asl*, V, 23.

⁸⁷ İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 341.

⁸⁸ İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 341. Ancak hanefiler, borcun konusu, keylî veya veznî bir mal değilse, borçlunun borçlanılandan daha kalitelisini getirmesi halinde, alacaklının da muvafakat etmesiyle kalite farklılığı için bir fazlalık almasında bir sakınca olmadığını savunmuşlardır (Şeybânî, *Asl*, V, 22).

⁸⁹ İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 341.

⁹⁰ İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 340-341.

⁹¹ Vadeli cins borcu için, mesela selem için rehin alınmış ve bu rehmin değeri, borcu karşılayacak miktarda veya ondan fazla ise, böyle bir durumda, borç ifa edilmeden, rehin verilen şey alacaklının elinde telef olursa, buna bağlı olarak borç da sona erer (Şeybânî, *Asl*, V, 43-44).

olamaz. Bu nedenle selem borcu denildiğinde, sınırlı cins borcunun değil, sınırsız veya geniş anlamda sınırlı bir cins borcunun anlaşılması gerekir. İfanın konusunu aşırı derecede daraltıcı nitelikteki şartlar, ifa imkansızlığına yol açar düşüncesiyle selemde muteber sayılmamıştır. Hatta bu nedenle selemde, diğer akitlerden farklı olarak, daha akit yapılırken başta çok sıkı tedbirler alınmıştır. Öyle ki, selem konusunu, sınırlı bir cins borcu haline getirecek kayıtlar akdin geçersizliğine sebep sayılmıştır.⁹² Bu bağlamda belli bir tarlanın, hatta belirli bir kasabanın ürününden olmak şartıyla yapılan bir selem, ifanın selameti tehlikeye düşeceği gerekçesiyle geçerli sayılmamıştır.⁹³ Hatta hanefi mezhebi, bu konuda daha da ileri giderek, seleme konu yapılacak şeyin, bütün vade boyunca mevcut bulunmasını, akdin yapılabilmesi için gerekli görmüş, söz konusu şeyin sadece akdin yapıldığı sırada veya sadece vade tarihinde mevcut bulunmasını baştaki imkansızlığın gerçekleşmesine mani olmaya yeterli görmemiştir. Bu nedenle hanefi mezhebinde, bu şartlarla yapılan bir selem akdinde sonraki ifa imkansızlığının meydana gelmesi oldukça güçleşmiş olmaktadır.⁹⁴ Ancak yine de, borç muacceliyet kazandığında edim konusu şeyin, ya bir hastalık isabet etmesi veya dolu, sağnak yağış gibi tabii afetlere maruz kalması nedeniyle o sene ürün alınamamışsa, ifa imkansızlığı gündeme gelebilir. Bu noktada hanefi mezhebine mensup müçtehitler arasında bu durumun nitelendirilmesinde bir görüş ayrılığı söz konusudur. Züfer'e göre, bu, bir ifa imkansızlığı halidir. Dolayısıyla borç, bu sebeble doğrudan son bulur; borçlu, daha önce almış olduğu karşı edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince iade eder. Fakat Ebu Hanife, Ebu Yusuf ve Muhammed b. el-Hasen'e göre, böyle bir hal, imkansızlıktan ziyade, alacaklıya seçimlik bir yetki veren bir durumdur. Alacaklı bu seçimlik yetkiye dayanarak ya akdi fesheder veya edimini bir sonraki senenin ürününden almak üzere beklemeye katlanır.⁹⁵

Cins borçlarında imkansızlık nadir olduğuna göre, borçlunun bu yolla borcundan kurtulması pek fazla söz konusu olmayacaktır. Ancak bu arada borçlunun ifa maksadıyla temin ettiği şeyin hasarının hangi andan itibaren alacaklıya geçeceği önemli bir problem olarak kendini göstermektedir. Cins borçlarında hasarın intikali için teslim prensibinin (kabz) esas alındığına aykırı düşen bir görüşe

⁹² Şeybânî, *Asl*, V, 48-49.

⁹³ Haraşî, *Şerh*, IV, 129, 134.

⁹⁴ Şeybânî, *Asl*, V, 6-7, 48-49; Serahsî, *Mebûsât*, XII, 134.

⁹⁵ Serahsî, *Mebûsât*, XII, 135-136.

İslam hukukunda tesadüf edilmemiştir. Bu nedenle kabzdan önce, bütün mezheplere göre⁹⁶, cins borçlarının hasarı borçluya aittir. Ancak mezhepler, kabz terimine farklı anlamlar yükledikleri için, hasarın intikal anı da farklılık arz etmektedir.

Hanefiler, kabzın esasını, borçlunun ifa için kendine düşen fiilleri yapması veya bunları yapmaya hazır olduğunu açıklaması olarak ifade edilebilecek "tahliye" işleminden ibaret görmüşlerdir. Kabzı kendi içinde iki alt türe ayıran hanefiler, bunlardan birini tam, diğerini eksik kabz diye isimlendirmişlerdir. Tahliye işlemi parça borçlarında tam kabz, cins borçlarında ise eksik kabz⁹⁷ olarak gören hanefiler, eksik kabzı, hasarın intikali için yeterli saymışlardır. Bu tür edimlerde tam bir kabzdan (tam ifa) söz edebilmek için, ölçme veya tartma işleminin de yapılması gerekir. Tam kabz ise, alıcının bunlar üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için gerekli görülmüştür. Bunun sebebi olarak da Rasulüllahın, biri satıcı diğeri alıcı tarafından ölçme işlemine tabi tutulmadan gıda maddelerinin satılmaması yönündeki yasağı gösterilmiştir.⁹⁸ Hatta nev'an tayin edilmiş edimlerin her el değiştirmesinde

⁹⁶ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 244-245; Derdîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 196; İbn Cüzey, *Kavânîn*, 252.

⁹⁷ Verme borçlarının ifası, kural olarak, alacaklının katılımını gerektirir. Parça borçlarında bu katılım, daha önceden belirlenmiş olan şeyin kabzedilmesinden ibaret iken cins borçlarında bu katılım ayrı bir önem taşımaktadır. Bir kere borçlanılan miktarın tesbit edilmesi gerekir. O da sadece borçlu tarafından gerçekleşemez. Ayrıca teklif edilecek edimin, borca uygun olup olmadığının da belirlenmesi gerekir. Bu da ancak alacaklının katılımıyla mümkün olabilir. Bu şartlarda sadece borçlunun belirli bir miktarı ayırt edip ifaya hazır hale getirmesi, ifanın tamamen gerçekleştiği anlamına gelmez. Ancak bu şekilde hazırlık yapan veya bunu yapmak istediğini alacaklıya bildiren borçlu, ifada ciddi ve iyiniyetli olduğunu kanıtlamış demektir. Buna rağmen alacaklı ifaya katılmamakla gerçekleşmesine engel oluyorsa bunun sonucuna da katlanması gerekir. O da hasarın kendisine geçmesi şeklinde tecelli eder.

⁹⁸ Söz konusu hadisi, Dârekutnî ve İbn Mâce rivayet etmiştir (Şevkânî, *Neylu'l-Evtâr*, V, 160). Bu yasağın illeti üzerinde görüş ayrılığına düşen hanefi bilginlerinden bir kısmı, bunu, aklen anlaşılamiyacak dinî bir mana içermesine, diğer bir kısmı da ölçü ve tartı olmadan kabzın tamamen gerçekleşmediğine bağlamıştır. Birinci görüştekilere göre, satılan şey, tahliye ile alıcıya dilediği gibi tasarrufta bulunma imkanı sağlanacak şekilde ait kılınmış olduğuna göre artık teslim ve tesellümün manası gerçekleşmiş demektir. Nitekim, misli olmayan mallarda ve misli olsa bile götürü olarak satılmış olan mallarda tahliye, teslim ve kabz sayılmaktadır. Satılan şeyin hasarının, tartışmasız olarak, tahliye ile alıcıya geçmesi de bunu teyid etmektedir. Bütün bunlar tahliyenin kabz sayıldığını göstermektedir. Demek ki bu yasak, kabz ile ilgili değil, aklen anlaşılamiyacak dinî bir sebebe dayanmaktadır. İkinci görüştekilerin izahı ise, İmam Muhammed'in Kitabü'l-Büyû'da konuya ilişkin yaptığı değerlendirmeden ibarettir. Belirttiğine göre, çeşit satımlarında tahliye ile kabzın esas gerçekleşir, ama tam kabz gerçekleşmez. Çünkü bu tür satımlarda kabzın tamamen gerçekleşmesi ölçmek ve tartmaktır. O halde alıcı, ancak ölçtüğü veya tarttığı takdirde

tam kabzın gerçekleşmesi gerekir. Öyle ki, tam kabz ile alacağını elde etmiş olan kişi, bunu bir başkasına sattığında, bu yeni alıcı daha önceki ifa işlemi sırasında hazır bulunmuş olsa bile, ölçme veya tartma işleminin yenilenmesi gerekli görülmüştür.⁹⁹

Şafiiler, cins borçlarının kabzı için naklin yanısıra, edimin mübadele biçimine göre ölçme, tartma, sayma veya uzunluk birimiyle ölçme işleminin de yapılmasını gerekli görmüş ve buna gerekçe olarak da, Resulüllah'ın bir gıda maddesini satın alanın, onu ölçerek almadıkça bir başkasına satmaması yönündeki yasağını¹⁰⁰ göstermişlerdir. Hadisten, ölçme işlemi yapılmadıkça kabzın gerçekleşmediği sonucunu çıkararak şafiiler, tartma, sayma ve uzunluğun ölçülmesi yoluyla miktar tesbitlerini de ölçme işlemine kıyas etmişlerdir. Hadiste sadece gıda maddesi hakkında varid olan bu hükmü, bütün misli mallara teşmil etmişlerdir. Fakat misli olduğu halde götürü olarak satılan şeyin kabzı için miktar tesbitinin yapılmasını zorunlu saymamakla birlikte yerinden nakledilmesini gerekli görmüşlerdir. Gerçi bu tür bir satış parça satımı niteliğindedir. Fakat menkul olduğu için, onlara göre, nakil işlemi yapılmadıkça bu şeyin kabzı gerçekleşmez.¹⁰¹

Malikiler, kendisinde "tevfîye hakkı" bulunan satışta hasarın teslim ile alıcıya geçtiğini belirtmişlerdir.¹⁰² Tefviye terimini ise, misli mallarda satıcının sattığı şeyi ölçmesi, tartması veya sayması şeklinde açıklamışlardır. Ancak kabz için, tevfiye diye anlatılan satıcıya ait bu fiiller yeterli değil, ayrıca bu şekilde ayırt edilen ve akde tahsis edilen bu şeyin alıcının hakimiyet alanına geçirilmesi de gerekir.¹⁰³ Buna göre satıcı, ifa için kendine düşen fiilleri yerine getirmiş ve geriye alıcının onu

o şey üzerinde tasarrufta bulunabilir. Üstelik çeşit satımlarında miktar akdin konusuna ait bir unsurdur. Nitekim bu türden bir şey satılıp kabzedildiğinde fazla çıkmışsa ya bu fazlalık iade edilir ya da ona karşılık ilave bir bedel ödenir; eksik çıkmışsa, eksik kısmın bedeli semenden düşürülür. Eksik veya fazla çıkma ihtimali taşıyan bir şeyin miktarının belirlenmesi gerekir. O da ancak ölçü veya tartıyla anlaşılabilir. O halde borçlanılan miktarın kabzı ancak ölçmek veya tartmakla gerçekleşir. Bundan dolayı ölçmek ve tartmak, bu tür edimlerde kabzın tamamı için zorunlu sayılmıştır. Çünkü taşınırın tamamen kabzı gerçekleşmeden satımı caiz değildir. Bu tür malların, mezruattan farklı olarak (o dönemde mezruat parça satımı niteliğindedir), tamamen kabzı gerçekleşmeden satımı caiz değildir (Kâsânî, *Bedâi'*, V, 244-245).

⁹⁹ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 244-245.

¹⁰⁰ Şevkânî, *Neylu'l-Evtâr*, V, 157.

¹⁰¹ Şîrbînî, *Muğnî*, II, 73.

¹⁰² İbn Cüzey, *Kavânîn*, 252.

¹⁰³ Derdîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 196-197.

kabzetmesi dışında bir şey kalmamışsa, alıcı da haklı bir sebep olmaksızın bu ifa teklifini kabul etmemişse, alacaklı temerrüde düşmüş sayılır ve bunun sonuçlarına katlanması gerekir. Alacaklı temerrüdüne bağlanan sonuçlardan biri de hasarın alacaklıya geçmesidir.

Hanbeli mezhebinde çeşit borçlarının ifasında kabzın, satılan şeyin ölçülmesi veya tartılmasıyla gerçekleşeceği şeklindeki mezhebin yerleşik görüşünün yanında, Ebu Hattab'ın Ahmed b. Hanbel'den yaptığı bir rivayette, onun ayırd edilip tahliye edilmesiyle gerçekleşeceği yönünde bir görüşünün de bulunduğu ifade edilmiştir. Çünkü ayırd edip tahliye etmekle satıcı, ifa için yükümlü olduğu fiilleri yapmış demektir. Artık alıcının onu elde etmesi için bir engel kalmamıştır. Bu şekildeki bir tahliyenin, taşınmazdakinden farksız olarak kabz sayılması gerekir.¹⁰⁴

Yığın halindeki misli bir mal götürü olarak veya misli bir mal akit yapıldığı sırada ayırt edilerek satılmışsa konu muşahhas hale geldiği için buradaki edim bir parça borcu niteliğini kazanmış olur. Artık bunun ifası için tahliye yeterli olur. Fakat satım konusu misli mal, akdin yapıldığı sırada hazır bulunmakla birlikte ayırt edilmemişse sınırlı bir cins borcu söz konusu olur. Tahliye işlemiyle edimin hasarı karşı tarafa geçtiği halde ifa tamamen gerçekleşmiş olmaz. Bunun için ayrıca satılan miktarın satıcı tarafından alıcının katılımıyla tesbit edilmesi gerekir. Satıcı miktar tesbitini tek başına yapmışsa, onun belirttiği miktarı alıcının olduğu gibi onaylaması caiz olmayıp kendisinin de ayrıca miktar tesbitini yapması gerekir.

Sınırlı bir cins borcu, konusunu oluşturan şeyin, tarafların katılımıyla miktar tesbiti yapılmadan önce, mücbir bir sebeble telef olması halinde sona erer. Borçlu bir başka şeyi temin etmekle yükümlü değildir. Şayet bu şey, alacaklının fiiliyle telef olmuşsa, borç sona ermiş olmaz, onun bu davranışı kabz hükmünde sayılır ve kendi edimini yerine getirmek zorunda kalır. Edimin üçüncü bir kişinin fiiliyle imkansız hale gelmesinde de borç kendiliğinden sona ermez. Alacaklı, haksız fiil sahibinden edimin kıymetini istemek ile borç ilişkisini tek taraflı olarak sona erdirip semeni ile rücu etmek arasında serbesttir. Hanbeliler, edimin borçlunun fiili sonucu imkansız hale gelmesi durumunu üçüncü bir kişinin fiilinden farksız

¹⁰⁴ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 125-126.

görmektedirler. Şafiiler ise borçlunun fiilini mücbir sebep gibi telakki edip borcun kendiliğinden sona ereceğini ifade etmektedirler.¹⁰⁵

Hanefiler, keyli ve vezni mallardan farklı olarak mezruatta miktarı, edimin konusu değil, bir vasfı kapsamında görmüşlerdir. Bundan dolayıdır ki, yapılan ifa sırasında fazla çıkan kısım, her bir birimin fiyatı belirlenmeksizin bütünü için tek bir fiyat verilmişse, ek bir semene gerek kalmadan alıcıya ait olur. Eksik çıkması durumunda da semenden payı düşürülmez (Mesela altı metre kare olduğu söylenen bir halının yedi metre kare çıkması halinde alıcının bu fazlalık için ayrı bir bedel vermesi gerekmez. Ancak metre karesi şu kadardan denilerek satılan şeyin fazla veya eksik çıkması halinde durum farklı olur). Mezruatta tahliye tam kabz sayılır. Keyli ve vezni mallardan farklı olarak mezruatta, zer' işlemi yapılmamış olsa bile, tasarrufun cevazı için tahliye tek başına yeterlidir. Çünkü tahliyenin kendisiyle kabz aslen gerçekleştiği için hasar, satıcıdan çıkmış olur. Hasarın satıcıdan çıkması kabzın esasına ilişkindir, onun kemal vasfına ilişkin değildir. Fakat tasarrufun cevazı, tam bir kabzı gerektirir. Çünkü kabz edilmeyen şeyin satımına ilişkin Peygamber yasağı vardır. Mutlak manada kabz tam olan kabzdır.¹⁰⁶

Fertleri arasında pek fazla fark bulunmayan ve sayıyla alınıp satılan mallar (mütekarib ma'dudat) götürü olarak değil sayıyla satılmışsa, Ebu Hanife'ye göre, onlara da keyli ve vezni malların hükmü uygulanır. İmameyne göre ise mezruat hükmündedir.¹⁰⁷

Roma hukukundaki hasarın alıcıya ait olacağı (*periculum emptorist est*) kuralı çeşit satımlarına değil sadece parça satımlarına uygulanmaktaydı. Çünkü çeşit satımlarında o çeşitten şeyler yeryüzünde mevcut bulundukça satıcı bakımından bir edim imkansızlığı söz konusu olmaz (çeşit yok olmaz = *genus non perit*).¹⁰⁸ Aynı şekilde hanefi mezhebi dışındaki mezheplerde seleme konu yapılacak şeyin vade tarihinde normal şartlarda mevcut bulunması selem akdinin yapılabilmesi için yeterli sayılmıştır. Çünkü onlara göre deyn borçlarında, edim konusu cins yeryüzünde mevcut olduğu sürece ifa imkansızlığı söz konusu olmaz.¹⁰⁹

¹⁰⁵ İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 123.

¹⁰⁶ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 245.

¹⁰⁷ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 244-245.

¹⁰⁸ Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku*, 48.

¹⁰⁹ Serahsî, *Mebûsât*, XII, 134.

AMK. (§ 243)'e göre, nev'an muayyen borçlarda, borçlu, ifa için kendisine düşen işleri yapmışsa, sorumluluğu bu şey ile sınırlıdır.¹¹⁰ Böylece imkansızlık cins borçları hakkında söz konusu değildir kuralı Alman hukukunda hafifletilmiş olmaktadır.

Fransız hukukunda, "hasar malikindir" kuralı işlediği için, çeşit satımlarında satılanın mülkiyeti, çeşidin, sözleşmenin yerine getirilmesi için ayırt edildiği anda alıcıya geçtiği için hasar da bu sırada ona geçer.¹¹¹

BK md. 183'de çeşit satımlarında hasarın intikali için sözleşmenin kurulması yeterli sayılmayıp ayrıca satılan şeyin ayırd edilmiş olması da şart koşulmuştur. Fakat bu ayırd etmenin mahiyeti hakkında doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.¹¹² Mesafe satımlarında (uzağa satımlarda) ise, hasar ve yararın geçişi hakkında özel hüküm getirilmiş, şeyin ayırd edilmiş olmasının yanısıra aynı zamanda satıcının gönderme amacıyla onun üzerinden elini çekmiş olması da gerekli görülmüştür.¹¹³

Karz akdinde, müstakrizin aldığı mislini ödeme borcu akitle değil, kabz ile doğduğu için müstakrizin akit konusu şeyi kabzetmiş olması gerekir.¹¹⁴ Bu akitte borcun doğumunun kabza bağlanması, temelde onun başlangıç itibariyle teberru niteliğinde olmasından kaynaklanmaktadır. Faiz tahakkuk ettirilemeyeceği için karz, tam iki tarafa borç yükleyen bir akit değildir. Nesie ribası şartları oluşmasını diye hanefiler, âriyet akdine kıyas ederek, ileri sürülebilecek bir vadenin geçersiz olacağını kabul etmişlerdir. Bu nedenle karz alacaklısı, dilediği zaman alacağını talep edebilecektir. Ancak maliki doktrininde, va'd bağlayıcı kabul edildiği için, karzda ileri sürülen vadenin de bağlayıcı olacağı belirtilmiştir. Diğer taraftan karz borcunun doğumu için akdin yeterli görülmeyip ayrıca kabzın da şart koşulması, bu akdin konusunu oluşturan malların mahiyetinden kaynaklanmaktadır. Bilindiği gibi ancak misli mallar karz akdine konu olabilirler. Ayırdetmek suretiyle ferdileştirilmiş de olsa bunun mülkiyeti akitle ödünç alana geçmez. "Mülkiyet, kabızla karşı tarafa

¹¹⁰ *Alman Kanunu Medenîsi Tercümesi*, 58.

¹¹¹ Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku*, 48-49.

¹¹² Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku*, 52.

¹¹³ Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku*, 52-53.

¹¹⁴ Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 395; İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 348.

geçer".¹¹⁵ Mülkiyetle birlikte hasar da geçer. Bu nedenle karz konusu şey, ferdileştirilmiş olsa bile, teslimden önce helak olsa, hasarı mukriz'e ait olur. Herhalükarda mukriz, akitten sonra, fakat teslimden önce, varlığı halinde bile teslimde zorlanamazken helaki halinde öncelikle ifaya zorlanamaz. Hem kusurlu hem kusursuz imkansızlık hallerinde zarara mukriz katlanır.

Arâyâ akdinde kabz, bedellerden her birinin mahiyetine göre gerçekleşir. Bedellerden kuru hurmanın kabzı, onun alıcı tarafından (ölçekle satılmışsa) ölçülmesi veya (götürü olarak satılmışsa) nakledilmesiyle gerçekleşir. Diğer bedel olan ağaçtaki taze hurmada ise kabz tahliye ile olur. Kuru hurmanın, karşı bedel olan taze hurmanın bulunduğu ağaçların yanına getirilmesi şart değildir.¹¹⁶

C. PARA BORÇLARINDA

1. Kavram

Para, iktisat ilminin en kompleks konularından biridir. Pek çok tanımı yapılmıştır. Fakat biz, fonksiyonlarını öne çıkaran bir tanımı vermekle yetineceğiz. Buna göre, "para, bir memlekette, iktisadî kıymetlerin genel olarak mübadelesine ve ölçülmesine yarayan ve herkesçe ödeme vasıtası olarak kabul edilen bir şeydir".¹¹⁷

İslam tarihinin ilk döneminde, özellikle Resulüllah ve dört halife döneminde, genel olarak Doğu Roma'nın altından olan *dinarı* ile İran'ın gümüşten mamul *dirhemleri* tedavülde olup yeni bir para basımına gidilmemiştir. Hatta altın para olan *dinarın* tedavülünün hakim olduğu yörelerde yaşayanlar için *ehlu'z-zeheb*, gümüş para olan *dirhem*in tedavülünün hakim olduğu yörelerde yaşayanlar için ise *ehlu'l-verik* denildiği kaynaklarda nakledilmektedir.¹¹⁸ İlk yerli para, Abdülmelik b.

¹¹⁵ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 348.

¹¹⁶ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 71.

¹¹⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku*, 1027.

¹¹⁸ Diyetin deve üzerinden miktarı Resulüllah tarafından belirlenmiş, altın ve gümüş para üzerinden miktarı ise Hz. Ömer tarafından belirlenmiştir. Hz. Ömer, diyet miktarını, hicaz bölgesi dışında kalanlardan (*ehlu'l-kurâ*) *ehlu'z-zeheb* hakkında 1000 dinar, *ehlu'l-verik* hakkında ise 10 000 dirhem olarak tayin etmiştir. Malik b. Enes, *ehlu'z-zeheb*'ten maksadın, Şâm ve Mısır yöresinde yaşayanlar, *ehlu'l-verik*'ten maksadın ise Irak yöresi halkı olduğunu belirtmektedir (*Muvatta*, 'Ukûl, 2).

Mervan (65-86/685-705) tarafından çıkarılmıştır.¹¹⁹ Tedavülde bulunan bu çeşitli türden paralar, sikke halinde olsalar bile, farklı ağırlıklarda buldukları için sayıyla değil, tartıyla işlem görmekteydi.¹²⁰ Ödemelere esas teşkil eden bu paraların yanısıra ufaklık para olarak değişik ağırlıklarda ve çeşitli madenlerden, özellikle bakırdan kesilmiş *felsler* de tedavülde bulunmaktaydı.¹²¹ İslam ülkesinin sınırları geniş bir coğrafyaya yayılınca çeşitli türden yeni mahalli paralar da tedavüle çıkmıştır. Nitekim Orta Asya, Mısır, Kuzey Afrika, Endülüs gibi müslümanların sonradan hakim olduğu yörelerde telif edilen eserlerde bunları rahatlıkla görmek mümkündür.¹²² Ancak söz konusu bu paralar ile yukarda sözü geçenlerin ortak özelliği hepsinin şu veya bu metalden yapılmış madeni paralar olmasıydı. İlgili dini hükümlerde ve klasik fıkıh eserlerindeki işlenen konularda bu paralar esas alınmıştır. Fakat bu tür paralar artık günümüzde mal para olarak görülmektedir. Çünkü 1929 dünya ekonomik buhranından sonra dünyada metal sisteminin yerine kâğıt para sistemi kaim olmuştur.¹²³ Buna bağlı olarak da yeni türden çok boyutlu parasal problemler ortaya çıkmış ve bunların çözümüne yönelik yeni teoriler geliştirilmiştir. Esasen bu meseleler, büyük çapta iktisat bilimini ilgilendirmektedir. Ancak para, eski dönemlere göre daha çok borç ilişkisine konu teşkil eder hale geldiği için hukuk da konuyla daha yakından ilgilenme ihtiyacı duymuştur.¹²⁴

Kâğıt para sisteminde para, itibari değere sahiptir. Para olarak tedavül eden şeyin gerçek değeri, izafe edilen değeriyle mukayese edilemeyecek kadar düşüktür.

¹¹⁹ İbn Kayyım, *l' lâm*, II, 163; Erkal, "*Madeni Para*", Para, Faiz ve İslam, 161-165; Döndüren, "*İslam'da para*", Para, Faiz ve İslam, 186-187; Gözübenli, "*Para Kavramı*", Para, Faiz ve İslam, 69-71.

¹²⁰ Şeybânî, *Asl*, V, 17.

¹²¹ Erkal, "*Madeni Para*", Para, Faiz ve İslam, 162-169.

¹²² Mesela Serahsî, eserinde *Neciyye*, *Ğalle* (ğulle veya ğille de olabilir) ve *Nebhreçe* gibi dirhem türlerinden söz etmektedir (*Mebûât*, XX, 57). Muhtemelen bunlar, müellifin kendi yöresinde tedavülde bulunan paralardır. Yine Sahnun, eserinde, konuları işlerken, yaşadığı yörede tedavülde bulunan *Muhammediye* dirhemi ve *Yezidiye* dirhemi adında mahalli paralardan da bahsetmektedir. (Muhammediye dirhemleri Yezidiye dirhemlerinden daha değerlidir) (Sahnun, *Müdevvene*, III, 426).

¹²³ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 41.

¹²⁴ Gerçi klasik fıkıh literatüründe de paranın pek çok borç ilişkisine konu olduğu bilinmektedir. Nitekim bey' akdinde semen, satımın özel bir türü olan selcme peşin ödenen bedel (re'sü'l-mal), karz akdinin konusu, hizmet akdinde ücret, kira akdinde kira bedeli, kısmet akdinde edimlerden biri ya kısmen veya tamamen, haksız fiil sonucu telef olan kıyemî malların tazmininde ödenecek olan edim genellikle paradan oluşur.

Gücünü devletten alan kâğıt para, yüksek enflasyon yaşanan ülkelerde reel olarak değer kaybına uğradığı için insanlara pek güven vermemektedir. Bu güven zedelenmesi, parada olması gereken birtakım fonksiyonları tehlikeye sokmaktadır. Özellikle paranın tasarruf aracı olma özelliğini zaafa uğratmaktadır. Zaman içinde gösterdiği değer belirsizliği nedeniyle reel değerini muhafaza eden paralara ciddi bir kaçış izlenmektedir. Böylece piyasada biri resmi, diğeri fiili olmak üzere iki paranın tedavül ettiği gözlemlenmektedir. Bu rekabette resmi paranın yenik çıkmaması için paranın nominal değeri ile reel değeri arasında bir denkleğin muhafaza edilmesi gerekir. Bu sağlanmadığı sürece paranın ortak değer ölçüsü olma özelliği de tehlikeye girer. Çünkü bir ölçü biriminin değişkenlik arzemesi onun bu niteliğiyle asla bağdaşmaz. Zira metre veya kilo, değişkenlik arzettiği takdirde, insanlar arasında uzunluk veya ağırlık ölçü birimi olarak varlığını sürdüremez¹²⁵ Böyle bir durum karşısında insanlar, para olarak daha güven verici araçlara başvurur.¹²⁶

2. Paranın diğer cins borçlarından farkları

Cins borçlarında edim ferden tayin edilmemiştir ve edim konusu şey genel olarak misli bir maldır. Para da ferden tayin edilmemiş olabilir, ama iktisadi anlamda bir mal değildir. Çünkü malın en belirgin özelliği fayda sağlamasıdır. Bu faydadan maksat da ihtiyaçları doğrudan doğruya tatmin etmesidir. Oysa paranın böyle bir özelliği yoktur. Olsa olsa para, ihtiyaç tatminine ancak aracılık edebilir.¹²⁷

¹²⁵ Savatier, "Paranın Değerden Düşmesi", MHAD, sy. 9, 162.

¹²⁶ İbn Kayyîm'in para hakkında yaptığı değerlendirme zamanına göre oldukça ilgi çekicidir. Parayı, malların değer ölçüsü olarak niteleyen, bu işlevi görebilmesi için sınırlı miktarda ve yükselip düşmeyecek şekilde istikrarlı olması gerektiğini belirten İbn Kayyîm, diğer mallar gibi paranın da değeri yükselip düştüğü takdirde, malların mübadelesinde esas alınma işlevini yitireceğini ve onun diğer bir maldan farkı kalmayacağını belirtmektedir. Ona göre, insanlar, ortak değer ölçüsü olarak hizmet edecek bir paraya zaruret düzeyinde muhtaçtırlar ve bu ihtiyaç geneldir. Bu da, ancak değer ölçüsü olmaya ve bu işlevini istikrarlı bir şekilde sürdürmeye elverişli bir şeyle olur. Para başka şeylerle ölçülür hale gelirse o da yükselen ve düşen bir mal gibi olur. Böylece insanların muameleleri fesada uğrar. Borçlular sözünde durmaz, zarar gitgide artar. Nitekim felsler, kâr için alıkonulan bir mal gibi algılandığı zaman hukuki işlemlerin nasıl fesada uğradığı, insanların nasıl zarara uğradığı yaşanmış bir olaydır. O sırada zarar yaygınlık kazandı, haksızlıklar çoğaldı. Şayet yükselip düşmeyen, malların değeri kendisiyle ölçülen, ama kendi değeri başka şeyle ölçülmeyen bir para oluşturulmuş olsaydı insanların işi bozulmazdı (İbn Kayyîm, *I' lâm*, II, 156).

¹²⁷ Orman, "Modern İktisat Literatüründe Para, Kredi ve Faiz", 2. İbn Kayyîm'in bu açıdan para hakkında yaptığı değerlendirme ilgi çekicidir. Belirttiğine göre para, bizzat kendi maddesi için talep edilmez. Para, bizzat maddesi maksut olan mallara ulaştırması için talep edilir. Para, bizzat

Gerçi paranın da misli bir karaktere sahip olduğu söylenebilir. Ancak bu tür borçlarda, edim daima belirli bir meblağı ifade eder. Parayı temsil eden maddenin bizatihi kendisi maksut değildir. Asıl maksat, o maddenin temsil ettiği parasal özelliktir (semeniyet). Bu nedenle para borçlarında, cins borçlarından farklı olarak, sadece miktarının bilinmesiyle maksat hasıl olur.¹²⁸ Böylece borçlu, borçlandığı miktarı ödemekle borcundan kurtulur. Borçlu, bu miktarı, çeşitli değerdeki para birimlerinden oluşturabilir. Mesela on milyonluk bir borcun ifasında borçlu, mutlaka on tane bir milyonluk kâğıdı vermek zorunda değildir. Bu şekilde ifa etmek zorunda olsaydı teknik anlamda bir cins borcu söz konusu olurdu. Fakat para borçlarının bu şekilde ifası taraflar açısından özel bir önem taşımadığı için borçlu, belirtilen meblağı oluşturmak için çeşitli kombinezonlara başvurabilir. Sadece uygulamada ufaklık madeni paralar açısından bir sınırlandırma vardır. Buna göre borçlu, belli bir miktara kadar ufaklık paralarla ödemede bulunabilir. Belirtilen miktardan fazla ufaklık parayla yapılan bir ödemeyi, iyiniyet kurallarıyla bağdaşmadığı için, alacaklı kabul etmek zorunda değildir. Reddettiği takdirde mütemerrit olmaz.

Bir de, her misli mal parça borcu haline sokulabildiği halde hanefi ve maliki doktrininde ıvazlı akitlerdeki para bundan istisna edilmiştir. Onlara göre para, tayin edilse bile ferden tayin edilmiş olmaz. Bundan dolayı akit sırasında satıcıya semen olarak belli bir parayı gösteren alıcı, borcunu mutlaka o parayla ifa etmek zorunda değildir; aynı miktarda bir başka parayı verebilir. Zabt açısından da durum böyledir. Para, sadece cins, tür, vasıf ve miktar yönünden taayyün etmiş sayılır. Fakat Şafii, Ahmed b. Hanbel ve Züfer, bey' akdindeki semen ve mebiin objektif değil, sübjektif nitelermeler olduğunu belirterek, tayin edilmiş paranın da ferden muayyen hale geldiğini kabul etmişlerdir.¹²⁹ Şafii'ye ait bu görüş şu şekilde izah edilmektedir: Bir zeytinyağı bidonundaki veya bir buğday yığınındaki zeytinyağı veya buğday homojen olduğu için özel olarak bir kısmının diğer bir kısmından farkı yoktur. Bununla birlikte bunların içinden belli bir miktardaki yağ veya buğday ayırt edilerek akde konu yapılırsa, artık satıcı, aralarında fark bulunmadığını ileri sürerek bu tayin edilenin dışındakini veremez. Aynı şekilde altın ve gümüş paraların da

kendi maddesi maksut bir mal haline gelirse insanların düzeni bozulur. Paraya mahsus bu özellik, diğer tartılan mallar için söz konusu değildir (İbn Kayyım, *I' lām*, II, 157).

¹²⁸ Serahsî, *Mebisât*, XV, 40.

¹²⁹ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 233; Karâfi, *Furûk*, III, 255.

bundan farkı olamaz.¹³⁰ Fakat Karâfi, örnek olarak verilen zeytinyağı ve buğday gibi misli malların akitlerde amaç, buna karşın paraların araç niteliğinde olduğunu belirterek yapılan kıyasın geçerli olamayacağını ileri sürmüştür.¹³¹ Şafii'nin bu görüşü, günümüzde mal para olarak telakki edilen altın ve gümüşün tedavülde bulunduğu dönemler hakkında belli bir dereceye kadar makul görülse de söz konusu paranın telef olması veya zabtedilmesi halinde bile tayin edilmiştir diye ifa imkansızlığını işletecek kadar ileri götürmek de pek isabetli görünmemektedir.

Para, bey' akdindeki semen demek değildir. Semen, bey' akdinde ferden tayin edilmeyen karşı edimdir. Bu edimin mutlaka para olması gerekmez, bir başka şey de olabilir. Türk hukuk doktrininde semenin mutlaka paradan ibaret olması gerekir. Eğer bu bedel para olmazsa yapılan akit artık trampa olur. Bedellerden birinin misli mal olması ve nevan tayin edilmesi buna engel değildir. Oysa İslam hukuk literatüründe trampa (mukayada), ferden tayin edilen bir şeyin yine ferden tayin edilen başka bir şey ile mübadelesi karşılığında kullanılmaktadır. O halde İslam hukuk literatüründeki semen terimi, paradan daha geniş bir kapsama sahiptir. Ayrıca altın ve gümüş İslam hukuk literatüründe mutlak anlamda para sayılırken bunlar günümüzde birer mal olarak telakki edilmektedir. Bu nedenle bir tarafta herhangi bir mal diğer tarafta gümüş veya altın olacak şekilde yapılan bir mübadele İslam hukukunda mutlak bey' sayılırken Türk hukuk sisteminde yine trampa sayılmaktadır.

3. Memleket parası ile ifa

Memleket parası, dar anlamdaki parayı ifade eder. O da, bir ülkede tedavülde bulunan milli para demektir. Bir para, ülkede yaşayan insanlar tarafından kabul edildiği, ekonomik değerler onunla ölçüldüğü ve ödemeler onunla yapıldığı için bu adı almıştır. Fıkıh literatüründe bu, "*nakdü'l-beled*" olarak ifade edilmektedir. Geniş anlamda para ise hem milli parayı hem de yabancı ülke paralarını ifade eder. Buna da fıkıh literatüründe mutlak olarak "*nakd*" veya çoğulu "*nukûd*" denilmiştir.

Herhangi bir kayıt ileri sürülmeksizin mutlak olarak belirtilen para, akdin yapıldığı yerde tedavülde bulunan hakim paradır, yani memleket parasıdır. Çünkü mutlak olarak belirtilen bir şeyden maksat, orada yaşayan halkça bilinenidir. Fakat

¹³⁰ Karâfi, *Furûk*, III, 255-256.

¹³¹ Karâfi, *Furûk*, III, 256-257.

bir yerde farklı değere sahip birden fazla para tedavülde bulunuyor ve bunların hepsi de aynı kabulü görüyorsa akit yapılırken bunlardan hangisinin kastedildiğinin belirtilmesi gerekir. Aksi takdirde yapılan akit geçersiz olur. Çünkü edim meçhuldür; bilinme imkanına sahip değildir.¹³² Ayrıca akit dışındaki kaynaklardan doğan para borçları da, özellikle haksız fiil sonucu telef olan şeyin değeri, suçlunun ve akilesinin diyet borcunu oluşturan develerin değeri ve zevcenin nafakası memleket parası (ülkedeki galip para) ile belirlenir ¹³³ ve ödeme buna göre yapılır. Nitekim pek çok hukuk sisteminde para borçlarının memleket parası ile ifa edileceği hükme bağlanmıştır. Mesela BK md. 83, konusu para olan borçların memleket parası ile ödeneceğini öngörmektedir. Hatta yabancı para borçları bile, mutlaka belirtilen yabancı para ile yapılması belirtilmemişse, memleket parası ile ödenebileceği kabul edilmiştir. Bu hüküm BK. 83/I'de olduğu gibi AMK § 244'te de yer almaktadır.

Önceki dönem İslam hukukçuları, paradaki değer dalgalanmalarının borçlara etkisi konusunda ilgilenmeye fazla ihtiyaç duymamışlardır. Özellikle altın ve gümüş paranın tedavülde bulunduğu dönemlerde, paranın değeri, ciddi dalgalanmalar geçirmemiştir. Sadece değeri düşük metallere kesilmiş ufaklık paralar hakkında birtakım problemler yaşanmış ve bunlara ilişkin çözümler tartışılmıştır. Ancak kâğıt para sistemine geçilmesinden sonra İslam hukukçuları, bu konuyla eski dönemlere göre daha fazla ilgilenme ihtiyacı duymuşlardır. Buna bağlı olarak da çeşitli görüşler geliştirilmiştir. Bunları ayrı ayrı tanıtıp değerlendirmek başlı başına bir incelemeye konu olabilecek genişliktedir. Bu tartışmaya girmeyi uygun görmemekteyiz.

Para borçlusunu, kural olarak, borcunu nakden ödemek zorundadır. Borçlu, alacaklının muvafakatı olmadığı sürece borcunu çek, posta çeki, altın veya yabancı ülke parası ile ifa edemez. Böyle bir ifayı alacaklı reddederse mütemerrit olmaz. Çünkü bunlar mevzuatta zorunlu tedavül aracı değildir.¹³⁴ Aynı şekilde borçlunun, borçlandığı miktarı, alacaklısının muvafakatı olmadan, onun ilişkili olduğu bankadaki hesabına yatırması da gereği gibi ifa sayılmaz. Çünkü borçlu, bu durumda, alacaklısına para vermiş olmamakta, sadece bankasına karşı bir alacak

¹³² Kâsânî, *Bedâi'*, V, 158; Zerkeşî, *Habâyâ*, 202-203; İbn Kudame, *Muğni*, V, 159-160.

¹³³ Zerkeşî, *Mensûr*, II, 428.

¹³⁴ Eren, *Borçlar Hukuku*, I, 153-154.

doğurmaktadır. Alacaklının sadece bankada bir hesabının bulunmasından buna muvafakati olduğu sonucu çıkarılamaz. Bu yoldaki muvafakatın borçluya açıkça veya zımnen verilmiş olması gerekir.¹³⁵ Alacaklının, borçluya banka hesap numarasını vermesi bu yöndeki zımni bir muvafakat sayılabilir.¹³⁶

4. Yabancı memleket parası ile ifa

Borç ilişkisinde yer alan edimlerden birisinin konusunu bir yabancı para oluşturabilir. Mesela bir satım sözleşmesinde satılan şeyin bedeli belli miktarda Ameriken doları, Alman markı veya bir başka yabancı para birimi olabilir. Borçlu, ancak belirtilen döviz ödemekle borcunu ifa etmiş olur. Fakat belirtilen dövizin, ülkede tedavül serbestisi yoksa borçluya, vade tarihindeki resmi kuru üzerinden memleket parası ile ödeme imkanı sağlanmıştır. Bu tedavül yasağı varken söz konusu akit yapılmışsa ve borcun mutlaka belirtilen yabancı para ile yapılması kaydı ileri sürülmüşse, sadece bu şart hukukî imkansızlık yüzünden geçersiz olur. Ancak ifanın yabancı para ile yapılamayacağı bilinseydi ilgili tarafın bu borç ilişkisine girmeyeceği sonucu çıkarılabiliyorsa sadece ileri sürülen kayıt değil aynı zamanda yapılan akit de hükümsüz olur.¹³⁷

5. Para değerindeki değişmelerin etkisini önleyici kayıtlar

Özellikle paranın alım gücünün hızlı bir şekilde eridiği ve enflasyonun kronikleştiği istikrarsız ekonomilerde, paranın alım gücü belirsiz bir değişkenlik göstermektedir. Böyle istikrarsız ekonomik ortamlarda, borç ilişkilerine girecek taraflar, özellikle para alacaklısı, kendini bir tür güvenceye almak ve sahip olduğu alım gücünü korumak amacıyla birtakım tedbirlere başvurmaktadır.¹³⁸ Bu ihtiyaç, daha fazla vadeli ve sürekli borç ilişkilerinde başgöstermektedir. Bu tedbirler arasında altın değeri, döviz değeri ve eşya değeri kayıtlarını zikredebiliriz.

Yukarda altın ve gümüş paranın tedavülde bulunduğu dönemlerde, paranın değerinin, ciddi dalgalanmalar geçirmediğini belirtmiştik. Buna binaen para borçları hakkında mislen ödeme esasını¹³⁹ benimseyen klâsik fıkıh eserleri, paranın

¹³⁵ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 488.

¹³⁶ Eren, *Borçlar Hukuku*, I, 154.

¹³⁷ Eren, *Borçlar Hukuku*, I, 154-156.

¹³⁸ Eren, *Borçlar Hukuku*, I, 157.

¹³⁹ İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 360; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 395.

değerini korumaya yönelik tedbirlere değinme ihtiyacı duymamıştır. Paranın değerinin ifaya konu olması için söz konusu paraya, siyasi otorite tarafından tedavül yasağı getirilmiş ve insanlar da onu mübadele aracı olarak kullanmayı bırakmış olmalıdır. Ancak bu iki şart oluşursa, borcun doğum tarihindeki değeri talep edilebilir.¹⁴⁰

a. Altın değeri kaydı

Altın değeri kaydı, ödemenin memleket parası üzerinden yapılmasını, ama ödenecek miktarın, belli bir miktardaki altının ödeme veyâ vade tarihindeki değerine göre belirlenmesini öngören bir anlaşmadır.¹⁴¹ Altın değeri kaydı, altın ile ifa kaydından farklıdır.

Altınla ifa kaydı iki şekilde olabilir. Birinci şekilde asıl borç, altın dışında bir şey, özellikle bir para borcu olarak doğmakta ancak taraflar, bu para borcu doğumu sırasında ne kadar altına tekabül ediyorsa o miktarda altının ifa edileceği üzerinde anlaşmaya varmışlardır. Bu tür bir yola bilhassa karz işleminde, ödünç veren, ödünç verdiği paranın o günkü alım gücünü muhafaza etmek amacıyla başvurmak ister. Bu anlaşma mahiyeti itibariyle vadeli bir sarf işlemi olarak tezahür etmektedir. İslam hukuku bu tür bir işlemi (sarfın nesieten yapılması) hükümsüz saymıştır. Zira sarfta her iki bedelin de akit meclisinde kabzı ittifakla gereklidir. Bunu ihlal etme anlamına geleceği için ecelin şart koşulması hanefilerce fesat, şafiilerce butlan sebebi sayılmıştır.¹⁴² Altınla ifa kaydının ikinci şeklinde ise borcun konusu borç ilişkisi kurulurken altından ibarettir; bir başka şey olup da altına çevrilmemektedir. Bir bey' akdinde semen, kira akdinde kira bedeli altın olarak kararlaştırılabilir. Bu durumda borçlunun ifa edeceği edim altından ibaret olur. Aynı şekilde karz akdinde mukriz, belli miktarda altını ödünç vermiş olabilir. Bu durumda da ödünç alanın edimi söz konusu miktardaki altındır. Altının belirtilen şekilde akidteki edimlerden birine doğrudan konu yapılmasının hukuki yönden bir sakıncası yoktur. Yeter ki, edim konusu altın, miktar ve nitelik yönünden yeterince belirlenmiş olsun. Buradaki durum dövizle ifa kaydına da kıyasen uygulanabilir.

b. Döviz değeri kaydı

¹⁴⁰ İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 360.

¹⁴¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku*, 1037-1038.

¹⁴² Kâsânî, *Bedâi'*, V, 219; Serahsî, *Mabsût*, XV, 139

Döviz değeri kaydı, ödemenin memleket parası üzerinden yapılmasını, ama ödenecek miktarın, belli bir miktardaki dövizin ödeme veya vade tarihindeki değerine göre belirlenmesini öngören bir anlaşmadır.¹⁴³ Döviz değeri kaydı ile döviz ile ifa kaydı farklı şeylerdir.

c. Eşya değeri kaydı

Eşya değeri kaydı ise, para borçlusunun, ödeme tarihinde belli bir malın veya malların değerine göre hesaplanacak tutarı ödemesini öngören bir anlaşmadır.¹⁴⁴

Türk hukuk doktrininde ve yargı içtihatlarında bu tür kayıtların ilke olarak geçerli olduğu görüşü hakimdir. Fakat kanunun öngördüğü bazı hallerde değer kaydı geçerli sayılmamıştır.¹⁴⁵

Altın ve döviz değeri kaydı, tahlil edildiğinde, üç işlemde geçmektedir. Para, önce bir sarf akdine konu olup onun ne kadar altın veya dövize tekabül ettiği tesbit edilmektedir. Ardından tesbit edilen altın veya döviz alacağı kabzedilmeden borçluya karz olarak verilmektedir. Karz konusu bu altın veya döviz ödeme zamanında tekrar bir sarf işlemine konu yapılarak, bunların o sıradaki raici esas alınarak memleket parası üzerinden ödeme yapılmaktadır. Bu işlemlerin hepsi birer takyidi şart biçiminde tek işleme konu yapılmaktadır. Eşya değeri kaydı da aynı işlemlerden geçmektedir. Şu farkla ki, öncekilerin birinci ve üçüncü aşamada tabi olduğu sarf işleminin yerine burada duruma göre selem veya bey' geçmektedir.

6. Para borçlarında mahsup

Birden fazla borcun bulunması ve yapılan ödemenin bütün borçlara kifayet etmemesi durumunda mahsup gündeme gelir. Mahsup için çeşitli durumlar sözkonusu olabilir. Bu birden fazla borçların hepsi muaccel veya müeccel olabilir. Bir kısmı muaccel bir kısmı müeccel olabilir. Birinci ve ikinci durumlarda yapılan ifa, borçlunun göstereceği borca, üçüncü durumda ise muaccel olana mahsup edilir.

Yapılan ödemenin hangi borca saydırılacağını belirleme yetkisi borçluya aittir. Nitekim biri karz, diğer ikisi de farklı kimselere kefil olmaktan doğan ve miktarları

¹⁴³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku*, 1037-1038.

¹⁴⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku*, 1038.

¹⁴⁵ Eren, *Borçlar Hukuku*, I, 158.

eşit olan üç borcu bulunan bir kimse, bu borçlardan sadece birine kifayet edecek kadar bir ödemede bulunduğunda, bu ödeme onun göstereceği cihete sayılır. Borçlunun bu yetkisi, onun alacaklıya ödemiş olduğu şeyin maliki olmasından kaynaklanmaktadır. Çünkü borçlu, borçlandığı edimi, mülkiyeti kendisine ait bir şeyden ödemektedir. Dolayısıyla kişi, kendine ait bir şey üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. O halde ödeme yönünü de belirleme yetkisine sahip olmalıdır. Ödemenin hangi borca mahsub edileceği, ödeme sırasında ifade edilmiş olmasa bile, borçlunun daha sonra yapacağı açıklamayla da belirlenebilir. Borçlu, yaptığı ödemenin hangi borcuna mahsup edileceği konusunda bir açıklama yapmadan ölmüşse, bu yetki varislerine geçmeyeceği için, ödenen, mevcut borçlara eşit olarak taksim edilir.¹⁴⁶

Biri rehinle teminata bağlanmış iki borcu bulunan kişi, bunlardan sadece birine yetecek bir ifade bulunduğunda, bunun hangi borcuna mahsup edileceğini belirtmemişse (mutlak) bunu tayin yetkisi ona (borçluya) aittir. Çünkü mutlak bir ifadenin ayrı iki şeye ihtimali varsa, ifadenin bunlardan hangisine hamledileceği, sahibinin görüşüne başvurularak belirlenir.¹⁴⁷ Mecelle de, md. 1775'de, muhtelif borçları bulunan borçlunun ödediği miktarın hangi borca mahsub edileceğinde anlaşmazlık çıkmışsa onun sözüne itibar edileceğini hükme bağlamıştır. Ancak bu maddede zikri geçen muhtelif borçlar mutlak olarak anılmakta, bunların muaccel veya müaccel olduklarından söz edilmemektedir. Buna rağmen maksadın, muhtelif borçlardan bir kısmının muaccel bir kısmının da müaccel oldukları değil, bunların bütünüyle ya muaccel veya müaccel oldukları anlaşılmaktadır. Zira borçlardan biri muaccel iken yapılan ödemenin müaccel olana mahsub edilmesi, alacaklı muvafakat etmedikçe geçerli olamaz.

D. SEÇİMLİK BORÇLARDA

1. Kavram

Borcun konusu birden çok edimden oluşmakla birlikte, bunlar arasında bir seçim yapılmak suretiyle, borçlu, yalnız birini yerine getirmekle yükümlü olacaksa

¹⁴⁶ Serahsî, *Mebûât*, XX, 81-82.

¹⁴⁷ Zerkeşî, *Mensûr*, III, 179. Süyûfî de aynı çözüm tarzını eserinde "Biri rehinle temin edilmiş diğeri teminatsız iki borcundan rehinli olanı ifaya niyet ederek edada bulunan borçlunun niyyetine itibar edilir ve mahsup ona göre yapılır" şeklinde formüle etmiştir (*Eşbâh*, 10).

seçimlik bir borçtan söz edilir.¹⁴⁸ Şafii ve hanbeliler, bu tür bir borç ilişkisini, aşırı cehâlet nedeniyle batıl, hanefiler ise maslahat ve örf sebebiyle istihsana başvurarak geçerli saymışlardır.¹⁴⁹ Bu konudaki görüşleri pek açık olmamakla birlikte, malikilerin de buna müsbet baktıklarını söylemek mümkündür.¹⁵⁰ Ancak İbn Cüzey, bunu bir garar türü olarak nitelemektedir.¹⁵¹ Böyle bir niteleme, malikilerin gararı cehâlet kavramıyla eşanlamlı olarak kullanmalarından kaynaklanmaktadır.¹⁵²

Bey' akdinde mebi için aranan şartlardan biri de, çekişmeye yol açmayacak derecede taraflarca bilinir olmasıdır. Akit konusunun bu derecede bilinir olmaması akdin gayesi konumunda olan ifanın gerçekleşmesini tehlikeye sokar. Şöyle ki, akit konusuna ilişkin aşırı bilinmezlik, tarafların çekişmesine yol açar ve bu çekişme çözümlenme imkanına sahip olmadığı için yargıç tarafından akdin bozulmasına neden olur. Nitekim misli olmayan mallardan oluşan bir grubun içinden bir ferdin, mesela bir sürünün içinden bir koyunun tayin edilmeden satılması halinde, aşırı derecede bir bilinmezlik var demektir. Böyle bir durumda alacaklı sürünün içinden kaliteli birini seçmek isterken satıcı tam aksi yönde davranmak isteyecektir. Taraflar arasında bu türden bir menfaat çatışması, içinden çıkılmaz bir anlaşmazlık ve çekişmeye sevkeder. Bu boyutta bir çekişme, akitle varılmak istenen sonuç olan ifanın gerçekleşmesine engel olur. Böyle bir bilinmezliği içeren bir bey' akdi

¹⁴⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku*, 1079.

¹⁴⁹ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 145; Kâsânî, *Bedâi'*, V, 156-157; Kürdî, *Fıkhu'l-Muâvedât*, I, 259, 320; Ebu Zehra, *Milkiyye*, 270. Misli olmayan iki veya daha fazla malın içinden birinin, belirlenmeksizin satılmasını Şafii geçerli saymazken Ebu Hanife, ihtiyaç gerekçesiyle bu tür bir satışa seçim yetkisinin alıcıya ait olması ve aralarında seçim yapılacak şeylerin üçten fazla olmaması şartıyla cevaz vermiştir. Ebu Hanife'nin gerekçe ve şartlarını yerinde bulmayan hanbeliler ise Şafii'nin görüşüne katılmaktadırlar. Onlar, seçimin akitten önce veya akit sırasında yapılabileceğini belirterek bu tür bir borç ilişkisine ihtiyaç olmadığını ileri sürmüşlerdir. Yine onlara göre, aralarında seçim yapılacakların üç taneden fazla olması halinde geçerli olmayanın üç tane olduğunda da geçerli olmaması gerekir; ayrıca seçim yetkisi alıcıya verilmediğinde bir işlem geçerli olmuyorsa bunun verilmesi halinde de geçerli olmaması gerekir. (İbn Kudame, *Muğni*, IV, 145) Kâsânî, hanefi doktrininde, seçimlik edimlerin üçten fazla olamayacağını ifade etmişse de Senhûrî, haklı olarak, bunların daha fazla olmasında bir sakınca olamayacağını belirtmiştir. Çünkü ifa edilecek edim, akdin yapıldığı sırada belirli değildir, seçimin yapılacağı sırada belirli hale gelecektir. Akid de zaten, kurulurken değil, seçimin yapılacağı sırada hüküm ifade edecektir. O halde sayının üç veya daha fazla olmasının bir önemi olmayacaktır (Senhûrî, *Mesâdir*, I, (3. cüz), 65-66).

¹⁵⁰ İbn Hüseyin, *Tehzîbu'l-Furûk*, I, 170.

¹⁵¹ İbn Cüzey, *Kavânîn*, 262.

¹⁵² Bkz. Dönmez, "Garar", DİA, XIII, 366-371.

yapıldıktan sonra, satıcı sürünün içinden belli bir koyunu teslim edip alacaklı da onu kabul ederse, bu, fasit akdin ifası değil, yeniden yapılan bir akittir. Binaenaleyh akitte yer alan her iki edimin de çekişmeye engel olacak derecede malum olması, akdin sıhhat şartıdır.¹⁵³

Seçimlik tarzda yapılan bir bey' akdinde, mebie ilişkin bilinmezlik açısından üstteki paragrafta anlatılana benzer bir durumun bulunduğu izlenimi uyanabilir. Zira akit kurulduğu sırada satılan şeyin, aralarında seçim yapılacak fertlerden hangisi olduğu malum değildir. Oysa satım konusu şeyin malum olması bey' akdinin sıhhat şartlarından. Dolayısıyla bu tür bir borç ilişkisinde bu şart ihlal edilmiş gözükmemektedir ve kural gereği (kıyas), bunun geçersiz sayılması gerekir. Ancak yukarda sözü edilen tehlike seçimlik borçta bertaraf edilmiştir. Bir taraftan bu tür ilişkiler toplumda âdet haline gelmişse, diğer taraftan seçim yapma yetkisinin kime ait olacağı baştan kararlaştırılmışsa, çekişmeye mahal olabilecek bir husus kalmamış demektir. Ayrıca akit konusu, seçimin yapılmasıyla tek bir ferde indirgeneceği için, artık ifanın gerçekleşmesi de riskten kurtulmuş olur. Bu şartlar oluştuğunda seçimlik borç ilişkisine cevaz vermemenin artık haklı bir gerekçesi olamaz.¹⁵⁴ İnsanların ihtiyacını gözeterek seçimlik borç ilişkisine cevaz veren hanefiler, cehâlet unsurunu bertaraf edecek tedbirler mahiyetinde olmak üzere, geçerliliğini birtakım şartlara bağlamışlardır. Buna göre aralarında seçim yapılacak edimlerin en fazla üç tane olması, seçim yetkisinin kime ait olacağına akit sırasında belirtilmesi, seçim işlemi için belirli bir sürenin tayin edilmesi, seçime konu olan edimlerin farklı cinslerden olması veya en azından farklı türlerden olması gerektiğini ifade etmişlerdir. Seçim yetkisiyle birlikte şart muhayyerliğinin de verilmesi gerektiği ise tartışmalıdır.¹⁵⁵

2. Seçim işlemi

Seçim işlemi, akdin konusunu oluşturan fertlerden hangisinin ifaya konu yapılacağını belirlemekten ibarettir. Bu belirleme işlemi, akdin kurulduğu sırada yapılmış olsaydı seçimlik borç söz konusu olmazdı. Akdin konusu tek bir edimden

¹⁵³ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 156.

¹⁵⁴ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 157. Hanefiler, bey'den farklı olarak selemin seçimlik tarzda yapılmasını tecviz etmemişlerdir (Şeybânî, *Asl*, V, 32).

¹⁵⁵ Kürdî, *Fıkhü'l-Muâvedât*, I, 320-321.

ibaret olurdu. Seçimlik borçta ise bu belirleme işlemi, borç doğduktan sonra yapılmaktadır. Seçim işlemi, ifa için zorunluluk arzeder.

a. Seçim yetkisi

Hanefiler, seçim yetkisinin kime ait olacağına akdin kuruluşu sırasında tayin edilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. İşin mahiyetinden veya örften bu yetkinin kime ait olacağı anlaşılabilirse bunun ayrıca açıkça belirtilmesine gerek yoktur. Fakat seçim yetkisinin kime ait olacağı belirlenemiyorsa kurulan borç ilişkisi fasit olarak doğar. Fasit olarak doğan bir borç ilişkisi de ancak kabz ile hüküm ifade eder.¹⁵⁶

Seçim yetkisi, hanefi doktrininde, ilke olarak alacaklıya verilir. Bu yetkinin borçluya verilmesi akit için bir fesat sebebi sayılmıştır.¹⁵⁷ Üçüncü bir şahsa verilip verilemeyeceği verilmesi durumunda hükmünün ne olacağına dair bir açıklama yer almamaktadır. Fakat ihtiyaç olduğu takdirde bu yetkinin gerek borçluya¹⁵⁸, gerekse üçüncü bir kişiye verilmesinde bir sakınca olmayacağı kanaatindeyiz.

Türk hukuk sisteminde seçim yetkisinin alacaklıya verilmesi zarureti olmadığı için bu yetki borçlu veya üçüncü bir şahsa verilebilir.¹⁵⁹ Bu yetkinin kime ait olduğunun tesbitinde öncelikle tarafların iradelerine bakılır. Tarafların açık ve zımni iradelerinden bu yetkinin kime ait olacağı çıkarılamıyorsa işin mahiyetine bakılır.¹⁶⁰ Buradan da çıkarılamıyorsa, kanun bu hakkı borçluya tanımaktadır.¹⁶¹

Seçim yetkisi, bu yetkiye sahip olanın ölümüyle sona ermez; vârislerine intikal eder. Ancak seçim yetkisinin şart muhayerliğini de içerdiğini savunanlara göre, mûris hakkında geçerli olan bu iki yetkiden sadece seçim yetkisi vârisler hakkında geçerli olur. Artık alacaklının şart muhayerliği onun ölümüyle sona erer; içine girdiği borç ilişkisi bu yönüyle vârisler hakkında bağlayıcılık kazanır.¹⁶²

b. Seçimin yapılması ve mahiyeti

¹⁵⁶ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 263.

¹⁵⁷ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 263.

¹⁵⁸ Nitekim Kerhî, şart muhayerliğine kıyasen seçim yetkisinin istihsanen borçluya (satıcıya) da tanınabileceğini belirtmiştir (İbn Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, V, 131).

¹⁵⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku*, 1082.

¹⁶⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku*, 1081.

¹⁶¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku*, 1082.

¹⁶² Kâsânî, *Bedâi'*, V, 262.

Seçim, bunu yapmaya yetkili olan tarafın, seçim yapılacak fertler arasından hangisinin ifa konusu yapılacağına karar verip bunu açıklamasıyla gerçekleşir. Bu irade açıklaması, açık olabileceği gibi zımnî de olabilir. Özellikle alacaklının seçim yetkisine sahip olması durumunda onun edim konusu şeylerden biri üzerinde malik gibi tasarrufta bulunması tayinin yapıldığına dair zımnî bir beyan niteliğindedir. Ayrıca aralarında seçim yapılacak iki edimden birinin, alacaklının elinde bulunurken telef olması da seçimin yapılması anlamına gelir. Artık bu telef olan edim, zorunlu olarak akdin konusu haline gelir.¹⁶³

Seçim, tek taraflı ve muhataba erişmesi gerekli bir hukuki işlemdir; prensip olarak, şarta bağlanamaz; geçerliliği şekle bağlı değil, isbatı şekle bağlıdır.¹⁶⁴ Seçim beyanı, belli olmayan edimi, belli hale getirdiği için borç ilişkisinin muhtevasında değişiklik yapar. Bu işleviyle seçim, değiştirici yenilik doğuran bir işlemdir.¹⁶⁵

Seçimlik borçlardaki seçim, cins borçlarındaki seçimden farklıdır. Cins borçlarında edim birden fazla değilken seçimlik borçlarda edimin birden fazla olması zorunludur. Bu nedenle seçim, cins borçlarında sadece bir cins içinde kalınarak yapılan bir belirlemeden ibaretken seçimlik borçlarda edimlerin sayıca teke indirilmesini ifade eder.¹⁶⁶

3. Seçimlik borçların ifası

İfa için seçimin yapılması zorunluluk arzeder. Seçimin yapılmasıyla birlikte edim teke iner ve artık borçlunun ifa edeceği edim bundan ibaret olur. Bu edim genellikle, bir parça borcu halindedir. Dolayısıyla parça borçlarının ifasındakine benzer bir yöntem izlenir. Şayet teke düşürülen edim misli bir mal olup da ayırt edilmemişse sınırlı bir cins borcu söz konusu olur ve buna göre bir ifa yapılır.

Seçim yapıldıktan sonra edim alacaklının eline geçipte telef olmuşsa artık ifa tamamlandığı için bunun borç ilişkisine bir etkisi de olamaz. Ancak seçim işlemi yapıldıktan sonra, ama ifa edilmeden önce edim telef olursa imkansızlık söz konusu

¹⁶³ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 261-262.

¹⁶⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku*, 1082.

¹⁶⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku*, 1082.

¹⁶⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku*, 1082-1083.

olur. Bu durumda hasarın kime ait olacağı meselesi parça borçlarındakine benzer bir şekilde çözümlenir. Hanefiler semene ilişkin hasarı borçluya ait kabul ettikleri için burada da hasara borçlu katlanacaktır.

Seçim yetkisi alacaklıya ait olup da henüz seçim yapılmamış ve aralarında seçim yapılacak iki edimin biri veya her ikisi alacaklının elinde bulunurken telef olmuşsa hasar da ona ait olur. Şayet edimlerden sadece biri telef olmuşsa telef olan, borcun konusu olarak taayyün eder ve hasarı alacaklıya ait olur. Diğer edim ise, emanet hükümleri gereğince sahibine iade edilir. Edimlerden her ikisi telef olmuşsa, bunlar ya peşpeşe veya birden telef olmuştur. Peşpeşe telef olmuşlarsa birincisi borcun konusu sayılarak alacaklıdan diğeri de emanet sayılarak borçludan gider. Aynı anda telef olmuşlarsa borca konu olma hususunda hiç birinin tercih edilme sebebi bulunmadığı için herbirine ait semenin yarısı alacaklıdan gider. Diğer yarısı da emanet sayılarak borçludan gider. Ne var ki, her iki edimin semenleri eşitse bu çözüm tarzına hiç gerek kalmaz. Fakat edimlerden her birinin semeni farklı ise bu çözüm tarzı ayrı bir önem taşır. Bu tür durumlarda birinin diğerinden önce helak olduğu konusunda taraflar arasında ihtilaflar başgösterir. Böyle bir anlaşmazlığın çözümü için Ebu Yusuf, önceleri, her iki tarafın karşılıklı yemine davet edileceğini, yemine yanaşmayanın diğerinin iddiasını kabul etmiş sayılacağını, iki tarafın da yemin etmesi halinde her iki edimin aynı anda helak olduğu varsayılarak her ikisine ait semenin yarısına katlanacakları yönünde görüş beyan etmişken, sonraları, bu görüşünden vazgeçmiş ve İmam Muhammed'in görüşüne katılmıştır. Buna göre ise, taraflar bir kere borcun aslı konusunda hemfikirdirler, ama miktarı konusunda ihtilafa düşmüşlerdir. Prensip olarak da, alacaklı ile borçlu arasındaki ihtilaf ne zaman ki, borcun miktarı, cinsi, türü veya niteliği hakkında vuku bulursa borçlunun iddiası yeminiyle birlikte esas alınır. Çünkü alacaklı bir fazlalığı iddia ederken, borçlu bunu inkar etmektedir. O halde isbat yükünün alacaklıya ait olması gerekir. Bununla birlikte hangi taraf iddiasını isbat ederse ayrıca yemin etmesine gerek kalmaz ve karşı tarafın iddiası da çöker. Fakat her iki taraf da iddiasını isbatlarsa yine borçlunun iddiası esas alınır.¹⁶⁷

Edimlerden birinin veya her ikisinin alacaklının elindeyken seçim yapılmadan önce telef olması halinde ortaya çıkan bu tartışma ve çözüm şekli edimlerden birinin veya her ikisinin ayıplanması durumunda da geçerlidir. Fakat her iki edim de aynı

¹⁶⁷ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 262; İbn Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, V, 132.

anda ayba maruz kalmışsa alacaklının seçim yetkisi varlığını korumaya devam eder. Ne var ki, edimlerden birindeki ayıp diğerinkinden daha fazla ise veya yeni bir ayıp arız olmuş ise artık aybı fazla olan edim borcun konusu olarak taayyün eder ve seçim yetkisi sona erer.¹⁶⁸

Belirtilen edimlerden biri borçlunun elindeyken ayıplanmışsa, yukarda sözü edilenden farklı olarak, ayıplanan bu edim borcun konusu olarak taayyün etmez ve seçimlik borç ilişkisi devam eder. Fakat bu arada ayıp hükümleri gereğince alacaklının borç ilişkisini tek taraflı olarak feshetme imkanı da ortaya çıkmış olur. Ancak alacaklı, ayıp nedeniyle feshe başvurmayıp seçimini ayıplı edim yönünde kullanmışsa, bundan dolayı, ayrı bir talepte bulunma hakkı doğmaz.¹⁶⁹

Seçim yetkisinin kime ait olacağı belirtilmeden yapılan bir akit fasit olarak doğacağı için buna dayanarak alacaklının eline geçen edimlerin telef olması halinde, alacaklı, yukarda anlatılan esaslar dahilinde, helak olan edimin semenine değil, kıymetine katlanır. Bey' akdinin sahihinde alıcı hangi durumlarda semene ilişkin hasara katlanıyorsa fasidinde de edimin kıymetine katlanır. Fakat edimin telef olmasından farklı olarak edimlerden birine veya ikisine aybın arız olması, bunların iade edilmesine engel teşkil etmemektedir. Fasit bey' akdinin alıcısı, iadenin yanısıra yanında meydana gelen aybın, edimin değerinde yol açtığı zararın yarısını da öder.¹⁷⁰

Seçim yetkisinin borçluya verilmesi de akit için bir fesad sebebi sayılmıştır. Borçlunun yapacağı seçim sonucu teke inen edimi alacaklı kabul etmek zorundadır. Çünkü akit, onun açısından artık kesinlik kazanmıştır. Seçim yetkisi borçluda olduğu için şart muhayyerliği de ona aittir. Buna dayanarak o, akdi tek taraflı olarak sona da erdirebilir. İkidenden oluşan seçimlik edimlerden biri ifadan önce imkansız hale gelirse borç ilişkisi sona ermiş olmaz ve borçlunun seçim yetkisi varlığını korumaya devam eder. Borçlu dilerse geri kalan edim yönünde seçimini yaparak alacaklıyı bunu kabule zorlayabilir. İmkansız hale gelen edimin hasarı ise borçluya aittir. Çünkü teslimden önce hasar borçluya aittir. Borçlu bu edimleri alacaklıya teslim edip de henüz seçim yapmamışken onlardan biri helak olursa yine aynı şekilde helak olan edimin hasarı, alacaklının elinde bulunmasına rağmen, borçluya

¹⁶⁸ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 262.

¹⁶⁹ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 262.

¹⁷⁰ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 263.

ait olur. Çünkü seçimin borçluya ait olması, onun edimler üzerindeki mülkiyetinin sona ermesine engel teşkil etmektedir. Her iki edim teslimden önce imkansızlaşırsa borç ilişkisi, konusuz kalacağından sona erer. Her iki edimin de semene ilişkin hasarı ona ait olur. Fakat bu edimler teslimden sonra, ama peşpeşe imkansızlaşırsa, önce imkansızlaşan edim emanet olarak muamele görür, sonra imkansızlaşan ise akdin konusu olarak taayyün eder ve bunun değerini alacaklı ödemekle yükümlü olur. Böyle bir akit temelde fasit sayıldığı için burada edimin semeninden değil de değerinden bahsedilmektedir. Teslimden sonra bu iki edim birlikte imkansızlaşmışsa her bir edimin değerinin yarısını alacaklı karşılar.¹⁷¹

Seçim yetkisi borçluya tanınmışken edimlerden biri veya her ikisi birden, ister teslimden önce ister teslimden sonra, herhangi bir ayba maruz kalırsa borçlunun seçim yetkisi varlığını sürdürür. Borçlu ayıpsız olanı ifa için seçerse alacaklının bunu reddetme hakkı yoktur. Fakat ayıplı olanı seçmişse ve bu ayıp da teslimden önce meydana gelmişse ayıp hükümlerinden yararlanarak alacaklının akdi tek taraflı olarak sona erdirme hakkı vardır. Ancak söz konusu ayıp teslimden sonra meydana gelmişse alacaklının böyle bir hakkı olmaz. Şayet borçlu, ayba maruz kalan her iki edim arasında bir seçim yapmayıp akdi feshetme yönünü tercih ederse onları geri ister. Bunlarda teslimden önce meydana gelen ayıpların değer kaybına sadece kendisi katlanır, ama teslimden sonra meydana gelen ayıpların ise her bir edimde meydana getirdiği değer kaybının yarısını alacaklıya tazmin ettirir.¹⁷²

E. BÖLÜNEMEYEN VE BÖLÜNEBİLEN BORÇLARDA

1. Kavram

“Parçalara ayrılması halinde varlık ve niteliğinde veya ekonomik değerinde esaslı bir değişme meydana gelen edimlere, bölünemez edim denir.”¹⁷³ Verme edimlerinde edim konusu şey, bir at, koyun, araba gibi bir tek ayndan ibaret ise bu şeyin yapısı bölünmeye elverişli değildir. Yapma ve yapmama edimleri, bölünemez niteliktedir. “Bölünebilen edim, parçalara ayrılması halinde mahiyet ve ekonomik değerinde bir değişme olmayan edimdir.”¹⁷⁴ Misli mallar bölünebilir edimlerin en

¹⁷¹ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 263.

¹⁷² Kâsânî, *Bedâi'*, V, 263.

¹⁷³ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 97.

¹⁷⁴ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 97.

tipik örneğini oluşturur. Fakat misli olmadığı halde iki tane at, üç tane koyun, beş tane el halısı gibi birden fazla şey edime konu olmuşsa edim yine bölünebilir niteliktedir. Buna göre ilk etapta edim konusunu oluşturan malın misli olup olmadığına bakılarak, yani objektif ölçü esas alınarak belirtilen ayırım yapılmalıdır. Ancak misli olmadığı halde birden fazla ferd edime konu olmuşsa onun da bölünebilir nitelikte olduğu kabul edilecektir.

2. Bölünemeyen edimlerin ifası

Bölünemez edimler, zaten nitelikleri icabı kısmi ifaya elverişli değildir. Bu da onların bir defada ve bütün olarak ifa edilmesini gerektirir.¹⁷⁵ Mesela bir atın, bir tablonun veya bir arabanın kısmen ifası, bunların fizik nitelikleri icabı mümkün değildir. Bölünemez edimi oluşturan şey, doğal yapısı itibariyle tek (yalın/basit) bir eşyadan (mesela bir at veya koyundan) ibaret olabileceği gibi, bileşik bir eşyadan, mesela bir motorlu araçtan da ibaret olabilir.¹⁷⁶ Bölünemez edimin bir parçası istenilmişse, bu, kısmi ifa talebine hamledilemez; bundan, zorunlu olarak, o şeyin bütününe ilişkin bir ifa talebi olduğu sonucu çıkarılır.¹⁷⁷

3. Bölünebilen edimler ve kısmî ifa

Kısmî ifa, belirli bir borç ilişkisinden doğup belirli bir anda muaccel olan bir borcun miktar itibariyle borçlanılan edimin gerisinde kalacak şekilde tamamen ifa edilmemesidir.¹⁷⁸ Bu tür bir ifa, mahiyeti itibariyle ancak bölünebilen edimlerde mümkün olabilir. Ancak edimin mahiyeti itibariyle kısmi ifaya elverişli olması borçlunun buna mezun olduğu anlamına gelmez.

a. Kural

Bu tür borçların kısım kısım ifa edilmesinde fiili bir engel bulunmadığı takdirde, kural olarak, bu borçların, tüm olarak ve bölünmeksizin ifa edilmesi gerekir.¹⁷⁹ Çünkü borçlu, onu bir bütün olarak borçlanmıştır. Doktrinde buna

¹⁷⁵ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 30.

¹⁷⁶ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 97.

¹⁷⁷ Süyûtî, *Eşbâh*, 160. nitekim Mecelle'nin 63. maddesine göre, "mütecezzi olmayan bir şeyin ba'zını zikr etmek küllini zikr gibidir".

¹⁷⁸ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 96.

¹⁷⁹ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 33.

“bütünlük ilkesi” denilmektedir.¹⁸⁰ Bu kural gereği alacaklı, yapılan kısmi bir ifayı kabul etmek zorunda değildir.¹⁸¹ Kısmi ifanın kabulünü alacaklının iradesine bırakmış olan BK. md. 68, niteliği itibariyle alacaklıyı korumaya yönelik bir maddedir.¹⁸² Ne var ki, BK. md. 68/1’in mefhumu muhalifinden, borcun miktarının muayyen ve tümünün muaccel olmaması halinde borçluya kısmi ifa imkanının verildiği ve alacaklının, bu durumda yapılacak olan kısmi ifayı kabule mecbur bırakıldığı anlaşılmaktadır.

Kısmi ifa yapılıp yapılamıyacağı edimin bölünebilir niteliğine göre değil, tarafların iradesi, akdin amacı ve tarafların menfaat durumuna göre belirlenebilir. Edim mahiyeti itibariyle bölünebilir de olsa, edimi oluşturan birden fazla şeyler arasında fonksiyon ve amaç yönünden bir bütünlük varsa, mesela bir at arabası için satın alınan iki at birlikte bir bütün oluşturduğu ve bunlardan sadece birinin ifası, satım akdine ve alacaklının menfaatine aykırı düştüğü için, alacaklı yapılacak olan kısmi ifayı kabul etmek zorunda değildir. Fakat bu iki at birbirinden bağımsız iki akidde borçlanılmış olsaydı, borçlunun atın birini teslim etmesi halinde kısmi ifa söz konusu olmazdı. Burada yapılan ifa bağımsız sözleşmelerin içerdiği edimlerin ifası olurdu. Tek bir edimin konusunu birden çok şey oluşturmakla birlikte, eğer akdin amacına ve tarafların iradelerine ve menfaat durumlarına göre, bunlar arasında birlik ve bütünlük kurulamıyorsa, sözleşmede de aksine bir hüküm mevcut değilse, kısmi ifaya imkan tanınmalıdır.¹⁸³

Bir satım akdine konu olan iki şeyin pahalarının ayrı ayrı belirtilmiş olması, kısmi ifanın yapılabileceğine karine teşkil etmez. Buna göre alıcı bunlardan sadece birisinin payına düşen bedeli ödeyerek ne o şeyin ne de edimi oluşturan diğer şeyin kendisine ifa edilmesini isteyemez. Satıcı, semenin bütününe elde etmedikçe sattığı şeylerin bütünü üzerinde sahip olduğu hapis hakkını kaybetmez. Nasıl ki alıcı, akit görüşmeleri sırasında, yapılan icabı bölmeye yetkili değilse kabz konusunda da böyle bir yetkiye sahip değildir. Çünkü bir yönüyle kabz, akde benzer. Ayrıca semenin bu iki şeyden birisinin payına düşen kısmı, satıcının ibra etmiş olması da sonucu değiştirmez, hapis hakkı varlığını korumaya devam eder.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 96.

¹⁸¹ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 96; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 33.

¹⁸² Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 96.

¹⁸³ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 97-98.

¹⁸⁴ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 250.

Borçluların birden fazla olması da kısmî ifaya imkan vermez. Nitekim birden fazla kişinin alıcı sıfatıyla katıldığı bir bey' akdinde, bunlardan sadece biri, semenden kendi payına düşeni ödeyerek mebiin tamamını veya bir kısmını talep ederse, satıcı semenin geri kalan kısmını da elde etmedikçe ifaya zorlanamaz. Gerçi Ebu Yusuf'un Nevadir'de rivayet edilen görüşüne göre, kendi payını ödeyen alıcı, mebiin kendi payına düşen kısmını talep edebilir. Çünkü alıcılardan her birine semenin yarısı düşmektedir. Yarısını ödeyince de, kendi borcunu ödemiş sayılır. Mebiden onun payına düşen kısmın teslimi, diğer alıcının semenden payına düşen kısmın ifa edilmesine bağlanamaz. Çünkü onun hakkı bekletilirken diğer alıcı da ödemedede özgür ise, onun borçtan kendi payına düşeni ifa edip etmeyeceği bilinemez. Böyle olunca da ifada bulunanın hakkı tehlikeye girmiş olur. Buna da cevaz verilemez. Fakat Zahiru'r-rivaye'deki yaklaşım farklıdır. Yukarda anlatılan örnekte olduğu gibi, satıcıya semeni elde etmek için tanınmış olan mebi üzerindeki hapis hakkı tecezzi kabul etmez. Bir kısmı hakkında sahip olunan bir hak bütünü için de geçerlidir. Nitekim akit sırasında yapılan icaba karşı verilen kabul beyanı onu bölmekteyse icap-kabul uygunluğu gerçekleşmeyecek ve dolayısıyla akit kurulamayacaktır. O halde akdin kurulması için nasıl ki, kabul ve icab uygunluğu şart ise aynı şekilde teklif edilen edimin borçlanılan edime uygun olması şarttır. Fakat alıcılardan biri ortadan kaybolmuşsa diğeri semenin bütününe ödemek zorunda da değildir. Çünkü onlardan her birinin borcu, semenin yarısıdır, bütünü değildir. O halde kişi, borçlanmadığı bir şeyi ifa etmeye zorlanamaz. Bununla birlikte hazır bulunan alıcının, bütün semeni ödeyip mebi kabzetmesi halinde diğer alıcıya karşı rücu hakkına sahip olup olmadığı tartışmalıdır. Ebu Hanife ve Muhammed, ödemedede bulunan alıcıya rücu hakkını ve alacağını elde edinceye kadar da ona satıcıdan farksız olarak hapis hakkını tanımaktadırlar. Fakat Ebu Yusuf, ona, ne rücu ne de hapis hakkı tanımaktadır. Çünkü ona göre bu kimse, üçüncü bir kişinin borcunu yetkisi olmadan ödemiştir; diğer borçların ifasında olduğu gibi, yetkisi olmayan kimse, burada da rücu hakkına sahip olamaz. Fakat birinci görüşteki müçtehitler, böyle bir olayda ifada bulunan kişinin yetkisiz olmadığını savunmaktadırlar. Onlara göre, bu yetki ilgiliden açıkça olmasa da zimnen (delaleten) alınmıştır. Şöyle ki, alıcılardan gaib olanı, çekip giderken, diğer alıcının sadece kendi hissesini ödemekle mebi elde edemeyeceğini, mebi elde etmek için mutlaka onun da hissesini ödemek zorunda kalacağını bilmektedir. İşte bu bilgi,

zımnen yetki vermekle eşdeğerdedir. Bu nedenle o kimse yetkisiz sayılmaz. Nitekim rehn-i müstear meselesinde de durum böyledir.¹⁸⁵

b. Kuralın istisnaları

aa. Alacağın bir kısmı üzerinde uyuşmazlık varsa

Müşterek hukukta olduğu gibi, Türk-İsviçre hukukunda da (BK. md. 68/I) alacak kısmen ihtilafli ise, borcun ikrar edilen ve muaccel olan kısmının ifasını alacaklı kabul etmek zorundadır. Bu nedenle ihtilafli kısma ilişkin mahkeme kararı, alacaklıyı haklı bulsa bile, borçlu sadece borcunun karara bağlanan bu kısmı için temerrüdün neticelerine katlanır. Ancak AMK.(§ 266), borcun bir kısmının ihtilafli olması halinde bile kısmî bir ödeme yapılmasına imkan vermemektedir.¹⁸⁶

bb. Objektif iyiniyet kurallarının gerekli kıldığı hallerde

Teklif edilen edim, borçlanılan kısmın neredeyse tamamına tekabül etmekte, alacaklının daha sonra borçludan geri kalan kısmı elde etmesi mümkün gözükmemekte ve alacaklıdan bunu kabul etmesi istenebilecekse, alacaklının bu teklifi reddetmesi objektif iyiniyet ilkelerine aykırı düşer; bundan dolayı da alacaklının bu kısmi ifayı kabul etmesi gerekir.¹⁸⁷

Tam iki tarafa borç yükleyen akitlerden bey'de, satıcının, semenin sadece bir dirhemi eksik olacak şekilde yapılacak olan bir ifayı, kendi edimi üzerindeki hapis hakkı açısından tam bir ifa olarak kabul etmeyip mevcut hapis hakkını sürdürmesi, Türk doktrini bakımından iyiniyet kurallarına aykırı görülse de bu katılık, İslam hukuk doktrinindeki mebiin hapis hakkı açısından taksimi kabil olmaması ilkesinden kaynaklanmaktadır. Çünkü mebi bütünüyle, semenin bütün cüzleri karşılığında teminat işlevi görmektedir.¹⁸⁸

¹⁸⁵ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 250.

¹⁸⁶ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 504.

¹⁸⁷ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 503.

¹⁸⁸ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 250.

Edimin mahiyet itibariyle, özellikle belirlenen miktar nedeniyle bir defada yerine getirilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, zorunlu olarak yapılacak kısmi ifayı alacaklının reddetmesi de iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz.¹⁸⁹

cc. Tarafların akden kısmi ifayı kararlaştırmış olmasında

Kısmi ifaya müsaade edilmemesine ilişkin düzenlemeler emredici nitelikte olmadığı için taraflar aksini kararlaştırabilirler.¹⁹⁰ İfanın kısmen yapılabileceği üzerinde taraflar anlaşmaya varmışlarsa alacaklı kısmi ifada bulunmaya yetkili olur.¹⁹¹ Bu kısmi ifa anlaşması açıkça olabileceği gibi zımnen de olabilir.¹⁹² Buna dair bir örfün bulunması veya anlaşma bulunmadığı halde alacaklının daha sonra kısmi ifa talebinde bulunması hallerinde zımni bir muvafakatın varlığı kabul edilir.

dd. İcraî takiplerde ve kambiyo hukukunda

İİK. 111 ve 123. maddelerin gereği olarak, takip edilen borçlunun taksitle tediyede bulunmasına imkan tanınmaktadır.¹⁹³ Buna göre, borçlu, alacaklının satış talebinden önce, borcunu düzenli taksitler halinde ödeyeceğini taahhüt eder ve birinci taksidi derhal öderse icra muamelesi durur. Ancak borçlunun yeterli malı haczedilmiş olması, her bir taksit miktarı borcun dörtte birinden az olmaması, taksitlerin aydan aya verilmesi ve sürenin üç ayı aşmaması şarttır.¹⁹⁴

Hukuki niteliği itibariyle bir tür havale olan poliçede muhatap, kural olarak, yazılı meblağın hepsini öder. Ancak muhatap, kısmi ifa teklifinde bulunursa poliçe hâmili bunu reddedemez (TTK md. 621).¹⁹⁵

III. KURALIN İSTİSNALARI

Borç ne ise, kural olarak, onun ifa edilmesi gerekir. Asıl edimden başka bir şey teklif edilmişse alacaklı bunu kabul etmek zorunda değildir. Alacaklı böyle bir edimi kabul etmemekle de mütemerrit olmaz. Bununla birlikte alacaklı, asıl edimden

¹⁸⁹ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 503.

¹⁹⁰ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 98.

¹⁹¹ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 503.

¹⁹² Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 100.

¹⁹³ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 504.

¹⁹⁴ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 35, 31 nolu dipnot.

¹⁹⁵ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 35; Poroy, *Kıymetli Evrak*, 159-160.

başka bir şeyin ifa olarak sunulmasına rıza gösterebilir. Bu durumda borçlu asıl edimden başka bir şey sunma imkanına sahip olur. Bu maksatla yapılan anlaşmalar iki şekilde vuku bulur. Bunlardan birincisi ifa yerine edim, diğeri ifa uğruna edim anlaşmasıdır. Bunlar ayrı başlıklar altında burada ayrıntılı olarak incelenecektir.

A. İFA YERİNE EDİM

1. Kavram

İfa aşamasında, borçlu alacaklıyla anlaşarak, asıl edimi ifa etmek yerine, ona başka bir şey verip, asıl edimi ifa etmiş gibi borcundan kurtuluyorsa ifa yerine edim anlaşması (datio in solutum) söz konusu demektir.¹⁹⁶

Datio in solutum, kara Avrupası romanist hukuk sistemlerine özgü bir kavramdır. Bununla birlikte ifa yerine edim, Borçlar Kanununda düzenlenmiş değildir. Ancak, doktrinde, bu ihtiyacın akit serbestisi ilkesiyle karşılanabileceği belirtilmiştir.¹⁹⁷ Diğer taraftan İngiliz hukuku¹⁹⁸ ve İslam hukukunda buna denk bir kavram yer almaz. Bununla birlikte böyle bir düşünce, İslam hukuk literatüründe *bey' u' l-mebî min bâi' ihi*, *beyu' d-deyn mine' l-medîn*, *eş-şirâ' bi' d-deyn mimmen aleyhi' d-deyn*, *istibdal* ve *i'tiyâd*¹⁹⁹ gibi terimlerle ifade edilmiştir. Ne var ki, bu başlıklar altında anlatılan meseleler, tamamen ifa yerine edim anlaşmasına ilişkin değildir, kısmen dar anlamdaki borcu sona erdiren sebeplerden biri olan tecdit kavramıyla ilgilidir; hatta bu iki konunun içiçe işlendiğini söylemek de mümkündür. Söz konusu terimlerden her birinin, ifa yerine edim anlaşmasının özel bir türü niteliğinde olduğu söylenebilir. Bunların tümünü kapsadığı için ifa yerine edim ifadesini kullanmayı tercih ediyoruz.

2. Hukukî cevazı ve uygulanma şartları

İslam hukukunda, öncelikle böyle bir işlemin cevazı geniş bir tartışma konusu yapılmıştır. Söz konusu işlem kabz öncesi satışı andırdığı için İslam hukukçuları

¹⁹⁶ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 499; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 11; Arsebük, *Borçlar Hukuku*, II, 688; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, *Borçlar Hukuku*, 1014.

¹⁹⁷ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 93.

¹⁹⁸ Schwarz, "Asıl Edimin Yerini Tutan İfa", MHAD, 121.

¹⁹⁹ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 214, 234, 236; Şirbînî, *Muğnî*, II, 70.

kabzdan önce satım yasağı hakkındaki hadisleri²⁰⁰ inceleyip bunlardan yasağın kapsamını belirlemeye çalışmışlardır. Şafii, hadislerin öngördüğü yasağı satıma konu olan her şeye teşmil etmiştir.²⁰¹ Ahmed b. Hanbel'den de bu yönde bir görüş rivayet edilmişse de esas görüşü bundan farklıdır. Ancak hanbeli hukukçu İbn Akîl, imamının bu görüşünü benimsemiştir. Ebu Hanife ise, sadece taşınmazları, yasağın kapsamı dışında tutmuştur. Ahmed b. Hanbel'in esas görüşü, yasağın sadece gıda maddelerine münhasır olduğu yönündedir. Bu gıda maddesinin misli olup olmaması, ferden veya nevan tayin edilmiş olup olmaması önemli değildir. Böyle bir görüş Osman b. Affân, Saîd b. el-Müseyyeb, el-Hakem, Hammad, Evzâî ve İshak b. Rahuye'den de rivayet edilmiştir.²⁰² Fakat hanbeli hukukçu Kadı Ebû Ya'lâ, mezhep imamının görüşüyle yetinmeyerek yasağın kapsamını daha da

²⁰⁰ *Ahmed ve Müslim'in yaptığı rivayete göre Resulüllah, Câbir'e "gıda maddesi satın aldığı anda onu tamamen elde etmedikçe satma" demiştir (Şevkânî, *Neylu'l-Evtâr*, V, 157).

*Yine Ahmed ve Müslim'in yaptığı diğer bir rivayete göre, Ebu Hüreyre, "Resulüllah, gıda maddesinin satın alınıp tamamen elde edilmeden satılmasını yasakladı" demiştir. Müslim'e ait rivayette, Resulüllah "Kim gıda maddesi satın alırsa, onu ölçerek almadıkça satmasın" buyurmuştur (Şevkânî, *Neylu'l-Evtâr*, V, 157).

*Ahmed b. Hanbel'in aktardığı bir hadiste Hakîm b. Hizâm, Resulüllah'a "Çeşitli satışlar yapıyorum. Bunlardan hangisi bana helâl, hangisi haram?" diye sormuş, Resulüllah da ona "Bir şey satın aldığı anda, onu kabzetmedikçe satma" şeklinde cevap vermiştir (Şevkânî, *Neylu'l-Evtâr*, V, 157).

*Ebû Dâvûd ve Dârekutnî'nin aktardığına göre Zeyd b. Sâbit, "Resulüllah, emtianın, tüccar tarafından kendilerine ait yere aktarılmadıkça, satın alındığı yerde satılmasını yasakladı" söylemiştir (Şevkânî, *Neylu'l-Evtâr*, V, 157).

*Tirmizî ve İbn Mâce dışındaki hadisçilerin aktardığına göre, İbn Ömer, pazarın bir ucunda gıda maddesi alıp sattıklarını, Resulüllah'ın da, satın aldıklarını, nakletmedikçe, satmalarını yasakladığını belirtmiştir. Sahihayn'de yer alan bir ifadede ise "yerini değiştirmedikçe" denilmektedir. Tirmizî dışındaki hadisçilerin aktardığına göre "Kim gıda maddesi satın alırsa, onu kabzetmedikçe satmasın" denilmiştir. Ahmed b. Hanbel ise "Kim gıda maddesini ölçü veya tartı ile satın almışsa, onu kabzetmedikçe satmasın" şeklinde ifade etmiştir. Ebû Dâvûd ve Nesâî ise, bunu, "Ölçekle gıda maddesi alan kimsenin, onu, tam elde etmeden satmasını yasakladı" şeklinde aktarmışlardır (Şevkânî, *Neylu'l-Evtâr*, V, 158).

*Tirmizî dışındaki hadisçilerin aktardığına göre, İbn Abbas, Resulüllah'ın "Kim gıda maddesi satın alırsa, onu, tam olarak elde etmedikçe satmasın" buyurduğunu belirtmiş ve her şeyi gıda maddesi gibi gördüğünü söylemiştir. Sahihayn'de ise "Gıda maddesi satın alan, onu ölçerek almadıkça satmasın" şeklinde bir ifade bulunmaktadır (Şevkânî, *Neylu'l-Evtâr*, V, 158).

Hadislerde gıda maddesi diye tercüme ettiğimiz, "ta'âm" kelimesinin karşılığıdır. Şeybânî, bu sözcüğün, sadece buğdayı (*Asl*, V, 72), Kâsânî ise, buğday ve buğday ununu birlikte karşıladığını belirtmektedir (*Bedâi'*, VI, 99).

²⁰¹ Nevevî, *Mecmû'*, IX, 270-271; Şirbînî, *Muğnî*, II, 68.

²⁰² İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 121-123, 127; Nevevî, *Mecmû'*, IX, 270-271.

daraltmıştır. Ona göre söz konusu yasak, sadece nevan tayin edilen gıda maddelerine mahsustur.²⁰³ Malikilerden ise, biri, Ahmed b. Hanbel, diğeri Ebû Ya'lâ'ninkine benzer olmak üzere iki ayrı yönde görüşler aktarılmıştır.²⁰⁴ Osman el-Bettî ise, hiç bir şey hakkında böyle bir yasağın bulunmadığını ileri sürmüştür. Ancak bu görüş, hadislerle açıkça ters düştüğü için, pek çok hukukçunun tenkidine uğramıştır.²⁰⁵ Bu arada konuyla ilgili hadisleri değerlendiren Şevkânî, yasağın kapsamını daraltan Ebû Ya'lâ'nın görüşünü eleştirerek, söz konusu yasağın mutlak manada gıda maddesine ilişkin olduğunu, hatta parça haline getirilmiş gıda maddelerinin de yasak kapsamında olduğunu bazı hadislerden açıkça anlaşıldığını ileri sürerek Ahmed b. Hanbel'in görüşünün daha isabetli olduğunu belirtmiştir.²⁰⁶

Hadislerde yasak olan satışın satıcıya mı yoksa bir başkasına mı yapılan satış olduğu açık değildir. Bunun karşısında İslam hukukçuları, bu yasağın genel olduğu ve her iki satışa da şâmil olduğu kanaatine sahip olmuşlardır.²⁰⁷ Böylece ifa yerine edim anlaşmasının bir türü sayılan bey'u'l-mebî min bâi'ih, kabzdan önce satım yasağı çerçevesinde işlenmiştir.²⁰⁸ Bu nedenle İslam hukuk literatüründe, tarafların mebie ilişkin yapacakları ifa yerine edim anlaşması hususunda tam bir akit serbestisinin bulunduğu söylenemez. Mebie²⁰⁹ ilişkin ifa yerine edim anlaşması,

²⁰³ İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 121-123, 127; İbn Receb, *Kavâid*, 78-79.

²⁰⁴ İbn Cüzey, *Kavânin*, 252, 263; İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 121-125; Şevkânî, *Neylu'l-Evtâr*, V, 158.

²⁰⁵ İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 127.

²⁰⁶ Şevkânî, *Neylu'l-Evtâr*, V, 158-159.

²⁰⁷ Nitekim İbn Kudame, ilgili haberin umumi olduğunu ve bu nedenle kabzdan önce satışı caiz olmayan şeyin satıcıya da satışının caiz olamayacağını belirtmektedir (*Muğnî*, IV, 128). Hadislerde yer alan lâfızların umumi oluşu ve kabz öncesi mebie ilişkin mülkiyetin zayıf oluşundan hareketle şafiilerde de baskın olan görüş, satıcıya yapılan satışın da yasak kapsamında olduğu yönündedir. Ancak mezhepteki bir diğer görüşe göre, gâsıba gasbettiği şey satılabildiği gibi burada da mebi satıcıya satılabilir. Bu görüş ayrılığı, alıcının, satın aldığı ve henüz kabzetmediği şeyi, daha önce kendisinin bunu almak için verdiği bedelle ayrı cinsten bir şey ile veya aynı cinsten bile olsa önceki ödediğinden daha fazla veya daha az bir miktarla satması durumunda önem arz etmektedir. Aksi takdirde yapılan işlem ifa yerine edim değil, önceki akdin karşılıklı olarak bozulması (ikale) olacaktır. Bunun için kullanılan farklı sözcüklerin önemi yoktur (Şirbîni, *Muğnî*, II, 68).

²⁰⁸ Oysa asıl maksadın, üçüncü bir şahsa yapılan satış olması, yasakla güdülen amaca daha uygun düşer. Nitekim hukukçuların, yasağın gerekçesi hakkında yaptıkları açıklamalar da bunu teyid etmektedir. Buna rağmen, İslam hukukçuları, bu yasağı ifa yerine edim anlaşmasına da teşmil etmekten geri durmamışlardır.

²⁰⁹ Mebi, kural olarak, ferden tayin edilmiş bir şeydir. Ancak mebiin misli bir maldan oluştuğu durumlarda, bazen bu misli mal, ferden tayin edilmeyip, sadece nevan tayin edilmiş olabilir. Fakat

ancak yukarda belirtilen esaslara riayet edilmesi şartıyla yapılabilir. Oysa mebûin bir ayn borcu niteliğinde olması, ona ait mülkiyetin akitle alıcıya geçmesi demektir. Bu da, alıcının o şey üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilmesini ve bu arada onu, ifa yerine edim anlaşmasına konu yapabilmesini gerektirir. Fakat sözü geçen hadisler, alıcıya bu imkanı vermemiştir. Bunun temelinde de, mülkiyet alıcıya geçmiş olmasına rağmen hasarın satıcıda kalması ve mebûin ferden muayyen bir borç olması nedeniyle ifasının sadece söz konusu şeyle yerine getirilebilmesi ve telef olması durumunda da ifanın imkansızlaşması tehlikesi düşüncesinin yattığı²¹⁰ belirtilmişse de mebûin satıcıya satılmasının da yasak kapsamına alınışındaki gerçek sebebin bey'u'l-îneyi önlemek olduğu kanaatindeyiz. Çünkü belirtilen sakıncalar, sadece alıcının, mebûi satıcıdan başkasına satması durumunda geçerli olabilir. Oysa mebûin satıcıya satılmasında bu tür sakıncaların olabileceği pek mümkün görünmemektedir. Zira bu durumda, yapılan anlaşma ile mebûe ilişkin hukuki sonuçlar aynı anda gerçekleşmektedir; artık alıcının mebû ile hiç bir ilişkisi kalmamaktadır. Mebû, zaten satıcının elinde bulunmaktaydı; ayrıca hasar alıcıya geçsin diye mebûin kabzedilip tekrar iade edilmesinin bir anlamı olamaz. Görüldüğü gibi, asıl neden, 'îne satışından kaçınmaktır. O halde, bu tür bir satışa kaçmamak şartıyla mebûin kabzdan önce satıcıya satılmasına cevaz verilmesi gerekir.

Mebû ve dolayısıyla parça borçları²¹¹ hakkındaki ifa yerine edim anlaşmasına ilişkin bu katılık cins borçları hakkında nisbeten yumuşatılmış ve doktrinde, deyn niteliğindeki borçların, kural olarak, ifa yerine edim anlaşmasına konu yapılabileceği kabul edilmiştir.²¹² Deyne ilişkin ifa yerine edim anlaşması beyu'd-

nevan da belirlenmiş olsa, bu şey, oldukça sınırlı bir cins borcu haline getirilir. Çünkü bey' akdinde satılan şeyin, akit sırasında mutlaka satıcının tasarruf yetkisinde bulunması ve taraflarca bilinir olması gerekir. Bu nedenle bey' akdine konu yapılan şey, misli de olsa, neredeyse ferden muayyen hale getirilir. Borçlanılan miktar, akitle belirlenen stoktan ödenmek durumunda olduğu için, borçlunun zimmetinde yer almaz ve deyn niteliği de kazanmaz. Bu özelliğinden dolayı mebi, genel olarak, bir ayn borcu görüntüsü verir.

²¹⁰ İbn Nüceym, *Bahr*, VI, 126.

²¹¹ Mebûe kıyasen parça borçları hakkında da aynı hükümler geçerli olacaktır (Serahsî, *Mebûat*, XV, 140-141).

²¹² Deyn niteliğindeki borçlarda, kural olarak, kabzdan önce tasarrufta bulunmak caizdir (Kâsânî, *Bedâi'*, V, 234; Süyûtî, *Eşbâh*, 523). Nitekim mebi'in semeninde (Kâsânî, *Bedâi'*, V, 234; Serahsî, *Mebûat*, XV, 140-141; Şirbînî, *Muğnî*, II, 70), konusu gıda maddesi olsa bile karzda, (Kâsânî, *Bedâi'*, V, 214; Süyûtî, *Eşbâh*, 523; İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 134), ferden değil de nev'an tayin edilmiş kira bedelinde, kabzdan önce istibdal caizdir. Çünkü nev'an tayin edilen şey zimmette sabit olur (Serahsî, *Mebûat*, XV, 140-141).

deyn mine'l-medîn, istibdal ve i'tiyâd gibi terimlerle ifade edilmiştir. Hanefi doktrininde deyn kavramına yüklenen anlam, aslında, böyle bir imkanı vermeye müsait değildir.

Parça borçlarından farklı olarak cins (deyn) borçlarında, kabzdan önce tasarrufta bulunulmasına cevaz verilmesinin nedeni olarak parça borçlarında ifanın sadece söz konusu şeyle yapılabilmesi, onun helaki durumunda, ifa imkansızlığının ortaya çıkması, cins borçlarında ise böyle bir tehlikenin bulunmaması gösterilmişse de parça borçları hakkındaki gerekçenin mebîin satıcıya satılması hakkında yeterince tatminkâr olmadığını belirtmiştik. Ayrıca cins borçlarının, borçludan başkasına satılamayıp sadece borçluya satılabileceği hakkında yapılan açıklamalar da bu kanaatimizi teyid etmektedir.

Deynin, borçludan başkasına satımına cevaz verilmemesi, ifanın tehlikeye (garar) sokulmasıyla izah edilmiştir. Şöyle ki, deyn, borçludan başkasına satılmışsa, artık ifa konusundaki insiyatif satıcının elinde değildir; satıcının bunu teslim edip edemeyeceği, teslim edebilecekse ne zaman teslim edeceği belli değildir. Çünkü satıcının borcunu ifa edebilmesi, gerçekte varlığı olmayan ve zimmette varlığı farzedilen deynin, borçlusu tarafından teslimine bağlıdır. Satıcının borcunu ifasının, bu şekilde, deyn borçlusunun ihtiyari bir fiiline bağlanması ifanın tehlikeye (garar) girmesine neden olur. Bu yüzden teslimin borçlu tarafından yapılacağı şart koşulmuş olsa bile durum değişmez. Çünkü bu durumda teslim borcu, satıcıdan başkasına şart koşulmuş olmaktadır. Böyle bir şart da fasittir. Dolayısıyla satım da fasid olur. Ancak belirtilen tehlike deynin borçluya satılması durumunda söz konusu olmadığı için deynin borçluya satılmasına cevaz verilmiştir. Çünkü başkasına satılmasındaki asıl engel teslim acziyeti idi. Burada ise teslim gerek kalmadığı için sözü edilen mahzur da ortadan kalkmış olacaktır. Aynı düşünceyle gasbedilen bir şeyin, gasıba satılması geçerli, ama bir başkasına satılması geçerli sayılmamıştır.²¹³

Ayrıca deyne yüklenen anlam, bey'ud-deynin teorik yönden izahını zora sokmaktadır. Çünkü bey', nitelik itibariyle bir temlik işlemidir. Temlik, mülkiyetin varlığını zorunlu kılar. Mülkiyetten söz edebilmek için de ona konu olabilecek bir şeyin bulunması gerekir. Mülkiyete, ancak mevcut ve mal olabilecek bir şey konu

²¹³ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 148.

olabilir.²¹⁴ Deyn ise, kabzdan önce hükmî bir varlığa sahiptir; ancak kabz ile taayyün ederek gerçekte varlık kazanmaktadır.²¹⁵ Bu nedenle deyn ile alacaklısı arasında, kabzdan önce bir mülkiyet ilişkisinin oluşması mümkün görünmemektedir. O halde deyn alacaklısı, hakkında henüz malik konumuna gelmediği bir şeyi satışa konu yapamaz.²¹⁶ Zira malik olmayan, malik kılamaz. Buna göre bey'u'd-deyn yerine istibdal veya i'tiyâd teriminin kullanılması daha yerinde olacaktır.

Görüldüğü gibi deynin, kabzdan önce üçüncü bir kişiye değil de borçluya satılabilme gerekçesi ifanın tehlikeye girme riskinin bulunmaması olarak belirtilmiştir. Peki bu gerekçe mebûin satıcıya satılması hakkında da varid olduğu açık olduğu halde neden ona da imkân tanınmasın. O halde buna imkân verilmemesinin temelinde geriye sadece 'îne satışına karşı duyulan endişe kalmaktadır. Bu endişeyi bertaraf edecek tedbirler alındığı taktirde mebûin, ifa yerine edim anlaşmasına konu yapılmasına bir engel kalmamış olmalıdır. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, bu şartlarda yapılacak bir anlaşmanın, sonuç bakımından ikaleden farkı olmayacaktır.

Yukarda cins (deyn) borçlarının, kural olarak, ifa yerine edim anlaşmasına konu olabileceğini belirtilmiştir. Ancak İslam hukuk doktrininde, selem ve sarftan doğan borçlar, deyn görünümünde olmalarına rağmen, bu kuraldan istisna edilmiştir.²¹⁷ Buna göre özellikle selem alacağı, hanefî²¹⁸, şafîî²¹⁹ ve malikî²²⁰

²¹⁴ Serahsî'nin de belirttiği gibi mülkiyet, mevcut şeylere ait niteliklerdendir. Yok olan, ancak yoklukla nitelenebilir. Kaldı ki, mülkiyet bir hakimiyetten (kudret) ibarettir. O da yok olan üzerinde gerçekleşmez (*Mebûat*, XV, 109).

²¹⁵ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 235.

²¹⁶ Serahsî, *Mebûat*, XX, 135.

²¹⁷ Kâsânî, bu kuralı, sarf ve selem hariç bütün semenlerde kabzdan önce tasarrufta bulunmak caizdir şeklinde formüle etmiştir (*Bedâi'*, V, 234).

²¹⁸ Müslemünfih, mebî' hükmünde kabul edildiği için kabzdan önce satımı caiz değildir. (Kâsânî, *Bedâi'*, V, 148, 234).

²¹⁹ Şirbînî, *Muğnî*, II, 115. Selem konusu şeyin, ister mevcut bulunsun ister madum olsun, yerine alınacak şey de, asıl edimle ister aynı değerde olsun, ister daha az veya daha fazla olsun, selem borçlusuna satılması haramdır. Ebu Hanife ve Şafîî bu görüştedir. Hambeli mezhebindeki sahih görüş de bu istikamettir (İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 335).

²²⁰ Malikilere göre ise selem akdinde istibdal yasağı sadece yiyecek (temel gıda) ve içecek maddelerine özgüdür. Çünkü gıda maddesinin kabzedilmeden satılmasına ilişkin Peygamber yasağı var (Sahnun, *Müdevvene*, IV, 16-17; İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 335). Bu nedenle seleme konu

mezheplerinde tamamen mebî gibi algılanmış ve mebie ait hükümlere tabi tutulmuştur. Fakat hanbeliler, selem alacağını, mebî hakkındaki anlayışlarından daha da ileri götürmüşlerdir. Şöyle ki, mebî, gıda maddesi olmasaydı ifa yerine edime konu olabilirdi, ama selem alacağı, gıda maddesi dışında bir şey de olsa ifa yerine edim anlaşmasına konu olamaz.²²¹ Böylece onların selem alacağı hakkındaki görüşleri, hanefî ve şafîîlerin mebî hakkındaki görüşleriyle tıpatıp örtüşmektedir.²²²

Selem alacaklısının, selem borçlusuyla olduğu gibi onun kefiliyle de ifa yerine edim anlaşması yapma imkânı yoktur. Çünkü asıl borçlu ile kefilden her ikisinin de yükümlü olduğu, aynı edimdir. Borç tek olmakla birlikte kefâlet sebebiyle sadece talebe muhatap olanların sayısı artmıştır. Borcu, kefil ifa etmişse, asile rücû ederken onunla ifa yerine edim anlaşması yapabilir. Çünkü kefil, asilin emriyle ifada bulunmuş sayılır ve kefilin bu ifası, bir karz ilişkisinin doğmasına yol açar. Karzda da zaten bu tür bir imkân vardır.²²³

Selemin ifa yerine edim anlaşmasına konu yapılmasını sağlamak için ikâle müessesesinin devreye sokulması oldukça ilginçtir. Buna göre taraflar öncelikle selem akdini feshederler. Selem alacaklısının selem için yatırmış olduğu re'sülmâl, sebepsiz zenginleşme nedeniyle borçlunun zimmetinde yer alır. Bu alacak, tıpkı karz ve semen alacağı gibi istibdale elverişli hale gelir. Semen hükmünde olan bu alacakla da rahatlıkla bir başka şey satın alınabilir. Şafîî ve Kadı Ebû Ya'lâ bu

olan şey, gıda maddesi olmamak, resülmâl para ise bunun da para olmaması ve muaccel olarak ödemek şartıyla hem bir başka cins üzerinden hem de vadesinden önce ifa edilebilir (Derdîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 284-285).

²²¹ Kadı Ebû Ya'lâ'nın belirttiğine göre, kabzı gereken bir şeyi satın alan kimse, satıcıyla başka bir belde karşılaştığında orada alacağını talep etme hakkı olmadığı gibi o şeyin bedelini de isteyemez. Anlaşmalar bile. Çünkü bu, kabzedilmemiş bir mebidir. Kabzı gerekmeyen bir şey olsaydı, alıcının bunun karşılığında bedel alması caiz olurdu. Ancak selemde, bedel alma imkanı da yoktur. Selemin kabzdan önce satımı da caiz değildir (İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 128).

²²² Hanbeliler, "Bir şeye selem siparişi veren, onu bir başka şeye çevirmesin" hadisine istinaden, selem alacağının, gıda maddesi olup olmamasına bakılmaksızın kabzdan önce, borçluya veya bir başkasına satımını fasit saymışlardır. Buna ilişkin şirket, tevliye ve havalenin de hükmü böyledir. (İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 334,336). Selem alacağının borçluya satımı, alacaklının selem alacağı yerine bunun dışında bir bedel alması demektir (İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 335). Selem alacağına karşılık bir bedel almak bir bey' işlemi sayılır; bu da, borçludan başkasına yapılan satıştan farksız olarak caiz olmaz (İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 336).

²²³ Şeybânî, *Asl*, V, 45-46; Kâsânî, *Bedâi'*, V, 214.

görüŖŖste²²⁴ olmalarına karŖŖn Ebu Hanife bu bedelin istibdalini bile tecviz etmemiŖŖtir.²²⁵

Sarf alacağının ifa yerine edim anlaŖŖmasına konu yapılamayacağına gelince, bunun sebebini riba teorisi ve sarf akdinin mahiyetinde aramak gerekir. Sarfta mübadele edilen her iki bedel de ferden tayin edilemeyen ve genellikle paralardan ibarettir. Nesie ribasının gerçekteŖŖmemesi ve dolayısıyla yapılan akdin fasit olmaması için bedellerin mutlaka akit meclisinde karŖŖlıklı olarak kabzedilmesi gerekir.²²⁶ Sarftaki bedellerden birinin ifa yerine edime konu yapılması, belirtilen sakıncanın doğmasına yol açar. Bu nedenle, sarf bedeli, bir deyn niteliğinde olmasına rağmen ifa yerine edime konu yapılamaz.

Deyn niteliğindeki asıl edimin yerine, ferden tayin edilmemiŖŖ bir Ŗey, yani yine bir deyn ikame edilmiŖŖse, bu Ŗeyin akit meclisinde kabzedilmesi gerektiği ileri sürülmüŖŖtür.²²⁷ Kabzedilmediği taktirde ortaya çıkın manzara deynin deyn ile

²²⁴ Ŗirbîni, *Muğni*, II, 115; İbn Kudame, *Muğni*, IV, 337.

²²⁵ Ŗeybâni, *Asl*, V, 46.

²²⁶ İbn Cüzey, *Kavânin*, 254; SerahŖŖi, *MebŖŖât*, XV, 139; Kâsânî, *Bedâi'*, V, 237.

²²⁷ Kâsânî, yapılacak olan ifa yerine edim anlaŖŖmasını, asıl edim konumundaki deynin, bir cins borcu veya bir para borcu olması ihtimaline göre değerlendirerek ayrıntılı bilgi vermiŖŖtir.

Birinci ihtimal: Deyn (dirhem, dinar veya fülŖŖs) paradan ibarettir. Bu durumda bu tür bir alacağın, baŖŖka bir para, ferden muayyen bir Ŗey veya nevan muayyen bir Ŗey ile olmak üzere üç Ŗekilde mübadele edilmesi mümkündür. Birinci Ŗekilde paranın parayla mübadelesi söz konusu olduğu için yapılan iŖlem bir sarf görüntüsü verecektir. O halde ikame edilen bu paranın akit meclisinde mutlaka kabzı gerekir. İkinci Ŗekle gelince paranın ferden muayyen bir malla mübadelesi söz konusu olacaktır. Ferden muayyen bu Ŗeyin akit meclisinde teslim alınması Ŗart değildir. Üçüncü Ŗekilde ise asıl edimi oluŖturan para ile keyli veya vezni bir mal mübadele edilmektedir. Paralar, tayin etmekle muayyen hale gelmediği için, her halükarda semen konumundadırlar. Bunların karŖŖısına konulan bedel, misli bir mal da olsa, mebî konumundadır. Ancak bu malın vadeye bağlanması yapılan iŖlemin seleme dönüŖmesine yol açar. Bu durumda her iki bedel de deyn niteliğinde olduğu için yapılan iŖlem geçerli olmaz. Üstelik borçlu, yanında olmayanı satan durumuna düŖmektedir. KiŖinin yanında olmayanı satması da yasaklanmıŖŖtır. Fakat bu ikame edilen misli malın teslimi vadeye bağlanmazsa yapılan iŖlem geçerli olur.

İkinci ihtimal: Deyn, misli (keyli ve vezni) bir maldan ibarettir. Bu durumda misli bir maldan ibaret olan asıl edimin, para, ferden muayyen bir mal veya nevan muayyen bir mal ile olmak üzere üç Ŗekilde deđiŖtirilme imkanı vardır. Birinci Ŗekilde asıl edimin yerine kaim olan paradır. Bu durumda borçlu, yanında olmayan bir Ŗeyle satın almıŖŖ olmaktadır. Fakat yanında olmayan bu Ŗey para olduğu için buna cevaz verilir. Böyle bir iŖlem yapıldığı taktirde, deynin deynle satımı olmasın diye ikame edilen paraların akit meclisinde kabzı gerekir. İkinci Ŗekilde ise nevan muayyen bir Ŗey ferden muayyen bir Ŗey ile mübadele edilmektedir. Böyle bir iŖlem caiz olduğu

satımı olacağı ve bunun da hadislerde bey'u'd-deyn bi'd-deyn ve bey'u'l-kâlii bi'l-kâli' ifadeleriyle²²⁸ yasaklanan işlem olduğu belirtilmiştir.²²⁹ Hatta böyle bir işlemin yasak olduğu konusunda icma bulunduğu belirtilmişse de İbn Teymiyye, hakkında yasak bulunan işlemin bey'u'd-deyni bi'd-deyn değil, bey'u'l-kâlii bi'l-kâli'²³⁰ olduğunu, belirtilen konuda ne genel bir nassın ne de bir icmanın söz konusu olduğunu, bu nedenle de böyle bir işlemi caiz gördüğünü belirtmiştir. İbn Kayyîm de, bu tür bir işlemin, yasaklanan bey'u'l-kâlii bi'l-kâli' kapsamına girmediğini belirterek hocasının görüşünü paylaşmıştır.²³¹ Gerçekten de bey'u'd-deyni bi'd-deyn, semen ile mesmunun birlikte vadeli olması halini ifade eder.²³² Oysa burada her iki bedelin vadeli olması söz konusu değildir. Çünkü asıl edim, ifa yerine edim anlaşması yapılır yapılmaz borçlu tarafından kabzedilmiş sayılır. Şöyle ki, işlem sonucunda ortada ifası gereken tek bir deyn mevcuttur; iki deyn değil. Halbuki bey'u'd-deyni bi'd-deyn durumunda ortada hâlâ ifası gereken iki deyn bulunmaktadır. Peki o halde asıl edimi, mebî farzetsek, yapılan işlem, semeni tecil edilmiş bir bey'; asıl edimi semen farzetsek, resülmali teslim edilmiş bir selem akdi söz konusu olur. Bu her iki işlem de bütün fukaha tarafından caiz görülmüştür. Öyleyse ikame edilen deynin mutlaka akit meclisinde kabzedilmesi gerektiğini ileri sürmek yerinde olmaz. Nitekim İbn Ömer'den rivayet edilen haber de bunu teyid etmektedir. Şöyle ki, İbn Ömer, Bekî'de dinar üzerinden deve sattığını, ama bu dinar alacaklarını Neki'den denilen yerde dirhem olarak tâhsil ettiğini Resulüallah'a anlatıp bunun sakıncasının olup olmadığını sormuş ve "bu anlaşmayı, o günün râyici üzerinden yaptığınız ve aranızda bir şey kalmayacak şekilde ayrıldığınız

gibi ikame edilen şeyin akit meclisinde kabzi da şart değildir. Üçüncü şekilde ise asıl edim ile yerine kaim olacak edim aynı niteliktedir; ikisi de konusu misli bir mal olan deynden ibarettir. Bu nedenle yapılan işlemin caiz olabilmesi için ikame edilen şeyin ferdin muayyen hale getirilmesi gerekir (Kâsânî, *Bedâi'*, V, 235).

²²⁸ Şevkânî, *Neylu'l-Evtâr*, V, 156-157.

²²⁹ Serahsî, *Mebisât*, XV, 140-141; İbn Cüzey, *Kavânîn*, 260.

²³⁰ Bey'u'l-kâlii bi'l-kâli' ibaresindeki kâli' sözcüğü, kabzedilmeyip geciktirilen şey anlamına gelir. Buna göre, her iki bedel de tehir edilerek bir şey, zimmetteki diğer bir şeye selem olarak yatırılırsa bey'u'l-kâlii bi'l-kâli' gerçekleşmiş olur ve bu işlem ittifakla caiz olmaz (İbn Kayyîm, *I'lâm*, II, 8-9).

²³¹ İbn Kayyîm, *I'lâm*, II, 8-9.

²³² İbn Cüzey, *Kavânîn*, 254; Nitekim Şeybânî de, yapılan selem akdinde paradan ibaret olan re'su'l-malın akit meclisinde teslim alınmadan tarafların ayrılmasını "deyn fi deyn" ifadesiyle ifade etmektedir (*Asl*, V, 26, 27).

taktirdé bir sakıncası olmaz” şeklinde cevap almıştır.²³³ Bu olayda da görüldüğü gibi sadece asıl edim ile yerine ikame edilen edimin birlikte para olduğu durumlarda kabzın mutlaka akit meclisinde yapılması gerekmektedir. Bu şartı para dışında kalan deyn niteliğindeki bütün borçlara teşmil etmek vakiya uygun düşmemektedir.

Ayrıca İslam hukuk literatüründe, istibdaline cevaz verilen bedeller arasında kurulacak kombinezonlarda, temeli mezheplerin riba teorilerine dayanan ve buradan beslenen sarf ve selem ilkeleri en katı şekilde işletilmiştir. Nitekim malikî doktrininde cins borçlarında ifa yerine edim anlaşması yapıldığı taktirdé, asıl edim konusu şey ile onun yerine verilmesi kararlaştırılan şey arasında, selem akdindeki resülmal ile müslemünfih arasında olması gerekene benzer bir ilişkinin korunması gerektiği belirtilmiştir.²³⁴ Mesela gıda maddesini müeccel bir semenle satan kimsenin, alacağının vadesi geldiğinde onunla yine bir gıda maddesi satın alması, gıdanın gıdayla vadeli mübadelesi sayıldığı için Şafiî ve Malik tarafından caiz görülmemiştir. Ancak Gazzali bu tür işlemin cevazına taraftardır.²³⁵ Aynı şekilde nesfe ribasının tahakkuk etmemesi için, mesela hanefilere göre aralarında cins birliği olmasa bile, asıl edim keylî bir mal ve ikame edilen yeni edim de keylî bir maldan ibaret ise veya her iki edim de veznî bir mal ise, ikame edilen edimin mutlaka akit meclisinde kabzı gerekir.²³⁶

3. Hukukî niteliği

Mevcut borç ilişkisinin konusunu değiştirmeye yönelik bir anlaşma olup iki taraflı bir hukukî işlemdir. İki taraflı bu işlem, doğrudan borçlunun mameleki üzerinde etkide bulunduğu için bir tasarruf işlemi niteliğindedir. Artık borçlunun zimmeti, anlaşma öncesi borçtan kurtulmuş, yerine kararlaştırılan şey geçmiştir. İfa yerine geçen edim, borcun yenilenmesi (teccid) değildir. Tecdidte yeni bir borç kurulurken burada sadece borcun konusu değişmektedir.²³⁷

²³³ Şevkânî, *Neylu'l-Evtâr*, V, 156.

²³⁴ İbn Cüzey, *Kavânin*, 260. Örneğin bir elbiselik kumaşı bir köle için selem olarak yatırırsa borçlu köle yerine bir deve verirse bu şekildeki bir istibdal geçerlidir. Çünkü elbisenin deve için selem olarak yatırılması sahihtir (Derdîr, *es-Şerhu's-Sağîr*, III, 284).

²³⁵ Nevevî, *Mecmû'*, IX, 275.

²³⁶ Şeybânî, *Asl*, V, 6, 52.

²³⁷ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 94.

İfa yerine edim anlaşmasının aynî akit (real akit) olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Eren, asıl borcun, ikame edilen edimin ifasıyla sona erdiğini belirterek bu işlemin bir anlamda aynî akit olduğu görüşüne meyletmiştir.²³⁸ Buna karşın Feyzioğlu, aksi şart koşulmamışsa, asıl edimin, ifa yerine edim anlaşmasının yapılmasıyla sona ereceğini, borcun son bulması için, ikame edilen ifasını beklemek gerekmediğini ve dolayısıyla bu tür bir işlemin aynî akit niteliğinde olmadığını belirtmiştir.²³⁹ İslam hukukunda ise ikame edilen şeyin akit meclisinde kabzı zorunlu görülen durumlarda aynî akit, zorunlu görülmeyen durumlarda da rızâî akit söz konusu olduğu söylenebilir.

4. Hükümleri

İfa yerine edim, normal ifadan farksız olarak aynı hüküm ve sonuçları doğurur.²⁴⁰ İfa yerine edim anlaşması ile birlikte asıl edimin yerine bu başka şey kaim olmaktadır. Bu nedenle borç, artık ikame edilen bu yeni edimle ifa edilecektir. Bu edimin değer bakımından öncekinden daha fazla veya düşük olması önemli değildir. Ayrıca bu şeyin, piyasadaki fiyat değişikliklerine uğramasının da borca etkisi yoktur. Bunun yerine getirilmesiyle asıl edim yerine getirilmiş gibi borç sona erer.²⁴¹ Asıl edim yerine ikame edilen şey kabzedildikten sonra alacaklı, artık asıl edime ilişkin talepte bulunamaz. Çünkü asıl edim, ikame edilen bu şeyin alınmasıyla son bulmuştur.²⁴² Hatta havalenin ifa yerine edim olarak kabul edildiği durumlarda, ikame edilen alacağın tahsil edilip edilmediğine bakılmaksızın, havale işlemi yapılır yapılmaz asıl borç ifa edilmiş gibi sona erer.²⁴³

Bu anlaşma ile birlikte borçlu önceki borcundan kurtulmuş olur. Önceki borç için verilmiş olan teminatlar da, yeni borç için de geçerli olacağı şart koşulmamışsa, düşer.²⁴⁴

²³⁸ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 94. Oğuzman, açıkça belirtmemekle birlikte, anlattıklarından onun da aynî akit taraftarı olduğu anlaşılmaktadır (*Borçlar Hukuku*, 21).

²³⁹ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 11.

²⁴⁰ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 498.

²⁴¹ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 499; Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 94.

²⁴² Şirbînî, *Muğnî*, II, 119.

²⁴³ İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 577, 581.

²⁴⁴ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 94.

Semeni istibdale uğramış bir mebî, emanet satışlarına (murabaha, tevliye ve vadî'a) konu olursa, şu anda satıcı daha önce müşteri konumunda olanın ödediği şey değil o akitten doğan asıl edim, emanet satışlarına esas teşkil eder. Mesela bir elbiseyi on dirheme satın almış olan müşteri satıcıya on dirhem yerine bir dinar veya bir elbise vermişse, yapacağı mürabaha satışında esas alacağı, kendisinin ödemiş olduğu dinar veya elbise değil on dirhemdir. Çünkü akitten doğan asıl borç on dirhemdir. Onun ödemiş olduğu dinar veya elbise asıl borcun bedelidir.²⁴⁵ Şu var ki, borçlu, kendisini borçlu zannederek asıl edimi sona erdirmek için ikame edilen şeyi vermişse, ancak fiilen yerine getirdiği şeyi istirdad edebilir.²⁴⁶

5. İfa yerine edimde muhtemel problemlerin çözümü

Alacaklının ifa yerine kabul ettiği edimin, maddî veya hukukî bir ayıp taşınması halinde, kara Avrupası romanist hukuk sistemlerinde, mesele hakkında, kökleri Roma hukukuna kadar uzanan iki çözüm tarzı geliştirilmiştir. Bunlardan biri, ifa yerine edim anlaşmasından önceki durumun avdet etmesini öngörmektedir. Diğeri ise alacaklıya, ayıp nedeniyle uğranılan zararın tazminini talep imkanını sağlamaktadır. Müşterek hukuk, alacaklıya seçimlik bir hak tanıyarak bu iki çözüm tarzından dilediğini seçme imkanını vermiştir. AMK § 365, ifa yerine edimle asıl borcun nihâî olarak sona erdiğini, tekrar ihya olamayacağını, bu nedenle alacaklıyı alıcı, borçluyu satıcı farzederek benzeri bir durumda alıcının satıcıya karşı sahip olduğu hakları ona tanımıştır. BK'nda bir hüküm yer almadığı için, doktrinde, AMK.undaki çözüm tarzının kabul edilebileceği belirtilmiştir.²⁴⁷ Ancak hukukî ayıp durumunda problemi, Alman hukukundaki tekeffül hükümlerine göre çözüme kavuşturmanın sakıncalarını dile getiren Schwarz, bu konuda, kanundaki esaslı hataya ilişkin hükümlerden yararlanmanın daha isabetli olacağı görüşündedir.²⁴⁸

İslam hukuk literatüründe yer alan görüşlere göre asıl edim yerine ikame edilen edim, ferden muayyen bir şey, nevan muayyen bir şey veya bir paradan ibaret olabilir. Nevan muayyen şey ile parada ayıpsız bir ifa talep etme imkânı olduğu halde ferden muayyen şeyde bunu talep edebilmek mümkün değildir. Zira edim, bir parça borcu niteliğindedir. Alıcıya tanınan ayıp muhayyerliği hükümleri

²⁴⁵ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 222.

²⁴⁶ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 499.

²⁴⁷ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 499; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 12.

²⁴⁸ Schwarz, "Asıl Edimin Yerini Tutan İfa", MHAD, 119-132.

kiyasen buna da uygulandığı taktirde ayıp için alacaklının bir tazminat talep etmeksizin o şeyi olduğu gibi kabul etmesi veya yapılan işlemleri tek taraflı olarak feshetmesi mümkündür. Bu ikinci seçeneğe başvurulduğu taktirde ifa yerine edim anlaşması ortadan kalkmış olur. Borcun ifa edilmemesi nedeniyle alacaklı, maruz kaldığı zararın tazminini isteme imkanına sahip olmadığı için bir anlamda asıl edim, karşı edim gibi kabul edilerek sebepsiz iktisap hükümleri gereğince tekrar talebe konu olacaktır. Bu çözüm tarzına, ikame edilen edimin sınırlı cins borcu niteliğinde olduğu durumlara da uygulanabilir. Şöyle ki, ikame edilen edim, bir yığın halindeki misli bir maldan ifa edilmek durumunda olabilir. Bu durumda gösterilen yığının ayıplı çıkması, sırf misli mal olduğu için, borçludan ayıpsız bir edimi temin etmesi talep edilemez. Çünkü borçlunun sorumluluğu bu yığınla sınırlıdır. Borç, sınırsız bir cins borcu değildir.

Hukukî ayıp durumunda ise yapılan işlem geçersiz olacak ve anlaşma öncesi durum olduğu gibi avdet edecektir. Çünkü borçlunun ifa yerini tutması için verdiği şey, ona ait çıkmamıştır. Üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmadığı bu şeyi, temlik etmekten acizdir. Dolayısıyla yaptığı işlem, füzulinin veya gasıbın yaptığı işlemden farksız olur. İstihkak sonucu, yapılan işlem konusuz kalınca, önceki durum tekrar canlanır.²⁴⁹

B. İFA UĞRUNA EDİM

1. Kavram

İfa uğruna edim, ifa safhasında, borçlunun, asıl edim yerine bir başka şeyi vermesi, alacaklının da bunu satın bedelini asıl alacağına mahsup etmesi ve borçlunun mahsup edilen miktar kadar asıl borcundan kurtulması hususunda taraflar arasında yapılan bir anlaşmadır.²⁵⁰

İfa uğruna edimi ifa yerine edimle karıştırmamak gerekir. İfa yerine edimde borç, ikame edilen edimin yerine getirildiği anda sona ererken, ifa uğruna edimde

²⁴⁹ Nitekim satım akdinde, mebî zaptı maruz kalırsa alıcı ödediği semerle satıcıya rücu eder (Derdîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, II, 626). Bu hükmün ifa yerine verilen edimin zaptedilmesi durumuna kıyasen uygulanması mümkündür.

²⁵⁰ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 13; Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 95. ²⁵⁰ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 13; Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 95.

borç, teslimden itibaren değil, ancak teslim edilen şeyin paraya çevrilmesinden itibaren ve ayrıca elde edilen paranın alacaklıyı tatmin ettiği ölçüde sona erer.²⁵¹

Tarafların yaptığı anlaşmanın ifa yerine edim veya ifa uğruna edim olduğu kesin olarak belirlenemezse, ifa uğruna edim lehine bir karineye hükmedilir.²⁵² Ancak, Oğuzman'ın isabetle belirttiği gibi, ifa edilecek borç bir para borcu ise böyle düşünülebilir, ama diğer bir borç olması halinde, kural olarak, ifa yerine edimin varlığına hükmedilmelidir.²⁵³

Vekâlet ve rehin bahislerinde, kısmen de bey' bahsinde ele alınmış olan bu tür bir anlaşmanın yapılmasına İslam hukuku açısından bir engel yoktur.²⁵⁴

2. Hukukî niteliği

Hukukî niteliği doktrinde tartışmalı olan ifa uğruna edim, bazı yazarlara göre, vekâlet veya vekâlet benzeri, diğer bir kısmına göre de atipik bir sözleşme karakteri taşımaktadır.²⁵⁵

İfa uğruna edimi, alacaklı ve borçlu arasında vekâlet akdinden doğan ilişkiye benzer bir ilişki olarak gören von Tuhr, görülen işin vekâlette sadece müvekkilin menfaatine, ifa uğruna edimde ise şeyin paraya çevrilmesi her iki tarafın da menfaatine olmasının aralarındaki farkı teşkil ettiğini belirtmektedir. Bu farka rağmen vekâlet hükümleri, görülecek olan bu işe kıyasen uygulanacaktır. Bu

²⁵¹ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 500-501; Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 95.

²⁵² von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 502; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 18.

²⁵³ Oğuzman, *Borçlar Hukuku*, 23.

²⁵⁴ İslam hukuk literatüründe, benzeri problemler tartışma konusu yapılmıştır. Mesela Sahnun, bin dirhem borcu olan bir kimsenin, vadesi geldiğinde, alacaklısına bir miktar gıda maddesi veya birtakım başka mallar vererek bunları satın bedelinden alacağını tahsil etmesinde, Malik b. Enes'e göre bir sakıncanın bulunmadığını belirtmiştir. Yeter ki, alacaklıya teslim edilen bu mallar, tahsil edilecek bu para borcu karşılığında daha önce elde edilmiş mallarla aynı cinsten olmasın. Çünkü bu durumda aynı cinsten malların selem görüntüsü altında birbiriyle mübadelesi sonucu ortaya çıkar (Sahnun, *Müdevvene*, III, 402). Yine, Ahmed b. Hanbel'in belirttiğine göre dinar borcu bulunan bir kimse, evini satın bedelinden alacağını tahsil etmesi için alacaklıya vekâlet vermişse, bu alacaklı, evi dirhem üzerinden sattığı takdirde, bu dirhemlerden alacağı olan dinarlara tekabül edecek miktarı alması caiz olmaz. Çünkü borçlunun verdiği vekâlet, ona kendisiyle sarf akdi yapabilmesi yetkisini içermemektedir. Üstelik o, bu konuda töhmete açık bir konumdadır (İbn Kudame, *Muğni*, IV, 56).

²⁵⁵ Cemal, "İfa Uğruna Edim", MHAD, 246.

sebeble alacaklının bu işi görürken yükümlülükleri vekile ait borçlar esas alınarak belirlenir. Nitekim vekâlette olduğu gibi burada da alacaklı, şeyin paraya çevrilmesi için gerekenleri yapmak, bunu yaparken gereken özeni göstermek, işin sonucu hakkında borçluyu bilgilendirmek ve alacağından fazla bir para eline geçmişse onu borçluya iade etmekle yükümlüdür.²⁵⁶

İfa uğruna edimin, gayesi, tarafların borçları ve sözleşmenin sona ermesinde taraf iradelerinin rolü hususlarında vekâlete benzemediğini, vekâletin bazı unsurlarını taşıdığı için vekâlet görüntüsü vermesinden hareketle vekâlete benzer bir işlem olarak nitelenmesinin doğru olamayacağını belirten Cemal, tip özgürlüğünü de içeren bir sözleşme serbestisi karşısında, onu, atipik bir sözleşme olarak nitelemenin daha isabetli olacağı kanaatini taşımaktadır.²⁵⁷

3. Hükümleri

Kuruluşu bakımından rehin akdine benzeyen unsur esas alınır ise ifa uğruna edim anlaşması aynı bir akit sayılacağı için, söz konusu şey alacaklıya teslim edilmedikçe hüküm ifade etmeyecek, yani akit tamamlanmış olmayacaktır. Ancak kuruluş bakımından vekâlet akdi kıstas alınır ise ifa uğruna edim rızâî bir akit olur ve akit kurulduktan sonra borçlunun yapacağı, vermeyi va'dettiği şeyi alacaklıya teslim etmek olacaktır.

Bu amaçla verilecek şey, alacaklıya teslim edildikten sonra, alacaklı vekilden daha güçlü bir konum kazanmaktadır. Vekâlette vekâlet veren, dilediği zaman vekili azledebilirken burada borçlu bu yetkiye sahip değildir. Çünkü alacaklı, aldığı şey üzerinde mürtehinden farksız bir yetkiye sahip olmaktadır. Ayrıca vekâlette, vekâlet verenin ölümüyle vekâlet sona erdiği halde burada borçlunun ölümü alacaklının yetkisine dokunmamaktadır.²⁵⁸

²⁵⁶ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 501-502.

²⁵⁷ Cemal, "İfa Uğruna Edim", MHAD, 246-248.

²⁵⁸ Mecelle md. 760, rehinle temin edilmiş bir borcun vadesi geldiğinde borçlunun, rehnin satımına dair vekâleti alacaklı, adl veya üçüncü bir şahsa verebileceğini ve böyle bir durumda borçlunun onu artık azledemeyeceğini, ayrıca alacaklı ile borçludan birinin ölmesiyle de söz konusu vekâletin sona ermeyeceğini öngörmektedir. von Tuhr da, ifa uğruna verilen şeyin alacaklı için rehin hakkına oldukça benzeyen bir teminat teşkil ettiğini ve bu nedenle borçlunun verdiği şeyi, borç ancak başka bir suretle son bulduğu takdirde istirdad edebileceğini belirtmiştir (*Borçlar*

İfa uğruna verilen şeyin alacaklının elindeyken hasar açısından tabi olduğu hükümlerin de belirlenmesi gerekir. Vekâlet hükümleri esas alınır, şey alacaklının kusuru olmadan imkansızlaştığında, borçlu hasara katlanır. Fakat rehin hükümleri esas alınır (hanefi doktrini açısından) kusursuz helak olan şeyin hasarına, alacak ölçüsünde alacaklının katlanması icab eder. Şafii ve hanbeli mezhepleri dikkate alınarak rehnin hükümlerine müracaat edilmesinin, borçluya bir faydası olmayacaktır. Çünkü bu iki mezhepte de rehin, emanet hükümlerine tabidir. Dolayısıyla hasar, şeyin maliki olan borçluya ait olur.²⁵⁹ Maliki doktrininde de, rehnin hasarına borçlu katlanır.²⁶⁰ İfa uğruna edimde alacaklının sahip olduğu yetki dikkate alındığında hanefi doktrinindeki rehin hükümlerinin uygulanması hakkaniyete daha uygun düşer. Çünkü vekâlet hükümleri uygulanırsa, vekâletten azledilemediği ve hasara da katlanmadığı için alacaklı şeyi koruma konusunda gerekli özeni göstermeyebilir ve bunu çoğu kere isbat etmek de zordur.

Alınan şeyin paraya çevrilmesi hususunda ise alacaklı vekilin göstereceği özeni göstermelidir. Alacaklı, paraya çevirme işini borçlunun menfaatine uygun ve onun zararına olmayacak bir biçimde görmekle yükümlüdür.

İfa uğruna verilen şeyin paraya çevrilmesiyle elde edilen miktar asıl edime denk düşerse borç sona erer, fazla çıkarsa artan borçluya iade edilir, eksik çıkarsa açık kalan kısım borçludan ayrıca talep edilir.

Havaleyi bir ifa türü olarak niteleyen İbn Kayyîm, onun bir bey' türü olmadığını belirtmiştir. Nasıl ki, alacaklı, asıl edimi elde edince ifa gerçekleşiyorsa aynı şekilde havaleyle birlikte alacaklı, asıl edim yerine havaleye konu olan alacağı

Hukuku, 501-502). Müvekkilin, vekili azledemeyeceği durumlar için bkz. Aybakan, *Vekâlet*, 71; müvekkilin ölümüyle vekâletin sona ermesi hakkında bkz. a.g.e., 78.

²⁵⁹ Şirbîni, *Muğni*, II, 125; İbn Kudame, *Muğni*, IV, 438; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, 232.

²⁶⁰ Maliki mezhebinde, rehni elinde bulunduran alacaklının, rehnin telef olduğu yönündeki iddiasında haklılığı rehin verilen şeyin niteliğine göre belirlenir. Rehin konusu, normal şartlarda gizlenmesi zor olan bir şeyden ibaretse, bu yöndeki iddiasına itibar edilir. Fakat rehin süs eşyası, elbise gibi kolayca gizlenebilen şeylerden ibaretse, bunların telefine ilişkin iddiası, kesin olarak isbat edilmedikçe, itibar edilmez (Sahnun, *Müdevvene*, IV, 56-57; Dardîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 336-337; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, 232). Buna göre birinci gruba giren şeylerden oluşan rehnin hasarı borçluya, ikincisinin ise, alacaklıya ait olur. Ayrıca hanefilerden farklı olarak malikilerde hasarın alacaklıya ait olduğu durumlarda, rehin bırakılan şeyin değeri, borcu aşarsa, bu fazlalık, alacaklı tarafından borçluya iade edilir (*Muvatta'*, Akdiye, bab 12, 14).

elde etmektedir.²⁶¹ Havalede alacaklı asıl edimi elde etmemekte, onun yerine başka bir şeyi elde etmektedir. Elde edilen bu başka şey, ifa yerine edim veya ifa uğruna edim tarzında vukubulmuş olabilir. Nitekim havale olarak nitelenebilecek olan kambiyo taahhüdü bu iki şekilde de yüklenilmiş olabilir.²⁶² Ancak havale niteliğindeki kıymetli evrakın ifa yerine edim mi, yoksa ifa uğruna edim mi olduğu doktrinde tartışmalıdır.²⁶³ Her iki ihtimale de açık olduğuna göre havalenin mahiyeti, somut olay dikkate alınarak belirlenecektir.

Havale edenin (muhtıl) asıl borçlu veya onun kefil olması farketmez. Kefil, alacaklıyı bir başkası üzerine havale ettiğinde hem kefil hem asıl borçlu borçtan kurtulmuş olur. Çünkü havale, teslim gibidir. Kefil bizzat ifa ettiğinde ne tür bir sonuç doğacaksa havale ettiğinde de aynı türden bir sonuç doğar.²⁶⁴ Kefillerin birden fazla olması ve sorumluluklarının müteselsilen olması halinde kefillerden sadece birisinin yapmış olduğu havale de aynı neticeyi doğurur.²⁶⁵

²⁶¹ İbn Kayyîm, *I' lām*, II, 10.

²⁶² Poroy, *Kıymetli Evrak*, 99-100.

²⁶³ Eren, *Borçlar Hukuku*, I, 154.

²⁶⁴ İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 589.

²⁶⁵ İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 589.



İKİNCİ BÖLÜM
İFANIN TARAFLARI

I. İFADA BULUNACAK TARAF

Normal olarak borç ilişkisinin pasif tarafı, yani borçlu ifada bulunur. Borç ilişkisinin nisbî nitelikte oluşunun tabii bir sonucu olarak alacaklı, talep hakkını ancak borçluya karşı ileri sürebilir; üçüncü bir şahsa karşı talepte bulunamaz.

İfanın sadece borçlu tarafından gerçekleştirilmesinin zorunlu olup olmadığı, üçüncü bir şahıs tarafından da ifa imkanı bulunup bulunmadığı incelenmeye muhtaç bir husustur. Buna bağlı olarak, üçüncü bir şahsın ifasına imkan bulunduğu takdirde, bu imkanın ne tür edimler hakkında geçerli olduğu ve böyle bir ifanın borçlu ve üçüncü kişi arasında ne tür sonuçlar doğuracağı da izaha muhtaç bir meseledir.

A. BİZZAT BORÇLU TARAFINDAN İFA

Borcun kimin tarafından ifa edileceği noktasının, borcun kaynağında, özellikle akitte ifade edilmiş olması şart değildir. Çünkü böyle bir kayıt, yapılan akdin ne kuruluşu ne de sıhhati için gereklidir. Ancak bu yönde bir kayıt yer almayan bir borç ilişkisinde, alacaklı, borçlunun yapacağı ifaya karşı çıkmaya da üçüncü bir kişiye yaptırılmak istenen ifaya itiraz edebilir. Alacaklının bu itirazında haklı sayılıp sayılmayacağına karar verilmesi gerekir. Alacaklının haklı sayıldığı durumlarda borçlu, ifayı bizzat yapmak durumunda kalır; ifayı, üçüncü bir şahsa yaptırmaya mezon sayılmaz. Haklı görülmediği durumlarda ise borçludan bizzat ifada bulunması istenemez; alacaklı, üçüncü şahsın yaptığı ifayı kabule mecbur sayılır. Aksi takdirde alacaklı temerrüde düşer.

Bu arada, üçüncü şahsın ifada bulunmaya mezon sayıldığı edimlerde, edimin bizzat borçlu tarafından yerine getirileceği veya bizzat borçlu tarafından ifası gereken edimlerde ifanın üçüncü kişi tarafından da yapılabileceği yönünde bir hüküm sözleşmeye konulabilir. Böyle bir hükmün mevcudiyeti halinde bunun gereğine riayet edilir. Çünkü yukarıda yaptığımız değerlendirme, ancak sözleşmeye bu yönde bir hüküm konulmamışsa söz konusu olur. Çünkü bu, "tasrih mukabelesinde delâlete itibar yoktur" (Mecelle md. 13) ilkesinin en tabii sonuçlarından biridir. Kaldı ki, mukayyed olan bir şeyde, kural olarak, o kayıt

dikkate alınır. Yeter ki, bu kaydın, önemsiz olduğu anlaşılmasın.¹ Mecelle'nin ifadesiyle "bikaderi'l-ilmân şarta müraât olunmak lâzım gelir "(md. 83).

Alacaklının üçüncü şahsın ifasına muhalefette haklılığı, bir başka ifadeyle, borçlunun bizzat ifade bulunmaya mecbur sayılması, ifadan beklenen sonuca göre belirlenebilir. Bizzat borçlu tarafından yapılan ifa ile elde edilecek sonuç, üçüncü şahıs tarafından yapılması halinde de gerçekleşiyorsa, borçlu ifayı üçüncü bir şahsa yaptırmaya mezun sayılır. Bir başka deyimle ifanın bizzat borçlu veya üçüncü şahıs tarafından yapılması alacaklı için farketmiyorsa, borçlu bizzat ifade bulunmaya mecbur değildir. Aksi takdirde borçlu, bizzat ifade bulunmakla yükümlü olur.²

İfadan beklenen sonucun, ifade bulunacak kişilere göre farklılık arz edip etmemesi borçlanılan edimin mahiyeti dikkate alınarak belirlenebilir. Verme borçlarında, ifade bulunacak kişinin ifaya katacağı bir şey yoktur. Beklenen sonuç, verilmesi gereken şeyin alacaklının hakimiyet alanına geçirilmesidir. Bu da, herhangi bir kimse tarafından rahatlıkla gerçekleştirilebilir. O halde verme borçları, üçüncü kişi tarafından ifa edilme imkanına sahiptir. Birtakım yapma borçlarında da durum böyle olabilir. Fakat aynı işi yapan iki kişiden aynı sonuç alınamayan türden yapma borçlarında durum farklıdır. Gerçekten bu tür edimlerin ifasında, ifade bulunan kişinin kişisel özellikleri ifaya yansımakta ve onu bir başkasının ifasından farklı kılmaktadır. Kişisel özelliklerin önem kazandığı ve bunun alacaklı için önemli kabul edildiği edimlerde ifanın bizzat borçlu tarafından yapılması gerekir. Bu yönde bir hükmün sözleşmede yer almamış olması, ifanın üçüncü bir kişiye yaptırılabilmesine gerekçe teşkil etmez. Çünkü alacaklı, bir başkasıyla değil de bu şahısla borç ilişkisine girmeğe karar vermekle, onu başkalarına tercih etmiş ve zımnen başkasının ifasına razı olmadığını belirtmiş olmaktadır. Buna rağmen üçüncü bir şahsı ifaya mezun saymak, alacaklıyı istemediği bir sonuca mecbur bırakmak olur. Bu durumda alacaklı, bizzat borçlunun ifasıyla umduğu faydadan mahrum kaldığı gibi, istemediği bir kimsenin ifasına katlanmakla da zarara maruz bırakılmış olur. Bu ise açıkça bir haksızlıktır. Haksızlık ise hukukla bağdaşmaz. Bu nedenle kişisel özelliklerin önem kazandığı edimlerde ifanın, bizzat borçlu tarafından yapılması gerekir.

¹ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 29.

² İbn Kudame, *Muğnî*, V, 460-461.

³ İbn Kudame, *Muğnî*, V, 460-461.

BK. md. 67, ifanın üçüncü bir kişiye yaptırılıp yaptırılmayacağında, ifanın bizzat borçlu tarafından yapılmasında alacaklının menfaatinin olup olmadığını esas almıştır. Buna göre, hangi edimin bizzat borçlu tarafından ifasında alacaklının menfaati varsa, alacaklı onun ifasını üçüncü bir kişiye yaptıramaz. Menfaatin mevcudiyeti ise borç ilişkisinin mahiyeti dikkate alınarak belirlenmeye çalışılır. Bu genel hüküm, özel borç ilişkileri kısmında yer alan hizmet akdinde³, istisna akdinde⁴ ve vekâlet akdinde⁵ somut örneklerini vermiştir.

İslam hukukunda borç ilişkileri genel bir teori şeklinde değil, özel borç ilişkileri tarzında işlendiği için, diğer meseleler gibi bu mesele de, birtakım model örnekler üzerinde çözüme kavuşturulmuştur. Yapısı gereği vekâlet, mudârebe, icâre, istisna' gibi bu meselenin işlenmesine elverişli olan akitlerde, bu tür akitlerden doğan edimlerin hangi durumlarda bizzat alacaklı tarafından ifa edilmesi gerektiği ve bunların nedenleri izah edilmiştir.

Vekâlet, yapısı itibariyle güven esasına dayalı bir akitir. Bunun yanı sıra bazı vekâlet türlerinde başka unsurlar da önem kazanabilir. Ancak yine de her zaman güven unsuru ön plana çıkar.⁶ Bu nedenledir ki, müvekkil, kendisine ait oldukça önemli hukuki bir değere ilişkin karar verme hakkını vekilin görüşüne tevdi etmektedir. O halde vekil de, üstlendiği işi bizzat görmeli ki, kendine duyulan güveni boşa çıkarmamış olsun. Bu esastan hareketle vekilin üstlendiği işi, bizzat görmek zorunda olduğuna dair pek çok örnek klasik fıkıh literatüründe yer almıştır. Mesela özel vekâlette, vekil, borcunu bizzat ifa etmek zorundadır.⁷ Yeter ki, halin icapları veya işin mahiyeti aksini gerektirmesin.⁸ Mesela vekilin sosyal konumu, vekâlet konusu işle mütenasip değilse, ona, ifayı üçüncü bir şahsa yaptırma imkanı

³ Md. 320/I'e göre, "Hilafı mukaveleden veya icabı halden anlaşılmadıkça işçi taahhüt ettiği şeyi kendisi yapmağa mecbur olup başkasına devredemez".

⁴ Md. 356/II'e göre, "Müteahhit imal olunacak şeyi bizzat yapmağa veya kendi idaresi altında yaptırmaya mecburdur. Fakat işin mahiyetine nazaran şahsi maharetin ehemmiyeti yok ise taahhüt ettiği şeyi başkasına dahi imal ettirebilir".

⁵ Md. 390/III'e göre "Vekil başkasını tevkile mezun veya icabı hale göre mecbur olmadıkça veya adet başkasını kendi yerine ikameye müsait bulunmadıkça müvekkelünbihi kendisi yapmaya mecburdur."

⁶ İbn Kudame, *Muğni*, V, 98; İbn Hümam, *Fethu'l-Kadir*, VI, 101-102.

⁷ Şafîi, *Ümm*, VIII, 209; Şeybânî, *Asl*, V, 79; Serahsî, *Mebûsât*, XIX, 11, 32, 144, 159; Sahnun, *Müdevvene*, IV, 51; İbn Kudame, *Muğni*, V, 97.

⁸ İbn Kudame, *Muğni*, V, 97.

⁶ İbn Kudame, *Muğni*, V, 98.
⁸ İbn Kudame, *Muğni*, V, 97.

verebilir. Ancak bunun dikkate alınabilmesi için vekilin bu haliyle meşhur olması ve müvekkilin, ona ait bu özelliği biliyor olması gerekir.⁹ Diğer bir açıklama biçimine göre ise, vekâletin yapısı hususilik esasına dayanmaktadır. Bu nedenle vekil, bizzat ifade bulunmak zorundadır. Kaldı ki vekil, sahip olduğu yetkiyi müvekkilden almıştır. O halde bu yetki, belirtildiği kadarla sınırlı olur. Bu yetkinin sınırları, delil olmadan da genişletilemez.¹⁰ Özel vekâlet değil de genel vekâlet verilmiş olsaydı, bu durumda vekil, işi uygun gördüğü kimselere rahatlıkla bırakabilirdi.¹¹

Yapılan bir mudarebe akdinde, mudaribin borçlandığı edim şahsî nitelikte olup sermayeyi bizzat işletmekle yükümlüdür. Bu nitelik, akdın mahiyetinden kaynaklanmaktadır. Bu şekilde davrandığı takdirde, elinde bulunan mallar emanet hükümlerine tabi olur. Fakat mudarib, sermayeyi, işletmesi için bir başkasına bırakırsa, akde muhalefet etmiş sayılır. Gerçi, vekile kıyasen mudaribin de böyle bir işleme yetkili olduğunu savunanlar çıkmışsa da, hakim görüş aksi yöndedir. Bu nedenle, mudarebe konusu mallar, yetkisiz müteşebbisin elinde hasara maruz kalırsa, mudaribin akde muhalefet öncesi yararlandığı emanet hükümleri, yerini gasp hükümlerine bırakır.¹² Fakat mudarib, bir başkasına herhangi bir hukukî işlem yapması konusunda vekâlet verebilir ve bu, akde muhalefet sayılmaz.¹³

Ayrıca mudarib, faaliyetlerini yürütürken, teamüle göre hangi işleri şahsen yapmakla yükümlü ise onları bizzat yapmak durumundadır. Ancak bu, onun yardımcı kişi kullanmasına cevaz verilmeyeceği anlamına gelmez. Fakat bu tür işler için kendi gözetiminde bir yardımcı kişi istihdam ederse, ona vereceği ücreti, mudarebe malvarlığından ödeyemez.¹⁴

Mudarebede olduğu gibi meyve ve ziraat ortaklığında da (musâkâh ve muzara), işi üstlenen âmil, bir başkasıyla aynı türden bir anlaşma yaparak bahçeyi veya tarlayı ona işletmesi için bırakamaz. Ebû Yusuf ve Ebu Sevr, kayıtsız şartsız

⁹ Derdîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 513; İbn Ferhûn, *Tebîrâtü'l-Hukkâm*, I, 127.

¹⁰ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 28, 32.

¹¹ Serahsî, *Mebûsât*, XIX, 159; Derdîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 513; İbn Ferhûn, *Tebîrâtü'l-Hukkâm*, I, 127; İbn Kudame, *Muğnî*, V, 97.

¹² İbn Kudame, *Muğnî*, V, 48-49.

¹³ Şeybânî, *Asl*, V, 79.

¹⁴ İbn Kudame, *Muğnî*, V, 55.

¹⁴ İbn Kudame, *Muğnî*, V, 55.

bu görüşteyken, Malik, işin bırakılacağı kişinin güvenilir olması şartıyla cevaz verilebileceği görüşündedir.¹⁵

İslam hukuk literatüründe icare genel başlığı altında işlenen¹⁶ ve Türk hukukunda hizmet akdi çerçevesinde işlenen ecîr-i hass (işçi)'in üstlendiği iş, bizzat onun tarafından yerine getirilmek durumundadır.¹⁷ Çünkü burada işveren için önemli olan, işçinin şahsi özellikleridir. İşveren, işçinin fiziki gücünü veya onun maharetini veyahut bunlarla birlikte güvenilirliğini dikkate alarak ona iş vermektedir. İşçinin, borçlandığı edimi bir başkasına ifa ettirmeye mezun sayılması halinde yapılan akdin dayandığı temel çökmüş olur.

Yine icare genel başlığı altında işlenen ve Türk hukuk sisteminde kısmen istisna, kısmen neşir mukavelesi ve kısmen de maddi fiillere ilişkin vekalet kapsamında yer alan ecîr-i müşterekin (bağımsız iş yapan) üstlendiği iş, onun şahsi özellikleri dikkate alınarak verilmişse, borçlunun edimini şahsen ifa etmesi gerekir. Mesela bir istinsah işi, müstensihin elyazısıyla ayrı bir özellik kazanacağı için, bu edimin şahsen ifa edilmesi gerekir.¹⁸ Fakat yapılacak iş, borçlunun şahsı dikkate alınmadan verilmişse, mesela bir dikiş veya basit bir inşaat işini, borçlu bir başkasına yaptırabilir.¹⁹ Borçlunun bizzat ifa etmek zorunda olduğu durumlarda, işin mahiyeti elverdiği takdirde, işin tamamını şahsen ifa etmekle yükümlü değildir. Yeter ki, bu yönde bir hüküm sözleşmede yer almasın.²⁰

Edimin bizzat borçlu tarafından ifanın gerekliliği hususuna bir diğer örnek de vedia akdinden verilebilir. Mutlak olarak yapılmış bir vedia akdinde vediaanın korunması, hanefilere göre, tam anlamıyla şahsî bir edim değildir; vedia alan, bu edimini ev halkından her hangi biri vasıtasıyla da yerine getirebilir. Fakat Şafîî, bunun tamamen şahsî bir edim olduğu görüşündedir; bundan dolayı vedia alan,

¹⁵ İbn Kudame, *Muğnî*, V, 413.

¹⁶ Maliki doktrininde, diğer mezheplerden farklı olarak, ev, tarla gibi taşınmazlar ve taşınırlardan olduğu halde taşınmaz gibi algılanan gemi, nakliye hayvanları gibi şeylere ait menfaatlerin belli bir bedel karşılığında akde konu yapılması icare değil kira kavramı ile ifade edilmektedir (Haraşî, *Şerh*, V, 2). Hanbeli fıkıhında ise kira sözcüğü kullanılmakla birlikte, kesin bir ayırım yapılmamış, yeri geldiğinde icare sözcüğü de rahatlıkla kullanılmıştır (İbn Kudame, *Muğnî*, V, 458).

¹⁷ İbn Kudame, *Muğnî*, V, 460-461.

¹⁸ İbn Kudame, *Muğnî*, V, 461.

¹⁹ İbn Kudame, *Muğnî*, V, 460.

²⁰ Serahsî, *Mebûsât*, XVI, 9-10.

¹⁶ İbn Kudame, *Muğnî*, V, 461
²⁰ Serahsî, *Mebûsât*, XVI, 9-10.

koruma edimini bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Bununla birlikte ev halkını bu edimin ifasında yardımcı olarak kullanabilir. Ancak edimin ifasını tamamen onlara bırakamaz.²¹ Bu iki görüş ilk bakışta farklı görünse de, son tahlilde, aynı sonuca varmaktadır.

Borçlu, borcu bizzat ifa zorunda olduğu hallerde yerine başkasını ikame edemez, ama kendi idaresi altında yardımcı şahıs kullanabilir. Bu hususta da borç ilişkisinin mahiyeti bize yardımcı olabilir. Nitekim bir vekâlet akdinde, görülecek iş, vekili aşacak kadar çoksa, kendisine yardımcı olacak kimseleri istihdam edebilir. Fakat işi tamamen onlara bırakamaz. Onlara ancak kendi denetiminde ve kontrolünde iş yaptırabilir.²² Aynı şekilde ecîr-i müşterek, borçlandığı işin bütünü bizzat ifa etmek zorunda değildir. Yüklendiği işi, yanında çalıştırdığı işçiye yaptırabilir. Fakat sorumluluk, ecîr-i müştereke aittir.²³ İşçi ise, ecîr-i hass durumundadır. Onun iş verene karşı sorumlu sayılabilmesi için, kendisine verilen talimata aykırı davranmış olması gerekir.²⁴ Fakat bu tür bir borç ilişkisinde alacaklı, görülecek işin bütünü bizzat borçlunun yapmasını şart koşmuşsa, borçlu bu işi bizzat yapmak zorundadır, işçilerine bırakamaz. Çünkü böyle bir kaydın alacaklı için bir önemi vardır. Kaldı ki, insanlar, bu tür işleri görme konusunda bir değildirlers.²⁵

Bizzat borçlu tarafından ifası gereken borçlar için kefalet cereyan etmez. Çünkü, kefaletin amacı, asilden elde edilemeyen, kefilden temin edilmesidir. Bu amaç da ancak maddi edimlerde gerçekleşme imkanına sahiptir. Oysa şahsi edimlerde, kefil, istenilen ifayı gerçekleştirme imkanından mahrumdur. Çünkü burada ifa, ancak borçluya ait bir fiille gerçekleşme imkanına sahiptir. Kefil ise, başkasına ait bir fiili gerçekleştirmekten acizdir. Kaldı ki ifa, kefilin fiili ile de gerçekleşme imkanına sahip değildir. Çünkü alacaklının tatmin olması, kefilin değil, ancak borçlunun bizzat yapacağı ifayla mümkün olacaktır.²⁶ Görüldüğü gibi kefalet, bu tür edimlerde, varlık nedenini yitirmektedir.

²¹ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 207-208.

²² Derdîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 513; İbn Kudame, *Muğni*, V, 97.

²³ Serahsî, *Mebûsût*, XV, 106; İbn Kudame, *Muğni*, V, 528.

²⁴ Serahsî, *Mebûsût*, XVI, 9-10; İbn Kudame, *Muğni*, V, 527.

²⁵ Serahsî, *Mebûsût*, XV, 118.

²⁶ Mesela bir terziye verilen bir kumaş parçasının bizzat terzi tarafından dikilmesi şart koşulmuşsa, kumaş sahibi, bu edim için terziden kefil isteyemez. Çünkü kefil, bu tür bir edimi ifadan acizdir (Serahsî, *Mebûsût*, XV, 118, 117).

B. ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN İFASI

Alacaklı için borçlunun veya üçüncü şahsın ifasının farketmediği durumlarda borçlu, bizzat ifada bulunmak zorunda değildir. Verme borçlarının, mesela bir parça, cins veya para borcunun üçüncü bir şahıs tarafından ifa edilmesi ile bizzat borçlu tarafından ifa edilmesi arasında alacaklı açısından bir fark yoktur. Hatta bazı yapma borçlarında da ifanın üçüncü bir şahıs tarafından yapılması ile bizzat borçlu tarafından yapılması arasında bir fark olmayabilir. Alacaklı için bir farkın olmadığı durumlarda ifa, üçüncü bir şahıs tarafından yapılabilir ve alacaklı, yapılan bu ifayı kabul etmek zorundadır. Böyle bir ifa, alacaklının kabulden kaçınması için haklı bir gerekçe teşkil etmez. Sadece bunu ileri sürerek ifayı reddeden alacaklı, temerrüde düşer.

Ayrıca üçüncü şahsın ifasına elverişli olan durumlarda, bu üçüncü şahsın yapacağı ifanın geçerli olması için borçlunun izin vermiş olması da şart değildir.²⁷ Alacaklı, bu hususu, kabulden kaçınma gerekçesi olarak da ileri süremez. Borçlunun izin vermiş olup olmaması, alacaklıyı ilgilendiren bir mesele değildir. Kaldı ki, bu tür durumlarda ifada bulunan kişinin sıfatı, alacaklı için önemli değildir. O, nasıl olsa, borç ilişkisinden beklediği menfaate ulaşmaktadır. İfada bulunan üçüncü şahsın konumu, tamamen borçluyu ilgilendirir.

Borçlunun hangi durumlarda bizzat ifa ile yükümlü olduğunu düzenleyen BK. md. 67, üçüncü şahsın ifasında borçlunun izninin şart olup olmadığına bir açıklık getirmemektedir. Fakat doktrin, AMK.undaki, üçüncü şahsın ifasının borçlunun rızasına bağlı olmadığı esasının İsviçre ve Türk hukuklarında da geçerli olduğunu kabul ederek kanundaki bu boşluğu doldurmaktadır.

Doktrinde borçlunun, ifa için kendi yerine ikame ettiği kimseye (Substitut) denilmektedir. Bunu, ifa mümessili (Erfüllungsvertreter) olarak ifade edenler de vardır. Fakat buradaki temsil, BK. md. 32 anlamında değildir. Çünkü ifa, çoğu zaman maddi bir fiilin yerine getirilmesinden ibarettir.

²⁷ Emri bulunsun veya bulunmasın başkası için mal veya başka şey verenin ifası geçerlidir (Karâfi, *Furûk*, III, 189-190, f. 171). Başkasının borcunu, izni olsun olmasın ifa etmek caizdir (İbn Kudame, *Muğni*, IV, 530). Asıl maksat, alacaklının eline alacağın geçmesidir. Borç, yetkisiz bir şahsın ifada bulunmasıyla da sona erer (Ensârî, *Fevâtilihü'r-Rahamûl*, I, 66).

Yukarda da belirttiğimiz gibi, üçüncü şahsın ifasına borçlunun izin vermiş olup olmadığı bunlar arasındaki iç ilişki açısından araştırılmaya muhtaçtır.

1. Üçüncü şahsın, borçlunun izniyle ifada bulunması

Borçlu için ifada bulunan üçüncü şahıs, borçlunun izniyle ifada bulunuyorsa, onun bu konuda yetkili temsilcisi sayılır. Bu izin, borçlu tarafından açıkça verilmiş olabileceği gibi zımnen de olabilir.

a. Borçlunun, üçüncü şahsın ifasına açıkça izin vermesi

Borçlu, üçüncü şahsa, kendisi için ifada bulunması hususunda açıkça izin vermiş olabilir. Borçlunun, üçüncü şahsa vekâlet vermesi, bu konuda açıkça izin vermesi anlamına gelir. Bu vekâlet, sadece ifaya ilişkin verilmiş olabileceği gibi, herhangi bir hukuki işlemin yapılmasına dair de olabilir. İkinci türden vekâlet, kural olarak, ifaya ilişkin yetkiyi de içerir.

Vekâlet sadece ifaya ilişkin verilmişse, ifa edilecek borcun neşet ettiği kaynak, onu ilgilendirmez. Çünkü böyle bir vekâlette vekil, mevcut borç ilişkisinin tarafı değildir, alacaklıya göre, üçüncü şahıstır. Vekilin ifa ile yükümlü olduğu borcun verme borçlarından olması gerekir. Çünkü İslam hukukunda vekâlet, yapma ve yapmama borçlarının ifasında işlemez. Yapma borçlarında borçlu, yükümlü olduğu yapma edimini üçüncü bir şahsa yaptırmakta ise aralarındaki iç ilişki kesinlikle vekâlet değildir. Olsa olsa bir hizmet ilişkisidir. Kaldı ki, bu tür durumlarda ifada bulunan kişi, üçüncü şahıs olmaktan ziyade, ifa yardımcısı konumundadır. Yapmama borçları ise zaten üçüncü şahıs tarafından ifaya elverişli değildir. Verme borçlarına gelince, bunlar, bir parça, cins veya para borcundan ibarettir. Parça borcu olması halinde, vekilin işlevi, mülkiyeti alacaklıya geçmiş olan müvekkile ait ferdan muayyen bir şeyi alacaklıya teslim etmekten ibarettir. Fakat cins veya para borçlarının ifasında, edim konusu şeyin müvekkile ait bir şey olması şart olmadığı için vekilin bu tür borçların ifasındaki işlevi, parça borçlarındaki işlevinden daha farklı olabilir. İfa konusu şey, müvekkile ait olsa bile, bu tür verme borçlarının, özellikle de cins borçlarının ifası ayrı bir öneme sahiptir. Burada şunu da belirtmek gerekir ki, bu tür borçları ifa eden üçüncü şahıs ile borçlu arasındaki iç ilişki sadece vekâletten ibaret olmayabilir. Hatta vekâlet, asıl başka bir

hukuki ilişkinin uzantısı olabilir. Mesela borçlu, uzağa yaptığı satışlarda, bir nakliye sözleşmesi (icâre) yaparak, nakliyeciye ifa konusunda kendi yerine ikame edebilir.

Hukuki işlemin yapılmasına ilişkin verilen bir vekâlette, vekil, müvekkili nam veya hesabına yapacağı işlemde doğan borçların ifasına yetkilidir, hatta yükümlüdür. Zira İslam hukukunda, rızai akitler tasarruf işlemi niteliğinde sayıldığından, vekil tarafından yapılacak bu tür bir işlemin sonuçları doğrudan müvekkilin mamelekinde etkisini gösterir. Literatürdeki ifadesiyle akdin hükmü doğrudan müvekkile ait olur. Buradaki hükümden maksat, işlem konusu şeye ait hukuki sonuçtur. Mesela vekil, ferdan muayyen bir şey satın almışsa, o şeyin mülkiyeti, vekilin hukuk alanına uğramadan doğrudan müvekkilin hukuk alanına geçer. Kaldı ki, böyle bir satınalma işleminin müvekkil namına yapılmış olması da şart değildir. Çünkü söz konusu işlem, dolaylı temsil yoluyla da yapılmış olsa sonuç değişmez. Fakat diğer taraftan yapılan işlemde doğan karşılıklı borçların ifasında taraf olan vekildir. Buradaki vekil, sadece ifaya ilişkin vekilden farklı olarak, ifa etmekte olduğu borcun yer aldığı borç ilişkisinin oluşmasında da etkin rol almıştır. Ne var ki, ifa aşamasına gelindiğinde, böyle bir vekilin de özellikle ifa sürecinde gördüğü işlev, sadece ifaya ilişkin vekilden pek farklı değildir. Yine de buradaki vekil, ifa sonrası yaşanabilecek taraflararası anlaşmazlıklarda taraf olması bakımından etkin rol alır.

Temsil yetkisinin kanundan kaynaklandığı durumlarda, temsil olunan ilgili kişi, irade beyan edecek konumda olmadığı için, kanun onların yerine, bu temsilcilere birtakım yetkileri açıkça vermektedir. Bu tür durumlarda hukuki işlem yapma ve bu işlemlerden doğan birtakım borçları ifa etme izni, açıkça verilmiş sayılır. Veli veya vasi gibi kanuni temsilcilerin sahip oldukları temsil yetkisine dayanarak temsil ettikleri kişiler hakkında yaptıkları hukuki işlemler ve bu işlemlerden doğan borçların ifası hakkında, bu kurumlara özgü bazı özel hükümler saklı olmakla birlikte, vekâlete ilişkin hükümler, kıyas yoluyla uygulanma imkanına sahiptir.

b. Borçlunun, üçüncü şahsın ifasına zımnen izin vermesi

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, borçlu, üçüncü şahsın yapacağı ifaya açıkça izin verebileceği gibi zımnen (delaleten) de verebilir. Çünkü "delâleten sabit olan, nass

ile sabit olmuş gibidir".²⁸ Bu zımnî izin bazan işin mahiyetinden de çıkarılabilir. Nitekim iki kişinin alıcı olarak katıldığı bir satım sözleşmesinde, alıcılardan biri, semenden payına düşen kısmı ifa ettiği halde, diğeri, hazır bulunmadığı için semenden payına düşen kısmı ödemiş olabilir. Alıcılardan ifada bulunanı, satın alınan şeyi talep ettiğinde, satıcının, hapis hakkını ileri sürerek satılan şeyi teslimden kaçınması üzerine, mebi elde etmek için, diğeri alıcının payına düşen kısmı da üçüncü kişi sıfatıyla ifa etmek zorunda kalabilir. Böyle bir durumda hazırda bulunan alıcı, Ebu Hanife ve Muhammed'e göre, diğeri için payına düşen kısmı ifa etme konusunda ilgiliden delâleten izin almış sayılır. Şöyle ki, gaib olan kişi çekip giderken, diğeri alıcının sadece kendi hissesini ödemekle mebi elde edemeyeceğini bilmekteydi. Dolayısıyla onun, mebi elde etmek için, mutlaka kendi payına düşen kısmı da ödemek zorunda kalacağını biliyordu. İşte onun bu bilgisi, diğeri alıcının yapacağı ödemeye zımnî izin verdiği anlamına gelir. O halde bunun açıkça verilen bir izinden farkı olamaz. Fakat Ebu Yusuf, Nevadir'de rivayet edilen görüşünde, hazır bulunan alıcının, hazır bulunmayan alıcının payına düşen semeni ödemek zorunda olmadan, mebiden kendi payına düşen kısmı talep edebileceğini savunmaktadır. Çünkü ona göre, alıcılardan her birine semenin sadece yarısı düşmektedir; yarısını ödeyen kişi de, kendi borcunu ödemiş sayılır. Borcunu ifa ettiği halde, mebiden onun payına düşen kısım, diğeri alıcının ifasına bağlansa, ona haksızlık yapılmış olur. Çünkü diğeri alıcının ifada bulunup bulunmayacağı, ifada bulursa bile, ne zaman ifada bulunacağı belli değildir. Bu nedenle ifada bulunan alıcının, mebiden payına düşen kısmı talep edebilmesi gerekir. O halde böyle bir durumdan, hazırda bulunan alıcının, diğeri için payına düşen kısmı ifa etmesi konusunda zımnî bir izin elde ettiği sonucu çıkarılamaz ve dolayısıyla da, üçüncü şahıs sıfatıyla ifada bulunan kişi, yaptığı ifada yetki almış sayılamaz. Ancak bu görüş, taksimi kabil borçlar hakkında geçerli olabilirse de taksimi kabil olmayan borçlar hakkında işletilme imkanına sahip değildir. Kaldı ki, zahiru'r-rivayede yer alan açıklamalar da, bunu teyid etmektedir. Orada yer alan açıklamaya göre, semeni elde etmek için tanınmış olan mebi üzerindeki hapis hakkı tecezzi kabul etmez. Bir kısmı hakkında sahip olunan bir hak bütünü için de geçerlidir. Nasıl ki, akdin kuruluşu için kabulün icaba uygun olması, bunun için de kabulde bulunacak tarafın, yapılan icabı bölmemesi gerekiyorsa, aynı şekilde ifada bulunan tarafın da kısmî değil, tam bir ifada bulunması gerekir. Böylece ifa aşamasında da karşılıklı

²⁸ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 29.

edimler arasındaki bütünlük muhafaza edilmiş olur. Bu nedenle Ebu Yusuf'un, yukarıda sözü edilen görüşü kabul görmemiştir. Kaldı ki, burada da mevcut alıcı, mecbur olmadığı halde, semenin bütününe ödemektedir. Bunu da mebi elde etmek uğruna yapmaktadır. Çünkü satıcının hapis hakkı, taksimi kabil olmadığı için, kısmî bir ifaya feda edilemez.²⁹

Üçüncü şahsın, yaptığı ifade, delâleten mezun sayıldığına bir diğer örnek de rehn-i müsteâr meselesi verilebilir. Burada şöyle bir mekanizma söz konusudur: Borca karşı teminat olarak verilen rehin konusu şey, borçluya ait bir mal değildir. Rehnin borçluya ait olması da şart değildir.³⁰ Borçlu onu, rehin vermek üzere, başkasından ariyet almıştır. Borçlu ile malın sahibi arasındaki iç ilişki bir ariyet akdine dayanmaktadır. Borçlu ile alacaklı arasındaki ilişki ise, teminat noktasında, bir rehin akdine dayanmaktadır. Rehin verilen şeyin maliki, rehin alan alacaklıya göre bir üçüncü şahıstır. Ariyet gereği, malın sahibi, dilediği zaman malını geri isteyebilir. Ancak ariyet alan, borcunu ifa etmeden rehni kurtaramayacağı için ariyet aldığı şeyi iade etme imkanından mahrumdur. Fakat ariyet veren, başlangıçta hangi amaçla ariyet verdiğini bildiği ve buna razı olduğu için artık normal bir ariyetteki talep hakkını rahatlıkla ileri süremez. Ancak ariyet veren, isterse, mevcut borcu ödeyerek malını elde etme imkanına da sahiptir. İşte böyle bir durumda aynı hak sahibi, ifade bulunurken, bunun için borçlunun açık iznini almış olması gerekmez. Zaten bu izin, mevcut hukuki ilişkinin mahiyetinden zorunlu olarak çıkar. Hatta borçlunun muhalefetine rağmen, aynı hak sahibi ifade bulunabilir.³¹

2. Üçüncü şahsın, borçlunun izni olmadan ifade bulunması

Üçüncü şahıs, ifa aşamasına kadar borçludan açıkça veya zımnen izin alamamış olabilir. Yapılan ifanın geçerliliği açısından bunun önemi de yoktur. Çünkü izin alınmamış da olsa üçüncü şahsın yaptığı ifa, gereken sonucu doğurur. O da borcun ifa yoluyla sona ermesidir. Ancak üçüncü şahıs ile borçlu arasındaki iç ilişkinin kazanacağı hüviyet açısından, borçlunun bu ifa karşısında takınacağı tavır önemini hala korumaktadır. Çünkü ifa sonrasında bile, borçlunun, geçmişe etkili olarak, yapılmış olan ifade borçluyu mezun kılma imkanı vardır.

²⁹ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 250.

³⁰ Atar, *İslâm İcra ve İflâs Hukuku*, 210.

³¹ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 250.

a. Borçlunun üçüncü şahsın ifasına sonradan muvafakat etmesi

Borçlu, izni olmadan, üçüncü şahsın yapmış olduğu ifaya sonradan muvafakat gösterebilir. Bu muvafakat sayesinde, üçüncü şahsın söz konusu ifası nitelik değiştirerek ifa yapılırken izni alınmış bir ifa hüviyetine bürünür. Bir başka ifadeyle üçüncü şahıs, icazeti aldığı andan değil, ifada bulunduğu andan itibaren yetkili kılınmış olur. Çünkü sonradan verilen onay, başlangıçta verilmiş olan yetki hükmündedir.³² Böylece üçüncü şahıs, mezun olduğu diğer durumlardaki haklardan yararlanma imkanına kavuşur.

b. Borçlunun üçüncü şahsın ifasına muvafakat etmemesi

Borçlu, üçüncü kişinin kendisinden habersiz olarak yaptığı ifaya muvafakat göstermeyebilir. Üçüncü şahsın bu ifası, tecviz edilmeyen vekaletsiz bir işgörmeye olarak nitelenebilir. Bu durumda bile, ifada bulunan üçüncü şahsın borçluya karşı ne tür talepler ileri sürebileceği tartışma konusudur ve bu konudaki tartışmalara üçüncü şahsın ifasının sonuçları başlığı altında yer verilecektir.

C. ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN İFASININ SONUÇLARI

1. Üçüncü şahsın borçludan izin almış olması

Ifada bulunan üçüncü şahıs, ister açıkça ister zımnen (delaleten), ister ifadan önce ister ifadan sonra borçludan izin almış olsun, yaptığı ifada yetkili sayılır ve aralarındaki iç ilişkinin hükümleri uygulanma imkanını bulur. Bu iç ilişki çeşitli şekillerde tezahür edebilir. Bunların en başında geleni vekâlet ilişkisidir.

Üçüncü şahıs olarak ifada bulunan vekil, ifayı borçlunun malvarlığından yapabileceği gibi kendi malvarlığından da yapabilir. İfa müvekkilin malvarlığından yapılmışsa, vekilin ona karşı ileri sürebileceği bir talebi de olmayacaktır. Ancak vekil, ifayı kendi malvarlığından yapmışsa, onun bu ifayı hangi maksatla yaptığını araştırmak gerekir. Vekil böyle bir ifada müvekkile ikrazda bulunmak veya müvekkile olan bir borcunu ifa etmek veyahut müvekkile başışta bulunmak maksadıyla davranmış olabilir. Müvekkile başışta bulunmak maksadıyla ifada bulunan vekil, ona karşı bir talepte bulunmayacaktır. Müvekkile olan borcunu ifa etmek maksadıyla ifada bulunan vekil, üçüncü şahıs olarak ifada bulunurken aynı

³² Mecelle md. 1453'ün ifadesiyle "İcâzet-i lâhika vekâlet-i sâbika hükmündedir".

zamanda kendi borcundan da kurtulmaktadır.³³ Şöyle ki vekil, borçlu yerine ifada bulunmakla ona karşı bir alacak elde etmiş olmakta ve bu alacağını, ona olan borcuyla takas etmiş olmaktadır. Bu nedenle de vekil, bu tür durumlarda, yaptığı ödeme ile müvekkile rücu etme hakkını elde etmemektedir. Fakat vekil, ikrazda bulunmak kastıyla ifada bulunmuşsa, müvekkile karşı rücu hakkına sahip olur. Çünkü başkasına ait bir borcu onun emriyle ifa eden kimse, ittifakla, rücu hakkına sahiptir.³⁴ Kaldı ki, kendi malvarlığından ifada bulunmuş olan vekil, müvekkilden alacağını elde etmek için, elinde bulunan müvekkile ait şey üzerinde hapis hakkını da kullanabilir.³⁵

Üçüncü şahıs olarak ifada bulunan vekilin, sözünü ettiğimiz sonuçları elde edebilmesi için borçluyu borcundan kurtarmış olması gerekir. Öyle ki, alacaklı, vekilin yaptığı ifayla artık borçluya karşı talep hakkı ileri sürme imkanından mahrum bırakılmış olmalıdır. Mesela vekil, ifada bulunurken ispat konusunda gerekli özeni göstermekte ihmalkâr davranmışsa ve neticede borçluyu tekrar ifada bulunmak zorunda bırakmışsa, yapılan ifa, istenilen sonucu doğurmayacak ve vekil, yukarda sözünü ettiğimiz haklardan yararlanamayacaktır. Aynı durum kefil hakkında da geçerlidir. Kefilin de, kefil olduğu borçluya rücu edebilmesi için, yaptığı ifayla asili, alacaklının talep hakkından kurtarmış olması gerekir.³⁶

İfada bulunan üçüncü şahıs ile borçlu arasında bir icare ilişkisi varsa, üçüncü şahsın ifa olarak gördüğü iş mukabilinde, borçludan talep edebileceği, borçlunun ifada bulunulan şahıstan elde ettiği ekonomik değer değil, bunların kendi aralarında kararlaştırdıkları miktardır. Ancak bu tür durumlarda ifayı yapanın sıfatı, ifa yardımcısı görüntüsü vermeye oldukça müsaittir.

Delaleten izin alındığına dair yukarda örnek olarak verdiğimiz birden fazla kimsenin alıcı olarak katıldığı satım akdi ile rehn-i müstear meselesinde üçüncü şahıs olarak ifada bulunan gerek alıcı ve gerek aynî hak sahibi, yaptıkları bu ifada kesinlikle bağışlama amacına yönelik davranmış sayılmazlar.³⁷ Yaptıkları ödeme

³³ İmameyn bu görüşteyken Ebu Hanife, vekilin, karşı edimi elde edip müvekkile teslim edinceye kadar bu amacına ulaşamayacağı görüşündedir (Şeybânî, *Asl*, V, 75).

³⁴ Mahmesanî, *Mûcebât*, II, 289.

³⁵ Şeybânî, *Asl*, V, 70.

³⁶ İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 612.

³⁷ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 250.

üzerine, alacaklının sahip olduğu alacak hakkını, herhangi bir işleme gerek kalmadan devralırlar. Üçüncü kişiye intikal eden bu alacak, bütün fer'i hakları da içermektedir. Böylece ifadan önceki alacaklı, borçluya karşı ne türden asli ve fer'i haklardan yararlanma imkanına sahip idiyse, alacağı devralan bu kişi de aynı haklara sahip olur. Nitekim iki kişinin alıcı olarak katıldığı bir bey' akdinde, alıcılardan biri, üçüncü şahıs sıfatıyla semenden diğer alıcının payına düşen kısmı ödeyip mebi kabzetmişse, bu mebi üzerinde, asıl satıcının diğer alıcıya karşı sahip olduğu bütün hakları elde eder. Hatta satıcıdan fazla olarak, hasardan diğer alıcının payına düşen kısımdan da muaf olur. Şöyle ki, mebi, bu alıcının elinde kusursuz olarak telef olsa, hasar, bütünüyle ona ait olmaz, diğeri de payı oranında buna katlanır.³⁸ Oysa satıcı olsaydı, teslimden önceki hasara, hanefi ve şafiî doktrinlerinde, bütünüyle katlanırdı. Burada, mebi teslim alan alıcının, satıcıdan farklı olarak, mebie ait hasarın bütününe katlanmamasının sebebi, onun vekil gibi algılanmasıdır. Çünkü vekil, müvekkile ait elinde bulundurduğu şeylerin hasarından sorumlu tutulmaz. Ancak bu alıcı, diğer alıcıya karşı hapis hakkını kullanmaya kalkışır, bunu ileri sürdüğü andan itibaren vekil sıfatını yitirir satıcı statüsüne düşer. Bu nedenle hapis hakkı ileri sürüldükten sonra, mebi telef olmuşsa, artık vekil konumunu kaybedip satıcı konumuna düşen bu alıcı tek başına hasara katlanır.

İfada bulunan üçüncü şahsın delaleten mezun olduğunu ve bu iznin işin mahiyetinden zorunlu olarak çıktığını belirttiğimiz durumlar, Türk hukuk doktrininde kanuni temlik, hatta daha spesifik bir ifadeyle halefiyet olarak isimlendirilmektedir. Halefiyette, ifada bulunan üçüncü kişi, alacaklıyı tatmin ettiği ölçüde, kanun gereği olarak onun yerine geçmektedir. Onun sahip olduğu bütün hakları, borçlunun rızasına gerek kalmadan elde etmektedir.³⁹

İfada bulunan üçüncü şahsın, kanun gereği alacağı devralması ve alacaklının yerine geçmesi belirtilen durumlara münhasır değildir. Bir başka ifadeyle halefiyete ilişkin hükümler, başka nedenlerle alacaklının tatmin edildiği durumlarda da uygulanma imkanına sahiptir. Nitekim satınalmaya ilişkin bir vekalette, vekil, kendi malvarlığıyla müvekkil için bir şey satınalmışsa, bu şeyin mülkiyeti müvekkile geçtiği halde, vekil, ödediği semeni elde etmek için, satıcının alıcıya karşı sahip

³⁸ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 250.

³⁹ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 109-114, 416-417.

⁴⁰ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 109-114, 111.

olduğu haklardan o da müvekkile karşı yararlanma imkanına kavuşur. Bu nedenle vekil, kabzettiği müvekkile ait bu şey üzerinde, aynen satıcı gibi hapis hakkını kullanabilir. Bir anlamda bu vekil, müvekkil karşısında satıcı konumuna gelir.

Bir diğer örnek de kefaletten verilebilir. Gerçi kefil, alacaklıyla olan dış ilişkisi bakımından üçüncü şahıs değildir. Hatta alacaklıya karşı, asıl taraf konumundadır. Bu nedenle alacak, asıl borçluya olduğu gibi kefile de karşı ileri sürülebilir.⁴⁰ Ancak iç ilişki bakımından durum farklıdır. Kefil, kendisine değil asıl borçluya ait bir borcu ifa etmekte olduğu için üçüncü şahıs görünümündedir. İşte asil ile kefil arasındaki bu iç ilişki, ifade bulunan kefile, duruma göre ya rücu hakkı veya alacaklıyı tatmin ettiği ölçüde alacağı temellük imkanını verir. Ancak ifade bulunan kefilin asile karşı bu haklardan yararlanabilmesi için, öncelikle borçlunun ona izin vermiş olması, bu izni verenin fiil ehliyetine sahip olması ve borçlunun ondan alacaklı olmaması gerekir. Şayet borçlunun kefilden alacağı varsa, kefilin yaptığı ifa, bu alacakla takas edilir ve kefil borçluya karşı rücu hakkını kaybeder. Alacaklının, alacağı kefile hibe etmesi halinde de, kefil sözü edilen haklardan yararlanır.⁴¹ Ayrıca alacaklının ölmesiyle, kefil ona varis olmuşsa, borç, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi yoluyla son bulduğu için, yine asıl borçluya karşı rücu hakkını muhafaza eder.⁴² Ancak alacaklı kefile ibra etmişse, borçluya rücu edemez. Çünkü ibra, bir temlik değil, iskat işlemidir. Bu iskat da talep hakkının kefil hakkında ileri sürülmemesi anlamına gelir.⁴³

Birden fazla kimse müteselsil olarak kefil olmuşsa, alacaklı, kefillerden sadece birine karşı bütün edimin ifasını talep edebilir. Bu talep üzerine edimi ifa eden kefil, diğer kefillere değil de asıl borçluya rücu eder.⁴⁴

Kefil, yaptığı ifa ile birlikte borçlunun zimmetindeki alacağı temellük eder. Bu nedenle o, ödediğiyle değil, alacak neden ibaret ise onunla borçluya rücu eder. Mesela kefil, alacaklı ile ifa yerine edim anlaşması yapmış olabilir. Bu anlaşma gereği artık kefil, alacaklıya anlaşma öncesi ifa etmesi gereken edimi değil, bu anlaşmayla kararlaştırılan şeyi ifa etmek suretiyle borcu ifa eder. Ne var ki, böyle

⁴⁰ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 593.

⁴¹ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 13.

⁴² Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 13-14.

⁴³ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 14.

⁴⁴ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 614.

bir ifa yerine edim anlaşmasında, eski edim ile onun yerine ikame edilen edim arasında riba hükümlerine riayet edilmiş olması gerekir.⁴⁵ Kefil hakkında yapılan bu açıklamalar, borcun üzerine havale edildiği kimse (el-muhal aleyh) hakkında da geçerlidir. O da, alacaklıyla ifa yerine edim anlaşması niteliğinde bir sulh akdi yapabilir. Bir miktar para veya misli mal vermesi gerekirken, yaptığı bu anlaşmayla, başka cinsten bir misli malı veya misli olmayan bir malı verebilir. İkame edilen bu şeye bakılmaksızın o, muhîle, havaleye konu olan borçla rücu eder.⁴⁶ İşte bu yönüyle kefil ve muhalunaleyh, borçlunun kendisine ödeme emri verdiği kimseden farklıdır. Çünkü ödeme emri alan kişi, ifayı ne ile gerçekleştirmişse, ancak onunla borçluya rücu eder. Zira o, yaptığı bu ödeme ile, alacağı iktisap etmiş olmamakta, sadece yaptığı ifa ile borçluya ikrazda bulunmuş olmaktadır.⁴⁷

Ayrıca şunu belirtmek gerekir ki, maddi edim niteliğindeki bir yapma borcuna kefil olan kimse, bu edimi ifa etmişse, asile emsal ücretle rücu hakkı elde eder. Mesela belli bir ücret karşılığında dikilmek üzere bir kumaş parçasının terziye bırakılması ve dikileceğine dair teminat olarak kefil istenmesi mümkündür. Bu iş edimi için onun kefil istemesi, ifanın bizzat borçlu tarafından yapılmasında ısrarlı olmadığını da gösterir. Bu nedenle terzi, bu akitten doğan iş görme edimini dilerse bizzat kendisi ifa eder, dilerse bir başkasına ifa ettirir. Şayet bu iş görme borcu, kefil tarafından yerine getirilmişse, kefil, gördüğü bu işin emsal değerini asıl borçludan talep eder. Çünkü kefilin gördüğü bu iş, asıl borçlu hesabına ve onun emriyle ifa edilmiştir.⁴⁸

2. Üçüncü şahsın, borçludan izin almamış olması

İfada bulunan üçüncü şahıs, bir şekilde borçludan izin alamamışsa, onun adına yaptığı ifada, izin almış üçüncü kişinin sahip olduğu haklardan yararlanıp yararlanamayacağı tartışma konusudur. Burada önemli olan, borçluya rağmen ifada bulunan üçüncü şahsın teberru amacı olmaksızın ifada bulunması halidir. Çünkü

⁴⁵ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 15.

⁴⁶ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 19.

⁴⁷ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 15, 19.

⁴⁸ Serahsî, *Mebûsât*, XV, 118.

ifada bulunan üçüncü şahıs, teberru kastıyla davranmışsa, doğal olarak rücu talebinde bulunmayacaktır.⁴⁹

Hanefi ve şafiî doktrinlerinde, ifada bulunan üçüncü kişi, bağışlama maksadı taşımaya bile, bu ifa, borçlunun izni olmadan yapıldığı için teberru maksadına yönelik yapılmış sayılır, dolayısıyla bu üçüncü şahıs, borçluya karşı rücu hakkına da sahip değildir.⁵⁰ Buna göre yetkisiz olarak ifada bulunan üçüncü şahıs, borçluya karşı herhangi bir hak dermeyeran etmekten mahrum kaldığı gibi, ifada bulunduğu alacaklıya karşı da herhangi bir hak talebinde bulunamaz. Çünkü yapılan ifanın geçerliliği borçlunun iznine bağlı değildi ve artık borç, ifa yoluyla son bulmuştur. Son bulan bir şey de avdet etmez. Mecelle'nin ifadesiyle "sâkıt olan şey avdet etmez". Bu nedenle ifada bulunan yetkisiz bu kimse, ifada bulunduğu alacaklıdan, sebepsiz iktisap iddiasıyla yaptığı ödemenin iade edilmesini isteyemez. Kaldı ki, bu yolla da olsa, alacaklının malvarlığında meydana gelen artış haksız bir zenginleşme sayılamaz.

Diğer taraftan maliki ve hanbeli doktrinlerinde, yetkisiz olarak ifada bulunan üçüncü kişinin, rücu maksadıyla ifada bulunduğu iddiası dikkate alınmaya değer sayılmıştır.⁵¹ Nitekim Malik'e göre, bu kişi, ifayı rücu etmek kasdıyla yapmışsa, yetkisiz olduğu gerekçe gösterilerek bu haktan mahrum bırakılamaz. Buna göre, üçüncü şahsın ifayı bağışlama maksadıyla yapmadığını iddia ettiği edim, bir hizmetten ibaretse ve borçlu, ifa etmek için birini tutacak idiyse, bu durumda o, bu üçüncü şahsa emsal ücret ödemek zorundadır. Fakat borçlu, o işi, kimseye ücretle yaptırmadan bizzat kendisi veya hizmetçisi yapacak idiyse, bu kimse, emsal ücrete hak kazanmaz ve gördüğü hizmet teberru amacına yönelik yapılmış sayılır. Yine onun ifa ettiği edim bir verme borcu ise ve borçlu mutlaka bunu ifa etmek zorunda idiyse, bu durumda da ifada bulunan üçüncü şahıs, rücu hakkına sahip olur. Fakat aynı şekilde verme borcunda, borçlunun maksadı, mal ödemededen gerçekleşecek idiyse, ifada bulunan üçüncü şahsın rücu hakkı olmaz. Malik, üçüncü şahsı mazur saydığı durumlarda ona tanıdığı hakları, borçlunun, o kimseye bu konuda delaleten izin vermiş olduğu esasına dayandırmaktadır. Ayrıca üçüncü şahsın yaptığı ifanın teberru amacına matuf olup olmadığında anlaşmazlık çıkarsa ifanın teberru

⁴⁹ İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 609.

⁵⁰ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 250, VI, 13; Mahmesanî, *Mucebât*, II, 289.

⁵¹ Mahmesanî, *Mucebât*, II, 289; Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 13.

maksadıyla yapılmadığını iddia eden üçüncü şahsın sözü esas alınır. Bu ilke, verme borçlarının ifasına münhasır değildir, borçlunun elbise yıkama, elbise dikme ve evden toprak atmak gibi yapma borçlarında da geçerlidir.⁵²

II. İFA YAPILACAK TARAF

A. GENEL OLARAK

Bu başlık altında, ifadan beklenen sonucun gerçekleşebilmesi için ifanın kime yapılması gerektiği hususu işlenecektir. Ne var ki, ifa, alacaklının katılımına gerek olmadan sadece borçlunun sergileyeceği davranışla gerçekleşecekse, alacaklının ifada bir rolü söz konusu olmayacak ve dolayısıyla ifanın kime yapılacağı sorusu da pratik değerini yitirecektir. Nasıl olsa ifadan beklenen sonuç, borçlunun sadece söz konusu davranışı yerine getirmesiyle gerçekleşmiş olacaktır. Nitekim yapmama borçlarında durum böyledir. Fakat ifanın gerçekleşmesi için alacaklının katılımı gerekli ise, borçlunun kendine düşenleri yapması, ifa sonucunun meydana gelmesi için yeterli değildir. Nitekim verme borçlarında ve yapma borçlarının çoğunda ifanın gerçekleşebilmesi alacaklının ifaya imkan vermesine veya ifaya katılmasına bağlıdır. İfanın kime yapılacağı meselesi işte bu tür durumlarda önem arzeder.⁵³

B. BİZZAT ALACAKLIYA İFA

İfa, kural olarak, bizzat alacaklıya yapılır. Çünkü borç ilişkisi, alacaklı ile borçluyu birbirine bağlayan bir ilişkidir. Bu ilişki gereğince, alacaklı, borçluya karşı bir şeyi elde etme hakkına kavuşur. Dolayısıyla bu, alacaklıya o şeyi isteme hakkını da bahşeder. Zira alacak, Kâsânî'nin ifadesiyle, hayatiyetini talep hakkını içermesine borçludur.⁵⁴ Talep hakkı da alacaklıya aittir. Borçlu öyle bir ifada bulunmalı ki, alacaklının bu talep hakkını etkisiz kılmış olsun. Bu da ancak ona yapılacak bir ifa ile mümkündür. Bu nedenle alacaklıdan başkasına yapılmış olan bir ifa borç ilişkisine uygun bir ifa değildir. Çünkü üçüncü kişi, normal olarak, bu ilişkinin yabancısıdır. Dolayısıyla böyle bir ifa, borçluyu, bu sıfatından kurtarmış olmaz. Bir başka ifadeyle borç ilişkisinin ihtiva ettiği alacak, alacaklıya ulaşmadığı sürece, yapılan ifa hüküm ifade etmez ve borçlunun sorumluluğu devam eder.

⁵² Karâfî, *Furûk*, III, 189-190, f. 171.

⁵³ Oğuzman, *Borçlar Hukuku*, 15.

⁵⁴ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 18.

⁵³ Oğuzman, *Borçlar Hukuku*, 15.
⁵⁴ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 18.

Nitekim bir bey' akdinde satıcı, sattığı şeyi alıcıya teslim etmeli, alıcı da semen borcunu satıcıya ödemelidir. Aynı durum diğer borç ilişkileri hakkında geçerlidir. Ancak vekilin dolaylı temsilci sıfatıyla yaptığı bir akitten doğan borç ilişkisinde asıl taraf vekil olduğu halde, borçlu, ifayı ona değil de müvekkile yapmışsa sorumluluktan kurtulur. Bununla birlikte borçlu, kendisinden talepte bulunan müvekkile ifada bulunmak zorunda değildir.⁵⁵

Kendisine ifa yapılan alacaklı dışındaki kişi, onun çok yakını da olsa sonuç değişmez. Yeter ki, işin mahiyeti bu tür bir ifaya imkan vermesin. Mesela vedia akdinde vedia alan, vediayi iade ederken onu mutlaka sahibine teslim etmelidir; vedia, alacaklı yerine onun ev halkından birine teslim edilse ve teslimden sonra kısmen veya tamamen telef olsa bunun sorumluluğu borçluya ait olur. Çünkü o, böyle bir ifada bulunmakla, gizlilik esasına dayanan bir borç ilişkisinde, borca aykırı davranmış olmaktadır. Halbuki borçlu, bizzat alacaklıya ifada bulunmalıydı ki, bu sır açığa çıkmamış olsun. Ancak vedia hakkında gösterilen bu titizlik, aynı niteliğe sahip âriyette gösterilmemiştir. Emanet olması bakımından vedia ile âriyet aynı niteliğe sahiptir. Ancak âriyette, vediaadan farklı olarak aleniyet esastır. Bundan dolayı da âriyet alınan şeyin alacaklının ev halkından birine iade edilmesinde bir sakınca yoktur.⁵⁶

Alacaklının ölümü ile alacak vârislere intikal etmişse veya alacak üçüncü bir kişiye havale yoluyla temlik edilmişse, artık alacaklılık vasfı bir başka şahsa veya şahıslara geçtiği için, borçlu edimini bu yeni alacaklılara yapmak durumundadır. Ancak alacaklılık vasfını iktisab ettiğini iddia eden bu kişilerin, bu durumu isbat etmeleri gerekir. Aksi takdirde bu şahıslar borçlunun nazarında yetkisiz üçüncü kişiler konumunda olacaklar ve borçlu, bunlara ifada bulunmaktan geri durabilecektir.⁵⁷

C. ÜÇÜNCÜ ŞAHSA İFA

Kural ifanın bizzat alacaklıya yapılması yönünde olmasına rağmen bazı durumlarda üçüncü bir şahsa da ifa yapılabilir ve bu durumlarda üçüncü şahsa yapılan ifa, gereği gibi bir ifa sayılır ve borcu sona erdirir. Genellikle alacaklının

⁵⁵ Şeybânî, *Asl*, V, 76.

⁵⁶ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 211.

⁵⁷ İbn Kudame, *Muğni*, V, 116.

⁵⁵ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 211.

⁵⁷ İbn Kudame, *Muğni*, V, 116.

rızasıyla üçüncü bir şahsa ifa yapılır. Ancak bazı istisnai durumlarda alacaklının rızası aranmadan da üçüncü bir şahsa ifa yapılır. Hatta bu tür durumlarda, bizzat alacaklıya yapılacak bir ifa gereği gibi bir ifa sayılmaz ve borçluyu sorumluluktan kurtarmaz.

1. Alacaklının rızası ile üçüncü şahsa ifa

Alacaklının rızasıyla üçüncü şahsa yapılan ifa bizzat alacaklıya yapılmış gibi sonuç doğurur. Alacaklının rızasıyla ifanın yapıldığı üçüncü şahıs, onun temsilcisidir. Ancak ifanın istenen sonucu doğurması için bu temsilcinin özellikle ifayı kabule de yetkili olması gerekir. Böyle bir yetkisi yoksa, sırf alacaklının temsilcisi olması, ifanın ona yapılabileceği anlamına gelmez. Dolayısıyla böyle bir temsilciye yapılan ifa, borçluyu sorumluluktan kurtarmaz. Çünkü bunun, yetkisiz üçüncü şahıstan farkı yoktur. Bu ifaya rağmen, alacaklı borçluya karşı talep hakkını kullanabilir ve borçlu, yeniden ifada bulunmaya mecbur kalır. Şu var ki, yapmış olduğu önceki ifayı, sebepsiz iktisap hükümleri gereğince, ifa yaptığı kimseden istirdad edebilir.

Borçlunun ifayı yapmağa mezun olduğu temsilcinin bu yetkisi hukuki bir işlemde kaynaklanabilir. Yetkinin neşet ettiği hukuki işlemlerin başında vekâlet akdi gelir. Alacaklı, itimad ettiği birine, alacağını ahzu kabze mahsus bir vekâlet verebilir. Böyle bir yetki almış olan vekil, borçluya karşı talep hakkını ileri sürmüşse, borçlu ifayı ona yapabilir. Böyle birine yapılan ifa, borcun son bulmasını sağlar. Çünkü gereği gibi (sahih) bir kabz, borçluyu sorumluluktan kurtarır.⁵⁸ Ne var ki, bu kişinin, gerçekten alacaklının vekili olması, hatta vekilin sahip olduğu yetkinin ifayı kabulü de içermesi gerekir. Yoksa yapılan ifa, istenen neticeyi meydana getirmez. Nitekim ahzu kabza yetkili olan bir vekil, kendi yerine bir başkasını ikame etmişse, borçlu, ikame edilen bu kişiye ifada bulunamaz. Çünkü o, borcunu, alacak tahsiline yetkili olmayan birine ifa etmiş olmaktadır. Çünkü söz konusu vekilin, bir başkasına bu konuda vekâlet vermeye yetkisi yoktur. İnsanlar alacak tahsili konusunda farklı farklı olduğu için müvekkilin bu işi vekile tevdi etmiş olmasından onun bir başkasına vekâlet vermesine rıza gösterdiği anlamı çıkarılamaz. Ne var ki, bu şahıs tahsil ettiği alacağı asıl vekile aktarmışsa borçlu borcundan kurtulur.⁵⁹ Borçlu, üçüncü şahsa yaptığı ifayla borcundan

⁵⁸ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 23.

⁵⁹ Serâhsî, *Mebûsât*, XIX, 67.

⁵⁸ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 23.

⁵⁹ Serâhsî, *Mebûsât*, XIX, 67.

kurtulması için, onun yetkisini araştıracaktır. Bu nedenle borçlu, ifayı kabule yetkili olduğunu iddia eden kimseden bunu ispatlamasını ister.⁶⁰ Bunu istemek borçlunun en tabii hakkıdır. Borçlu, ikna edilirse, ona ifada bulunur. Bununla birlikte yetkili olduğuna kanaat getirdiği kişinin, ifa yapıldıktan sonra yetkili olmadığı anlaşılırsa, borçlunun sorumluluğu sona ermiş olmaz.

Alacak temlik edilmişse, artık borçlu, ifayı temellük edene yapmak zorunda kalır. Alacağın temlikinde, borçlunun rızası şart olmadığı, hatta haberdar edilmesi bile gerekmediği için temellük edenin bunu isbat etmesi gerekir. Borçlu, bu temlik işlemi isbatlanmadıkça ifayı ona yapmak zorunda değildir. Çünkü o, ifayı alacaklıya yapmakla yükümlüdür ve ancak ona yapacağı bir ifa ile borcu sona erer. Temlikin yapıldığı isbat edilene kadar, temellük eden, borçlunun nazarında yetkisiz bir kimsedir. Yetkisiz kimseye yapılan ifa borçluyu borcundan kurtaramaz. Borçlu, alacağı temellük ettiğini iddia eden bu kimseye ifada bulunduktan sonra, alacaklı gelip alacağını talep ettiğinde, borçlu, ifayı yaptığı kişinin alacağı temellük ettiğini ispat etmedikçe, alacaklıya tekrar ifada bulunmak zorunda kalır.⁶¹

Gâsıp, gaspettiği şeyi, kural olarak mâlikine iâde ederse sorumluluktan kurtulur. Ancak gâsıbın zilyedliğini izale ettiği kişi, şeyin mâliki değil idiye, iâdeyi, o kişiye de yapabilir. Gasp sırasında vasıtasız zilyed olan bu kişi, vedia veya âriyet alan olabilir. Hatta bu kimse, asıl gâsıp da olabilir. Nitekim Mecelle'nin de belirttiği gibi, gâsıbın gâsıbı, malı, birinci gâsıba iâde ettiğinde kendisi sorumluluktan kurtulmuş olur (md. 911). Şafii mezhebinde, vedia veya âriyet alan gibi iyi niyetli zilyedin, meşhur olan rivayete göre, gâsıba karşı açılacak bir davada taraf olamayacağı belirtilmiştir. Ancak bu, gâsıbın bunlara yapacağı iadenin, onu sorumluluktan kurtarmayacağı anlamına gelmez. Çünkü gâsıp, izale ettiği zilyedliği tekrar tesis etmekte ve gasp öncesi durumu tekrar canlandırmaktadır. Maverdî'nin de belirttiği gibi, gâsıbın gâsıbı, malı, birinci gâsıba iâde edebiliyorsa, belirtilen iyiniyetli zilyedlere rahatlıkla iade edebilmeli ve onu sorumluluktan kurtarmalıdır.⁶² Kaldı ki, rehin, icare ve sırkah bahislerinde söz konusu kişilerin davacı olamayacaklarını belirten Râfîf, vedia babında, vedia alanın, bir görüşe göre,

⁶⁰ Şîrbînî, *Muğnî*, II, 237; İbn Kudame, *Muğnî*, V, 114-115.

⁶¹ İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 588; Şîrbînî, *Muğnî*, II, 237.

⁶² Zerkeşî, *Mensûr*, III, 164-165.

⁶¹ İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 588; Şîrbînî, V

⁶² Zerkeşî, *Mensûr*, III, 164-165.

kendisinden bunu gasbetmiş olan kişiye karşı istirdad davası açabileceğini ifade etmektedir. Çünkü bu, onun yükümlü olduğu koruma borcunun kapsamına girer.⁶³

Âriyet alan, şeyi, sahibine veya onu kabza yetkili vekiline iade etmelidir. Âriyet alan, ancak bu şekilde sorumluluktan kurtulmuş olur. Aldığı mekana veya sahibinin malikanesine götürmesi, onu sorumluluktan kurtarmaz.⁶⁴ Fakat hanefiler bu hükmü mutlak olarak kabul etmemişlerdir. Onlara göre, âriyet alınan şey, mücevher gibi değerli bir şey ise, bunun bizzat sahibine iade edilmesi gerekir. Fakat diğer şeyler, örf ve adette iade edilebilecek herhangi bir yere iade edilebilir. Mesela bir hayvanın, sahibinin ahırına götürülmesi, sıradan bir şeyin sahibinin hizmetçisine teslim edilmesiyle âriyet alan sorumluluktan kurtulmuş olur (Mecelle md. 829). Ancak hanbeliler, böyle bir iadeyi yetkisiz üçüncü şahsa yapıldan farksız görmektedirler.⁶⁵

2. Alacaklıya rağmen üçüncü şahsa ifa

Bazı durumlarda bizzat alacaklıya yapılan ifa borçluyu sorumluluktan kurtarmaz. Bu durumlar da iki temel başlık altında sıralanabilir. Birincisi alacaklının, kabza ehil olmaması, diğeri de alacaklının alacak üzerinde tasarruf yetkisini yitirmiş olması halidir.

Alacaklı, temyiz gücüne sahip değilse, ifanın ona değil, kanuni temsilcisine yapılması gerekir. O da ehliyetsizin velisi veya vasisidir. Böyle bir durumda borçlu, bizzat alacaklıya ifada bulunursa sorumluluğu sona ermiş olmaz. Nitekim mümeyyiz olmayan küçüğe ait bir malı gasbeden kimse, mağsubu ona iade ederse sorumluluktan kurtulmuş olmaz. Meğer ki, küçük, iade sırasında, mümeyyiz ve hıfza ehil hale gelmiş olsun (Mecelle md. 896). Aynı şekilde bir çocuğa hibe edilen şey, çocuk için olmak üzere varsa ve fiil ehliyetine sahipse babası, yoksa veya fiil ehliyetine sahip değilse babasının vasisi, hakim veya hakimin emriyle emîni kabzeder.⁶⁶ Ancak çocuk mümeyyiz olsaydı, onun kendisi için yaptığı kabz geçerli olurdu.⁶⁷

⁶³ Zerkeşî, *Mensûr*, III, 164.

⁶⁴ İbn Kudame, *Muğni*, V, 224.

⁶⁵ İbn Kudame, *Muğni*, V, 224.

⁶⁶ İbn Kudame, *Muğni*, V, 660-661.

⁶⁷ İbn Kudame, *Muğni*, V, 661.

⁶⁶ İbn Kudame, *Muğni*, V, 660-661.


⁶⁷ İbn Kudame, *Muğni*, V, 661.

Alacaklı, alacağı üzerinde tasarruf yetkisini kaybetmişse, borçlu ona ifada bulunamaz. Bu durumda alacaklıya yapacağı ifa, onu borcundan kurtarmaz. Nitekim vedia alan, vedia veren vefat etmişse, vediayı vârisine vermelidir. Ancak vedia sahibinin terekesi borçlarına kifâyet etmiyorsa, hakime müracaat etmesi gerekir. Bu durumda hakime başvurmadan vediayı vârisine teslim etse, sorumluluktan kurtulmaz (Mecelle md. 802).

Bu başlık altında bir de alacaklının temerrüdü nedeniyle borçlunun hakime veya onun gösterdiği bir yere tevdiye bulunmasını da zikredebiliriz. Alacaklı veya yerine kaim olan kişi yapılan ifayı kabulden kaçınırsa borçlu mahkemeye başvurabilir. Bu durumda hakim alacaklıya kabzetmesini veya borçlusunu ibra etmesini emreder. Alacaklı kaçınmaya ısrar ederse hakim onun namına ve hesabına edimi kabzeder ve borçlu borcundan kurtulur.⁶⁸

⁶⁸ Mahmesani, *Mucebât*, II, 288.

⁶⁸ Mahmesani, *Mucebât*, II, 288.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
İFA YERİ İFA ZAMANI
VE İFA SIRASI

I. İFA YERİ

A. KAVRAM

Edim bir şeyin verilmesi, yapılması veya ondan kaçınılması şeklinde tezahür eden bir davranış olduğuna ve ifa da bu davranışın yerine getirilmesi olduğuna göre, ifanın, kaçınılmaz olarak bir mekanda gerçekleşmesi gerekir. Ne var ki, sergilenecek bu davranışın ifa sayılması için onun alelade bir yerde değil de borç ilişkisinin gerektirdiği yerde gerçekleşmesi icab eder. İşte ifa yeri denilince borçlanılan edimin yerine getirilmesi gereken bu yerdir; bir başka ifadeyle "borçlunun borcunu yerine getirmeye mecbur olduğu, alacaklının da kabule mecbur bulunduğu yerdir".¹

B. İFA YERİNİN ÖNEMİ

İfaya ilişkin pek çok problemin çözümünde ifa yerinin önemi büyüktür. İfanın gereken yerde yapılıp yapılmadığı, borçlu veya alacaklının temerrüde düşmesinde belirleyici bir özelliğe sahiptir. Gereği gibi bir ifadan söz edebilmek için ifada diğer unsurların yanısıra ifa yeri hususuna da riayet edilmesi gerekir. Bu nedenle borçlu, borçlandığı edimi mutlaka ifa yerinde teklif etmelidir. Başka yerde sunduğu ifayı alacaklı kabul etmek zorunda değildir. Çünkü başka yerde sunulan ifa, gereği gibi bir ifa değildir. Yeter ki, iyiniyet kuralları, alacaklıyı başka yerde sunulan ifayı kabule mecbur bırakmasın. Nitekim ifa yeri dışında sunulan borç bir miktar paradan ibaret ise ve alacaklının da bunu kabul etmesinde bir zararı yoksa ifayı reddetmesi iyiniyetle bağdaşmaz.² Ancak ifa yeri dışında arzedilen edim,

¹ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 100.

² Sahnun'un belirttiği gibi, borç bir miktar paradan ibaret ise borçlu, mutlaka asıl ifa yerinde ifada bulunmak zorunda değildir. Bu nedenle ifa yeri dışında karşılaştığı alacaklına ifa teklifinde bulunabilir ve alacaklı, ifanın, ifa yeri dışında yapıldığını ileri sürerek kabulden kaçınma hakkına sahip olmaz (Sahnun, *Müdevvene*, IV, 96-97). Borcun konusu para veya taşıma masrafı olmayan türden bir şey ise ifanın ifa yerinde yapılması şart değildir; başka bir yerde de yapılabilir. Yeter ki, her iki taraf da aynı yerde bulunsun. Çünkü borçlunun burada veya bir başka yerde ifa etmesi onun için farketmez (İbn Kudame, *Muğni*, IV, 361). Borç konusu, dirhem ve dinar gibi nakli masraf gerektirmeyen bir şey ise veya nakli masraflı da olsa alacaklı bu ikinci yere taşıma masraflarını üstleniyorsa borçlunun burada ifada bulunması gerekir. Çünkü bu durumda borçlunun hiç bir zararı yoktur (Şirbîni, *Muğni*, II, 116-117, 119).

taşıma masrafı olan bir şey ise veya böyle olmasa bile ifa teklif edilen bu yer güvenli değilse alacaklı böyle bir ifayı kabul etmemekle iyiniyet kurallarına aykırı davranmış olmaz.³ Görüldüğü gibi borçlunun mezun bulunmadığı bir yerde sunduğu ifayı, iyiniyet kuralı gerektirmedikçe alacaklı kabule mecbur değildir ve alacaklı buna dayanarak borçlusunu temerrüde düşürebilir.⁴

Diğer taraftan alacaklının da, borçludan ifa yeri dışında ifada bulunmasını isteme hakkı yoktur. Meğer ki, iyiniyet kuralları, alacaklıya başka yerde ifa talebinde bulunma imkanı versin.⁵ Bu nedenle ifa yerinde sunulan edimi haklı bir sebebe dayanmaksızın kabul etmeyen alacaklı da temerrüde düşer.⁶

İfa yeri dışında sunulan edimi alacaklı kabul etmek zorunda olmamakla birlikte isterse kabul edebilir. Ancak ifa yeri dışında kabul ediyor diye alacaklı, ifayı kabul ettiği bu yer ile asıl ifa yeri arasındaki nakliye masraflarını talep edemez; alması da caiz değildir.⁷ Malik bu hükmün gerekçesini açıklarken mekan farklılığını vade farklılığına benzetmektedir. Ona göre bunun, gıda maddesinden oluşan edimin vadesinden önce ifa edilip ilave olarak da bir miktar para veya başka bir şeyin verilmesinden farkı yoktur. Bu da neticede, gıda maddesinin kabzdan önce satımı kapsamına girer.⁸ Hanefi mezhebinde ise bu hükmün gerekçesi şu şekilde izah edilmiştir: Alacaklı, edimi kabz eder etmez mülkiyeti o şeyde taayyün eder. Bu durumda da o, mülkiyeti kendisine ait bir şeyin taşınması karşılığında bir ücret almış olmaktadır; bu da caiz değildir. Bunun yerine alacaklı, alacağını orada kabul

³ Nevevî, *Ravda*, IV, 31.

⁴ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 100; Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, II, 398; Birsen, *Borçlar Hukuku*, 446; Arsebük, *Borçlar Hukuku*, II, 723; Oğuzman, *Borçlar Hukuku Desleri*, 57.

⁵ Alacaklı başka bir belde alacağını talep ederse borçlu onu oraya taşımakla yükümlü tutulamaz. Fakat alacaklı bu farklı yerde borçludan asıl yerde ifada bulunacağına dair teminat isteyebilir (Serahsî, *Mebûsât*, XV, 114). İfa yeri dışında borçlusuna rastlayan selem alacaklısı, vadesi geçmiş olsa bile, asıl ifa yeri ile karşılaşılan yer arasındaki mesafe, nakil masrafını gerektiriyorsa, orada ifada bulunmasını ondan isteyemez. Çünkü borçlu, burada ifada bulunacağını taahhüt etmiş değildir ve ayrıca onun burada ifaya zorlanması halinde zarara uğraması söz konusudur. Fakat borç konusu, dirhem ve dinar gibi nakli masraf gerektirmeyen bir şey ise veya nakli masraflı da olsa alacaklı bu ikinci yere taşıma masraflarını üstleniyorsa borçlunun burada ifada bulunması gerekir. Çünkü bu durumda borçlunun hiç bir zararı yoktur (Şirbînî, *Muğnî*, II, 116-117, 119).

⁶ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 100; Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, II, 398; Birsen, *Borçlar Hukuku*, 446; Arsebük, *Borçlar Hukuku*, II, 723; Oğuzman, *Borçlar Hukuku Desleri*, 57.

⁷ Şeybânî, *Asl*, V, 51-52.

⁸ Sahnun, *Müdevvene*, IV, 42.

etmeyecek, borçlusundan şart koşulan yerde vermesini isteyecektir; çünkü alacaklı şart koşulan yerde alacağını kabule hak kazanmıştır.⁹ Şirbîni'nin ifadesinden şafiîlerin, tarafların ifa yerini değiştirmeleri karşılığında borçlunun verdiği nakliye masraflarını alacaklının almasında bir sakınca görmedikleri anlaşılmaktadır.¹⁰

Malik'in belirttiğine göre, bu yasağa rağmen, taraflar bu hususta anlaşma yapıp gereğini de yerine getirmişlerse, alacaklı, aldıklarını iade etmek zorundadır. Hatta alacaklı, elde ettiği edimi ve nakliye bedelini tüketmiş de olsa sonuç değişmez; alacaklı, aldıklarının mislini iade ederek alacağını asıl ifa yerinde kabul eder.¹¹

İfa yerinin temerrüdden başka hususlarda da önemi büyüktür. Nitekim iç hukuk açısından çıkan ihtilafları çözmeye yetkili mahkemenin tesbitinde ifa yeri önem arzeder.¹² Devletlerarası özel hukukta çıkan ihtilafların çözümü için ilgili taraflar yetkili mahkemeyi kararlaştırmamışlarsa baskın görüş yetkili mahkemenin belirlenmesinde ifa yerinin esas alınacağı yönündedir.¹³ Aynı şekilde temerrüd durumunda gündeme gelen tevdi, ancak ifa yerindeki hakim belirleyeceği yere yapılabilir.¹⁴ Yine türü belirtilmeyip mutlak bırakılan para borçlarının ifasında ödemenin hangi para türünden yapılacağını ifa yeri belirler.¹⁵ Ayrıca uygulanacak ticarî örf ve âdetlerin tayininde de ifa yerinin önemi büyüktür. Nitekim Ticaret K. md. 2/II, farklı yerlerde bulunan taraflar hakkında, aksi şart koşulmamış olmak kaydıyla ifa yerindeki ticarî örf ve âdetin tatbik olunacağını öngörmektedir.¹⁶ Maruz kalınan zarar ve ziyanın belirlenmesinde de ifa yerindeki cari fiyatlar esas alınır.¹⁷ İfa yerine edim anlaşmasında ikame edilen edim, asıl edimin ifa yerindeki değeri esas alınarak belirlenir.¹⁸

⁹ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 213-214.

¹⁰ Şirbîni, *Muğni*, II, 116-117, 119.

¹¹ Sahnun, *Müdevvene*, IV, 42-43.

¹² Aybay, akdî münasebetlerden doğan anlaşmazlıklarda ifa yeri mahkemesinin yetkili sayılması ilkesinin (*forum solutionis*) müşterek hukuktan geldiğini söylemektedir. "*Borcun İfa Yeri ve Yetkili Mahkeme*", İÜHFM, XXVI, 222, 18 nolu dipnot; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 101; Arsebük, *Borçlar Hukuku*, II, 724; Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, II, 398.

¹³ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 531-532.

¹⁴ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 531.

¹⁵ İbn Kudame, *Muğni*, V, 159-160.

¹⁶ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 102.

¹⁷ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 499.

¹⁸ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 360-361.

¹⁷ İbn Kudame, *Maqâli*, IV, 360-361.

C. İFA YERİNİN TAYİNİ

1. Edimin zorunlu olarak tek yerde ifaya elverişli olması

Edimin mahiyeti icabı ifası yalnız muayyen bir yerde mümkünse, zaruri olarak borç ancak orada ifa edilebilecektir. Mesela muayyen bir arsa üzerinde inşaat yapma borcu ancak o arsanın bulunduğu yerde ifa edilebilir. Bir arâyâ akdinde yer alan bedellerden biri olan ağaç üzerindeki yaş hurmanın ifa yeri, edimin mahiyeti gereği zorunlu olarak ağaçların bulunduğu yerdir.¹⁹ Bu nedenle bu tür edimlerde ifa yerinin ayrıca belirtilmesine gerek yoktur.

2. Edimin birden fazla yerde ifaya elverişli olması

a. Taraflar ifa yerini kararlaştırmışsa

İfa yeri, öncelikle, tarafların akit sırasında kararlaştırdıkları yerdir. İfa yerine ilişkin bir kayıt, akdın muktezasına elverişli (mülayim) bir şarttır. Çünkü böyle bir şart, akdın gereğini teyid eder niteliktedir. Bu nedenle taraflar istedikleri yeri ifa için kararlaştırabilirler. Bunu da açıkça veya zımnen tayin edebilirler. Ayrıca bu, akit serbestisinin de tabii bir sonucudur. Hatta bazı borç ilişkilerinde böyle bir kaydın akitte yer alması o işlemin sıhhat şartı sayılmıştır. Ancak bazı durumlarda edimin niteliği tarafların bu serbestisini kısmen sınırlandırabilir. Mesela bazı hukukçular, parça satımlarında satılan şeyin teslimini belli bir süre geciktirme sonucunu doğuracak şekilde uzak bir yerin ifa için tayin edilmesini uygun görmemişlerdir. Bu, parça borçlarının vadeye bağlanmaya elverişli sayılmaması düşüncesinden kaynaklanmaktadır.²⁰ Ayrıca karşılıklı edimlerden her ikisinin de gıda maddesinden oluştuğu durumlarda, bu edimlerden birisinin ifa yeri olarak alacaklının evinin tayin edilmesi, fadl ribasının oluşmasına neden sayılmış ve tecviz edilmemiştir. Ancak Ebu Hanife ve Ebu Yusuf, tarafların aynı şehirde olması ve ifa yerinin akitte şart koşulması halinde, böyle bir işleme, istihsanen cevaz vermişlerdir.²¹

Mecelle (md. 287), “Bir mahall-i muayyende teslim olunmak şartıyla satılmış olan malın orada teslimi lazım gelir” diyerek bu hususu hükme bağlamaktadır. Ali Haydar Efendi de bunu, mebûin mahall-i muayyende teslimi şart ediliyorsa orada

¹⁹ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 71.

²⁰ Nevevî, *Ravda*, IV, 13.

²¹ Şeybânî, *Asl*, V, 67.

teslimi lazımdır şeklinde ifade etmektedir. Ancak buna, "mebûin müşteri hanesine nakli şartıyla bey' sahih olmaz" kaydını ilave etmektedir.²² Buradaki nakil şartından maksat, onun ta'likî bir şart biçiminde akitte yer alması olmalıdır. Çünkü bu durumda akdin kuruluşu şarta bağlanmış olmaktadır; dolayısıyla borç da doğmuş olmaz. Bu şart, takyidî bir tarzda ileri sürülürse, akdin sıhhatine bir etkisi olmamalıdır. Yoksa söz konusu maddedeki hükmün bir anlamı kalmaz.

aa. Açık olarak

Akit yapılırken ifa yeri kaydı taraf iradelerinde açık olarak yer alabilir. Böyle bir kaydın sarih bir şekilde yapılmış sayılması için, yoruma yer bırakmayacak şekilde açık olması gerekir. Ayrıca taraf iradelerinin diğer hususlarda olduğu gibi ifa yeri noktasında da birbiriyle örtüşmesi gerekir.

Oldukça sınırlı bir mekan ifa yeri olarak tayin edilebileceği gibi geniş bir alan da tayin edilebilir. Nitekim bir mudarebe akdinde, mudaribin belli bir bölgede iş yapması kararlaştırılmışsa, mudarib, ticari faaliyetlerini ancak bu alan dahilinde yürütebilir. Çünkü yerler, ticari bakımdan farklı farklıdır. Bu nedenle böyle bir kaydın mudarib tarafından dikkate alınması gerekir.²³

bb. Dolaylı olarak

Akitte ifa yeri hakkında bir kayıt yer almadığı halde, akdin yapıldığı yörede söz konusu borcun ifa yerine ilişkin bir âdet mevcut ise, âdetin öngördüğü yer, ifa yeri olarak belirir. Mesela bir bölgede odun veya kömür satanların, sattıkları odun veya kömürü alıcının evine götürme âdeti varsa, satıcı borcunu orada ifa eder.

b. İfa yerinin sözleşmede belirtilmesi gereği

Tarafların, ifa yerinin sözleşmede tayin etmeleri, kural olarak, şart değildir. Ancak bazı durumlarda, özellikle yapılacak işlemde doğacak borç bir cins borcu ise ve bu borç müeccel olacaksa, ifa yerinin akit sırasında tayin edilmesi, bir kısım İslam hukukçusuna göre, söz konusu işlemin bir geçerlilik şartıdır. Çünkü böyle bir durumda ifa yeri kararlaştırılmazsa ifa aşamasında taraflar anlaşmazlığa düşer ve

²² Ali Haydar Efendi, *Dürrer*, I, 454.

²³ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 98.

²² Ali Haydar Efendi, *Dürrer*, I, 454.

²³ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 98.

buna bir çözüm bulunamadığı takdirde aralarındaki borç ilişkisi geçmişe etkili olarak bozulmak durumunda kalabilir.

Bunun en tipik örneğini selemde görmek mümkündür. Selem siparişi verilen şey, yapısı itibariyle bir cins borcudur ve bir vadeye bağlanmıştır. Böyle bir edimin ifa yeri tayin edilmezse belirtilen türden mahzurlar kaçınılmaz olur. Bu düşünceyle İslam hukuk doktrininde ifa yerinin akitte belirtilmesi o işlemin bir geçerlilik şartı olarak kabul edilmiştir.

Selem akdinde, taşınması masraf çıkaran müsemünfih'in ifa yerinin akit sırasında belirtilmesinin gerekli olup olmadığı Ebû Hanife ile iki talebesi arasında tartışmalıdır. Ebû Hanife bunu gerekli görürken²⁴ talebeleri, onun bu konudaki görüşüne katılmamaktadırlar.²⁵ Talebelerine göre, nasıl olsa akdin yapıldığı yer, ifa için taayyün edecektir. O halde ifa yeri belirtilmeden yapılan bir selem akdi sahih olur. Çünkü borçlanılan şeyin teslimi akitten neşet etmektedir. O halde, sebep konumundaki akit nerede vukubulmuşsa ifa yeri de orası olmalıdır. Kaldı ki, ifa yeri olarak burayla çekişen bir başka yer de mevcut değildir. Ayrıca bu, dinî emirlerin, imkan dahilindeki ilk vakitte yerine getirilmesine benzer. Nitekim karz ve gaspta da durum böyledir. Borcun akitten doğduğunu teslim eden Ebu Hanife, selemde teslim borcunun derhal ifa edilmesinin gerekmediğini, bu nedenle de onun karz ve gasptan farklı olduğunu belirtmiştir. Ona göre, akdin kurulduğu yer ifa için taayyün eder iddiası temelsiz kalmıştır ve geride hâlâ uyuşmazlığa yol açacak bir bilinmezlik (cehalet) kalmaktadır. Malların değerinin yerden yere farketdiği bir gerçek olduğuna göre ifa yerinin mutlaka belirtilmesi gerekir. Bunun, selem konusu şeyin vasfına ilişkin bilinmezlikten farkı yoktur. Kaldı ki, onlar da selem konusu şeyin vasfının tayin edilmesinin gerekli olduğunu kabul etmektedirler.²⁶ Mecelle de md. 386'da "Selemin sıhhatinde ... mebiin zaman ve mekan-ı teslimi beyan olunmak şarttır" diyerek Ebû Hanife'nin görüşünü esas almıştır. Ancak Ebu Hanife'nin selem akdinin sıhhati için ifa yerinin tayin edilmesi gerektiği yönündeki görüşü mutlak değildir. İmam bu ısrarını, sadece taşıma masraf ve külfeti olan şeyler hakkında korumaktadır. Fakat akit konusu şey bu türden değilse, ifa yerinin belirtilmesine gerek yoktur.²⁷ Artık borçlu dilediği yerde ifayı sunabilir. Ancak

²⁴ Şeybânî, *Asl*, V, 9.

²⁵ Şeybânî, *Asl*, V, 10.

²⁶ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 213.

²⁷ Şeybânî, *Asl*, V, 9-10; Kâsânî, *Bedâi'*, V, 213.

böyle bir şey de olsa, akit sırasında ifa için bir yer belirlenmişse, borçlu buna uymak zorundadır.

Hanefi mezhebi içindeki seleme ilişkin bu görüş ayrılığı, bu türden bir edimin ücret olarak takdir edildiği icâre akdinde²⁸, vadeli semen olarak takdir edildiği bey' akdinde ve bir pay olarak tesbit edildiği kısmet akdinde de geçerlidir. Ancak imameyne göre kısmette ifa yeri taşınmazın bulunduğu, ücrette ise kiralanan vasıtanın süre bitiminde teslim edileceği yerdir.²⁹

Şafiî doktrininde, selem peşin de yapılabildiği için, peşin selemde ifa yerinin akitte belirtilmesi şart değildir; akdin kurulduğu yer, ifa yeri olarak taayyun eder. Vadeli selemde ise, selem konusu şeyin taşıma masrafı varsa, ifa yerinin akitte yer alması gerekir. Yoksa yapılan selem akdi batıl olur.³⁰ Görüldüğü gibi şafiîler, ifa yerinin akitte yer almasının gerekliliği noktasında Ebû Hanife'ye katılmaktadırlar, ancak müeyyide noktasında ondan ayrılmaktadırlar. Bu da şafiîlere göre fesad ile butlanın, kural olarak, eşanlamlı olmasından kaynaklanmaktadır.³¹

Şafiî mezhebinde zimmetteki semen, deyn niteliğindeki ücret, mehir, hul' bedeli, kitabet bedeli, amden katlin tazmini üzerinde yapılan sulh bedeli ve zimmette yer alan bütün bedeller peşin selem hükmünde sayılmıştır. Bunların ifası için bir yer kararlaştırılmamışsa akdin yapıldığı yer ifa yeri olarak taayyün eder.³²

Karâfi, geçerli bir selem için aralarında ifa yerinin de bulunduğu ondört şart ileri sürmüştür. Bunlardan birinin eksikliği halinde yasaklanmış selemin söz konusu olacağını, ifa yerine ilişkin şartın ise, kararı önlemek maksadıyla arandığını belirten Karâfi, ifa yerinin sözle veya âdetle belirlenebileceğini ifade etmiştir.³³ Ancak maliki doktrininde ifa yerinin tayininin selem için önemli bir şart olmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle olacak ki, aksi kararlaştırılmamışsa, akdin yapıldığı yerin ifa yeri olarak kabul edileceği ifade edilmiştir.³⁴

²⁸ Selemdeki ifa yerine ilişkin tartışmalar, taşıma külfeti olan bir şeyin ücret olarak belirlendiği icare akdinde de geçerlidir. (Serahsî, *Mebûsât*, XV, 113).

²⁹ Bâbertî, *İnâye*, V, 341.

³⁰ Nevevî, *Ravda*, II, 13.

³¹ Süyûtî, *Eşbâh*, 286.

³² Nevevî, *Ravda*, II, 13.

³³ Karâfi, *Furûk*, III, 289-290, f. 200.

³⁴ Sahnun, *Müdevvene*, IV, 96-97; *Derdür, eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 286.

Hanbeli mezhebinde, selem sıhhati için altı şart aranmış ve yokluğu halinde butlanını gerektiren bu şartlar arasında ifa yeri bulunmamaktadır. Ancak üzerinde ittifak edilen bu altı şartın dışında ihtilafı da olsa iki şart daha ilave edilmiştir. İşte bu iki şarttan biri ifa yeridir. Fakat baskın olan görüş, ifa yerinin sözleşmede tayin edilmesinin akdin geçerliliği için şart olmadığı yönündedir.³⁵

Özetle belirtmek gerekirse seleme benzer bir karakter arzeden edimler, yani vadeli cins borçları söz konusu olacaksa, kabul edenlerine göre, ifa yerinin sözleşmede belirtilmesi gerekir.

Taraflar ifa yeri konusunda anlaşmazlığa düştüklerinde, Ebu Hanife'ye göre, borçlunun sözüne itibar edilir. İmameyne göre ise taraflar karşılıklı olarak yemin eder ve aldıklarını karşılıklı olarak iade ederler.³⁶

Selem borçlusu, ifayı, akitte kararlaştırılan yerde yapmak zorundadır; alacaklı da kabul etmek zorundadır; ifanın başka bir yerde yapılmasını talep edemez. İfa yeri olarak bir belde, kasaba veya köy tayin edilmişse, doktrinde, borçlu, belirtilen yerleşim biriminin herhangi bir yerinde ifada bulunabilir.³⁷ Bu görüş söz konusu dönemler hakkında kısmen geçerli olabilir, ama bu görüşe kayıtsız şartsız katılmak mümkün değildir. Çünkü ifa yerinin ayrıntılı değil de bu şekilde belirtilmesinden maksat, alacaklının oradaki ikametgâhı veya iş yeri olmalıdır. Kaldı ki, günümüzde yerleşim birimleri oldukça geniş bir alana yayılmıştır. Şayet borçlu, belirtilen yerleşim biriminin herhangi bir yerinde ifada bulunmaya mezun sayılırsa alacaklının mağduriyeti beklenmedik bir şekilde büyür. Bâbertî'nin, zayıf bir görüşe istinaden de olsa "şehir büyük değilse" şeklinde zikrettiği kayıt da görüşümüzü teyid etmektedir.³⁸

Sahnun'un verdiği benzeri bir örnekte mesele, edimin niteliğine göre çözüme kavuşturulmak istenmiştir. Şöyle ki, şayet selem olarak sipariş verilmiş olan şeyin o şehirde bir pazarı bulunuyorsa, ifa orada yapılır; böyle bir pazar bulunmuyorsa selem borçlusu edimini o şehrin neresinde ifa ederse alacaklı orada kabul etmek

³⁵ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 305-334.

³⁶ Şeybânî, *Asl*, V, 24.

³⁷ Sahnun, *Müdevvene*, IV, 41.

³⁸ Bâbertî, *Inâye*, V, 341.

zorundadır.³⁹ Fakat örf ve âdet gerektirdiği takdirde, borçlu, alacaklının göstereceği yere ifada bulunmak zorunda kalabilir.

Buradaki sıkıntı tarafların ifa yerini yeterince açık ve net olarak belirtmemiş olmalarından kaynaklanmaktadır. Eğer ifa yeri daha ayrıntılı olarak taraflarca kararlaştırılmış olsaydı orada ifa yapılırdı. Tarafların ifa yerine ilişkin bıraktığı bu türden boşluklar örf ve âdete göre veya işin mahiyetine göre doldurulmaya çalışılır. Mesela edim konusu şeyin miktarı fazla ise alıcının tacir olduğuna hükmedilerek o şeyin satışının yapıldığı pazar ifa yeri olarak kabul edilir ve teslimat oraya yapılır. Fakat miktar pek fazla değilse ve bunun şahsi ihtiyacın karşılanması için alındığına kanaat getirilirse alacaklının ikametgâhında teslimin gerekliliğine hükmedilir. Ancak alacaklı, belirtilen yerde ikamet etmiyorsa, onun göstereceği bir yere; alacaklı ortada yoksa borçlu hakimin göstereceği bir yere tevdi eder. Aşırı derecede lafzi bir yorum yaparak belirtilen yer ismini taşıyan herhangi bir yerde teslimin yapılabileceğine hükmedilirse bu, alıcıya zarardan başka bir şey sağlamaz.

c. Taraflar ifa yerini kararlaştırmamışsa

Taraflar ifa yerini açıkça veya dolaylı olarak tayin etmemişlerse, ifa yeri, edimin mahiyeti dikkate alınarak belirlenmeye çalışılır. Hatta bizzat kanun, bazı borç ilişkileri hakkında ifa yerini bu yolla belirleme yoluna giderek özel bir hüküm koymuş olabilir. Nitekim bunun örneklerini pek çok kanunda görmek mümkündür. Mesela Mecelle'de, vedianın iade borcu için vediaya bırakılan yer⁴⁰, gaspta şeyin gaspedildiği yer⁴¹, nakli masraf gerektiren icare bedeli, kiraya verilen şey bir taşınmaz ise taşınmazın bulunduğu yer, bir hizmet ise hizmetin görüldüğü yer, bir taşıt ise ücrete hak kazanılan yer⁴² ifa yeri olarak hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde

³⁹ Sahnun, *Müdevvene*, IV, 41; Derdir, *eş-Şerhu's-Sağır*, III, 258.

⁴⁰ Madde 797-Vediyâ teslimde mekan-ı ida' muteberdir.

⁴¹ Madde 890-Mağsub mal aynen mevcut ise gasp edildiği yerde sahibine red ve teslimi lazımdır. Ve sahibi başka beldede gasıba tesadüf edip de mağsup mal dahi yanında olduğu halde sahibi dilerse malını orada istirdad eyler. Eğer mekan-ı gaspta teslimini isterse meunet-i reddi ve masarif-i nakliyyesi gasıp üzerinedir. Madde 892-Gasıp mekan-ı gaspta ayn-ı mağsubu sahibine red ve teslim ettikde zamandan beri olur. Madde 894-Ayn-ı mağsubu gasıp bir mahall-i mahufta sahibine teslim etse kabul etmemeğe hakkı vardır ve gasıp bu surette zamandan beri olmaz.

⁴² Mecelle, Madde 465- Bedel-i icare uruzdan yahut mekilat ya mevzunat yahut adediyyat-ı mütekaribeden olduğu halde mikdariyle beraber vasfını dahi beyan etmek lazım gelir.

Ve nakli haml ve meunete muhtaç olan şeylerde her nerede teslimi şart kılınırsa orada ifa olunmak lazım gelir. Ve mekan-ı ifa beyan olunmadığı takdirde me'cur eğer akar ise ol akanın olduğu

BK. vedianın hıfzedilmesi lazım gelen yerde iade edileceğini (md. 468), MK. "rehin senedi aksini tayin etmediği takdirde sened, hamile yazılı olsa dahi borçlu bütün tediyyatını alacaklının ikametgahında" yapacağını (md. 830), TK. "sigorta primi, sigorta ettirenin ikametgahında"(md. 1296) ödeneceğini öngören hükümler içermektedir.

İfa yeri sözleşmede taraflarca tayin edilmiş değilse ve kanunda da buna ilişkin özel bir hüküm yer almıyorsa borç ilişkisinin ve borçlanılan edimin mahiyeti esas alınarak belirlenmeye çalışılır. İslam hukuk doktrininde yapılan yorumlardan anlaşıldığına göre ifa yeri, borcu doğuran hukukî olay veya işlemin meydana geldiği yere göre belirlenmeğe çalışılmaktadır. Buna göre akdin kurulduğu yer ifa yeri olarak kendiliğinden belirlenmektedir. Çünkü borç nerede doğmuşsa orada ifa edilmelidir. Taraflar başka bir yeri, ifa için istemiş olsalardı bunu mutlaka tayin ederlerdi. Tayin etmediklerine göre, ifanın borcun doğduğu yerde yapılmasını zımnen istemişlerdir. Kaldı ki, burasıyla yarışan bir başka yer de yoktur. Ancak bu görüş muaccel olarak doğan borçlar hakkında bütünüyle isabetli olabilir, ama vadeli borçlar hakkında aynı fikri savunmak zordur. Çünkü müeccel borçlarda, borcun doğumu ile ifa tarihleri farklıdır. Ayrıca akdin yapıldığı yer her zaman ifa için elverişli de olmaz. Bunun yerine daha istikrarlı yerlerin tayin edilmesi daha isabetli olur.

aa. Parça borçlarında ifa yeri

Parça borçlarının en tipik örneğini mebî teşkil eder. Bir engel bulunmadığı sürece borç, doğar doğmaz muacceliyet kazanır. Muacceliyet kazanan bir borç da doğal olarak, nerede doğmuşsa ifası da orada gerekli hale gelir. Buna göre mebîin teslimi, borcun doğduğu yerde gerekli hale gelir. Akit nerede yapılmışsa mebîin oraya getirilip teslim edilmesi gerekir. Fakat mebî, ferden muayyen bir şey olduğu için mülkiyeti akitle alıcıya geçer. Mülkiyet alıcıya geçtikten sonra artık satıcının kendisine ait olmayan bir şeyi başka bir yere, yani akdin bulunduğu yere taşıması gerekmez. Çünkü hiç kimse başkasına ait bir işi, yüklenmedikçe, yapmak zorunda değildir. Bu nedenle, mebî, akit kurulurken nerede bulunuyorsa orada teslim edilmesi icab eder. Kaldı ki, satma konu olan şey, akdin yapıldığı sırada mevcut ve

mahalde ve amel ise ecirin ameli ifa ettiği yerde ve eğer hamule ise ücretin lazım olduğu mekanda ifası lazım gelir.

Amma haml ve meuneti olmayan şeylerde dilediği yerde alır.

tafırlarca bilinen bir Şeydir. Çoğunlukla akit satılan Şeyin bulunduğu yerde yapılır. Akit başka bir yerde yapılmış olsa bile, alıcı Şeyin bulunduğu yeri bilmektedir ve zımnenn orada yapılacak teslimi kabul etmektedir. Şayet alıcı burada teslim almaya arzulu değil idiyse bunu sözleşme sırasında açıklaması gerekirdi. Böyle bir kayıt ileri sürmediğine göre ifanın burada yapılacağını kabul ediyor demektir. Nitekim Mecelle, (md. 285) "Akd-i mutlak hin-i akidde meb'i nerede ise orada teslimini iktiza eder." demektir. Bir başka ifadeyle ifa yerine ilişkin bir kayıt içermeyen bir bey' akidinde meb'in ifa edilmesi gereken yer, o Şeyin akit kurulurken bulunduğu yerdir. Ancak bu hükmün uygulanabilmesi için, meb'in nerede olduğunu müşterinin bilmesi gerekir. Nerede olduğunu akit kurulduktan sonra renirse muhayyerdir; dilerse akdi fesheder, dilerse akdin kurulduğu sırada meb'i nerede ise orada kabzeder (Mecelle, md. 286). Bu muhayyerliğe de hiyar-ı keŐf-i hal adı verilir.

Benzeri bir hükmü BK. da içermektedir. Md. 73/II'e göre, borç belirli bir Şeye iliŐkinse, bu Şey, sözleşmenin yapıldığı zamanda nerede bulunuyorsa, orada teslim edilir. Bu hüküm, eski Alman TK. 324/II. maddeden iktibas edilmiştir.⁴³ Mehaz kanunda bu hükmün uygulanabilmesi, alacaklınnn, söz konusu Şeyin borçlunun ikametgahından başka bir yerde bulunduğunu bilmesi Şartına bağlanmıştır. Nitekim eski Alman TK. ve Dresden Projesi bu hususun bilinmesini açıkça gerekli saymıştır.⁴⁴ Ne var ki, BK. bu kaydı ihmal ederek söz konusu hükmü mutlak olarak almıştır.

İade borçlarında ifa yeri, taraflar başka yer kararlaştırmamışlarsa, Şeyin alındığı sırada bulunduğu yerdir. Bu nedenle ariyet alınan Şeyin, alındığı yere götürülmesi gerekir. Yeter ki, taraflar bir başka yeri tayin etmiş olmasın.⁴⁵ Ancak gaspta taraflar bir başka yeri, ariyetteki kadar rahat tayin etme imkanına sahip değildirler.⁴⁶ İade borçlarında ifa yeri Şeyin alındığı yer olduğu için, Şeyin götürülme masrafları da borçluya aittir.⁴⁷ Konusu misli bir mal olduğu halde karz borcunun ifa yeri de, karz konusu Şeyin alındığı yerdir.⁴⁸

⁴³ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 535; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 107.

⁴⁴ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 535, 28 nr. dipnot.

⁴⁵ İbn Kudame, *Muğni*, V, 224.

⁴⁶ İbn Kudame, *Muğni*, V, 281-282.

⁴⁷ İbn Kudame, *Muğni*, V, 224.

⁴⁸ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 354.

bb. Cins borçlarında ifa yeri

Akitten doğan cins borçlarının ifa yerinin sözleşmede tayin edilmesinin gerekli olup olmadığı tartışması bir yana bırakılırsa, bu tür borçların ifa yeri hakkında yapılan tartışmalardan, ister muaccel ister müeccel olsun bunlara ait ifa yerinin, akdin yapıldığı yer olduğu anlaşılmaktadır. Bir başka deyimle borcu doğuran hukukî olay veya işlemin meydana geldiği yer ifa yeri için esas alınmıştır. Bu mantıksal bir çıkarımdır. Buna göre borçlu, edimini akdin kurulduğu yerde ifa etmelidir. Bu nedendir ki, doktrinde, bey' akdinden doğan semen borcu, bir vadeye bağlanmamışsa, taşıma külfeti bulunsun bulunmasın akdin yapıldığı yer ifa için taayyün eder. Çünkü semen, bizzat akit ile muacceliyet kazanmıştır, dolayısıyla teslimin gerekli hale geldiği yer de orasıdır.⁴⁹ Karzda ifa yeri ikrazda bulunulan yerdir.⁵⁰ Elle icra edilen işlerde ise işin görüldüğü yer ifa yeridir.⁵¹

Ancak bu mantıksal çıkarım, muaccel olarak doğan borçlar hakkında büyük çapta işletilebilirse de müeccel olarak doğan borçlar hakkında birtakım sıkıntılara yol açar. Çünkü borcun doğumu ile ifa zamanı arasında fasıla girmektedir. Bu fasıla kısa olabileceği gibi uzun da olabilir. Olur ki ifa zamanı geldiğinde borcun doğumu zamanındaki şartlar değişmiş olur. Hatta daha başlangıçta akdin yapıldığı yer ifa için elverişli olmayabilir. Ayrıca bu salt mantıksal çıkarım, hayat gerçekleriyle de çoğu kere bağdaşmayabilir. O halde bu hususta başka bir yaklaşımda bulunmak daha isabetli olur. Şöyle ki, cins borçları borçlunun zimmetinde yer almaktadır; dış alemde henüz somutlaşmamıştır. Borçlunun şahsıyla yakından ilgili olduğu için bir anlamda borçlunun şahsını gölge gibi takip eder. Çünkü alacak talebi ona karşı yapılacaktır. O halde ifa yeri borçlunun bulunduğu yer olmalıdır. Fakat burası, borçlunun fiziki varlığının bulunduğu yer değildir. Çünkü borçlu bir insandır, dolayısıyla hareket eden bir varlıktır. İfa yeri, onun fiziki varlığına bağlı olarak hareketlilik göstermeye elverişli değildir. O halde sabit bir yerin esas alınması gerekir. O da, kişinin günlük işlerini idare ederken merkez kabul ettiği, yani hukuken ikamet ettiği yerdir. Bu nedenle, borçlunun ikametgahının ifa yeri olarak kabul edilmesi maksada daha uygun düşer.

⁴⁹ Serahsî, *Mebûât*, XV, 114.

⁵⁰ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 354.

⁵¹ Serahsî, *Mebûât*, XV, 114.

⁵¹ Serahsî, *Mebûât*, XV, 114.

Varılan bu sonuç, muaccel cins borçları söz konusu olduğunda yeterli olabilir. Fakat müeccel borçlarda borçlunun ne zamanki ikametgahı esas alınacağı problem olarak gündeme gelir. Olur ki, borçlu, borcun doğumundan sonra, ama ifa tarihinden önce ikametgahını değiştirmiştir. Bu nedenle hangi zamandaki ikametgahın esas alınacağına karar vermek gerekir. Alacaklı, sözleşme yaptığı sırada diğer tarafın ikamet ettiği yeri hesaba katarak akde iştirak ettiği dikkate alınırsa, borçlunun o sıradaki ikametgâhının esas alınması gereği ortaya çıkar. Bunun yerine borçlunun ifa zamanındaki ikametgâhı esas alınırsa alacaklı beklemediği bir zarara maruz bırakılmış olur.

BK. müeccel doğacak cins borçları hakkında ifa yerinin akitte belirtilmesi gerektiğine dair bir ifade içermemektedir. İfa yeri akitte yer almış değilse, md. 73 gereğince, bu tür borçlar, doğumu zamanında borçlunun mukim bulunduğu yerde ifa edilir. Burada sözü edilen borçlunun "mukim bulunduğu yer" deyimini, MK. md. 19'daki ikametgâha ilişkin hükümlere göre açığa kavuşturulur.⁵²

Taşımacılıkta ise ücrete hak kazanılan yer ifa için taayyün eder. Elle icra edilen işlerde ise işin görüldüğü yer ifa yeridir.⁵³

cc. Para borçlarında ifa yeri

İslam hukuk literatüründe, konusu bir miktar paradan ibaret olan borçların ifa yeri, iyiniyet esasına göre belirlenmeye çalışılmıştır. Para borçları için sabit bir yerden ziyade alacaklıya bağlı olarak değişkenlik arz etmektedir. Borçlu, nerede alacaklıyla karşılaşırsa orada ifada bulunabilir. Aynı şekilde alacaklı da nerede borçlusuyla karşılaşırsa alacağını talep edebilir. Yeter ki, teklif veya talep edilen yer ifa için elverişli bulunsun ve hiçbir tarafın zarara uğraması söz konusu olmasın.

İfa yeri açısından para borçlarına tanınan bu esneklik, maliki doktrininde, paranın değer itibarıyla yerden yere farklılık arzetmeyeceği düşüncesiyle izah edilmiştir. Malikilere göre bu, sadece parada bulunan, ama para dışındaki edimlerde bulunmayan bir özelliktir. Bu nedenle ancak bir para borcu, ifa yeri kararlaştırılmış da olsa, başka yerde sunulabilir ve alacaklı böyle bir ifayı kabulden kaçınmaz.⁵⁴

⁵² Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 105.

⁵³ Serahsî, *Mebûsât*, XV, 114.

⁵⁴ Sahnun, *Müdevvene*, IV, 96-97.

Ancak bu esneklik, hanefî doktrinde, edimin para olup olmamasına göre değil, edimin naklinin masraf çıkarıp çıkarmamasına göre tanınmıştır. Nakli masraf gerektirmeyen edimlerin başında elbette para borçları gelir, ama bu özellik sadece para borçlarına münhasır değildir. Bir mal da bu esnekliğe rahatlıkla sahip olabilir. Yeter ki, nakli masraf çıkarmasın.⁵⁵ Bu yaklaşım tarzı şafîi ve hanbelî mezhepleri hakkında da geçerlidir.⁵⁶

Literatürdeki tartışmalardan borçlunun, konusu paradan ibaret olan borcunu ifa etmek için alacaklısını araması gerektiği anlaşılmaktadır. Para borcu, muaccel olarak doğmuşsa akdin kurulduğu yerde ifa edilir. Karşılıklı borç doğuran bir akit, mesela bey' söz konusu ise, satılan şeyin bulunduğu yerde ifa edilir. Ancak para borcu müaccel olarak doğmuşsa ifanın nerede yapılacağı önem arzeder. Gerçi klâsik fıkıh literatürünün söz konusu ettiği dönemlerde tarafların birbirlerini bulmaları pek zor olmayacağı farzedilmiş olacak ki, bu çözüm tarzı yeterli sayılmıştır. Yine bu tür mülahazalarla olacak ki, ikametgâh kavramına, borç ilişkileri bakımından günümüzdeki önem atfedilmemiştir. Fakat günümüzde artık borçlunun, alacaklısını arayıp bulması son derece güç bir durum almıştır. Borç ilişkisinde yer alan tarafların birbirlerini her zaman tanıyan kişiler olması mümkün değildir. Hatta çoğunlukla taraflar birbirlerini tanımayan kişilerdir. O halde kişiden ziyade onun ikametgâhının öne çıkarılması zorunluluk arz etmektedir. Zaten borçlu alacaklısını arayacak ve bulduğu yerde ifada bulunacaktı. Aranması gereken yer de, öncelikle alacaklının ikametgâhıdır. Borçlu, alacaklısını ancak orada aramakla yükümlü tutulabilir; başka yerlerde aramaya mecbur bırakılamaz. Bu nedenle, günümüzde haklı olarak para borçlarının ifa yeri için alacaklının ikametgâhı tercih edilmiştir. Nitekim BK. para borçlarında ifa yeri olarak alacaklının ifa zamanındaki ikametgâhını esas almıştır.⁵⁷ Para borcunun akitten, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden doğması fark arzetmez.

II. İFA ZAMANI

A. KAVRAM

⁵⁵ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 213.

⁵⁶ Şirbinî, *Muğnî*, II, 116-117; İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 360-361.

⁵⁷ BK. md. 73/I'e göre "borç bir miktar paradan ibaret ise tediye, alacaklının verme zamanında mukim bulunduğu yerde vukubulur".

İfa, borçlanılan edimin yerine getirilmesi olduğuna göre bunun gerçekleşmesi kaçınılmaz olarak bir zaman parçası içinde vukubulacaktır. Çünkü hareket, zaman mefhumu olmadan düşünülemez. O halde borçlanılan davranış, gerçekleşirken mutlaka bir zaman dilimini işgal edecektir. Ancak edimin mutlak olarak gerçekleşmesi ifa açısından yeterli değildir. Ayrıca bu gerçekleşmenin borca uygun zaman parçasında meydana gelmiş olması da şarttır. Asıl bizi ilgilendiren bu son noktadır. O halde ifayı oluşturan davranışların borç gereği içinde gerçekleşmesi gereken zaman dilimine ifa zamanı diyoruz. Ancak teknik olarak ifa zamanı iki anlamda kullanılmaktadır.

Bunlardan birincisine göre ifa zamanı, alacaklının borçlanılan edimin ifasını talep edebileceği, borçlunun da bu ifa talebine uymak zorunda kalacağı ve gerektiğinde ifa davası açabileceği anı ifade eder.⁵⁸ İfa zamanı denildiğinde en çok bu anlam akla gelir. Doktrinde, bu anlamda ifa zamanı için, genellikle, borcun muaccel olması⁵⁹, alacağın muacceliyeti⁶⁰, ve borcun muacceliyet kesbetmesi⁶¹ gibi tabirler kullanılır.

Borcun muaccel olması, ifa için artık bir sürenin kalmadığı, alacaklının ifayı istemek ve borçlunun da ifayı gerçekleştirmek durumuna girmiş olduklarını ifade eder. Bir borç, ya bir vadeye bağlanmadığı için doğduğu andan itibaren muacceldir veya bir vadeye bağlanmış olsa bile vadesi geldiği için muacceliyet kazanmıştır. Muaccel borcun karşıtı olarak da müaccel borç tabiri kullanılır. Bununla borcun bir vadeye (ecel) bağlanmış ve bu vadenin henüz gelmemiş olduğu kastedilir. Aynı anlama gelmek üzere vadeli borç tamlaması da kullanılır. Buradaki vade, borçlanılan edimin ifa edilmesi gereken gelecekteki bir tarihten ibarettir. O tarih gelmeyene kadar, alacaklı, alacağını talep edememektedir.⁶²

⁵⁸ Oğuzman, *Borçlar Hukuku*, 49; Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 128; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, *Borçlar Hukuku*, 1064.

⁵⁹ Oğuzman, *Borçlar Hukuku*, 49; Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 128; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, *Borçlar Hukuku*, 1063; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 109.

⁶⁰ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 539.

⁶¹ Arsebük, *Borçlar Hukuku*, II, 732; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 109.

⁶² Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 109.

İkincisine göre ifa zamanı ise, borçlanılan edimin borçlu tarafından ifa edilebileceği⁶³ ve alacaklının da bunu kabule zorlanabileceği anı ifade eder. Bunu belirtmek üzere, alacağın ifasının kabil olduğu zaman⁶⁴, borcun ifa edilebilir olma zamanı⁶⁵, borcun ifa edilebilirliği⁶⁶, ifa kaabiliyeti⁶⁷ gibi deyimler kullanılmıştır. Borcun ifa kaabiliyeti borçlu açısından, muacceliyet ise alacaklı açısından yapılan bir nitelemedir. İfa kaabiliyeti durumunda alacaklı, borçlunun sunduğu edimi kabule mecbur kalmaktadır; muacceliyette ise borçlu, alacaklının yaptığı ifa talebine icabet etmek zorundadır.

Genellikle, borcun ifa kaabiliyetini kazanması ile muaccel olması aynı zamana denk düşer. Fakat bazan borç, muacceliyet kazanmadığı halde ifa kaabiliyeti kazanabilir. Bazı istisnai durumlarda ise alacaklı her zaman talep hakkına sahip bulunduğu halde borçlu, ifada bulunmak için borcun muaccel olmasını beklemek durumundadır.⁶⁸ Nitekim vedia, ariyet ve karzda alacaklı, istediği zaman talepte bulunabilir.⁶⁹

B. İFA ZAMANININ TAYİNİ

Borcun mevcudiyeti mutlaka muaccel olmasını gerektirmez. Borç, müeccel olarak da doğabilir. Bu nedenle borcun doğumu ile talep hakkının doğumu arasında zorunlu bir ilişki yoktur. Borç muaccel olarak doğmuşsa, talep hakkı da ona refakat eder; müeccel olarak doğmuşsa talep hakkı ondan ayrı olarak vadenin geldiği tarihte doğar.⁷⁰ Buna göre, doğan borcun muaccel veya müeccel olduğuna karar verilmesi gerekir.

⁶³ Oğuzman, *Borçlar Hukuku*, 50; Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 129; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, *Borçlar Hukuku*, 1064.

⁶⁴ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 540.

⁶⁵ Oğuzman, *Borçlar Hukuku*, 50.

⁶⁶ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 129.

⁶⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku*, 1063-1064.

⁶⁸ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 540; Arsebük, *Borçlar Hukuku*, II, 733.

⁶⁹ Vedia için bkz. Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 210, ariyet için bkz. Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 216. Karz akdinde ise vade kararlaştırılmış olsa bile, alacaklı vadeyle bağlı değildir, dilediği zaman alacağını talep edebilir. Sadece malikiler karzdaki vadenin bağlayıcı olduğunu kabul etmişlerdir.

⁷⁰ Nitekim Buhârî'nin de belirttiği gibi, ifanın muaccel olması, borcun varlığının zorunlu bir sonucu değildir; borcun mevcudiyeti, muacceliyetten ayrı düşebilir. Borç muaccel bile olsa ifası, alacaklının talepte bulunmasına kadar gecikir. Borç, vadeye bağlanmışsa, akitle birlikte doğan borç, vade gelmeyene kadar ifası talep edilemez (*Keşfü'l-Esrâr*, II, 216).

1. Borcun muaccel olması

Borcun, belirtilen her iki ihtimale açık olmasından maksat, borcun mutlaka muaccel olması gerekmediği, müeccel olmaya da elverişli olduğunu ifade etmektir. Fakat kural, borcun muaccel olması yönündedir. Çünkü borcun muaccel sayılması için tarafların bunu kararlaştırmış olmaları şart değildir. İfa zamanına ilişkin bir açıklama akitte yer almasa bile, aksi edimin mahiyetinden anlaşılmadıkça, borcun muaccel olarak doğduğu kabul edilir.⁷¹ Oysa borcun müeccel sayılması için tarafların bu yönde anlaşmış olmaları gerekir veya işin mahiyeti borcun vadeli olmasını gerektirmelidir.

Borç ilişkisinin hedefi ifadır. İnsanlar, ifa ile elde edecekleri menfaate kavuşmak için borç ilişkisine girerler.⁷² Bir anlamda akit, bu amaca ulaşmak için bir araçtır. O halde taraflar, nasıl olsa bu amaca akit yapar yapmaz ulaşacaklarını düşündükleri için ayrıca ifa zamanını konuşma ihtiyacı duymazlar. Bu nedenle yapılan akitte ifa zamanına ilişkin bir kayıt yer almamışsa zımnen bunun muaccel olmasını istemiş sayılırlar. Yeter ki, işin mahiyeti veya mevcûd bir âdet aksini gerektirmesin. Mesela bir istisna akdinde, borçlanılan eserin meydana getirilmesi, zorunlu olarak belli bir zamana ihtiyaç duyacaktır. O halde böyle bir akitte sâniin meydana getirmeyi borçlandığı eseri, akit yapılır yapılmaz ondan talep etmek işin mahiyetine ters düşer.⁷³

Borcun muaccel olarak doğduğu kuralı, pek çok kanuni düzenlemede yer almaktadır. Nitekim bu kural, Mecellede, bey' açısından (md. 251) "Bey'i mutlak

⁷¹ Bu nedenle mutlak olarak kurulan akit, ifanın derhal yapılmasını gerektirir (Kâsânî, *Bedâi'*, V, 156). Muaccel olabilecek her akit mutlak olarak yapıldığında muaccel yapılmış sayılır (İbn Kudame, *Muğni*, IV, 617). Mutlak olarak yapılan akdin hükmü, mebiin akitten hemen sonra teslim edilmesidir (İbn Kayyîm, *I'lâm*, II, 30). Kural, borcun muaccel olmasıdır. Müeccel olabilmesi için akitte açıkça ecelin belirtilmiş olması yahut işin mahiyetinden, teamülden veya örften delâlet yoluyla çıkarılabilmesi gerekir. Müeccel olduğuna dair sarahat veya delalet yoksa borcun muaccel olduğu kabul edilir (Mahmesanî, *Mucebât*, II, 218-219). Mutlak olarak yapılan bey' akdinin muktezası, semenin teslimini, akdin bizzat kendisiyle gerekli kılmasıdır (Serahsî, *Mebûsât*, XV, 110).

⁷² Borç, ifa edilmek için vardır. Diğer bir deyimle, ifa, borcun varlık nedenidir. O halde borç doğar doğmaz, geciktirici bir engel yoksa, ifa talebi de onu derhal takip eder. Zira ifayı gerekli kılan borçtur. Borç bir manada sebep, ifa ise onun neticesidir. İliyet gereği borcun vücut bulmasıyla ifası hemen gerekli hale gelir. Yeter ki, tabii neticeyi geciktiren bir engel bulunmasın.

⁷³ Serahsî, *Mebûsât*, XII, 139.

peşin olmak üzere münakit olur”, icare açısından ise (md. 486) “Hin-i akitte ibtida-i müddet tesmiye olunmaz ise vakt-i akidden itibar olunur” şeklinde ifadesini bulmuştur. Söz konusu kural, BK. (md. 74)’da, “Ecel meşrut olmadığı veya işin mahiyetinden anlaşılmadığı taktirde borcun hemen ifa ve derhal icrası talep olunabilir.” şeklinde ifade edilmiştir. BK. özel borç ilişkilerinden satım akdi hakkında da “Hilafına âdet veya mukavele mevcut değil ise kabzın derhal vukuu lâzımdır” (md. 208/II) şeklinde özel bir hüküm koymuştur.

Bu arada taraflar borcun muaccel veya müeccel olduğunda anlaşmazlığa düşerlerse, mesela alıcı semenin müeccel olduğunu, satıcı muaccel olduğunu iddia etse, kimin iddiası akdin yapıldığı yerdeki örfeye uygun düşüyorsa onun iddiası kabul edilir. Her iki tarafın da iddiası örfeye uygunsa, satım konusu şey mevcutsa taraflar karşılıklı yemin eder ve akit feshedilir. Mal mevcut değilse, yeminiyle beraber alıcının sözü kabul edilir.⁷⁴

Borç, muaccel olarak doğmuşsa alacaklı ifanın yapılmasını hemen isteyebilir ve borçlu da bu talebe derhal uymak zorundadır. Ancak burada sözü edilen hemen veya derhal sözcükleri dar olarak yorumlanmamalı, normal hayat şartlarının gerektirdiği şekilde çabuk davranmak şeklinde anlaşılmalıdır. Nitekim satılan bir gayrimenkulde satıcıya ait çokça mal bulunuyorsa, derhal teslim etmelidir diye oradaki eşyasını geceleyin boşaltması gerekmediği gibi, o yörede bulunan bütün hammalları da toplaması gerekmez. Bu mallarını, normal şartlarda nasıl yapıyorsa ona göre (âdet) nakleder.⁷⁵

2. Borcun müeccel olması

Borcun muaccel olması değil müeccel olması isbata muhtaç bir meseledir. Borcun müeccel olduğu isbat edilmedikçe muaccel olduğu kabul edilir. Taraflar, açıkça veya zımnen borcun müeccel olmasını kararlaştırmış olabilirler. Açıkça belirtmemiş olsalar bile, işin mahiyeti, konuyla ilgili bir âdet veya teamül bir vadeyi gerektirebilir. Veyahut işin mahiyeti borcun muaccel olmasına engel olabilir. Bütün bu durumlarda borç muaccel değildir. Borç doğar doğmaz ifası istenemez. Artık ifa talebi, borcun muaccel olacağı zamana tehir edilir.

⁷⁴ Derdir, *eş-Şerhu's-Sağir*, III, 253.

⁷⁵ Zerkeşi, *Habâyâ*, 249.

Yapılan hukuki işlemin ecele bağlanması ile şarta bağlanması birbirine karıştırılmaya yatkın bir meseledir. Ecele bağlanan hukuki işlemde, borcun doğumu değil talep hakkının doğumu kararlaştırılan ecelin gelmesine bağlıdır. Şarta bağlanan işlemde ise, borcun doğumu şartın gerçekleşmesine bağlıdır. Ecele bağlı işlemle alacak hakkı doğmakta, fakat bu alacak ecel gelmeyene kadar talep edilememektedir. Ancak söz konusu tarihin gelmesiyledir ki, alacaklı talep hakkına kavuşmaktadır. Oysa şarta bağlı işlemde, ancak söz konusu şart gerçekleşirse borç doğar.

a. Vadenin akitle tayini

Borcun müeccel olacağı akitte kararlaştırılmış olabilir. Taraflar, kuracakları borç ilişkisinde yer alan edimleri, mesela bey' akdinde yer alan semeni uygun gördükleri bir vadeye bağlamış olabilirler.

İslam hukukunda bazı borç ilişkilerindeki edimler çeşitli düşüncelerle vadeye bağlanmaya elverişli görülmemiştir. Bir anlamda bunlar akit serbestisinin birer istisnasını teşkil eder. Bu istisnalardan biri, riba (veya vadelinin vadeli ile mübadelesi) düşüncesine dayanmaktadır. Edimlerden birinin veya her ikisinin vadeye bağlanması, aralarında kurulması gereken eşitliğin kaybolmasına, dolayısıyla da ribanın oluşmasına yol açar. Nitekim sarf akdinde, karşılıklı bedeller arasındaki eşitlik, ancak her iki bedelin akit meclisinde kabzedilmesiyle gerçekleşir.⁷⁶ Bu şart ihlal edildiği takdirde, istenilen eşitlik edimlerden biri lehine, diğeri aleyhine bozulur ve yasaklanan riba tahakkuk etmiş olur. Edimlerden sadece birisinin bu şekilde vadeye bağlanması halinde nesie ribası oluşur. Her ikisi birden vadeye bağlanmışsa “bey’u’l-kâli’ bi’l-kâli” yasağı kapsamına girilmiş olur. Bu nedenle sarf akdinde yer alan edimlerden ne sadece biri ne de her ikisi birden müeccel olmaya elverişli değildir. Karz akdinde vadenin bağlayıcı olmadığını savunan çoğunluğun endişesi de aynı türden bir düşünceye dayanmaktadır. Şöyle ki, karz konusu şey, genellikle ribevi bir maldır. Ribevi bir malın kendi cinsiyle mübadele edilmesi durumunda mutlaka peşin olarak ifa edilmesi gerekir. Araya vade girince nesie ribası oluşur. Karz ivazlı bir akit niteliğinde telakki edildiği için

⁷⁶ Sarf akdinin muktezası, her iki bedelin akit meclisinde taraflar birbirlerinden ayrılmadan kabzedilmesidir. Böyle bir akitte vade kaydının ileri sürülmesi onun yapısına ters düşer. Bu nedenle sarf akdinin sıhhati için, ecel kaydının yer almaması gerekir (Kâsânî, *Bedâi*, V, 219; İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 59).

vade bağlayıcı sayılmayarak belirtilen sakınca teorik olarak önlenmiş kabul edilmektedir. Belirtilen anlamda tarafların akit serbestisini kısıtlayan bir durum da selem akdinde söz konusudur. Nitekim selem akdinde selem bedeli (re'sü'l-mal) peşin ödenmezse⁷⁷ her iki bedel de vadeli olacağı için "bey'u'l-kâli' bi'l-kâli"⁷⁸ yasağı ihlal edilmiş olur.

Diğer bir istisna da, ferden muayyen edimin niteliğine dayanmaktadır. Buna göre, vade, mevcut olmayan mallar, yani deyn niteliğindeki edimler için bir anlam ifade eder. Çünkü borçluya vade tanınarak, bu süre zarfında edimini temin etme imkanı ona bahşedilmiş olur. Fakat borcun konusu ferden muayyen bir şeyden oluşuyorsa, bunun vadeye bağlanması vadenin amaç dışı kullanılması anlamına gelir.⁷⁸ Fakat bunun da ötesinde ferden muayyen edimlerin vadeye bağlanmaya elverişli sayılmamasının temelinde mülkiyetin intikal anı ve hasar düşüncesinin yattığı kanaatindeyiz. Özellikle bir bey' akdinde, satılan şeyin mülkiyeti, ittifakla akit yapılır yapılmaz alıcıya geçer. Mülkiyet alıcıya akitle geçtiğine göre, teslim derhal yapılmalı ki, bu aşamadaki muhtemel problemlerin zuhuru önlenmiş olsun veya asgariye indirilmiş olsun. Bilhassa hanefi ve şafii doktrininde hasarın satıcıya yüklenmesi, esas itibariyle ifanın en kısa zamanda gerçekleşmesini temin etme amacına yöneliktir. Zira hasar satıcıya yükletilince, satıcı, bu tehlikeden bir an önce kurtulmak için o şeyi derhal teslim etmeğe gayret gösterir. Görüldüğü gibi mülkiyetin akitle alıcıya geçmesi, ama hasarın satıcıda kalması ifaya sürat kazandırmaktadır. Bu şartlar altında parça borcunun vadeye bağlanması, belirtilen yararlı sonuçları önlediği gibi istenilmeyen pek çok problemi de gündeme getirmiş olur. Bununla birlikte bazı müçtehitler mebûin vadeye bağlanmaya elverişli olduğu görüşündedirler. İbn Kayyîm'in belirttiği gibi, her mebûin akde müteakip teslimi dinî bir zorunluluk değildir. Taraflar bazen mebûin derhal teslim edilmesini, bazan da tehir edilmesini isterler. Bu geciktirmeyi de bazan semen, bazan da karşı bedel (müsmen) hakkında şart koşarlar. Olur ki, satıcının mebûi geç teslim etmesinde kendisinin menfaati ve haklı bir maksadı vardır. O halde din, birine faydası olan, diğerine de bir zararı olmayan bir şeyi ne diye engellesin. Çünkü alıcı da teslimin geciktirilmesine rıza göstermektedir.⁷⁹ Örf gerekli kılıyorsa, mebûin tesliminin geciktirilmesine ittifakla cevaz verilir. Kaldı ki, şart ile istisna edilen örf ile istisna

⁷⁷ İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 327.

⁷⁸ Şeybânî, *Asl*, V, 67; İbn Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, V, 219; Süyûtî, *Eşbâh*, 329.

⁷⁹ İbn Kayyîm, *I'lâm*, II, 29.

edilenden daha kuvvetlidir; hatta din ile istisna edilenden de kuvvetlidir. O halde akit, mebîn vadeye bağlanması şeklinde bir kayıt içeriyorsa (mukayyed), böyle bir akdin hükmü, kararlaştırılan vadeye kadar mebîn müeccel sayılmasıdır.⁸⁰

Parça borçlarına ilişkin bu tür bir tartışmaya ihtiyaç duyulması islam hukukunun satım sözleşmesine yüklediği işleve irca edilebilir. Yukarda da belirttiğimiz gibi satılan şeyin mülkiyeti, akitle karşı tarafa geçmektedir. Bu durumda mülkiyeti alıcıya geçmiş sayılan şeyin satıcıda bırakılması satım akdinin amacına aykırı düşer. Oysa bu tür bir tartışma, Alman ve Türk hukuk sistemlerinde yer almaz. Çünkü bu hukuk sistemlerinde akid bir borçlanma işlemi niteliğindedir. Bu nedenle satılan şeyin mülkiyeti akitle değil, teslimle geçmektedir. Bu teslimin de mülkiyeti geçirmek maksadıyla olması şarttır. Çünkü bir kazandırma işlemi, ifa, bağışlama veya ödünç maksadıyla yapılır. Bu nedenle bu teslim işleminin, belirtilen maksatlardan hangisiyle yapıldığının taraflarca bilinmesi gerekir.

İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, bazı borç ilişkileri, yapıları gereği vadeli olmak zorundadır. Tarafların bunu muaccel olarak tayin etme imkanları yoktur. Bu nedenle taraflar, vadeyi akit sırasında ve anlaşmazlığa yol açmayacak şekilde tayin etmek durumundadırlar. Nitekim şafiilerin dışında kalan bilginlere göre selem peşin olması mümkün değildir, mutlaka müeccel olması gerekir.⁸¹

Tarafların akitte kararlaştırdıkları vade, yeterince belli olmalıdır. Bunun için de vade tayininde objektif olarak bilinen tarihler esas alınmalıdır. O da ancak örfün dikkate alınmasıyla mümkündür.⁸² Bu noktada dikkate alınacak örf ise, tarafların yaşadıkları yer ve zamanın örfüdür.⁸³ Özellikle karşılıklı edimleri içeren bir akit söz konusu ise vadenin daha titiz bir şekilde tayin edilmesi gerekir. Çünkü bu tür akitlerde vadedeki cehâlet, akdin fesadına neden olur. Nitekim bir bey' akidinde semenin bağlandığı vade yeterince açık olmazsa, bunun semenin miktarının yeterince belli olmamasından farkı kalmaz. Çünkü vadenin semen içinde bir payı vardır. O halde bu tür akitlerde vade, objektif kıstaslara göre tayin edilmiş olmalıdır. Nitekim literatürde, vadenin hasat zamanına veya hacıların dönüş zamanına kadar şeklinde belirtilmesi aşırı bir bilinmezlik sayılmamakla birlikte,

⁸⁰ İbn Kayyîm, *I' lām*, II, 30.

⁸¹ Karâfî, *Furûk*, III, 289, f. 200.

⁸² İbn Kudame, *Muğni*, IV, 324.

⁸³ İbn Abidin, *Hâşiye*, V, 188.

⁸² İbn Kudame, *Muğni*, IV, 324.

⁸³ İbn Abidin, *Hâşiye*, V, 188.

karşılıklı edimleri içeren akitler hakkında bir fesat nedeni sayılmıştır. Fakat bu şekilde belirtilen vadeler, tek tarafa borç yükleyen akitlerde (teberruât), akdin geçerliliğini etkileyecek kadar bir bilinmezlik içerdiği kabul edilmemiştir.⁸⁴

Taraflar vadenin uzunluğu konusunda anlaşmazlığa düşerlerse, borçlu, iddiasını isbat etmedikçe, alacaklının sözü esas alınır.⁸⁵ Fakat anlaşmazlık vadenin mevcudiyetiyle ilgili olursa, akdin mahiyetine bakılır, hangi tarafı destekliyorsa onun sözü esas alınır. Mesela selem akdinde böyle bir anlaşmazlık çıkmışsa, selem akdi, vadenin mevcudiyetini savunan tarafı destekler.⁸⁶ Fakat bey' akdi, muacceliyeti savunan tarafı teyid eder.

b. Vadenin örf veya âdetle tayini

Akdin yapıldığı yerde, doğan borcun müeccel olacağı yönünde bir âdet mevcut ise borcun müeccel olduğu kabul edilir. Çünkü taraflar bu âdetin varlığını bilerek borç ilişkisine girmektedirler. Doğan borcun, bu âdet nedeniyle zaten vadeli olacağını bildikleri için bunu ayrıca zikretme ihtiyacı duymamışlardır. O halde borcun vadeli olacağı açıkça belirtilmemiş de olsa sadece o yöndeki âdetin varlığı böyle bir sonucun doğması için yeterlidir. Ne var ki, bu âdetin, tarafların o yönde bir açıklamada bulunmalarına ihtiyaç hissettirmeyecek derecede yaygın ve yerleşik olması gerekir.⁸⁷ Nitekim bir bey' akdi, semenin ifa zamanı anılmaksızın yapılmışsa problem örfle göre çözümlenir. Çünkü örfle bilinen akitle açıkça belirtilen gibidir.⁸⁸ Örf, borcun müeccel veya taksitli olacağı yönünde olursa buna göre hükmedilir. Bu yönde bir örf yoksa semenin muaccel olduğuna hükmedilir.⁸⁹

c. Vadenin işin mahiyetine göre tayini

Taraflar ifa zamanını belirtmemiş olsa bile, bazı borç ilişkilerinin mahiyetleri, doğan borcun muaccel değil, müeccel olacağını gerektirir. Bu tür bir borç ilişkisinde, alacaklı, borcun müeccel olduğuna dair bir kaydın akitte yer almadığını

⁸⁴ İbn Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, V, 222-223.

⁸⁵ Şeybânî, *Asl*, V, 24.

⁸⁶ Şeybânî, *Asl*, V, 25.

⁸⁷ Mecelle md. 41'e göre, "Âdet ancak muttarid yahut galip olduktan mu'teber olur"; md. 42'ye göre ise, "İ'tibar galib-i şâyia olup nâdire değildir".

⁸⁸ Mecelle md. 43'e göre, "Örfen ma'ruf olan şeyşart kılınmış gibibidir".

⁸⁹ Hafif, *Ahkâm*, 384-385.

ileri sürerek borçludan derhal ifada bulunmasını isteyemez. Çünkü borçlu, özellikle bir istisna akdinde, borçlandığı edimi temin edebilmesi için zorunlu olarak belli bir süreye ihtiyaç duyar. Kaldı ki, alacaklı, onun, bu süreyi kullanmadan edimi temin edemeyeceğini de bilir. Yine bir âriyet veya karz akdinde, ariyet alan veya karz alan, aldıklarından belli bir süre yararlanmadan iade etmeleri düşünülemez. Gerçi bu akitlerde ariyet veren veya karz veren talep haklarına her an sahip bulunmaktadır. Ancak bu talep haklarını borç doğar doğmaz kullanmaları işin doğasına ters düşer.

Hanefi ve şafiiler arasında tartışma konusu olan icare akdinde icare bedelinin muaccel veya müeccel olduğu meselesi, vadenin işin mahiyetinden çıkarılıp çıkarılmayacağına güzel bir örnek teşkil eder. Şafii'ye göre, yapılan bir icare akdinde, icare bedelinin ifa zamanına ilişkin bir kayıt yer almasa da (mutlak), müccir, akit yapılır yapılmaz kira bedelini talep edebilir. Çünkü icare akdi, nikah ve bey' gibi her iki tarafa borç yükleyen bir akittir. İcarede akit konusunun menfaat olması onun ayn sayılmasına engel değildir. Bedellerden birini bir aynın oluşturduğu iki tarafa borç yükleyen bir akit yapılırca, bu aynla birlikte karşı bedel üzerinde karşılıklı mülkiyet intikali gerçekleştiği gibi edimlerden birinin menfaat olduğu durumlarda da aynı sonuç gerçekleşir. Menfaatin, ayn hükmünde sayılması gerekir. Yoksa bir şey ayn değilse o halde deyndir. Menfaat deyn sayılsa, karşı edim olan icare bedeli de deyndir. Her iki bedel de deyn niteliğinde olursa bunların her ikisinin de müeccel olmaması gerekir. Yoksa dinin bu yöndeki yasağı çiğnenmiş olur. Gerçi menfaatin akit yapıldığı sırada gerçekte mevcut olmadığı doğrudur. Ancak dinin böyle bir akde cevaz vermesi ve ona bağlayıcılık kazandırması, menfaatin hükmen mevcut sayılmasını sağlamaktadır. Yoksa ma'dum üzerinde yapılacak bir muavaza akdi kurulamaz, dolayısıyla borç da doğuramaz. Ne var ki, hukuk, insanların ihtiyacı nedeniyle, gerçekte yok olanı hükmen mevcut kabul etmektedir. Nitekim hukuk, rahimdeki akibeti meçhul nutfeyi miras ve vasiyyet gibi konularda hükmen canlı saymıştır.⁹⁰ Bu konuda hanbelilerin de görüşü bu istikamettedir. Onlar da menfaati bir mal olarak telakki etmişlerdir. Dolayısıyla icare bedelinin ifa zamanına ilişkin bir kayıt akitte yer almıyorsa, akitle birlikte bedele hak kazanılır ve muaccel sayılır.⁹¹ Hanefiler ise, icare bedeline ilişkin talep hakkının akdi müteakip doğmadığını ileri sürmüşlerdir. Onlara göre

⁹⁰ Serahsî, *Mebûsât*, XV, 108.

⁹¹ İbn Kudame, *Muğni*, V, 434, 443.

⁹⁰ Serahsî, *Mebûsât*, XV, 108.

⁹¹ İbn Kudame, *Muğni*, V, 434, 443.

mûcirin böyle bir hakka sahip olması için, tarafların, icare bedelinin peşin ödeneceğini akitte kararlaştırmış olması veya kiracının bu şekilde ifade bulunacağını belirtmiş olması gerekir. Böyle bir durum söz konusu değilse menfaat niteliğindeki karşı edim elde edilmedikçe mûcir icare bedeline hak kazanamaz.⁹² Yalnız hanefilerde menfaatin bütününün elde edilmiş olması şart değildir; belli aralıklar esas alınarak o ana kadar elde edilmiş menfaate tekabül eden bedel istenebilir. Taşıma için yapılan icarede belli merhaleler esas alınır. Her merhale bitiminde ücretin tahakkuk eden kısmı talep edilebilir. Aslında kıyasa uyulsa yürümenin yapıldığı her an ona tekabül eden ücret de tahakkuk eder. Bu ise sürekli bununla uğraşmayı gerektirdiği için bundan vazgeçilmiştir. Ebû Yusuf, önceleri kiralanan bir yerin kirasının müddetin tamamen bitiminde talep edilebileceğini benimsemişken sonraları bundan vazgeçerek belli aralıklarla ödemenin daha uygun olacağını kabul etmiştir.⁹³

İslam hukukunda işlenen diğer akitlerde de ifa zamanı çoğunlukla işin mahiyeti dikkate alınarak belirlenmeye çalışılmıştır. Mesala âriyet akdinde âriyet veren, dilediği zaman âriyet verdiği şeyi geri isteyebilir. İster belli bir zaman kaydıyla ister mutlak olarak verilmiş olsun. Vade onu bağlamaz. Ancak kural bu olmakla birlikte bunun birtakım istisnaları vardır. Mesela ziraat yapılmak üzere âriyet olarak verilen bir arazi, âriyet alan tarafından ekilip hasad zamanı gelmeden, sahibi tarafından, ekinden arınmış olarak iade edilmesini istediğinde kıyas gereği, âriyet alan buna uymak zorundadır, fakat istihsan gereği, âriyet veren hasad zamanına kadar beklemek zorundadır. Ancak talepte bulunduğu zamandan itibaren hasad zamanına kadar âriyet verene arazisi için ecri misil işletilir. Şayet bu tarla ağaç ekmek veya bina yapmak üzere âriyet alınmış olsaydı, mal sahibinin bekleme mecburiyeti de olmayacaktı. Eğer âriyet alana bir süre vermiş idiyse, buna uymadığı için, âriyet alanın iki seçeneği olurdu; biri, tarla üzerinde diktiği ağaç veya yaptığı binayı, bedelini alarak tarla sahibine bırakmak, ikincisi ise, bunları söküp alma ve aynı zamanda bundan dolayı maruz kaldığı sökme ve kaldırma masraflarını (zararını) tarla sahibine tazmin ettirmek. Çünkü âriyet veren onu aldatmış olmaktadır. O hale aldatmak suretiyle ona verdiği zararı karşılamak zorundadır.⁹⁴

⁹² Serahsî, *Mebûsât*, XV, 108.

⁹³ Serahsî, *Mebûsât*, XV, 111.

⁹⁴ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 217.

⁹² Serahsî, *Mebûsât*, XV, 111.

⁹³ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 217.

İşin mahiyetine göre ifa yerinin belirlenmesi işi içtihadı açık bir konu olduğu için farklı sonuçlara varılması devamlı mümkündür. Yasakoyucular, hakimlere kolaylık sağlamak amacıyla borç ilişkisinin mahiyetini dikkate alarak vadenin belirlenmesi işini bizzat üstlenip bazı borç ilişkileri hakkında düzenleyici kurallar koymuşlardır. Bu hükümlerin uygulanması, tarafların aksini kararlaştırmamış olması veya bir âdetin mevcut olmaması şartına bağlıdır. Çünkü tasrih mukabelesinde delâlete itibar edilmez (Mecelle md. 13).

BK, işin mahiyetini dikkate alarak bazı borç ilişkileri hakkında vade tayini yoluna gitmiştir. Adi kirada, kira akdi altı aylık veya bir yıllık olarak yapılmışsa kira bedeli her altı ayın sonunda ödenir. Kira süresi altı aydan daha az ise her ayın bitiminde o aya tekabül eden kira ödenir. Bir aydan da az süreli kiranın bedeli süre bitiminde ödenir (md. 257). Hasılat kirasında ise her kira yılının dolmasıyla daha az süreli akitlerde sürenin bitiminde bedel ödenir (281/II). Âriyette, süre ve kullanma sebebi belirtilmemişse, onu veren, dilediği vakit ve herhangi bir sebep belirtmeksizin, geri isteyebilir (md. 304). Fakat kullanma nedeni belirtilmiş ise, alan, akid gereğince şeyi kullanmadıkça veya kullanabilecek kadar bir süre geçmedikçe âriyet veren onu geri isteyemez (md. 303). Karz borcu, karz verenin talebi üzerinden altı hafta geçince muacceliyet kazanır (md. 312). Ameleye ve iş sahibi ile birlikte yaşamayan hizmetçilere haftada bir; idarehane memurlarına ve müstahdemlerine ve iş sahibi ile beraber yaşayan hizmetçilere her ay ücret ödenir; hizmet akdinin sona ermesi ile ücret de her halde muacceliyet kazanır (md. 326). İstisna akdinde, işin parası, teslim zamanında ödenir (md. 364). Neşir mukavelesinde, bir eser tamam olarak neşredilecekse tamamının ve cilt, cüz, forma gibi kısım kısım yayınlanacaksa her kısmının basımını ve satışa hazır bulundurulmasını müteakip bedelin tediyesi lazım gelir (md. 381). Komisyoncular ise kendilerine verilen işi yaptıkları taktirde ve yaptıktan sonra ücretlerini isteyebilirler (md. 423). Vediada, süre tayin edilmiş olsa bile, veren her zaman için, verdiği şeyi alabilir (md. 466). Ardiyede, ardiye ücreti her üç ayda bir kere ve herhalde eşyanın tamamen veya kısmen geri alınışında ödenir (md. 476/II). Âdi kefalette, kefilden borcun ifasının istenebilmesi için, kefalet akdinden sonra borçlunun iflas etmiş veya icra takibi semeresiz kalmış, ya da borçlu aleyhine Türkiye'de takibat icrası imkânsız hale gelmiş olmalıdır (md. 486/I); müteselsil kefalette, alacaklı asıl borçlu veya müteselsil kefilden, sıraya bağlı olmaksızın, borcun ifasını istemek yetkisine sahiptir (md. 487).

borcun ifasını istemek yetkisine sahiptir

C. TECİL

1. Kavram

Tecil, muaccel bir borcun, müeccel hale getirilmesi olarak tanımlanabilir. İfa zamanını değiştirmeye yönelik bu işlemin, İslam hukuk literatüründe, tek taraflı bir işlem olarak algılandığı intibai uyanmaktadır.⁹⁵ Fakat borçlu muvafakat etmediği takdirde alacaklının tek taraflı olarak alacağını tecil etmesi bir anlam ifade etmeyeceğine göre tecilin iki taraflı bir işlem niteliğinde olması görüşü daha uygun görünmektedir. Tecil, genellikle borçlunun menfaatine bir işlem olduğu için alacaklının bu yöndeki iradesine borçlu karşı çıkmaz; kabul ettiğini açıkça belirtmese de menfi cevap vermemesi buna rıza gösterdiği anlamına gelir. Bu nedenle tecile ilişkin iradenin sarîh olması şart olmayıp zımnî de olabilir.⁹⁶

2. Şartları

a. Edim tecile elverişli olmalı

Tecile gidilebilmesi için borç konusu şeyin tecile elverişli olması gerekir. Edimin mahiyeti tecile elverişli değilse yapılacak tecilin bir anlamı olmaz. Bu elverişliliğin kapsamına ne tür edimlerin girdiğini belirlemek gerekir. Tecil edilecek edimin deyn niteliğinde olması tecile taraftar olanların ortak görüşüdür. Deyn niteliğinde olmayan bir borcun tecili tartışma konusu yapılmış değildir. Mezheplerin bu konudaki görüşlerini ise üç ana grupta toplamak mümkündür.

Birinci görüş, muacceliyet kazanmış hiç bir borç, tecil edilerek müeccel hale getirilemez şeklindedir. Bu görüş sahipleri arasında Hâris el-'Ukelî, Evzâî, İbnu'l-Münzir, Şafiî, hanbeliler ve hanefilerden Züfer bulunmaktadır.⁹⁷

İkinci görüş, birincinin tam karşı kutbunu oluşturmaktadır. Buna göre deyn niteliğindeki her borç tecile elverişlidir. Bu görüşü savunanların başında Malik ve Leys gelir. Bu görüşe, Resulullahın "Müslümanlar, şartlarına bağlıdır" hadisi gerekçe gösterilmiş. Ayrıca yapılan bir akdi ikale veya icra etmeğe mezun olan

⁹⁵ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 3.

⁹⁶ Arsebük, *Borçlar Hukuku*, II, 735.

⁹⁷ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 349; Süyûtî, *Eşbâh*, 330; İbn Hümâm, *Feth*, V, 272.

taraflar, ona ilavede bulunmaya öncelikle mezun olmalıdırlar.⁹⁸ Ashında bunun temelinde va'din bağlayıcı bir işlem olduğu görüşü yatmaktadır.

Üçüncü görüş ise bir borcun tecile elverişli olup olmadığına karar verilirken borç kaynağının esas alınmasını öngörmektedir. Buna göre borç karzdan veya bir haksız fiil türü olan itlaftan doğmuşsa böyle bir borç tecile elverişli değildir. Bunların dışında kalan semen, ücret, mehir, hul' bedeli gibi edimler tecile elverişlidir. Bu üçüncü görüş hanefilere aittir. Onlar bu görüşü savunurken ecele atfedilen değerden hareket etmektedirler. Şöyle ki, ecel, bedelin bir kısmına karşılık gelir. Karz ise, bedelinde artış ve eksilmeye elverişli değildir. Yine itlaf edilen şeyin misli de artış ve eksilmeye elverişli değildir. Bu nedenle bunlar tecile elverişli değildir. Fakat geri kalan bedeller ise artırılmaya elverişli oldukları için tecile de müsaittir.⁹⁹ İbn Kudame'nin hanefilere ait bu görüşün karza ilişkin açıklaması pek tutarlı değildir. Çünkü vade kural olarak borçlunun menfaatindedir. Vadenin alacaklı lehine bir faydası yoktur. Diğer bir ifadeyle alacaklı fedakarlıkta bulunmaktadır. Alacaklı, borcu tecil etmekle sanki alacağının bir kısmını ona karşılıksız vermektedir. Bu ise, teşvike değer bir işlemdir.

Hanefiler ise bu konudaki görüşlerini şu şekilde izah etmektedirler: Karz, başlangıç itibariyle bir teberru niteliğindedir. Bu nedendir ki, teberru ehliyetine sahip olmayan bir kimse karz işlemini yapamaz. Sonu itibariyle de, bir muavaza işlemi niteliğindedir. Çünkü mustakrizin borcu, aldığıнын aynısını değil mislini iade etmektir. Başlangıcı dikkate alındığında, yani teberru olduğu gözönünde bulundurulduğunda, âriyette de olduğu gibi, tecilin alacaklıyı bağlaması akdin yapısıyla bağdaşmaz. Sonu itibariyle de karzın tecili bağlayıcı sayılamaz. Yoksa yapılan, paranın parayla vadeli satımı, yani riba olur. Bu ise karzın fesadına yol açar. Oysa din, karzı mendup bir fiil saymış ve ümmet de cevazında icma etmiştir. Böylece hanefiler başlangıcını esas aldıklarını ve bağlayıcı olmaksızın cevazına kail olduklarını belirtmişlerdir. Bununla birlikte karzda eceli bağlayıcı saydıkları tek bir durum vardır. O da, kişinin, belli bir miktar paranın belirli bir süre bir şahsa karz olarak verilmesini vasiyet etmesidir. Bu durumda vade bağlayıcı olur. Çünkü başka işlemlerde bağlayıcı olmayan pek çok şey, vasiyette bağlayıcı olur.¹⁰⁰

⁹⁸ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 349.

⁹⁹ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 349.

¹⁰⁰ Bâbertî, *İnâye*, V, 272-273; Zeyla'î, *Tebyîn*, IV, 84.

⁹⁸ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 349.

⁹⁹ İbn Kudame, *Muğni*, V, 272-273; Zeyla'î

Ayrıca akit meclisinde kabzı şart olan edimler de, tecile elverişli olamaz. Çünkü bu tür edimlerin kendisinden doğduğu akitler, yapıları gereği, edimlerin akit meclisinde kabzı gerekir. Tecil işlemi ise bu şartı ihlal eder niteliktedir.

Yukarda tecil edilecek edimin, ilke olarak, deyn niteliğinde olması gerektiğini belirtmiştik. Bu kural karşısında ayn niteliğindeki borçların tecile elverişli olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Doktrinde hakim olan görüş ayn niteliğindeki bir alacağın tecile konu olamayacağı yönündedir. Buna gerekçe de vadenin, borçlanılan edimi tedarik etmek için meşru kılınmış olması şeklindedir. Ferden muayyen bir edim ise zaten mevcut bir şeydir. Mevcut olan bir şeyin ayrıca vadeye bağlanmasına gerek kalmaz. Fakat vadeyi sadece bu esasa dayanmakla izah etmek yeterli değildir. İnsanlar sadece, mevcut olmayanı tedarik etmek için vadeye ihtiyaç duymazlar. Başka amaçlarla da vadeye ihtiyaç duyulabilir. Mevcut olduğu halde, taraflar alacağın bir vadeye bağlanmasını kendi menfaatlerine uygun bulabilirler. Bu durumda taraflardan hiç birinin zararı yoksa neden buna müsaade edilmesin?

b. Tecil nedeniyle edim artırımına gidilmemeli

Tecil nedeniyle edimin miktarında veya niteliğinde alacaklı lehine bir değişiklik yapılmaması gereğidir. Çünkü vadenin uzatılmasına karşılık borcun da artırılması şeklindeki bir anlaşma ittifakla haramdır. Bu alacağın para, gıda maddesi olması; karz, bey' veya başka bir borç ilişkisinden doğmuş olması farketmez. Bu, açıkça yasaklanmış cahiliye ribasıdır.¹⁰¹

c. Tecille kararlaştırılan vade malum olmalı

Vadenin, vuku bulup bulmayacağı veya vuku bulsa bile ne zaman vuku bulacağı bilinmeyen bir şarta ta'lik edilmesi geçerli olmaz. Çünkü bu durumda aşırı bir bilinmezlik söz konusudur. Fakat hasat zamanına kadar şeklindeki hafif bir bilinmezliğin yapılan tecile zararı olmaz. Nitekim kefalette de bu türden bir bilinmezlik önemsenmez. Ancak böyle bir bilinmezlik tam iki tarafa borç yükleyen bir akitte olsaydı o akdin fasit olmasına neden olurdu. Fakat burada bu türden bir katılık yoktur. Çünkü alacaklı açıkça borçlusuna fayda sağlayan bir işlem yapmaktadır.¹⁰²

¹⁰¹ Ibn Cüzey, *Kavânin*, 257.

¹⁰² Zeyla'î, *Tebyîn*, IV, 84.

¹⁰³ Ibn Cüzey, *Nasabun*, 117.

3. Hukuki niteliği

Tecil, alacağı değiştiren bir tasarruf işlemidir. Çünkü tecil, muacceliyet tarihini geciktirir ve bu müddet zarfında alacaklının talepte bulunmasını önler.¹⁰³ Gerçekten tecil, vadenin gelmesine kadar geçici bir ibra niteliğindedir.¹⁰⁴ Bu nedenle tecile istinat eden borçlu, teknik anlamda bir defide değil, bir itirazda bulunmaktadır.¹⁰⁵

Bağlayıcılık açısından tecilin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bazı bilginlere göre bir va'd niteliğindedir. Va'd ise bağlayıcı değildir. Bu nedenle, tecilde bulunan alacaklı dilediği zaman alacağını talep edebilir ve borçlu da bu talebe uymak zorunda olup bir itiraz dermeyan edemez. Nitekim şafiiler, hanbeliler ve Züfer'e göre satım akdi yapıldıktan sonra satıcı, semen alacağını, tecil etmişse, bu işlem, satıcıyı bağlamaz. Çünkü onlara göre, semen alacağı da karz alacağı gibi tecile elverişli değildir. Ancak hanefilere göre, tecil satıcıyı bağlar. Tecilin fonksiyonu, alacağa ilişkin talep hakkını belli bir süre tehir etmek olduğuna göre semen alacağını ibra ederek tamamen düşürebilen alacaklı, kısmî bir ibra niteliğinde olan tecil işlemini de rahatlıkla yapabilmelidir. Yeter ki, tecil işlemiyle belirtilen yeni vade yeteri derecede açık olsun. Ancak bu açıklık, semenin akit sırasında müeccel olması halindeki kadar şart değildir. Tecille tayin edilen yeni vadenin az sayılabilecek bir bilinmezlik içermesi tecile tesir etmez. Çünkü tecilde taraflar arasındaki menfaat dengesi tam iki tarafa borç yükleyen (muavaza) bir akitteki menfaat dengesi kadar hassas değildir.¹⁰⁶ Malik de hanefiler gibi, muaccel olarak doğan semenin, satıcı tarafından tecil edilmesi halinde, borcun müeccel olacağı görüşündedir.¹⁰⁷

4. Hükümleri

a. Borç müeccel olur

Tecil anlaşması ile birlikte muaccel olan borç müeccel hale dönüşür. Bu nedenle alacaklı talep hakkını, yeni vade gelmeyene kadar kullanamaz.

¹⁰³ Arsebük, *Borçlar Hukuku*, II, 735.

¹⁰⁴ Bâberü, *İnâye*, V, 272-273.

¹⁰⁵ Arsebük, *Borçlar Hukuku*, II, 735.

¹⁰⁶ Bâberü, *İnâye*, V, 272-273.

¹⁰⁷ İbn Hümâm, *Feth*, V, 272.

b. Hapis hakkı son bulur

Her iki tarafa borç yükleyen bir akitte yer alan karşılıklı edimlerden biri tecil edilince artık karşı edim üzerinde hapis hakkı ileri sürülemez. Mesela bey' akdinde satıcı, semen alacağını tecil ederse, mebî üzerindeki hapis hakkını kaybeder.

D. SÜRELERİN HESAPLANMASI

Tarafların tayin ettikleri vade veya süreler, akdin yapıldığı yer ve zamanda bilinen zaman birimleri esas alınarak hesaplanır. Bu nedenle insanlar tarihte zaman için çeşitli hesap ölçüleri, takvimler kullanmışlardır. Bu gerçeğin bilincinde olan islam hukukçuları, örfe oldukça önem vermiş ve pek çok hükmü onunla izah etmişlerdir.¹⁰⁸ Fıkıh literatüründe yer alan konuyla ilgili bilgilerde kendi zamanlarının ve yaşadıkları coğrafyanın cari örfünün esas alındığı açıkça görülmektedir. Ayrıca örfe dayalı hükümlerin mutlak olmadığı, bunların yer ve zamana göre değişkenlik gösterebileceği de bir ilke olarak açıkça belirtilmiştir.¹⁰⁹

Muamelat dışında kalan hususlarda, özellikle ibadetlerde ve ibadet unsuru içeren işlemlerde sözü edilen vade ve süreler hesaplanırken kameri takvim esas alınmış ve bunun genel geçer olduğu kabul edilmiştir. Nitekim oruç ve iddet süreleri ay hesabına göre belirlenmiştir.

1. Vadenin gün ile tayin edilmiş olması halinde

Gündüz ile gece birlikte bir günü oluşturur. Ancak gün tabiri, hizmet akdi için belirtilmişse, bundan işçinin gece-gündüz çalışacağı anlamı çıkmaz. Bundan maksat bir gündeki çalışma saatleridir. Fakat gün, kira akdi için belirtilmişse, bununla kesintisiz bir süre kastedilmiş olur.

Vade veya süre gün ile belirtilmişse, içinde bulunan gün hesap dışı tutularak belirtilen sayının son günü vade veya süre tamamlanmış olur. Buna göre ayın beşinde yapılan bir akitte, yirmi günlük bir vade veya süre kararlaştırılmış ise, içinde bulunulan gün hesaba katılmadan yirminci gün olan ayın yirmibeşi vadenin veya sürenin son günü olur. Ancak bu son günün başlangıcı, süre veya vadenin bitimi değildir. Bir vade söz konusu ise, borcun, belirtilen günün bitimine kadar ifa

¹⁰⁸ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 324; İbn Abidin, *Hâşiye*, V, 188.

¹⁰⁹ Mecelle md. 39'a göre, "Ezmanın tağayyuru ile ahkâmın tağayyuru inkâr olunamaz".

edilmiş olması gerekir. Türk hukukunda vadenin tesadüf ettiği son gün, bir tatil günü ise, tatili takip eden ilk mesai günü vade tarihi olur. Ancak bir süre söz konusu ise, belirtilen tarih geldiğinde süre son bulmuş olur. Bunun bir tatil günü olup olmaması önemli değildir. Ayrıca belirtilen vade, sekiz gün veya onbeş gün şeklinde belirtilmişse, bundan maksat bir hafta veya iki hafta değil, tam olarak belirtilen gün sayıdır. Yarım aydan maksat, iki hafta değil tam olarak onbeş gündür.

2. Vadenin hafta ile tayin edilmiş olması halinde

Hafta, yedi günlük bir süredir. Vade, hafta ile tayin edilmişse, içinde bulunan güne, son haftanın içinden hangi gün ismen tevafuk ediyorsa, o gün, vadenin son günüdür.

3. Vadenin ay ile tayin edilmiş olması halinde

Ay, güneş takviminde 28, 29, 30 veya 31 güne tekabül eder, kameri takvimde ise 29 veya 30 güne tekabül eder. Vade veya süre aya göre kararlaştırılmışsa, ay asıl, gün bedel kabul edilir. Asıl işletilebildiği sürece bedele gidilmez. Bir başka ifadeyle ancak asılın işletilmesi imkansızlaşır ise bedele başvurulur. Buna göre bir akit ay başında yapılmışsa asıl konumunda olan aya itibar etmek imkan dahilinde olduğu için o ayın uzun veya kısa oluşuna bakılmaksızın süre o aya göre hesaplanır. Fakat aydan günler geçmişse artık aslı işletme imkanı kalmadığı için, bedel konumundaki gün esas alınır ve otuz gün olarak takdir edilir.¹¹⁰ Mutlak olarak belirtilen ay, akdi takip eden aydır.¹¹¹

4. Vadenin yıl ile tayin edilmiş olması halinde

Yıl, on iki aylık bir süreyi ifade eder.¹¹² Literatürde mutlak olarak kullanılan yıldan maksadın kameri yıl olduğu belirtilmektedir.¹¹³ Ancak islam toplumlarında kameri takvimin esas alındığı dikkate alınır ise bu hükmün genel olmadığı anlaşılır. Akdin yapıldığı yerde bir başka takvim esas alınmışsa, mutlak olarak belirtilen

¹¹⁰ Serahsî, *Mebûsât*, XV, 131-132.

¹¹¹ Serahsî, *Mebûsât*, XIII, 192-193.

¹¹² "Ayların sayısı, Allah indinde, yani gökleri ve yeri yarattığı günkü yazısında onikidir" Tevbe 9/36

¹¹³ İbn Kudame, *Muğni*, V, 435.

yıldan maksat, orada esas alınanı olur. Fakat taraflar yılı mutlak olarak değil de rumî, şemsî, farisî veya kıptî şeklinde mukayyed olarak belirtmişlerse, belirtilen kayda riayet edilir ve yıl ona göre hesaplanır. Yeter ki, taraflar, belirttikleri yılın ne kadar olduğunu bilsinler. Taraflardan sadece biri bile, belirtilen yılın ne kadar olduğunu bilmezse, yapılan iki taraflı akit geçerli olmaz. Rumî yıl, 365 gündür; yedi ayı 31, beş ayı 30 ve bir ayı da 28 gündür. Kıptî ayların hepsi otuzar gündür. Ayrıca kıptîler, rumîye denk düşsün diye, yıla, beş gün ilavede bulunurlar.¹¹⁴

Vade veya süre yıl ile belirtilmişse ve başlangıcı ay başına denk gelmişse, müddet ay esas alınarak on iki olarak belirlenir; fakat süre başlangıcı ay başına değil de ayın ortalarına gelmişse müddet, Ebû Hanife'ye göre, gün hesabıyla belirlenir, o da 360 gündür. Ebû Yusuf'tan da böyle bir rivayet vardır. İmam Muhammed'e göre ise, içinde bulunulan ay günlere göre, geri kalan süre ise aylara göre hesaplanır. Ebû Yusuf'tan böyle bir rivayet de vardır. Bu görüşün gerekçesi ayların asıl, günlerin bedel sayılmasıdır. Tek bir aylık sürenin hesaplanmasında ay esas alınmıyorsa ve on bir ayın hesaplanmasında da asıl konumunda olan ayın işletilmesi imkan dahilindeyse bedele gitmeye gerek yok. Ebu Hanife'ye göre ise, mademki müddetin baş kısmında ittifaken gün esas alınmıştır, o halde müddetin bütününde de günün esas alınması gerekir. Böyle bir görüşte bulunmasının sebebi ise şudur: Şayet müddetin başlangıcı ayın ortalarına geliyorsa, ay esas alındığında, birinci ay tamamlanmadan bir diğeri başlatılamıyacaktır. Durum böyle olunca da birinci ayın bitimi diğer ayın içinde, onun da bitimi bir sonrakinin içinde olacaktır ve bu böyle devam edecektir. O halde bütün süreyi gün esasına göre hesaplamak gerekir.¹¹⁵ Şafii ve Ahmed b. Hanbel'den de belirtilen her iki yöndeki görüşler rivayet edilmiştir.¹¹⁶

E. SÜRELERİN BAŞLANGIÇ VE BİTİŞ TARİHLERİ

Sürenin ne zamandan itibaren işlemeye başlayacağı akitte açıkça kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda kararlaştırılan vakit, başlangıç noktası olarak alınır ve süre buna göre hesaplanır. Mesela ayın on dördünde yapılan bir icare akdinde bu günden itibaren bir sene diye bir vade tayin edilmişse, bu müddet, Muhammed ve Ebû Yusuf'a göre, şu şekilde hesaplanır: Kiracı içinde bulunduğu

¹¹⁴ İbn Kudame, *Muğnî*, V, 435.

¹¹⁵ Serahsî, *Mebûsât*, XV, 133.

¹¹⁶ İbn Kudame, *Muğnî*, V, 435.

ayın geri kalan günleri, on bir ay ve son aydan birinci aydan oturduğu günlerin sayısını otuza tamamlayacak şekilde kalır. O da bir sene sonraki ayın ondördüne tekabül eder.¹¹⁷

Sürenin başlangıcını taraflar tayin etmemişlerse, konuyla ilgili bir âdetin bulunup bulunmadığına bakılır. Çünkü bu konuda bir âdetin mevcudiyeti tarafların zımnî bir beyanı mesabesinde kabul edilir. Bu yönde bir âdet de yoksa, işin mahiyeti dikkate alınarak hangi tarihten başlayarak sürenin hesaplanacağı belirlenmeye çalışılır. Fakat işin mahiyeti çoğu kere farklı biçimlerde algılanmaya açık olduğu için varılan sonuçlar da farklı olur. Mesela semen için tayin edilen vadenin, akdin kuruluşundan itibaren mi, yoksa mebûin tesliminden itibaren mi hesaplanacağı hanefî mezhebi içinde tartışmalıdır. Ebu Hanife'ye göre mebûin kabzi esas alınır. Çünkü alıcıya tanınan vade, onun mebiden istifadeye başlamasından itibaren geçen bir süre olmalıdır. Yoksa vadenin bir anlamı kalmaz. Mecelle, bu görüşü esas almıştır.¹¹⁸ Fakat Ebu Yusuf ve Muhammed vadenin başlangıcı için akdi esas almışlardır. Çünkü mutlak olarak zikredilen süre, akdi takib eden süre olmalıdır. Bu arada akit, taraflardan biri veya her ikisi için şart muhayyerliği içeriyorsa ve vade de mutlak olarak belirtilmişse, süre, akdin bağlayıcılık kazanmasından itibaren işlemeye başlar.¹¹⁹

Aynı türden bir tartışma da sürenin ne zamandan itibaren başlayacağına dair bir hükmün yer almadığı kira akdinde cereyan etmektedir. Böyle bir durumda hanefiler, malikiler, bazı şafîî hukukçular ve hanbelilerin çoğunluğu sürenin başlangıcı için akdin yapıldığı anı esas almışlardır.¹²⁰ Nitekim Mecelle, icare hakkındaki bu durumu (md. 486) "Hin-i akitte ibtida-i müddet tesmiye olunmaz ise vakt-i akidden itibar olunur" şeklinde düzenlemeye gitmiştir. Buna göre bir aylığına denilip ne zamandan başlayacağı belirtilmeden yapılan bir kira akdinde sürenin başlangıcı akdin yapıldığı andır. Fakat Şafî'ye göre, sürenin başlangıcı akde ittisal etmelidir. Bu ittisal da ancak şart koşulursa mümkün olur. Çünkü ay lafzı mutlak

¹¹⁷ Serahsî, *Mabsût*, XV, 133.

¹¹⁸ Md. 250: "semenin tecil ve taksitinde mukavele olunan müddet mebûin tesliminden itibar olur. Mesela, bir sene vade ile satılmış olan bir metayı bayi bir sene tevkif ettikten sonra müşteriye teslim etse hin-i tesliminden itibaren bir sene beklemesi yani vakt-i bey'den tamam iki sene mürrurunda müşterinin akçayı vermesi lazım gelir".

¹¹⁹ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 249.

¹²⁰ Bardakoğlu, *İcâre Akdi*, 39; İbn Kudame, *Muğni*, V, 436-437.

olarak söylendiğinde şu veya bu ayın olduğu akitten anlaşılabilir. Müddetin belirsizliği de icare akdinin fasit olmasına neden olur.¹²¹

F. VADENİN HÜKÜMLERİ

1. Vadenin gelmesinden önce

a. Alacaklı henüz vadesi gelmeyen borcun ifasını isteyemez

Borç vadeli ise, vadesi gelmeden borçlu onu ifa etmek zorunda değildir.¹²² Vadesi gelmeyen bir borç, muacceliyet kazanmaz. Borç muaccel olmadıkça da alacaklı, talep hakkına kavuşmaz. Bu nedenle alacaklı, vadesi gelmeyen bir borcun ifasını borçludan isteyemez. Bu durumda yapılacak bir talebe borçlu uymak zorunda değildir.

Vadesinden önce, ifa davası açılmaz.¹²³ Vadeli borçlardan dolayı borçlunun mallarına haciz de konulamaz.¹²⁴ Vadeli bir borçtan dolayı kural olarak ihtiyati haciz konulamaz. Ancak vade gelene kadar alacaklının beklemesi zarar görmesine sebep olarsa, bu zararı isbat etmesi şartıyla ihtiyati haciz kararı alabilir. Mesela borçlu mallarını kaçırmaya çalışıyor içinde bulunabilir veya borcun vadesi geldiğinde ifada bulunamayacak kadar mali durumu kötüleşmiş olabilir.¹²⁵

Vadenin gelmesinden önce borçluya karşı talep hakkına sahip olmayan alacaklı, borçlunun kefiline karşı da bu tür bir hakka sahip değildir. Çünkü borçlu ile kefilin sorumlu olduğu borç aynıdır. Buna rağmen kefil, böyle bir borcu ifa edebilir. Ancak o, vade gelmedikçe asile rücu edemez. Çünkü kefil, vadesinden önce ödemedi bulunmakla vade bakımından teberru maksadını gütmüş olmaktadır.¹²⁶

b. Vadesi gelmeyen borcun ifa edilebilme imkanı

¹²¹ Serahsî, *Mebûsât*, XV, 131-132.

¹²² Zerkeşî, *Mensûr*, I, 102; 'Attâr, *Nazariyyetü'l-Ecel*, 247.

¹²³ 'Attâr, *Nazariyyetü'l-Ecel*, 248-249.

¹²⁴ 'Attâr, *Nazariyyetü'l-Ecel*, 250.

¹²⁵ 'Attâr, *Nazariyyetü'l-Ecel*, 251.

¹²⁶ Serahsî, *Mebûsât*, XV, 116.

¹²³ 'Attâr, *Nazariyyetü'l-Ecel*, 251.
¹²⁶ Serahsî, *Mebûsât*, XV, 116.

Borçlunun, alacaklının müeccel borca ilişkin ifa talebine uymak zorunda olmadığını belirledikten sonra alacaklının talebi olmadığı halde borçlunun, vaktinden önce yapacağı ifayı alacaklının kabule mecbur olup olmayacağını da belirlemek gerekir. Muaccel olmadığı halde, ifa edilmek istenen bir borcu alacaklı kabul etmek zorunda ise, bu borç ifa kaabiliyetine sahip demektir. Ancak hangi durumlarda ve ne tür edimlerde vaktinden önce ifa imkanı bulunduğu izaha muhtaç bir meseledir.

Bu arada belirtmek gerekir ki, vaktinden önce ifa, müeccel borçlarla ilgilidir. Muaccel borçlarda vaktinden önce ifa söz konusu olmaz. Çünkü muacceliyet kazanmış bir borç, doğal olarak ifa kaabiliyetine de sahiptir.¹²⁷

Vaktinden önce yapılacak ifayı alacaklının kabule mecbur olup olmadığı, vadenin kimin lehine konulduğu sorusuna verilecek cevaba göre belirlenir. Bu da tarafların akit sırasındaki sarîh veya zımnî beyanlarından veya edimin mahiyetinden anlaşılabilir. Bununla birlikte vadenin, kural olarak, borçlu lehine konulduğu kabul edilir.

Vade, sadece borçlunun yararına konulmuşsa, alacaklı, vaktinden önce yapılacak olan ifayı kabul etmek zorundadır. Ne var ki, vade sadece borçlu lehine de konulmuş olsa, alacaklı, uygun olmayan şartlarda sunulan, mesela yağmalanma tehlikesinin olduğu bir zamana denk getirilen bir erken ifayı kabul etmek zorunda değildir.¹²⁸

Vade, sadece borçlu yararına değil, aynı zamanda alacaklı yararına veya sadece alacaklı yararına ise alacaklı, vaktinden önce vukubulan ifayı kabul etmek zorunda değildir. Alacaklı, akit sırasında açıkça, vaktinden önce yapılacak ifayı kabul etmeyeceğini belirtmiş olabilir. Alacaklı böyle bir açıklamada bulunmamış olsa bile işin mahiyeti vadenin alacaklının menfaatine olduğunu gösterebilir. Şöyle ki, müeccel bir borç, hayvan gibi bakım külfeti gerektiren, çok miktarda buğday gibi depolama masrafı gerektiren veya meyve, et gibi vadesi geldiğinde taze olarak tüketilmek istenilen bir şeyden oluşuyorsa, böyle bir edimin vadesinden önce ifa edilmesi alacaklının zararına olur. Diğer bir ifadeyle alacaklının, ifanın zamanında yapılmasında haklı bir gayesi vardır. O halde böyle bir durumda vadenin alacaklı

¹²⁷ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 135.

¹²⁸ Zerkeşi, *Mensûr*, I, 102; Şirbîni, *Muğni*, II, 116.

¹²⁷ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 135.

¹²⁸ Zerkeşi, *Mensûr*, I, 102; Şirbîni, *Muğni*, II, 116.

lehine konulduğu anlaşılır. Dolayısıyla alacaklı, zararına olacak böyle bir ifayı kabule zorlanamaz. Şu var ki, vadenin dolmasına çok az bir süre kalmışsa alacaklının yapılan ifayı, bu nedenle kabulden kaçınmaya hakkı olamaz.¹²⁹

İfanın vadeye kadar bırakılmasında alacaklının haklı bir nedeni olmadığı anlaşılırsa, borçlunun sadece ifa yönündeki menfaati dikkate alınarak ona vaktinden önce ifada bulunma imkanı tanınır.¹³⁰ Çünkü vade, kural olarak, borçluya ait bir haktır. Borçlu, bu hakkını düşürüyorsa alacaklının buna karşı koyması iyiniyetle bağdaşmaz (tam bir inat). Kaldı ki, borçlunun erken ifada bulunmasının haklı nedenleri de olabilir. Şöyle ki, borçlu şahsî veya maddî teminat göstermiş olabilir veya vade sırasında borçlanılan şey tükenebilir.¹³¹

Erken ifada borçlunun, zamanında ifada ise alacaklının menfaati varsa, yani erken ifa konusunda tarafların menfaatleri çatışıyorsa alacaklının tercih edilir. Diğer bir ifadeyle borçlunun erken ifaya ilişkin menfaatinin dikkate alınması, ifanın vadeye bırakılmasında alacaklının haklı bir nedenin olmaması şartına bağlıdır.¹³²

Borçlunun erken ifaya yetkili ve alacaklının kabul etmek zorunda olduğu durumlarda, alacaklı, ya ifayı kabul veya borçluyu ibra eder. Alacaklı hazır değilse, hakim onun adına ifayı kabul eder.¹³³

Borçlu, vaktinden önce ifada bulunup bilahare alacaklıdan, bu ifa ettiği edimin iadesini talep edemez.¹³⁴ Çünkü bu şekilde yapılan ifa, sebepsiz değildir ki, iadesi istenebilsin. Bu borç, erken de ifa edilmiş olsa, mevcut bir borç niteliğindedir.¹³⁵

Lübnan Borçlar ve Akitler Kanunu, ecelin, kural olarak, borçlu lehine konulduğunu (md. 109), ecelden tek taraf yararlanıyorsa, o tarafın, tek başına bundan vazgeçebileceğini (md. 112), ecelin, alacaklı veya her iki taraf lehine

¹²⁹ Şirbîni, *Muğni*, II, 116; İbn Kudame, *Muğni*, IV, 339.

¹³⁰ Nitekim Şîrâzî'nin naklettiği bir olayda Hz. Ömer, vaktinden önce ifa etmek isteyen borçludan, ifayı kabul etmeyen alacaklısı namına edimi teslim alıp borçlunun borçtan kurtulmasına imkan sağladığı anlatılmaktadır (Şîrâzî, *Mühezzeb*, I, 301).

¹³¹ Şirbîni, *Muğni*, II, 116.

¹³² Şirbîni, *Muğni*, II, 116.

¹³³ Şirbîni, *Muğni*, II, 116; Zerkeşi, *Mensûr*, I, 102.

¹³⁴ Serahsî, *Mebûsât*, XV, 111.

¹³⁵ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 136.

¹²⁹ Şirbîni, *Muğni*, II, 116; Zerkeşi, *Mensûr*, I, 102.

¹³⁴ Serahsî, *Mebûsât*, XV, 111.

¹³⁵ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 136.

konulmuş olması halinde alacaklının zamanından önce yapılan ifayı kabul etmek zorunda olmadığını (md. 110), diğer bir ifadeyle, ecelin, sadece borçlu yararına konulmuş olması halinde, alacaklının, zamanından önce yapılan ifayı kabul etmek zorunda olacağını (md. 303/I) hükme bağlamıştır.

Ta'cil (müccel bir borcun muaccel hale getirilmesi) in edimin miktar veya niteliğine yansıtılmasına, yani tarafların, vaktinden önce ifa için edimin miktar veya niteliğinde indirim gidilmesi yönünde anlaşmalarına dört mezhep imamı da cevaz vermemiştir. Ancak İbn Abbas ve Züfer bu tür bir anlaşmaya cevaz vermişlerdir. Şafii'den bu yönde bir görüş de rivayet edilmiştir.¹³⁶ Buna cevaz verenler arasında Nahaî ve Ebu Sevr¹³⁷ de yer almaktadır.¹³⁸ İbn Cüzey, cevaz vermediklerini belirttiğimiz dört mezhep imamının bu işleme haramlık hükmünü¹³⁹, İbn Kudame ise aralarında dört mezhep imamının da bulunduğu Zeyd b. Sabit, İbn Ömer, Mikdad b. Esved, Said b. Müseyyeb, Salim, Hasan, Hammad, Hakem, Sevrî, İbn Aliyye¹⁴⁰, Hüseyim ve İshak gibi zevatın ise söz konusu işleme kerahet hükmünü atfettiklerini belirtmişlerdir.¹⁴¹

Bu işlemin cevazına kail olanlar, görüşlerini şu şekilde izah etmektedirler: Bu işlem, alacaklının, hakkının bir kısmını alıp diğer bir kısmını da terk etmesinden ibarettir. Bir anlamda alacaklı, kısmi bir ibrada bulunmaktadır. Alacaklı, nasıl ki, muaccel alacağı hakkında böyle bir işlem yapabiliyorsa aynı şekilde müccel alacağı hakkında da bunu yapabilmelidir.¹⁴²

Kâsânî, bu tür bir işlemde vadeye bir mal gibi edimden pay biçildiğini, ama vadenin bir mal olmadığını ve bu nedenle karşılığında bir bedel alınamayacağını belirterek bu işlemin caiz olamayacağını ileri sürmüştür.¹⁴³

2. Vadenin gelmesinden sonra

¹³⁶ İbn Cüzey, *Kavânin*, 257; Şîrâzî, *Mühezzeb*, I, 301.

¹³⁷ Bir başka yerde ise İbn Sîrîn olduğu belirtilmektedir (İbn Kudame, *Muğni*, IV, 542).

¹³⁸ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 56.

¹³⁹ İbn Cüzey, *Kavânin*, 257.

¹⁴⁰ Başka bir yerde ise İbn Uyeyne olarak zikredilmektedir (İbn Kudame, *Muğni*, IV, 542).

¹⁴¹ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 56, 542.

¹⁴² İbn Kudame, *Muğni*, IV, 56.

¹⁴³ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 215.

¹⁴² İbn Kudame, *Muğni*, IV, 56.

¹⁴³ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 215.

Vadenin gelmesiyle borç, muacceliyet kazanır. Muacceliyet kazandığı andan itibaren artık alacaklı talep hakkına kavuşur. Borçlu, yapılan ifa talebine uyarak borcunu ifa eder. Haklı bir gerekçesi olmadığı halde ifaya yanaşmayan borçlu, temerrüde düşer ve bunun sonuçlarına katlanır.

Vadenin sadece borçlu lehine konulmuş olmaması nedeniyle bir borç, muacceliyetten önce ifa kabiliyetine sahip değilse, vadenin gelmesiyle bu özelliğini de kazanır. Artık böyle bir durumda yapılan bir ifayı alacaklı kabule mecbur kalır.¹⁴⁴ Alacaklının teklif edilen bu ifayı kabul etmesinde bir zararının bulunup bulunmamasına bakılmaz.¹⁴⁵ Zamanında ve gereği gibi sunulan bir ifayı kabule yanaşmayan alacaklı, temerrüde düşer ve sonuçlarına katlanır.¹⁴⁶ Kaldı ki, edim, ifa zamanı geçtikten sonra da sunulmuş olsa, alacaklı yine kabule mecburdur.¹⁴⁷ Bir başka deyimle borçlunun temerrüde düştükten sonra edimi sunmuş olması, alacaklının ifayı reddetmesine haklılık kazandırmaz.

III. KARŞILIKLI EDİMLERDE İFA SIRASI

A. KARŞILIKLI EDİMLERİ İÇEREN AKİTLER

Akitler, değişik açılardan ayırma tabi tutulur. Bunlardan biri de edimler açısından yapılan ayırımdır. Buna göre, akitler ivazlı (karşılıklı) ve ivazsız (karşılıksız) olmak üzere iki gruba ayrılır. Doktrinde karşılıklı akitler için iki taraflı, ivazsız akitler için de tek taraflı şeklinde isimlendirmeler yer almaktadır. Bu isimlendirme ilk anda hukuki işlemlere ait bir tasnif görüntüsü verebilir. Fakat tek taraflı veya iki taraflı hukuki işlem, hukuki işlemlerin kuruluşu dikkate alınarak yapılan bir ayırımdır. Bu ayırım içerisinde akdin tek taraflı hukuki işlemle bir ilgisi yoktur. Çünkü akit iki taraflı bir hukuki işlemidir. O halde akdin tek taraflı veya iki taraflı şeklinde nitelenmesi, akdin kuruluşu değil, akdin hükümleri dikkate alınarak yapılmış bir tasniftir.¹⁴⁸

Akdin iki taraflı bir hukuki işlem olması, her iki tarafın da mutlaka borç altına girmesi anlamına gelmez. Akidlerden bir kısmı, sadece bir tarafa borç yüklerken,

¹⁴⁴ Şirâzî, *Mühezzeb*, I, 301.

¹⁴⁵ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 339; Şirbîni, *Muğni*, II, 116.

¹⁴⁶ Şirbîni, *Muğni*, II, 116.

¹⁴⁷ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 339.

¹⁴⁸ Kaniti, *Akdin İfa Edilmediği Def'i*, 46.

¹⁴⁴ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 339

¹⁴⁸ Kaniti, *Akdin İfa Edilmediği Def'i*, 46

diğer bir kısım da her iki tarafa borç yükler. Akit, sadece bir tarafa borç yüklemişse, sadece o taraf ifa ile yükümlüdür; karşı taraf da onu talep etmek hakkına sahiptir. Talep hakkına sahip bu taraf, buna karşılık bir edim de yerine getirmek durumunda değildir. Ancak bizi burada ilgilendiren bu tür akitler değildir.

İki taraflı veya iki tarafa borç yükleyen akitler, İsviçre BK.'nun Fransızca metninde *contrat bilatéral*, Almanca metninde de *zweitseitige Vertrag*, müşterek hukuk ve AMK.'unda ise *gegenseitige Vertrag* (=karşılıklı akit) tamlamalarıyla ifade edilmiştir.¹⁴⁹ Fransız hukukunda ise bu tür akitler, *contrat bilatéral* veya *synallagmatique* terimiyle ifade edilmiş ve ayrıca FMK. md. 1102'da "tarafardan her biri diğerine karşı karşılıklı olarak borçlandıklarında iki tarafa borç yükleyen bir akit söz konusu olur" şeklinde tanımı da yapılmıştır.¹⁵⁰ Bilateral, Latince olan iki kelimedenden (*bis+latus*) türemiş olup iki taraflı anlamına gelirken *synallagmatique* kelimesi akit anlamına gelen Yunanca bir kelimedenden türemiştir. Bu nedenle Fransız doktrininde birinci kelime ikincisinden daha fazla tercihe şayan bulunmuştur.¹⁵¹ *Senhûrî*, Fransız hukukundaki bu terimi, Arapçaya "tebâdüî akid" diye çevirmiştir.¹⁵² İslam hukuk literatüründe ise bu tür akitler için muavazât (tekil=muavaza) sözcüğü kullanılmıştır. Sözlükte "karşılıklı" anlamına gelen muavaza, akdin her iki tarafına da borç, yani bir ivaz (bedel) yükleyen akitlerin ortak adıdır. İslam hukukunda muavaza türünden olmayan akitler için ise *teberruât* tabiri kullanılır ve "karşılıksız" anlamına gelir. Bu arada belirtilen her iki türden de unsurlar içeren orta bir gruptan da söz edilmektedir. Şöyle ki, bu tür akitler, başlangıcı itibarıyla *teberruât*, sonu itibarıyla ise muavazât görüntüsü verirler. Ancak son tahlilde bunlar da muavaza grubuna ilhak edilebilir.¹⁵³

Muavaza grubuna giren akitler, *Zerkeşî*'nin yaptığı bir ayırıma göre, tam iki tarafa borç yükleyen (mahza muavaza) ve eksik iki tarafa borç yükleyen (gayri mahza muavaza) şeklinde iki kısma ayrılır. Bir muavaza akdinin tam iki taraflı olmasının ölçüsü, taraflardan her ikisinin de bir bedel elde etme amacıyla akit yapmış olmasıdır. Bu nedenle bu tür akitlerin sıhhati karşılıklı bedellerden her

¹⁴⁹ Kaniti, *Akdin ifa edilmediği def'i*, 1, 1 nr. dipnot, 46.

¹⁵⁰ *Senhûrî*, *Nazariyyetu'l-Akd*, 129.

¹⁵¹ *Senhûrî*, *Nazariyyetu'l-Akd*, 129, 2 numaralı dipnot.

¹⁵² *Senhûrî*, *Nazariyyetu'l-Akd*, 129.

¹⁵³ *Zerka*, *el-Fıkhü'l-İslamî*, I, 578-579; *Karaman*, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 57; *Karaman*, "Akid", *DİA*, II, 252.

ikisinin de sıhhatine bağlıdır. Karşılıklı edimlerden sadece biri bile hukuki yönden bir eksiklik içerse, bu eksiklik, sadece o bedelle sınırlı kalmaz, akdin bütününe sirayet eder. Eksik iki taraflı akdin ölçüsü ise, her iki tarafın aynı anda bir bedel elde etmeyi amaçlamadan akit yapmış olması ve bedele ilişkin fesat unsurunun akdin fesadına yol açmamasıdır. Karz, ikinci grup içinde yer alan bir akitir.¹⁵⁴

İki tarafa borç yükleyen akitler hakkındaki belirtilen türden ayırım, batı hukukunda da yer almaktadır. Birinci gruba girenlere, tam iki tarafa borç yükleyen akitler (contractus bilaterals aequales) denilmektedir. Bu tür akitlerin amacı, iki edimin mübadelesidir. İsimli akitlerden satış, trampa, kira, hizmet, istisna akitleri ve nakil ve neşir mukaveleleri bu grubun içinde yer alır. İkinci gruba girenlere ise eksik iki tarafa borç yükleyen akitler (contractus bilaterals inaequales) denilmektedir. Bu tür akitlerin amacı, edimlerin mübadelesi değildir. İsimli akitlerden âriyet, karz, vedia bu kısımda yer alır. Bu akitlere konu olan ve o akdin mahiyetini belirleyen edimin iadesi karşılıklı bir edim değildir, bu edimin teslim edilmiş olmasının hukukî bir sonucudur. Gerçi bu tür akitlerde asıl edimin borçlusu olan tarafın da karşı taraftan birtakım talepleri olabilir. Fakat bu talepler, söz konusu edimin karşılığı değildir. Nitekim müstakriz, müstevda veya vekil, birtakım masraflarda bulunmuşlarsa onların yapmış oldukları masrafların ödenmesi borcu, bunların akit gereği yapmağa mecbur oldukları şeylere tekabül eden bir karşı edim değil, akit dolayısıyla yapılan masrafların fer'î ve arizî bir neticesidir.¹⁵⁵

Tam iki tarafa borç yükleyen akitlerin varlık sebebi, taraflardan her birinin karşı edime kavuşma ve onu elde etme düşüncesidir. Taraflardan birinin borcunun ifası diğer tarafın borcunun sebebini teşkil eder. Aynı şekilde diğer tarafın borcunun ifası, beriki tarafın borcunun sebebini oluşturur. İşte meşhur sebep teorisi budur. Her iki tarafı ilzam eden akdin ihtiva ettiği edimler arasındaki bu karşılıklılık ilişkisi (interdependance), tek tarafı ilzam eden akitte mevcut değildir. Çünkü tek tarafı bağlayan akitler sadece tek tarafı borç altına sokar.¹⁵⁶

Tam iki tarafa borç yükleyen akitler, sadece tek tarafa değil de her iki tarafa hizmet etmek amacına matuf olduğuna göre, bu tür akitlerin tek taraflı olarak sona

¹⁵⁴ Zerkeşî, *Mensûr*, III, 185-186.

¹⁵⁵ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 147-148; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, *Borçlar Hukuku*, 68-69.

¹⁵⁶ Senhûrî, *Nazariyyetu'l-Akd*, 130-131.

¹⁵⁶ Senhûrî, *Nazariyyetu'l-Akd*, 130-131

erdirilmelerine de, kural olarak, kapalı olması gerekir. Bu tür akitler her iki tarafı bağlayıcı olmazsa her iki taraf, eşit bir şekilde gözetilmiş olmaz. O halde kural, muavaza akitlerinin bağlayıcı olması yönündedir.¹⁵⁷ Nitekim akitlerin bağlayıcılık açısından yapılan tasnifinde, tam iki tarafa borç yükleyen akitlere, her iki tarafı bağlayıcı akitler kategorisinde yer verilmiştir. Diğer taraftan eksik iki taraflı veya tek taraflı akitler, taraflardan ya sadece birini veyahut hiç birini bağlayıcı değildir, akit kimin hakkında bağlayıcı değilse o taraf, diğerinin rızasına gerek olmadan tek başına akde son verebilir.¹⁵⁸

İster tek tarafa, ister iki tarafa borç yüklesin, bütün akitlerin ortak özelliği, bunların karşılıklı rızaya dayalı olmasıdır. Akdin bu temel unsuru zedelendiği ölçüde haksız kazanç elde edilmiş olur.¹⁵⁹ Kur'an'ın ifadesiyle, arada karşılıklı rızaya dayalı bir ticaret bulunmadıkça, başkasına ait alınacak şey haksız kazançtır.¹⁶⁰ Kur'an, karşılıklı rızaya ilişkin bu genel esasın yanısıra muavaza akitleri hakkında ayrıca edimler arasındaki dengenin sağlanması gerektiği yönünde de bir hüküm koymuştur. Bu hüküm, "Allah bey'i helal, ribâyı haram kılmıştır"¹⁶¹ ayetiyle ifade edilmiştir. Burada sözü edilen bey', en geniş anlamında kullanılmıştır. Bey'in sözlük anlamı bir bedelin diğer bir bedelle mutlak olarak mübadele edilmesidir.¹⁶² Bu bedeller arasında kurulacak her türlü kombinezon bu kapsama girmeye elverişlidir. Buna göre ferden muayyen bir şeyin yine ferden muayyen bir şey ile mübadelesi olan mukayada, ferden muayyen bir şeyin nevan muayyen bir şey ile mübadelesi olan teknik anlamdaki bey', peşin bir bedelle misli bir malın vadeli olarak satın alınması niteliğindeki selem, paranın parayla mübadelesi olan sarf, menfaatin bir bedelle mübadelesi olan icare, nevan muayyen bir şeyin yine aynı türden bir bedelle vadeli olarak mübadelesi olan deynin deynle satımı ve bütün ribalı akitler geniş anlamdaki bu bey' sözcüğünün kapsamına girer. Çünkü bütün bu sayılan işlemlerin ortak özelliği bir bedelin diğer bir bedelle şu veya bu şekilde mübade edilmesidir. Ancak bey' lafzı, aynı ayette yer alan ribâ lafzıyla tahsise uğradığı için, artık tahsis öncesi gibi, mutlak anlamdaki mübadelenin kapsamına giren bütün işlemlerin kastedilmiş olmadığı anlaşılır.

¹⁵⁷ Serahsî, *Mebûsât*, XV, 79.

¹⁵⁸ Zerka, *el-Fikhu'l-İslamî*, I, 578; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 56-57.

¹⁵⁹ Dönmez, "*Hukmu İcrâi'l-'Ukûd*", 972.

¹⁶⁰ Nisâ 4/29.

¹⁶¹ Bakara 2/275.

¹⁶² Şa'bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, 298.

Tahsise uğramış şekliyle de olsa bey' lafzı, ribanın kapsamı dışında kalan bütün mübadele türlerini içerir. Bu nedenle olacak ki, Serahsî, karşılıklı rızayla ilgili ayette geçen ticaret lafzına telmihte bulunarak, ticaretin helal ve haram olmak üzere iki türü olduğundan söz etmekte, helal olanına bey', haram olanına da ribâ demektedir.¹⁶³ Ayrıca hanefi, maliki ve hanbeli fıkıh literatüründe, ilgili bölüm başlığı için bey'in çoğulu olan büyü' kelimesinin seçilmesi nedeni, kanaatimize göre, bey' lafzının söz konusu ayette geçen manasını yansıtmaktır.¹⁶⁴ Şafîî fıkıh kitaplarında kelimenin tekili üzerinde ısrar edilmesinin nedeni ise, sözcüğün Kur'an'da geçen şeklinin muhafaza edilmesine bir kutsallık atfedilmesidir.¹⁶⁵ Ayrıca icâre hakkında yapılan açıklamalar da onun geniş anlamdaki bey' içinde yer aldığını göstermektedir. Nitekim İbn Kudame, icârenin bir bey' türü olduğunu, sarf ve selem gibi diğer bazı bey' türleri özel isimlerle ifade edildiği gibi, buna da özel bir ismin tahsis edildiğini belirtmektedir.¹⁶⁶

Karşılıklı rıza ile ilgili ayet, bütün hukuki işlemlerin kurucu unsurunu tayin ederken bey'le ilgili ayet, karşılıklı edimleri içeren akitlerin geçerlilik şartını belirlemektedir. Bu nedenle ikinci ayet, sadece karşılıklı borç doğuran akitlere münhasırdır. Bu ayetin içerdiği hüküm, iki tarafa borç yükleyen akitlerde, bedeller arasındaki eşitliğin temin edilmesini öngörmektedir. Bedeller arasında istenen eşitlik sağlanmazsa, haksız kazancın bir başka türü olan riba tahakkuk etmiş olur. Bu eşitliğin somut olarak nasıl sağlanacağı ise, Resulullah'ın konuyla ilgili hadislerinden çıkarılmaya çalışılmıştır. Fıkıh literatüründe, bu meseleyle ilgili oldukça zengin bir doktrin geliştirilmiştir. Ribanın doktrindeki fadl ve nesie çeşitleri, edimler arasındaki eşitliğin hangi hallerde bozulduğunu ve bu eşitliğin çeşitli açılardan nasıl sağlanacağını konu edinmekte, ama bizi bu noktada sadece ifa zamanı açısından yapılan değerlendirmeler ilgilendirmektedir. Bedeller arasındaki kombinezonlar karşılıklı bedeller arasında ribanın tahakkukunu önleyecek şekilde kurulmuşsa, söz konusu akit, hiç olmazsa riba nedeniyle fesada uğramaktan uzaktır.

B. KARŞILIKLI EDİMLERDE İFA SIRASI

¹⁶³ Serahsî, *Mebûsât*, XII, 108.

¹⁶⁴ Serahsî, *Mebûsât*, XII, 108; Kâsânî, *Bedâi'*, V, 133; İbn Kudame, *Muğnî*, III, 559; Karâfî, *Zahîra*, V, 5; İbn Cüzey, *Kavânin*, 250; Dardîr, *es-Şerhu's-Sagîr*, III, 5.

¹⁶⁵ Şîrbînî, *Muğnî*, II, 2.

¹⁶⁶ İbn Kudame, *Muğnî*, V, 433-434.

¹⁶⁷ İbn Kudame, *Muğnî*, V, 133-134.

Tam iki tarafa borç yükleyen akitlerde yer alan karşılıklı edimler hakkında ifa zamanı değil ifa sırası söz konusudur.¹⁶⁷ İfa sırası da iki şekilde tezahür edebilir. Ya her iki taraf aynı zamanda veya biri diğerinden önce ifa etmek durumunda kalır.

1. Aynı zamanda ifa

Karşılıklı edimleri içeren akitlerde, her iki taraf, aynı zamanda hem alacaklı hem borçlu durumundadır. Edimlerden birinin diğeri karşısında bir ayrıcalığı yoktur. Bu tür edimler, ilke olarak aynı zamanda ifa edilmelidir ki, aralarındaki eşitlik bozulmuş olmasın. Yeter ki, edimlerden biri, vadeye bağlanmış olmasın veya işin mahiyeti edimlerden birinin önce ifa edilmesini gerektirmesin. Hatta bazı borç ilişkileri, ribanın tahakkuk etmemesi için vadeye bağlanmaya da elverişli değildir. Bu edimlerin mutlaka muaccel olması ve akit meclisinde ifa edilmesi gerekir.

a. Aynı zamanda ifanın kaynağı

aa. Akit

Taraflar, karşılıklı edimleri içeren bir akit yaparken, bu akitten doğacak edimlerin aynı zamanda ifa edileceği hususunda anlaşmış olabilirler. Nitekim hanefi doktrininde icare akdinde, kira veya ücret edimine, işin mahiyeti gereği, iş bitiminde veya kira süresi sonunda hak kazanılır. Ancak böyle bir akitte, ücret veya kiranın peşin ödeneceği hükmü yer almışsa, artık işin mahiyetine itibar edilmez ve bunun gereğine uyulur. Çünkü tasrih mukabelesinde delâlete itibar yoktur (Mecelle md. 13). Kaldı ki, tarafların bu yöndeki anlaşmaları, akdin amacına hizmet ettiği için hukuki bakımdan geçerli ve bağlayıcıdır. Bu anlaşma açıkça veya zımnen yapılmış olabilir. Tarafların aynı anda ifada bulunmalarını öngören bir âdetin bulunması, zımni bir anlaşma sayılır. Çünkü bir şeyin örf ve âdet gereği bilinmesi onun akit sırasında açıkça söylenmesi hükmündedir (Mecelle md. 43).

bb. İşin mahiyeti

Tarafların karşılıklı edimlerin ifa sırasına ilişkin açık veya kapalı bir anlaşmaları yoksa edimlerin niteliğine bakılır. Eğer edimlerin niteliği birinin diğerine takdimini gerektirmeyecek şekilde ise aynı anda ifa yoluna gidilir. Mesela bir sarf akdinde her iki tarafın edimi eşit konumdadır. Birinin diğerine takdim

¹⁶⁷ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 124.

¹⁶⁷ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 124.

edilmesini gerektirecek bir ayrıcalığı yoktur. Çünkü her iki tarafın edimi de bir para türüdür. Para türleri arasındaki değer nisbeti her an değişmeye açık olduğu için bunların karşılıklı olarak akit meclisinde ifa edilmeleri gerekir. Kaldı ki, böyle bir ifa, sarf akdinin sıhhat şartıdır.¹⁶⁸ Aynı şekilde mukayada (trampa) akdinde edimler birbirine eşit durumdadır. Çünkü edimlerin her ikisi de ferden muayyen borç niteliğindedir. Bu tür edimler mahiyetleri icabı aynı anda ifayı gerekli kılar. Taraflardan biri, diğerinden önce ifada bulunmasını isteyemez. Bey akdinden doğan karşılıklı edimlerin mahiyeti de aynı zamanda ifayı gerektirebilir. Bey' akdinde mebî diye nitelenen edim ferden muayyen bir şeydir. Karşı edim ise semen olarak adlandırılır. Semen iki durumda bulunabilir. Semen ya bir miktar para veya belli miktar ve nitelikte misli bir maldan ibarettir. Muavaza akitlerinde para, hanefî doktrininde, tayin ile muayyen hale gelmeye elverişli değildir.¹⁶⁹ Paranın muayyen hale gelmesi, ancak kabz ile mümkündür. Bu nedenle paradan ibaret olan semen edimi mutlaka önce ifa edilmek durumundadır. Ancak bu şekilde edimler arasındaki eşitlik sağlanmış olur. Fakat semen bir miktar misli maldan ibaret ise, yapılan akit bey' niteliğini muhafaza edip seleme dönüşmemesi için o misli malın mutlaka borçlunun mamelekinde bulunması gerekir. Şayet bu misli mal, akit yapıldığı sırada ferden muayyen hale getirilmişse, artık yapılan teknik anlamda bir bey' değil, mukayada (trampa) akdidir. Fakat söz konusu misli mal, akit sırasında ferden muayyen hale getirilmemişse, alıcının yapacağı, edimini ifaya hazır hale getirmektir. Misli mallar parayla birlikte deyn olarak nitelendiği halde, paradan farklı olarak, kabz gerçekleşmeden de ferden muayyen hale getirilebildiği için alıcı bu tür bir edimi ferden muayyen hale getirdiğinde, artık edimler arasındaki denge sağlanmış olur. Ne var ki, akit sırasında ferden muayyen hale getirilmemiş misli bir mal, sonradan bu hale gelebilmesi için satıcının da katılımı şarttır. Bu nedenle misli mal borçlusu, getirdiği malın miktar, cins ve nitelik bakımından edime uygunluğunu tesbit etmek üzere alacaklıya çağrıda bulunur. Bu davete olumlu cevap almazsa, alacaklı temerrüde düşer. Alacaklı, temerrüde düşmekle kendi edimi üzerindeki hapis hakkını kaybeder. Misli mal borçlusu, ifa davası açarsa, karşı taraf bir defide bulunamaz ve her iki taraf aynı anda ifaya mahkum edilir.

¹⁶⁸ İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 59.

¹⁶⁹ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 233.

¹⁶⁹ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 233.

Şafii doktrininde bey' akdinden doğan karşılıklı edimlerin ifa sırasına ilişkin yer alan dört ayrı görüşten biri, edimlerin aynı anda ifa edilmesi yönündedir.¹⁷⁰

b. Borcun ifa edilmediği def'i

aa. Kavram

Karşılıklı edimlerin aynı zamanda ifası gereken durumlarda, taraflardan biri, kendi edimini teklif veya ifa etmeden karşı edimin ifa edilmesini talep etmişse, diğer taraf, alacağını elde etmedikçe kendi edimini ifadan kaçınabilir. İfa talebine karşı verilen bu cevap, ödemezlik def'i¹⁷¹, akdin ifa edilmediği def'i¹⁷² gibi isimler almaktadır.

Türk-İsviçre ve Alman hukuklarında mülkiyetin intikalinin akitle olmaması, borç ilişkisinin her iki tarafının da ifa öncesinde eşit konumda olmalarını sağlamaktadır. Taraflardan birinin borcunu, ferden muayyen bir şey, diğer tarafın edimini nevan muayyen bir şeyin oluşturması veya bir para borcu olması edimler arasındaki dengeye bir hanel getirmez. Bu nedenle karşılıklı edimlerin kural olarak aynı anda ifa edilmesi gerekir. Dolayısıyla taraflardan biri, diğerinden önce ifaya zorlanamaz. Yapılacak olan bir ifa talebine karşı, diğer taraf ödemezlik def'ini ileri sürerek önce ifada bulunmaktan kurtulur.

İslam hukukunda ise mülkiyetin intikali akitle gerçekleştiği için, edimlerden hangisi ferden tayin edilmişse ona ait mülkiyet fiilen karşı tarafa geçer. Ancak edimlerden biri bir para veya cins borcu ise ona ait mülkiyet, hükmen intikal etmiş olsa bile fiilen geçmiş değildir. Bu nedenle taraflardan birinin edimi ferden, diğerininki nevan muayyen ise, edimler arasındaki denge bozulmuş olmaktadır. Akdin kuruluşundaki edimler arası mevcut olan eşitliğin ifa sırasında da sağlanabilmesi için taraflardan birinin önce ifada bulunması gerekir. Ancak bu noktada eşitliğin sağlanabilmesi için hangi edime öncelik verilmesi gerektiğinde mezhepler arasında farklı görüşler yer almaktadır.

Karşılıklı edimlerin her ikisi ferden muayyen veya nevan muayyen ise edimler arasındaki eşitlik bozulmuş olmaz. Her iki edimin nevan muayyen olması sarf

¹⁷⁰ Şirbîni, *Muğni*, II, 74.

¹⁷¹ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 142.

¹⁷² Kaniti, *Akdin ifa edilmediği def'i*, 1-2.

¹⁷¹ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 142.

¹⁷² Kaniti, *Akdin ifa edilmediği def'i*, 1-2.

akinde söz konusu olabilir. Böyle bir akitte edimlerin akit meclisinde ifası gerektiği için, akit meclisi sona erdiği halde her iki edim de ifa edilmiş değilse, yapılan akit geçersiz olur. Karşılıklı edimlerin her ikisinin ferden muayyen olması da trampa akindinde (mukayada) söz konusu olur. Böyle bir durumda taraflardan biri, dava açmadan ifa talebinde bulunmuşsa, karşı taraf ödemezlik define benzer bir savunmada bulunabilir. Ancak ifa talebi dava hüviyetine büründürülmüşse, artık hâkimin yapacağı, her iki tarafı aynı zamanda ifaya ve edimlerini tayin edilecek olan üçüncü bir kişiye teslim etmeye mahkum etmektir.

Karşılıklı edimler arasındaki kombinezonlar çoğunlukla edimlerden birinin ferden, diğerinin de nevan muayyen olması şeklinde olduğu için ödemezlik defi yerine hapis hakkı kullanılma ihtiyacı doğmaktadır. Ancak hapis hakkı ödemezlik definden daha geniş bir kavramdır. Yukarda da belirttiğimiz gibi, ödemezlik defi karşılığında hapis hakkı tabirinin kullanılma nedenini, İslam hukukunun akitlere yüklediği fonksiyonda aramak gerekir. İslam hukukunda karşılıklı borç doğuran hukuki işlemlerin başında gelen bey' akdi, tasarruf işlemi niteliğindedir. Bu nedenle de, taraflardan birine veya her ikisine şart veya tayin muhayyerliği tanınmış değilse¹⁷³, hukuki sonuç akitle birlikte derhal gerçekleşir. Bu hukuki sonuç da karşılıklı edimlere ait mülkiyetin karşılıklı olarak intikalidir.¹⁷⁴ Ancak bu sonuç edimlerden ferden muayyen olan hakkında fiilen gerçekleştiği halde nevan muayyen olanı hakkında gerçekleşmez. Nevan muayyen olan edim, ancak ferden muayyen hale getirildiğinde mülkiyetin intikali fiilen gerçekleşmiş olur. Bu tür bir edimin ferden muayyen hale gelmesi de çoğu kere ifayla mümkündür. Bu nedenle ferden muayyen edimin borçlusu, mülkiyeti akitle karşı tarafa geçmiş olan bu edim üzerinde, karşı tarftan olan nevan muayyen alacağını elde etmek için hapis hakkını kullanır.¹⁷⁵ Hapis hakkı, sahibine, karşı edim üzerinde aynı konuma gelme imkanını sağlar.

Türk-İsviçre ve Alman hukuklarında, mülkiyetin alacaklının mamelekine intikali akitle değil ifayla gerçekleştiği için¹⁷⁶, borcun doğumundan sonra, ama ifadan önce hapis hakkına konu olabilecek nitelikte bir şey ortaya çıkmaz. Bir

¹⁷³ Görme ve ayıp muhayyerlikleri mebie ait mülkiyetin alıcıya geçmesine mani olmadığı için burada sadece şart ve tayin muhayyerliklerinden söz edilmiştir. (Kâsânî, *Bedâi'*, V, 254)

¹⁷⁴ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 233.

¹⁷⁵ Serahsî, *Mebûsât*, XIII, 192.

¹⁷⁶ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 492.

Kitabın İsmi, Kurumu, Hukuku, 422.

anlamda bu hukuk sistemlerinde tarafların ifa öncesi alacakları karşısındaki konumları, İslam hukukundaki deyn alacaklısının bu alacağı karşısındaki konumuna benzemektedir. Buna göre tarafların her biri âdeta bir deyn alacaklısı ve borçlusunu konumundadırlar. Durum böyle olunca edimler arasındaki eşitlik de bozulmuş olmaz. Bu da edimlerin kural olarak aynı zamanda ifa edilmesini gerektirir. Aynı anda ifayı sağlamak için de ödemezlik def'i ihdas edilmiş ve genel bir ilke halinde düzenlenmiştir.

Mülkiyetin intikali noktasında İslam hukukuna benzerlik arzeden Fransız hukukunda da ödemezlik def'i genel bir ilke biçiminde düzenlenmiş değildir. Bu ihtiyaç, İslam hukukundaki gibi, hapis hakkı ile giderilmeye çalışılmıştır. Nitekim Fransız MK. md. 1612'de yer alan "satıcı, semen için bir vade vermiş değilse, alıcı semeni ödemedikçe mebi teslim mecbur değildir" şeklindeki düzenleme bunu açıkça göstermektedir.¹⁷⁷ Oysa Türk-İsviçre hukukunda, aynı husus, yukarıda anlattığımız nedenlerle, "Hilafına âdet veya mukavele mevcut değil ise satıcı ile alıcı borçları aynı zamanda ifa etmekle mükelleftir" (BK md. 182/II) şeklinde düzenlenmiştir. Diğer taraftan Mısır, Suriye ve Irak MK.ları da, gerek hanefi ve şafii doktrinlerine gerekse Fransız uygulamasına uygun düştüğü için hapis hakkı kurumunu işletmişlerdir.¹⁷⁸

bb. Hukukî niteliği

Ödemezlik def'inin hukukî mahiyeti hakkında iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Bunlardan birine göre böyle bir savunma, dava temelinin yetersizliği, diğerine göre ise teknik anlamda bir defidir. Dava temelinin yetersizliği görüşü esas alındığında davanın dayandırıldığı olaylar yeterli görülmediğinden davacının talebi hakim tarafından hükme bağlanmaz. Fakat ikinci görüş esas alınrsa, hakim bunu resen dikkate almaz, davalının bunu ileri sürmesi durumunda dikkate alır.¹⁷⁹ Hakim olan görüş de budur.

¹⁷⁷ 'Attâr, *Nazariyyetü'l-Ecel*, 258.

¹⁷⁸ Mısır MK. md. 459/I, Suriye MK md. 417/I'de semenin hepsi veya bir kısmı muaccel ise, satıcı, satım akdinden sonra alıcıya bir vade tanımadıkça, müşteri kefil veya rehin göstermiş olsa bile, muaccel alacağını elde etmedikçe mebi üzerindeki hapis hakkını kullanabilir. Irak MK. md. 479/I'de semenin müaccel olacağı akitte kararlaştırılmış ise veya satıcı akitten sonra semen alacağını tecil etmiş ise, mebi üzerinde hapis hakkını kullanamaz ve müaccel alacağını da vadesinden önce talep edemez ('Attâr, *Nazariyyetü'l-Ecel*, 258).

¹⁷⁹ Kaniti, *Akdin ifa edilmediği def'i*, 20.

Şafii doktrininde, bey' akdinden doğan edimlerin ifa sırasına ilişkin ileri sürülen görüşlerden biri aynı zamanda ifayı öngörmektedir. Bu görüşün işlenmesi sırasında ödemezlik def'inin hukuki mahiyetine ışık tutacak bilgilere de yer verilmektedir. Belirtildiğine göre, bu tür bir borç ilişkisinde her iki taraf da hem alacaklı hem de borçlu durumdadır, o halde taraflardan birinin önce ifaya zorlanması mümkün değildir. Taraflar aynı zamanda ifa ile yükümlü olunca da, kendi edimini ifa etmeyen taraf, karşı edimin ifasını talep etme imkanından mahrum kalır. Binaenaleyh bu yönde açılacak olan bir davayı, hakim, esastan reddeder. İşte bu görüş, ödemezlik def'inin dava temelini yetersizliği mahiyetinde algılandığını göstermektedir. Ne var ki, Şafiî, kendisine ait olmayan, ama başkasından naklederek Ümm adlı eserinde andığı bu görüşü, insanların karşılıklı olarak yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmalarına fırsat vereceği düşüncesiyle reddetmiştir.¹⁸⁰ Fakat mezhepte yer alan hakim görüş, davanın yeterli görülmesini ve her iki tarafın da aynı zamanda ifada bulunmaya mahkum edilmesini öngörmektedir. Çünkü taraflar altına girdikleri borçların gereğini yapmak zorundadırlar. Hakim onlardan edimlerini kendisine veya yedi adle teslim etmelerini ister. Bu talep gerçekleşince hakim bizzat kendisi veya üçüncü bir kişi taraflardan her birinin hakkını teslim eder.¹⁸¹ Bu ikinci görüş ise, davalının böyle bir def'i ileri sürmesine imkan vermemektedir. Verilecek olan hüküm, ödemezlik def'inin amaçladığı sonucu doğrudan gerçekleştirdiği için artık böyle bir def'e gerek kalmamış olur.

2. Önce ifa borcu

Karşılıklı edimlerin her ikisinin de muaccel olması her ikisinin de aynı zamanda ifa edilmesini gerektirir. Ancak karşılıklı edimlerden biri ferden, diğeri nevan muayyen bir şeyden ibaretse, aralarındaki eşitliğin sağlanması için edimlerden birine ifada öncelik verilmesi gerekir. Taraflardan birinin önce ifa ile yükümlü tutulması, hapis hakkını gündeme getirir. Çünkü edimlerden birine ifa önceliği verilmesi, hapis hakkı ile birlikte dikkate alınmazsa bir anlam ifade etmez. Kaldı ki, taraflardan birine hapis hakkı tanınması, karşı edimi talep önceliğinin ona yönelmesi nedeniyledir.¹⁸²

¹⁸⁰ Şirbîni, *Muğnî*, II, 74.

¹⁸¹ Şirbîni, *Muğnî*, II, 74.

¹⁸² Serahsî, *Mebûât*, XIII, 195.

Taraflardan hangisi önce ifa ile yükümlü tutulmuşsa, o, kendi edimini ifa etmedikçe karşı taraftan ifa talebinde bulunamaz. İfa talebinde bulunduğu taktirde, karşı taraf hapis hakkını ileri sürer. Önce ifa borçlusunun bu yönde açacağı bir dava da, yetersizlik nedeniyle reddedilir. Önce ifa borçlusunun kefil göstermesi veya rehin vermesi, ona, karşı edimi talep edebilme hakkını bahşetmez.¹⁸³ Çünkü alacaklının hakkettiği ifadır. Teminat ise ifanın yanında zayıf kalır. Bir şey, ancak daha güçlü veya en azından dengi olan bir şeyle aşılabılır. Önce ifa borçlusunun yapacağı kısmî ifa da ona, karşı edimi isteme hakkını vermez. Hatta hanefi doktrininde, bu kısmî ifa, tam bir ifanın çok az bir kısmı eksik olacak şekilde de olsa, durum değişmez.¹⁸⁴ Çünkü onun yükümlü olduğu tam ve gereği gibi bir ifadır. Önce ifa borçlusunun birden fazla olması halinde, borçlulardan biri, kendi payına düşeni ifa ettiğinde, edimin diğer borçluların payına düşen kısmı da ifa edilmedikçe, sonra ifa borçlusu ifaya zorlanamaz.¹⁸⁵ Çünkü alacaklı açısından böyle bir ifa, kısmî bir ifadır. Önce ifa borçlusunun, borçlanılan evsaf ve nitelikleri taşımayan bir edim sunması da ona, karşı edimin ifasını talep etme imkanını vermez. Edime aykırı olan, sunulan edimin çok az bir kısmını da teşkil etse sonuç yine değişmez. Fakat bu aykırılığı, sonra edim borçlusu, kendi edimini ifa ettikten sonra farketmişse, ifa ettiği edimi geri isteyemez.¹⁸⁶ Ancak bu aykırılığı farkedenden tarafın kendi edimi, izni dışında elinden çıkmışsa, tekrar geri istenebilir. Bu edim üzerinde birtakım işlemler de yapılmış olsa, istirdad hakkına bir hanel gelmez. Fakat bu işlemler yapılırken, o edimi ifa etmiş olan kişinin itiraz etmemesi, zımni bir icazet sayılır ve kendi istirdad hakkını iskat ettiği anlamına gelir.¹⁸⁷

Hulasa, önce ifası gereken edim, gereği gibi ifa edilmedikçe veya alacaklının tecil, ibra, temlik gibi bir işlemi olmadıkça, önce ifa borçlusu, karşı edimin ifasını talep edemez. Önce ifası gereken edimin alacaklısı, alacağını tecil etmişse, borçluyu tamamen ibra etmişse veya borçlusu olduğu üçüncü bir kişiyi, borçlunun üzerine

183 Kâsânî, *Bedâi'*, V, 250-251.

184 Serahsî, *Mebûsât*, XIII, 192.

185 Kâsânî, *Bedâi'*, V, 250-251.

186 Ancak Züfer ve bir rivâyete göre de Ebû Yusuf, böyle bir durumda, ifa edilen edimin geri istenebileceği görüşündedirler. Çünkü önce ifa borçlusu, borç olmayan bir şeyi teslim etmiştir.

Böyle bir şeyin ifanın işlevini görmesi için alacaklının da rızası gerekir. Oysa o, böyle bir şeyin ifa sayılmasına rıza göstermiş değildir. (Serahsî, *Mebûsât*, XIII, 193-194).

187 Serahsî, *Mebûsât*, XIII, 194.

havale etmişse (alacağın temliki), artık önce ifa borçlusu, karşı edimi talep hakkına kavuşur.

Şunu da belirtmek gerekir ki, önce ifası gereken borç, ifa, ibra (kısmî ibra olmaması kaydıyla) ve havale durumlarında son bulmaktadır. Bu işlemlerden sonra ortada sadece ifası gereken bir edim kalmaktadır. Tek edimin olduğu durumlarda ifa sırasından söz edilemez. O edim muaccel olduğu için, derhal ifası istenebilir. Tecil durumunda ise, karşılıklı edimler hâlâ varlığını korumaktadır. Ancak önce ifası gereken edimin tecil yüzünden muacceliyetini yitirmesi, talep hakkının, muacceliyetini hâlâ korumakta olan diğer edime karşı ileri sürülmesine yol açmaktadır. Böylece tecil olayında, bir anlamda ifa önceliği yön değiştirmiş olmaktadır. Bu nedenle sonra ifa borçlusu, tecille birlikte, alacağını elde etmeden defî (hapis) hakkını yitirerek kendi edimini ifaya mecbur kalmaktadır.¹⁸⁸ Hatta sonra edim borçlusu, kendi edimini henüz ifa etmemişken, alacağı için tanıdığı vade gelmiş olsa bile, tecil öncesi sahip olduğu konuma tekrar kavuşamaz.¹⁸⁹ Çünkü sona eren bir hak tekrar canlanamaz.¹⁹⁰

Önce ifası gereken edim ifa edilmeden, sonra ifa borçlusunun edimi, izni dışında elinden alınır, zilyetliği haksız olarak izale edilen bu şeyin istirdada konu olabileceğini belirtmiştik. Fakat istirdada konu olan bu şey, istirdad öncesi telef olsa, buna ait sorumluluk, zilyetliği izinsiz izale eden kişiye göre değişir. Zilyetliği izale eden, önce ifa borçlusunun bizzat kendisi ise, onun sorumluluğu akit içi sorumluluk hükümlerine göre takdir edilir. Fakat zilyetliği izale eden, önce ifa borçlusunun vekili ise, sorumluluk daha ağır bir şekilde takdir edilir ve akit dışı sorumluluk hükümleri tatbik edilir. Çünkü önce ifa borçlusunun vekili, sonra ifa borçlusu için üçüncü bir şahıs konumundadır. Onun önce ifa borçlusunun vekili olması, sonra ifa borçlusun ilgilendirmez. Bu nedenle sonra ifa borçlusu, isterse, önce ifa borçlusunun vekili hakkında akit dışı sorumluluğa ait hükümleri işler.¹⁹¹

a. Önce ifa borcunun kaynağı

¹⁸⁸ Serahsî, *Mebûsât*, XIII, 192; Kâsânî, *Bedâi'*, V, 250-251.

¹⁸⁹ Serahsî, *Mebûsât*, XIII, 192.

¹⁹⁰ "Sâkıt olan şey avdet etmez" (Mecelle md. 51)

¹⁹¹ Serahsî, *Mebûsât*, XIII, 195-196.

¹⁹¹ "Sâkıt olan şey avdet etmez" (Mecelle md. 51)

¹⁹¹ Serahsî, *Mebûsât*, XIII, 195-196.

Karşılıklı edimleri içeren bir akitte taraflardan biri, akit veya işin mahiyeti gereği, önce ifa ile yükümlü olabilir.

aa. Akit

Akit sırasında taraflardan birinin diğerinden önce ifada bulunacağı kararlaştırılabilir. Bu sonuç, tarafların akde koydukları bir hükümden çıkarılabilir. Böyle bir hüküm bulunmasa bile, taraflardan birinin önce ifada bulunması gerektiği yönünde bir âdet varsa akitte açıkça kararlaştırılmış gibi geçerli olur. Çünkü örf ve âdet gereği bilinen hususlar, akitte açıkça konuşulmuş gibi hüküm ifade eder.

bb. İşin mahiyeti

İşin mahiyeti aynı zamanda ifayı değil birinin daha önce ifada bulunmasını gerekli kılabilir. Ancak bu önceliğin neye göre belirleneceği ihtilaf konusudur. Nitekim ifa sırasına ilişkin bir kayıt içermeden yapılan bir bey' akdinde, taraflardan hangisinin önce ifa ile yükümlü tutulacağı farklı görüşlere konu olmuştur. Hanefiler, önce ifada bulunması gereken tarafın alıcı olduğunu savunmaktadırlar. Çünkü mebie ait mülkiyetin akitle karşı tarafa geçmesine karşılık semene ait mülkiyetin karşı tarafa geçmemiş olması, edimler arasındaki dengenin satıcı aleyhine bozulmasına neden olmaktadır. Bozulan bu dengenin tekrar tesis edilmesi, ancak semenin önce ifa edilmesiyle mümkündür.¹⁹² Mecelle de, bunu, md. 262'de "Bey'de kabz şart değildir. Fakat ba'de'l-akd evvela müşteri semeni bâyi'e ve saniyen bâyi', mebiî müşteriye vermeğe borçlu olur" şeklinde hükme bağlamıştır. Hanefilerin semenin mahiyetini dikkate alarak alıcı hakkında ileri sürdükleri bu hükmü diğer para ve cins borçlarına da teşmil etmek mümkündür. Kanaatimize göre, hanefilerin, alıcıyı önce ifa ile yükümlü tutmalarının nedeni, alıcının mali durumunun bozulması halinde satıcının malından mahrum kalmasını önlemek ve onun diğer deyn alacaklıları statüsüne düşmesini önlemektir. Çünkü hanefi doktrininde, satıcı, alıcının iflası halinde bile akdi feshetme hakkına sahip değildir.¹⁹³ Önce ifa ile alıcıyı yükümlü tutma noktasında malikiler de, hanefilerin görüşüne katılmaktadırlar.¹⁹⁴ Şafilere gelince, onların da bu yönde bir görüşleri bulunmaktadır. Ancak mezhebin hakim görüşü aksi yöndedir. Buna göre önce ifaya

¹⁹² Serahsî, *Mebûsât*, XIII, 192.

¹⁹³ Serahsî, *Mebûsât*, XIII, 197-199.

¹⁹⁴ İbn Cüzey, *Kavânîn*, 252.

mecbur olan ayn borçlusudur. Çünkü bey' akdinin kaderi mebiin varlığına bağlıdır. Mebi bir an önce teslim edilmelidir ki, imkansızlık nedeniyle borç ilişkisinin son bulma tehlikesi önlenmiş olsun. Aynı tehlike nasıl olsa para veya cins borçları hakkında söz konusu değildir. O halde akdin selameti için mebiin önce teslim edilmesi gerekir.¹⁹⁵ Şafiilerin bu görüşünü hanbeliler de paylaşmaktadırlar.¹⁹⁶

İslam hukukunda her iki edimin deyn niteliğinde olması halinde bunların akit meclisinde ifa edilmesi gerekir. Bu edimlerden her ikisinin birlikte tehir edilmesi bey'u'l-kâli' bi'l-kâli' kapsamına gireceği için tecviz edilmemiştir.¹⁹⁷ Bu nedenle edimlerden birinin mutlaka ya akit sırasında tarafların karşılıklı olarak tayin etmesiyle ya da ifa yoluyla ferden muayyen hale getirilmesi gerekir ki, diğer edimin ifası tehir edilebilsin. Bunun en tipik örneğini selem akdindeki karşılıklı edimler teşkil eder. Selem akdinde edimlerden biri mutlaka akit sırasında ferden muayyen hale getirilmelidir ki, diğer edim belli bir vadeye bağlanabilsin. Bu akit, yapısı gereği, selem siparişi veren tarafın, edimini mutlaka önce ifa etmesini gerektirir. Ancak bu şekilde, mahiyetleri deyn borcuna benzeyen edimlerin farklı zamanlarda ifa edilecek biçimde mübadelesine imkan sağlanmış olsun. Ne var ki, selem akdinden doğan karşılıklı edimler hakkında ifa sırasından ziyade ifa zamanı söz konusudur. Çünkü müslemünfih adı verilen edim, akit gereği belli bir vadeye bağlanmıştır. Edimlerden birinin vadeye bağlanmış olması halinde ifa zamanı gündeme gelir.

b. Önce ifa borcunu ortadan kaldıran haller

Önce ifa borcu olan taraf, bazı durumlarda, bu yükümlülüğünden kurtulur. Artık karşı taraf buna dayanarak ifa talebinde bulunamaz. Bulunsa bile önce ifa borçlusu buna uymak zorunda değildir.

aa. Karşı tarafın ifada bulunmayacağını belirtmesi

Önce ifa borçlusu, karşı tarafın da ifaya hazır olması halinde, ifada bulunmakla yükümlüdür. Karşı taraf ifada bulunmayacağını belirtirse veya buna eşdeğer sayılabilecek şekilde bir davranış sergilerse önce ifa borçlusu buna binaen

¹⁹⁵ Şirbînî, *Muğnî*, II, 74-75.

¹⁹⁶ İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 218-219; İbn Receb, *Kavâid*, 69.

¹⁹⁷ İbn Kayyîm, *I'lâm*, II, 8-9.

ifadan imtina edebilir. Çünkü buna rağmen ifada bulunursa mukabil alacağını tehlikeye sokmuş olur.

Sonra ifa borçlusunun ifaya hazır olmaması onun ifa konusunda ciddi olmadığını gösterir. Bu nedenle, önce ifa borçlusu, karşı taraftan, kendi edimini ifaya hazır hale getirmesini isteyebilir. Şafii ve hanbeli mezheplerinde, bey' akdinde, önce ifa ile yükümlü olan satıcıdır. Alıcı, semenin hazır olmadığını, ama yakın bir yerde bulunduğunu belirtirse, satıcı, kendi edimini ifa etmekle birlikte, teslim ettiği mebi ile birlikte alıcıya ait başka mallarını hacr altına alır. İbn Kudame ise, böyle bir tedbirin uygun olmadığı görüşündedir. Ona göre, hacre başvurulacağına, satıcıya, hapis hakkı tanımak daha etkili olur. Kaldı ki, teslimden sonra hacre imkan tanımak, teslimden önce hapis hakkı tanımayı rahatlıkla tecviz eder.¹⁹⁸

bb. Karşı tarafın aciz haline düşmesi

Edimlerden birinin önce ifa edilmesi gereği, karşı edimin elde edilmesinin güvencede olması ön şartına bağlıdır. Karşı edimin elde edilmesi riskli ise, beri taraf önce ifaya zorlanamaz. Aksi takdirde, karşılıklı edimler arasındaki eşitlik ilkesi¹⁹⁹ ihlal edilmiş olur. Kaldı ki, önce ifa borçlusunun, böyle bir duruma rağmen ifaya zorlanması hakkaniyetle bağdaşmaz.

Sonra ifa edilecek edimin riske girmesi, o edim borçlusunun iflas etmesi veya acz haline düşmesi şeklinde olabilir. Önce ifası gereken edimin alacaklısı, borcun doğumundan önce veya sonra bu duruma düşmüş olabilir. Borcun doğumundan önce böyle bir duruma düşmüşse ve borçlu da bunu bilerek akit yapmışsa, önce ifa borçlusu, ifadan geri duramaz. Ancak önce ifa borçlusu, onun bu durumunu bilmeden akit yapmışsa veya akit sırasında böyle olmadığı halde sonradan bu duruma düşmüşse, önce ifa borçlusunun haklı olarak buna karşı korunması gerekir. Nitekim satıcıya önce ifa borcunu yükleyen şafiiler ve hanbeliler, alıcıya karşı satıcıyı koruma yönünde bazı tedbirler almışlardır. Buna göre, alıcı ödeme sıkıntısı çekiyorsa veya iflas etmişse, mebi teslim edilmiş olsa bile, satıcı, akdi feshederek malını geri alabilir. Alıcının getireceği semenin kasr mesafesinde bulunması, onun iflasıyla eşdeğer kabul edilmiş ve satıcıya, hacrın yanı sıra akdi feshetme hakkı da

¹⁹⁸ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 220; Şirbîni, *Muğni*, II, 75.

¹⁹⁹ Serahsî, *Mebûât*, XIII, 192.

tanınmıştır.²⁰⁰ Hatta şafii mezhebinde, getirilecek semenin kasr mesafesinden daha yakın bir yerde olması halinde bile, satıcıya sözü geçen her iki imkan da tanınmıştır. Yeter ki, müşterinin mali durumu iyi görünmesin.²⁰¹

İbn Kudame, bu noktada da kendi mezhebinin görüşünü yeterli görmemekte ve satıcıya tanınan mebiin hacri veya akdin feshi şeklindeki imkanın teslimden önce tanınmasını önermektedir. Ona göre, semen ifaya hazır bulundurulmadıkça, satıcının mebi teslime zorlanmaması gerekir. Çünkü satıcı, semeni elde etmek karşılığında mebi elden çıkarmayı göze almaktadır. O halde satıcının, bedelini elde etmeden mebi teslim etmesi gerekmemelidir. Kaldı ki, taraflar, ifa etmekle yükümlü oldukları bedeller bakımından eşit konumdadırlar. O halde ifa açısından da eşit konumda olmalıdırlar. Mebiin teslimine öncelik verilmesi, ancak karşı edimin hazır bulunması halinde bir zarar söz konusu olmadığı içindir. Fakat hacri veya sonunda feshi gerektiren bir sakınca varsa mebiin önce teslimi yoluna gidilmemesi gerekir. Çünkü satıcıya hacr imkanı sağlamak, yeteri bir güvence değildir. Zira hacir kararı hakimin hükmüne bağlıdır. Bu sonucu elde etmekte genellikle zordur. Teslimden sonra hacr veya feshe imkan tanınıyorsa, satıcının teslimden kaçınmasına öncelikle imkan tanınması gerekir. Çünkü bir şeyi (zararı) önlemek, onu gidermekten (telafi etmek) daha kolaydır. Ayrıca semeni elde etmeden veya elde edilebilir bir duruma getirilmeden satıcıya mebi teslimden kaçınma hakkı tanımak, karşı edimin ifasını sağlamakta bir baskı unsuru da oluşturur. Oysa teslimden sonra böyle bir fırsat kaçırılmış olur.²⁰²

Bey' akdinde ifa önceliğini alıcıya yükleyen hanefiler, alıcının iflas etmesini veya ödeme sıkıntısı çekmesini, satıcı için bir fesih sebebi olarak görme ihtiyacı duymamışlardır. Mezhebin görüşünü savunan Serahsî, hapis hakkının yeteri bir güvence teşkil ettiğini, Allah'ın, ödeme sıkıntısı çeken borçluya, durumu düzeline kadar süre tanınmasını istediğini belirterek dinin böyle bir duruma düşen alıcıya vade tanınmasının, satıcının alacağını tecil etmesinden farksız olarak, satıcının fesih hakkına sahip olmasına engel teşkil edeceğini ileri sürmektedir.²⁰³

²⁰⁰ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 220; Şirbini, *Muğni*, II, 75.

²⁰¹ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 219.

²⁰² İbn Kudame, *Muğni*, IV, 220.

²⁰³ Serahsî, *Mabsût*, XIII, 198.

Hanefi mezhebinde, önce ifa borçlusunu alıcı olduğu için alıcının iflasının ifa sırasına bir etkisi yoktur. Fakat sonra ifa borçlusunu olan satıcı, önce ifa borçlusunu olan alıcının bu halini gerekçe göstererek, belli bir süre içinde semer ödenmediği takdirde akitle bağı kalmak istemezse, ona akdi feshetme hakkı tanınır tanınmayacağı çözümü gereken bir mesele olduğu kanaatindeyiz. Zira hanefi mezhebinde, akdin iki tarafın rızasıyla kurulmuş olduğu, mebie ait mülkiyetin akitle alıcıya geçtiği, böyle bir sonuç gerçekleştikten sonra satıcının tek başına alıcının mülkiyetini izale edemeyeceği, bunun için yine karşılıklı rızanın gerektiği, onun da ancak bir ikale ile mümkün olabileceği anlayışı hakim görünmektedir.



DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

**İFANIN İSBATI VE
ALACAKLININ TEMERRÜDÜ**

I. İFANIN İSBATI

A. GENEL OLARAK

İslam isbat hukukunun esasını, beyyine iddia sahibine, yemin de bu iddiayı inkar eden tarafa aittir (Mecelle md. 76) ilkesi teşkil eder.¹ Buradaki beyyineden maksat, iddianın doğruluğunu ispatlayan olaylardır. Bu olayların meydana geldiğini ortaya koyması gereken müddeidir, yani iddia sahibidir. Bir davanın taraflarından iddia sahibine, teknik olarak, davacı denilmektedir. Buna göre, isbat yükü, davacıya aittir. Ancak davacının, herhangi bir anlaşmazlıkta hangi taraf olduğu açığa kavuşturulması gereken önemli bir meseledir. Davanın taraflarından biri talepte bulunuyor diye, ona, mutlaka davacı denemez. O halde müddeinin gerçekte hangi taraf olduğunu tesbit edemezsek, isbat yükünü yanlış tarafa yüklememiz işten bile değildir. Bu durumda ispat yükü, şayet isbatla yükümlü olmaması gereken tarafa yüklenmişse, çoğu kere de isbat vasıtalarından mahrum olan bu kişi, kaçınılmaz olarak haksızlığa uğramış olur. Bu nedenle davacı ile davalının ayırt edilmesine İslam hukuk literatüründe oldukça önem verilmiştir. Mesela Tarâbü'lüsî, muhakeme usulü tarzında yazdığı eserinde, bu konuya özel bir bölüm ayırmıştır.²

İslam hukukunda davacı ve davalı tarafın tesbitinde çeşitli ölçüler esas alınmıştır.³ Bunlardan biri, iddiası bir esasa (asl), mevcut örfe veya âdete aykırı düşen tarafın müddei, yani davacı; iddiası söz konusu esasa, örfe veya âdete uygun düşen tarafın da müdde aleyh, yani davalı sayılmasını öngörmektedir.⁴ Çünkü isbat hukukunda, kural olarak, zâhir (dış görüntü) kimin lehine tanıklık ediyorsa onun sözüne itibar edilir.⁵ Mecelle'nin beyyine ile yeminin fonksiyonunu izah

¹ Bu hadisi Beyhakî Sünen'inde ve İbn 'Asâkir, İbn Ömer'den rivayet etmiştir. Ne var ki, hadisin rivayeti sıhhat derecesine ulaşmamıştır. Fakat Resulullah ve Sahabe'nin verdiği kararlarda yer alan uygulama, bu hadisin sıhhatine tanıklık etmektedir (Zerka, el-Fıkhü'l-İslâmî, I, 145, 2 no. dipnot). Ayrıca es-Sadru's-Şehîd'in merfu bir hadis olduğunu belirttiği bu ifade, Hz. Ömer'in Ebû Musa el-Eş'arî'ye gönderdiği meşhur mektubunda da yer almaktadır (es-Sadru's-Şehîd, Şerhu Kitabi Edebî'l-Kâdî, I, 219).

² Tarâbü'lüsî, *Mu'înü'l-Hükkâm*, 52-53.

³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz, "Dâva", DİA, IX, 12.

⁴ Karâfî, *Zehîra*, V, 458.

⁵ Serahsî, *Mebûsât*, XV, 94.

⁴ Serahsî, *Mebûsât*, V, 100.

⁵ Serahsî, *Mebûsât*, XV, 94.

etmek üzere serdettiği 77. maddesi de bu gerçeği açıkça ortaya koymaktadır. Söz konusu maddeye göre "Beyyine hilâfî zâhiri isbat için ve yemin aslı ibka içindir". Bu paragrafta sözü edilen esas, örf ve âdet kavramlarına açıklık getirmemiz gerekir.

Esas (asl)'tan maksat, beraet-i zimmet⁶, bir şeyin eski durumunu koruduğu⁷ ve emin kılınan kimsenin hain sayılmaması gibi temel yerleşik kurallardır. İleri sürülen bir iddia bu temel ilkelere, ters düşüyorsa, bu iddianın sahibi davacı taraf olarak belirlenir ve isbat yükü ona yüklenir.⁸ Nitekim alacaklı olduğunu iddia eden kimse, davacıdır. Çünkü kural, kişilerin borçlu olmamasıdır. O halde alacaklı olduğunu iddia eden kimse, bunu isbat etmesi gerekir. Ayrıca bunun bir uzantısı olarak, borçlu ile alacaklı arasında, borcun miktarı, cinsi, nev'i veya vasfı hakkında ne zaman anlaşmazlık çıkarsa, borçlunun iddiası yeminiyle birlikte esas alınır. Çünkü alacaklı, borçlu aleyhinde bir fazlalık ileri sürmektedir. Fazlalık ise isbata muhtaç bir husustur. O halde alacaklı bu fazlalığı ispat etmek zorundadır.⁹ Yine borcunu ifa ettiğini iddia eden kimse, davacıdır. Çünkü bu iddia, borcun mevcudiyetini kesin olarak içermektedir. Ancak ifa, şüpheye açık bir olaydır. Halbuki yakın olan bir husus, şek ile bertaraf edilemez.¹⁰

Örf'ten maksat ise, toplumun bir konudaki genel tavrıdır. Mesela ifanın, ispata muhtaç bir mesele olması buna örnek verilebilir. Bunun böyle olduğu bilindiği için, normal olarak, ifade bulunan borçlu, kesinlikle ispat vasıtalarını temin eder.¹¹ Bu vasıtaları temin etmeden ifaya yanaşmaz. Bu nedenle, bu yönde bir iddiada bulunan kimse, normal bir tavra muhalif davrandığı için, müddei sayılır ve iddiasını ispata mecbur kalır.

Âdet'ten maksat ise, herhangi bir olay karşısında kişiden beklenen normal davranıştır. Mesela normal hayat şartları, insana, tavırları güvensizlik izhar eden bir kimseye karşı, sıkı davranılması gerektiğini dikte eder. Şöyle ki, bir kişi, kendi alacağının mevcudiyetini isbata yönelik vasıtaları sağlamak konusunda oldukça sıkı davranıyorsa, böyle birine borçlu olan kimsenin de ona karşı, ifanın isbatını

⁶ "Berâet-i zimmet asıldır" (Mecelle md. 8)

⁷ "Bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır" (Mecelle md. 5); "Bir zamanda sâbit olan şeyin hilafına delil olmadıkça bekası ile hükmolunur" (Mecelle md. 10)

⁸ Karâfi, *Zehîra*, V, 458.

⁹ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 262.

¹⁰ "Şekk ile yakîn zâil olmaz" (Mecelle md. 4)

¹¹ Karâfi, *Zehîra*, V, 458.

¹⁰ "Şekk ile yakîn zâil olmaz" (Mecelle md. 4)

¹¹ Karâfi, *Zehîra*, V, 458.

sağlayacak vasıtaları temin konusunda sıkı davranması gerekir.¹² Bu nedenle, böyle bir alacaklıya karşı borcunu ifa ettiğini iddia eden kimsenin iddiası, tedbir alması kendisinden beklendiği için, bunun gereği olarak ispata davet edilir.

Asl, örf ve âdet diye belirtilen hususlar tamamen karine niteliğindedir. Karineler ise, hayatın doğal akışını takip etmeli ve hukukî olay ve ilişkilerin normal icapları gibi karşılanabilmelidir. Çünkü hukuki karinelere vücut veren esas düşünce budur.¹³ Mesela bir kira akdinde, kiralayan, sürenin bitiminden sonra kira bedelini almadığını iddia ediyorsa, kiracının ifada bulunduğunu isbat etmesi gerekir. Aksi taktirde alacaklının bu yöndeki iddiası yeminiyle birlikte kabul edilir. Ancak kiralayan, bu iddiasını, sürenin sona ermesi üzerinden uzun zaman geçtikten sonra ileri sürmüştü, bu sefer, onun iddiasına itibar edilmez ve kiracının iddiası yeminiyle birlikte kabul edilir. Bu kiracı ister evden çıkmış olsun ister orada kalmakta devam etsin farketmez. Çünkü alacağı muacceliyet kazanmış bir kimse, kolay kolay talep hakkını normal sayılmayacak kadar uzun bir süre geciktirmez. Böyle bir gecikme, kiracının borcunu ifa ettiği yönünde bir karine teşkil eder.¹⁴

B. İFADA İSBAT YÜKÜ

Borçlu, yukarda anlattığımız esaslara göre, ifa iddiasında bulunuyorsa, bu iddia, varlığı kesin olan bir hususa aykırı düşmektedir. Şöyle ki, ifa iddiası, iddia sahibinin borçluluğunu zorunlu olarak kendi içinde barındırır. Borçluluk kesinlik kazandıktan sonra, bu vafın, varlığını hâlâ muhafaza ettiğine hükmedilir. Bu nedenle mevcut halin sona erdiği, ispata muhtaç bir meseledir. Çünkü bu iddiannın sahibi, varlığı kesin olan bir şeyi, varlığı ispata muhtaç bir olayla sona erdirmek istiyor. Halbuki vukuu meşuk bir olayla (şek), varlığı kesin bir durum (yakîn) ortadan kalkmaz ilkesi ona bu fırsatı vermez. Bu nedenle ifa iddiasını ileri süren borçlu, müddeidir, dolayısıyla isbat yükü de ona aittir.

Fıkıh literatüründe bu ilkenin esas alındığını gösteren pek çok örnekle karşılaşmak mümkündür. Mesela satıcı ile alıcı, mebiin kabzi hakkında ihtilafa düşerlerse, alıcının sözü esas alınır. Çünkü satıcı kabzin varlığını ve semenin kesinleştiğini iddia ediyor, alıcı ise bunu inkar ediyor. Çünkü kabzin

¹² Karâfi, *Zehîra*, V, 458.

¹³ Tekinay, *Borçlar Hukuku*, 387.

¹⁴ Karâfi, *Zehîra*, V, 459.

¹⁴ Karâfi, *Zehîra*, V, 459.

gerçekleşmemiş olması esastır. Gerçekleşmesi ise arızidir. Müşteri asıl olana dayanmakta, satıcı ise arızı olan bir duruma istinad etmektedir. Zahir, müşteri lehinde tanıklık etmektedir. Binaenaleyh yeminiyle beraber onun sözü esas alınır. Yine mebiin bir kısmı kabzedilip bunun miktarında anlaşmazlık çıkarsa, aynı düşünceyle, alıcının sözü esas alınır. Fakat semenin kabzedilip edilmediğinde anlaşmazlık çıkarsa, bu sefer satıcının sözü esas alınır.¹⁵ Yine selem akdinde, selem borcunun ifa edilip edilmediği konusunda taraflar anlaşmazlığa düşerlerse, alacaklının (müslim) sözüne itibar edilir. Fakat selem parasının (re'su'l-mal) ödenip ödenmediğinde anlaşmazlık çıkmışsa, selem siparişi alan tarafın (müslemünileyh) iddiası esas alınır.¹⁶ Aynı şekilde gaspta, gaspedilen şeyin iade edildiğinin isbatı gâsıba düşer.¹⁷ İşte bunlar ve daha pek çok örnek, açıkça ifa konusundaki isbat yükünün borçluya ait olduğunu göstermektedir.¹⁸ Şu var ki, borçlu, hukuki statüsü gereği, emîn sıfatını taşıyorsa, ifanın gerçekleşip gerçekleşmediğinde isbat yükü, kural olarak yer değiştirir ve alacaklıya geçer.¹⁹ Nitekim vedia alanın vediayi iade ettiği veya vekilin müvekkile ait şeyleri ona teslim ettiği yönündeki iddialarına itibar edilir. Çünkü emin kabul edilen kimse, hain addedilemez kuralı, bu tür borçluların lehine şahitlik etmektedir. Dolayısıyla iddiası kurala aykırı düşen karşı tarafların müddei kabul edilmesi ve isbatla yükümlü sayılmaları gerekir. Ancak emin sıfatıyla zilyed oldukları halde, kiracı ve rehin alanın iade iddiaları belirtilen kuralın istisnalarını teşkil eder.²⁰

Emin konumunda olan kimseler, kendi içinde iki kısma ayrılırlar. Emin sıfatını taşıyan vasıtasız zilyed, ya sadece vasıtalı zilyed yararına veya hem kendisi hem de vasıtasız zilyed yararına şeyi elinde bulundurur. Birincisine vedia alan ile ücretsiz vekil örnek gösterilebilir. İkincisine ise ücretli vekil, mudârib, ecîr-î müşterek, kiracı ve mürtehin örnek verilebilir. Bu ayırım, bunların ellerinde bulundurdukları şeyleri iade ettikleri yönündeki iddialarına itibar edilip edilmeyeceği hususunda karar verebilmek için yapılmıştır. Birinci gruba girenlerin iade iddiaları kabul edilir. Fakat ikincilerin bu yöndeki iddialarının kabul edilip edilmeyeceği

¹⁵ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 248.

¹⁶ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 346.

¹⁷ Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 164.

¹⁸ Sahnun, *Müdevvene*, IV, 44; Kâsânî, *Bedâi'*, V, 154, 242; İbn Kudame, *Muğni*, IV, 588.

¹⁹ Zerkeşi, *Mensûr*, III, 111.

²⁰ Zerkeşi, *Mensûr*, III, 111.

¹⁹ Zerkeşi, *Mensûr*, III, 111.

²⁰ Zerkeşi, *Mensûr*, III, 111.

tartışmalıdır. Kadı Ebu Ya'lâ, ikincilerin iade iddialarının kabul edilmeyeceği görüşüne taraftardır.²¹

Vekilin, vekaletten dolayı elinde bulundurduğu müvekkile ait şeyleri ona iade ettiğini ileri sürmesi halinde, onun ücretli olup olmadığına bakılır. Vekaleti ücretsiz olarak görmüşse, iddiasına itibar edilir. Fakat ücretli olarak iş görmüşse, iade yönündeki iddiasına itibar edilip edilmeyeceği hususunda müsbet ve menfi olmak üzere iki görüş vardır. Menfi yöndeki görüş esas alındığında, vekil, iddiasını isbat etmekle yükümlüdür. Çünkü o, ariyet alan gibi, şeyi sadece maliki için değil kendi yararı için de elinde bulundurmaktadır.²²

Şunu da belirtmek gerekir ki, borçlu ifayı isbatla yükümlü olduğu gibi, ayrıca yaptığı bu ifanın gereği gibi bir ifa olduğunu da isbat etmek zorundadır. Bu nedenle ifanın konu, yer ve zaman bakımından gereği gibi yapılıp yapılmadığında anlaşmazlık çıkarsa, borçlu, ifanın bu unsurlarına gereği gibi riayet edildiğini isbatlayamazsa, alacaklının sözü esas alınır. Nitekim hazırda bulunmayan bir parça satımında, mebûin belirtilen niteliklere uygunluğunda taraflar arasında çıkan anlaşmazlıkta hiç birisinin tercih edilecek bir delili bulunmazsa alıcının sözü esas alınır, yani isbat yükü satıcıya ait olur.²³

Yapmama borçlarında, ifanın isbatı borçluya ait değildir. Çünkü olumsuz şeyler isbat edilemez. Bir şeyin meydana gelmediği değil, meydana geldiği isbata muhtaçtır. Bu kaide latince "negativa non sunt probanda=nefi isbat olunamaz" şeklinde formüle edilmiştir.²⁴ Aynı kaide, Mecelle md. 1699'da, beyyinenin işlevinin bir hakkı açığa çıkarmak (izhar) olduğu, yoksa falanca kimse şunu işlemedi veya filan şey falancanın değildir gibi tamamen olumsuz (nefy-i sırf) hususları kanıtlamak olmadığı şeklinde ifadesini bulmuştur. Bu nedenle yapmama borçlarının ifa edildiği değil, ifa edilmediği isbata muhtaçtır. Borca aykırılığı ise borçlu değil, bunu iddia eden alacaklı isbat etmekle yükümlüdür.²⁵

C. İSBAT HUSUSUNDA BORÇLUYA TANINAN HAKLAR

²¹ İbn Kudame, *Muğni*, V, 105.

²² İbn Kudame, *Muğni*, V, 104-105.

²³ Ali Sâlim, "et-Te'âkud ala'l-'Ayni'l-Ğâibe", *Mecelletü's-Şer'i'a ve'l-Kanûn*, 228-229.

²⁴ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 523, 1 numaralı dipnot.

²⁵ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 523, 1 numaralı dipnot.

İfada isbat yükü borçluya ait olduğuna ve ifada zahir durum diye ifade edilen hukuki karineler borçlunun aleyhine işlediğine göre, zahiri kendi lehine çevirmek için birtakım tedbirler almak da onun en tabii hakkıdır. Bu nedenle, bu yönde bazı imkanların, ifada bulunan borçluya tanınması gerekir. Bunlar sırasıyla ayrı ayrı işlenecektir.

1. Makbuz isteme hakkı

a. Makbuz kavramı

Makbuz, borçlanılan edimin alacaklı veya yetkili temsilcisi tarafından kabzedildiğini gösteren yazılı bir belgedir. Bu belge, ilgilinin alacak "kabzedilmiştir" açıklamasını içerdiği için bu adı almıştır. Türk doktrininde, yapılan kısmî veya devri ödemeler için makbuz düzenlendiği, borcun tamamı ifa edilince de, senedin iadesinin isteneceği belirtilmiştir. Fakat borç için bir senedin düzenlenmemiş olduğu durumlarda, borcu tamamen ifa eden borçlu, yine bir makbuz isteyecektir.²⁶

Borçlu, sadece ifadan değil, aynı zamanda gereği gibi ifadan da sorumlu olduğu için, ifa yaptığı taraftan, bu hususların da makbuza dercedilmesini isteyebilir. İfa yapılan taraf, herhangi bir alacağının kalmadığını ifade eden bir makbuz düzenlemişse, bu tür bir makbuza, Türk doktrininde, "bakiye makbuzu" ismi verilmektedir. İslam hukukundaki ibra türlerinden biri olan "berâet-i istîfa" tabiri, yazılı şekilde ifade edilmişse, sözü edilen bakiye makbuzunun fonksiyonunu görür. Çünkü bu tabir, alacaklının veya yetkili temsilcisinin, alacağını tahsil ettiğini ve borçlunun kendisine karşı bir borcu kalmadığını öngörür.²⁷

İfayı yapan, bizzat borçlu olmasa bile, yaptığı ifayı yazılı olarak gösteren bir makbuz isteme hakkına sahiptir. Çünkü o da, ancak hüküm ifade eden bir ifa sayesinde, borçluyla aralarındaki iç ilişkinin hükümlerden yararlanabilecektir. Nitekim vekil, kefil, muhalaleyh veya kanuni temsilcinin yaptıkları ifaları isbatlayabilmek için, alacağı kabzeden kimseden bu yönde bir makbuz istemeleri gerekir. Yoksa ifayı kabul eden kişi, yapılan ifayı inkar ettiği takdirde, ifada bulunan bu şahıslar başka vasıtalarla da ifayı isbat edemeyince, yapmış oldukları ifa bir

²⁶ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 164.

²⁷ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 14.

hüküm ifade etmeyecektir. Mesela kefil, borcu ödediğini iddia etse, ama bunu isbat edemezse, onun bu ifasının bir hükmü olmayacaktır. Dolayısıyla kefil, borçluya karşı rücu hakkını kullanamayacaktır. Çünkü asil, kefile onu borçtan kurtaracak bir ifade bulunması hususunda izin vermiştir. O ise bu niteliklere sahip bir ifade bulunmamıştır. Şöyle ki, kefil, asil borçlunun menfaat çatışması nedeniyle güvenmediği birine malı teslim etmiştir. Halbuki kefinden, böyle birine ifade bulunurken, inkar etmesine imkan vermeyecek şekilde davranması beklenirdi. Böyle davranmış sayılması için gerekli isbat vasıtalarını elde etmesi gerekirdi.²⁸ Kefil yaptığı ifaya rağmen, sorumluluktan kurtulmuş değildir. Alacaklı isterse tekrar kefile karşı talep hakkını ileri sürebilir. İfade bulunduğunu isbat edemediği takdirde, tekrar ifade bulunmak zorunda kalır. Borçluya karşı da ancak yaptığı bu ikinci ifa ile rücu edebilir. Çünkü kefil, ancak bu ikinci ifayla asilin zimmetini borçtan kurtarmış olmaktadır.²⁹

b. Makbuzun hükümleri

Makbuzun borçluya sağladığı ilk imkan, borcun makbuzda belirtilen şekilde ifa edildiğini isbat etmesidir. Bu makbuz sayesinde, borçlu, kendi aleyhine olan zahir durumu lehine çevirmiş olmaktadır. Ancak borçlu lehine dönen zahir durum, sadece bir karineden ibarettir. Alacaklı onu çürüttüğü takdirde, zahir durum tekrar borçlunun aleyhine döner. Alacaklı, borçlunun gösterdiği makbuzun sahte olduğunu veya sahte olmamakla birlikte ikrah altında düzenlendiğini iddia edip isbatlayabilir.

Makbuzun borçluya sağladığı diğer bir imkan da şudur: Özellikle devri edimlerde, son dönem borcunun ifası için düzenlenen bir makbuz, ihtirazi bir kayıt içermediği takdirde, önceki dönemlere ait borçların da ifa edildiğine karine teşkil eder.³⁰ Hatta bu tür devri edimlerde son döneme ait ifa hakkında makbuz düzenlenmemiş olsa bile önceki dönemler hakkında varid olacak bir ihtilafta zahir, borçludan yanadır. Nitekim bir kira akdinde, maliki hukukçusu İbn Habîb'in belirttiğine göre, me'cur, ay veya sene hesabıyla kiraya verilmişse son ay veya son sene hariç geçen ayların ve senelerin kiralarnının ödendiği yönündeki kiracının iddiası kabul edilir. Ayrıca son ay veya son senenin üzerinden çok zaman geçmişse

²⁸ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 612.

²⁹ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 612.

³⁰ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 77-78; Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 165. Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 11-78;

onların kiralalarının da ödendiği yönündeki iddia kabul edilir. Çünkü normal olarak (adeten) ifa (kabz) kısa zamanda gerçekleşir. Alacaklı, alacağının bu kadar uzun süre ifa edilmemesine tahammül edemez. Uzun zamanın ölçüsü, aylık periyodlarla yapılacak ödemelerde bir aylık süredir. Yıllık periyodlarla yapılacak ödemelerde ise uzun zaman ölçüsü bir yıldır.³¹

2. Senedin iadesini isteme hakkı

Mevcut borç için bir senet düzenlenmişse, ifada bulunan borçlu, senedin kendisine iade edilmesini isteyebilir. Fakat borçlu, senette yazılı borcun altında kalan bir ifada bulunmuşsa, senedin iadesini talep edemez. Ancak alacaklıdan, yaptığı ifanın senede derc edilmesini veya buna mukabil bir makbuz verilmesini isteyebilir. Borçlu, bütün borcunu ifa ediyorsa, senedin iadesini talep hakkına sahiptir. Alacaklı iadeye yanaşmadığı takdirde, borçlu ifada bulunmaktan kaçınabilir ve alacaklıyı temerrüde düşürebilir. Alacaklı senedin iadesine yanaşmadığı halde, borçlu ifada bulunursa kendisini riske sokmuş olur. Çünkü o, senedin iadesini isteme hakkını kullanmamakla, daha sonra ifanın vukuu konusunda çıkacak ihtilafta, isbat vasıtasından mahrum olmakta ve ifada bulunduğunu başka vasıtalarla isbat etmedikçe, yeniden ifada bulunmak zorunda kalabilir. Yukarıda da zikrettiğimiz gibi kendi alacağının mevcudiyetini isbata yönelik vasıtaları sağlamak konusunda sıkı davranan bir alacaklı karşısında, borçludan beklenen tavır, onun da, ifanın isbatını sağlayacak vasıtaları temin konusunda sıkı davranmasıdır.³²

İade edilen senet, borçlunun senette belirtilen borcunu ifa ettiği konusunda bir karine teşkil eder. Borçlu, ifada bulunduğu için senedin kendisine iade edildiğini ileri sürerek, ifanın yapılmadığını iddia eden alacaklıya isbat yükünü çevirmektedir. Senedin borçlunun zilyetliğinde bulunması ifa için bir karine teşkil ettiği için, alacaklı senedin kendi bilgisi dışında alındığını veya zorla kendisinden alındığını iddia edebilir. Fakat isbat yükü ona geçtiği için, senedin borçluya belirttiği şekilde geçişini isbat etmedikçe, ifanın yapıldığına hükmedilir.

3. Senedin iptalini isteme hakkı

³¹ Karâfi, *Zehîra*, V, 459.

³² Karâfi, *Zehîra*, V, 458.

Zehîra, V, 458.

İfade bulunan taraf, karşı taraftan senedin iadesini istediğinde, bu senedin iadesinin mümkün olmadığı belirtilirse, borçlu, söz konusu senedin iptal edilmesini isteyebilir. Bu iptal beyanı, yazılı bir belge biçiminde düzenlenmelidir.³³ Bu belgede, borç senedinin iadesi mümkün olmadığı ve onun hükümsüz kılınması için düzenlendiği belirtilmelidir. Borç senedi resmi hüviyete sahip bir makam önünde tanzim edilmiş idiyse iptal belgesinin de aynı şekilde tanzimi gerekebilir. Nitekim borç senedi noterlikçe düzenlenmişse, borçlu iptal belgesinin de aynı şekilde tanzimini isteyebilir. Bu belgenin tanzimi için gereken masraflar da alacaklıya ait olur.

Senedin iptal edildiğini belirten bu belge, borçluya, senedin iadesinin sağlayacağı bütün imkanları sağlar. Çünkü senedin iptal beyanı, senedin iadesi yerine geçer.³⁴

II. ALACAKLININ TEMERRÜDÜ

A. KAVRAM

Borç ilişkisi, bir anlamda borçlunun belli bir noktada özgürlüğünü kısıtlayan bir mekanizmadır. Bu sıkıntılı durumdan borçlu bir an önce kurtulmak ister. Bunun en tabii yolu da ifadır. Borçlu, ifa sayesinde içinde bulunduğu bu sıkıntıdan kurtulma imkanına kavuşur. Borçlu, bu maksatla ifa için gerekli davranışları sergilemeye koyulur ve istediği sonucu elde eder. Ancak kendisi gereken gayreti gösterdiği halde bu sonucu elde etmek, her zaman mümkün olmayabilir. Bunun en tipik örneğini alacaklının temerrüdü teşkil eder.

Sözlükte inad, direnme gibi anlamlara gelen temerrüd³⁵, hukuk terminolojisinde, borç ilişkisinin taraflarından birinin, haklı bir sebep olmaksızın ifanın gerçekleşmesine engel olacak bir davranışta bulunması demektir.³⁶ İfanın

³³ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 167.

³⁴ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 169.

³⁵ Yaran, konuyla ilgili hazırladığı doktora tezinde, temerrüd kelimesinin etimolojisi hakkında ayrıntılı bilgi vermektedir (*İslam Hukukunda Borçlunun ve Alacaklının Temerrüdü*, 42-46, basılmamış doktora tezi).

³⁶ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 140.

gerçekleşmesine engel olan böyle bir davranış, borçluya aitse, borçlu temerrüdü, alacaklıya aitse, alacaklı temerrüdü söz konusu olur. Borçlunun temerrüdü, borca aykırılık hallerinden birini teşkil ettiği için, bizi burada ilgilendirmemektedir.

Alacaklının temerrüdü, borçlunun temerrüdünden farklı olarak bütün borçlar hakkında söz konusu olmaz. Alacaklının katılımına gerek olmadan sadece borçluya ait davranışlarla ifası gerçekleşebilen edimlerde, alacaklının temerrüdü gündeme gelmez. Nitekim kaçınma ve bazı yapma borçlarında ifa, borçlunun sergileyeceği davranışlarla gerçekleşir ve alacaklının temerrüdüne mahal kalmaz.

Alacaklı temerrüdünün meydana geldiği verme ve bazı yapma borçlarında, borçlu, ifa için gereken davranışları borca uygun bir şekilde sergilediği veya sergilemeye hazır olduğu halde, alacaklının takındığı tavır, onun ifayı gerçekleştirme yönündeki çabasını akamete uğratmaktadır. Mesela verme borçlarında, takdim edilen ifayı alacaklı kabule yanaşmazsa ifa gerçekleşmez. Hatta bazen borçlunun ifaya başlayabilmesi alacaklının bazı hazırlık fiillerinde bulunmasına bağlıdır. Mesela seçim hakkının alacaklıya tanındığı bir seçimlik borç ilişkisinde, ifa, alacaklının yapacağı seçim işlemine bağlıdır. Yine bir yapma borcunda, mesela bir musluk tamircisi, tamir edeceği musluğun bulunduğu eve geldiğinde, ev sahibi onu içeri almazsa, tamir borcunu ifa edemez. Binaenaleyh alacaklının birtakım hazırlık veya katılma fiillerine gerek olan durumlarda, onun bu fiilleri sergilememesi halinde, borçlunun iyiniyetli girişimleri ifanın gerçekleşmesine yetmemektedir.

B. TEMERRÜDÜN ŞARTLARI

1. Borç gereği gibi teklif edilmiş olmalı

a. Teklif edilecek borç mevcut olmalı

Öncelikle borç, doğduktan sonra herhangi bir sebeple sona ermiş olmamalıdır ki, onun gereği gibi ifa edilip edilmediğinden söz edilebilsin. Borç, kusurlu veya kusursuz imkansızlık, takas, ibra, tecdid veya ifa yerine edim anlaşması ile son bulmuş olabilir. Bu yollardan biriyle borç son bulmuşsa artık ifadan söz edilemeyecektir. Borcun mevcut olması, temerrüdün başlaması için olduğu gibi, temerrüdün devamı için de şarttır. Çünkü alacaklı temerrüde düştükten sonra da borç, belirtilen sebeplerden biriyle son bulmuşsa, artık temerrüd kendiliğinden son

bulacaktır. Ancak borcun tecdid veya ifa yerine edim anlaşması yoluyla son bulması halinde, temerrüd, sona ermiş olan borç hakkında son bulmuş olmakla birlikte, tecdid veya ifa yerine edim anlaşmasıyla ortaya çıkan yeni borç hakkında da alacaklı kabulden kaçınırsa yeniden temerrüd oluşur. Bir de borç, kısmen ibra edilmişse temerrüd ibra edilmeyen kısım için varlığını muhafaza eder.

b. İfa teklif edilmiş olmalı

İfa teklifi yapılmadan alacaklının temerrüdünden söz edilemez. Temerrüd, mahiyet itibariyle bir tepki türüdür. Tepkiden söz edebilmek, ona takaddum eden bir etkinin varlığını zorunlu kılar.

İfanın teklif edilmesi, borçlunun alacaklıyı edimi kabule davet etmesi demektir.³⁷ Böyle bir teklif, kural olarak, fiilen yapılmış olmalıdır. Bundan maksat, ifa borçlusuna düşen bütün fiillerin yapılmış olması ve ifanın gerçekleşmesi için geriye sadece alacaklının ifayı kabul işinin kalması demektir.³⁸ Bu şekildeki bir ifa teklifi için hanefi doktrininde tahliye terimi kullanılmaktadır. Bey' akdinde satıcının, satılanı teslim borcu açıklanırken tahliye, satıcının maddî ve hukukî bir engel bırakmayacak şekilde alıcıya kabzetme imkanını sağlaması olarak tanımlanmaktadır.³⁹

Tahliye, parça borçlarında kabz ile eşdeğerde kabul edilmiştir. Ne var ki, kabz ile eşdeğerde sayılan tahliye, edimin alacaklının kabzına hazır hale getirilmesi halinde söz konusu olur. Nitekim borç, akdin kurulduğu sırada edimin bulunduğu yerde ifa edilecekse, alacaklı veya temsilcisi şeyin bulunduğu yere geldiğinde borçluyu ifaya hazır bulmaları gerekir. Mesela satılan bir evin içinde satıcıya ait eşya bulunuyorsa, bu eşya boşaltılmadan satıcının yaptığı ifa teklifi tahliye sayılmaz. Satıcı, ancak söz konusu eşyayı tamamen boşaltmış olmalı ki, alıcıya yaptığı kabul daveti tahliye sayılsın ve bunu reddeden alacaklı mütemerrit olsun.

Parça borçlarında, alacaklının rolü, daha önceden belirlenmiş olan şeyi kabzetmekten ibaret olduğu için alacaklının katılımına pek fazla gereksinim duyulmamaktadır. Ancak cins borçlarının ifasında durum farklıdır. Alacaklının

³⁷ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 175.

³⁸ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 174.

³⁹ Şirbini, *Muğni*, II, 71.

³⁷ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 175.

³⁹ Şirbini, *Muğni*, II, 71.

katılımına daha fazla ihtiyaç duyulur. Her şeyden önce borçlanılan miktarın tesbit edilmesi gerekir. O da sadece borçlu tarafından gerçekleşemez.⁴⁰ Ayrıca teklif edilecek edimin, cins, tür ve nitelik bakımından borca uygun olup olmadığının da belirlenmesi gerekir. Bu da ancak alacaklının katılımıyla mümkün olabilir. Bu şartlarda sadece borçlunun belirli bir miktarı ayırt edip ifaya hazır hale getirmesi, ifanın tamamen gerçekleştiği anlamına gelmez. Ancak bu şekilde hazırlık yapan veya bunu yapmak istediğini alacaklıya bildiren borçlu, ifada ciddi ve iyiniyetli olduğunu kanıtlamış demektir. Bu nedenle cins borçlarında borçlunun tahliye işleminde bulunması, alacaklının temerrüde düşmesi için yeterli sayılmıştır.

c. Teklif edilen ifa gereği gibi olmalı

Teklif edilen ifa, gereği gibi olmalıdır. Teklif edilen ifa gereği gibi olmazsa alacaklı temerrüde düşmez. Hatta alacaklı isterse, borçluyu temerrüde düşürebilir. Çünkü borçlu, gereği gibi bir ifa sunmakla yükümlüdür. Gereği gibi ifadan maksat, sunulan edimin borçlanılan edime uygun olmasıdır. Bu uygunluk da ancak ifanın bütün unsurlarına riayet edilmesiyle gerçekleşir. İfanın unsurları, ifanın konusu, tarafları, yeri ve zamanından ibarettir. Bu nedenle gereği gibi bir ifa için edimin ifa borçlusu tarafından, ifa alacaklısına, kararlaştırılan yer ve zamanda, miktar ve niteliğine uygun bir şekilde sunulmuş olması gerekir.⁴¹

İfa konusu, ferden muayyen bir şey ise, borçlu bizzat onu, teslim etmek zorundadır. Bir başka şeyi ifa olarak sunmaya yetkili değildir. Nitekim yapılan bir bey' akdinde satılan, ferden muayyen bir şeydir. Satıcı, onun dışında bir şeyi alıcıya ifa olarak sunamaz. Şayet o şey, telef olmuşsa, borç imkansızlık nedeniyle son bulmuş demektir. Fakat satıcı, satılan şey mevcut olduğu halde onu değil de bir başka şeyi sunuyorsa, alıcı bu başka şeyi ifa olarak kabul etmek zorunda değildir ve gerekirse satıcıyı borçlu temerrüdüne düşürebilir. İfa edilecek olan bir cins borcu ise, bunun cins, tür, miktar ve nitelik bakımından borçlanılan edime uygun olması gerekir. Alacaklı farklı cinsten veya türden bir edimi, borçlanılandan daha değerli olsa bile, kabul etmek zorunda değildir. Aynı şekilde miktar ve nitelik bakımından da daha düşük bir şeyi ifa olarak kabul etmek zorunda değildir. Bu nedenle borçlunun takdim edeceği edim, mutlaka borçlandığı niteliklerin hiç olmazsa asgarisini taşımalıdır. Belirtilen yönlerden borçlanılana uygun veya daha iyi bir

⁴⁰ Şeybânî, *Asl*, V, 35.

⁴¹ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 212.

edim, ifa için teklif edilmişse, konu bakımından edime uygun bir ifa sunulmuş sayılır ve alacaklı böyle bir ifayı kabul etmek zorunda kalır.⁴²

İfanın gereği gibi olması için, ifa yerinde sunulmuş olması gerekir. Borçlunun mezun olmadığı bir yerde sunduğu ifa gereği gibi değildir. Nitekim bir selem akdinde, selem borçlusu, edimini, iyiniyet kuralları gerektirmedikçe, ifa yeri dışında sunamaz. Alacaklı, ancak kararlaştırılan yerde sunulan selemi kabul etmek zorunda kalır.⁴³ Yine gâsıp, gasbettiği şeyi, iade etmesi gereken yerde sunmamışsa, gereği gibi bir ifa teklifinde bulunmuş olmaz. Gaspta ifa yeri, gasp fiilinin meydana geldiği yerdir; o da malın, bu fiile girişildiği sırada bulunduğu yerdir.

Yukarda iyiniyet kuralları gerektirmedikçe, ifa yeri dışında sunulan edimi alacaklının kabule mecbur olmadığını belirtmiştik. İyiniyetten maksadın ne olduğu hakkında ifa yeri konusu işlenirken bilgi verilmiş olmakla birlikte burada da kısaca değinmekte yarar görürüz. Maliki doktrininde sadece para borçlarının, diğer mezheplerde ise para borçlarının yanısıra taşıma masrafı olmayan birtakım cins borçlarının da, ifa yeri dışında sunulabileceği belirtilmektedir. Yeter ki, burası, alacaklıyı tehlikeye sokmayacak bir yer olsun. Mesela yeterince güvenli olmayan bir yerde sunulan edim, belirtilen nitelikte de olsa, alacaklı kabul etmek zorunda sayılamaz. Ancak ifa yeri dışında sunulmak istenen edim, taşınması masraf gerektiren türden ise, sunulan yerin kabul için elverişli olup olmadığına bakılmadan, alacaklının kabule mecbur olmadığına hükmedilir.⁴⁴

İfanın gereği gibi sayılması için ifa zamanı hususuna da riayet edilmiş olması gerekir. İfa, ifa zamanında sunulmuş olmalı ki, onu reddeden alacaklı mütemerrit sayılsın. İfanın zamanında teklif edilmiş sayılması için, borcun mutlaka muaccel olması gerekmez. İfa kaabiliyetine sahip bir borç, muacceliyet kazanmamış olsa bile ifa edilebilir.⁴⁵ Hatta ifa zamanı geçmiş de olsa alacaklı yine kabule mecburdur.⁴⁶ Borcun ifa kaabiliyetine sahip olup olmadığı, vadenin hangi tarafın yararına

⁴² İbn Kudame, *Muğni*, IV, 340-341; Nevevî, *Ravda*, IV, 31.

⁴³ Şîrâzî, *Mühezzeb*, I, 301; Nevevî, *Ravda*, IV, 31; Şîrbînî, *Muğni*, II, 116-117; Kâsânî, *Bedâi'*, V, 213-214.

⁴⁴ Nevevî, *Ravda*, IV, 31; Şîrbînî, *Muğni*, II, 116-117.

⁴⁵ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 338-339; Şîrbînî, *Muğni*, II, 116-117.

⁴⁶ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 339.

konulmuş olduğu sorusuna verilecek cevaba göre belirlenir. Vade, sadece borçlu lehine konulmuşsa, borcun ifa kaabiliyetine sahip olduğuna hükmedilir. Fakat vade, sadece alacaklının veya her iki tarafın lehine konulmuşsa borç muacceliyet kazanmadıkça ifa kaabiliyetine sahip olmaz. İfanın kararlaştırılan vadede yapılmasında alacaklının korunmaya değer bir menfaati varsa, vadenin onun lehine konulduğuna hükmedilir ve borçlu böyle bir edimi, muacceliyet kazanmadıkça ifaya yetkili olamaz. Nitekim taze meyve veya yeni mahsul hububat için yapılan bir selem akdinde, borçlu, alacaklının onayını almadıkça vadesinden önce ifada bulunamaz. Ayrıca borç konusu, hayvan veya yüklü miktarda buğday gibi bakım veya korunması fazla masraf gerektiren bir şey ise borçlu, vaktinden önce ifada bulunmaya mezun sayılmaz.⁴⁷ Fakat alacaklının bu yönde bir menfaati yoksa, borçlu, vadesinden önce ifada bulunabilir ve alacaklı bunu kabule mecbur kahr. Nitekim Enes (r.a.)'e borçlu olan biri, vadesinden önce sunduğu ifanın kabul edilmemesi nedeniyle yaptığı müracaat üzerine Hz. Ömer, yapılan ifayı alacaklı hesabına kabul edip borçlunun borcundan kurtulmasına imkan sağlamıştır.⁴⁸

İfanın üçüncü şahıs tarafından sunulmuş olması, gereği gibi olmasına engel değildir. Üçüncü şahıs tarafından ifası mümkün olan edimlerde, borçlu bizzat ifa ile yükümlü değildir. Dolayısıyla üçüncü şahsın yaptığı ifayı alacaklı kabule mecburdur. Diğer taraftan ifanın bizzat alacaklıya yapılmış olması da şart değildir. Kabule yetkili üçüncü şahsa yapılan ifa da gereği gibi bir ifadır.

2. Alacaklı sunulan edimi haksız olarak kabulden kaçınmış olmalı

a. Alacaklı kabulden kaçınmış olmalı

Alacaklı, gereği gibi teklif edilen ifayı kabulden kaçınmış olmalıdır. Bu kaçınma çeşitli şekillerde tezahür edebilir. Borçlunun ifaya başlayabilmesi için alacaklının birtakım hazırlık işlemleri yapması gerekiyorsa, onun bu hazırlık fiillerini yapmaması bir kaçınmadır. Mesela seçimlik bir borç ilişkisinde, seçim hakkı alacaklıya tanınmışsa, seçim işlemi yapılmadıkça borçlu, ifada bulunamaz. Bu nedenle alacaklının seçim işlemi yapmaya yanaşmaması bir kaçınmadır. Aynı şekilde alacaklının, gereği gibi ifa teklifini yapmış olan ifa borçlusuna makbuz

⁴⁷ İbn Kudame, *Muğnî*, IV, 338-339; Şirbinî, *Muğnî*, II, 116; Zerkeşi, *Mensûr*, I, 102.

⁴⁸ Şirâzî, *Mühezzeb*, I, 301.

vermeye yanaşmaması da bir hazırlık fiilinden kaçınmadır.⁴⁹ Senedi iade veya iptal etmeye yanaşmaması da bu türden bir kaçınmadır.⁵⁰ Borç alınacak borçlardan ise, alacaklının ifa zamanında ifa yerinde bulunması gerekir. Alacaklının ifa yerinde hazır bulunmaması bir kaçınma niteliğindedir.

Yapma borçlarında, borçlunun ifaya başlayabilmesi alacaklının imkan vermesine bağlı ise, alacaklının buna imkan vermemesi de bir kaçınma türüdür. Nitekim terzi, müteahhit, doktor gibi bağımsız iş yapan kimselerle yapılan bir akitte, borçlu (ecîr-i müşterek), yapılan akit gereği borçlandığı edimi ifaya hazır olduğunu belirttiği halde, alacaklı, ona ifada bulunma imkanını vermezse, borçlu, ifayı gerçekleştirme imkanından mahrum kalır.⁵¹

b. Alacaklının kabulden kaçınması haksız olmalı

Gereği gibi yapılan ifa teklifini kabulden kaçınmanın haksız olması gerekir. Kaçınma, objektif sebeblere dayanmadıkça, haksız sayılır. Şahsi sebeplerin kabule engel olması veya alacaklının bu konuda bir kusuru bulunmadığını isbatlaması kaçınmayı haklı kılmaz.⁵² Mesela oturmak için bir ev veya ekim yapmak üzere bir tarla kiralanmışsa, akit yapıldıktan sonra, güvenlik nedeniyle, kiralanan bu evin veya tarlanın bulunduğu yerde veya yörede kalmayı veya tarlaya gidip gelmeyi engelleyecek kadar genel bir korku havası oluşmuşsa, kiracının teklif edilen evi veya tarlayı kabulden kaçınması haksız sayılmaz ve bu durum ona akdi feshetme hakkını verir. Çünkü böyle bir durum, kiracının yararlanmasına mani olacak olağanüstü ve karşı konulamaz bir durumdur. Aynı şekilde belli bir yere kadar binmek veya yükünü taşıtmak için bir bineği kiraya alan kimse, akit yapıldıktan sonra yol güvenliği genel olarak tehlikeye girmişse, kiracı, bineği teslim almamakta haklı sayılır. Ancak bu yol korkusu umumi değilse ve sadece kiracıya mahsussa, mesela bulunduğu yerin yakınında düşmanları bulunduğu için onların yoluna çıkabileceklerinden korkarak tek başına yolculuk yapmaktan çekiniyorsa, bu tür şahsî sebepler, yapılan ifayı reddetmesini haklı kılamaz. Ayrıca kiracıya ait hastalık,

⁴⁹ İbn Kudame, *Muğni*, V, 117.

⁵⁰ Fakat İbn Kudame, alacağını kabzettiğini belgeleyen bir isbat vasıtası temin eden alacaklının ayrıca alacağa ilişkin vesikayı, yani senedi borçluya iade etmekle yükümlü olmadığını belirtmektedir. Çünkü kabza ilişkin beyyine, borca ilişkin beyyineyi hükümsüz kılar (*Muğni*, V, 117).

⁵¹ İbn Kudame, *Muğni*, V, 543.

⁵² von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 573.

⁵¹ İbn Kudame, *Muğni*, V, 543.

⁵² von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 573.

tutuklanma, nafakanın kaybolması ve taşıtılacak malın telef olması gibi şahsî nedenler, şeyi teslim almaktan kaçınmayı haklı kılmaz.⁵³

Kabul temerrüdü, alacaklının ölmesi, hastalanması, temyiz kudretini kaybetmesinden dolayı gerçekleşse bile, bu sebebler borçlunun etki alanı dışında, tamamen alacaklının kişisel çevresi içinde vuku bulduğundan, borçlu bunlardan etkilenmez.⁵⁴

Borçlunun ifa teklifi, alacaklının beklemeye mecbur olmadığı bir sırada yapılmışsa, mesela ifa kabiliyetine sahip bir borç haber verilmeden muacceliyetten önce ifa edilmek istenmişse, böyle bir durumda alacaklının kabulden kaçınması haksız değildir.⁵⁵

C. TEMERRÜDÜN İSBATI

Alacaklının temerrüdünde borçlu, ifayı gereği gibi teklif ettiğini, alacaklı ise ifayı kabulden kaçınmakta haklı sebepleri olduğunu isbat etmekle yükümlü olur.

D. TEMERRÜDÜN SONUÇLARI

Şartları gerçekleşip alacaklı mütemerrit olmakla borçlu sorumluluktan kurtulmuş olmaz. İfa edeceği edimi muhafazaya yönelik yükümlülükleri devam eder. Ancak elinde olmayan sebeblerle buna mecbur kaldığı için temerrüd öncesine göre daha hafif bir sorumluluk söz konusu olur. Ayrıca borçlu, alacaklının katılımına gerek olmaksızın tamamen sorumluluktan kurtulma imkanına da kavuşur.

1. Borçlunun sorumluluğunun hafiflemesi

Alacaklı temerrüdü, ilk etkisini borçluya ait sorumluluğun hafiflemesinde kendini gösterir.

a. Hasarın alacaklıya geçmesi

Verme borçlarından parça borçlarında hasar, maliki ve hanbeli doktrinlerinde, akitle birlikte alacaklıya geçtiği için, onun temerrüde düşmesinin hasara bir etkisi

⁵³ İbn Kudame, *Muğni*, V, 456-457.

⁵⁴ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 176.

⁵⁵ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 573.

⁵⁴ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 176.
⁵⁵ von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 573.

olmayacaktır. Ancak hanefi ve şafii mezheplerinde hasar, teslimle alacaklıya geçeceği için, alacaklının temerrüde düşmesi üzerine hasarın ona geçip geçmeyeceği tartışmalıdır. Şafii mezhebinde, borçlunun hasar sorumluluğu, ancak edimi tevdi etmesi halinde sona erer. Hanefi mezhebinde ise hasarın tahliye ile birlikte alacaklıya geçeceği yönündedir. Buna göre alacaklı temerrüde düşmüşse, edim henüz tevdi edilmemiş olsa bile hasar alacaklıya aittir. Ancak borçlu, tevdi yoluna başvurmayacaksa, hasar sorumluluğu devam eder.

Deyn niteliğindeki borçlarda hasar, bütün mezheplerde teslimle birlikte karşı tarafa geçer. Ancak alacaklı mütemerrit olursa, hanefi mezhebinde, hasar yine alacaklıya geçer. Fakat diğer mezheplerde hasarın ancak tevdi ile birlikte karşı tarafa geçeceği şeklindedir.

Türk hukukunda parça satımlarında hasar, akitle birlikte alıcıya geçtiği için, alıcının kabul temerrüdüne düşmesi halinde hasarın geçip geçmeyeceği hakkında bir hükmün konulmasına gerek kalmamıştır. Fakat istisna akdinde iş sahibi yapılan eseri teslim almaktan kaçınırsa, temerrüdün başladığı andan itibaren hasarın ona ait olacağını hükme bağlamıştır (BK. md. 368/I).⁵⁶

b. Kötüniyetli zilyedin iade yükümünün hafiflemesi

Başkasına ait bir malı sahibine iade ile yükümlü bulunan zilyed, zilyedliğinin haklı bir sebebe dayanmadığını biliyorsa, kötüniyetli sayılır. Kötüniyetli zilyede şeyi iade borcunun yanısıra bazan tazmin borcu da ilave edilir. Nitekim MK 908/I'e göre, "Bir şeye suiniyetle zilyed olan kimse, o şeyi hak sahibine iade etmekle beraber haksız alıkoymuş olmasından mütevellit zararları ve elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği semereleri tazmin ile de mükelleftir". Fakat kötüniyetli zilyed, elindekini sahibine iade teklifinde bulunduğu halde, sahibi almaya yanaşmazsa, onun kötüniyetli vasfı sona erer; sonuç olarak da alacaklının temerrüde düştüğü tarihten itibaren, malı iade ile yükümlü zilyedin, elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği semerelerden dolayı sorumluluğu kalkar.⁵⁷ Aynı hüküm AMK (§ 302) tarafından da benimsenmiştir.⁵⁸

⁵⁶ Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, II, 321.

⁵⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku*, 1130-1131.

⁵⁸ *Alman Kanunu Medenisi*, 71.

Şafii mezhebinde, mağsûb, kiraya verilebilecek türden bir mal ise, gâsıp, onun gasp süresince menfaatini ister tüketmiş olsun (tefvit) ister menfaati boşa gitsin (fevât), iade ile birlikte bu menfaatin de bedelini ödemekle yükümlüdür.⁵⁹ Hanbeliler de aynı görüşü paylaşmaktadırlar.⁶⁰ Maliki mezhebinde ise, gâsıp, ancak şeyi kiraya vermişse veya kendisi kullanmışsa, bu süreye ait menfaati tazmin eder. Gasp edilen şeyin menfaati boşa gitmişse, bunu tazmin ile yükümlü değildir. Bu arada gâsıp, süt, yün gibi o şeye ait tabii semereleri de tazminle yükümlüdür.⁶¹ Hanefiler ise, damân ile ücretin bir arada bulunmayacağı (Mecelle md. 86) ilkesinden hareketle gâsıbı, gasp süresince tükettiği veya tüketmeyi ihmal ettiği menfaatin bedelini, kural olarak, tazmin etmekle yükümlü tutmamışlardır.

Gâsıp, gasbettiği şeyi gereği gibi iade ettiği halde, sahibi almaktan imtina ederse, alacaklı temerrüdüne düşer. Gasp olayından itibaren gâsıp hakkında işlemeye başlayıp devam eden menfaatin emsal bedeli, alacaklının temerrüde düşmesiyle inkitaya uğrar. Artık alacaklı temerrüde düştüğü andan itibaren, gâsıbın iade yükümü, mağsup ve temerrüde kadar işlemiş olan menfaat bedelinin iadesinden ibaret kalacaktır. Bu hüküm, hanefi dışındaki mezhepler hakkında geçerlidir.

Alacaklının temerrüde düşmesinin gâsıbın elinde bulunan şeye ait sorumluluğunun hafifleyip hafiflemeyeceği hakkında literatürde herhangi bir bilgiye tesadüf etmedik. Anladığımız kadarıyla mağsup mal, gâsıbın zilyetliğinde kalmaya devam ettiği sürece hasar sorumluluğu ona ait kalmaya devam edecektir. Hakime müracaat ederek tevdi imkanından yararlanıp yararlanmayacağı ise şafii mezhebinde tartışmalıdır. Ancak hakim görüş hakimini birini kabz için alacaklıya naib tayin edeceği yönündedir.⁶² Buna göre gasıbın zilyetliği devam ettiği sürece gâsıplık sıfatı emanet vasfına inkilab etmez.

c. Borçlunun temerrütten kurtulması

Borçlunun temerrüde düşmüş olması ifada bulunmasına engel değildir. Hatta temerrüde rağmen aslolan borcun ifa edilmesidir. O halde, borçlu, ifaya hazır

⁵⁹ Şirbînî, *Muğnî*, II, 286.

⁶⁰ İbn Kudame, *Muğnî*, V, 246, 292.

⁶¹ Dardîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 595-596.

⁶² Zerkeşi, *Mensûr*, III, 110.

olduğunu belirtirse veya ifayı teklif etmesi üzerine bu sefer alacaklı, ifayı kabulden kaçınırsa, borçlunun temerrüt hali sona ermiş olur. Nitekim süreye bağlı bir âriyet akdinde sürenin bitmesi veya sahibinin talebiyle akid son bulur. Müsteîr, âriyet aldığı şeyi iade etmekle yükümlüdür. Buna rağmen elinde tutarsa, mütemerrit olur ve bu şey, mağsub mal hükmünü alır.⁶³ Fakat iadeyle yükümlü olan bu kişi, şeyi gereği gibi iade ettiği halde, âriyet veren kabulden kaçınırsa, borçlunun gasba inkilab etmiş olan vasfı tekrar eski haline avdet eder.

d. Mütemerrit alacaklının ödemezlik def'i ileri sürememesi

Karşılıklı edimlerden önce ifa borçlusu olan taraf, kendi edimini gereği gibi teklif ettiği halde alacaklı kabule yanaşmazsa, yapılan ifa talebi üzerine kendi edimini ifa etmekten kaçınmaz. Mesela bir bey' akdinde alıcı semen borcunu gereği gibi teklif ettiği halde, satıcı kabule yanaşmazsa, alıcının mebiin teslimini talep etmesi üzerine satıcı hapis hakkını ileri süremez. Çünkü satıcı, alacaklı temerrüdüne düşmekle kendi edimi üzerindeki hapis hakkını yitirmiş olur.

2. Borçlunun sorumluluktan kurtulması

Alacaklısı temerrüde düşmüş olan borçlu hakime başvurduğunda, hakim, alacaklıyı ifayı kabule zorlar. Kabule yanaşmazsa, borçlusunu ibra etmesini telkin eder. Hakimin alacaklıyı ibraya davet etmesinin nedeni, ifayı kabulden kaçınmasının kendi alacağından vazgeçtiği anlamına gelip gelmediğinden emin olmaktır. Hakimin, borçluyu ibra etme yetkisi yoktur. Bu yetki, sadece alacaklıya aittir. Alacaklı ibraya da yanaşmazsa hakim, ya bizzat kendisi kabzeder veya kabzedecek birini tayin eder.⁶⁴

a. Tevdi

İslam hukuk literatüründe, alacaklısı temerrüde düşen borçlunun edimini hakime ifa edebileceği belirtilmektedir. Çünkü hakim, sahip olduğu yetki gereği, ifayı kabulden kaçınan alacaklının yerine geçer.⁶⁵ İfanın hakime yapılabileceğinden

⁶³ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 218.

⁶⁴ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 338-339; Nevevî, *Ravda*, IV, 31; Şirbîni, *Müğni*, II, 116; Zerkeşi, *Habâyâ*, 262.

⁶⁵ İbn Kudame, *Muğni*, IV, 339; İbn Receb, *Kavâid*, 33; Nevevî, *Ravda*, IV, 31; Şirbîni, *Müğni*, II, 116.

maksat, hakimın bizzat kabzda bulunacağı anlamına gelmez. Çünkü hakim, gerek temerrüd gerek başka sebeplerle ilgili kişiler tarafından getirilen malları şahsen kabza ve korumaya muktedir değildir. Nitekim ilk dönemlerde borç ilişkileri fazla yoğun olmadığı ve bu tür durumlar da nadir olduğu halde, kaynaklarda hakimlerin vediaları şahsen koruduklarına dair bir bilgiye rastlanmamakta; ancak güvenilir kimselere bıraktıkları ve bunları yazılı belgelere geçirdikleri çeşitli vesilelerle zikredilmektedir.⁶⁶ Yoğun bir borç ilişkisi trafiğinin yaşandığı, borca konu olan malların büyük bir yekun tuttuğu, bankacılığın son derece geliştiği günümüzde ise yargıçların bu tür durumlarda sunulacak edimleri bizzat kabzetmeleri hele hiç mümkün değildir. O halde hakime düşen, tevdi edilecek yerleri tayin edip borçlunun oraya tevdi etmesini sağlamak olmalıdır. Buna göre alacaklısı temerrüde düşmüş borçlunun müracaati üzerine hakim, ona tevdide bulunabileceği bir yeri tayin eder. Borçlu da, hakim tarafından tayin edilen bu yere edimini tevdi ederek borcundan kurtulma imkanına kavuşur. Borcun sona ermesini sağlayan bu tevdiin iki şekilde yapılması mümkündür.

aa. Şeyin aynen tevdii

Sunulan edimin aynen tevdii yoluna gidilebilmesi için buna elverişli olması gerekir. Verme borçları dışındaki borçların tevdie elverişli olmadığı açıktır. Verme borçları da bütünüyle tevdie elverişli olmayabilir. Nitekim taşınmazlar verme borçları olduğu halde tevdie elverişli değildir. Tevdie elverişli olan borçların başında para borçları gelir. Alacaklısı mütemerrit olan para borçlusunu, edimini aynen, hakimın tayin edeceği yere tevdi eder. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, hakimın, yetime ait paraların korunması hakkındaki hükümlere kıyasen⁶⁷ bir miktar paradan ibaret borçları vedia değil karz olarak vermesine imkan tanınmalıdır. Çünkü vedia olarak verilmesi halinde şeyin hasarı alacaklıya, ama karzda ise kabzda bulunana ait olur. Bu nedenle hakim, ikrazda bulunmakla alacaklının da menfaatini korumuş olur. Kaldı ki, günümüzde paranın tevdi yeri olarak bir banka tayin edilmekte ve karz gibi işlem görmektedir. Şöyle ki, yapılan tevdi, bir vedia akdi olarak nitelenmekle birlikte, yatırılan paranın aynen korunması anlamsız olduğu için, banka, teslim aldığı miktarı borçlanmış olmaktadır. Son tahlilde tevdi, ikraz gibi işlem görmektedir.

⁶⁶ es-Sadru's-Şehîd, *Şerhu Kitabi Edebi'l-Kâdi*, I, 263, 276-280.

⁶⁷ es-Sadru's-Şehîd, *Şerhu Kitabi Edebi'l-Kâdi*, III, 77.

Edimin para dışında taşınır bir şeyden ibaret olması halinde de hakim, gerekli görürse, tevdi edilmesini isteyebilir. Ancak edimin belirtilen nitelikte olması onun mutlak manada tevdi elverişli olduğunu göstermez. Bu nedenle para dışındaki şeylerin aynen tevdi yoluna gidilmesi istisnaidir. Bu arada paradan farklı olarak bu tür edimlerin ikrazı yoluna gidilmez.

bb. Şeyin satılarak bedelinin tevdi

Borç konusu şey, aynen tevdi elverişli değilse, borçlu, hakimin izniyle onu satın, semenini, hakimin göstereceği yere tevdi eder. Yine bu tevdi yapılır yapılmaz borçlu borcundan kurtulmuş olur. Kısa zamanda bozulacak türden bir şey, tevdi elverişli olamaz. Hatta yapısı gereği tevdi elverişli bir şey de olsa, tevdi büyük masrafları gerektirecekse, o şeyin aynen tevdi edilmesi alacaklının zararına bir işlem olur. Alacaklının da menfaatini gözetmekle yükümlü olduğuna göre, hakim, böyle bir durumda o şeyin satın semeninin tevdi edilmesi yönünde karar vermeye yetkili sayılmalıdır.

Borcun konusu ferden muayyen bir şey ise, bunun mülkiyeti akitle alacaklıya geçtiği için, alacaklı temerrüde düştüğünde, borçlunun bunu satması, tasarruf yetkisine sahip olmadığı bir şeyi satması anlamına gelir. Bu nedenle bu tür edimlerin mümkün olduğu kadar tevdi yoluna gidilmesine çalışılmalıdır. Ancak hakim, borçlunun menfaatinin şeyin satılması yönünde olduğunu düşünürse, satımına yetki verebilir.

Cins borçlarında ise mülkiyetin karşı tarafa geçmesi için, onun kabza bulunması gerekir. O, kabza yaşanmadığı takdirde, hakimin onun yerine geçerek kabza bulunması gerekir. Ancak bu tür edimlerin de tevdi, borçlu için pek yararlı gözükmiyorsa, hakim, satıma karar verebilir. Hakimin satıma karar verdiği durumlarda, satım sonucu elde edilen semen, alacaklı namına tevdi edilir.

b. Akdin feshi

Borç tevdi elverişli değilse, daha doğrusu, edim bir yapma borcu ise bunun tevdi düşünülemez. O halde, bu tür edimlerde borçlu ne tür bir imkana sahiptir. Borçlu, alacaklının temerrüdünü gerekçe göstererek tek taraflı olarak borç ilişkisine son verebilir. Borç ilişkisi sona erince de borçlu, yapma ediminden de kurtulmuş olur.

Yapma borçlarında, borçlunun edimini ifaya girişmesi, alacaklının sergileyeceği birtakım davranışlara bağlı ise, borçlu, alacaklıyı bu davranışlarda bulunmaya davet ettiği halde, alacaklı kaçınırsa, borçlunun ifa imkanı kalmamış olur. Borçlu, uzun süre borç ilişkisiyle bağlı kalmamak için akdi tek taraflı olarak feshedebilir. Bu feshi de alacaklıya bildirmesi gerekir. Mesela bir terzi, elbise olarak dikilmek üzere kendisine bir kumaş parçası bırakılmışsa, kumaş sahibini, ölçüsünü almak için davet ettiği halde gelmezse, terzi borcunu ifa imkanından mahrum kalır. İfa konusunda iyiniyetli olan bu terzi, alacaklının bu tavrı üzerine akdi feshedebilir. Kendisinde bulunan kumaşı da, alacaklının yerini biliyorsa, ona götürür veya gönderir. Götürmek veya göndermek kendisi için külfetli olacaksa, kumaşı kendi yanında emanet olarak alkoyabilir. İsterse onu, hakimin tayin edeceği yere de tevdi edebilir.

Bağımsız iş yapan kimse (ecîr-i müşterek), yapılan akit gereği borçlandığı edimi ifaya hazır olduğunu belirttiği halde, alacaklı, ona ifada bulunma imkanını vermezse, borçlu, buna dayanarak tek taraflı olarak akdi feshetme yoluna gidebilir. Akdi feshetmeyip de akde bağlı kalma yolunu seçerse, bununla ücrete hak kazanmış olmaz. Çünkü ecîr-i hasstan farklı olarak bu tür iş yapan kimseler, ancak yaptıkları iş karşılığında ücrete hak kazanırlar. Bu nedenle bir terzi, inşaat müteahhidi veya dişi, üstlendikleri işi yapmaya hazır olduklarını belirttiklerinde, alacaklı, ifanın gerçekleşmesine imkan vermezse, belirtilen şahısların sadece ifaya hazır olmaları, ücret almaya hak kazanmaları için yeterli değildir.⁶⁸ Fakat ücrete hak kazanmayan bu kimseler, maruz kaldıkları bir zarar söz konusu ise, bu zararın tazminini talep edebilirler.

Fesih imkanı, kural olarak, yapma borçları hakkında geçerli olmakla birlikte birtakım verme borçlarında da borçluya bahşedilebilir. Nitekim seçimlik borçlarda ve iki tarafa borç yükleyen akitlerde durum böyledir. Seçimlik borçlarda seçim hakkı alacaklıya tanınmışsa, alacaklı, seçim işlemini yapmamakla temerrüde sebebiyet veriyorsa, borçlu, aralarında seçim yapılacak bütün edimleri tevdi etmeğe haklı olarak yanaşmaz. Seçim hakkı, temerrüd nedeniyle yön de değiştirmez. O halde borçlu için en emin yol, akdi feshetmektir. Seçimlik borç ilişkilerine imkan veren hanefilerin, bu tür borç ilişkilerinin şart muhayerliğini de barındırması gerektiğini ileri sürmelerinin temelinde yatan nedenlerden biri de bu olsa gerek.

⁶⁸ İbn Kudame, *Muğnî*, V, 543.

⁶⁸ İbn Kudame, *Muğnî*, V, 543.

İki tarafa borç yükleyen akıtlardan bey'de, alıcı, semeni teklif ettiği halde, satıcı bunu haklı bir sebep olmadan reddetmiŖse, alıcının yapacağı, hakime baŖvurup alacaklının ifayı kabul etmediğini, ancak kendisinin karŖı edimi almak istediğini, ama satıcının ifadan kaçındığını ileri sürerek satıcıyı hem borçlu, hem de alacaklı temerrüdüne düşürebilir. Hakim onu, semeni tevdi etmeye ve satıcıyı aynen ifaya mahkum edebilir.

Şafii ve hanbeli mezheplerinde, önce ifa borçlusunu satıcı olduğu için, o, kendi edimi olan mebiî teslim etmek istediği halde, alıcı kabule yanaŖmazsa, ondan kendi edimi olan semeni ödemesini isteyebilir. Buna da olumlu cevap vermezse borçlu temerrüdüne düşer. Satıcı isterse akdi feshedebilir. Çünkü bu iki mezhepte de fesih imkanı geniş tutulmuştur.



SONUÇ

Ahde vefayı temel bir ahlakî ilke olarak tesbit eden Kur'an ve Sünnet, ahlakî dayanağını bu ilkedен alan borçların ifasını dinî, ahlakî ve hukukî bir yükümlülük olarak koymakta ve ifanın gereği gibi yapılması üzerinde ısrarla durmaktadır. Kur'an ve Sünnet'in ifaya ilişkin bu hassasiyeti fakihleri konuyu titiz bir şekilde incelemeye yöneltmiş ve zengin bir literatürün oluşmasına vesile olmuştur.

Kur'an ve Sünnet'te ifanın dinî, ahlakî ve hukukî esası belirtilen şekilde olmakla birlikte İslam hukukunda yer alan ilgili hükümler, işin mahiyeti gereği genellikle düzenleyici hukuk kuralları niteliğindedir. Aynı durum, Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler kısmının Borçların Hükümü başlığını taşıyan ikinci babının birinci faslında (md. 67-95) işlenen ifa için de söz konusudur. Yorum ilkeleri, örf ve âdet ve borç ilişkilerinin mahiyetleri dikkate alınarak belirlenen bu hükümlerin temel amacı, tarafların açıkça kararlaştırmadıkları hususlarda çıkması muhtemel anlaşmazlıkların çözüme kavuşturulmasıdır.

Kur'an'da, hukuki işlemde doğan borçların gereği gibi yerine getirilmesini karşılayan ifa kavramı, fûru-ı fıkhîta kaynak ayırımı yapılmaksızın alacak hakkının eksiksiz verilmesi anlamında kullanılmaktadır. Aynı hak niteliğindeki şeylerin ifasında *teslim* ve *eda*, cins ve para borçlarının ifasında *kazâ*, sebepsiz iktisaptan doğan borçların ifasında ise genellikle *iâde* kavramı ön plana çıkmaktadır. İslam hukuk metodolojisinde işlenen *edâ*, *iâde* ve *kazâ* terimleri, dinî, ve hukuki yükümlülüklerin yerine getiriliş biçimlerini ifade eden geniş kapsama sahip üst kavramlardır.

Akit genel teorisinin çatısını belirleyecek kadar önemli bir yere sahip olan satım akdinin Alman, İsviçre ve Türk hukuklarında borçlanma işlemi kabul edilmesi nedeniyle bu hukuklardaki borç teorileri, İslam hukukundaki deyn kavramı ve bu kavram etrafında kurulan hukuksal örgüye benzer bir yapı arz etmektedir. Satım akdini tasarruf işlemi sayan Fransız hukuku ile İslam hukukundaki ayn kavramı arasında da aynı türden bir paralellik görülmektedir.

Türk hukukunda parça borçlarının da mamelekin pasif kısmında yer alması, satımın hukuki mahiyetine ilişkin yapılan değerlendirmeyi teyit etmektedir.

İslam hukukunda kabz şartı aranmadan kurulan akitlerde hukuki sonucun akitle gerçekleşmesi, verme borçlarında ifanın tasarruf işlemi kabul edildiği Türk-İsviçre hukukuna göre, akit teorisinde akdin kuruluşu aşamasına ifa aşamasından daha fazla önem verilmesine yol açmıştır.

Borcun konusu ne ise ifanın konusu da odur. Buna edime uygun ifa prensibi denilmiştir. Bunun gereği olarak taraflardan hiç biri tek başına buna aykırı bir talepte bulunamaz. Çünkü taraflar borcun konusu olan şey ile birbirine bağlıdır. Verme borçları bakımından bu prensibin uygulanışı tezimizde ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Türk hukukunda parça, cins ve para borçları şeklinde ifade edilen verme borçlarından birincisi İslam hukukunda *ayn*, diğer ikisi ise *deyn* kavramı ile ifade edilmiştir. Ayn-deyn ayırımı, mala ilişkin olmadığı için, ancak ortada bir borç ilişkisi bulunduğu gündeme gelir. Bu nedenle parça borcu anlamındaki ayn borcuna kıyemî malların yanısıra misli mallar da konu olabilir. Aynı şekilde deyn kapsamında yer alan cins borçlarının genellikle misli şeylerden oluşması kıyemî malların da cins borcuna konu olmasına engel değildir. Maliki, şafii ve hanbeli doktrinlerinde misli olmadığı halde hayvanların da seleme konu olabilmesi bunun en açık delilini teşkil eder. İslam hukukunun parça borçlarına ilişkin teorisi ağırlıklı olarak *bey'* akdinde, cins borçlarına ilişkin teorisi ise yine ağırlıklı olarak *selem* akdinde işlenmiştir. Para borçları ise *bey'*, *selem*, *sarf*, *icare*, *karz*, *kısmet*, *sulh* ve *diyet* bahislerine serpiştirilmiştir.

Parça borçlarında edim dış alemde teke indirgenecek kadar somutlaştığı için ifa, ancak o şeyin teslim edilmesiyle gerçekleşebilir. Başka bir şey ifa olarak sunulamaz. Çünkü ifa hususunda, tayin edilenin yerini tayin edilenden başkası tutmaz. Ferden muayyen şeyin ayıplı olması veya va'dolunan vasıfları taşıyamaması onu ifanın yegâne konusu olmaktan çıkarmaz.

Parça borçlarında ifa konusu şeyin ferdileştirilmesi imkansızlık riskini de artırmaktadır. Edimin bütünüyle imkansız hale gelmesi borcun kendiliğinden sona ermesine neden olur ve bu durum genellikle *infisah* terimiyle ifade edilir. Fakat kısmî imkansızlık veya kısmî istihkak durumunda, geri kalan kısım yarıdan fazla ve bölünebilir nitelikte ise borç kendiliğinden sona ermeyip alacaklı için *fesih* hakkı doğar.

İmkansızlık ile birlikte gündeme gelen hasar sorumluluğu, *damân* terimi ile ifade edilmiş, ama diğer sorumluluk türlerinden ayırmak üzere ona ilgili borç ilişkisinin konusunu teşkil eden edimin ismi izafe edilmiştir. Hanefi ve şafii doktrinlerinde parça borçlarının hasarı teslimle, maliki ve hanbeli doktrinlerinde ise akitle intikal eder. Cins borçlarında ise hasarın kabz ile intikal edeceği ittifakla benimsenmektedir.

Türk-İsviçre hukukunda karşılıklı edimleri içeren akitlerin başında gelen satım akdinde, ferdin muayyen şeyin ifasının kusursuz olarak imkansız hale gelmesi durumunda hasarı alıcıya yüklemesi, bu hukuku, imkansızlığın kusurlu veya kusursuz türlerini ayrıntılı olarak işlemeye ve kusurlu imkansızlık halinde tazminat davasını daha ciddi bir şekilde gündeme getirmeye mecbur bırakmıştır. Bir anlamda bu konuyla ilgili düzenlemeler, İslam hukukundaki *gasp* ve *itlaf* hükümlerini andırmaktadır. Diğer taraftan hanefi ve şafii doktrinlerinde kusurlu veya kusursuz imkansızlık ayırımına ayrıntılı bir şekilde girilmemesi ve hatta bu ayırımın fazla önemsenmemesi, hasarın satıcıya ait sayılmasına dayanmaktadır. Şöyle ki, satıcının elindeki mebi, ifası imkansız hale gelmişse, hasar ona ait olur. Alıcı ise mebiden mahrum kalır, ancak semeni ödemekle yükümlü tutulmaz. Bu durumda alıcının bir kaybı söz konusu olmaz. Artık bundan sonra satıcının elindeki mebiin ifasının imkansızlaşmasının kusurlu veya kusursuz olduğunu araştırmanın pek fazla önemi kalmayacaktır.

Mebiin kabzedilmeden satımını yasaklayan hadiste "*kabz*" sözcüğünün yer alması sebebiyle bu sözcük literatürde ayrıntılı olarak incelenmiştir. Özellikle verme borçlarının ifası bu terim ile ifade edilmiştir. Ancak kabzın tefsiri mezheplere göre farklı biçimlerde yapılmıştır. Şafiiler kabzı lafzi bir yoruma tabi tutarken malikiler örfü esas alarak tefsir etmişlerdir. Hanbeliler, kimi yerde maliki, kimi yerde de şafii anlayışını benimserken hanefiler kabzı "*tahliye*" ile izah etmişlerdir. Edim konusu şeyin maddî ve hukukî bir engel bırakılmayacak şekilde alacaklının kabzetmesine imkan verilmesi olarak tanımlanan *tahliye* işlemi parça borçlarında tam kabz, cins borçlarında ise eksik kabz sayan hanefiler, hasarın intikali için eksik kabzı yeterli görmüşlerdir.

Cins borçları genel bir cinsten yer alan muayyen fertlerle değil, söz konusu cins içinde yer alan herhangi bir fert ile ifa edilebilir. Yeter ki, ifa edilecek bu fert, borçlanılana uygun olsun. İfa olarak sunulan fert akde aykırı çıkarsa alacaklı o cinsten

ait başka bir fertle borçluya rücu eder. O cinsten akde uygun bir fert ifa edilinceye kadar edim, borçlunun zimmetinde kalmaya devam eder.

Alacaklı, borçlanılan ile aynı türden olmak şartıyla daha iyi nitelikteki edimi kabul etmek zorundadır. Ancak daha kalitelisini getiren borçlu, buna mukabil karşı edimin de artırılmasını isteyemez. Fakat daha değerli de olsa farklı türden bir edimi, alacaklı ifa olarak kabul etmek zorunda değildir. Alacaklı, daha düşük kaliteli olanını almaya mecbur olmadığı halde kabul edebilir. Buna mukabil olarak borçludan miktarın artırılmasını isteyemez.

Cins borçlarında ifa imkansızlığı, nadir görülen bir olaydır. Çünkü ifa edilmesi gereken şey, bir cinsin muayyen bir ferdi değildir; o cinsin herhangi bir ferdidir. Bir cinsin toptan yok olması düşünülemeyeceğine göre bu tür borçlarda imkansızlığın istisnai bir durum olması tabiidir.

Borç ilişkisinin seçimlik tarzda kurulmasına sadece hanefiler imkan tanımışlardır. Malikilerin bu konudaki tavırları net değildir. Bu tür bir borç ilişkisinde hukuki sonuç seçim işleminin yapıldığı sırada gerçekleşir. Seçimlik borç ilişkilerine karşı ihtiyatlı davranılmasının nedeni cehâlet kavramı çerçevesinde izah edilmişse de asıl neden imkansızlık riskinin artması olarak düşünülebilir.

Kabz öncesi tasarruf başlığı altında işlenen ve çeşitli terimlerle ifade edilen ifa yerine edim anlaşması, son derece sıkı şartlara bağlanmış ve uygulanma imkanı oldukça daraltılmıştır. Bunun nedeni bu anlaşmanın amaç dışı kullanılarak bir taraftan riba yasağına yol açması diğer taraftan da birtakım spekülatif hareketlere aracılık edilmesi endişesidir. İfa yerine edim anlaşmasının yeterince açığa çıkması, borcu sona erdiren sebeplerden tecdidin İslam hukukundaki yerinin ve bu arada havalenin bu iki kurumla ilişkisinin belirlenmesine bağlıdır.

Vekâlet ve rehinden unsurlar içermesi nedeniyle bu iki akde benzerlik arzeden ifa uğruna edim anlaşması, bir taraftan belirtilen iki akdin mahiyetleri tahlile tabi tutularak diğer taraftan da İslam hukukunda akit serbestisi işletilerek bir sonuca kavuşturulabilir.

Edimin mahiyeti ifanın bizzat borçlu tarafından yapılmasını gerektirmedikçe ifa üçüncü bir şahsa yaptırılabilir. Ancak ifada bulunan kişinin şahsi özelliklerinin ifaya yansıdığı ve onu bir başkasının ifasından farklı kıldığı, başka bir anlatımla

aynı işi yapan iki kişiden aynı sonuç alınamayan borçlarda ifanın bizzat borçlu tarafından yapılması gerekir. İfanın üçüncü kişi tarafından yapılması halinde onunla asıl borçlu arasındaki hukuki ilişki önem kazanmakta, özellikle halefiyet, ayrıntılı olarak işlenmeye muhtaç bir kurum olarak öne çıkmaktadır.

İfanın kural olarak alacaklıya yapılması gerekir. Onun temsilcisine de, ahzu kabza yetkili olması şartıyla ifa yapılabilir. Alacaklının tasarruf yetkisini veya fiil ehliyetini yitirdiği durumlarda ona yapılan ifa borçluyu borcundan kurtarmayabilir. Bu noktada alacak üzerindeki tasarruf yetkisinin yitirilmesi durumu ayrıntılı olarak incelenmeye muhtaç bir meseledir. Alacaklının temerrüdü halinde de üçüncü kişi konumunda bulunan tevdi mahalline yapılan ifa, borçluyu sorumluluktan kurtarır.

Selem niteliğindeki vadeli cins borçlarında ifa yerinin sözleşmede belirtilmesi gerektiği hakim olan görüştür. Parça borçlarında ifa yeri, şeyin akit kurulurken bulunduğu yerdir. Para borçları iyiniyet kuralları gereğince tarafların karşılaştıkları yerde ifa edilebilir. Cins borçlarında ifa yeri olarak, borcun muaccel veya müeccel doğması halleri birbirinden ayırt edilmiş, birinci halde akdin yapıldığı yerin, ikincisinde ise borçlunun ikametgâhının esas alınabileceği anlaşılmaktadır.

Mutlak olarak yapılan akitten doğan borçlar kural olarak muacceldir. Edimin mahiyeti veya örf böyle bir akdi takyid edebilir. Taraflar, ifa için diledikleri zamanı tayin edebilirler. Yeter ki, edimin niteliği buna engel olmasın. Parça borçlarında, borcun doğumu ile ifa zamanının arası açıldığı oranda imkansızlık riski arttığı için, bu tür edimlerin vadeye bağlanmasına olumlu bakılmamıştır. Görme, ayıp ve vasıf muhayyerlikleri cins borçlarında değil, parça borçlarında söz konusu edilmiştir.

Müeccel borçlarda vade ve sürekli borç ilişkilerinde süre, örf esas alınarak hesaplanır. Vade gelmeden borç talep edilemez. Fakat vadenin sadece borçlunun yararına konulduğu durumlarda borçlu, bu borcu muacceliyet kesbetmeden de ifa edebilir. Ne var ki, iyiniyet kurallarıyla bağdaşmayacak şartlarda sunulan bir erken ifayı alacaklı, kabul etmek zorunda değildir. Vadenin gelmesiyle borç muacceliyet kazanır.

Karşılıklı edimlerde ifa sırası, edimlerin nitelikleri dikkate alınarak belirlenmiştir. Aynın aynla ve deynin deynle mübadele edildiği durumlarda aynı anda ifa ilkesi benimsendiği için taraflardan her biri, karşı tarafın ifa talebine karşı

ödemezlik defii ileri sürme hakkına sahiptir. Ancak aynın deynle mübadele edildiği durumlarda taraflardan birine ifa önceliği yüklenmiştir. Şafii ve hanbeliler, ifa imkansızlığı riskini azaltmak düşüncesiyle, önce ifa borcunu ayn borçlusuna, hanefi ve malikiler ise edimlerarası dengeyi tesis etmek düşüncesiyle deyn borçlusuna yüklemişlerdir. Ayrıca ikinci gurup, karşı edim borçlusuna da ödemezlik definin bir türü olan hapis hakkını tanımışlardır.

İfanın isbatında vasıf istishabı üzerine bina edilmiş fikhî kaideler esas alınmıştır. Alacaklının gereği gibi bir ifanın sunulmasına imkan vermemesi veya gereği gibi sunulan ifayı haklı bir sebebe dayanmadan kabul etmemesi onu temerrüde düşürür. Bu durumda bir taraftan borçlunun sorumluluğunu hafifleten hükümler devreye girerken diğer taraftan ona tevdi, fesih gibi kurumlara başvurarak borçtan kurtulma imkanı tanınmıştır.



BİBLİYOGRAFYA

Abdübâkî, M. Fuâd, *el-Mu'cemü'l-Müfehres li Elfâzi'l-Kur'âni'l-Kerîm*, İstanbul, 1982.

Ahmed, Süleyman Muhammed, *Damânü'l-Mütlefât fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Kahire, 1985.

Aktan, Hamza, "*Damân*", DİA, VIII, 450-453.

Ali Haydar Efendi (v.1355/1936), *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul, 1330.

Ali Sâlim, Câsim, "*et-Te'âkud ala'l-'Ayni'l-Ğâibe fi Dav'i Kanûni'l-Muâmelâti'l-Medeniyyeti'l-İmârâti ve Ahkâmi'l-Fıkhî'l-İslâmî*", Mecelletü'ş-Şerî'a ve'l-Kanûn, sy. 8, Birleşik Arap Emirlikleri, 1994.

Apaydın, Yunus, "*Fesad*", DİA, XII, 417-421; "*Galar*", DİA, XIII, 297-300.

Arsebük, Esat, *Borçlar Hukuku*, II. c., 2. b., İstanbul, 1943.

Arslanlı, Halil, *Ticarî Bey*, İstanbul, 1953.

Atar, Fahrettin, *İslâm İcra ve İflâs Hukuku*, İstanbul, 1990.

el-'Attâr, Abdunnâsir Tevfik, *Nazariyyetu'l-Ecel fi'l-İltizâm fi's-Şerâti'l-İslâmiyye ve'l-Kavânîni'l-Arabiyye*, Mısır, bt.y.

Aybakan, Bilal, *İslam Hukukunda Vekâlet Sözleşmesi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1990 (Basılmamış yüksek lisans tezi).

Aybay, Aydın, "*Borcun İfa Yeri ve Yetkili Mahkeme*", İÜHF., c. XXVI, sy. 1-4, s. 218-225, İstanbul, 1961.

Aydın, Mehmet Âkif, "*Borç*", DİA, VI, 285-291; "*Deyn*", DİA, IX, 266-268.

el-Babertî, Muhammed b. Mahmûd (v.786/1384), *Şerhu'l-İnâye ala'l-Hidâye*, 1. b., Mısır, 1317 (Fethu'l-Kadîr'in hâmişinde).

Bardakoğlu, Ali, *İslâm Hukukunda ve Modern Hukukta İcâre Akdi -Özellikle Personel İstihdâmı-* (Basılmamış doktora tezi, Atatürk Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi, Erzurum, 1982).

Bardakoğlu, Ali, "*Bey*", DİA, VI, 13-19; "*Cins*", DİA, VIII, 20-21; "*Edâ*", DİA, X, 389-392; "*Fesih*", DİA, XII, 427-436; "*Gabn*", DİA, XIII, 268-273.

Berki, Ali Himmet, *Açıklamalı Mecelle*, 3. b., İstanbul, 1982.

Betti, Emilio, "Her İki Tarafa Borç Yükleyen Akitlerde Hasarın Kime Ait Olacağı Meselesi", çev. Belgin Erdoğan, MHAD, sy. 3, s. 178-199, İstanbul, 1968.

Birsen, Kemaleddin, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 4. b., İstanbul, 1967.

Buhârî, Muhammed b. İsmail (v.256/870), *Sahîhu'l-Buhârî*, İstanbul, 1981.

Cemal, Ahmet, "Edime Uygun İfa Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Uğruna Edim", MHAD, yl. 3, sy. 5, İstanbul, 1969, s. 239-256.

el-Cürcânî, Ali b. Muhammed, *et-Te'rîfât*, by. y., bt. y.

ed-Dârimî, Ebû Muhammed Abdullah b. Abdurrahman (v. 255/ 868), *Sünen*, İstanbul, 1981.

ed-Derdîr, Ebu'l-Berekât Ahmed b. Muhammed b. Ahmed, *eş-Şerhu's-Sağîr alâ Akrabi'l-Mesâlik ilâ Mezhebi'l-İmam Mâlik*, Birleşik Arap Emirlikleri, 1989.

ed-Desûkî, Muhammed Arafe (v. 1230/1815), *Hâşiyetü'd-Desûkî ala's-Şerhi'l-Kebîr*, I-IV, Mısır, 1328.

Döndüren, Hamdi, "İslam'da Para, Kredi, Faiz ve Enflasyon İlişkileri", İslami İlimler Araştırma Vakfı (İSAV)'nın Para, Faiz ve İslam konulu Tartışmalı İlmî Toplantılar dizisi, İstanbul, 1992.

Dönmez, İbrahim Kâfi, "Beyan", DİA, VI, 23-25; "Cehalet", DİA, VII, 219-222; "Garar", DİA, XIII, 366-371.

Dönmez, İbrahim Kâfi, "Hukmu İcrâi'l-'Ukûd bi Vesâili'l-İttisâli'l-Hadîseh fi'l-Fıkhi'l-İslâmî Muvâzenen bi'l-Fıkhi'l-Vad'î", Mecelletü Mecme'i'l-Fıkhi'l-İslâmî, sy. 6, c. II, s. 966-1050, Cidde, 1990.

Dural, Mustafa, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık*, İstanbul, 1976.

Dural, "Akitten doğan yapmama borçları", MHAD, yl. 4, sy. 6, s. 5-22, İstanbul, 1970.

Ebû Dâvûd, Süleyman b. Eş'as es-Sicistânî (v.275/888), *Sünen*, İstanbul, 1981.

Ebu Zehra, Muhammed, *el-Milkiyye ve Nazariyyetu'l-Akd fi's-Şerfati'l-İslâmiyye*, Kahire, 1976.

el-Ensârî, Abdulali Muhammed b. Nizamuddîn, *Fevâtihu'r-Rahamût* (Mustasfâ ile birlikte basılmış), by ve bt. y.

Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, I-III, 4. b., Ankara, 1991.

Ergin, Feridun, *Para ve Faiz Teorileri*, 2. b., İstanbul, 1983.

Erkal, Mehmet, "*Madeni Para, Banknot ve Kâğıt Para Mübadelesinde Faiz*", İslami İlimler Araştırma Vakfı (İSAV)'nın Para, Faiz ve İslam konulu Tartışmalı İlmî Toplantılar dizisi, İstanbul, 1992.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, c. I, İstanbul, 1976; c. II, İstanbul, 1977.

Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Hususi Kısım*, c. I, 2. b., İstanbul, 1970.

el-Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed (505/1111), *el-Mustasfâ min İlmi'l-Usûl*, I-II, Dâru'l-Fikr, by. y., bt. y.

Gözübenli, Beşir, "*Para Kavramına İslami Yaklaşım Üzerine Bazı Düşünceler*", İslami İlimler Araştırma Vakfı (İSAV)'nın Para, Faiz ve İslam konulu Tartışmalı İlmî Toplantılar dizisi, İstanbul, 1992.

el-Hafif, Ali, *el-Milkiyye fi's-Şerîati'l-İslamiyye*, Beyrut, 1990.

el-Hafif, *ed-Damân fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, by. y., 1971.

el-Haraşî, Ebû Abdillâh Muhammed (v. 1101/1689), *Şerhu Muhtasari Halil*, Mısır, 1308.

Hattâb, Talbe Vehbe, *Ahkâmu'l-İltizâm Beyne's-Şerîati'l-İslâmiyye ve'l-Kânûn*, 1. b., Kahire, bt.y.

İbn Cüzey, Ebu'l-Kasım Muhammed b. Ahmed (v. 741/1340), *el-Kavânînu'l-Fikhiyye*, Libya-Tunus, 1982.

İbn Ferhûn, Bürhânüddîn Ebû'l-Vefâ İbrâhîm İbnü'l-İmâm Şemsüddîn Ebî Abdillâh Muhammed b. Ferhûn (v.799/1397), *Tebziratu'l-Hukkâm fi Usûli'l-Akdiyeti ve Menâhici'l-Ahkâm*, I-II, Mısır, 1301.

İbn Hanbel, Ahmed (v. 241/855), *Müsned*, İstanbul, 1982.

İbn el-Hümâm, el-Kemâl Muhammed b. Abdulvâhid (v. 861/1457), *Fethu'l-Kadîr*, Mısır, 1317.

İbn Hüseyin el-Mekkî, Muhammed Ali, *Tehzîbu'l-Furûk ve'l-Kavâidu's-Seniyye fi'l-Esrâri'l-Fikhiyye*, (el-Karâfi'nin *el-Furûk* adlı eserinin hamisinde), Beyrut, bt. y.

İbn Kayyîm el-Cevziyye, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ebû Bekr (v. 751/1350), *İ'lâmü'l-Muvakki'în*, Beyrut, bt. y.

İbn Kudame, Ebû Muhammed Abdillâh b. Ahmed b. Muhammed (v. 620/1223), *el-Muğnî*, Mısır, bt. y.

İbn Mace, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezid el-Kazvîni (v.273/ 886), *Sünen*, İstanbul, 1981.

İbn Manzur, Muhammed b. Mükerrrem b. Ali (711/1311), *Lisânü'l-Arab*, I-XVIII, 2. b. Beyrut, 1992.

İbn Nüceym, Zeyn b. İbrahim b. Muhammed, *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, Beyrut, bt. y.

İbn Receb, Ebu'l-Ferec Abdurrahman (v. 795/1392), *el-Kavâid*, Riyad, bt. y.

İbn Rüşd (el-Hafîd), Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmed (v.595/1199), *Bidâyetu'l-Müctehid ve Nihâyetu'l-Muktesid*, I-II, İstanbul, 1985.

İbnu's-Şât, Ebu'l-Kasım Kasım b. Abdullah, *Haşiyetü İdrâri's-Şurûk alâ Envâi'l-Furûk* (el-Karâfi'nin el-Furûk'u ile birlikte basılmış), Beyrut, bt. y.

İmre, Zahit, "Aynî Hak Meşhuru Üzerine Düşünceler", 324-352, A. Samim Gönensay'a Armağan, İstanbul, 1955.

Iustinianus, *Institutiones*, çev: Ziya Umur, İstanbul, 1968.

Kaniti, Salamon, *Akdin İfa Edilmediği Def'i*, İstanbul, 1962.

Kanun, *Alman Kanunu Medenîsi Tercümesi*, çev. y., İstanbul, 1334.

Kanun, *Son Değişiklikleriyle Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanunu*, İnkılap ve Aka, İstanbul, 1974.

Karâfi, Şihabüddin Ebü'l-Abbas Ahmed b. İdris (684/1285), *el-Furûk*, I-IV, Beyrut, bt. y.

Karâfi, Şihabüddin Ebü'l-Abbas Ahmed b. İdris (684/1285), *ez-Zahîra*, thk. Muhammed Hacci, Beyrut, 1994.

Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I-II, İstanbul, 1982.

Karaman, Hayrettin, "Akid", DİA, II, 251-256; "Ayn", DİA, IV, 257-258.

el-Kâsânî, Alâuddin Ebî Bekr Mes'ûd b. Ahmed (587/1191), *Bedâiu's-Sanâi' fi Terfîbi's-Şerâi'*, 2. b., Beyrut, 1986.

el-Kürdî, Ahmed el-Haccî, *Fıkhu'l-Muâvedât*, I- , Dımaşk, 1982.

Mahmesânî, Subhî, *en-Nazariyyetü'l-Âmme li'l-Mûcebât ve'l-Ukûd*, I-II, Beyrut, 1948.

Mâlik b. Enes (v.179/795), *el-Muvatta'*, İstanbul, 1981.

el-Merğînânî, Burhaneddin Ali b. Ebû Bekr (v.593/1197), *el-Hidâye*, I-IV, by. y., 1326.

Müslim, Ebu'l-Hüseyn Müslim b. el-Haccac (v.261/875), *Sahih-i Müslim*, İstanbul, 1981.

en-Nesâî, Ebû Abdurrahman Ahmed b. Şuayb b. Ali (v.303/915), *Sünen*, İstanbul, 1981.

en-Nevevî, Ebû Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref, *Ravdatü't-Tâlibîn ve Umdetü'l-Müftîn*, 2. b., Beyrut, 1985.

en-Nevevî, Ebû Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref, *el-Mecmû' Şerhu'l-Mühezzeb*, by. ve bt. y.

Oğuzman, M. Kemal, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 3. b., İstanbul, 1979.

Orman, Sabri, "Modern İktisat Literatüründe Para, Kredi ve Faiz", İslami İlimler Araştırma Vakfı (ISAV)'nın Para, Faiz ve İslam konulu Tartışmalı İlmi Toplantılar dizisi, İstanbul, 1992.

Poroy, Reha, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 5. b., İstanbul, 1973.

Rado, Türkân, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, İstanbul, 1982.

Rado, "Alım Satım Bahsinde Roma Hukuku Prensiplerinin Hukukumuzaya Tesiri", A. Samim Gönensay'a Armağan, s. 498-512, İstanbul, 1955.

Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku*, 4. b., Ankara, 1981.

er-Remlî, Muhammed b. Ahmed (v.1004/1596), *Nihâyetü'l-Muhtâc*, Mısır, 1938.

es-Sadru's-Şehîd, Husâmüddîn Ömer b. Abdulazîz (şehadeti 536), *Şerhu Kitabı Edebi'l-Kâdî li'l-Hassâf*, thk.: Muhyî Hilâl es-Serhân, Bağdat, 1977.

Sahnûn, Abdusselâm (v.240/854), *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, Mısır, 1323.

Savatier, Rene, "Paranın Değerden Düşmesi ve Akitlerin Hukukî Durumu", çev.: İzzettin Doğan, MHAD, yl. 6, sy. 9, s. 161-176, İstanbul, 1972.

es-Sâvî, Ahmed b. Muhammed, *Hâşiye*, (ed-Derdîr'in eş-Şerhu's-Sağîr adlı eserinin hâmişinde yer almaktadır), Birleşik Arap Emirlikleri, 1989.

Schwarz, Andreas, "Asıl edimin yerini tutan bir şeyle ifade hukuki ayıptan sorumluluk", Çev.: Selahattin Sulhi Tekinay, MHAD, yl. 4, sy. 6, (s.119-132) İstanbul, 1970.

Seliçi, Özer, "Seçimlik Borçların İfası", İÜHF.M., c. XXXIV, sy. 1-4, s. 375-399, İstanbul, 1969.

Seliçi, Özer, "Kesin Vadeli İşlemler", MHAD, sy. 3, s. 92-107, İstanbul, 1968.

es-Senhûrî, Abdurrezzak Ahmed, *Mesâdiru'l-Hak fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, by. ve bt. y.

es-Senhûrî, Abdurrezzak Ahmed, *Nazariyyetü'l-Akd*, Beyrut, ty.

es-Serahsî, Muhammed b. Ahmed(v.483/1090), *el-Mebsût*, 3. b., Beyrut, bt. y.

es-Serahsî, Muhammed b. Ahmed, *Usûl*, İstanbul, 1984.

Serozan, Rona, "Edim Yükümlerinden bağımsız Borç İlişkileri", MHAD, sy. 3, İstanbul, 1968, s. 108-129.

Serozan, Rona, "Parça Borcu-Çeşit Borcu; Aşılması Gerekli Bir Ayırım", MHAD, yl. 3, sy. 5, İstanbul, 1969, s. 211-238.

Sultan, Enver, *Mesâdirü'l-İltizâm fi'l-Kanuni'l-Medeniyyi'l-Ürdüni*, Amman, 1987.

es-Süyûtî, Celâlüddin Abdurrahmân, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, Mısır, 1959.

eş-Şafi'i, Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, 2. b., Beyrut, 1983.

Şa'bân, Zekiyüddîn, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, çev. İbrahim Kâfi Dönmez, Ankara, 1990.

Şelebî, Muhammed Mustafa, *el-Medhal fi't-Ta'rif bi'l-Fıkhî'l-İslâmî ve Kavâidi'l-Mülkiyyeti ve'l-Ukûdi fihi*, Beyrut, 1983.

eş-Şevkânî, Muhammed b. Ali (v.1250/1832), *Neylü'l-Evtâr Şerhu Münteka'l-Ahbâr*, I-IV, Mısır, 1357

eş-Şeybânî, Muhammed b. el-Hasen, *Kitâbu'l-Asl* (veya el-Mebsût), Beyrut, 1990.

eş-Şîrâzî, Ebû İshâk İbrahim b. Ali (v.476/1083), *el-Mühezzeb*, 2. b., I-II, Mısır, 1959.

eş-Şirbînî, Muhammed el-Hatîb (v.977/1569), *Muğni'l-Muhtâc*, Mısır, 1958.

Tandoğan, Halûk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, I-II, 3. b., Ankara, 1987.

Tarâbülsî, Ebu'l-Hasen Ali b. Halîl, *Mu'inü'l-Hükkâm fîmâ Yeteradeddü beyne'l-Hasmeyni mine'l-Ahkâm*, 1. b., Mısır, 1300.

Tehânevî, Muhammed A'lâ b. Ali (1158/1745), *Keşşâfu Istılâhâti'l-Fünûn*, I-III, Kalkuta, 1862.

Tekinay, Selâhattin Sulhi, "Mukayeseli Hukuk Açısından Borçlunun Aynen İfaya veya Tazminat Ödemeye Zorlanması", Kubalı'ya Armağan, İÜMHE yayını, yl. 8, sy. 11, s. 421-436, İstanbul, 1974.

Tekinay, Selâhattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Halûk/ Altop, Atilâ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. b., İstanbul, 1988.

et-Tirmîzî, Ebû İsâ Muhammed b. İsâ b. Sevre (v.279/892), *Sünen*, İstanbul, 1981.

Van Den Berg, S., "Ayn", *The Encyclopaedia of Islam, New Edition*, I, 784-785, Leiden, 1954.

von Tuhr, Andreas, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, çev: Cevat Edege, I-II, İstanbul, 1952.

Weinsinck, A. J., *el-Mu'cemü'l-Müfehres li Elfâzi'l-Hadisi'n-Nebevî* (Concordance et Indice de la Tradition Musulmane), Leiden, 1936-1969.

Yavuz, Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Borç İlişkileri*, 2. b., İstanbul, 1989.

Yavuz, Cevdet, "Dâva", DİA, IX, 12-16.

ez-Zerka, Mustafa Ahmed, *el-Fıkhü'l-İslâmî fî Sevbihî'l-Cedîd*, I. c. 9. b., Dımaşk, 1965, II. c. 10. b., Dımaşk, 1968, III. c. 6. b., Dımaşk, 1965.

ez-Zerkeşî, Muhammed b. Behâdır b. Abdullah (v. 794/1391), *el-Mensûr fi'l-Kavâid*, 3 c., thk. Teysîr Fâik Ahmed Mahmûd, 1. b., Kuveyt, 1982.

ez-Zerkeşî, Muhammed b. Behâdır b. Abdullah (v. 794/1391), *Habâya'z-Zevâyâ*, thk. Abdulkadir Abdullah el-'Ânî, 1. b., Kuveyt, 1982.

ez-Zeyle'î, Osman b. Ali, *Tebyînu'l-Hakâik*, Bolak, 1314.

ez-Zuhaylî, Vehbe, *Nazariyyetu'd-Damân ev Ahkâmu'l-Mes'ûliyyeti'l-Medeniyye ve'l-Cinâiyye fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Şam, 1982.

ez-Zünnûn, Hüseyin Ali, *en-Nazariyyetu'l-Amma li'l-Fesh fi'l-Fıkhî'l-İslâmî ve'l-Kanûni'l-Medenî*, Mısır, 1946.

Zwahlen, Mary, "Zilyedliğin Havalesi", 383-408, Kubalı'ya Armağan, İÜMHE yayını, yl. 8, sy. 11, İstanbul, 1974.