

36620

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

İSLAM HUKUKUNDA  
BORÇLUNUN ve ALACAKLININ  
TEMERRÜDÜ

(Doktora Tezi)

Rahmi YARAN

Danışman

Prof. Dr. Fahrettin ATAR

İstanbul 1994

## ÖNSÖZ

Hukukun gayesi, toplum hayatını düzenlemek, ihtiyaçların karşılanmasını sağlamak ve bunları yaparken adaleti gerçekleştirmektir. Bir hukuki düzenleme, adaleti gerçekleştirme hedefinden uzak ise toplumda sıkıntılar meydana gelir ve hiç bir toplum uzun süre bu adaletsizliğe dayanamaz. Devletlerin devamının, adaleti gerçekleştiren hukuki bir sisteme ve uygulamaya sahip olmalarıyla yakın ilgisi vardır. “Adalet mülkün temelidir” sözü ile vurgulanmak istenen de bu hakikat olsa gerektir.

İslam hukukunun gayesini, bu genel çerçevenin dışında düşünemeyiz. Onu diğer hukuklardan ayıran en önemli özellik, temel ilkelerinin ve kaynağının ilahî oluşudur. Bu özelliği ona, adaleti gerçekleştirme hedefi açısından bir ayrıcalık da sağlamaktadır. Çünkü Allah Teâlâ, yarattığı insanın ihtiyaçlarını, insanın kendisinden de daha iyi bilmektedir. Bazan insanın, kendince ihtiyaç kabul ettiği bir husus, onun felaketi olabilmektedir. Bundan dolayı ileri görüşlü ve iradesine hakim insanlar çoğu kere, önemli işlerini, mesela gıda rejimlerini düzenlerken kendi arzularını da dikkate alarak ama daha ziyade bir uzmanın tavsiyesine uyarlar. Bu yaklaşımı hayatın hemen her safhasında görmek mümkündür. Ayrıca insanlar hukuki düzenlemeler yaparlarken, olmaması gerektiği gibi bazan, belki de çoğu kere bu düzenlemenin kendilerine ne sağlayacağını saba katma durumunda olurlar. İşte bu bilgi eksikliği veya kendi menfaatini düşünme sebebiyle pozitif hukuk kuralları bazan adaleti gerçekleştirmekten uzak olabilir. Bu tehlikeye karşı zaman zaman tabii hukuk fikrinin ileri sürüldüğüne, pozitif hukuk kurallarının, tabii hukukun dışına çıkamayacağı iddiasına şahit oluyoruz. İslam hukukunun temel ilkeleri, pozitif hukukun adalet çizgisinden sapma ihtimaline karşı bir nevî tabii hukuk görevi yapmakta, müsümanlar, ictihada dayanan İslam hukuk kurallarını çoğu kere “icmâ” kavramı içerisinde mütalaa edebileceğimiz bu ilkeler çerçevesinde tartışmaktadırlar.

İslam hukuk mezhepleri arasındaki ilmî tartışmalar, temel ilkelere ziyade bazan ikinci, üçüncü plandaki görüşlerin, bu temel ilkelere uygunluğu

istikametinde cereyan etmekte, bu yapılırken iki ana kaynağa Kur'ân'a ve sünnete müracaat edilmekte, görüşler, bunlara dayandırılarak savunulmaktadır. Dolayısıyla önümüzde duran çok kıymetli fıkıh mirasının bir kısmı, İslam'ın temel ilkelerinin gerçekleşmesi maksadıyla zaman ve bölge şartları da dikkate alınarak tesbit edilmiş hukuki düzenlemeler veya bu gayeyle yapılmış doktriner çalışmalardır. Bunlar müslüman toplum için bir iftihar kaynağı olmakla birlikte, aynı hedefleri ve gayeleri gerçekleştirmek maksadıyla daha iyiye doğru değiştirilemez kurallar da değildir. Belli bir zaman diliminde veya yerde uygulanan ve İslam'ın temel hedeflerini gerçekleştirmede çok başarılı olan kurallar, bir başka zamanda veya toplumda o hedefleri gerçekleştiremez duruma gelmişse yapılması gereken, yeni duruma göre düzenlemeler yapmaktır. İslam hukukunda görülen ictihâd zenginliği bu uygulamanın tabîi bir sonucu olarak görülebilir.

İslam dininin adaletin gerçekleşmesine büyük önem verdiğini, başkalarına zarar vermeyi yasakladığını, böyle bir zarar söz konusu olunca sebep olana tazminat yükümlülüğü getirdiğini görüyoruz. Onun hukukî işlem sahasını da, sınırları mezheplere göre farklı da olsa bir hayli geniş tuttuğu bilinmektedir. Yalnız burada, üzerinde hassasiyetle durduğu bir faiz yasağı karşımıza çıkmaktadır.

İnsanlar borç münasebetinden âzâde bir hayat süremezler. İslam hukukuna göre, bu hukukca muteber sayılmak kaydıyla insanlar borçlarını ifa etmekle mükelleftirler. İnsanın, bir baskı olmaksızın kendi isteği ile borcunu geciktirmeden ifası arzu edilmekle birlikte, eğer bu gerçekleşmezse devlet onu ifaya zorlar. İfanın gecikmesi bazan karşı taraf açısından bir zarara da sebep olabilir. Bir başka problem, borçlunun ifa arzusu karşısında alacaklının ifayı reddetmesidir. Bu iki problemin ve bilhassa birincisinin günümüzde artan bir hızla büyümesi ve ehemmiyet kazanması bizi bu konuyu araştırmaya sevketti. Tezimizde İslam hukukçularının, bu iki probleme karşı teklif ettikleri çözümleri ve bu maksatla yaptıkları ilmî çalışmaları tesbit etmeye ve günümüz şartlarındaki değişimleri de dikkate alarak konuya katkıda bulunmaya çalıştık.

Tezimizi bir giriş ve üç bölüm halinde planladık. Girişte konuyu kısaca arz ettikten sonra, en çok müracaat ettiğimiz kaynaklar hakkında bilgi verdik. Birinci bölümde borç ve temerrüt kavramlarını açıklayıp bazı ülkelerin temerrütle ilgili düzenlemelerine yer verdik. Temerrüt, kısaca borcun ifasının gecikmesi, olduğu için borç, ifa ve temerrüt kavramlarının açıklanması gerekiyordu. Ülke hukuklarını incelerken, bütün dünyanın önemle üzerinde durduğu ve bir çok batı ülkesi hukukunun temeli olan Roma hukukuna ve ülkemiz hukuku olması açısından Türk hukukuna genişçe yer verdik.

İkinci bölümde, borçlunun temerrüdünü işledik; tanımını, şartları ve sonuçları hakkında açıklamalarda bulduk. Üçüncü bölümde de buna benzer bir plan dahilinde alacaklının temerrüdünü arz ettikten sonra ulaştığımız neticelere yer verdik. Tezimizin içinde çok az istisnâ dışında transkripsiyona yer vermedik. Bibliyoğrafyada kitap adlarını yazarken transkripsiyon kullandık fakat buna rağmen bazan büyük harflerde buna riayet imkanı bulamadık.

Bu çalışmam esnasında, değerli fikirlerinden bizzat istifade ettiğim hocalarıma, arkadaşlarıma ve eserlerinden faydalandığım müelliflere teşekkür etmeyi ifası zaruri bir borç olarak telakki ediyorum ve bunlardan vefat edenlere de Allah'tan rahmetler diliyorum. Tahsil hayatımın başından bugüne kadar kendilerinden ilim aldığım bütün hocalarımı, bana her türlü desteği sağlayan ve beni daima teşvik eden annemi, babamı ve ailemi de burada anmayı bir kadirşinaslık görevi sayıyorum. Bu tezi hazırlarken danışmanlığımı yapan ve aynı zamanda yüksek lisans tezimde de danışmanım olan Muhterem Prof. Dr. Fahrettin ATAR'a, bilgisayarla ilgili olarak zaman zaman karşılaştığım problemlerin halinde içtenlikle yardımcı olan Dr. Nusrettin BOLELLİ'ye ayrıca teşekkür ediyorum.

Rahmi YARAN  
Üsküdar. 1994.



## İÇİNDEKİLER

|                      |      |
|----------------------|------|
| Ön söz .....         | III  |
| İçindekiler .....    | VI   |
| Kısaltmalar .....    | XII  |
| Transkripsiyon ..... | XIII |

### GİRİŞ

|  |   |
|--|---|
| I- KONUNUN TAKDİMİ.....                | 1 |
| II- KAYNAKLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ..... | 5 |

### Birinci Bölüm

## BORÇ ve TEMERRÜT KAVRAMLARI

|  |    |
|--|----|
| I- BORCUN TARİFİ, ÇEŞİTLERİ, KAYNAĞI VE<br>BORÇLANMANIN HÜKMÜ..... | 8  |
| A- Tarifi .....  | 8  |
| B- Arapçadaki ve İslam Hukuku kaynaklarındaki karşılığı.....       | 10 |
| C- Konusu .....  | 13 |
| D- Borcun kaynağı.....   | 22 |
| 1 Batı Kaynaklı Türk Hukukunda.....                                | 22 |
| 2 İslam Hukukunda.....   | 23 |
| E- Borçlanmanın hükmü.....   | 25 |
| II- BORCUN İFASI.....  | 28 |
| A- İfa kavramı, ifa zamanı ve ifa yeri.....                        | 28 |
| 1 İfa kavramı.....   | 28 |
| 2 İfa zamanı.....  | 29 |
| 3 İfa yeri .....   | 32 |
| B- İfa şekilleri .....   | 35 |
| C- İfa etmeme maksadıyla borçlanmak.....                           | 36 |
| D- İfa etmeme halinde uygulanacak müeyyideler.....                 | 37 |
| E- İfa güçlüğü içinde olanlara destek.....                         | 40 |
| III- TEMERRÜDÜN TANIMI ve ÇEŞİTLERİ.....                           | 42 |
| A- Sözlük anlamı.....  | 42 |

|                                   |    |
|-----------------------------------|----|
| B- Terim anlamı ve çeşitleri..... | 46 |
| 1- Borçlunun temerrüdü.....       | 47 |
| 2- Alacaklının temerrüdü.....     | 52 |

#### IV- BAZI HUKUK SİSTEMLERİNDE ve ÜLKE HUKUKLARINDA

|  |    |
|--|----|
| <b>TEMERRÜT</b> .....  | 53 |
| A- Roma Hukukunda.....   | 53 |
| B- Fransız Hukukunda.....  | 59 |
| C- Cermen Hukukunda.....   | 61 |
| D- Türk Hukukunda.....   | 64 |
| 1- Borçlunun Temerrüdü.....  | 64 |
| a. Tanımı ve şartları.....   | 64 |
| b. Temerrüdün sona ermesi.....   | 67 |
| c. Temerrüdün Sonuçları.....   | 67 |
| ca. Genel sonuçları.....   | 67 |
| caa. Aynen ifa ve gecikme tazminatı.....   | 68 |
| cab. Kazadan dolayı sorumluluk.....  | 70 |
| cac. Aynen ifa yerine müsbet zararın tamamının tazmini...                                  | 71 |
| cb. Para borçları ile ilgili sonuçları.....  | 71 |
| cba. Gecikme faizi ödeme yükümlülüğü.....  | 71 |
| cbb. Müsbet zararın tazmini.....   | 72 |
| cc. Karşılıklı edimleri hâvi akitlerdeki sonuçlar.....                                     | 73 |
| cca. Genel açıklama ve süre tayini.....  | 73 |
| ccb. Verilen süre içinde borcun ifa edilmemesi...  | 75 |
| ccc. Alacaklının temerrütten doğan hakları.....  | 75 |
| ccca. Aynen ifa ve gecikme tazminatı.....  | 75 |
| cccb. İfadan vazgeçip tazminat talep etme.....   | 75 |
| cccc. Akitten dönme.....   | 76 |
| 2- Alacaklının Temerrüdü.....  | 77 |
| a. Tanımı.....   | 77 |
| b. Şartları.....   | 78 |
| ba. Borçlanılmış edimin gereği gibi teklif edilmesi...                                     | 78 |
| bb. Borcun ifası mümkün olmalıdır.....   | 79 |
| bc. Alacaklı kendisine yapılan teklifi haklı bir sebep<br>olmadan reddetmiş olmalıdır..... | 79 |
| c. Sonuçları.....  | 80 |
| ca. Borçlunun sorumluluktan kurtulması.....  | 80 |

|  |    |
|--|----|
| caa. Tevdi.....  | 80 |
| cab. Satma hakkı.....  | 81 |
| cac. Akdin feshi.....  | 81 |
| cb. Borçlunun sorumluluğunun hafiflemesi.....                                    | 82 |
| cba. Hafif kusur hallerinde sorumluluğun<br>sınırlanması .....                   | 82 |
| cbb. Kötü niyetli zilyedin iade yükümünün<br>hafiflemesi.....                    | 82 |
| cc. Hasarın ve masrafların alacaklıya geçmesi.....                               | 82 |
| cd Akdi faizin durması.....  | 83 |
| ce. Borçlunun temerrütten kurtulması.....  | 83 |
| d. Alacaklının belli olmaması veya ifaya engel diğer<br>bir halin bulunması..... | 83 |
| E- Bazı İslam Ülkeleri Hukukunda.....  | 84 |
| 1- Mısır'da .....  | 84 |
| 2- Irak'ta .....   | 89 |
| 3- Suriye'de .....   | 90 |
| 4- Birleşik Arap Emirliklerinde.....   | 90 |
| 5- Küveyt'te .....   | 91 |

## **İkinci Bölüm**

### **BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ**

|  |            |
|--|------------|
| <b>I- GENEL OLARAK.....</b>                                | <b>92</b>  |
| <b>II- BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI.....</b>            | <b>92</b>  |
| A- Borcun muaccel olması.....                              | 92         |
| B- Borcun ifasının mümkün olması.....                      | 98         |
| C- Borçlunun ifaya kâdir olması.....                       | 100        |
| D- İfanın talep edilmesi.....                              | 102        |
| E- Alacaklının edimi kabule hazır olması.....              | 103        |
| <b>III- BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNÜN SONA ERMESİ.....</b>        | <b>104</b> |
| A- İfa .....   | 104        |
| B- İfanın teklifi.....                                     | 105        |
| C- İfanın imkansız hale gelmesi.....                       | 106        |
| D- Alacaklının ifadan vazgeçip tazminat veya fesih hakkını |            |

|  |            |
|--|------------|
| tercih ettiğini borçluya bildirmesi.....   | 106        |
| E- Takas (Mukâssa).....  | 107        |
| F- Sulh .....  | 108        |
| G- Borçlunun ibra edilmesi.....  | 108        |
| H- Alacağın, borçluya rağmen tahsili.....  | 109        |
| I- Borçlu ve alacaklı vasıflarının birleşmesi.....   | 111        |
| <b>IV- BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI.....</b>   | <b>112</b> |
| A- Genel Sonuçları.....  | 112        |
| 1- Kazadan dolayı sorumluluk.....  | 112        |
| a- Kaza kavramı.....   | 112        |
| b- Kazadan dolayı sorumluluğun sona ermesi.....  | 117        |
| 2- Aynen ifa ve temerrüt tazminatı isteme hakkı.....   | 118        |
| a- Aynen ifa.....  | 118        |
| aa- Verme borçlarında.....   | 118        |
| ab- Yapma borçlarında.....   | 122        |
| ac- Yapmama borçlarında.....   | 127        |
| b- Tazminat ve temerrüt tazminatı.....   | 128        |
| ba- İslam hukukunda tazminat kavramı.....  | 128        |
| baa Tazminatın tanımı.....   | 128        |
| bab Tazminatın biçimi.....   | 130        |
| bac Tazminat sebepleri ve tessebbüben verilen zararın tazmini.....   | 131        |
| bad Tazminatın konusu ve menfaatin tazmini   | 136        |
| bb- Temerrüt tazminatı.....  | 143        |
| bba Kabul edenler.....   | 145        |
| bbb Kabul etmeyenler.....  | 152        |
| bbc Temerrüt tazminatı ile ilgili deliller ve değerlendirmesi.....   | 155        |
| bbd Mezheplerin menfaatin tazmini ve tessebbüben iftlaf ile ilgili görüşleri ışığında temerrüt tazminatının değerlendirilmesi..... | 161        |
| bc- Tazminat kalemleri.....  | 170        |
| bca- Fıilî zararlar.....   | 171        |
| bcb- Mahrum kalınan kâr.....   | 175        |
| 3- Aynen ifa yerine zararın tamamının tazmini .....  | 176        |
| 4- Borçlunun kısıtlanması.....   | 179        |
| a- Akit yapma hürriyetinin kısıtlanması.....   | 179        |

|  |            |
|--|------------|
| b- Seyahat hürriyetinin kısıtlanması.....                                      | 180        |
| B- İslamda faiz ve borçlu temerrüdünün para borçları ile ilgili sonuçları..... | 181        |
| 1- Faiz ve para kavramları.....  | 181        |
| a- İslamın faiz görüşü.....  | 181        |
| b- Ribevî (faizli) mal kavramı.....  | 183        |
| c- Paranın tanımı.....   | 185        |
| 2- Temerrüt tazminatı.....   | 191        |
| C- Borçlu temerrüdünün karşılıklı edimleri hâvi akitlerdeki sonuçları...       | 196        |
| 1- Fesih hakkı.....  | 197        |
| a- Satım akdinde.....  | 197        |
| b- İcare akdinde.....  | 201        |
| 2- Hapis hakkı .....   | 205        |
| <b>V- MÜTEMERRİT BORÇLUNUN CEZALANDIRILMASI.....</b>                           | <b>207</b> |
| A- Hapis .....   | 207        |
| B- Dövme.....  | 210        |
| C- Mülâzeme.....   | 211        |
| D- Para cezası.....  | 212        |
| E- Meslekten men edilmesi.....   | 213        |
| F- Fâsık durumuna düşmesi.....   | 214        |

## Üçüncü Bölüm

### ALACAKLININ TEMERRÜDÜ

|  |            |
|--|------------|
| <b>I- TANIMI .....</b>   | <b>216</b> |
| <b>II- ALACAKLININ TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI.....</b>  | <b>216</b> |
| A- Borç muaccel veya ifa kabiliyetine sahip olmalıdır.....                                 | 216        |
| B- Borcun ifası alacaklıya teklif edilmiş olmalıdır.....                                   | 218        |
| 1- Edimin borçlanılmış olduğu şekilde teklif edilmesi.....                                 | 218        |
| 2- İfa teklifinin fiilen yapılması.....  | 219        |
| C- Borcun ifası mümkün olmalıdır.....  | 221        |
| D- Alacaklı, kendisine yapılan teklifi haklı bir sebep olmadan reddetmiş bulunmalıdır..... | 222        |
| <b>III- ALACAKLININ TEMERRÜDÜNÜN HÜKÜMLERİ.....</b>  | <b>223</b> |
| A- Borçluya bazı kolaylıklar sağlanması.....   | 224        |
| 1- Alacaklı temerrüdünün gerçekleşmesiyle borçlunun temerrüdünün sona ermesi.....          | 224        |
| 2-Tehlikenin (hasar sorumluluğunun, damânın)   |            |

|  |            |
|--|------------|
| alacaklıya geçmesi.....  | 224        |
| 3- Kötü niyetli zilyedin iade yükümünün hafiflemesi.....                             | 225        |
| 4- Alacaklının, borçlu tarafından yapılmış giderleri<br>yüklenmesi.....              | 226        |
| <b>B- Borçluya alacaklı katılmadan borçtan kurtulma imkanının<br/>tanınması.....</b> | <b>226</b> |
| 1- Tevdi (Bırakma).....  | 227        |
| a- Tevdi yeri.....   | 227        |
| b- Tevdi sözleşmesi.....   | 228        |
| c- Tevdinin hükmü.....   | 229        |
| d- Tevdi edilen şeyi geri alma.....  | 230        |
| 2- Zorunlu (cebrî satış).....  | 230        |
| a- Zorunlu satışın şartları.....   | 231        |
| aa- Eşyanın tevdiye elverişli olmaması.....  | 231        |
| ab- Hakimin izni.....  | 232        |
| ac- Alacaklının yerinin bilinmemesi.....   | 233        |
| b- Zorunlu satışın şekli.....  | 233        |
| 3- Akdın feshi.....  | 234        |
| 4- Kiralama.....   | 235        |
| 5- İkras.....  | 236        |
| <b>C- Alacaklının sorumluluğunun devam etmesi.....</b>                               | <b>236</b> |
| <b>NETİCE .....</b>  | <b>240</b> |
| <b>BİBLİYOGRAFYA.....</b>  | <b>243</b> |

**KISALTMALAR**

|                 |   |
|-----------------|---|
| a.g.e .....     | Adı geçen eser                            |
| a.g.m. ....     | Adı geçen makale                          |
| a.g. mü. ....   | Adı geçen müellif                         |
| a. y. ....      | Aynı yer.                                 |
| b. ....         | İbn, bn                                   |
| Bk. (bk.) ..... | Bakınız                                   |
| BK. ....        | Borçlar Kanunu                            |
| c. ....         | Cilt                                      |
| h. ....         | Hicri                                     |
| H.z. ....       | Hazreti                                   |
| İ.İ.K. ....     | İcra İflas Kanunu                         |
| krş .....       | Karşılaştırınız                           |
| m. ....         | Milâdi                                    |
| md. ....        | Madde                                     |
| MMK. ....       | Mısır Medeni Kanunu                       |
| M.Ö. ....       | Miladdan önce                             |
| M.S. ....       | Miladdan sonra                            |
| nşr. ....       | Neşreden, tahkik eden                     |
| no: .....       | Numara                                    |
| ö. ....         | Ölümü                                     |
| s. ....         | Sayfa                                     |
| sy. ....        | Sayı                                      |
| s.a.s .....     | Sallellâhualeyhi ve sellem                |
| r.a. ....       | Radiyellâhu anh (anhâ, anhümâ, anhum)     |
| TBK. ....       | Türk Borçlar Kanunu                       |
| TDV İA.....     | Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi |
| TMK. ....       | Türk Medeni Kanunu                        |
| TTK. ....       | Türk Ticaret Kanunu                       |
| thk. ....       | Tahkik, tahkik eden                       |
| trc. ....       | Tercüme, tercüme eden                     |
| ts. ....        | Tarihsiz, baskı tarihi yok                |
| vd .....        | ve devamı                                 |
| vr. ....        | varak                                     |
| v.s. ....       | vesâire                                   |
| yy. ....        | Yayın yeri yok                            |

## Transkripsiyon İşaretleri

|   |       |        |
|---|-------|--------|
| d | ..... | ض      |
| g | ..... | غ      |
| h | ..... | ح      |
| h | ..... | خ      |
| k | ..... | ق      |
| s | ..... | ث      |
| s | ..... | ص      |
| t | ..... | ط      |
| z | ..... | ذ      |
| z | ..... | ض      |
| z | ..... | ظ      |
| ‘ | ..... | ع      |
| ’ | ..... | ء      |
| ^ | ..... | Uzatma |



# GİRİŞ

## I- KONUNUN TAKDİMİ

İslam dini hakkın ve adaletin sağlanmasını hedef alır ve zulmü, haksızlığı yasaklar. İslam hukukçuları da hukuki işlemlere ve olaylara dair düzenlemelerinde bunu göz önünde bulundururlar. Çalışma ve mülk edinme herkesin hakkı hatta bazen belli ölçüde görevidir. İnsanlar birbirlerinin haklarına saygı göstermek mecburiyetindedir. Aslolan, görevlerin, ilgilileri tarafından, bir harici müdahaleye gerek olmaksızın tam bir gönül huzuru ile yerine getirilmesidir. Ama bu, her zaman mümkün olmayabilir. Bu noktada da müeyyideler devreye girer ve herkesi görevini ifaya zorlar.

Allah Teala insanların haksız yollarla birbirlerinin mallarını yemelerini yasaklar<sup>1</sup>. Buna karşılık karşılıklı rızaya dayanan ticarî faaliyeti serbest bırakır ve malların bu yolla mübadele edilmesini ister<sup>2</sup>. Hz. peygamber de satım akdinin rızaya dayanmasını şart koşar<sup>3</sup>, aldatmayı ve hileyi yasaklar<sup>4</sup>, işlerin iyi yapılmasını<sup>5</sup>, işçinin ücretinin de teri kurumadan ödenmesini ister<sup>6</sup>.

İslam'da ahde vefa esastır. Allah ve Rasûlü, müslümandan

1 Bakara, II/188; Nisâ, IV/29.

2 Nisâ, IV/29.

3 İbnü Mâce, Ticârât 18.

4 Müslim, İman 164; Ebu Davud, Buyû' 52 (no: 3452); Tirmizî, Buyû' 74.

5 Heysemî, Mecmau'z-zevâid, IV/98; Aclûnî, Keşfü'l-ğafâz, I/245-246.

6 İbnü Mâce, Ruhûn 4; Heysemî, Mecmau'z-zevâid, IV/97.

sözünü yerine getirmesini istemiş<sup>7</sup>, verilen sözün tutulmaması, münafıklık alameti sayılmıştır<sup>8</sup>. Karşılıklı rıza ile yapılan akitlere riayet edilmelidir. Bu açıdan akitler genelde bağlayıcıdır. Özellikle muâvaza akitleri, sıhhat ve lüzum şartlarını taşıyarak kurulmuşlarsa, kuruluşlarında olduğu gibi fesihlerinde de karşılıklı rıza şartı aranır<sup>9</sup>. Buna karşılık daha sonra, tarafların akit anında razı oldukları hususların mevcut olmadığı, bir başka ifade ile rıza sakatlığı söz konusu ise mağdur tarafa akdi fesih hakkı tanınmıştır. Bunun en açık misali ayıp muhayyerliğidir<sup>10</sup>. Bir satım akdinden sonra mebiin, normal olarak taşınması gereken özelliklerden mahrum olduğu, mesela satın alınan kitabın bir formasının eksik olduğu anlaşılırsa alıcıya akdi fesih hakkı tanınmıştır. Bir su değirmenini kiraya tutan kişi, değirmenin suyu kesilirse artık bu akde devam etmeyip akdi feshedebilirler. Mağdur tarafa akdi fesih hakkı tanıyan bu duruma "hıyarü'l-ayb" denir.

Diğer taraftan satın aldığı malda önemli bir vasfın bulunmasını şart koşan ve bu konuda satıcının beyanını esas kabul ederek akde razı olan taraf, daha sonra mebiin o vasfı taşımadığı tesbit edilirse akdi feshedilebilir<sup>11</sup>. Buna da "hıyarü fevâtil-vasf" denir<sup>12</sup>. Mesela Isparta halısı diye satın alınan halının, böyle olmadığı anlaşılırsa, alıcı akdi fesih hakkına sahiptir. Buralardaki fesih sebepleri, daha akit kurulurken kararlaştırılan hıyarü's-şart, hıyarü'n-nakd gibi muhayyerliklerden farklıdır. Akit anında açıkça fesih hakkı telaffuz edilmediği halde rızanın, o vasıfların mevcudiyetine bağlı olduğu düşüncesinden hareketle tanınmış haklardır. Bazı mezhepler ve alimler bir satım akdinden sonra satıcının, semen alacağını

7 Mâide, V/1; Buhârî, Nikah 53, İcâre 14; Ebû Dâvûd, Akdiye 12; Tirmizî, Ahkâm 17.

8 Buhârî, İman 23, Şehâdât 28, Vesâyâ 8, Edeb 69; Müslim, İman 106-108; Tirmizî, İman 14.

9 Yusuf Kâsım, *Mebâdiü'l-fıkhî'l-islâmî*, s. 382.

10 Ayıp muhayyerliği için bk. Serâhsî, *el-Mebsût*, XIII/91 v.d.; Merğînânî, *el-Hidâye*, III/35 v.d., III/249 v.d.

11 Merğînânî, *el-Hidâye*, III/32; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, IV/23;

12 Ali el-Hafif, *Ahkamu'l-muâmelâti's-şer'iyye*, s. 376.

tahsil edememesini veya tahsilin kimine göre üç gün kadar, kimine göre daha da az gecikmesini fesih sebebi sayarlar ve bunu bir "ayıp" olarak değerlendiren-dirirler<sup>13</sup>.

Akitler, uygulanmak üzere kurulur. Dolayısıyla taraflar, akdin gereğini yerine getirmek zorundadırlar<sup>14</sup>. Kaynağı gerek akit olsun, gerek başka olsun, borçlar mümkün olan en kısa zamanda ifa edilmelidir. Hz. peygamber, ifa gücüne sahip borçlunun ifayı geciktirmesini zulüm olarak değerlendirmiştir<sup>15</sup>. İslam hukukçuları, mağdur alacaklının, devlet gücüyle alacağını tahsil etmesini esas kabul etmişlerdir. Borçlu, imkanı olduğu halde ifayı geciktiriyorsa, alacaklı mahkemeye müracaat eder ve bu kanalla alacağını tahsil eder<sup>16</sup>. Hatta borcun subutu kesin ise, İslam hukuk kaynaklarında muhtesib denilen ve bir ölçüde günümüzdeki zabıta kuvvetlerinin görevlerini yapan kişiler de belli esaslar dahilinde bu hususta ona yardımcı olurlar<sup>17</sup>. Mahkemeler kısa sürede konuyu hükme bağlaya-bildiği takdirde pek bir problem de doğmaz. İslam hukukçuları ve özellikle Hanefiler çoğu kere alacaklıya, ifayı talep dışında pek hak tanımazlar<sup>18</sup>. Onun hakkı, ifayı istemek ve devlet organ-larının görevi de onun bu isteğinin tahakkuku için ona yardım etmektir.

13 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, IV/271; İbnü Teymiyye, *Naẓariyyetü'l-<sup>6</sup> aqd*, s. 153; Şirbîni, *Muğnî'l-muhtâc*, II/74-75.

14 Senhûrî, *Masâdiru'l-hak*, VI/50.

15 Buhâri, *Havâlât* 1.2, *İstikrâd* 12; Müslim, *Müsâkât* 33; Ebu Dâviud, *Büyü<sup>6</sup>* 10; Tirmizî, *Büyü<sup>6</sup>* 68; Nesâî, *Büyü<sup>6</sup>* 100, 101; İbnü Mâce, *Sadakât* 8.

16 İbnü Teymiyye, *Naẓariyyetü'l-<sup>6</sup> aqd*, s. 153; Suyûtî, *El-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 478; İbnü Receb, *el-Kavâid fi'l-fıkhı'l-islâmî*, s. 221; Ali el-Hafif, *ed-Damân*, I/17; Muhammed eş-Şehât el-Cündî, *Damânü'l-<sup>6</sup> aqd*, s. 223

17 Mâverdi, *el-Ahkâmu's-sultâniyye*, s. 301; Atar, Fahrettin, *İslam Adliye Teşkilâtı*, Ankara, s. 172.

18 Bk. Senhûrî, *Masâdiru'l-hak*, VI/50; Yusuf Kâsım, *Mebâdiü'l-fıkhı'l-islâmî*, s. 882.

Buna karşılık bir de vâkıya, realiteye bakıldığı takdirde, bilhassa günümüzde mahkemelerin seneler sürdüğü hatta bazen sonucun aleyhine çıkacağını bilen tarafın, sırf karar gününü uzatmak için değişik yollara baş vurduğu ve artık bir an önce haklının, hakkını elde etmesini sağlamakla görevli mahkemelerin<sup>19</sup> yavaşladığı, mahkemedan karar çıkarmanın uzamasının asıl, aksinin istisna olduğu görülmektedir. Mahkeme kararının uzaması, alacaklı açısından bir takım zararlara sebep olabilmektedir. İslam'da kimseye, zarar vermemek prensibi vardır. Hz. peygamber, başkalarına doğrudan zarar vermeyi de, kendisine zarar verilmesi halinde buna, karşı zararla mukabelede bulunmayı da yasaklamıştır<sup>20</sup>.

Bir başka prensip de zararın izale edilmesi<sup>21</sup>, ortadan kaldırılmasıdır. Zarar, ortadan kaldırılırken, zarara sebep olanın, bu ölçüde ona katlanması, adaletin gereğidir. Acaba borcunu vadesinde ifa etmeyen, bundan dolayı alacaklının zararına sebep olmuşsa ondan bu zararı tazmin etmesi istenilebilir mi? Ayrıca karşılıklı edimleri hâvî akitlerde, borcun ifa edilmemesi halinde diğer taraf akdi feshedebilir mi? Akdin bağlayıcılığı prensibi ile, zarar vermeme prensibi çatışınca mesele nasıl çözülecektir? Borcun ifası, alacaklının ifayı kabul etmemesi veya bu maksatla yapılacak işleri yapmaması sebebiyle gerçekleşemiyorsa ifa etmek isteyen borçlunun önünde hukuki yollar var mıdır? Tezimizin konusunu bu soruların cevabı teşkil etmektedir.

Bu sorulara cevap ararken fıkıh kitaplarında zikredilen bir kısmı misal kabilinden bazı meseleleri ve aynı zamanda "ezmânın teğayyürü ile ahkâmın teğayyürü inkar olunamaz" kaidesini<sup>22</sup> dikkate alarak cevap arayacağız.

19 Muhammed Tâhir b. Âşûr, *Meşkâsıdu's-şeria*, s. 200.

20 Mâlik b. Enes, *el-Muvaţta'*, Akçdiye 31; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, VIII/419 (V/326-327); İbnü Mâce, *Ahkâm* 17.

21 Bk. Suyûtî, *El-Eşbâh ve'n-nezâir*, s.92-95; İbnü Nuceym, *El-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 85-87; *Mecelle*, md. 20; Zerkâ, Ahmed, *Şeḫu'l-kavâ' idî'l-fikhiyye*, s. 125 v.d.; Yusuf Kâsım, *Mebâdiü'l-fikhi'l-islâmî*, 216-217.

22 *Mecelle*, md. 39.

## II- KAYNAKLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

İslam hukukunun iki ana kaynağı, Kur'ân- Kerim ve Hz. Peygamberin sünnetidir. Dolayısıyla tezimizde ilgili ayetlere ve hadislere müracaat edilmiş, hadis kaynaklarından bilhassa kütüb-i sitte'den borçla ve özellikle borcun ifasındaki gecikme ile ilgili olabilecek hadisler araştırılmıştır.

İslam hukuku ekolleri olan mezheplerden Hanefî, Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerine ait görüşlerin tesbitine özen gösterilmiş ve zaman zaman diğer mezheplere ve müctehidlere ait görüşlere de yer verilmiştir. Bu konuda en fazla müracaat edilen eserler, Hanefî mezhebi için; Merğînânî'nin (ö. 593/1197) **el-Hidâye**'si ve şerhleri, Zeylai'nin (ö. 743/1342) **Tebyînü'l-hakâik**'i, İbnü Âbidîn'in (ö. 1252/1836) **Reddü'l-muhtâr**'ı ve çok sayıda görüşü bir arada toplayan **el-Fetâvâ'l-hindiyye**, Mâlikî mezhebi için; İbnü Cüzeyy'in (ö. 741/1340) **el-Kavânînü'l-fıkhıyye**'si, Hattâb'ın (ö. 954/1546), **Tahrîru'l-keâm fî mesâilil-iltizâm**'ı ve Derdîr'in (ö. 1201/1786) **eş-Şerhu's-sağîr**'i, Şâfiî mezhebi için; Nevevî'nin (ö. 676/1277) **el-Minhâc**'i ve şerhi **Muğnî'l-muhtâc**, Hanbelî mezhebi için; İbnü Kudâme'nin (ö. 620/1223), aynı zamanda bir mukayeseli hukuk kitabı özelliği taşıyan **el-Muğnî**'si olmuştur. Bunlar, ilgili mezhep mensuplarınınca muteber kaynaklardandır. Mümkün olduğunca her mezhebin görüşünün, kendi kaynağından veya mukayeseli çalışma tarzındaki kaynaklardan verilmesine özen gösterilmiştir. Ayrıca İbnü Teymiyye'nin (ö. 727/1327) görüşlerinin tesbiti için **Mecmûu Fetâvâ'sı** ile **Nazariyyetü'l-akd**'ine ve büyük ölçüde Hanefî mezhebinin görüşlerine, maddeler halinde yer veren **Mecelle**'ye, Kadri Paşa'nın (ö. 1306/1888) **Mürşidü'l-hayrân**'ına bâhusus müracaat edilmeye çalışılmıştır.

İslam hukukunun, çeşitli meselelere ait hükümlerini bir ölçüde genelleştirerek kaideler halinde takdim eden eserler, tezimizin konusu açısından özellikle incelenmiş, bu sahada da İzzüddîn b. Abdisselâm'ın (ö. 660/1262) **Kavâidü'l-ahkâm**'i, Karâfî'nin (ö. 684/1285) **el-Furûk**'u, İbnü Receb'in (ö.

795/1393) **el-Kavâid**'i, Suyûtî'nin (ö. 911/1505) **el-Eşbâh ve'n-nezâir**'i ve İbnü Nüceym'in (ö. 970/1563) **Eşbâh ve'n-nezâir**'i esas alın-mıştır.

Mezheplerin genel görüşleri yanında mahkemelerin işleyişi ile ilgili hususların daha genişçe yer aldığı kazâ (yargı) sahasına giren kitaplardan İbnü Ferhûn'un (ö. 799/1397) **Tabsıratü'l-hukkâm**'ına, Tarablusî'nin (ö. 844/1440) **Muînü'l-hukkâm**'ına ve İbnü's-Şihne'nin (ö. 882/1477) **Lisânü'l-hukkâm**'ına başvurul-muştur.

İslam Hukuku kaynaklarında hukuki işlemler tek tek ele alınmakta olup, bunları bir bütün halinde ele alıp nazariyye tarzında, batı hukuku ile de mukayese ederek inceleyen eserlere ancak son zamanlarda rastlayabiliyoruz. Bu açıdan müracaat edilebilecek eserler arasından Senhûrî'nin **Masâdiru'l-hak**, Mustafa Ahmet ez-Zerkâ'nın **el-Medhal**, Subhi Mahmasânî'nin **en-Nazariyyetü'l-âmmе li'l-mûcebât ve'l-ukûd** ve Hayreddin Karaman'ın **Mukayeseli İslam Hukuku** adlı eserleri tercih edilmiştir. Ayrıca Fahrettin Atar'ın, borcun gecikmesi ile ilgili problemleri bir başka açıdan inceleyen **İslam İcra ve İflas Hukuku** adlı kitabından faydalanılmıştır. Bilhassa vade konusunda Abdunnâsır Tevfik el-Attâr'ın **Nazariyyetü'l-ecel**'inden istifade edilmiştir.

Genel olarak tazminat konusunda Bağdâdî'nin (ö. 1030/1620) **Mecmau'd-damânât**'i ile birlikte Ali el-Hafif'in **ed-Damân** adlı eserinin birinci cildini önemli kaynaklar olarak saymalıyız. Özellikle temerrüt ve temerrüt tazminatı ile ilgili çalışmalar ise daha ziyade yeni olup, makale veya tebliğ tarzındadır. Bunlardan Mustafa Zerkâ'nın "Hey yukbelü şer'an el-hukmü ale'l-medîni'l-mümâtılı bi't-ta'vidı ale'd-dâin" adlı makalesi ile Nezih Hammâd'ın buna cevaben kaleme aldığı "el-Müeyyidâtü's-şer'iyye li hamli'l-medîni'l-mümâtılı ale'l-vefâi ..." adlı makalesi, Abdullah b. Süleyman b. Menî'in "Matlu'l-ğaniyyi zulmün ..." adlı yazısı ve Semir Abaza'nın "Hel yukbelü şer'an ittifâku'l-müteâkıdeyni'alâ tadmîni'l-akdi ..." adlı tebliği, konuyu nisbeten genişçe ele alan çalışmalardır.



Para ve faiz konusunda klasik fıkıh kitaplarında; sarf, ribâ, selem v.b. konularda yer alan bilgiler yanında İbnü Âbidin'in "Tenbîhü'r-rukûd alâ mesâilî'n-nukûd" adlı risalesine, içinde çeşitli tebliğlerin yer aldığı **Para, Faiz ve İslam, İslam Açısından Enflasyon ve Çözüm Yolları** adlı kitaplara ve bunların içinden de bilhassa Mehmet Erkal, Hamdi Döndüren, Sabri Orman ve Abdülaziz Bayındır'ın tebliğlerine, Muhammed Selâme'nin **Ahkâmu'n-nukûd**'una, Hasan Ali'nin **Ta'rîbu'n-nukûd**'una, Erol Zeytinoglu'nun **Genel Ekonomi**'sine başvurulmuştur.

İcare akdi ve bu akitteki temerrüt konusunda Şeref b. Ali'nin **el-İcâratü'l-vâride ale'l-amel** adlı eseri ile birlikte Ali Bardakoğlu'nun **İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi** adlı doktora tezinden, yine içlerinde çeşitli tebliğler bulunan **İslam'da Emek ve İşçi-İşveren Münasebetleri ve Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Müna-sebetleri** adlı eserlerden istifade edilmiştir.

Roma Hukuku'nun, temerrüt ile ilgili görüşlerinin tesbitinde Ziya Umur'un **Roma Hukuku Ders Notları** ve Türkân Rado'nun **Roma Hukuku Dersleri** esas alınmıştır. Türk Hukuku ile ilgili tesbitlerde Kenan Tunçomağ'ın **Türk Borçlar Hukuku**, Selahaddin Sulhi Tekinay'ın **Borçlar Hukuku** ve özellikle temerrüt konularında da bunlara ilaveten Akar Öçal'ın **Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi** ve Turgut Önen'in **Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdü** adlı eserlerine bakılmıştır.

Tanzimat sonrası kanunî düzenlemelerde bizzat o döneme ait Osmanlı kanunları, Mısır'daki hukukî durumun tesbitinde de bu ülkenin el-Kânûni'l-medenî'si esas alınmış ve ayrıca Sen-hûrî'nin eserlerinden faydalanılmıştır. Burada özellikle zikrettiğimiz bu eserler yanında faydalandığımız diğer eserlere dipnotlarda ve bibliyografyada yer verilmiştir.

# Birinci Bölüm

## BORÇ ve TEMERRÜT KAVRAMLARI

### I- BORCUN TARİFİ, ÇEŞİTLERİ, KAYNAĞI VE BORÇLANMANIN HÜKMÜ

#### A- Tarifi

Borç, Türkçe'de "ödenmesi gerekli para ya da başka bir şey"<sup>1</sup> anlamındadır. Günlük hayatta çoğu kere rastladığımız, "şu kadar lira borcu var" veya "şu kadar buğday borcu var" gibi ifadelerde bu anlamda kullanılmaktadır ki Fransızca'daki 'dette'<sup>2</sup>, Arapça'daki 'deyn'<sup>3</sup> kelimelerinin karşılığı olup Mecelle'de ve Osmanlı Hukukunda bu anlamda 'borç'<sup>4</sup> kelimesinin yanında 'deyn'<sup>5</sup> de kullanılmıştır.

1 **Türkçe Sözlük**, I/173.

2 Bk. Tekil, Fahıman, **Borçlar Hukuku**, s.23; Karaman, Hayreddin, **Mukayeseli İslam Hukuku**, II/15; Atar, Fahrettin, **İslam İcra ve İflas Hukuku**, s. 47.

3 Bk. Râzî, **Muhtârü's-şihâh**, s. 217; el-Feyyûmî, **el-Mısbâhu'l-münîr**, s. 205; İbnü Nüceym, **el-Eşbâh ve'n-nezâir**, s. 354; Zerķâ, Muştafa Ahmed, **el-Medhal**, III/71; Atar, Fahrettin, A.g.e, s. 47.

4 Bk. **Mecelle**, madde 32, 73, 158, 252, 657, 1380.

5 "Deyn, zimmette sâbit olan şeydir. (Mesela bir kimsenin zimmetinde şu kadar kuruş borcu ve meydanda mevcut olmayan şu kadar kuruş ve meydanda mevcut olan akçenin yahut bir yığın buğdayın kable'l-ifrâz bir miktâr-ı muayyeni hep deyn kabilindendir.)" **Mecelle** , madde 158.  
"Deyn: Borç demektir. Cem'i 'düyün' gelir. İstilahda, istikraz (borç almak), itlaf ve istihlak (yok etmek), iştira (satın almak) ve kefalet gibi bir sebeple zimmette yani bir şahsın uhdesinde sabit olan şeye itlak olunur." Hilmi



Diğer taraftan borç Türkçe'de mecazen "birine karşı bir şeyi yerine getirmek gerekliliği, yükümlülük, vecibe"<sup>6</sup> anlamında kullanılmaktadır. Fransızca'daki 'prestation' kelimesi ile ifade edilen bu anlamdaki borç için Türk Hukukunda 'edim' kelimesi de kullanılmaktadır. Mesela bir kira akdinde kiralayanın borcu (edimi), kiralananı akitte kastedilen şekilde kiracıya teslim etmek; kiracının borcu da kiralananı, ona zarar vermeyecek şekilde kullanmak ve vadesinde kirayı ödemektir. Buradaki borç; vermek, yapmak, veya yapmamak şeklinde olabilir<sup>7</sup>. Borçlar Kanununun 73, 81, 82, 182, 188, 272, 278, 300, 320, 323, 363 ve 390. maddelerindeki borç tabiri bu anlamdadır<sup>8</sup>. Bu anlamdaki borç için uygulamada 'taahhüt' kelimesi de kullanılmaktadır<sup>9</sup>. Mecelle'nin 262. maddesinde borç kelimesi bu anlamda kullanılmıştır.

Geniş anlamda kullanıldığı takdirde 'borç' kelimesi ile 'borç ilişkisi' kastedilir ki borç ilişkisi, "iki taraf arasında mevcut olan ve bunlardan birini (borçlu) diğerine (alacaklı) karşı belli bir davranış biçiminde (edim) bulunmakla yükümlü kılan hukukî bir bağdır"<sup>10</sup> ve Latincesi 'obligatio' dur. Fransızca 'droit des obligations' ve Almanca 'obligationenrecht' olarak adlandırılan 'borçlar hukuku' gerçekte bu sonuncu anlayışın karşılığıdır<sup>11</sup>. Bir tarafın borcuna, karşı tarafın alacağı tekabül etmektedir<sup>12</sup>. Borç kelimesi, Borçlar Kanunumuzun birinci babında bu anlamda kullanılır<sup>13</sup>. Bazı müellifler bu anlamda 'borç' teriminin kullanılmamasını, bunun yerine 'borç ilişkisi' denmesini tavsiye ederler<sup>14</sup>.

Ergüney, **Türk Hukukunda Lügat ve İstilahlar**, İs. 94.

6 **Türkçe Sözlük**, I/173.

7 Bk. Tekil, Fahiman, **Borçlar Hukuku**, s. 23; Karaman, Hayreddin, **Mukayeseli İslam Hukuku**, II/15; Atar, Fahrettin, **İslam İcra ve İflas Hukuku**, s. 47.

8 Edgü, Ekrem **Borçlar Hukuku**, s. 2.

9 Tekinay, Selahattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s. 8.

10 Akıntürk, Turgut, **Özel Hukuk Bilgisi**, s. 129.

11 Tekil, Fahiman, **Borçlar Hukuku**, s. 23; Karaman, Hayreddin, **Mukayeseli İslam Hukuku**, II/15; Atar, Fahrettin, **İslam İcra ve İflas Hukuku**, s. 47.

12 Edgü, Ekrem, **Borçlar Hukuku**, s. 1.

13 Tekinay, Selahattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s. 7.

14 Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, I/27. (Tuhr/Siegvart, I § 2, III:

## B- Arapçadaki ve İslam Hukuku kaynaklarındaki karşılığı

Arapça'da 'borç= edim' ve 'borç ilişkisi' anlamında yerleşmiş ve ortak kabul görmüş bir kelime yoktur. Esasen Roma hukukundan kaynaklanan ve Fransızca 'prestation' ve 'obligation' kelimelerinin karşılığı olan bu terimlerin, bir müstakil hukuk sistemi olan İslam Hukukunda ve tarihi seyri içinde bu hukukun dili olagelmış bulunan Arapça'da tam karşılıklarının bulunmaması normal karşılanmalıdır. Batı dillerinde üç ayrı kelime ile ifade edilen bir terimin dilimizde sadece 'borç' kelimesi ile ifade edilmesinin sebebini de, tarihi gelişimi içindeki Türk Hukuku ile Roma Hukuku arasındaki irtibat kopukluğunda aramak mümkün olabilir.

Ondokuzuncu yüzyılının sonlarından itibaren Avrupa hukuku ile tanışan, Fransa ve diğer ülkelerin kanunlarını Arapça'ya tercüme etmeye başlayan Arap mütercimler ve bu hukukun terimlerini kullanan müellifler, 'borç' ve 'borç ilişkisi' anlamında farklı kelimeler kullanmışlardır. Bunlar; müceb, iltizam, teklif, taahhüd, vecibe, vâcip ve deyn kelimeleridir<sup>15</sup>. Muasır Arap hukukçularından Subhî Mahmasânî, 'müceb' ve 'mücib' kelimelerinin Arapça'daki çeşitli anlamlarını verdikten sonra bu iki kelimenin ilk defa «Mücebât ve Ukûd» kanununda farklı bir anlamda kullanıldığını ifade eder ve kelimenin bu yeni anlamını şöyle tarif eder: "İki veya daha fazla şahsı birbirilerine kânûnî bir bağla irtibatlandırılan ve bunlardan birini (borçluyu), diğerine (alacaklıya) karşı bir şey ödeme veya bir iş yapma veyahut bir iş yapmama zorunda bırakan şahsî haktır. Bu bağ veya irtibat, alacaklı açısından 'bir şahsî hak', borçlu tarafından ise bir ödev (vâcip) veya yükümlülük (müceb) olur"<sup>16</sup>. Bu tarif, daha önce

E. Molitor, Schuldrecht, 3. Auflage Berlin 953, 3; Bruno von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, Zurich 1964, 1.) den naklen.

<sup>15</sup> Karaman, Hayreddin, **Mukayeseli İslam Hukuku**, II/16; Atar, Fahrettin, **İslam İcra ve İflas Hukuku**, s. 48; Aydın, M. Âkif, "Borç", TDV İA, VI/285.

<sup>16</sup> كلمة الموجب بكسر الجيم أو بفتحها استعملت لأول مرة في قانون الموجبات والعقود بمعنى رابع جديد هو الحق الشخصي الذي يربط شخصين أو أكثر برباط قانوني ويلزم أحدهما (المدين) تجاه الآخر (الدائن) أداء شيء أو تقديم عمل أو الامتناع عن عمل معين. فيكون هذا الرباط أو الارتباط حقا شخصيا من جانب الدائن وموجبا أو واجبا من جانب المدين.

belirttiğimiz en geniş manadaki borca veya bazılarının tercih ettiği gibi borç ilişkisine uymaktadır. Yazar, 'deyn' kelimesini kullanmamakta, fakat borçlu ve alacaklı kelimeleri için «deyn»den türeyen 'medîn' ve 'dâin' kelimelerini kullanmaktan kendini alamamaktadır.

Mûceb kelimesinin bu manasının, daha önce İslam Hukukçuları tarafından kullanıldığı manadan farklı olduğuna işaret eden yazar yine de borç ilişkisi ( obligatio) manasında bu kelimeyi tercih etmekte ve bunun Mısır Medenî Kanunu'nda kullanılan «taahhüd» kelimesinden daha iyi olduğunu, nitekim Fethi Zağlûl ve Abdurrezzâk Ahmed Senhûrî gibi Mısırlı müelliflerin «taahhüd» yerine 'iltizâm' kelimesini kullandıklarını kaydettikten sonra iltizamın da Mecelle'de «taahhüd» anlamında kullanıldığına yer vererek kendi tercihini savunmakta, buna rağmen iltizam kelimesinin kullanılmasında da pek mahzur görmemektedir. Daha sonra da tam karşılığı olmamakla birlikte Fıkıh Usûlündeki «el-vâcibü'l-mahdûd» ile Fıkıh kitaplarındaki «deyn» ve «damân» kelimelerinin de bu manaya yakın ifadeler olduğunu söylemektedir<sup>17</sup>.

Borç ilişkisi anlamında iltizâm kelimesini kullanmayı tercih eden Abdurrezzâk Senhûrî bu kelimenin İslam Hukukçularınca bu manada kullanılmadığını ifade ettikten sonra "Eğer Batı hukukundaki manasıyla iltizamı karşılayacak bir fikhî tabir kullanmak istersek «iltizâm» ve «damân» kelimelerini birlikte kullanmamız gerekir" demekte ve fakat kendisinin borç ilişkisi için sadece «iltizâm» demekle yetineceğini söylemektedir<sup>18</sup>.

Yine muasır Arap hukukçulardan Mustafa Zerkâ da edim manasındaki borç için iltizam, alacak için de «hakkun şahsiyyün= şahsî hak» demeyi tercih etmekte<sup>19</sup>, hukukçuların şahsî hak ile

Mahmasânî, Subhî, en-Nazariyyetü'l-âmme li'l-mûcebât ve'l-ukûd, I/26.

17 Mahmasânî, Subhî, en-Nazariyyetü'l-âmme li'l-mûcebât ve'l-ukûd, I/27-28.

18 Senhûrî, Masâdiru'l-hak, I/14.

19 كل علاقة شرعية بين شخصين يكون أحدهما فيها مكلفا تجاه الآخر أن يقوم بعمل فيه مصلحة ذات قيمة للآخر.

iltizamı aynı anlamda kullanmalarını tenkit etmektedir<sup>20</sup>. Ona göre iltizam, "insanın, bir başkasının menfaati için kanunen bir iş yapma veya yapmama mükellefiyetidir"<sup>21</sup> ve hukukçuların borcun tarafları için kullandıkları medîn (borçlu), ve dâin (alacaklı) kelimeleri de uygun değildir. Ona göre borç ve mükellefiyet için iltizam, borçlu için mültezim ve alacaklı için de mültezemün leh denmesi daha doğrudur<sup>22</sup>.

Görülüyor ki obligation ve prestation anlamındaki borç kelimesinin Arapça karşılığı hususunda bir ittifak ve ortak kullanım söz konusu değildir. Çünkü daha önce de ifade ettiğimiz gibi her hukuk sisteminin kendi terimlerini kullanması gayet tabiidir ve İslam Hukuk literatüründe borç kelimesinin tam karşılığı olacak tek bir terim kullanılmamıştır. Klasik kaynaklarda kullanılan kelime «deyn»dir ve "zimmette<sup>23</sup> sabit olan şey"<sup>24</sup> demektir, ki buna göre muayyen mal (ayn) karşılığı olarak kullanılmıştır. Genelde ancak misli mallar (çeşit borcu olabilen mallar) zimmette sübut bulacağı için sadece bunlara deyn denir. Bunun çok az istisnasına rastlamak da mümkündür<sup>25</sup>. Mesela hayvanlar kıyemî (parça borcu olabilen) mallardan olduğu halde nikahta mehir olarak kararlaştırılmaları caiz görülmüş ve bu durumda orta vasıfta bir hayvanın borç olarak zimmette sübut

أرأن يمتنع عن عمل مناف لمصلحته مهما كان مصدر تلك العلاقة فإنها تفسر في الاصطلاح الفقهي ويعبر عنها بأنها حق شخصي للمستفيد منها كما أنها في الوقت نفسه التزام على الآخر المكلف بها

Zerkâ, Mustafâ Ahmed, *el-Medhal*, III/15-16.

20 Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, III/50.

21 Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, III/81.

22 Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, III/83.

23 Zimmet İslam Hukukunda; kişinin borçlarını (deynlerini) içerisine alan itibârî bir kab anlamında kullanılmaktadır. İslam Hukukuna göre zimmetin tanımı şöyledir: Zimmet, şahısta varlığı kabul edilen ve o şahsın borçları (aleyhindeki haklar) tarafından meşğul edilen bir yerdir. Buna göre zimmet kişinin mal ve servetine değil şahsına bağlıdır. Zimmette miktar ve çeşidi ne olursa olsun mâli olan ve olmayan her türlü hak sübut bulur. Zimmet insanlara karşı borçlanılan mâli haklarla meşğul olduğu gibi mesela bir işçinin çalışma borcu şeklinde iş borçlarıyla da; namaz, oruç, adak v.b. dinî görevlerle de meşğul olur. Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, III/181, 190-191.

24 Mecelle md. 158.

25 Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, III/172-173.

bulacağı kabul edilmiştir<sup>26</sup>.

İltizam kelimesi ise sözlükte; bir kişinin görevi olmayan bir şeyi kendine görev edinmesidir. İslam Hukukçularınca ise daha çok yapılması arzu edilen (maruf) şeylerin ifasının üstlenilmesi anlamında kullanılır<sup>27</sup>. Kelimede görev olmayan hususu görev edinme ve kendiliğinden bir mecburiyetin altına girme anlamı vardır. Halbuki ileride de görüleceği gibi borçlar bazan insanın iradesi dışında da doğarlar.

### C- Konusu

Alacaklının, borçludan elde etmek hakkına sahip bulunduğu davranış, borcun konusunu teşkil eder ve günümüz Türk hukukunda buna «**edim**» denir<sup>28</sup>. Aynı anlamda «**edâ**» kelimesi de kullanılmaktadır<sup>29</sup>. Edim, bir şeyi **vermeye** (dare), bir şeyi **yapmaya** (facere) ya da bir şeyi **yapmamaya** (no - facere) ilişkin bulunabilir. Bunlardan ilk ikisini ifade etmek üzere «**m ü s - bet=olumlu edim**», sonuncusu için de «**menfi= olumsuz edim**» tabirleri kullanılmaktadır.

Müsbet edimlerden bazıları bizzat borçlunun kendi bedeni veya fikri kuvvet ve becerisiyle yerine getirilebilir ki bu tür edimlere «**şahsi edim**» denir. Bir hizmet yapma, bir iş yönetme buna misal verilebilir. Şahsi edimlerin bizzat borçlu tarafından yerine getirilmesi gerekir, bunları borçlu adına üçüncü şahıslar ifa edemezler ve borçlunun ölümü halinde de mirasçılara geçmez<sup>30</sup>.

26 Merğînâni, *el-Hidâye*, I/209; Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, III/173.

27 مدلول الالتزام لغة الزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً...  
Hattâb, *Tahrîru'l-keîâm fî mesâîli'l-iltizam*, s. 68.

28 Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, I/59; Tekinay, Selahattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 9; Bk. Tekil, Fahiman, *Borçlar Hukuku*, s. 25; Akıntürk, Turgut, *Özel Hukuk Bilgisi*, s. 130.

29 Edgü, Ekrem, *Borçlar Hukuku*, s. 2.

30 Bir sanatkar ile, işin bizzat kendisi tarafından yapılması şartıyla akdedilen icare akdinde sanatkarın o işi bir başkasına yaptırması caiz değildir. Çünkü burada akit, belli bir kişi tarafından yapılacak iş üzerine kurulmuştur. Eğer böyle bir şart konuşulmamışsa sanatkar o işi başkasına da yaptırabilir. Çünkü bu takdirde borç, zimmette sabit iş borcudur. Zimmette sabit borçların bizzat borçlu tarafından ifası mümkün



Bazı müsbet edimler ise doğrudan doğruya borçlunun malvarlığıyla ifa edilir ki bunlara da «**maddî edim**» denir. Borçlunun, borçlu olduğu parayı alacaklıya ödemesi; satıcının, satılanın mülkiyetini alıcıya devretmesi, iadesi gereken şeyi geri vermesi maddî edim örnekleridir.

Menfi edimler de «**yapmama edimi**» ve «**katlanma edimi**» diye ikiye ayrılır. Eski patronuna rekabet etmemeyi taahhüt eden borçlunun edimi yapmamaya; genel ilkelere göre reddetme hakkına sahip olduğu komşu tecavüzlerine katlanmayı sözleşme ile taahhüt etme de katlanmaya misal teşkil eder.

Edimin yerine getirilmesi; ya bir defada biter, ya da tekrarlanması gereken veya kesintisiz olarak sürüp giden fiil ve hareketlere lüzum gösterir. Birinci tür edimi ifade etmek üzere «**bir defalık edim**», «**ânî edim**», «**süreksiz edim**», «**geçici edim**» tabirleri kullanılır. Bunlarda borçlanılan edim, bir tek fiil veya ayrı ayrı (münferit) birden çok fiil ile ifa edilir. Satılan malın alıcıya o anda teslimi veya paketlenip nakliyeciyeye verilmesi ve konutunda teslim edilmesi bir defalık edimdir. Diğer taraftan bir edimin yerine getirilmesi, borçlunun belli fiil ve hareketlerinin zaman aralıkları ile tekrarlanmasını gerektiriyorsa buna «**devrî edim**» denir. Mesela alınan malın bedeli taksitler halinde ödenecekse bir devrî edim söz konusudur. Belli bir süre boyunca borçluyu kesintisiz bir riayet

---

olduğu gibi üçüncü şahısların yardımı ile ifası da mümkündür. Mergînânî, **el-Hidâye**, III/234; Zeylâî, **Tebyînü'l-hakâik**, V/111-112. Ecir-i hâs ile yapılan hizmet akdinde de hizmetin bizzat onun tarafından yapılması gerekir. Zeylâî, **Tebyînü'l-hakâik**, V/112.

İcare akdi ile elbise dikmeyi veya duvar yapmayı maddî edim olarak borçlanılan kişi, hastalandığı takdirde bu işi bir başkasına yaptırmak zorundadır. İşveren onun iyileşmesini beklemeye mecbur değildir. Çünkü akit mutlak olunca borç, muaccel olur. Gecikme durumunda alacaklı zarara uğrar. Fakat akit işin belli bir kişi tarafından yapılması üzerine kurulmuşsa yani edim şahsî ise bu durumda işi bir başkasına yaptırmak zorunda değildir. İcare akdi ile borçlanılan, zimmet borcu olmakla birlikte bir yazının istinsahı gibi başkalarının asıl borçlunun yerini tutamayacağı türden olurşa bu durumda da borçlu o işi başkasına yaptırmak zorunda olmadığı gibi alacaklı da başkası tarafından yapıldığı takdirde bunu reddetme hakkına sahiptir. Çünkü başkasının yazması onunki gibi olmaz. İbnü Kudâme, **el-Muğnî**, VI/34.

mükellefiyeti altında bırakan edimlere de «**sürekli= mütemâdi edim**» denir. Kira sözleşmesinde kiralayanın, kiralananı sözleşmeden anlaşılacak biçimde kullanılmaya elverişli biçimde bulundurmamakla kira müddetince yükümlü olması bir sürekli edim örneğidir.

Edim, bölünebilirliğine göre de «**bölünebilir= taksimi kâbil edim**» ve «**bölünemez= taksim kabiliyetinden yoksun edim**» diye ayrılır. Edim konusu olan şeyin niteliğinde veya değerinde esaslı bir değişiklik olmaksızın birden çok parçalara ayrılabilen edim bölünebilir; ayrılamayan edim de bölünemez edimdir. Satım sözleşmesinde alıcının semen borcunun konusu olan edim, bölünebilir edime; yapmama borcunun konusu olan edimler ile çoğu kez bir yapma borcunun konusu olan edimler bölünemez edime misal teşkil eder.

Edim maddî bir şeye ilişkin olduğu ve o şey tek başına sahip olduğu özelliklere ve işaretlere göre tayin edildiği takdirde «**parça borcu**»ndan; edimin konusunu teşkil eden şey, bir cinsin veya türün işaret ve özelliklerine göre tayin edildiği takdirde ise «**cins borcu**»ndan veya «**çeşit borcu**»ndan bahsedilir<sup>31</sup>.

İslam hukukunun, klasik kaynaklarında bu tür genel değerlendirme ve ayrımlara ayrıntılı biçimde rastlamıyoruz. Fakat yine de klasik kaynaklarda benzer bazı tasnifler görmek mümkündür. Mesela malî kefalete konu olma açısından malların incelenmesinden şu şekilde bir ayrıma gidildiği anlaşılmaktadır: Kefaletle konu teşkil edebilecek asıl borç; ya muayyen bir mal(ayn)dır, ya da deyndir. Muayyen mallar da helaki halinde tazmin edilmesi gereken(**mazmun**) mallar ve tazmini gerekmeyen (**emanet hükmünde** olan) mallar olarak ikiye ayrılır. Tazmini gereken malların bir kısmı kendi kıymeti veya misli ile tazmin edilir ve bunlara **bi nefsihi mazmun** denir; bir kısmı ise helak oldukları takdirde kıymetleri veya misilleri ile tazmin edilmez ama bunların

31 Edim türleri ile ilgili bu açıklamalar için bk.: Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, I/63-67; Edgü, Ekrem, **Borçlar Hukuku**, s. 2-4; Tekinay, Selahattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s. 10-13; Akıntürk, Turgut, **Özel Hukuk Bilgisi**, s. 132-134.

karşılığı olan borç düşer ve bu itibarla bunlara da **bigayrihi mazmun** denir. Diğer taraftan deynler de sahih ve gayri sahih diye ikiye ayrılır. Ancak ifa veya ibra ile düşen deynler **sahih**, diğerleri ise **gayri sahih deynler**dir. Vedia, müde'in yanında; âriyet, onu alanın yanında; kiralanan kiracının elinde; şirket malı ortağın elinde emanet hükmündedir. Yani teaddi ve taksir olmaksızın helak olduğu takdirde sanki sahibinin yanında helak olmuş gibi bir ödeme yükümlülüğü doğmaz.

Fasit satım akdi ile teslim alınan mebî', alıcı nezdinde; gasbedilen mal, gâsıbın elinde bi nefsihi mazmundur. Alıcı veya gâsıbın hiç bir suçu olmaksızın da helak olsa, helak olan mal eğer kıyemî mallardan ise kıymeti, misli mallardan ise misli, sahibine ödenir. Ama sahih akitle satılan fakat müşteriye teslim edilmeyen mal, rehin olarak verilen mal, bi gayrihi mazmundur. Bunların teaddi ve taksir olmaksızın helaki halinde, eğer satılan malın semeni ödenmemişse alıcının semen borcu düşer, ödenmişse de semen iade edilir. Rehlin verilen mal da rehnin, kıymeti ile rehne esas olan borçtan hangisi az ise o borç veya kıymet karşılığında helak olur

Bir karz akdi ile veya itlaf (haksız fiil) sonucu doğan borç, sahih satım akdinde müşterinin semen borcu sahih deyndir. Çünkü ancak ifa ile veya alacaklının ibrası ile düşer. Mükatebe akdi ile mükatebin üstlendiği borç ise gayri sahih deyndir. Çünkü mükatebin aciz kalması ile de düşer. Bu borçlardan; sahih deynlere ve bi nefsihi mazmun muayyen mal borçlarına kefalet sahih diğerlerine kefalet ise sahih değildir<sup>32</sup>.

Bu tafsilatın tamamı, bizim yukarıda açıkladığımız verme borçlarına ait ayrıntılar olarak kabul edilebilir. Diğer taraftan yapma borçları dediğimiz iş borçları da İslam hukukuna yabancı bir kavram değildir. İcare akdi ile işçi veya sanatkar bir hizmeti ifayı borçlanmaktadır<sup>33</sup>. Borçlanılan hizmetin bizzat borçlusu

32 Bu açıklamalar için bk. Merginâni, **el-Hidâye**, III /92, IV/128,133; Zeylaî, **Tebyînü'l-hağâik**, IV/158.



tarafından veya muayyen vasıta ile ifasının şart olup olmaması açısından farklı hükümler terettüp etmekte, böyle şarta bağlı iş borcuna kefil olunması veya bu borç karşılığında rehin verilmesi caiz görülmemekte ise de muayyen bir kişi tarafından veya muayyen bir vasıta ile ifası şart koşulmayan yapma borçlarına kefil olunması veya buna karşılık rehin alınması sahih kabul edilmektedir. Hanefiler yanında Mâliki ve Şafililer de bu tür kefaleti caiz görürler<sup>34</sup>. Kefalet sahih olup, iş kefil tarafından ifa edilince de kefil, asıl borçluya rucû ederek yaptığı işin emsal ücretini ondan alır<sup>35</sup>. Bu ayırım da yukarıdaki şahsi edim, maddi edim ayırımı ile yakınlık arz etmektedir.

İslam dünyasında ondokuzuncu yüzyılın sonlarında başlayan kanunlaştırma faaliyetlerinden sonra ve bilhassa batı hukukunu da iyi bilen günümüz İslam hukukçularının eserlerinde yukarıda verdiğimiz, batı hukuku kaynaklı ayırımların değerlendirildiğini ve İslam hukukunun geneline dair, bu çerçeveden bazı değerlendirmeler yapıldığını görüyoruz. Bunlardan Mustafa Zerkâ edimi dördlü taksime tâbi tutarak incelemekte ve aslında beşerî hukuka ait bu ayırımın İslam hukuku ile de uyuştuğunu<sup>36</sup> kaydetmektedir. Bu dördlü taksimi esas alarak İslam hukuku açısından edim çeşitlerini şöyle değerlendirebiliriz:

—**Gayrı muayyen mal (deyn) edimi:** Burada borcun konusu bir miktar para veya mislî maldır. Bir karz akdiyle bir miktar para veya mislî mal alan yahut birisinin bu tip malını itlaf eden kişinin borcu<sup>37</sup>; semen, para veya mislî mal olduğu takdirde satım akdinde müşterinin borcu deyndir<sup>38</sup>. Bu tip borçlar genelde vâdeli ve/veya taksitli olabilirler. Vadesi gelmeden önce borç mevcut olduğu halde talep hakkı bulunmaz<sup>39</sup>. Borcun teslim yerinin de taraflarca kararlaştırılması mümkündür<sup>40</sup>.

33 Ali el-Hafif, *el-Milkiyye*, s. 73 .

34 Mevsîlî, *el-İhtiyar*, II/171-172; Şirbînî, *Muğnî'l-muhtâc*, II/200; Bağdadî, *Mecmau'd-damânât*, s. 98; Ali el-Hafif, *ed-Damân*, II/75.

35 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 272.

36 Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, III/71.

37 Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, III/171.

38 Senhûrî, *Masâdiru'l-hak*, I/15.

39 Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, III/72.

—**Muayyen mal (ayn) edimi:** Borcun konusu muayyen bir maldır. Satılan muayyen malın müşteriye; gasbedilen malın, kimden gasbedildiye ona; vedianın, talebi halinde vedıayı bırakana; kira müddeti sonunda kiralananın, kiralayana teslim edilmesi bu türdendir. Taraflar, teslim yerini kararlaştırabilirler<sup>41</sup>, böyle bir karar yoksa örfе itibar edilir<sup>42</sup>.

—**İş (amel) edimi:** Bir iş akdi ile ifası taahhüt edilen edimdir. Bir işçinin hizmet edimi veya İslam hukukunda ecir-i müşterek tabir edilen sanatkarların bir eşya yapma edimi böyledir. İş edimi de, muayyen ve gayri muayyen (deyn) kısımlarına ayrılır. Belli şahıs veya şahıslarca ifası şart koşulan edim muayyen; böyle bir şart olmaksızın, işin gerçekleşmesi üzerine kurulan akitdeki edim gayri muayyendir<sup>43</sup>. İslam hukuku kaynaklarında sipariş alarak iş yapan kişiler için, eğer malzeme, sipariş veren tarafından temin ediliyorsa ecir-i müşterek; eğer malzeme, sanatkar tarafından temin ediliyorsa sâni' (sanatkar) tabirleri kullanılır ve taraflar arasındaki akit, birinci durumda icare, ikinci durumda ise istisnâ' akdi olarak farklı statüde mütala edilir. İstisnâ' akdinde edimin, ayn edimi mi, yoksa iş edimi mi olduğu da tartışmalıdır<sup>44</sup>. Ecir-i müşterek, bir işi yapmayı taahhüt edince o iş onun zimmetinde bir borç olarak sübut bulur. Onu yapmak zorundadır<sup>45</sup>. Eğer taahhüt edilen işin, bizzat taahhüt eden tarafından veya mesela bir nakliye işinde olduğu gibi muayyen bir vasıta ile ifası taahhüt edilmemişse

40 Zerkâ, Mustafa Ahmed, **el-Medhal**, III/72.

41 Bk. **Mecelle**, md: 287; Zerkâ, Mustafa Ahmed, **el-Medhal**, III/72; Senhûri, **Masâdiru'l-hak**, I/16.

42 Bk. **Mecelle**, md: 291.

43 İbnü Kudâme, **el-Muğni**, VI/34; Merginâni, **el-Hidâye**, III/234; Zeylai, **Tebyinü'l-hakâik**, V/111-112; Şirbini, **Muğni'l-muhtâc**, II/333; Bardakoglu, Ali, **İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi**, s.229-230.

44 Kâsâni ve Merginâni'ye göre buradaki edim ayn edimidir. Bk. Kâsâni, **el-Bedâyi'**, V/209; Merginâni, **el-Hidâye**, III/78. Ebu Said el -Berdaî bunun amel (iş) edimi olduğunu kabul eder. Bk. Bâberti, **el-İnaye**, VI/243; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadir**, VI/243. Senhûri de sahih görüşe göre buradaki edimin iş edimi olduğunu, Zerkâ, Mustafa Ahmed ise ayn (yapılacak mal) edimi olduğunu nakleder. Bk. Senhûri, **Masâdiru'l-hak**, I/16-17 (2 no lu dipnot); Zerkâ, Mustafa Ahmed, **el-Medhal**, III/73.

45 Ali Hafif, **Ahkamu'l-muâmelâti's-şer'iyye**, s. 409.

böyle bir iş edimine bir başkası tarafından kefil olunması da caizdir<sup>46</sup>.

—**Yapmama edimi:** Edim, bir fiili yapmaktan kaçınma şeklinde de olabilir. Rehin alan kişi, rehni, rehin verenin izni olmadıkça kullanamaz; kiracı, kiralananı anormal şekilde kullanamaz. Burada edim, menfi (olumsuz) olarak tezahür etmektedir. Fakat bunlar, doğrudan doğruya hukuk sistemi tarafından getirilmiş sınırlamalardır. Günümüz hukukundaki yapmama edimi ile kastedilen ise, kişinin hakkı olan bir konuda, bu hakkını kullanmamayı karşı tarafa taahhüt etmesidir. Bu açıdan konuya baktığımız zaman Hanefî mezhebine göre, bir sözleşme ile menfi edimin doğrudan borç konusu yapılması caiz görülmemektedir. Mesela bir imalathane sahibinin, aylık belli bir meblağ karşılığında imalathanesini kapatmak üzere başka bir imalathane sahibi ile anlaşması veya dükkanının yanında aynı tür mal satan bir dükkan açmamak üzere iki kişi arasında sözleşme yapılması caiz değildir. Çünkü insan, kendi rızası ile de olsa tamamen zararına olan bir mükellefiyet altına sokulamaz<sup>47</sup>. Fakat Mâlikî mezhebine göre yapmama edimi de borca konu olabilmektedir. Mesela açık artırmaya katılanlardan biri, rakibinin kendisine ödemeyi taahhüt ettiği bir meblağ karşılığında artırmadan çekilse, o kişi açık artırmayı kazansa da kaybetse de bu meblağı almaya hak kazanır. Fakat bunun için de açık artırmaya katılan kişinin, rakiplerinin tamamı ile veya çoğunluğu ile böyle bir sözleşme yapmak suretiyle satıcıyı zarara uğratmamış olması şarttır. Aksi takdirde bu sözleşme caiz olmaz<sup>48</sup>. Buna rağmen bu şekilde bir satım akdi yapılırsa satıcı, akdi feshetmekte muhayyer olur<sup>49</sup>.

Menfi edimin, dolaylı olarak akde konu olması ise bazı akitlerde mümkün olabilmektedir. Bir satım akdinde, satılanın

46 Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II/171-172.

47 Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, III/74.

48 Derdir, *eş-Şerh u's-şagîr*, IV/140; Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, III/75, 2 nolu dip not.

49 Derdir, *eş-Şerh u's-şagîr*, IV/140.

(mebûin), alıcı tarafından satılmaması şart koşulsa Hanefî mezhebine göre bu şarta riayet edilmez, fakat bu şart akdin sıhhatine de zarar vermez<sup>50</sup>. Hanbelî mezhebinde Ahmed b. Hanbel'den nakledilen bir görüşe göre de şart fasit, akit sahihtir. Hasan, Şa'bî, Nehaî, Hakem, İbn Ebî Leyla ve Ebu Sevr de aynı görüştedir. Bu mezhepdeki diğer bir rivayete göre ise bu şart akdi ifsat eder. Şafîi de aynı görüştedir. Akdin sahih, şartın fasit olduğu görüşü kabul edilince; satıcı alıcıya rucû ederek bu ve benzeri şartların mevcudiyetinin, semende meydana getirdiği eksikliği talep etme hakkına sahip olur. Diğer taraftan ileri sürülen şart, semende bir fazlalık meydana getiriyorsa bu durumda da alıcı, satıcıya rucû edip bu miktarı talep edebilir. Çünkü taraflar, rıza beyanında bulunurlarken bu şartın tahakkukunu dikkate almışlardır. Bu gayeleri gerçekleştirmeyince, bunun karşılığını talep etme hakları olmalıdır<sup>51</sup>.

Konuya aile hukuku açısından baktığımız zaman orada yapmama borçlarına bazı hükümler bağlandığını görüyoruz. İslam hukukuna göre kocanın ikinci evlilik yapması caiz olduğu halde nikahta mehir, "o kadının üzerine evlenmemek şartıyla bin dirhem" olarak kararlaştırılsa erkek bu şarta uymak zorunda değildir. Eğer şarta uyarsa mehir bin dirhem olur fakat şarta uymazsa bu takdirde kadının mehir hakkı, emsal mehir olur. Diğer bir ifade ile bu şarttan dolayı kadın, mehrinde bir azalmaya razı olmuşsa bu miktar, erkek tarafından tazmin edilir. Hatta şarta riayetsizlik hali için ayrı bir mehir kararlaştırılmışsa ve mehir, mesela "kadını, içinde bulunduğu şehirden çıkarmazsa bin dirhem, çıkarırsa iki bin dirhem" olarak kararlaştırılmışsa Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre bu şartlar aynen uygulanır. Ebu Hanife'ye göre ikinci durumda kadının hakkı, emsal mehri ile sınırlıdır<sup>52</sup>. Taraflar

50 Böyle bir şart, mebûin köle olması durumunda akdi ifsat ederse de diğer malların satımında şart geçersiz, akit sahihtir. Bk. Serahşî, *el-Mebûit*, XII/15.

51 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, IV/286, 287.

52 Mergînânî, *el-Hidâye*, I/208. Şartlı nikah akdi ve şartın akde tesiri hakkında bk. Bûtî, Muhammed Saîd Ramazan, *Muḥâdarât fi'l-fıkhı'l-muḥâran*, s. 80-98.

arasındaki bu ihtilaf aslında icare sözleşmesinde böyle iki ayrı duruma göre iki ayrı ücret tesbiti konusundaki farklı görüşlerinin aile hukukuna yansımalarıdır<sup>53</sup>. Buna göre aynı ihtilafı icare (kira, iş, taşıma) akdinde de düşünmek mümkündür. İcare konusunda fıkıh kitaplarının ele aldığı konu, bir terzi ile “bu elbiseyi bugün dikersen ücret bir dirhem; yarın dikersen yarım dirhem” şeklinde yapılan akittir ki o gün dikerse ücret bir dirhemdir, ama yarın dikerse terzinin hakkı Ebu Hanife'ye göre emsal ücret, Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre yarım dirhemdir<sup>54</sup>.

Yapılan bu açıklamaları özetlersek şu neticeye varırız: Gayrı muayyen ve muayyen mal edimleri aslında verme ediminin ikiye ayrılarak açıklanmasıdır. İş edimi de yapma edimidir ve hepsi birden müsbet edim olarak ifade edilirler. İslam hukuku açısından tartışmalı olan yapmama edimi de menfi edimdir. Türk hukukçularının edim çeşitleri ile ilgili diğer izahlarının da, İslam hukuk kaynaklarında terim olarak bulunmasa da, vâkıa olarak yer aldığını görürüz.

Senhûrî bu edimlerden dördüncüsüne yer vermemekte bunun yerine dördüncü olarak **teminat (tevsîk) ediminden** söz etmektedir ki bu da kefalet akdi ile ifası taahhüt edilen edimdir. Kefalet konusu; gayrı muayyen mal (deyn) ve muayyen mal (ayn) olabildiği gibi bir şahıs da olabilir<sup>55</sup>. Fakat şahsa kefalet hariç tutulursa buradaki asıl edim, daha önce geçen edimlerden biri olduğuna göre bunun ayrı bir madde olarak zikredilmesine kanaatimizce gerek yoktur<sup>56</sup>.

53 İbnü'-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, III/233.

54 Merğînânî, *el-Hidâye*, I/208.

55 Senhûrî, *Masâdiru'l-hak*, I/17.

56 İslam hukuku açısından borcun konusu hakkında bk.: Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/23- 26; Atar, Fahrettin, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 50-54.



## D- Borcun kaynağı

### 1- Batı Kaynaklı Türk Hukukunda

Roma hukukunda borçlar, kaynakları itibariyle önceleri iki ana grup içinde düşünülmüştür: **Sözleşmeden doğan borçlar** (obligationes ex contractu) ve **Haksız fiilden doğan borçlar** (obligationes ex delicto). Sonraları bunlara **sözleşme benzerinden doğan borçlar** (obligationes quasi ex contractu) ve **haksız fiil benzerinden doğan borçlar** (obligationes quasi ex delicto) ilave edilmiştir. Vekaletsiz iş görme (TBK, 419) ve ilan suretiyle vuku bulan vaatler (TBK, 8) üçüncü gruba; istihdam edenin sorumluluğu (TBK, 55), ev reisinin sorumluluğu (TMK, 320) ve bina sahiplerinin sorumluluğu (TBK, 58) dördüncü gruba örnek verilebilir<sup>57</sup>. TBK, Roma hukukundan gelen sözleşme benzerinden doğan borçlar ve haksız fiil benzerinden doğan borçlar ayırımını benimsememiştir<sup>58</sup>.

Bazıları, borçların kaynağını; **kanun, haksız fiil, sebepsiz mal iktisabı ve hukuki muameleler** olarak dört madde halinde sıralarlar. Bazıları ise yukarıda Roma hukukunda sonradan ilave edildiğini söylediğimizi iki maddeyi de —sözleşme benzerinden doğan borçlar ve haksız fiil benzerinden doğan borçlar— buna ekleyerek borcun kaynağını altıya çıkarırlar<sup>59</sup>.

TBK'nun birinci kısmının "**Borçların teşekkülü**" başlığını taşıyan birinci babı "**Akitten doğan borçlar**", "**Haksız muamelelerden doğan borçlar**" ve "**Haksız bir fiil ile mal iktisabından doğan borçlar**" adında üç fasıldan oluşur<sup>60</sup>. Ancak borçlar, bunlarla sınırlı değildir. Mesela vasiyet, tek taraflı bir

57 Tekil, Fahıman, **Borçlar Hukuku**, s. 33. Ayrıca bk. Zerkâ, Mustafa Ahmed, **el-Medhal**, III/86 (dip not).

58 Tekinay, Selahattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s.34.

59 Edgü, Ekrem, **Borçlar Hukuku**, s. 7. Hukuki muamele yerine akit ve tek taraflı irade denilerek yapılan beşli taksim için bk. Zerkâ, Mustafa Ahmed, **el-Medhal**, III/86.

60 Bu konularla ilgili düzenlemeler TBK, 1-66. maddelerde yapılmıştır.

hukuki işlem; nafaka, iştirak halinde mülkiyet ve müşterek mülkiyetten doğan borçlar da kanundan doğan borçlardır<sup>61</sup>. Kanunda her ne kadar hukuki işlem arka plana atılmış ve sözleşme öne çıkarılmışsa da yine de hukuki işlem, yapılan düzenlemelerde temel hizmet görmüştür. Hatta kanun hukuki işlem kavramını biliniyor saydığı için bazı maddelerinde bu kavramı kullanmakta her hangi bir sakınca görmemiştir. (Mesela TBK 33, 34., TMK 48, 169, 237, 271, 627. maddeler)<sup>62</sup>. Kanun koyucu, borçların kaynakları hususunda bütün ihtimalleri kapsayan mükemmel bir sınıflandırma yapmaya belki lüzum görmemiş, daha çok pratik bir düşünce ile hareket etmiştir. Bununla beraber doktrinde de borçların kaynaklarını sınıflandırma hususunda çok değişik eğilimler mevcuttur.

Fransız Medeni Kanununa göre borçların kaynağı beştir: 1) Sözleşmeler, 2) Sözleşme benzerleri, 3) Haksız fiiller, 4) Haksız fiil benzerleri, 5) Kanun<sup>63</sup>. Alman Medeni Kanununda hukuki işlemler, genel hükümleri ihtiva eden birinci kitapta düzenlenmiş ve «Borç İlişkileri Hukuku» başlığı taşıyan ikinci kitapta da; sözleşmeden doğan borçlar, vekaletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil gibi borç doğuran diğer kaynaklara yer verilmiştir<sup>64</sup>.

Bu açıklamalardan sonra borçların kaynağını; hukuki işlem, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve kanun olarak dörde veya hukuki işlemi, sözleşme ve tek taraflı hukuki işlem diye iki bölüm halinde mütala ederek beşe ayırmak mümkündür.

## 2- İslam Hukukunda

İslam Hukukçuları borcun kaynaklarını da belli bir başlık altında etraflıca ele almamışlardır. Ancak onların muhtelif vesilelerle yaptıkları açıklamalar değerlendirildiğinde bu hukuka

61 Tekil, Fahiman, **Borçlar Hukuku**, s. 34.

62 Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, I/120.

63 Tekinay, Selahattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s.34. Bu ayırımın değerlendirme ve tenkidi için bk. Zerkâ, Mustafa Ahmed, **el-Medhal**, III/86 (dip not).

64 Tekinay, Selahattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s.35.

göre de borcun kaynaklarının; sözleşme, tek taraflı hukuki işlem, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve kanundan ibaret olduğunu görüyoruz.

İslam hukukçuları, kısıtlılık (hacr) halinin, kısıtlının tasarrufları üzerindeki etkisini incelerken genel olarak insanın tasarruflarını önce sözlü ve fiili diye ikiye, sonra da sözlü tasarrufları; kişinin faydasına olanlar, zararına olanlar, faydasına da zararına da olması muhtemel olanlar diye üçe ayırırlar. Verilen misallerden anlaşılmaktadır ki sözlü tasarruflar, sözleşmeleri ve tek taraflı hukuki işlemleri, fiili tasarruflar da haksız fiilleri kapsamaktadır<sup>65</sup>. Onlar, tasarruf kelimesini, "Borç doğuran ve hukuki bir sonuç meydana getiren her türlü davranış" anlamında kullanmaktadırlar ve yazı, hatta bazı hallerde işaret veya delalet yoluyla yapılan işlemleri de sözlü tasarruflardan saymaktadırlar<sup>66</sup>.

Sebepsiz zenginleşmenin de bir borç doğuracağı açıktır. Bir kişi, gâib birinin, alacak tahsili için vekili olduğunu iddia etse borçlu, ona ödemedede bulunabilir. Fakat daha sonra gaib kişi gelse ve böyle bir vekaletin mevcut olmadığını söylese bu durumda borçlu, asıl alacaklıya ikinci bir ödeme yapar ve vekillik iddiasında bulunan kişiye rucû ederek ona ödediğini geri alır. Çünkü onun, borçtan kurtulmak için vekile yaptığı ödeme ile, bu gayesi gerçekleşmemiştir<sup>67</sup>. Bir evin zilyedi, evin maliki olduğunu iddia eden birisi ile belli bir bedel mukabilinde sulh sözleşmesi yapsa, daha sonra bu ev bir başkası tarafından istihkak edilse o kişi, verdiği bedeli; evin bir kısmı istihkak edildiği takdirde de o kısmın hissesine düşen bedeli geri alır<sup>68</sup>. Kadri Paşa bütün bunları kapsayacak şekilde konuyu şöyle maddeleştirmiştir: "Borcu

65 Bk. Kâsânî, *Bedâyi'*, VII/170-171; Mahmasânî, Subhî, *en-Nazariyyetü'l-âmme li'l-mücebât ve'l-ukûd*, I/33. Ayrıca bk. Zekiyyüddin Şaban, *Usûlü'l-fıkhı'l-islâmî*, s. 234-235, 236, 237, (Terc: İbrahim Kafi Dönmez, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s. 251-252, 253, 254).

66 Mahmasânî, Subhî, *en-Nazariyyetü'l-âmme li'l-mücebât ve'l-ukûd*, I/33.

67 Bk. Maergînânî, *el-Hidâye*, III/152.

68 Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III/5.



zannederek ödemedede bulunan kişi, borcun bulunmadığı açığa çıkınca onu kendisinden haksız yere kabzedene rucû hakkına sahiptir”<sup>69</sup>.

Diğer tarftan nafaka, kanundan doğan bir borçtur. Bir erkek, karısının, fakir olan küçük çocuklarının ve fakir anne-babasının, büyük anne ve büyük babasının nafakasını temin etmekle mükelleftir. Yetişkin (bâliğa) fakir kızların ve çalışamaz durumdaki yetişkin fakir oğulların nafakaları da babaları, bir görüşe göre de anne-babaları tarafından temin edilir. Diğer hısımlar da mahkeme kararı ile nafaka alacaklısı olabilirler<sup>70</sup>. Bütün bunlar bugünkü ifade ile kanundan doğan borçlardır.

### E- Borçlanmanın hükmü

Hz. Peygamber dualarında sık sık borçlu olmaktan Allah'a sığınmış, “Alahım! ... ve borçtan ... sana sığınırım” demiştir. Hatta bir seferinde “Küfürden ve borçtan Allah'a sığınırım” deyince orada bulunanlardan birinin “Ya Rasulallah! **Borcu küfre denk mi tutuyorsun?**” sorusuna “**evet**” diye cevap vermiştir<sup>71</sup>. Bazı hadislerde sadece “borç=**deyn**<sup>72</sup>, **mağram**<sup>73</sup>” kelimesi zikredildiği halde, bir kısmında da “borcun gâlip olması=**ğalebetü'd-deyn**<sup>74</sup>” veya “borcun ağırlığı=**dalau'd-deyn**<sup>75</sup>” ifadelerini kullandığını görüyoruz. Hz. Âişe, “Ya Rasulellah! Borçtan Allah'a sığınman ne de çok oldu?” sorusuna Hz. Peygamber'in “**Çünkü borçlanan konuşur, yalan söyler; vadeder, vadine aykırı davranır**” şeklinde cevap vererek de bu hareketinin sebebini açıkladığını

69 Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 207, s. 39.

70 Bk. Maergînânî, *el-Hidâye*, II/39, 45-47.

71 Nesâî, *İstiâze* 23.

72 Bk. Nesâî, *İstiâze*, 7, 23.

73 Bk. Buḥârî, *Deavât* 38, 43, 45; Nesâî, *İstiâze*, 33.

74 Bk. Ebu Davud, *Salât* (no:1555); Nesâî, *İstiâze*, 24, 31, 32.

75 Bk. Buhari, *Deavât* 35, 39; Ebu Davud, *Salât* (no:1541); Tirmizî, *Deavât* 71; Nesâî, *İstiâze*, 8, 25, 45.

Dala', kuvvet anlamına geldiği gibi, eğrilik anlamına da gelmektedir. Burada borcun ağırlığı veya bu ağırlığın sebep olduğu eğrilik kastedilmiş olabilir. Yani nasıl ağır yük, insanın fiziki görünümünde eğrilik, yamukluk yaparsa, ağır borç da insanın manevi hayatında eğrilmelere sebep olur.

belirtmektedir<sup>76</sup>.

Diğer taraftan Hz. Peygamberin bir yahudiden veresiye gıda maddesi (taâm) satın aldığı ve borcuna karşılık zırhını rehin bıraktığını<sup>77</sup>, vefatında zırhının otuz sâ' arpaya karşılık bir yahudide rehin olduğunu<sup>78</sup>, Abdullah b. Rabîa'dan kırk bin (dirhem) borç aldığı ve ödediğini, öderken ona dua ettiğini<sup>79</sup> biliyoruz. Hz. Peygamberin hanımlarından Hz. Âişe ve Hz. Meymûne de borçlanmaktan korkmuyorlar, bu konuda çevrelerinden gelen tenkit ve uyarılara Hz. Peygamberin **"Borcunu ödeme niyetinde olup da Allah'ın yardımına nail olmayan hiç bir kul yoktur"** hadisini rivayet ederek cevap veriyorlardı<sup>80</sup>.

Bu hadislerden borçlanmanın meşru olduğu anlaşılmaktadır. Bunların yanında borçlanmalarda ileride ihtilaf çıkmaması için gerekli tedbirlerin alınmasını isteyen ayet-i kerime<sup>81</sup> borcun meşruiyetine en büyük delildir. Bu durumda hadislerden bir kısmında geçen mutlak borç kelimesini, diğerlerindeki "ağır borç" diyebileceğimiz mukayyed ifadelere hamlederek Hz. Peygamberin Allah'a sığındığı borç, karşılığı olmayan ve bir ihtiyaca dayanmayan borçtur, diyebiliriz. Nitekim İslam Hukukçuları da bir insanın önemli bir ihtiyacından dolayı borçlanmasında sakınca görmemişler, fakat ödememe niyetiyle borçlanan kişiyi "haram yiyici" olarak değerlendirmişlerdir<sup>82</sup>.

76 Buhari, Sıfatu's-salât 65, İstikraz 10; Müslim, Mesâcid 129; Nesâî, Sehv 64, İstîâze 9, 22.

Nesâî, İstîâze 9 daki hadise göre soruyu soran bizzat Hz. Âişe'nin kendisi ise de diğer rivayetlere göre "birisi" bu soruyu sormuştur.

77 Buhari, Buyû' 14, 88, Selem 5, 6, İstikraz 1, Rehin 2, 5; Müslim, Mûsâkât 124-126.

78 Buhari, Cihad 88, Meğâzi 80.

Rivayetler, iki ayrı olaya ait olabileceği gibi aynı olaya ait olması da mümkündür. Bu durumda Hz. Peygamber gıda maddesi olarak arpa satın almış ve borcuna karşılık zırhını rehin vermiştir. Fakat bu takdirde zırh, otuz sâ' arpaya karşılık değil de bunun bedeline (semenine) karşılık olmalıdır. Bu noktadan hareketle iki olayın farklı olduğu düşünülebilir.

79 Nesâî, Buyû' 97.

80 Hz. Âişe ile ilgili rivayetler için bk. Ahmed b. Hanbel, **el-Müsned**, IX/347, 395, X/72, 100 (VI/72, 99, 235, 250).

Hz. Meymûne ile ilgili rivayetler için bk. Nesâî, Buyû' 99.

81 Bakara, II/282.

82 **el-Fetâvâ'l-Hindiyye**, V/366.

Bir insanın borçlu olarak ölmesi ise onun, varislerinin de tamamen bertaraf edemeyeceği bir sorumlulukla Allah'ın huzuruna çıkmasına sebep olacaktır. Borcunu inkar eden ve ödemeyen bir kişi, borcu varisleri tarafından ödense bile, imkanı olduğu halde vaktinde ödememe ve inkar etme günahından kurtulamaz<sup>83</sup>. Hz. Peygamber borçlu olarak ölen kişilerin; borçları ödenmedikçe veya birisi tarafından borca kefil olunmadıkça cenaze namazlarını kılmazdı. Ebu Katâde'nin anlattığına göre namazını kıldırması için getirilen bir cenazenin namazını kılmak istememiş "Arkadaşınızın namazını kılın. Çünkü onun borcu var" demiş, ancak Ebu Katâde borca kefil olunca cenaze namazını kılmıştır<sup>84</sup>.

Ebu Hureyre'nin anlattığına göre de Hz. Peygamber borçlu bir cenaze getirilince "**Borcunu ödeyecek bir şey bıraktı mı?**" diye sorar, eğer borcuna yetecek kadar mal (vefâ) bıraktığı söylenirse onun namazını kılar, aksi takdirde müslümanlara "Arkadaşınızın namazını kılın" derdi. Sonra Allah ona fetihler nasip edince bu gibi durumlarda "Ben mü'minlere kendilerinden daha yakınım. Müslümanlardan kim ölür de borç bırakırsa onu ödemek benim görevimdir; kim de mal bırakırsa o, vârislerindedir" dedi<sup>85</sup>.

Bir başka hadisi şerifte de Hz. Peygamber şöyle buyurur: "**Allah'a yemin ederim ki; bir adam Allah yolunda öldürülse sonra diriltirse, sonra öldürülse, sonra diriltirse sonra öldürülse ve borçlu olsa borcu ödenmedikçe cennete giremez**"<sup>86</sup>. Bu ve benzeri hadislerde geçen borç=deyn kelimesini geniş anlamda ele almak ve haksız fiilden doğan borçları da bu şekilde mütalaa etmek<sup>87</sup> ve günah olanın, meşru şekilde borçlanmak değil, borcun, imkan bulunduğu halde ifa edilmemesi olduğuna da dikkat etmek gerekir<sup>88</sup>.

83 el-Fetâvâ'l-Hindiyye, V/366.

84Tirmizi, Cenâiz 69; Nesâî, Buyû' 102, Cenâiz 67.

85 Buhari, Kefalet 5, İstikrâz 11, Nafakât 15; Müslim, Ferâiz 14; Tirmizî, Cenâiz 69; Nesâî, Cenâiz 67.

86 Nesâî, Buyû' 97. Ayrıca bk. Müslim, İmâret 117-120; Tirmizî, Cihâd 32; Nesâî, Cihâd 32.

87 Bk. Suyûtî, Zehru'r-rubâ, VI/340.

88 Sindi, Hâşiye alâ Şerhü Süneni'n-Nesâî, VI/340-341.

## II- BORCUN İFASI

### A- İfa kavramı, ifa zamanı ve ifa yeri

#### 1- İfa kavramı

İfa, borçlanılmış edimin yerine getirilmesi suretiyle borcun sona erdirilmesidir<sup>89</sup>. TBK'nda zaman zaman<sup>90</sup> ifa yerine ödeme (tediye) terimi kullanılmakta ise de aslında para borçlarının ifası demek olan ve ayrıca bir borç söz konusu olmadığı halde birisine mesela hibe yoluyla para verme anlamında da kullanılan bu kelime her zaman ve her yerde ifa anlamı taşımaz<sup>91</sup>.

Edimin taahhüt edildiği yer ve zamanda, taahhüt edildiği gibi ifası esastır. Bir para borcunda, edim ceyyid dirhem ise borçlu bunun yerine züyûf dirhem<sup>92</sup> ödeyemez. Ancak bu şekilde bir ödemeyi alacaklının bilerek kabul etmesi halinde ifa gerçekleşmiş olur. Züyûf dirhemi ceyyid zannederek teslim alan alacaklının ise bunu iade ederek, ceyyidi talep etme hakkı vardır. Bu şekilde bir kabulden sonra teslim alınan züyûf dirhem helak olmuş veya harcanmış ise ve alacaklı bundan sonra durumdan haberdar olmuşsa artık teslim alınan dirhemlerin iadesi imkansız olduğuna göre taraflar arasındaki anlaşmazlık nasıl çözülecektir? Ebu Yusuf'a göre bu durumda alacaklı, teslim aldığı dirhemlerin mislini iade edip ceyyid dirhem alacağını takip eder. Ebu Hanife ve Muhammed b. Hesân eş-Şeybânî'ye göre ise yapılan ifa tam ifa gibi işlem görür ve alacaklının bir talep hakkı söz konusu olmaz<sup>93</sup>.

89 Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, II/663.

90 Mesela md. 62, 84, 166, 170.

91 Bk. Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, I/581.

92 Züyûf, zeyfin çoğuludur. Zeyf ise içine bakır v.b. maddeler karıştırılmış, bundan dolayı ceyyid olma vasfını kaybetmiş, tâcirler tarafından kabul edilse de hazinenin (beytûlmâlin) kabul etmediği gümüş para (dirhem) dir. Bk. Ahmed eş-Şerebâsî, *el-Mu'cemu'l-İktisâdiyyu'l-İslâmî*, s. 211-212. Bu paraların özel durumları dolayısıyla tezimizde genellikle her birinden yeri geldikçe İslam hukuku literatüründeki isimleri ile bahsetmeyi tercih ettik.

93 Maergînânî, *el-Hidâye*, III/81.

Taraflar, aralarında anlaşarak borcun konusunu değiştirebilirler. Buna *istibdâl* denir. Ancak sarf ve selem akitleri bu genel hükmün dışında tutulmuştur. Sarf akdinde her iki bedelin, selem akdinde ise re'sülmâlin akit meclisinde<sup>94</sup> kabzedilmesi şart olup bunların kabızdan önce değiştirilmeleri (istibdali) caiz değildir. Aynı şekilde selem akdinde müslümün fihin tarafların rızası ile de olsa değiştirilmesi caiz değildir<sup>95</sup>. Şâfi mezhebinde bir görüşe göre ise müslümün fihin cins olarak istibdali caiz değilse de tür (nevi) olarak istibdali caizdir. Mesela müslümün fih buğday ise bunun yerine arpa ödenemez. Fakat alacaklı kabul ederse burnî hurma yerine ma'kulî hurma ödenebilir. Yine alacaklının kabulü halinde kalite itibariyle akitte karşılaştırıldan daha düşüğünün ödenmesi de caizdir. Daha kalitelisinin teklifi halinde alacaklının bunu kabul zorunda olup olmadığı sorusunun cevabı esahh (daha doğru) görüşe göre olumludur. Böyle bir durumda ifayı kabulden kaçınan alacaklı temerrüde düşmüş olur. Diğer görüşe göre ise alacaklı, minnet altında kalmamak düşüncesiyle böyle bir ifayı reddedebilir. Konuya, alacaklının daha iyi özellikte teklif edilen ifayı kabulü halinde ciddi bir zararı olup olmadığı açısından yaklaşmak ve özel bir durum sebebiyle böyle bir zarar söz konusuysa alacaklıya ifayı red hakkı tanımak daha isabetli olabilir<sup>96</sup>. Selem akdi ile ilgili bu açıklamalar karz akdi için de geçerlidir<sup>97</sup>.

## 2 İfa zamanı

İfa zamanı, borcun muacceliyet kazandığı, yani ifa yükümlülüğünün başladığı zamandır. Muayyen mal (ayn) borçlarının ifası için ayrıca zaman tesbiti yapılmaz. Vade tesbiti deyn borçlarına ait bir özelliktir<sup>98</sup>. Hanefi mezhebine göre

94 Buradaki akit meclisinden maksat, icab ve kabulün aynı mecliste olması (ittihâdü'l-meclis) konusundaki meclisten farklı olarak, tarafların bedenen aynı mecliste bulunmalarıdır. Dolayısıyla aynı mekanda buldukları takdirde konu değişmesiyle meclis değişmiş sayılmaz. Bk. Maergînânî, *el-Hidâye*, III/82; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, VI/262; Celâlüddid el-Harizmî *el-Kifâye*, VI/262

95 İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, VI/256; Bâbertî, *el-Inaye*, VI/272; *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, III/13.

96 Bk. Şirbinî, *Muğnî'l-muhtâc*, II/115.

97 Bk. Şirbinî, *Muğnî'l-muhtâc*, II/119.



muayyen mal (ayn) satımında mebiin teslimi için ayrı bir zaman veya vade tesbit edilemez. Akdi takiben eğer bedeli ödenmişse veya bedel (semen) için vade belirlenmişse derhal mebiin teslimi gerekir. Hatta teslim için bir vade tesbit edildiği takdirde akit fasit olur<sup>99</sup>.

Bu görüşün gerekçesi olarak ileri sürülen; deyn borçlarında, borç konusu edimin akde uygun olarak temini için vakte ihtiyaç olduğu, halbuki muayyen mal borcunda buna ihtiyaç olmadığı, dolayısıyla böyle bir vadenin, borçluya zarar vereceği, üstelik alacaklıya da bir menfaat temin etmeyeceği şeklindeki görüşün<sup>100</sup> kendi içinde de pek tutarlı olmadığı söylenebilir. Çünkü tarafların böyle bir konuyu akde dahil etmeleri, onların buna ihtiyaçlarının bulunduğunu, bu şartın en azından taraflardan birine menfaat sağladığını gösterir. Fakat aslında akdin gereği veya kefalet, rehin gibi akidle uyumlu (akde mülâim) olmayan ve taraflardan birine menfaat sağlayan bir şartın akde dahil edilmesi de akdin fasit olması için yeter sebeptir<sup>101</sup>. Diğer taraftan satım akdinde semenin ifası için<sup>102</sup> ve literatürde icare olarak geçen kira ve iş akitleri ile doğan borçların ifası için<sup>103</sup> zaman tesbiti caizdir.

Şafilere göre icare akdi ile borçlanılan, şahsî edim ise veya akdin konusu muayyen mal ise ifa zamanı, akid zamanından sonraya bırakılamaz. Mevcut icare akdinin devamı olmak üzere yapılan ikinci akit bundan müstesnadır. Ama borçlanılan, maddi edim ise ifa zamanı, akit zamanından sonraya bırakılabilir<sup>104</sup>. Âriyet<sup>105</sup> ve karz<sup>106</sup> akitlerinde geri ödeme için tesbit edilen süreye

98 Mergînâni, *el-Hidâye*, III/49; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, VI/82;

Abdunnâsır Tefvik el-Attâr, *Nazariyyetü'l-ecel fi'l-iltizâm*, s.123.

99 Mergînâni, *el-Hidâye*, III/49. Farklı görüşler için bk. İbnü Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II/130, 134; İbnü Kudâme el-Makdisî, *eş-Şerhu'l-kebir*, IV/49; Özcan, Abdullah, *el-Ecel fi akdi'l-bey'*, s. 268-275.

100 Bk. İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, VI/82.

101 Maergînâni, *el-Hidâye*, III/48.

102 Abdunnâsır Tefvik el-Attâr, *Nazariyyetü'l-ecel fi'l-iltizâm*, s.128, 130.

103 Zeylai, *Tebyinü'l-hakâik*, V/148; Abdunnâsır Tefvik el-Attâr, *Nazariyyetü'l-ecel fi'l-iltizâm*, s.114-117.

104 Abdunnâsır Tefvik el-Attâr, *Nazariyyetü'l-ecel fi'l-iltizâm*, s.117.

105 Bk. İbnü Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II/262-263; İbnü Kudâme, *el-*



riayet konusu mezhepler arasında ihtilafıdır.

Borçlu, borcunu ifa zamanından önce ödemek zorunda değildir. Ancak kendiliğinden böyle bir istekte bulunur ve borcunu vadesinden önce ödemek isterse alacaklı ifayı reddedebilir mi? Burada da alacaklının red gerekçesine bakılmalıdır. Eğer haklı bir gerekçesi varsa ifayı reddedebilir. Mesela borcun konusu meyve, sebze veya et ise ve vadesinde teslim alarak taze haliyle yemek istiyorsa bu, haklı bir gerekçedir. Yine edimin çok miktarda buğday olması ve depolama masrafı gerektirmesi; borçlunun, mal emniyeti olmayan bir zamanda ifada bulunmak istemesi de haklı gerekçelerdendir<sup>107</sup>.

Eğer ifayı sırf vadesi gelmediği için reddeden alacaklının bu redde ciddi bir menfaati söz konusu değilse bu durumda da ifada bulunmak isteyen tarafın, erken ifada bulunmada ciddi bir menfaatinin olup olmadığına bakılır. Eğer ciddi bir menfaati söz konusuysa mesela rehinli bir borçta vadesinden önce ifada bulunarak rehni kurtarmak (fekketmek) istiyorsa veya kefilin kefalet borcunu sona erdirecekse alacaklı ifayı kabul etmek zorundadır. Borçlu, vade zamanı edimin piyasada bulunmayacağı endişesiyle, hatta sırf borçtan kurtulmak niyetiyle erken ifayı teklif ediyorsa genel kabul gören ictihada göre yine alacaklı ifayı reddedemez. Diğer görüşe göre ise alacaklının sırf vadesi gelmediği için, bu ifa teklifini reddetme hakkı vardır. Eğer iki tarafın menfaatleri çatışıyorsa bu durumda alacaklının menfaati gözetilir; borçlunun menfaati ancak alacaklının bir menfaati olmadığı takdirde dikkate alınır<sup>108</sup>. Borcunu vadesinden önce ödeyen kişi, buna karşılık borcun miktarında bir indirim yapamaz, hatta tarafların böyle bir sulh anlaşması yapmaları da caiz değildir. Ama vadesi gelmiş bir alacağın taraflar arasında yapılan bir sulh ile

**Muğni**, V/364-365; İbnü Kudâme el-Makdisî, **eş-Şerhu'l-kebir**, V/357.

106 Bk. İbnü Kudâme, **el-Muğni**, IV/354; İbnü Kudâme el-Makdisî, **eş-Şerhu'l-kebir**, IV/357, 359; Abdunnâsır Tefvik el-Attâr, **Nażariyyetü'l-ecel fi'l-iltizâm**, s. 298-301.

107 Bk. İbnü Receb, **el-Kavâid fi'l-fıkhı'l-islâmî**, s. 245; Şirbîni, **Muğni'l-muhtâc**, II/116.

108 Bk. Şirbîni, **Muğni'l-muhtâc**, II/116.

eksik ifası caizdir<sup>109</sup>.

### 3 İfa yeri

İfa yerinden maksat, borçlanılmış edimin ifa edilmesi gereken yerdir. İfa yerinin bilinmesi çeşitli bakımlardan önemlidir. Borçlu, borcunu ifa yeri dışında bir yerde ödemek isterse borca aykırı hareket etmiş olur. Dolayısıyla bu şekilde bir ifa teklifi onu, diğer şartların da bulunması halinde temerrüde düşmekten kurtaramaz. Alacaklı da ancak, yerinde teklif edilen ifayı reddederse, alacaklı temerrüdü gerçekleşir. Aksi takdirde ifa yeri dışında ödenmek istenen borcu kabul etmeyen ve ancak ifa yerinde kabul edebileceğini bildiren alacaklı, normal hakkını kullanmış sayılır ve temerrüde düşmez<sup>110</sup>.

Satım akdinde ifa yeri, aksi kararlaştırılmamışsa, mebiün akit anında bulunduğu yerdir. Ancak taraflar, akit anında mebiün teslimi için başka bir yer de kararlaştırabilirler ve bu takdirde orası ifa yeri olur. Mesela İstanbul'da yapılan bir akitle Antalya'da bulunan mal satılıyorsa taraflar ifa yerini serbestçe kararlaştırabilirler. Eğer bu konuda ayrı bir karar alınmamışsa ifa yeri Antalya'dır. Fakat müşteri, malın o anda Antalya'da olduğunu bilmiyorsa akdi feshedebilir. Buna **hıyâr-ı keşfi'l-hâl** denir<sup>111</sup>.

Satım akdinde özel bir bölüm olan **selemde** ise Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre aksi kararlaştırılmadığı takdirde ifa yeri akdin yapıldığı yerdir. Ebu Hanife, teslimi gereken malın, taşıma masrafı

109 İbnü Kudâme, **el-Muğni**, IV/174, V/23-24; Merginani, **el-Hidâye**, III/197; İbnü Cüzeyy, **el-Kavâninü'l-fıkhiyye**, s. 217, 248-249; Mevsili, **el-ihtiyar**, III/9; Zeylai, **Tebyinü'l-hakâik**, V/42; Şirbini, **Muğni'l-muhtâc**, II/179; Haskefi, **ed-Dürri'l-muhtâr**, V/640; Derdir, **eş-Şerhu's-sağir**, IV/538. Abdullah b. Abbas'ın, borcun bir miktarının düşürülerek erken ifasını caiz gördüğü nakledilmektedir. Bk. İbnü Cüzeyy, **el-Kavâninü'l-fıkhiyye**, s. 217.

110 Bk. Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, I/675; Tekinay, Selahattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s. 626.

111 Bk. **Mecelle**, Md. 285-287; Bilmen, Ömer Nasuhi, **Hukuk-ı İslamiye ve İstilahat-ı fıkhiyye Kamusu**, VI/52.

ve külfeti olan türden olup olmamasına göre konuya yaklaşmakta; masrafı ve külfeti olmayan mallarda o da akit yerini, ifa yeri olarak kabul etmektedir. Fakat selem akdi ile borçlanılan edim (müslemün fih), taşıma masraf ve külfeti olan türden ise bu durumda ona göre daha akit yapılırken ifa yerinin de tesbit edilmesi gerekir, aksi takdirde akit fasit olur.

Taşıma masrafı olmayan bir malın teslimi selem akdi ile borçlanılıyorsa akit anında ifa yerinin tesbiti gerekmez ve bu durumda Ebu Hanife'ye göre de İmameyne göre de akdin yapıldığı yer, ifa yeridir<sup>112</sup>. Diğer taraftan bazı alimler bu son durumda ifa yerinden söz edilemeyeceğini, borçlunun, istediği yerde borcunu ifa edebileceğini söylerler. **el-Câmiu's-sağır**'deki<sup>113</sup> ve **el-Asl**'ın Büyü' bölümündeki<sup>114</sup> rivayetler birinci görüşü, İcârât bölümündeki rivayet de ikinci görüşü destekler<sup>115</sup>. Taraflar taşıma külfeti olmayan müslemün fihin teslimi için ifa yeri kararlaştırmışlarsa ifanın orada yapılmasının şart olup olmadığı hakkında da iki ayrı görüş vardır. Bunu faydasız bir şart görerek, riayet edilmesi gerekmez diyenlere karşı; bu şartın, en azından nakil esnasında o malın maruz kalabileceği tehlikeyi bertaraf ettiğini ileri sürerek, şarta uyulması gerektiğini savunanlar olmuştur ve bu görüş daha isabetli (esahh) olarak değerlendirilmiştir<sup>116</sup>.

Şafii mezhebinde de akit anında müslemün fihin teslim yerinin belirlenmesi şarttır. Fakat eğer müslemün fih, taşıma masraf ve külfeti olmayan türden ise ve akit yapılan yer, o malın teslimine uygun ise bu durumda ifa yerinin açıkça belirlenmesi şart olmayıp örfe göre akit yeri aynı zamanda ifa yeri kabul edilir<sup>117</sup>. Alacaklı, borçlu ile ifa yeri dışında karşılaşsa ve ondan ifayı talep etse; eğer edimin (müslemün fihin) ifa yerinden oraya nakli, bir masrafı gerektiriyorsa ve alacaklı bu masrafa

112 Şeybâni, **el-Asl**, V/9-10; Leknevi, **en-Nâfiu'l-kebir**, s. 323.

113 Şeybâni, **el-Câmiu's-sağır**, s. 323.

114 Şeybâni, **el-Asl**, V/10.

115 Mergînâni, **el-Hidâye**, III/73-74; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadir**, VI/226.

116 Mergînâni, **el-Hidâye**, III/74; İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadir**, VI/226.

117 Şirbini, **Muğnî'l-muhtâc**, II/104.

katlanıyorsa borçlu ifa etmek mecburiyetindedir. Ama alacaklı bu masrafa katlanmazsa, borçlunun orada ifa mecburiyeti yoktur. Çünkü bu durum onun için, akitle üstlenmediği bir zarar sebep olmaktadır. Bu durumda borçlunun her ne kadan orada ifa mecburiyeti yoksa da alacaklı, mahkemeye müracaat ederek onu ifa mahalline gitmeye veya orada borcu ödemek üzere vekil tayin etmeye icbar edebilir. Edim, para borcu gibi taşıma masrafı olmayan türden ise borçlu, orada ifa etmek zorundadır<sup>118</sup>. Bu durumda alacaklı, alacağının kıymetini talep edemez. Çünkü müslümün fihin istibdali caiz değildir. Fakat akdi feshedip re'sü'lmâli geri alabilir<sup>119</sup>. Gazzâlî tarafından da tercih edilen mezhepteki diğer görüşe göre ise alacaklı, alacağının kıymetini talep etme hakkına da sahiptir. Bu istibdal sayılmaz<sup>120</sup>.

Karz akdi ile alınan borç ve gasbedilen mal için de ifa yeri, karz akdinin veya gasbın tahakkuk ettiği yerdir<sup>121</sup>. Hatta eğer karz verene bir menfaat temini söz konusu ise tarafların başka bir yer kararlaştırmaları hoş karşılanmaz. Bundan dolayı bir kişinin; malının yolda maruz kalabileceği muhtemel bir tehlikeyi bertaraf etmek maksadıyla, alacağını bir başka şehir veya ülkede kabul etmek şartıyla borç vermesi mekruh görülmüştür<sup>122</sup>.

Başlangıçta şart koşulmamakla birlikte tarafların karşılıklı rızası ile ifa, karz akdinin yapıldığı yer haricinde gerçekleşebilir. Borçlu ile alacaklı ifa yeri dışında bir yerde karşılaşırsalar alacaklı, alacağını orada da talep edebilir. Fakat karz ile borçlanılan malın, karz alınan yerdeki kıymeti ile alacağın talep edildiği yerdeki kıymeti farklı ise bu durumda borç, o malın karz alınan yerdeki kıymetidir. O yerdeki kıymet de, karz alınan gün ile talep edilen gün itibariyle farklı ise bu durumda Ebu Yusuf'a göre karz alınan gün, Muhammed'e göre ifa günü esas alınır. Ebu Hanife'ye göre ise

118 Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, II/116.

119 Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, II/117.

120 Gazzâlî, *el-Veciz*, I/95.

121 Merginânî, *el-Hidâye*, III/74.

122 Bu tür borç (karz) vermeye literatürde sūftece (çoğulu: sefâtic) denir. Bk. İbnü Kudâme, *el-Muğni*, IV/360; Maerginânî, *Hidâye*, III/100; İbnü'-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, VI/355.

borçlu ifa yeri dışında ifaya zorlanamaz. Fakat alacaklının talebi halinde, borcunu ifa yerinde ödemek üzere kefil göstermek mecburiyetindedir<sup>123</sup>.

Şafii mezhebine göre karz akdinde ifa yeri, karz verilen yerdir. Alacaklı başka bir yerde borçluya rastlayıp ifa talebinde bulunursa; eğer edimin taşıma külfeti yoksa borçlu orada ifada bulunur. Fakat edimin taşıma külfeti varsa bu durumda asıl edimi değil, onun yerine edimin ifa yerindeki kıymetini öder<sup>124</sup>.

### B- İfa şekilleri

Daha önce borcun taraflarının anlaşarak, borcun konusunu, —bazı istisnalar hariç— değiştirebileceklerini söylemiştik. Bir borcun, borçlanıldığı gibi ifasına **aynen ifa** (exe'cution en nature), asıl borç yerine tazminat yoluyla bedelinin ödenmesine de exe'cution par equivalent denir. Diğer taraftan ifa, borçlunun serbest iradesiyle yerine getirilip getirilmediğine göre de **ihtiyârî ifa** (exe'cution volontaire) ve **icbârî ifa** (exe'cution obligatione) diye ikiye ayrılır<sup>125</sup>. Edimin tamamının değil de bir bölümünün ifa edilmesine de **kısmî ifa** denir.

İslam hahuk terminolojisinde aslın ifasına **edâ**, bedelin ifasına **kazâ** denilmektedir. Edâ; **kamil edâ**, **kâsır eda** ve **kazaya benzer eda** kısımlarına, kaza da; **makul misliyle kaza**, **gayrı makul misliyle kaza** ve **edaya benzer kaza** kısımlarına ayrılır<sup>126</sup>. Makul misliyle kaza ayrıca **kamil misliyle kaza** ve **kâsır misliyle kaza** diye tekrar ayrılır. Gasbedilen bir malın aynen iadesi kamil eda, gasbedilen ve gasbedildikten sonra bir cinayet işleyen kölenin

123 Bilmen, Ömer Nasuhi, **Hukuk-ı İslamiye ve İstılahat-ı fıkhıyye Kamusu**, VI/96.

124 Şirbini, **Muğnî'l-muhtâc**, II/119.

125 Senhûrî, **el- Vasît**, II/718. Tarafların anlaşması sonucu asıl edimin yerine başka bir şey ödenmesi "asil edimin yerini tutan bir şeyle ifa" (datio in solutum) veya "asil edimi hedef tutan bir şeyle ifa" şeklinde de olabilir. Bk. Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, I/718-720; Tekinay, Selahattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s. 586-587.

126 Molla Hüsrev, **Mir'âtu'l-usûl**, s.107; Atar, Fahreddin. **İslam İcra ve İflas Hukuku**, s. 56.



cinayet suçlusu olarak iadesi kâsır eda, başkasına ait bir malı mehir olarak borçlanan kişinin nikah akdinden sonra o malı satın alarak teslim etmesi kazaya benzer edadır. Gasbedilmiş misli malın misli ile tazmin edilmesi, kamil makul misliyle kaza; gasbedilmiş bir malın kıymetinin ödenmesi, kâsır makul misliyle kaza; amden adam öldürme suçundan dolayı kısas gerektiği halde maktulün yakınlarından biri katili affetmişse artık kısas uygulanamayacağından diğer yakınların kısas yerine mâlî bedelle tatmin edilmeleri, gayrı makul misliyle kaza ve karısına mehir olarak gayrı muayyen bir at v.s. borçlanan kişinin böyle bir atın kıymetini ödemesi de edaya benzer kazadır<sup>127</sup>. Ancak fıkıh kitaplarında eda ve kaza terimlerinin kullanımında çok hassas davranılmadığı, bu iki terimin özellikle ibadet dışı konularda birbiri yerine kullanıldığı görülmektedir. İfa, ister eda yoluyla olsun, ister kaza yoluyla olsun, tarafların rızasına veya mahkeme kararına dayanıyorsa borç sona erer.

### C- İfa Etmeme Maksadıyla Borçlanmak

Borçtan uzak bir hayat hemen hemen imkansız gibidir. Daha önce de ifade edildiği gibi borçlanmak meşrudur. Nitekim başta Hz. Peygamber olmak üzere sahabenin bir çoğunun borç ilişkisine dair rivayetler hayli fazladır. Hz. ömer, suikaste uğrayınca oğlu Abdullah'ı çağırarak borçlarının ve mal varlığının hesaplanmasını istemiş, neticede borcunun 86 000 kadar<sup>128</sup> olduğu tesbit edilmiş ve oğluna bu borcun ifası ile ilgili gerekli talimatı vermiştir<sup>129</sup>. Ancak ifa etmemek maksadıyla borçlanmak caiz değildir. Hatta Hz. Peygamber bir hadisinde "Kim insanların malını, ifa niyetiyle alırsa Allah, onun yerine ifada bulunur. Kim de itlaf niyetiyle alırsa Allah onu (o kişiyi) itlaf eder." buyurmaktadır<sup>130</sup>. Buna göre Allah, iyi niyetli borçlunun yardımcısıdır. Kötü niyetli borçluyu da

127 Molla Hüsrev, *Mir'âtu'l-usûl*, s.107-116. Ayrıca bk. Karaman, Hayreddin, *Fıkıh Usulü*, s. 184-185.

128 Hadiste borcun cinsi belirtilmiyor. Şârihler de bu konuya açıklık getirmiyorlar. Bk. İbnü Hacer, *Fethu'l-bârî*, VII/82; Kastalâni, *İrşâdu's-sâri*, VII/112; Aynî, *Umdetü'l-kârî*, XIII/284. Muhtemelen dirhem olabilir.

129 Buhari, *Fedâilü's-sahâbe* 8.

130 Buhari, *İstikrâz* 2. Hadisin ikinci kısmı için bk. İbnü Mâce, *Sadakât* 11.



cezalandıracaktır. Ebu Hüreyre'den rivayet edilen bir hadiste "Mehir karşılığında bir kadınla evlenen ve niyeti mehri ödememek olan kişi zina etmektedir. Ödememek niyetiyle borçlanan, hırsızdır" denmektedir<sup>131</sup>. Buna göre bedelini ödememek niyetiyle vadeli mal alan müşteri veya niyeti mehri ödememek olduğu halde evlilik akdi yapan kişi şeklen değilse de manen hırsızlık yapan veya zina eden kimse mesabesinde<sup>132</sup>. Her ne kadar insanları aldatmanın ve bu yolla menfaat temin etmenin İslam dininin tasvip etmeyeceği davranışlardan olduğu kesin ise de buradaki günahın derecesinin zina ve hırsızlıkla eş tutulmasının aşırı bir değerlendirme olarak düşünülmesi de mümkündür. Burada rivayet edilen hadisin daha çok, zayıf hadisleri ihtiva eden kitaplarda yer alması da dikkat çekmektedir.

#### D- İfa etmeme halinde uygulanacak müeyyideler

Mütemerrit borçlunun cezalandırılması, ileride ayrıca ele alınacaktır. Burada daha çok, borcu ifa etmemenin manevi müeyyidesi, manevi sorumluluğu ve günahı üzerinde durulacaktır.

Hz. Peygamber bir hadisinde Allah teâlâ'nın "Üç kişi var ki ben kıyamet gününde onların hasmıyım" buyurduğunu ve bunlardan birinin de "Bir kişiye ücretle iş yaptıran ve iş bittikten sonra ücretini ödemeyen adam" olduğunu anlatıyor<sup>133</sup>.

Hz. peygamber, namazı kılınmak üzere bir cenaze getirildiği zaman, borcu olup olmadığını, borcu varsa da bunu karşılayacak kadar mal bırakıp bırakmadığını soruyor, aldığı cevap olumlu ise

131 İbnü kayyımî'l-Cevziyye İ'lâmu'l-muvakkîn, III/98. Hadisin ikinci kısmının benzer bir rivayeti için bk. İbn Mâce, Sadakât 11.

Benzer rivayetler için ayrıca Ebû Hâcer Muhammed es-Said b. Besyûni Zağlûl (Mevsûatü e'râfi'l-hadisi'n-nebeviyyi's-şerif, VIII/49, 190-191) şu kaynakları veriyor: Heysemî, Mecmau'z-zevâid, IV/131, 284; Zebîdî, İthâfu's-sâde, I/10, X/10, 11; Kenzü'l-ummâl, 15442, 29497, 44725, 44726, 44728; İbnü'l-cevzi, el-İlelü'l-mütenâhiye, II/134, 135; Münziri, Terğîb, II/602; Bağdâdî, Tarih, VI/313; İbnü'l-Kayserânî, Tezkiratü'l-mevdüât, 763, 779; Akilî, ed-Duafâ, IV/451; İrakî, el-Muğni, IV/353.

132 İbnü kayyımî'l-Cevziyye, İ'lâmu'l-muvakkîn, III/98.

133 Buhari, Buyû', 106, İcâre 10; İbnü Mâce, Ruhûn 4.

cenazenin namazını kıldırıyor, değilse “Arkadaşınızın namazını kılın” deyip kendisi kılmıyordu. İlk zamanlardaki bu tatbikatı daha sonra fetihler vasıtasıyla devlet ödeme imkanına kavuşunca terkettiği, böyle kalan mal varlığının borcu karşılamadığı durumlarda “Ben müminlere kendilerinden daha yakınım (evlayım). Müslümanlardan kim ölür de borç bırakırsa ödemesi bana aittir. Kim de mal bırakırsa o da varislerine aittir.” dediği rivayet edilmektedir<sup>134</sup>.

Bir başka hadiste O, yemin ederek “Bir adam Allah yolunda öldürülse, sonra diriltirse ve tekrar öldürülse, sonra tekrar diriltirse ve öldürülse, üzerinde de borç olsa, borcu ödenmedikce cennete giremez.” buyurur<sup>135</sup>. Bir diğerinde de büyük günahlardan sonra en büyük günahın “Bir adamın, karşılığı olmayan borç bırakarak ölmesi” olduğunu ifade etmiştir<sup>136</sup>. Alacaklının varislerinin borçluyu ibra etmesi halinde bile borçlunun ancak borçtan ibra edilmiş olacağını, ama borcunu vaktinde imkanı olduğu halde ödememe zulüm ve günahından kurtulamayacağını<sup>137</sup> daha önce de anlatmıştık.

Bir hadiste de Peygamberimiz, imkanı olduğu halde borcunu ödemeyen kimsenin bu davranışını zulüm olarak nitelendirmiştir<sup>138</sup> ki müslümanın zulümden uzak olması gerektiği açıktır. Borçlu, kendisinden talep edilen vadesi gelmiş borcu derhal ifa etmelidir. Alacaklıya, ancak mahkeme kararı ile öderim demesi caiz değildir. Çünkü bu haksız yere alacaklıyı oyalamak ve borcu tehir etmektir ki bu da zulümdür. Hatta bir görüşe göre bunun günahı mücerred tehir günahından da fazladır. Çünkü alacaklıyı lüzumsuz ve haksız yere mahkemeye gitmek zorunda bırakmakta ve bu arada onu bir takım masraflara sokmaktadır<sup>139</sup>.

134 Buhari, Kefalet 5, İstikrâz 11, Nafakât 15; Müslim, Ferâiz 14; Ebu Davud, Buyû 9; Tirmizi, Cenâiz 69; Nesâi, Cenâiz 67.

135 Nesâi, Buyû 98.

136 Ebu Davud, Buyû' 9.

137 İbnü Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 291.

138 Buhari, Havâlât 1,2; İstikrâz 12; Müslim, Mûsâkât 33; Ebu Davud Buyû 10; Tirmizi, Büyû' 68; Nesâi, Buyû 100, 101; İbn Mâce, Sadakât 8.

139 ' İzzüddin b. Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, II/25.

Müslüman, mecbur olmadıkça mal varlığını aşan miktarda borçlanmamalı, vadesi gelmiş borcunu ödemek için elinden gelen gayreti göstermelidir. Bu konuda İsrail oğullarında bir kişinin başından geçen ve Hz. Peygamber tarafından bir nevi nümune olarak anlatılan olay dikkatimizi çekmektedir:

Bin dinar borç isteyen bu şahıs ile borç istediği kişi arasında şu konuşma geçer:

- Bana şahitler getir, onları şahit tutayım.
- Şahit olarak Allah yeter.
- Bana kefil getir.
- Kefil olarak Allah yeter.
- Doğru söyledin.

Bundan sonra belli bir vade ile bin dinar borç alır ve deniz yolculuğuna çıkar. Gittiği yerde işini görünce belirlenen vadede ödemede bulunabilmek için oraya gidecek bir gemi arar fakat bulamaz. Bunun üzerine bir kereste parçası alarak onu oyar ve içine bin dinar ile alacaklısına hitaben bir mektup koyar. Sonra oyduğu yeri kapatır ve deniz kenarına gidip:

“Allahım! Biliyorsun ki Falan’dan bin dinar borç aldım. Benden kefil istedi, ‘Kefil olarak Allah yeter’ dedim, sana razı oldu. Şahit istedi, ‘Şahit olarak Allah yeter’ dedim, razı oldu. Ona olan borcumu gönderebileceğim bir gemi aradım, bulamadım. Ben onu (bin dinarı) sana emanet ediyorum” dedi ve kereste parçasını denize attı, sonra çekip gitti. O böyle memleketine giden bir gemi ararken diğer taraftan da alacaklı, belki bir gemi, alacağımı getirir diye deniz kenarına gelmişti. Birden o içinde para bulunan kereste parçasını gördü ve odun diye onu alıp eve götürdü. Keresteyi biçince içindeki parayı ve mektubu buldu.

Daha sonra borçlu da memleketine döndü ve bin dinar getirerek şöyle dedi:

—Vallahi, parayı getirmek için hep bir gemi aradım durdum. Fakat geldiğim bu gemiden önce başka bir gemi bulamadım.

—Bana bir şey göndermiş miydin?

—Sana şunu söyleyeyim ki geldiğim bu gemiden önce başka bir gemi bulamadım.

—Allah, kereste içinde gönderdiğini senin namına ödedi. Sen o bin dinarla yoluna git<sup>140</sup>.

Burada İslam hukukçularının bir değerlendirmelerine de yer vermek istiyoruz. Bir kimse gasbettiği veya başlangıçta gasbetmediği halde gasb hükmüne dönüşen bir malı mesela vedîayı

140 Buhari, Kefalet 1.

kullansa; daha sonra da o gasbettiği malı tazmin etse eğer elde ettiği kâr, tazmin ettiği miktardan fazla ise Ebu Hanife ve Muhammed eş-Şeybânî'ye göre bu artan miktarı tasadduk etmesi gerekir. Yani bu helal değildir. Gasbedilen malın para (dirhem, dinar) olması ile başka her hangi bir mal olması arasında fark yoktur. Çünkü burada kişi, sahibi olmadığı bir malın karından istifade etmektedir<sup>141</sup>. Mütemerrit borçlunun da başkasına ait bir ekonomik değeri onun rızası olmadan kullandığını düşünürsek bununla elde ettiği kârın ve menfaatin helal olmayacağını söylemek mümkün olabilir.

### E- İfa güçlüğü içinde olanlara destek

Müslümanların birbirlerine yardımcı ve destek olmalarını emir ve tavsiye eden genel anlamalı ayet ve hadisler yanında özellikle ödeme güçlüğü çekenlere, borcunu ödeme imkanı olmayanlara zaman tanınmasını isteyen, hatta bu durumdakilerin borçlarının affedilmesini tavsiye eden ayet ve hadisler de vardır. Biz burada daha çok bu özel mahiyetteki nasrlara yer vereceğiz.

İslam öncesinde borcunu ödemeyen fakir, hür olmasına rağmen satılır ve bu şekilde alacağın tahsili sağlanırken<sup>142</sup> Allah teâla aynı durumdaki fakire, borcunu ödeme imkanı bulana kadar süre tanınmasını istemektedir<sup>143</sup>. Abdullah b. Abbas ve Kadı Şüreyh gibi bazı alimler her ne kadar, faizle ilgili hükümleri açıklayan ayetlerin devamında yer alan bu ayetin hükmünün faizli borçlara ait olduğunu söylemişlerse de çoğunluk, bu hükmün faizli- faizsiz bütün borçlar için geçerli olduğu kanaatinde<sup>144</sup>.

Hadis kitaplarında genellikle, ödeme gücü olmayan borçluya süre tanınması veya borcun tamamen veya kısmen affedilmesi konusuna bir başlık (bab) ayrıldığını görüyoruz<sup>145</sup>.

141 Mergînânî, *el-Hidâye*, III/52-53; İbnü'l-hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, VI/104. Ayrıca bk. İbnü Teymiyye, *Mecmû'u'l-fetâvâ*, XXX/139.

142 Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'an*, III/371.

143 Bakara, II/280.

144 Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'an*, III/372.

145 Bk. Buhari, *Buyû'* 16, 17, 18; Müslim, *Buyû'* 6; Tirmizi, *Buyû'* 67; Nesâî, *Buyû'* 104; İbnü Mâce, *Sadakât* 14.

Hz. Peygamber "Bir yoksula genişlik sağlayana Allah da dünyada ve ahirette genişlik sağlar" buyurmaktadır<sup>146</sup> ki böylece alacaklı dışındaki kişiler de yoksul borçluya yardıma teşvik edilmektedir. Yine o, "Kim bir yoksula vade tanırrsa veya (borcunda) indirim yaparsa Allah onu, kendi gölgesinde gölgelendirir"<sup>147</sup>, "Kim bir yoksula vade tanırssa her gün için bir sadaka elde eder. Vadesi dolduktan sonra tekrar vade tanırssa da her gün öncekinin bir misli onun için sadaka olur"<sup>148</sup>, "Allah'ın, kıyamet günü gamlarından kendisini kurtarması kimi sevindiriyorsa o kişi bir yoksula nefes aldırssın (vade tanıssın) veya onda(ki alacağında) indirim yapsın"<sup>149</sup> derken de özellikle alacaklıları, fakir borçluları sıkıştırmamaya, onlara zaman tanımaya, hatta alacaklarında kısmen veya tamamen indirimde bulunmaya teşvik etmektedir.

Fakir borçluya, hatta bazılarına göre fakir, zengin ayırımı yapmaksızın<sup>150</sup> borçluya, alacağını bağışlamanın daha hayırlı bir davranış olduğunu Allah teâlâ da ifade etmekte<sup>151</sup>, müslümanları buna teşvik etmektedir.

İslam alimleri, fakir borçlulara vade tanınmanın veya borçlarını affetmenin, bir görev olduğunu ifade etmekte<sup>152</sup>, bazıları, bir kısmı yukarıda zikredilen hadislerden, ödeme gücü olmadığı bilinen borçludan alacak talep etmenin haram olduğu neticesine varmaktadır<sup>153</sup>.

Hz. Peygamber geçmiş ümmetlere mensup bir kişinin borçlularına iyi davrandığını, fakir borçlulara vade tanıdığını ve bu yüzden Allah'ın da, meleklerine; ona iyi davranmalarını emrettiğini ve bu kişinin başka bir hayırlı davranışı olmadığı halde sırf bu

146 İbnü Mâce, Sadakât 14.

147 Müslim, Zühd 74; Tirmizi, Buyû 67.

148 İbnü Mâce, Sadakât 14.

149 Müslim, Müsâkât 32.

150 Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'ân*, III/374.

151 Bakara, II/280.

152 'İzzüddin b. Abdîsselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, I/133, 135.

153 Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'ân*, III/375; İbnü Ferhûn, *Tebşiratü'l-ğukkâm*, I/373.

yüzden cennete girdiğini haber vermektedir<sup>154</sup>.

Ödeme güçlüğü içinde olanlara destek olunmasını tavsiye ve teşvik eden Hz. Peygamber, sadece sözle yetinmemiş, gerektiğinde bu maksatla bizzat yardım da toplamıştır. Onun borcunu ödeme gücü olmayan bir kişi için kampanya açarak “Buna tasaddukta bulunun” dediğini, toplanan miktarın borcu karşılamaması üzerine de alacaklılara “Bulduğunuzu alın. Size bundan başkası yok” dediğini<sup>155</sup> biliyoruz ki burada kalan miktarla ilgili bir açıklamaya rastlamıyoruz. Yani borcun kalan kısmı tamamen düşmüş müdür yoksa sadece alacaklıların o andaki talep hakkı mı düşmüştür, sorusunun cevabını net olarak bulamıyoruz<sup>156</sup>. Bu olayda bir gecikme tazminatından söz edilmemesi de konumuz açısından önemlidir. Ancak buradaki borcun, meyve alımından doğduğu ve alınan meyvenin bir tabii âfete uğraması sonucu alıcının mağdur duruma düştüğü dikkate alınır, borcun tamamen de düşebileceği ve konunun bir nevi beklenmedik hal olarak değerlendirilebileceği ileri sürülebilir ve bu takdirde temerrüt tazminatından söz edilmemesi çok daha tabii karşılanabilir.

Diğer taraftan Hz. Peygamberin, devlet imkanları müsait olunca, borcuna yetecek mal varlığı bırakmadan ölen kişilerin borçlarını devlet malından ödediğini daha önce zikretmiştik<sup>157</sup>.

### III- TEMERRÜDÜN TANIMI ve ÇEŞİTLERİ

#### A- Sözlük Anlamı

Arapça asıllı temerrüt, bu dilde MRD (مرد) kökünden türemiş

154 Buhari, Buyû 17, 18, İstikrâz 5, Enbiyâ 52; Müslim, Müsâkât 26-31; Tirmizi, Buyû 67; Nesâi, Buyû 104.

155 Müslim, Müsâkât 18; Ebu Davud, Buyû 58; Tirmizi, Zekat 24; Nesâi, Buyû 30, 95.

156 Sindî, *Hâşiye alâ Süneni'n-Nesâi*, VII/306. Benzer bir olay Muâz b. Cebel için anlatılmakta ve Hz. Muâz'ın kalan borcunu sonra Hz. Ebu Bekr halife iken ödediğine yer verilmektedir. Bk. Kurtubî, *'Akdîyetü Rasûlillâh*, s. 99.

157 Bk. Tez metni, s. 27.



bir kelime olup tefe‘‘ul (تَفَعُّلٌ) babında temerrüd şeklinde mastardır. Merude (مَرْدٌ), merade (مَرَدٌ) ve temerrade (تَمَرَّدٌ) , alâ (على) harf-i cerri ile “haddi aştı, kibirlendi, direndi, bir konuda tecrübe sahibi oldu, onu sıkılmadan rahatlıkla yapacak hale geldi” anlamlarında kullanılır. Meride (مَرَدٌ)ve temerrade (تَمَرَّدٌ) lâzım fiil olarak da erkeklerin sakal çıkmadan önceki halini ve dönemini ifade etmek için kullanılır. Muaviye hayatının ilk yirmi senelik safhasını anlatmak için تَمَرَّدْتُ عَشْرِينَ سَنَةً derken kelimeyi bu anlamda kullanmıştır<sup>158</sup>. Bıyıkları belirip henüz sakalı çıkmamış genç için emrad أَمْرَدٌ denir. Bir hadis-i şerifte cennetteki insanların gençlik hali ifade edilirken bu kelimenin çoğulu olan mürd (مُرْدٌ) lafzı kullanılmıştır<sup>159</sup>. Emrad, ağaç v.s. için kullanıldığında da “yapraksız” demektir. Merade (مَرَدٌ) ve merrade (مَرْدٌ), doğrudan meful alarak da “düzgün, pürüzsüz hale getirmek, yumuşatmak ve parlatmak” manalarına gelir<sup>160</sup>. Osmanlıcada da temerrüd; dik başlılık, inat, direnme anlamında kullanılmaktadır<sup>161</sup>.

Bir Arap atasözü تَمَرَّدَ مَارِدٌ وَ عَزَّ الْأَبْلَقُ şeklindedir ki burada temerrade fiili “direndi” anlamında kullanılmıştır<sup>162</sup>.

Kur’ân-ı Kerim’de temerrüt kelimesi yer almazsa da beş yerde

158 İbnü'l-Esir, *en-Nihâye*, IV/315; İbnü Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, MRD maddesi.

159 Tirmizî, *Cennet* 8, 12.

160 İbnü Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, MRD maddesi, VI/4172, 4173).

161 Mehmed Salâhî, *Kâmûs-i Osmânî*, III/147;Develioğlu, Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, s. 1288.

162 Mârid, ve Eblak Arap yarımadasında iki kaledir. Kraliçe Zebbâ' bunları almak için savaşa çıkmış ve muvaffak olamayınca bu ifadeyi kullanmıştır. Bundan sonra da bu söz, isteyenine karşı gelen direnen herkes için söylenen bir atasözü (mesel) halini almıştır. Bk. Meydânî, *Mecma‘ u'l-emşâl*, I/174; İbnü Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, MRD maddesi (VI/4173); Luveys Ma‘ lûf, *Fevâidü'l-edeb*, s. 1008.

bunun aslı olan MRD kökünden türemiş kelimeler geçmektedir. Tevbe suresi(LX) 101. ayette mazi fiil olarak, Medine'de yaşayan bir takım münafıkların hali anlatılırken meradü (مردوا) şeklinde zikredilen bu kelimeye; (Onlar münafıklıkta) "ikamet ettiler, tövbe etmediler; (münafıklıktan) ayrılmadılar, başkasını kabul etmediler"<sup>163</sup>, "maharetli oldular"<sup>164</sup>, "sabit oldular, idman yaptılar, alıştılar"<sup>165</sup>, "idman yaptılar ve ona devam ettiler"<sup>166</sup>, "idman yapmışlardır"<sup>167</sup>, "...huy edinenler"<sup>168</sup>, "...direneler"<sup>169</sup>, "maharet kazandılar"<sup>170</sup> gibi manalar verilmiştir ki bunların "bir davranışta ısrarla devam etmek, başka türlüsüne yanaşmamak, direnmek" şeklinde özetlenmesi mümkündür ve bu halin, sahibine o konuda bir maharet ve eğitilmişlik kazandıracağı düşünülürse zikredilen manalar birbirine yakındır.

Sâffât suresi(XXXVII) 7. ayette de merade fiilinin ism-i fâili olan mârid kelimesi şeytanın sıfatı olarak "itaatten çıkan"<sup>171</sup> anlamında geçmektedir ki bazı müfessirlerin<sup>172</sup> burada mârid kelimesini mütemerrid olarak açıklamaları da yukarıda belirttiğimiz gibi merade ve temerrade fiillerinin aynı anlama geldiğine delil olarak gösterilebilir.

Nisâ(IV) 117 ve Hacc(XII) 3. ayetlerde de aynı kökten sıfat-ı müşebbehe olan merid kelimesi yine şeytanın sıfatı olarak kullanılmıştır ki bu da mârid ile aynı anlamdadır<sup>173</sup>.

163 Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'ân*, VIII/240.

164 Neseî, *Medârik*, III/186.

165 Hâzin, *Lübâbu't-te'vîl*, III/186.

166 İbnü Kesir, *Tefsîru'l-Kur'âni'l-azîm*, II/384.

167 Çantay, Hasan Basri, *Kur'ân-ı Hakîm ve Meâl-i Kerîm*, I/296.

168 Komisyon (Çağ Yayınları), *Kur'ân-ı Kerîm ve Türkçe Meâlî*, s. 204.

169 Komisyon (Diyanet), *Kur'ân-ı Kerîm ve Türkçe Anlamı*, s. 202.

170 Sadreddin Gümüş (Komisyon ile), *Kur'ân-ı Kerîm ve Türkçe Açıklamalı Meâlî*, s. 202.

171 Beydâvî, *Envâru't-tenzîl*, V/226; Neseî, *Medârik*, V/226.

Kelime Türkçe meallerde "(itaatden çıkan) her mütemerrid" (Hasan Basri Çantay, *Kur'ân-ı Hakîm ve Meâl-i Kerîm*, II/792), "inatçı" (Komisyon — Diyanet—, *Kur'ân-ı Kerîm ve Türkçe Anlamı*, s. 445, isyankâr" Komisyon (Çağ Yayınları), *Kur'ân-ı Kerîm ve Türkçe Meâlî*, s.447, "itaat dışına çıkan" (Ali Turgut (Komisyon ile), *Kur'ân-ı Kerîm ve Türkçe Açıklamalı Meâlî*, s. 445) şeklinde ifade edilmiştir.

172 Bk. Hâzin, *Lübâbu't-te'vîl*, V/226; Firûzâbâdî, *Tenvîru'l-mikbâs*, V/226.

Merade fiilin tefîl babından ism-i mefulü olan mümerrad lafzı da Neml(XXVII) suresi 44. ayette yer almaktadır ki “düzgün, pürüzsüz (mümelles)”<sup>174</sup>. “parlatılmış”<sup>175</sup> demektir.

Temerrüd ve mütemerrid kelimelerinin geçtiği bir hadiste aynı zamanda bunların anlamı da açıklanır gibidir:

إِنَّ اللَّهَ لَا يُعَذِّبُ مِنْ عِبَادِهِ إِلَّا الْمَارِدَ الْمُتَمَرِّدَ الَّذِي يَتَمَرَّدُ عَلَيَّ اللَّهُ وَ  
أَبِي أَنْ يَقُولَ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ.

“Allah, kullarından sadece; Allah'a karşı direnen ve lâ ilâhe illâ'llâh demekten imtina eden mütemerride (direnene, âsiye, azgına) azab eder”<sup>176</sup>.

Hız. Peygamber bir başka hadisi şerifte<sup>177</sup> daha ism-i fâil olan mârid kelimesini azgın (âti) manasında kullanmıştır<sup>178</sup>. Diğer bir

173 Beydâvi, *Envâru't-tenzîl*, II/168; Nesefî, *Medârik*, II/168; Hâzin, *Lübâbu't-te'vîl*, II/168; Fîrûzâbâdî, *Tenvîru'l-mikbâs*, II/168.

Yalnız Beydâvi buradaki izahından kelimeyi azgın ve taşkın manasına değil de “hayırla hiç bir ilişkisi olmayan” şeklinde yorumlamaktadır ki bu takdirde yukarıda ifade ettiğimiz gibi kelimenin, sakalsız genç, yapraksız ağaç için kullanılışını esas almış gibi görülmektedir. Ayrıca bk. Şeyhzâde, *Hâşiyetü Şeyhzâde alâ Tefsîri'l-kâdî Beydâvi*, II/169.

Kelime Türkçe meallerde de “inatçı” (Komisyon (Çağ Yayınları), *Kur'ân-ı Kerim ve Türkçe Meâli*, s.98; Karaman, Hayreddin, (Komisyon ile), *Kur'ân-ı Kerim ve Türkçe Açıklamalı Meâli*, s. 96; Çağırıcı, Mustafa, (Komisyon ile), *Kur'ân-ı Kerim ve Türkçe Açıklamalı Meâli*, s. 331), “çok inatçı” (Çantay, Hasan Basri, *Kur'ân-ı Hakîm ve Meâl-i Kerim*, I/143); “azgın” (Çantay, Hasan Basri, *Kur'ân-ı Hakîm ve Meâl-i Kerim*, II/599; (Komisyon (Diyanet), *Kur'ân-ı Kerim ve Türkçe Anlamı*, s.96, Komisyon (Çağ Yayınları), *Kur'ân-ı Kerim ve Türkçe Meâli*, 333), “azılı” Komisyon (Diyanet), *Kur'ân-ı Kerim ve Türkçe Anlamı*, 331) şeklinde ifade edilmiştir.

174 Beydâvi *Envâru't-tenzîl*, IV/526; Nesefî, *Medârik*, IV/526; Hâzin, *Lübâbu't-te'vîl*, IV/526; Fîrûzâbâdî, *Tenvîru'l-mikbâs*, IV/526.

Türkçe meallerde “düzeltilmiş (ve şeffaf)” (Çantay, Hasan Basri, *Kur'ân-ı Hakîm ve Meâl-i Kerim*, II/680), “mücellâ” (Komisyon (Diyanet), *Kur'ân-ı Kerim ve Türkçe Anlamı*, s. 379), “şeffaf” (Komisyon —Çağ Yayınları—, *Kur'ân-ı Kerim ve Türkçe Meâli*, s. 381; Dönmez, İbrahim Kafi, (Komisyon ile), *Kur'ân-ı Kerim ve Türkçe Açıklamalı Meâli*, s.379) şeklinde ifade edilmiştir.

175 İbnü Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, MRD maddesi.

176 İbnü Mâce, *Zühd* 35.

177 Ebu Dâvud, *Harâc ve İmâra* 33 (No: 3050).

178 İbnü'l-Esir, *en-Nihâye*, IV/315.

hadiste<sup>179</sup> de aynı kelimenin çoğulu olan merade (مَرَدَّة) yine bu anlamda kullanılmıştır. Buhari de bir hadiste geçen ıfrit (عَفْرِيَّت) kelimesini “insanlardan veya cinlerden olan mütemerrid” diyerek izah etmektedir<sup>180</sup>.

### B- Terim Anlamı ve Çeşitleri

Temerrüdün terim manasını ve mahiyetini açıklamadan önce “borca aykırılık” veya “alacak hakkının ihlali” de denen “ifa etmeme”den bahsetmekte fayda görüyoruz.

Kaynağı ne olursa olsun, borç yerine getirilmez veya borç münasebetine uygun bir ifa gerçekleştirilmezse “ifa etmeme”den söz edilir. O halde ifa etmeme, her türlü borca aykırılık hallerini içine alan bir genişliğe sahiptir. Doktrinde genellikle kabul edildiği gibi borca aykırılık halleri üç gruba ayrılır: 1) İfa imkansız hale geldiği için borç ifa edilememektedir. Mesela satım konusu muayyen bir at ölmüşse akdin ifası imkansızdır. İfanın, daha akit yapılırken imkansız olması ile sonradan imkansız hale gelmesi ve bu ikinci kısımda borçlunun kusurunun bulunup bulunmaması farklı hükümlere tâbidir. 2) İfa imkansız olmadığı halde borçlu ifada bulunmamaktadır. İşte burada tezimizin konusunu teşkil eden borçlu temerrüdü bahis konusudur. 3) Borçlu ifada bulunmuştur, fakat bu, kötü bir ifadır. Yani borç, borçlanıldığı gibi ifa edilmemiştir. Bu üç hal sırasıyla; imkansızlık, temerrüt ve kötü ifa şeklinde ifade edilir<sup>181</sup>.

Bu kısa giriş bize borçlu temerrüdünün terim anlamı hakkında da bazı ipuçları vermektedir. Buna göre borçlu temerrüdünden söz edebilmek için ifanın mümkün olması gerekir. Borçlunun temerrüdü yerine Latince’de “mora debitoris”, İngilizce ’de “default of debtor”, Fransızca’da “demeure du débiteur”, Almanca’da “Schuldnerverzug” ifadeleri kullanılmaktadır<sup>182</sup>.

179 Tirmizi, Savm 1; Nesâi, Sıyâm 5.

180 Buhari, Enbiyâ 41.

181 Tekinay, Selahattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s. 671-675.

182 **Türk Hukuk Lügatı**, s. 333.

Diğer taraftan ifanın borç münasebetine uygun olarak gerçekleşmesine bizzat alacaklının tavır ve hareketleri de engel olabilir. Eğer borcun zamanında ifa edilmemesine sebebiyet veren borçlu değil de alacaklı ise bu takdirde alacaklı temerrüdünden söz edilir<sup>183</sup>. Alacaklının temerrüdü yerine Latince'de "mora creditoris", İngilizce 'de "default of creditor", Fransızca'da "demeure du créancier", Almanca'da "Gläubigerverzug" terimleri kullanılır<sup>184</sup>

Borçlu temerrüdü ile alacaklı temerrüdünün mahiyetleri de, sonuçları da birbirinden farklıdır. Dolayısıyla her birinin ayrı ayrı tarif edilmesi gerekir:

### 1- Borçlunun Temerrüdü:

Temerrüt kelimesi, her ne kadar Arapça asıllı ise de onun bu dilde, günümüz Türk Hukukunda ve bu hukukun kaynağını teşkil eden Batı Hukukunda olduğu gibi bir terim veya istilah olarak kullanılmadığını görüyoruz. Bu terimin, İslam hukuk literatüründe yer almadığını da ifade etmeliyiz. İslam hukukuna dair eserlerde zaman zaman rastladığımız temerrüt kelimesi sözlük anlamında veya hakimin, mahkemeye davet emrine uymama manasında kullanılmıştır. Haskefi (ö. 1088/1677)

(و) جاز (قيدالعبد) تحرراً عن التمرّد و الإباق derken<sup>185</sup>  
temerrüdü itaatsizlik, dik kafalılık anlamında kullanılmaktadır. Fıkıh kitaplarında temerrüdün ikinci bir anlamı da "hakime müracaat eden davacının, hakimin yazılı veya sözlü talimatı üzerine davalıya gidip, hakimin mahkemeye talep emrini kendisine tebliğ etmesi karşısında davalının açıkça 'gelmiyorum' demesi veya hiç cevap vermeksizin gelmemesidir"<sup>186</sup>. Bu hale temerrüt ve bu durumdaki davalıya da mütemerrit denmektedir. Davalının temerrüdü halinde hakim, bu işle görevli adamları (muhtırlar)

183 Tekinay, Selahattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 656.

184 *Türk Hukuk Lügati*, s. 333.

185 Haskefi, *ed-Dürrü'l-muhtâr*, VI/393.

186 Kâdihan, *el-Fetâvâ*, II/366; Bezzâzi, *el-Fetâvâ'l-bezzâziyye*, V/142; İbnü Nüceym, *el-Baḥru'r-râik*, VI/304; *el-Fetâvâ'l-Hindîyye*, III/337-338; İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddî'l-muhtâr*, V/372.

vasıtasıyla onu mahkemeye celbeder ve ayrıca temerrüdünden dolayı cezalandırır. Görevlilerin ücretinin devletce mi karşılanacağı yoksa davacıdan veya mütemerritten mi alınacağı tartışmalıdır. Kâdihân, sahih görüşe göre bu ücretin mütemerride ait olduğunu söyler<sup>187</sup>. Şehir içi yarım dirhem ile bir dirhem arası, şehir dışında her fersah için üç veya dört dirhem gibi tarifeler de zikrederler<sup>188</sup>. 9 Haziran 1295 tarihli<sup>189</sup> Osmanlı Usûl-i Muhâkeme-i Hukûkiyye Kanunu'nun 141 ve müteakip maddelerinde de temerrüdün mazereti olmaksızın mahkemeye gelmemek anlamında kullanıldığını görüyoruz<sup>190</sup>.

Mustafa Zerkâ da ifa etmemeden bahsederken aynı kelimeyi "imtina etmek" anlamında kullanmakta<sup>191</sup> fakat bir taraftan da zihnimize acaba müellif, Türk hukukundaki temerrüt teriminden haberdar mı sorusunun doğmasına sebep olmaktadır. Halil Günenç de mütemerrit kelimesini bugünkü hukukumuzdaki anlamda, kullanmaktadır<sup>192</sup>.

Biz günümüz Türk hukukçularının tanımlarından hareketle tezimize esas teşkil etmek üzere bir tarif oluşturmaya çalışacağız.

187 Kâdihan, *el-Fetâvâ*, II/366.

188 Bezzâzî, *el-Fetâva'l-bezzâziyye* V/142; İbnü Nuceym, *el-Baḥru'r-râik*, VI/304; İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddî'l-muḥtâr*, V/372.

189 2 Recep 1296 (22 Haziran 1879).

190 Md. 141: "Mahkemeye gelmemesi mevâni-i sahihadan neş'et eylediğine mahkemece zehâb olunmayan veyahut mazeret-i meşrûasından mahkemeyi haberdâr etmeyen veyahut verilen mehlin inkızâsında dahi mahkemeye gelmeyen mütemerrit addolunur".

Md. 142: "Mahkemeye gelmekten temerrüt ve imtinâ etmiş olan taraf müddeî olduğu halde ..."

Md. 144: "Mahkemeye gelmekten temerrüt ve imtinâ etmiş olan taraf müddeâ aleyh olduğu halde ..."

Md. 146: "Vekil-i musahhar, mütemerridin hakkını muhafaza edebilecek ..."

Md. 148: "Müddeâ aleyh bir günâ mazeret-i sahiha ve meşrûası olmaksızın muhakemeye duruşmaktan temerrüd ve imtinâ eyler ise ..., yine temerrüd eyler ise ... Bu temerrüd ve imtinâ müddeî tarafından vaki olduğu takdirde ..." *Cüzdân-ı kavânin-i oşmâniyye*, s. 829-831.

191 Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, I/532.

192 Günenç, Halil (Abdulkerim), *el-Mevsû'atü'l-fıkhîyyetü'l-müeyssera*, I/12. Karşılaştırarak bk. İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddî'l-muḥtâr*, V/372.



Kenan Tunçomağ'a göre "borçlu temerrüdü (direnmesi), ifanın sonradan mümkün bulunması koşulu altında, borçlunun borcunu zamanında ifa etmemesi sonucu içine düştüğü sorumluluk durumudur"<sup>193</sup>. S. S. Tekinay da borçlu temerrüdünü şöyle tarif eder: "Borçlu, ifa etmekten kaçınamayacağı muaccel ve mümkün bir edimi zamanında yerine getirmediği için alacaklının ihtarına maruz kalırsa, bu suretle gerçekleşen sorumluluk sebebine temerrüt denir"<sup>194</sup>.

Diğer tarftan temerrüt kelimesi telaffuz edilmemekle birlikte 9 Şevval 1276 tarihli<sup>195</sup> Ticaret Kanunu Zeyli'nin 91-102 maddeleri<sup>196</sup> temerrütle ilgili düzenlemeler yapmakta, 18 Ramazan

193 Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, I/904.

194 Tekinay, Selahattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s. 725. S.S. Tekinay, Bovay'ın genel olarak beğenilen tarifinde temerrüdün "sorumluluk halı= un e`tat de responsabilite` du de`bituer" olarak nitelenmesini tenkit eder ve kendi tarifindeki "sorumluluk sebebi"ne dikkat çeker. Bk. a. y. dipnot.

195 1 Mayıs 1860.

1849 ve 1855'de iki ayrı kitap halinde Fransız ticaret kanunundan (Code de Commerce) iktibas suretiyle çıkarılan Ticaret kanununun (bk. Cin, Halil, - Akgündüz, Ahmet, **Türk Hukuk Tarihi**, Konya 1989, I/366, II/306) zeyli olmalıdır.

196 Md. 91: "Bir şeyin verilmesi veyahut yapılması hususuna dair olan bir konkordato veya bir taahhüt ahkâmının adem-i icrasından veyahut icrasının teahhurundan dolayı müteahhiden iddia olunan tazminat-ı hususi tahhüt eylediği maddenin icrası için müteahhed tarafından resmen ve tahriran ihtar kılınmadıkça lâzım gelmeyecektir. Fakat müteahhidin taahhüt ettiği şey, bir vade-i mukarrara mürûrundan sonra itâ veya tanzim ve tesviye olunur mevâddan olmadığı ve icrâ olunmaksızın vade-i mezkûra münkaziye olduğu halde müteahhidin ihtar kılınmasına hâcet olmayarak zarar ve ziyan tazminine mecburiyeti iktizâ edecektir".

Md. 92: "Müteahhidin ihtarı keyfiyeti bir ihtarnâme veya protesto ve sâir bu misillü varaka-i resmîyenin tebliği ile icra olunacaktır. Ve bir de asıl mukavele senedinde müteahhit olan zat, vadesinin inkızâsında taahhüt eylediği şeyi ifa etmediği halde ihtara hâcet olmaksızın vade-i muayyenenin inkızâsı ihtar ve protesto makamında addolunacağına dair mezkur mukavele senedinde bir şart mevcut ise o şart mucibince vadenin inkızâsı ihtar ve protesto makamında tutulacaktır".

Md. 93: "Bir müteahhit, gerek taahhüdünün adem-i icrasından ve gerek teahhurundan dolayı bir günâ hilesi olmamış olsa dahi lâzım gelen zarar ve ziyânı tazmin etmeye mahkum olacaktır. Taahhüdünün adem-i icra veya te'hiri kendisine azv (nisbet) olunamayan sâir bir sebepten neş'et etmiş ise ol vakit mahkum olmayacaktır".

Md. 94: "Müteahhit bir kuvve-i gâlibe veya bir kazâdan dolayı taahhüdünü icra edememiş olur veya yapmasına mezun olmadığı şeyi yapmış bulunur ise hiç bir zarar ve ziyân tazminine mecbur olmayacaktır".

1286 tarihli<sup>197</sup> Ticâret-i Berriyye Kanunu'nun<sup>198</sup> 62. maddesinde

- Md. 95: Mûteahhidin istihsâline hakkı olan tazminat, kaide-i umumîyye üzere etmiş olduğu zarar ve mahrum kaldığı kârın ifasından ibaret olup ancak müstesna olan bazı tazminat hakkında mevâdd-ı âtiyede muharrer ahkâm-ı muhtelif vechiyle hareket olunacaktır".
- Md. 96: "Mûteahhid, taahhüdünü hilesiz olarak icra edemediği halde, ne miktar zarar ve ziyan tazmin etmesi lazım geleceği tarafeyn beyninde konturatonun hîn-i tanziminde tezekkür ve teferrüs olunmuş veyahut tezekkür ve teferrüsü kâbil bulunmuş ise ol miktar zarar ve ziyanın tazminine mecbur olacaktır".
- Md. 97: "Mukavelenin adem-i icrası mûteahhidin hile ve desisesinden neş'et etmiş olsa dahi mûteahhidin tazminatı adem-i icra keyfiyetinden dolayı doğrudan doğruya vukû bulan zarar ve mahrum kalındığı kârının ifasından ibaret olacaktır".
- Md. 98: "Derûn-ı mukavelede tarafeynden her hangisi taahhüdünü ifa ve icra edemez ise diğer tarafa tazmin olarak bir muayyen mikdar meblağ vermesi beyan ve şart kılınmış olduğu halde ondan ziyade ve noksan verilmesi caiz olmayacaktır".
- Md. 99: "Akçe tediyesinden ibaret olan taahhüdât icrasının teahhurundan dolayı tazminat-ı lazimesi olarak yalnız ol meblağın mâhiye (aylık) yüzde birden güzeştesinin ifası hükmlunacaktır. İşbu faiz-i hususi dâin bir günâ zarara dūçâr olduğunu isbata mecbur olmaksızın hüküm ve tesviye kılınacaktır. Ve bir deyn senedinde faiz mukavelesi olmadığı halde, ol alacağın güzeştesi protesto olunmuş ise protesto tarihinden ve olunmamış ise istid'â buyrultuları tarihlerinden hesap olunması lazım gelecektir".  
9 Recep 1304 (22 Mart 1303/3 Nisan 1887 tarihli Cedid Murâbaha Nizamnamesinin birinci maddesi ahkâmınca bu güzeşte (temerrüt faizi) yıllık %9 olarak tesbit edilmiştir.
- Md. 100: "Terâküm eden güzeştelere için güzeşte alınması ancak muhakeme zımında bir istid'âya veya bir mukavele-i mahsusaya mütevakıf olup fakat ekall bir sene-i kamile mürûr etmeksizin güzeştesinin güzeştesi istihsal olunması caiz olmayacaktır".
- Md. 101: "Vadeleri mürur etmiş olan icar bedelleri için güzeşte istihsaline kezâlik vâki olacak istid'â buyrultuları tarihinden veyahut tarafeynden bunun için tanzim olunmuş olan mukavele senedinde beyan kılınan günden itibaren hüküm caiz olacaktır".
- Md. 102: "Protesto ve istid'â ve i'lâm harçları ve sâir nizâmen makbul olan bilcümledeâvî masârifini davasında hakkı tebeyyün eden tarafın haksız taraftan istihsal ve istirdâda selahiyeti olacaktır. Fakat tarafeyn davalarının bazı hususlarında haklı ve bazısında haksız çıkarlar ise iki tarafın harç ve masârifinin mecmuunun cümlesi veyahut bir mikdâr-ı münasibinin bunlar beyninde alâ tarîki'l-muâvaza tesviyesi, ve kezâlik tarafeyn zevc ile zevce ve silsileten peder veya valide ile evlat ve birader ile hemşire veyahut sıhren bu derecelerde akrabadan buldukları takdirde masraflarının hükümü ticaret mahkeme ve divanlarının taht-ı re'ylerinde bulunacaktır".

**Cüzdân-ı kavânin-i oşmâniyye** , s. 651-654.

197 22 Aralık 1869

198 Abdülaziz Bayındır, bu kanun için "Hususi hukuk sahasında yapılan ilk kanundur. Hükümlerinin çoğu 1808 tarihli Fransız Ticaret Kanunu'ndan

de irsaliye kâimesinde nelerin kayıtlı olacağı sayılırken "... ve kaç gün zarfında mahalline îsal kılınacağı ... ve tayin olunacak müddet zarfında yetiştiremez ise eda olunacak tazminat keyfiyeti muharrer ve münderiç bulunmak..."<sup>199</sup> denilmek suretiyle nakliyecilerin temerrüdünden bahsedilmekte ve 2 Recep 1296 tarihli<sup>200</sup> Osmanlı Usûl-i Muhâkeme-i Hukûkiyye Kanunu'nun 106-112. maddeleri bugünkü hukukumuzaya yakın bir üslupta temerrüt konusunu ele almaktadır<sup>201</sup>.

alınmıştır." demektedir. Bayındır, Abdülaziz, İslam Muhâkeme Hukuku, İstanbul 1986, s. 45.

199 Cüzdân-ı kavânin-i oşmâniyye , s. 541.

200 22 Haziran 1879.

201 Md. 106: "Bir şeyin i'mâli veyahut malûmu'l-miktar eşyanın bir mahall-i muayyende itâ ve teslimi zımnında akd ve tanzim olunmuş olan bir mukâvele-i mahsûsa ahkâmının adem-i icrâsından veyahut icrasının tehirinden dolayı müteahhitten iddia olunan tazminat-ı hususi, müteahhidin taahhüt eylediği maddenin icrası için diğer taraftan usulü üzere resmen bir protesto varakası yani tenbihnâme ile mevki-i resmî marifeti ile ihtar ve tebliğ kılınmadıkça lazım gelmez."

Md. 107: "Asıl mukavele senedinde; müteahhit olan zat, vadenin inkızâsında taahhüt eylediği şeyi ifa etmediği halde ihtara hâcet olmaksızın vade-i muayyenenin inkızâsı ihtar ve tenbih makamında addolunacağına dâir mukavele senedinde bir şart mevcut ise o şart mucibince vadenin inkızâsı protesto yani ihtar makamında tutulacaktır."

Md. 108: "Bir müteahhit, taahhüdünün adem-i icrasından veyahut taahhüdünün te'hîr-i icrasından dolayı bir günâ hilesi olmamış olsa dahi lazım gelen zarar ve ziyânı tazmine mahkum olur. Fakat taahhüdünün adem-i icra ve te'hîri bir sebep-i ıztırâriden yani kendisine azv (nisbet) olunamayan ve yed-i iktidarında bulunmayan bir sebepten neş'et etmiş ise ol vakit mahkum olmaz".

Md. 109: "Müteahhid taahhüdünü hileye mübteni olmayarak icra edemediği takdirde kendisinden alınması lazım gelen tazminat diğer tarafın doğrudan doğruya etmiş olduğu mikdâr-ı maruf zarar ve ziyandan ibarettir".

Md. 110: "Mukavelenin adem-i icrası müteahhidin hile ve desisesinden neş'et etmiş olduğu takdirde müteahhidin vereceği tazminat, adem-i icra keyfiyetinden dolayı diğer tarafın doğrudan doğruya vukubulan zarar ve mahrum kaldığı kârının ifasından ibarettir".

Md. 111: "Derûn-ı mukavelede tarafeynden her hangisi taahhüdünü ifa ve icra edemez ise diğer taraftan tazmin olarak bir muayyen mikdâr-ı meblağ vermesi beyan ve şart kılınmış olduğu halde ondan ziyade ve noksan verilmesi caiz olmaz".

Md. 112: "Akçe tediyesinden ibaret olan taahhüdât icrasının teahhurundan dolayı tazminât-ı lâzime olarak yalnız ve re's-i mâlın şehri yüzde birden güzeştesinin ifası hükümlenir. İşbu faiz-i hususi dâin bir günâ zarara ducâr olduğunu isbata mecbur olmaksızın hüküm kılınır. Ve bir deyn senedinde faiz mukavelesi olmadığı halde, ol alacağın güzeştesi tenbihnâme ile talep olunmuş ise tenbihname tarihinden ve olunmamış ise

İleride ayrıntılı olarak ele alacağımız şartlarını dikkate alarak bu çalışmamıza esas olmak üzere borçlu temerrüdünü “İfaya muktedir borçlunun, muaccel ve ifası mümkün borcunu, alacaklı talep ettiği ve ifayı kabule hazır olduğu halde zamanında ifa etmemesidir” şeklinde tarif ediyoruz.

Arapça ve Türkçe İslam Hukuk kaynaklarında, borcun vadesinde ödenmemesi için çoğunlukla matl ve mumâtale kelimeleri kullanılır ki Ömer Nasuhi Bilmen'in bu iki kelime ile ilgili açıklaması bizim tarifimize hayli yakındır: “Mümâtele, borcu, borcun vadesini bugün yarın diye uzatıp tehire bırakmaktır. Böyle hareket eden bir borçluya medyûn-i mümâtil denir. Borcunu edaya muktedir olduğu halde tehir edip duran kimse demektir. Metal de bir şeyi, mesela borcu uzatıp durmaktır ki, bir zarurete mebni olmayınca zulüm sayılır”<sup>202</sup>. Fahrettin Atar da “Bugünkü hukukta mumâtele karşılığı olarak temerrüt, borcunu geciktirene de mütemerrit denilmektedir” demek suretiyle mumâtale ile temerrüt arasındaki irtibatı ortaya koymaktadır<sup>203</sup>.

## 2- Alacaklının Temerrüdü:

Borç ilişkisinde taraflardan biri de alacaklıdır. Alacaklı, teklif edilen ifayı haklı bir sebep ileri sürmeksizin reddederse alacaklının temerrüdünden söz edilir. Alacaklının temerrüdü, “alacaklının, kendisi tarafından yapılması gereken katılma filinden, (özellikle kabulden) kaçınmak suretiyle ifayı reddetmesidir”<sup>204</sup>. TBK 90. madde, kimin mütemerrit olduğunu düzenlerken, alacaklı temerrüdünün şartlarını açıklar ve bu arada temerrüdü de tarif eder gibidir: “Yapılacak veya verilecek şey usulü dairesinde

istid'â buyrultuları tarihlerinden hesap olunmak lazım gelir”.

Burada temerrüt faizi yerine gûzeşte kelimesi kullanılmaktadır. Buradaki %1 miktarı daha sonra Murâbaha Nizamnâmesince ile 9 Recep 1304 (22 Mart 1303/3 Nisan 1887) tarihinden itibaren değiştirilmiş kanûni faiz %30 para olarak tesbit edilmiştir.

**Cüzdân-ı kavânin-i oşmâniyye** , s. 820-822.

202 Bilmen, Ömer Nasuhi, **Hukuk-ı İslamiye ve Istılahat-ı fıkhiyye Kamusu**, VII/269.

203 Atar, Fahrettin, **İslam İcra ve İflas Hukuku**, s. 60.

204 Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, I/756.

kendisine arz olunan alacaklı, muhik bir sebep olmaksızın onu reddeder veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için tekaddümen kendi tarafından yapılması lazım gelen muameleleri icradan imtina eder ise, mütemerrit addolunur”.

Alacaklının temerrüdünü de ileride ayrıntılarını açıklayacağımız şartlarını dikkate alarak şöyle tarif edebiliriz: **Alacaklının temerrüdü, alacaklının, kendisine, borçlanıldığı gibi teklif edilen muaccel veya ifa kabiliyetine sahip alacağı haklı bir sebep olmaksızın reddetmesidir.**

Bir satım akdinde müşterinin, mebû teslim almaktan kaçınması, kira akdinde kiracının kiralananı teslim almaması veya kiralayanın ücreti kabul etmemesi, iş akdinde işçi işe hazır olduğu halde işverenin, işe başlanması için gerekli hazırlıkları yapmaması, malzemeyi teslim etmemesi vb. durumlarda alacaklı, eğer haklı bir sebebe dayanmıyorsa temerrüt halinde sayılır.

#### IV- BAZI HUKUK SİSTEMLERİNDE TEMERRÜT

##### A- Roma Hukukunda

Gerek alacaklının temerrüdü, gerekse borçlunun temerrüdü Roma hukuku kaynaklıdır<sup>205</sup>. Bu münasebetle bu hukuktaki temerrüt kavramı üzerinde durmakta fayda mütala ediyoruz.

Roma hukukunda temerrüt anlamında **mora** kelimesi kullanılır. Mora, borcun ifasının, hukuka aykırı bir sebeple geciktirilmesidir. Borçlunun temerrüdü, **Mora Debitoris**, alacaklının temerrüdü de **Mora Creditoris** diye ifade edilir<sup>206</sup>. Temerrütten söz edebilmek için ortada muteber yani bir dava ile takip edilebilir, muaccel bir borcun bulunması lazımdır<sup>207</sup>.

Borçlu, ancak şu şartlar bulunduğu takdirde temerrüde

205 Öçal, Akar, **Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi**, s. 3.

206 Umur, Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, s. 330-331.

207 Rado, Türkân, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, s 229.



düŒer:

1) Borç münasebeti muteber ve tam olmalıdır. Eksik borç halinde temerrüt olmaz.

2) Borçlu, ödemek hususunda süniyetle hareket etmiş olmalı ve kusurlu bulunmalıdır.

3) Borç muaccel olmalı, yani borç vadeli ise, vadenin gelmiş olması; şartlı ise şartın gerçekleşmiş bulunması lazımdır.

4) Iustinianus hukukunda borçlu ifaya davet edilmiş olmalı, yani kendisine ihtarda bulunulmuş olmalıdır. Borçlu, kendisine bir ihtarda bulunulmadan ödemek mecburiyetinde değildir.

Œu hallerde borçlunun temerrüde düşmesi için ihtarla lüzum yoktur:

a) Eğer borçlu, izah edemediği bir sebeple gaybubet etmiş ve kendisine, bulunamadığı için ihtarda bulunulmamışsa,

b) Borç, haksız fiillerden doğmuşsa. Haksız fiili yapan kişi, süniyetli olduğundan, daima temerrüt halinde olduğu kabul edilir.

c) Kanunen vermesi gereken faizler halinde,

d) Vadeli borçlar halinde. Burada vadenin gelmesi borçluya ihtarda bulunulması yerine geçmektedir<sup>208</sup>.

Temerrüde düşmekle borçlunun sorumluluk durumu ağır-laşır. Œöyle ki; borcunun konusu, bir şeyin verilmesi ise temerrüt durumuna düşen borçlu o şeye gelen bütün zararlardan hatta bunlar, beklenmedik hadiselerden gelmiş olsalar bile sorumlu tutulur. Başka bir ifade ile borçlu temerrüde düştüğü andan itibaren, borç konusunun kendi kusuru olmadan imkansız hale gelmesi halinde de borcundan kurtulmaz, eski romalı hukukçuların tabiri ile borç, ifa edilmesi gerektiği andaki şekliyle devam eder. Mesela vedîa verenin istemesine rağmen aldığı şeyi iade etmeyen kimse, temerrüde düşmüş olduğundan tesadüfen çıkan bir yangında vedîa konusu şeyin yanması halinde de, kusuru olmadığı halde sorumlu tutulur ve o şeyin değerini ödemek

<sup>208</sup> Umur, Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, s. 331. Ayrıca bk. Öçal, Akar, **Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi**, s. 3-4; Önen, Turgut, **Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdü**, s. 12-13; Rado, Türkân, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, s 229.



zorunda bırakılır. Halbuki, bilindiği gibi normal durumda vedia alanın sorumluluğu hafiftir, culpa levis'den<sup>209</sup>, hafif ihmallerinden sorumlu değildir<sup>210</sup>.

Borç mevzuu şey, temerrütten sonra borçlunun kusuru olmaksızın hasara uğrasa dahi borcun ifa yükümlülüğü devam etmekte; bu zorunluluk, (Si post moran promissoris homo decesserit temetur nihilio minus proinde ac si homo viveret) — borçlunun temerrüdünden sonra köle ölmüşse borçlu, köle ölmemiş gibi mesul olmakta devam eder— kaidesinden çıkmakta idi. Esir, temerrüden sonra kaybolmuş olsa bile alacaklı onun mülkiyetinin devrini talep edebilirdi ve kıymetinin takdirini en yüksek değer üzerinden yaptrabilirdi. Hadriyanus zamanına kadar borçlu lehine başka bir hak doğmuyordu. Eski doktrinde temerrüdün hasar hakkındaki neticesi kesin idi. Aksi kararlaştırılmaz ve isbat edilemezdi. Jüstünyanus hukuku, bütün eşya hukuku sözleşmeleri için borçlunun, şey teslim edilmiş olsa bile yine hasara uğrayacağını tesbit etmesi şartı ile hasardan mesul olmayacağı kaidesini koydu. İmparatorluk devrinde bu kaide sadece depotizm (vedia akdi) için geçerli idi. Hüsnüniyet davası doğuran borçlarda borçlu, şeyin temerrüden sonra meydana gelen semerelerinden de mesuldü<sup>211</sup>.

Bundan başka temerrüt halindeki borçlu, gecikme müddeti için hüsnüniyete tâbi borç münasebetlerinde re'sen hakim tarafından tesbit ve tayin edilecek temerrüt faizini ödemekle mükellef olduğu gibi, icabında alacaklının bu gecikme yüzünden uğradığı bütün zararları da tazmine mecbur tutulurdu<sup>212</sup>. Gecikme

209 Justinianus hukukunda ihmal, culpa, iki dereceye ayrılmıştır. Ağır ihmal (culpa lata) ve hafif ihmal (culpa levis). Aralarını tefrik edecek kesin bir ölçü olmamakla birlikte genellikle, herkesin bildiği ve yaptığı şeyi bilmemek ve yapmamak, anlayışlı, normal bir insanın benzer durumlarda gösterdiği dikkat ve özeni göstermemek ağır ihmal; tedbirli ve dikkatli bir insanın bu gibi hallerde göstereceği dikkat ve ihtimamı göstermemek, alabileceği tedbirleri almamak hafif ihmal olarak değerlendirilir. Bk. Rado, Türkân, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, s. 39-40.

210 Rado, Türkân, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, s. 229.

211 Önen, Turgut, Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdü, s. 14.

212 Rado, Türkân, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, s. 230.

faizi talep edebilmek için zararın hususi bir şekilde isbat edilmesine lüzum yoktu. Zarar gecikme faizinden fazla ise bu fazlalık da talep edilebilirdi. Fakat bu gibi hallerde alacaklı gecikme faizini aşan zararın miktarını isbat etmekle mükellef olurdu. Gecikme faizi ayrı bir dava ile talep edilmeyip, ancak esas borç ile birlikte talep edilebilirdi<sup>213</sup>. Bu husus, alacaklının lehine olarak meydana gelen bir gelişme sonucudur ve para borçlarında ifa imkansızlığı olmadığı esasına dayanmaktadır. Faizler, kendi başlarına bir borç mevzuu meydana getirmeyip esas borcun hakim tarafından takdir edilen bir eki mahiyetinde idiler. Jüstinyanüs Hukukunda temerrütle ilgili bütün davalara ilave edilmekte olan faizlerin de bir sınırı olmuştur. Faizler kanunen veya örf ve âdetce tesbit edilenden fazla olamazdı. 12 Levha Kanununda<sup>214</sup> ayda 1/12 olan faiz Cumhuriyet devrinin<sup>215</sup> sonuna doğru sermayenin % 12 si idi. Jüstinyanüs bu miktarı azami % 6 ya indirdi<sup>216</sup>.

Roma Hukukunda temerrütle ilgili belki de en ağır hüküm, temerrüdün kölelik sebebi olmasıdır. Roma hukukunda alacaklı, borçlusuna el koyabilir, onu hapseder, köle haline getirir ve satar<sup>217</sup>, hatta öldürebilirdi<sup>218</sup>. Fakat ius civile hükümlerine göre bir Romalı köle olamayacağından bu işlem Roma'nın dışı sayılan Tiber nehrinin ötesinde yapılırdı<sup>219</sup>.

Roma hukukunun ius civile devrine ait bu uygulama daha

213 Öçal, Akar, **Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi**, s.5.

214 Roma'da önce teâmül hukuku vardı. Bunu müteakip rahip hukukçular yetmiş ve daha sonra 12 Levha Kanunu kaleme alınmıştır. Roma'nın ilk ve büyük kodifikasyonu olan 12 Levha kanunu, o zamanki teâmül hukukunun en mühim kısmını, yazılı olarak tesbit etmekte idi. Bk. Umur, Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, s. 75-77.

215 Roma Hukukunda M.Ö. 509 (510)dan M.Ö. 27 senesine kadar süren devre Cumhuriyet devri denir. Bk. Umur, Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, s.13.

216 Önen, Turgut, **Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdü**, s. 14-15.

217 Umur, Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, s.159; Karaman, Hayreddin, **Mukayeseli İslam Hukuku**, II/534.

218 Zerkâ, Mustafa Ahmet, **el-Medhal**, III/55-56; Rado, Türkân, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, s.29.

219 Umur, Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, s.159.

sonra değişikliğe uğramıştır. Roma hukukundaki bu değişimi başlıca üç aşamada incelemek mümkündür: eski ius civile devri<sup>220</sup>, pretor<sup>221</sup> hukuku devri ve imparator hukuku devri.

1) Eski ius civile devrinde manus iniectio yoluyla borçlusuna el koyan alacaklı, onu altmış gün zincire vurup hapsettikten sonra borç yine ödenmediği takdirde isterse öldürebilir, isterse Roma dışında köle olarak satabilirdi. Hatta alacaklıların bir kaç kişi olması halinde, borçlunun vücudunu aralarında taksim etmelerine dahi müsaade edildiği rivayet olunur. XII Levhanın bu çok sert icra usulleri bir buçuk asır kadar bir zaman sonrae Lex Poetelia adlı bir kanunla (tahminen M.Ö. 326 yılında) nisbeten hafifletilmiş, borçluyu öldürme veya köle olarak satma hakkı kaldırılmış, alacaklıya, borçlusunu hapsedip onu borcunu ödeyinceye kadar çalıştırma hakkı tanınmıştır.

2) Pretorlar, borçlunun şahsını serbest bırakan ve yalnız mallarını hedef tutan bir icra usulü tesis ederek yeni bir istikametin öncülüğünü yapmışlardır. M.Ö. II. asrın sonlarına doğru ortaya çıkan bu icra usulüne bilhassa borçlunun gaipliği veya gizlenmesi gibi hallerde ihtiyaç hissediliyordu. Bu icra usulü, her şeye rağmen, şahıs üzerindeki icra usulünü tamamen ortadan kaldıramamıştır.

Bu icra usulü, alacaklılardan birinin talebi üzerine pretor tarafından borçlunun mallarının zilyedliğinin alacaklıya verilmesiyle başlardı. Bu durum, hacizden diğer bütün alacaklıların da haberdar olup iştirak edebilmeleri için ilanlar yoluyla halka bildirilirdi. Daha sonra mallar toptan, açık artırma ile alacakların en yüksek nisbetini ödemeyi teklif edene satılırdı. Bu icra yolu da borçluyu bütün mallarından mahrum etmek ve aynı

220 M.Ö. 754 den M.Ö. 150 ye kadar olan "Eski Hukuk Devri"ne ius civile denir. Umut, Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, s.74.

221 Pretor (Praetor), nev'i şahsına münhasır, fonksiyonuna uygun, M.Ö. 367 senesinde ihdes edilmiş büyük bir magistra (bir tür devlet adamı, memur) idi. Birisi şehir (Roma) içindeki ihtilaflara bakan Praetor urbanus; diğeri yabancılar arasındaki ihtilafları halleden praetor peregrinus olmak üzere iki tane olan praetorların fonksiyonları, fertler arasında çıkan ihtilaflarda hangi hukuk kaidesinin uygulanacağını tesbit ederek hakime direktif ve selahiyet vermektir. Umut, Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, s. 89. Zamanla praetorların sayısı on altıya kadar çıkmıştır. Umut, Ziya, A.g.e. s.22.

zamanda borçlunun şerefsizliğini<sup>222</sup> neticelendirmek bakımından borçlu için hayli ağırdı. Bununla beraber borçlu, şahsı bakımından serbestti; yeniden iktisaplarda bulunabilir, hatta alacaklıları da alacaklarının ödenmemiş kısmı için kendisini takip edebilirlerdi. Sonradan Augustus zamanında yapılan bir kanunla borçlunun; kendi arzusuyla bütün mevcudunu alacaklılarına terketmek suretiyle şerefsizliğin ağır neticelerinden kurtulması imkan dahiline girdi.

3) İmparator hukuku devrinde ise borçlunun mallarının ancak alacaklıları tatmin edecek miktarı haczediliyordu. Bu devirde borçlunun, borçlarını karşılayacak kadar malı haczedilirdi; bunlar da muayyen müddetler sonunda açık artırma yoluyla satılır ve elde edilen miktar, borcun miktarından yüksek ise bu fazla da borçluya iade edilirdi<sup>223</sup>.

Roma hukuku başlangıçta muâvaza akitlerinde temerrüt sebebiyle fesih hakkını kabul etmiyor, akdin meydana getirdiği borçları birbirinden müstakil sayıyordu. Bu durumda taraflardan biri borcunu ifa etmediği zaman karşı taraf fesih talep edemez sadece ifayı talep edebilirdi. Zamanla akit rızâiliğe doğru gelişirken fesih hakkı dar bir çerçevede tanınmış; semeni ödemeyen müşteriye karşı alacaklıya akdi feshetme hakkı sağlayan açık bir şartın satım akdine dahil edilmesi benimsenmiştir<sup>224</sup>.

Alacaklı temerrüt halinde olursa borçlu, ifada bulunarak borcundan kurtulabilir. Borç mevzûu, resmî veya hususi bir yere tevdi edilebilir. Malı, magistranın tayin ettiği bir yere veya umumi

222 Şerefsizlik yani infamia, hakiki bir ehliyetsizlik sebebi olmamakla birlikte vatandaş tasnifinde isminin yanına "şerefseiz" olduğuna dair bir işaret konan kişi cemiyet içinde itibar kaybeder, kötü görülür, rezil olmuş sayılır, şahitliği dinlenmez, kamu hizmetlerine kabul edilmez, vasiyetnamesine itiraz edilebilirdi. Kötü meslek sahipleri, sahne oyuncularını, gladyatörlük edenler, iki defa nişanlanan veya evlenen kadın veya erkekler, haksız fiil davalarından birinden mahkum olanlar, vedia, vekalet, şirket gibi akitlerden doğan davalarda mahkum olanlar şerefsiz olurlardı. Umur, Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, s.177.

223 Rado, **Türkân, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, s.29-31.

224 Senhûri, **Masâdiru'l-hak**, VI/192-193; Karaman, Hayreddin, **Mukayeseli İslam Hukuku**, II/438.

bir mahalle bırakabilir. Mal bozulabilecek bir şeyse, hakim kararı ile alacaklı hesabına satılabilir<sup>225</sup>.

### **B- Fransız hukukunda:**

Fransız Medeni Kanunu (Code Civil) md. 1139'a göre kaideten borçlu, ihtar ile veya ihtara mümasil bir muamele neticesinde mütemerrit olur. İhtar ile borçluya münasip bir mehil de verilmelidir. Fakat taraflar arasındaki akit icabı, borçlunun, herhangi bir muameleye tevessül edilmeden mücerret vadenin hulûlü ile mütemerrit olacağı kararlaştırılmışsa vadenin geçmesi ile temerrüt hali kendiliğinden hasıl olur<sup>226</sup>. Aynı kanunun 1147 ve müteakip maddelerine göre de borçlu, adem-i ifanın, hiç bir sünîyeti olmaksızın, kendisine isnad olunamayacak bir sebepten doğduğunu isbat etmedikçe borcun ifa edilmemesi veya geç ifa edilmesi yüzünden hasıl olan zararı tazmine mecburdur. Eğer borçlu, mücbir sebep veya fevkalâde bir hal yüzünden borçlu olduğu şeyi verememiş veya yapamamış, yahut menedilen şeyi yapmışsa zarar ziyan tediyesine lüzum yoktur. Bazı istisnalar mahfuz olmak üzere alacaklının zarar ziyan talebi, dūçar olduğu zarar ile mahrum kaldığı kardan ibarettir<sup>227</sup>.

Eski Fransız hukukçuları satım akdinde, akit anında açık bir şart olarak kararlaştırılmasa da müşterinin semeni ödememesi halinde akdin feshedilebileceği görüşündeydiler. Ancak fesih, mahkeme kararıyla tamamlanabilirdi<sup>228</sup>. Daha sonra fesih hususu kanun maddesi haline getirilirken Roma hukukunun da etkisiyle<sup>229</sup> konuyla ilgili 1184. madde şöyle tesbit edildi: (Karşılıklı borç doğuran akitlerde taraflardan biri taahhüdünü yerine

<sup>225</sup> Umur, Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, s. 332.

<sup>226</sup> Arslanlı, Halil, "**Ticaret Kanununun Umumi Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdü**", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XVII, Sy: 12, s. 120 (34 no'lu dip not).

<sup>227</sup> Arslanlı, Halil, "**Ticaret Kanununun Umumi Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdü**", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XVII, Sy: 12, s. 119 (33 no'lu dip not).

<sup>228</sup> Senhürî, **Masâdiru'l-hak**, VI/192-193; Karaman, Hayreddin, **Mukayeseli İslam Hukuku**, II/438.

<sup>229</sup> Senhürî, **Masâdiru'l-hak**, VI/192-193.



getirmezse, diğ er taraf için fesih imkanı zımnen mevcut addolunur. Bu halde fesih re'sen yapılmaz. Akde sadık taraf mümkün olduğu takdirde diğ er tarafı akti ifaya zorlamaya, yahut zarar ziyan talebi ile birlikte akti fesih etmeye yetkilidir. Fesih mahkemeden talep edilmelidir. Hakim duruma göre borçluya bir mehil verebilir).<sup>230</sup> Burada ifade edilen zımnî fesih şartının hukuki dayanağı ise; taahhüt edilen edimin ifa edilmemesi halinde akde sadık kalan tarafın taahhüdünün var olma sebebinin artık kalmamış olmasıdır. Diğ er bir ifade ile, 1184. maddedeki bu zımnî şart, adı geçen maddenin, karşılıklı borç doğ uran akitlerde borçların birbirine tâbi olarak yekdiğ erinin sebebinin teşkil etmesi sisteminin kabul etmiş olmasının bir neticisidir<sup>231</sup>.

Fransız Medeni Kanununun karşılıklı borç doğ uran akitlerde temerrüde de tatbik edilmesi mümkün olan 1184. maddesinde Türk ve İsviçre Borçlar Kanunları mucibince borçluya son bir ifa mehili verilmesi mecburiyeti, yer almamış bulunmaktadır. Bu maddeye göre borçlunun temerrüdünden itibaren alacaklı, akdin feshini talep edebilmektedir. Alacaklı bunu temin için hiçbir formaliteyi yerine getirmekle yükümlü değildir. Bu yetki temerrüt halinde, yukarıda da işaret etmiş bulunduğ umuz zımnen mevcut farzolunan fesih hakkından doğ maktadır. Bu maddeye göre alacaklının iki seç imlik haktan istifade imkanı vardır:

- İfa mümkünse ifayı talep hakkı,
- Zarar ziyanla birlikte fesih talebi.

Bu ş iklerden birinin tercihi, diğ erinden vazgeçmeyi gerek-

<sup>230</sup> Bu maddeyi Maliki mezhebi açısından değ erlendiren Mahluf el-Minyâvi; rehin verme şartıyla vadeli satımdan sonra müşterinin rehin vermekten imtina etmesi halinde, eğer rehin gayri muayyen ise müşterinin muhayyer olduğ una; sûtü çok zannedilsin diye bir süre sağ ilmadan satışa arzedilen hayvanı satın alanın, satımdan sonra durum anlaşılınca yine akdi feshetme yetkisine dair nakiller yaptıktan sonra maddenin; "mümkün olduğu takdirde diğ er tarafı akdi ifaya zorlamaya", "zarar ziyan talebi ile birlikte" ve "Hakim duruma göre borçluya bir mehil verebilir" kısımları dışında mezhebe çok münasip olduğunu beyan etmektedir. Mahluf el-Minyâvi, *Tatbîku'l-kânûni'l-medeni alâ mezhebi'l-îmam Mâlik*, C. I, s.(varak) 272-274.

<sup>231</sup> Önen, Turgut, *Karşılıklı Borç Doğ uran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdü*, s. 20.



tirmemektedir. Alman Medeni Kanununa göre ise seçimlik haklardan birisinin tercihi, diğerinden vazgeçmiş olmayı intac etmektedir<sup>232</sup>.

Fransız Kanunundaki sisteme göre alacaklı, re'sen fesih yetkisine sahip değildir. Feshin hakimden talep edilmesi lazımdır. Hakim ise tarafların hüsnüniyet ve sününiyetini, adem-i ifanın ciddiyetini nazar-ı itibara alarak aşağıdaki şekilde hareket edebilecektir:

—İfanın borçlu tarafından yerine getirileceği inancında ise borçluya ifada bulunmak üzere bir mehil verebilir.

—Feshe karar vermeden borçluyu zarar ziyan ödemeye mahkum edebilir.

—Zarar ziyanla birlikte akdin feshine hükmedebilir.

—Akdi feshetmekle beraber ziyana hükmetmeyebilir<sup>233</sup>.

### C- Cermen hukukunda

Eski Cermen Hukukunda borçlu, borcunu gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklı, muayyen hukuki şekillerde yapacağı ihtarla onu mütemerrit duruma getirirdi. İhtara rağmen ifada bulunulmaması, cezâî müeyyidesi olan bir hukuka aykırılık hali idi. Cezâî takibin esasını ise bir nevi para cezası mahiyetindeki temerrüt cezaları teşkil ediyordu. Temerrütte borçlunun kusurunun olup olmaması aranmazdı. Mütemerrit borçluya karşı açılan dava da ifa talebini muhtevi bir hukuk davası değil, bir suç iddiası ve dolayısıyla bir ceza davası idi.

Ortaçağda ihtar eski önemini kaybetti ve borçlunun sorumluluğu, bir cezâî sorumluluk olmaktan kurtularak daha ziyade doğrudan doğruya onun kusurundan doğan bir sorumluluk halini aldı ve ihtar, dava dışı yapılan haczin bir şartı olarak kaldı. Eğer taraflar kati ve muayyen bir vade kararlaştırmışlarsa bu takdirde ihtara lüzum yoktu. Para cezası mahiyetindeki temerrüt

<sup>232</sup> Önen, Turgut, **Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdü**, s. 20-21.

<sup>233</sup> Önen, Turgut, **Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdü**, s. 21-22.

cezalarından da sarfı nazar edildiği için Ortaçağda temerrüt zaman zaman borçlu için pek zararlı hukuki neticeleri olmayan bir müessese olarak görülmektedir<sup>234</sup>.

Bu durum, Roma hukukundaki, borcunu ödeyemeyenin öldürülmesine ve köleleştirilmesine varan aşırı hükümlere bir tepki olarak daha sonra bazı Avrupa hukuklarında ve bu arada Alman hukukunda gelişen borçlunun şahsını ve malını ayrı kabul eden maddeci ekolün görüşüdür. Bu ekol taraftarlarına göre borç sırf maddi bir ilişkidir; borçluluk, zimmetle ilgilidir ve bir icbarı gerektirmez. Cebri icrayı gerektiren şey, sorumluluktur. Bunlar borçluluk ve sorumluluk şeklindeki bu iki unsuru borçlunun zatına ve malına dağıtıp o kişinin şahsını borçlu, fakat şahsını değil de malını borçtan sorumlu kabul etmişlerdir. Bundan dolayı da ifa maksadıyla borçlunun hapsedilemeyeceği veya ifaya zorlanamayacağı görüşündedirler<sup>235</sup>.

Alacaklı, zararına olacak bu neticeden kurtulmak için ekseriyetle daha akdin kuruluşu anında; ileride vukubulacak temerrütten doğacak zararlarının veya temerrüt faizinin de ödenmesi taahhüdünü borçludan isterdi. Hatta alacaklıya, taahhüt edilen meblağı üçüncü bir şahıstan, borçlunun hesabına talep yetkisi de tanınırdı.

Yeni zamanlarda Roma Hukukunun kusur sorumluluğu prensibi Müşterek Hukuk olarak kabul olundu. Buna göre borçlunun, borcunu ifa etmemede kusurlu olması halinde temerrüt gerçekleşiyordu ve para borçlarında temerrüt faizleri, muayyen hadlerde ve hakiki zarardan müstakil bir şekilde kabul ediliyordu. 1600 yılında Müşterek Hukukta %5 olarak tesbit edilen temerrüt faizi, mahalli hukukta da (Partiküler) tatbik olundu. Daha sonraları Prusya Genel Hukukunda (Das Allgemeine Preussisch Landret) ve Code civil'de de kabul edilen temerrüt faizinin miktarı %4 ve %6 olarak uygulandı. Daha sonra temerrüt faizi Alman Medeni

<sup>234</sup> Öçal, Akar, *Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi*, s. 5-6.

<sup>235</sup> Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal III/55-56*.

Kanununda %4, Alman Ticaret Kanununda %5 olarak tesbit edildi<sup>236</sup>.

Karşılıklı taahhütleri hâvi akitlerde borçlu temerrüdü ile ilgili hükümler Alman Medeni kanununun 325, 326, 346 ve 361. maddelerinde yer almaktadır. Alman Medeni Kanununun 326. maddesi şöyledir: (Karşılıklı taahhütleri havi bir akitte taraflardan biri, bir borcun ifasında mütemerritse diğer taraf mütemerrit olana mehlin hitamında edimi artık kabul etmeyeceğini bildirir ve ifada bulunmak üzere bir mehil verir. Bu mehil zarfında ifada bulunulmazsa mütemerrit olmayan taraf adem-i ifa sebebiyle zarar ziyan talep veya akdi fesih edebilir.) İsviçre Borçlar kanununun 1911 tarihli tadilinde eski kanunun 122. maddesi, Alman Medeni Kanununun 326. maddesi esas alınarak değiştirildiği ve bu değiştirme sonunda bugünkü İsviçre B.K.nun 107, T.B.K. nun 106. maddeleri meydana geldiği için T.B.K. 106. maddesi ile yukarıdaki madde birbirine yakın olmakla birlikte aralarında bazı farklılıklar da vardır:

—T.B.K. 106. maddesi mehil verildikten sonra da ifada bulunmayan borçlunun alacaklısına üç seçimlik hak tanırken Alman Medeni Kanunu 326. maddesi; adem-i ifa sebebiyle zarar ziyan talebi veya fesih şeklinde iki seçimlik hak tanımaktadır.

—Türk-İsviçre kanunlarına göre mahkemenin de mehil verme hakkı olduğu halde Alman Medeni Kanununa göre mehil, sadece alacaklı tarafından verilebilir. Mehil vermek zorunlu olmakla birlikte yine de bazı istisnaları vardır.

—T.B.K. 106. maddesine göre verilen mehil içinde ifa gerçekleşmemişse alacaklının, seçimlik haklardan hangisini kullanacağını borçluya derhal bildirmesi gerekir. Fakat Alman Medeni Kanununa göre böyle bir mecburiyet yoktur. Alacaklı bu hakkını, dava açarken bildirebilir.

Adem-i ifa sebebiyle zarar ziyan talep edildiği takdirde bu talep, ancak borçlunun kusuru bulunduğu hallerde talep edilecektir. Kusursuzluğun isbatı da borçluya aittir. Alacaklı feshi seçtiği takdirde fesih, hiç bir şekle tabi değildir. Alacaklı veya

<sup>236</sup> Öçal, Akar, *Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi*, s. 6.

mümessili tarafından borçlunun fesih hususunda haberdar edilmesi yeterlidir. Fesihten sonra taraflar verdiklerini karşılıklı olarak iade etmekle mükelleftirler. Ancak kendisinden iade talep edilen taraf, henüz kendi ifa etmemiş olduğu edimin iade edilmediğini ileri sürerek iadede imtina edebilir. Edim, para ise bu miktar ödenir. Bir hizmet veya bir şeyin intifanın terki ise hizmetin ifa edildiği veya şeyin teslim edildiği andaki değerleri para olarak ödenir. Edimlerin iadesinde taraflardan biri mütemerrit ise diğer taraf münasip bir mehil vererek edimin ifası talebinde bulunacak ve mehilin sonunda artık şeyi kabul etmeyeceğini bildirecektir. Alman Medeni kanununun fesihle birlikte zarar ziyandan hiçbir şekilde bahis etmemesi sebebiyle alacaklının böyle bir hakkı olmadığını kabul etmek lazımdır<sup>237</sup>.

#### **D- Türk hukukunda**

##### **1- Borçlunun temerrüdü**

###### **a- Tanımı ve Şartları**

Borcun ihlali, ifanın geciktirilmesinden ileri geldiği takdirde borçlunun temerrüdünden söz açılır. Burada borcun normal amacının gerçekleşmesi imkansız değildir; fakat borçlu tarafından bu amaç örselenmiş ve tehlikeye düşürülmüştür. Öyle ki alacaklı artık, borcun muhtevasına uygun bir ifayı elde etse bile akit ihlal edilmiş olacaktır<sup>238</sup>. Borçlunun temerrüdü, borçlanılmış edimin sonradan ifası mümkün olduğu takdirde ve sürece söz konusudur<sup>239</sup>. Akit yapıldığı sırada borcun konusu imkansız idiyse o akit, daha başlangıçtan itibaren geçersizdir. Fakat imkansızlık sözleşme yapıldıktan sonra meydana gelmişse; eğer bu imkansızlık hali, borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebepten kaynaklanıyorsa buna sonraki imkansızlık denir ve borç düşer (TBK. 117). Fakat sonradan ortaya çıkan imkansızlık, borçlunun kusurundan doğmuşsa borç düşmez, mahiyet değiştirir ve artık alacaklı için ifayı talep hakkı, ifayı elde etseydi edineceği menfaat ölçüsünde tazminat (pozitif tazminat) hakkına dönüşür<sup>240</sup>.

<sup>237</sup> Önen, Turgut, **Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdü**, s. 15-19.

<sup>238</sup> TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s. 724-725.

<sup>239</sup> Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, I/903.

<sup>240</sup> Tekil, Fahıman, **Borçlar Hukuku**, s. 187-188.

İmkansızlık hali, borçlu temerrüde düştükten sonra meydana gelmişse de, bunda borçlunun kusuru olsun veya olmasın temerrüt ortadan kalkar. Çünkü, ifanın mümkün olması, temerrüdün ön şartıdır<sup>241</sup>.

Bu açıklamaların ışığı altında borçlunun temerrüdü şu tarzda tarif edilmektedir: **Borçlu, ifa etmekten kaçınamayacağı, muaccel ve mümkün bir edimi zamanında yerine getirmediği için alacaklının ihtarına maruz kalırsa, bu suretle gerçekleşen sorumluluk sebebine temerrüt denir**<sup>242</sup>. Diğer bir tarife göre de **"borçlu temerrüdü, ifanın sonradan mümkün bulunması koşulu altında, borçlunun borcunu zamanında ifa etmemesi sonucu içine düştüğü sorumluluk durumudur"**<sup>243</sup>. Bu tariflerden birincisine göre borçlunun temerrüdü, sorumluluk sebebi, ikincisine göre ise sorumluluk durumudur. Bir başka tarife göre de **"Muaccel bir borç borçlusunun vadesinde ve böyle bir vade tayin edilmemiş ise alacaklı tarafından vâki ihtar rağmen borcunu ödememesi halidir"**<sup>244</sup>.

Tariflerden de anlaşılacağı gibi borçlunun temerrüdü için; borcun muaccel ve ifasının mümkün olması ve ayrıca —kural olarak— alacaklının borçluya iharda bulunması şarttır. Borç, alacaklının, edimin ifasını isteyebileceği ve bu amaçla dava açabileceği anda muaccel olur. Alacağın ne zaman istenebileceği hususu taraflarca veya kanunen belirlenmemişse ve hukuki ilişkinin mahiyetinden de anlaşılamıyorsa prensip olarak borç, doğduğu anda muaccel olur<sup>245</sup>.

**İhtar, ifanın gerçekleştirilmesi için alacaklı tarafından borçluya yöneltilen çağrıdır: İfanın gerçekleşmesi için, alacaklının ifayı kabul etmesi yeterli değilse ve onun tarafından da bazı işlerin veya hazırlıkların yapılması gerekiyorsa, ihtarın etkili olması, bu işlerin veya hazırlıkların zamanında yapılmış bulunmasına bağlıdır. Mesela alacaklının seçim beyanında bulunması, verilecek şeyin cinsini veya türünü tayin etmesi, ya da —bir alma borcunda— alacaklının ifa yerinde hazır bulunması gerekiyorsa, bu işler yapılmış olmalıdır. İfa, borçlunun, alacaklının kimliğinde haklı olarak tereddüt etmesi veya alacaklının temerrüde düşmesi sebebiyle gerçekleştirilememişse, borçlu temerrüde düşmüş olmaz.**

241 Tekil, Fahiman, **Borçlar Hukuku**, s. 189.

242 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s. 724-725.

243 Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, I/904.

244 **Türk Hukuk Lügatı**, s. 333.

245 Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, I/905



İhtar, borçlanılan edim ne ise, onun yerine getirilmesi istemini taşımaktadır. Borçlanılandan başka bir şeyin istenmesi ihtarı etkisiz kılabilir. İhtar, borcun ifa yerinden başka bir yerde yerine getirilmesi isteğini ihtiva ederse bu ihtar da prensip itibarıyla, hükümsüzdür. Fakat alacaklının ihtarında gösterdiği ifa yeri, akitteki ifa yerine uymamakla beraber, borçlu için daha elverişli ise durum değişir<sup>246</sup>.

Taraflar borcun ifa edileceği günü açıkça tayin etmişlerse veya ifa gününün tayini, taraflardan birine bırakılmış ve o da bir ihbarla bunu tayin etmişse yahut dürüstlük kuralına göre ihtar füzûli telakki edilebiliyorsa ihtarla gerek yoktur ve ihtar olmadan da temerrüt gerçekleşir<sup>247</sup>. Mesela borçlunun edimi yerine getirmeyeceğini kesin olarak beyan etmesi halinde artık ihtarla lüzum kalmaz. Borçlu sadece bu beyanla mütemerrit olur. Fakat, borçlunun beyanı muacceliyet tarihinden önce vukubulmuşsa temerrüt muacceliyet tarihinden başlar. Keza borcun ifa edileceği tarihi alacaklı değil, borçlu bilecek durumda ise, dürüstlük kuralı, temerrüt için ihtarı füzûli kılabilir. Mesela alacaklının fabrikasında makinelerin bakım, kontrol ve tamirini üzerine alan bir firma, gerekli bir tamiri yapmamakla temerrüde düşer<sup>248</sup>.

Bir iade veya tazmin borcu haksız fiilden doğuyorsa veya akitte, temerrüt için ihtarla lüzum bulunmadığı kararlaştırılmışsa da borçlu, ihtarla gerek olmadan mütemerrit sayılır<sup>249</sup>.

İki tarafa borç yükleyen akitlerde, borçlunun temerrüdü için, bir tarafın kendisine ait borcu ifa etmesi veya etmeye amade olduğunu diğer tarafa bildirmesi lazımdır<sup>250</sup>. Temerrüdün doğması için alacaklının, edimi kabule hazır bulunması da zorunludur. Mesela götürülecek borçlarda, alacaklı kararlaştırılan günde ve yerde edimi kabul için hazır bulunmalıdır. Fakat alacaklının şahsını ilgilendiren olaylar (mesela alacaklının kimliğinde tereddüt hali) yüzünden borçlu ifada bulunamıyorsa bu durum borçlunun temerrüde düşmesini engellemez. Bu gibi hallerde borçlunun temerrüt faizini ödemekten kurtulabilmesi için şeyi bir yere tevdi etmesi gerekir<sup>251</sup>.

246 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s. 727-729.

247 Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, 1/908-911; TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s. 730- 732; Tekil, Fahiman, **Borçlar Hukuku**, s. 188.

248 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s. 732.

249 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s. 732; Tekil, Fahiman, **Borçlar Hukuku**, s. 189.

250 Edgü, Ekrem, **Borçlar Hukuku**, s. 139.



Türk Hukukunda, borçlunun temerrüde düşmesi için kusur şart değildir. Fakat temerrüdün bazı sonuçlarının gerçekleşebilmesi için kusura ihtiyaç vardır. Mesela temerrüdün alacaklıya tazminat isteme hakkını vermesi ve temerrüt sebebiyle hasarın borçluya geçmesi ancak borçlunun kusurlu olmasına bağlıdır. Buna karşı, mütemerrit borçludan ifanın istenmesi veya para borçlarında gecikme faizinin işlenmesi, borçlunun kusurlu olmasını gerektirmez<sup>252</sup>.

#### **b. Temerrüdün sona ermesi:**

Temerrüt, ifa veya ifa teklifi ile, ifa için borçluya süre verilmesi (tecil) ile, ibrâ ile, borçlunun kusuru olsun olmasın bir imkansızlık halinin ortaya çıkması ile, alacaklının aynen ifadan vazgeçip tazminat veya fesih şıklarından birini tercih etmesi ile, alacaklının, sözleşmeye uygun ifa teklifini reddetmesiyle sona erer<sup>253</sup>. Temerrüdün sona ermesi, temerrüdün o zamana kadar doğmuş bulunan sonuçlarını sona erdirmez<sup>254</sup>. Ancak alacaklı, alacağın tamamından vazgeçebildiği gibi temerrüdün doğmuş veya doğacak sonuçlarından da vazgeçebilir. Eğer borçlu temerrüde düşmüş ve alacaklı da temerrüdün gelecekte doğuracağı sonuçlardan vazgeçmişse, borçlu sonradan ancak kendisine ihtar yapılması veya kararlaştırılan yahut saklı tutulan bir ihbarla belirtilmiş yeni ifa gününün gelmesiyle yeniden temerrüde düşer. Borçluya süre verilmesinde (tecilde), kural olarak borçlunun yeni süre içinde borcunu ifa etmesi zmnî şartı da vardır. Bu yüzden borçlu, bu yeni süre içinde ifada bulunmazsa alacaklı, ilk temerrüt tarihinden itibaren doğmuş temerrüt borçlarını da öne sürebilir<sup>255</sup>.

#### **c. Temerrüdün sonuçları**

Temerrüdün sonuçlarını; genel sonuçları ve özel sonuçları diye ikiye ayırarak incelemek uygun olur.

##### **ca. Genel Sonuçları**

B.K. 102. madde temerrüde iki önemli sonuç bağıyor: 1- Edimin geç ifa edilmesinden dolayı alacaklının uğradığı zararın

251 Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, I/911-912.

252 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 733.

253 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 733-734; Tekil, Fahıman, *Borçlar Hukuku*, s. 189.

254 Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, I/914.

255 Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, I/913-914.

tazmini. 2- Borçlunun kazadan dolayı sorumlu tutulması.

### caa. Aynen ifa ve Gecikme Tazminatı

Alacaklı, temerrüde düşen borçludan hem borç münasebetine uyan ifayı, (aynen ifayı) hem de ifanın gecikmesinden doğan zararının tazminini beraberce istemek hakkına sahiptir; fakat —karşılıklı taahhütleri havi akitler hariç— aynen ifayı reddedip bunun yerine tazminat isteyemez<sup>256</sup>.

Borçlu, yalnız verme borçlarında değil, yapma veya yapmama borçlarında da aynen ifaya zorlanabilir. İ.İ.K.nun 30/I. maddesine göre, bir işin yapılmasına dair olan ilâm icra dairesine verilince icra memuru borçluya bir icra emri tebliğ eder. Bu icra emrinde borçluya, ilamda gösterilen süre içinde, eğer ilamda süre gösterilmemişse işin mahiyetine göre başlama ve bitirme zamanlarını tayin ederek, işin yapılmasının lüzumu bildirilir. Borçlu bu sürede işe başlamaz veya işi bitirmezse bakılır: İş, başka bir kimse tarafından yapılabilecek mahiyette ise, masrafı borçluya ait olmak üzere, üçüncü bir şahsa yaptırılır. Eğer iş, borçludan başka bir kimse tarafından yapılamıyorsa böyle bir ilamın zorla icrası mümkün olmaz; alacaklı ifa etmeme dolayısıyla tazminat dava etmek zorunda kalır. Ayrıca borçlu, icra hakimi tarafından bir ay hapis cezasına çarptırılır (İ.İ.K. md. 343.). Yine BK. 97/I. maddesine göre, bir şeyin yapılmasına ilişkin borç, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafı borçluya ait olmak üzere borcun kendisi tarafından ifasına izin verilmesini yargıçtan isteyebilir. Bu takdirde alacaklının, edimi zamanında ve bizzat borçludan elde edememesinden doğan zararları tazmin ettirmek hakkı saklıdır (md.97/I,2)<sup>257</sup>.

Yapmama borçlarına gelince, borçlu borca aykırı bir davranışta bulunduğu takdirde alacaklının «aynen ifa» davası açması yine mümkündür. Hakim borçluyu yapmamaya mahkum ettiği takdirde alacaklı, İ.İ.K.nun 30/III. maddesine göre icra dairesi, bir işin yapılmamasına dair olan ilamı borçluya bir icra emri ile tebliğ eder. Fakat ilamda başka bir hüküm yoksa borçlunun bu emre aykırı hareketinin müeyyidesi, yapmama borcunun ifası için zor kullanmak değildir: Borçlu sadece İ.İ.K. nun 343. maddesi gereğince

<sup>256</sup> TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 734-735.

<sup>257</sup> TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 735-736.

cezaya çarptırılabilir.

Bununla beraber alacaklı, yapmama borcuna aykırılık yüzünden ortaya çıkmış bir durumun bertaraf edilmesini dava edebilir. Alacaklı, yapmama borcuna aykırı olarak vücuda getirilen durumun bizzat kendisi tarafından ortadan kaldırılması için mahkemedan izin istemek hakkına da sahiptir (B.K. md. 97/III). Bu takdirde gerekli masraflar borçluya ait olacaktır. Ayrıca alacaklı, yapmama borcuna aykırılık yüzünden bir zarara uğramışsa bu zararın tazminini de isteyebilir<sup>258</sup>.

Temerrüt dolayısıyla borçlunun ödemesi gereken gecikme tazminatı, edimin geç ifası yüzünden uğradığı zararlardır<sup>259</sup>. Bu sebeple de gecikme tazminatının kalemleri, fiili zararlar mahrum kalınan kardan ibarettir. Yeter ki bu zararlarla ifanın gecikmesi arasında uygun illet bağı mevcut bulunsun<sup>260</sup>. Alacaklının bu amaçla isbat edeceği şey, borçlunun temerrüt içinde bulunduğu, kendisinin bir zarara uğradığı ve borçlunun temerrüt durumu ile zararı arasında bir illiyet bağının bulunduğudur. Alacaklı, borçlunun kusurunu isbat zorunda olmayıp, kusuru bulunmadığını isbatla yükümlü olan, borçlunun kendisidir<sup>261</sup>.

Gecikmeden doğan fiili zarar kalemleri (damnum emergens) özellikle şunlardır: Alıcının diğer bir akit gereğince kendi alıcısına malı vaktinde teslim edememesi yüzünden ödediği gecikme tazminatı; alacaklının malları depo etmek üzere bulduğu yerin, gecikme sırasında işleyen kirası; kiralanmış bir yerin geç teslimi sonucu otelde kalma giderleri; eğer ifayı elde etmek için bizzat alacaklının da hazırlık yapması gerekiyorsa, faydasız kalan bu türlü hazırlıkların gerektirdiği masraflar; ifanın zamanında yapılmaması yüzünden alacaklının ödemek zorunda kalacağı teminat masrafları, cezâî şart, vergiler ve vergi farkları v.s.<sup>262</sup>.

İfanın gecikmesi yüzünden yoksun kalınan kazanç kalemleri için de şu misaller verilebilir: Alacaklıya, semere veren cinsten bir

258 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, 1979, s. 738.

259 Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, 1/923.

260 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 739.

261 Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, 1/922-923.

262 Önen, Turgut, *Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler*, s.2; Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, 1/923; TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 739-740.

şeyin teslimi gerekiyorsa, gecikme yüzünden alacaklının elde edemediği semereler (süt, yün, meyva gibi); alacaklı malı vaktinde alsaydı, elverişli bir fiata başkasına satacağı anlaşılıyorsa, bu satışı yapmamasından dolayı kaçırdığı kâr miktarı v.s.<sup>263</sup>. Temerrüde düşmekte kusuru olmadığını isbat eden borçlu gecikme tazminatı ödemekten kurtulur (B.K. md. 102/II)<sup>264</sup>.

### **cab. Kazadan dolayı sorumluluk**

Temerrüde düşen borçlu, 102/I. maddeye göre, «kazara vukua gelecek zarardan da» sorumlu tutulmuştur. Burada kaza (beklenmedik olay) terimi geniş anlamda kullanılmıştır, mücbir sebebi de içine alır. Kazadan sorumluluk, temerrüdün devamı esnasında edim konusunun tamamen veya kısmen değerini yitirmesi yüzünden doğan sorumluluktur<sup>265</sup>.

Temerrüd sırasında, borçlunun kusuru olmadan ortaya çıkan ve ifayı imkansız kılan bütün sebepler kaza kavramına girer. Kural olarak, borçlunun kusuru olmadan ortaya çıkan bir sebeple ifa imkansız hale gelirse borçlu borçtan kurtulur (B.K. md. 117). İşte, kusursuz imkansızlığın temerrütten sonra ortaya çıkması halinde, bu kural uygulanmamakta, borçlu artık kazadan bile sorumlu tutulmaktadır. O halde satıcı temerrüde düştükten sonra satılan şey yanarsa; mimar, temerrüde düştükten sonra ağır bir hastalığa yakalanır ve taahhüt ettiği projeyi çizmek iktidarını kaybederse; kamyon ithalatçısı temerrüde düştükten sonra, vermeyi taahhüt ettiği tonajdaki kamyonun ithali hükümetce yasaklanırsa... borçlu, bütün bu ve bunlara benzeyen imkansızlıkların ortaya çıkmasında tamamen kusursuz olsa da sorumludur<sup>266</sup>. Fakat borçlu, temerrüde kendi kusuru ile düşmediğini<sup>267</sup> veya ifa, zamanında gerçekleşmiş olsaydı bile borçlu olunan şeyin aynı kazaya<sup>268</sup> uğramış olacağını isbatladığı takdirde bu sorumluluktan

263 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 740.

264 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, 1979, s. 741.

265 Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, I/926-927.

266 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 741-742.

267 Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, I/928; Akıntürk, Turgut, *Özel Hukuk Bilgisi*, s. 202.

268 Borçlanılan şeyin, borçlunun elinde iken uğradığı kaza ile alacaklının eline geçseydi uğrayacak olduğu kaza arasında bir ayniyet (özdeşlik) bulunmalı mı. sorusunun cevabı konusunda görüş ayrılıkları vardır. Kenan Tunçomağ, "şeyin, herhangi bir kaza sonucu yok olacağını isbat edilmesini yeterli gören görüşü tercih ederken (*Türk Borçlar Hukuku*, I/930), Selâhattin Sulhi Tekinay, bazı sakıncalarına rağmen kazada ayniyet görüşünü tercih ettiğini belirtmektedir (*Borçlar Hukuku*, s. 742-743).

kurtulur<sup>269</sup>. Sözü edilen isbat yükümünün yerine getirilmiş sayılabilmesi için; borcun konusu olan şeyin, alacaklıya verilmiş olsaydı, onun elinde de kazaya uğrayacak olduğu sabit olmalı<sup>270</sup> ve borçlu; ifa, zamanında yapılmış olsaydı dahi vukubulan kazadan alacaklının zarara uğrayacak olduğunu da isbat etmelidir<sup>271</sup>. Buna kurtuluş beyyinesi denir ve kurtuluş beyyinesi, sadece borçlunun kaza yüzünden uğrayacağı sorumluluk hakkında yürür. Borçlu bununla tazminat ödemek yükümünden de kendini kurtaramaz<sup>272</sup>.

### **cac. Aynen ifa yerine müsbet zararın tamamının tazmini**

Kural olarak yalnız karşılıklı taahhütleri havi akitler için kabul edilen, aynen ifayı reddedip ifa etmemeden doğan müsbet zararın tamamını istemek hakkı, eğer taraflarca daha önceden ittifak sağlanmışsa diğer borçlarda da uygulanır<sup>273</sup>. Bir şeyin aynen verilmesi mümkün olmakla beraber, alacaklının —temerrüt dolayısıyla— böyle bir ifade artık hiçbir menfaati kalmamışsa, alacaklı o şeyi reddederek ifanın gerçekleşmemesinden doğan müsbet zararının tamamını isteyebilir mi? sorusunun cevabı, Alman Medeni kanununun 286. maddesinin 2. fıkrasına göre müsbettir. TBK'nda böyle bir hüküm bulunmamakla beraber 102/I inci maddedeki «borcun tehhürle ifasından dolayı zarar ve ziyan» ifadesinin geniş yorumlanarak, aynı çözüm tarzına ulaşmanın mümkün olacağı söylenmektedir<sup>274</sup>.

### **cb. Para borçları ile ilgili sonuçları**

#### **cba. Gecikme faizi ödeme yükümü:**

Para borcunun vaktinde ödenmemesi, alacaklı için herhangi bir zarara sebebiyet vermese ve borçlunun, temerrüde düşmekte kusuru olmasa bile borçlu gecikme faizi ödemek zorunda kalır<sup>275</sup>.

269 Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, I/929; Tekil, Fahiman, *Borçlar Hukuku*, s. 190; Akıntürk, Turgut, *Özel Hukuk Bilgisi*, s. 202.

270 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 742.

271 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, 1979, s. 744.

272 Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, I/929.

273 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 744.

274 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 744-745.

275 Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, I/921; TEKİNAY, Selâhattin



Gecikme faizi, para borcunu ödemekte mütemerrit olan borçlunun, gecikme müddeti için, alacaklıya ödemeye mecbur olduğu faizdir<sup>276</sup>. Gecikme fazinin oranını taraflar —kamu yasaları ile belirlenmiş en yüksek faiz sınırını aşmamak üzere<sup>277</sup>— önceden serbestce kararlaştırabilirler. Taraflarca bir miktar kararlaştırılmamışsa veya karlaştırılan miktar %5 ten az ise âdi işlerde; B.K. 103/I. maddesine göre, gecikme faizi, senelik %5 üzerinden işler. TTK. nunun 9/II. maddesi de, ticari işlerdeki gecikme faizinin yıllık %10 olduğunu beyan etmektedir<sup>278</sup>. Akitte % 10 u aşan bir faiz karlaştırılmış olmamakla beraber faizin işlemeğe başladığı tarihte, ödeme yerinde, benzer işlemler için daha yüksek bir faiz ödenmekte ise, bu faiz miktarı esas tutulur<sup>279</sup>. Bu kural, TTK. nunun 1461/II ve 9/I, 2 maddelerinde yazılı hükümlerin birlikte yorumundan çıkmaktadır. Âdi işler ve ticari işlerden doğan borçlara uygulanan bu farklı oran tenkit edilmektedir<sup>280</sup>. Gecikme faizi yerine, TBK, TMK ve TTK'nunun muhtelif maddelerinde; temerrüt faizi, geçmiş gün faizleri, geçmiş günler faizleri, geçen günlerin faizleri, kanuni faiz, %10 hesabıyla faiz, %10 faizi ifadeleri de kullanılmaktadır<sup>281</sup>.

#### **cbb. Müsbet zararın tazmini:**

Para borcunun vaktinde ifa edilmemesi yüzünden alacaklının uğradığı müsbet zarar, akitte veya kanunda tayin edilen gecikme faizinden daha fazla olduğu takdirde alacaklı, aradaki farkın ödenmesini borçludan isteyebilir (B.K. md. 105). Ancak bu durumda, zararın miktarını ispat etmekle yükümlü olur ve borçlu, temerrüdün kusura dayanmadığını ispat ederek gecikme faizini aşan bu miktarı ödemekten kurtulabilir<sup>282</sup> (B.K. md. 105/I). Temerrüd tarihinden sonra paranın satınalma gücünde vukubulan düşmeden dolayı alacaklının uğradığı zarar da tazminat istemine esas olabilir<sup>283</sup>.

Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 745.

276 Öçal, Akar, *Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi*, s. 11.

277 Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, I/919.

278 Önen, Turgut, *Karşılıklı Borç Doğuran sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel mahiyetteki Hükümler*, s. 4.

279 Bu konuda Yargıtay İcra ve İflas Dairesinin 1.10.1963 tarih ve 10221/10286 sayılı kararı için bk: Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, I/920.

280 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 747-748.

281 Öçal, Akar, *Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi*, s. 12.

282 Önen, Turgut, *Karşılıklı Borç Doğuran sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel mahiyetteki Hükümler*, s.4.

283 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 752-753.



Yazarların çoğunluğu, gecikme faizinin, özel bir tazminat çeşidi olduğu görüşündedir<sup>284</sup>. Gecikme faizinin gayesi, para borçlarının ifasındaki temerrüdün alacaklıya verdiği zararı önceden ve maktu surette tesbittir<sup>285</sup>. Borçlunun, elinde bulunan parayı işletme imkanına sahip olduğu ve böylece elde ettiği veya etmeyi ihmal ettiği karı, temerrüt faizi olarak alacaklıya ödemesinin hakkaniyete uygun olduğu savunulmaktadır<sup>286</sup>. Bunda borçluyu ifaya icbar edici bir gaye aranması tenkit edilmektedir<sup>287</sup>.

### cc. Karşılıklı edimleri havi akitlerdeki sonuçları.

#### cca. Genel açıklama ve süre tayini

Karşılıklı edimleri havi akitlerde alacaklı, mütemerrit borçlu karşısında şu üç imkandan birini seçmek hakkına sahiptir: 1) Aynen ifayı istemekte direnmek ve buna ilaveten gecikme yüzünden uğradığı zararın tazminini istemek, 2) Aynen ifayı reddederek ifa etmemeden doğan müsbet zararının tazminini istemek, 3) Aynen ifayı reddederek akitten dönmek (akdi feshetmek)<sup>288</sup>.

Aynen ifayı reddetmek isteyen alacaklı, mütemerrit borçluya aynen ifada bulunması için uygun bir süre tayin etmeli, ve bu süre içinde de borç aynen ifa edilmezse, borçluya, artık aynen ifayı istemiyeceğini derhal bildirmeli<sup>289</sup> veya hakimden böyle bir süre tayinini istemelidir<sup>290</sup>. Süre tayini, geciken ifanın, belli bir tarihe kadar veya belli bir zaman devresi içinde gerçekleştirilmesi isteminden ibarettir<sup>291</sup>. Alacaklı, ifa için borçluya süre tayin etmedikçe, aynen ifayı reddederek müsbet zararın tazminini isteyemez veya sözleşmeden dönemez. Bununla beraber süre tayinine lüzum kalmadan bu hakların kullanılabilmesi bazı hallerde vardır.

284 Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, I/920 (Tuhr/Siehwart, II, § 73; Becker, md. 104, N. 2; Schmied, 14'den naklen).

285 Öçal, Akar, **Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi**, s. 16 (Georges Ripert/Jean Boulanger, *Traité de Droit Civil*, C. II, Paris 1957, s. 313'den naklen).

286 Önen, Turgut, **Karşılıklı Borç Doğuran sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel mahiyetteki Hükümler**, s. 4.

287 Bk. Öçal, Akar, **Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi**, s. 16-19.

288 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s. 753-754.

289 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s. 754-755.

290 Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, I/935; Tekil, Fahiman, **Borçlar Hukuku**, s. 191.

291 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s. 755-756.

Borçlunun davranışından bir süre tayininin faydasız kalacağı anlaşılıyorsa veya borçlunun temerrüdü, akdin aynen ifasını alacaklı için faydasız hale getirmişse (mesela cenaze merasimi için ısmarlanan çelenk veya evlenme merasimi için ısmarlanan gelinlik, merasim gününe yetiştirilmemişse) yahut borcun ifası için kesin bir vade tayin edilmişse süre tayinine lüzum yoktur<sup>292</sup>. Karşılıklı taahhütleri havi bir akitte, taraflar, ifanın mutlaka belli bir tarihte veya belli bir süre içinde yapılmasını, aksi takdirde aynen ifanın kabul edilmeyeceğini kararlaştırmışlarsa, bu akdin kesin vadeli olduğu kabul edilir. Kesin vadeli bir akitten söz açabilmek için, akitteki vadede gerçekleşmeyen ifanın, bundan böyle kabul edilmeyeceğinin taraflarca **açıkça** veya **zımnen** kararlaştırılmış olması şarttır<sup>293</sup>. Ancak ticari satışlarda satılan malın teslim edileceği tarih açıkça belli edilmişse, bu akdin kesin vadeli olduğu karene olarak kabul edilir<sup>294</sup>. Bu durumda BK. nun 101. maddesinin ikinci fıkrası gereğince borçluyu temerrüde düşürmek için artık bir ihtarda bulunmaya lüzum yoktur<sup>295</sup>.

Bir satım sözleşmesinde satılanın teslimi bedelin ödenmesine bağlı tutulmuşsa, alıcının temerrüdü halinde de satıcı süre tayinine mecbur kalmadan sözleşmeyi feshedebilir. Fakat burada satıcının, satılanı alıcıya henüz teslim etmemiş olması ve bedel borcunun, malın teslimi borcundan daha önce muacceliyet kazanması ve alıcıya sözleşmeyi feshetme isteğini derhal bildirmesi gerekir. Satılan, alıcıya teslim edilmiş bulunuyorsa, sözleşmede satıcıya özel olarak kararlaştırılmadıkça satıcının satımdan dönüp verdiğini geri alması kural olarak mümkün değildir<sup>296</sup>. Süre sırasında temerrüt hali devam eder, alacaklı bu süre içinde ifayı reddedip tazminat veya fesih şikârlarından birini kullanamaz<sup>297</sup>.

292 Bk. Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, I/938-942; TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s. 758-763.

293 Roma Hukukunda ve Ortak Hukukta alacaklı, kural olarak sadece, ifa ve temerrüt nedeniyle uğradığı zararın tazminini isteyebilirdi. Fransız Hukuku (Fr. MK. 1184) ve onu örnek almış bulunan İtalyan Hukuku ise karşılıklı sözleşmelerin zımnen bozucu (infisahî) şartla yapıldıklarını; bu şart gereğince, taraflardan biri sözleşmeyi ifa etmeyince, diğerinin hakime başvurarak onun feshini isteyebilmesini kabul etmiştir. Bk. Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, I/931.

294 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s. 761-763.

295 Önen, Turgut, **Karşılıklı Borç Doğuran sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel mahiyetteki Hükümler**, s. 6.

296 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s. 763-764.

297 Tekil, Fahıman, **Borçlar Hukuku**, s. 191.

### **ccb. Verilen süre içinde de borcun ifa edilmemesi.**

Mütemerrit borçlu, kendisine verilen süre içinde de borcunu ifa etmezse o takdirde alacaklı; aynen ifada direnmek ve gecikmeden doğan zararının tazminini istemek, aynen ifayı reddederek borcun ifa edilmemesinden doğan müsbet zararının tazminini istemek, aynen ifayı reddederek akitten dönmek şıklarından birini tercih edebilir. Ancak alacaklı, aynen ifayı, yani birinci imkanı reddetmek ve onun yerine ikinci veya üçüncü imkanlardan birini seçmek istiyorsa tayin edilen süre sona erer ermez, bundan böyle aynen ifayı kabul etmiyeceğini borçluya bildirmelidir<sup>298</sup>. İfadan vazgeçtiğine dair bu beyan kesin olmalı ve alacaklı, tazminat ve akitten dönme şıklarından hangisini tercih ettiğini de açıklamalıdır. Bu beyanı alacaklıyı bağlar ve artık diğer şıkları isteyemez<sup>299</sup>.

### **ccc.- Alacaklının temerrütten doğan hakları:**

#### **ccca- Aynen ifa ve gecikme tazminatı:**

Karşılıklı taahhütleri havi olmayan borç münasebetlerinde olduğu gibi burada da alacaklı, temerrüde düşen borçludan aynen ifayı ve gecikmenin sebebiyet verdiği zararın tazminini isteyebilir. Aynen ifanın istenmesi için borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olmasına lüzum yoktur<sup>300</sup>. Oysa buna ek olarak istenecek olan gecikme tazminatı, borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olmasını gerekli kılar. Alacaklı, kendi karşılıklı edimini yerine getirmekle yükümlüdür. Fakat alacaklının karşılıklı edimi bir miktar paranın ödenmesinden ibaretse bu para ile gecikme tazminatı takas edilebilir<sup>301</sup>.

#### **cccb- İfadan vaz geçip tazminat talep etme**

Alacaklı, aynen ifayı reddedip, ifanın gerçekleşmemesinden doğan müsbet zararın tazminini isteyebilir. Buna "akdi pozitif tazminat", "bütünü ile tazminat" veya "karşılık teşkil eden tazminat" denir<sup>302</sup>. Aynen ifa yerine tazminat istenmesi, akdi münasebeti sona erdirmez; bu takdirde asıl edimin yerine tazminat borcu geçmiş olur<sup>303</sup>. Tazminat miktarı, kusurlu imkansızlık

298 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 764.

299 Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, I/946.

300 Tekil, Fahiman, *Borçlar Hukuku*, s. 193.

301 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 770-771.

302 Tekil, Fahiman, *Borçlar Hukuku*, s. 193.

303 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 771-772; Akıntürk, Turgut, *Özel Hukuk Bilgisi*, s. 205.

halinde istenen tazminat gibi hesaplanır; borçlu, kusuru olmaksızın temerrüde düştüğünü isbat etmek suretiyle tazminat ödemekten kaçınabilir<sup>304</sup>.

#### cccc. Akitten dönme

Taraflardan birinin, sahip olduğu hakka dayanarak, geçerli bir akdi tek taraflı bir beyanla ve geçmişe yürürlü olarak sona erdirmesine, *dönme*<sup>305</sup> denir<sup>306</sup>. Dönme halinde taraflar arasındaki akit ilişkisi sona erer; yani söz konusu ilişki taraflar için artık hiç bir borç doğurmayacağı gibi, önceden doğmuş borçlar da sona erer<sup>307</sup>.

Alacaklının akitten dönebilmesi için, borçlunun temerrüde düşmekte kusurunun şart olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Kimine göre alacaklının akitten dönme yolunu seçebilmesi için borçlunun temerrütte kusurlu olması şart değildir. Ancak dönme ile birlikte bundan doğan zararın tazmini de istemesi halinde borçlu, temerrütte kusuru bulunmadığını isbat ederek tazminat yükümlülüğünden kurtulabilir<sup>308</sup>. Bazılarına göre ise, alacaklının akitten dönebilmesi de borçlunun temerrütte kusurlu olmasına bağlıdır<sup>309</sup>.

304 Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, I/949.

305 Dönme, fesihden veya feshin ihbarından farklıdır. Ancak konu açıklanırken hukukçular arasında tam bir terim birliği bulunduğunu söylemek de mümkün olamamaktadır. Kitabının ilk baskılarında "fesih" ve bazan da "dönme" terimini kullanan Tunçomağ, Kenan, daha sonra sadece "dönme"yi kullanmayı tercih etmiştir (Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, I/950-951). "Dönme" terimini kullanan S. Sulhi Tekinay da bunun "feshin ihbarı" (sözleşmenin bozulması)ndan farkına işaret eder. Bunları şöyle özetlemek mümkündür: Feshin ihbarı, kira gibi devamlı bir borç münasebeti kuran akitlerde akdi münasebetin, kanunun öngördüğü bir sebeple ve tek taraflı bir beyanla ilerisi için sona erdirilmesidir. Dönme, kural olarak borçlunun temerrüde düşmesi esasına dayanır. Feshin ihbarı yetkisi ise başka haklı sebeplere hatta bazan taraflardan birinin şahsi takdirine dayanabilir. Sözleşmeye bağlılık, taraflardan biri için çekilmez hale gelir ve artık sözleşmenin devamı ondan makul olarak beklenemezse, haklı sebep gerçekleşmiş sayılır (Selâhattin Sulhi **TEKİNAY, Borçlar Hukuku**, s. 75-776). Fahiman Tekil (**Borçlar Hukuku**, s. 193) ve Ekrem Edgü (**Borçlar Hukuku**, s. 139) "dönme" yerine "fesih" terimini, Serozan ise "feshin ihbarı" yerine "fesih" ve "fesih" yerine de "dönme" terimini kullanmaktadır (Selâhattin Sulhi **TEKİNAY, Borçlar Hukuku**, s. 75-776. [Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, Yayınlanmamış doçentlik tezi, İstanbul 1973'den naklen]).

306 **TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, Borçlar Hukuku**, s. 774.

307 Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, I/951.

308 Tekil, Fahiman, **Borçlar Hukuku**, s. 193-194.

Alacaklının, akitden dönme hakkına sahip olmadığı bazı özel durumlar da vardır. Mesela satım akdinde, satılan, alıcıya teslim edilmişse satıcı, bu hakkı açıkça saklı tutmuş olmadıkça, akitden dönemez (BK. 211/III). Aynı şekilde alacaklının, borçludan kabul ettiği edimi, kendi kusuru yüzünden yok etmesi veya başkasına devretmesi halinde de akitden dönemiyeceği savunulmaktadır. Yine dürüstlük (objektif hüsnüniyet) kuralına aykırılık halinde de dönme caiz değildir<sup>310</sup>.

İsviçre-Türk doktrininde hakim olan fikre göre dönme halinde tazmini gereken zarar, sadece menfi zarardır<sup>311</sup>; yani akit ifa edilmeseydi alacaklının uğramıyacak olduğu zarardır. Daha yeni bir akımı temsil eden bazı hukukcular ise, borçlunun kusurlu temerrüdü yüzünden akitten dönmek zorunda kalan alacaklının, sadece menfi zararın tazminini isteyebilmesini adalete aykırı bulmakta ve müsbet zararın niçin tazmin edilmeyeceğini sormaktadırlar<sup>312</sup>.

## 2. Alacaklının Temerrüdü

### a- Tanımı.

İfanın borç münasebetine uygun olarak gerçekleşmesine, bizzat alacaklının tavır ve hareketleri engel olduğu takdirde alacaklının temerrüdünden bahsedilir. Tıpkı borçlunun temerrüdünde olduğu gibi, alacaklının temerrüdünde de borcun

309 Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, I/955; TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s. 772.

310 Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, I/956-957.

311 Müsbet zarar ile menfi zararın farkını aydınlatmak için şöyle bir misal verilebilir: 300 000 TL. karşılığında bir mobilya siparişi veren kişi, yaptıracığı mobilya için şimdiden 400 000 TL. bedel ile bir alıcı bulmuş olsun veya —BK. 188'de dikkate alınan esas gereği— yapılmayan aynı mobilyanın temini için başka yere iyi niyetle 400 000 TL. ödemiş bulunsun.

Eser müteahhidinin temerrüdü ve tanınan lütuf süresi içinde dahi taahhüdünü yerine getirmemesi karşısında alıcı ifadan vazgeçerek bütünü ile tazminat yolunu seçmişse; eser yapılırdı kazanacağı veya eser yapılmadığından onu başka yerden temin için ödediği 400 000 TL.'ndan müteahhide karşı yerine getirmediği kendi edimi 300 000 TL.'ni düşerek geriye kalan 100 000 TL.'ni müsbet zararın tazminatı olarak isteyebilir.

Eğer aynı durumda fesih (dönme) yolunu seçmişse —kusursuzluğunu isbat edememiş— borçludan, isteyebileceği menfi zarar tazminatı; ancak mobilyanın yapılacağı yere gidip gelmeler için harcadığı yolculuk giderleri, bu uğurda ödediği telefon, telgraf, teleks ücretleri, yemek paraları v.s. den ibarettir Tekil, Fahiman, **Borçlar Hukuku**, s. 194.

312 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s. 778.



zamanında ifa edilmemesi söz konusudur; ne var ki, buna sebebiyet veren borçlu değil, alacaklıdır. Borçlunun temerrüdü gibi alacaklının temerrüdü de borç münasebetinin muhtevasında bir değişmeye yol açar; fakat temerrüde düşen taraf alacaklı ise, bu değişme hem hükümleri itibariyle farklıdır, hem de daha sınırlı ölçüde vuku bulur<sup>313</sup>.

Yapılacak ya da verilecek şey, usulüne uygun şekilde kendisine arzolunan alacaklı, haklı bir neden olmaksızın onu reddeder veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisince daha önce yapılması gerekli bazı işlemleri yapmaktan mesela işyerini açmaktan ya da işin yapılması için gerekli alet ve malzemeyi vermekten kaçınırsa temerrüde düşer. Usulüne uygun şekilde arz ile kasdolunan, ifanın miktar ve nitelik olarak taahhüt olunan borca uygun olarak ve ayrıca kararlaştırılan yer ve zamanda arz olunmasıdır. Alacaklının temerrüdü için kusur şartı aranmaz<sup>314</sup>.

## **b- Şartları**

### **ba. Borçlanılmış edimin gereği gibi teklif edilmesi**

İfa teklifi, miktar ve nitelik yönünden, borca uygun olmalı ve ifa yerinde veya alacaklı için daha elverişli olan bir yerde yapılmalıdır. İfa zamanı itibariyle de borcun muaccel olması değil, ifa edilebilir olması<sup>315</sup> önemlidir; çünkü borcun muaccel olmadan önce de ifası mümkündür<sup>316</sup>. Fakat ifa teklifi, alacaklı için elverişli olmayan bir zamanda da yapılmamalıdır<sup>317</sup>. Borcun ifa yeri dışında arz edilmesi halinde eğer bu yer, alacaklı için daha elverişli ise bu da usulüne uygun arz sayılır. Alacaklı, haksız olarak edayı reddederse veya kabul için gerekli hazırlık ve işleri yerine getirmezse temerrüde düşer. Mesela alacağın tahsiline karşılık maktubuz vermeyi veya fatura tanzim etmeyi reddederse mütemerrit olur<sup>318</sup>.

313 Tekinay, Selahattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s. 656.

314 Tekil, Fahıman, **Borçlar Hukuku**, s. 181.

315 Muacceliyet, alacaklının edimi isteyebileceği ve borçlunun da bu isteme uyararak, edimi yerine getirmekle yükümlü olduğu andan itibaren gerçekleşir. İfa kabiliyeti ise, borçlunun edimi yerine getirmek yetkisine sahip olduğu, alacaklının da edimi kabul etmekle yükümlü olduğu anda gerçekleşmiş olur. Tekinay, Selahattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s. 618.

316 Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, I/757.

317 Tekinay, Selahattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s. 657.

318 Edgü, Ekrem, **Borçlar Hukuku**, s. 146.



Kural olarak ifanın fiilen teklifi şart olup sadece sözlü teklif yeterli değilse de mesela alacaklının önceden ifayı kabul etmeyeceğini, çünkü aralarındaki sözleşmenin geçerli olmadığını bildirmesi halinde olduğu gibi bazan sadece sözlü teklif de yeterli sayılır. Yine de fiili teklif ile sözlü teklif arasında bazı farklı hükümler vardır<sup>319</sup>. Ticaret Kanunu'nun 712. maddesi 1. ve 2. fıkralarına göre alıcı, mebû, mukavele ile muayyen müddet zarfında tesellüm etmezse, tesellümdeki gecikmeden doğan zarar ziyan istenebilir, ihtar şartı yoktur<sup>320</sup>.

#### **bb- Borcun ifası mümkün olmalıdır**

İfanın imkansızlığı alacaklının temerrüdüne engel teşkil eder. Ağzına protez yapılacak hastanın çene mafsallarına felç gelmesinin, herhalde alacaklıyı temerrütten kurtaran bir sebep olarak kabul edilmesi gerektiği savunulur<sup>321</sup>. Ancak bu konu tartışmalıdır. Kimine göre de edimin kabul edilmemesinin nedeni imkansızlık ise o zaman bu engelin, alacaklının mı, yoksa borçlunun mu şahsında doğduğuna bakılır. Eğer engel, borçlunun etki alanında meydana gelmiş, mesela borçlu hastalanmışsa ifa imkansızlığı; alacaklının etki alanında doğmuşsa alacaklı temerrüdü hükümleri uygulanmalıdır<sup>322</sup>. Yukarıdaki misalde olay imkansızlık olarak değerlendirilirse borçlu (diş tabibi), borcundan kurtulacak fakat protez ücreti de isteyemeyecektir. Fakat olay, alacaklının temerrüdü olarak kabul edilirse diş tabibi, ücret isteme hakkına sahip olacaktır<sup>323</sup>.

#### **bc. Alacaklı, kendisine yapılan teklifi haklı bir sebep olmadan reddetmiş bulunmalıdır**

Teklifin reddi açık bir beyana veya olumlu bir harekete ihtiyaç göstermez; ifa fiillerine katılması istenen alacaklının pasif davranışı da «red» demektir. Alacaklı önce reddettiği teklifi sonradan kabul edeceğini bildirerek temerrüt haline son verebilir<sup>324</sup>. İfayı reddeden alacaklının, bu davranışında kusurlu bulunması gerekmez; kendisini haklı gösterecek objektif bir nedenin bulunmayışı alacaklının temerrüdü için yeter. Borçlunun, önceden alacaklıya

319 Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, 1/758.

320 Arslanlı, Halil, "Ticaret Kanunu Umumi Hükümlerine Göre Borçlunun Temerrüdü", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, c. XVII, sy. 1-2, s. 124-125.

321 Tekinay, Selahattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 660.

322 Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, 1/763.

323 Tekinay, Selahattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 660.

324 Tekinay, Selahattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 660-661

bildirmeksizin borcunu vadesinden önce ifa etmek istemesi; ard arda teslim edilecek borçlar için temerrüde düşmüş borçlunun geciktiği bütün edimleri bir defada ifa etmek istemesi; alacaklıya, kendisini sonradan bir iptal davasına maruz bırakacak bir ifayı önermesi gibi hususlar alacaklıyı, ifayı kabulden kaçınmada objektif yönden haklı gösterecek nedenler olabilir<sup>325</sup>.

### **c- Sonuçları**

#### **ca- Borçlunun sorumluluktan kurtulması**

Alacaklının temerrüdü borçluya sorumluluktan kurtulabilmek imkanını verir. Bu imkan, ya borcun konusu olan şeyin tevdi, ya o şey satılarak bedelinin tevdi, ya da akdin feshi ile gerçekleşir.

#### **caa- Tevdi**

Bir eşya borçlusu, alacaklının temerrüde düşmesi üzerine borçlanılan şeyi, hakim kararıyla bir yere bırakarak (tevdi ederek) borçtan kurtulabilir. Tevdi, borçluya verilmiş bir yetkiden ibarettir; o, bu yetkiyi kullanıp kullanmamakta serbesttir. Ticari eşya, hakim kararı olmadan da bir ardiyeye (ticari eşyayı saklamayı sanat edinmiş müesseseye) tevdi edilebilir<sup>326</sup>. Gayrimenkuller bir yere tevdi edilemezler; bu yüzden kiralananı geri vermek isteyen kiracı, alacaklının temerrüdü halinde kendisini borçtan kurtaracak bir araca sahip değildir. Kıymetli evrak mahiyetinde olmayan borç senetleri de tevdi edilemezler. Tevdi yeri bir banka, resmi bir müessese veya hakimin güven duyduğu bir kişi olabilir<sup>327</sup>. Uygulamada hemen hemen yalnız para borçları tevdi edilmekte ve yer olarak da bankalar tercih edilmektedir<sup>328</sup>.

Tevdi ile borçlu, borcundan kurtulur; artık o şeye gelebilecek tehlikeden ve giderlerden alacaklı sorumludur. Yalnız tevdinin geçerli olması için tevdinin; tevdi edilen şeyin alacaklı tarafından teslim alınabilecek şekilde yapılması gerekir. Yalnız alacaklı da bir edim ifası ile yükümlü ise veya borçlu, alacaklı temerrüdünden itibaren borç konusu şeyle ilgili bir takım giderler yapmışsa borçlu, tevdi ettiği yer ile yaptığı sözleşmeye, karşı edimin ve giderlerin ödenmesi halinde şeyin alacaklıya teslimi şartını koyabilir<sup>329</sup>.

325 Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, 1/762-763.

326 Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, 1/767; Tekinay, Selahattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 663; Tekil, Fahiman, *Borçlar Hukuku*, s. 181.

327 Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, 1/767.

328 Tekinay, Selahattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 664.

329 Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, 1/770-771.

Alacaklı tevdi edilen şeyi kabul ettiğini beyan etmedikçe, borçlu o şeyi tevdi yerinden geri alabilir (B.K. md. 93). Eğer borçlu tevdi ettiği şeyi geri alacak olursa o zaman sorumluluktan kurtulma söz konusu olmaz ve sanki mal hiç tevdi edilmemiş gibi alacak bütün fer'i haklarla birlikte —kesintiye uğramadan— mevcut olmakta devam etmiş sayılır<sup>330</sup>.

### **cab. Satma hakkı**

Bu yetkinin kullanılabilmesi için, kanunun aradığı şartlar şunlardır:

1)Malın mahiyeti veya işin nevi tevdi elverişli olmamalıdır.

2)Borçlu malı sattırabilmek için önce alacaklıya ihtarda bulunmalı, sonra da hakimden bu hususta izin almalıdır.

3) Satış alenen yapılmalıdır. Fakat malın borsa veya pazarda belli bir fiyatı varsa veya değeri aleni bir satışın masraflarını kaldırmayacak kadar azsa o takdirde satışın aleni olması, hatta önceden bir ihtarın yapılması hakkındaki şartları hakim kaldırabilir

İşte böyle bir satış sonunda elde edilen bedel borçlu tarafından tevdi edilince, tıpkı o mal tevdi edilmiş gibi borçlu sorumluluktan kurtulur<sup>331</sup>. Borçlunun sorumluluktan kurtulması için satış yeterli değildir, satış bedelinin tevdi şarttır<sup>332</sup>.

### **cac. Akdin feshi**

Borcun konusu bir yapma borcundan ibaretse tevdi veya sattırma haklarının söz konusu olamayacağı açıktır. Vekalet, hizmet veya istisna akitlerinde vekil, işçi ve müteahhit, alacaklının olumsuz tutumu yüzünden borçlarını ifa edemezlerse kanun onlara akitten dönebilmek hakkını vermektedir<sup>333</sup>. Borçlu, tesbit edeceği veya hakime tesbit ettireceği uygun bir süre içinde alacaklı ifayı kabul etmediği takdirde, tek taraflı bir beyan ile sözleşmeyi sona erdirebilir<sup>334</sup>.

330 Tekinay, Selahattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s. 665.

331 Tekinay, Selahattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s. 665-666.

332 Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, I/772.

333 Tekinay, Selahattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s. 666.

334 Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, I/776.

### **cb- Borçlunun sorumluluğunun hafiflemesi**

#### **cba- Hafif kusur hallerinde sorumluluğun sınırlandırılması**

Genel olarak ifade bulunmayan borçlu, herhangi bir kusurundan dolayı sorumlu olur. Kusur, hafif bir ihmal derecesinde kalmış olsa da kural budur (B.K. md.98/I). Alacaklının temerrüde düşmesinden sonra bile borçlu, ifanın imkansız hale gelmesinden veya gereği gibi yapılamamasından sorumlu tutulacaktır. Ne var ki artık bu sorumluluk, özellikle borçlunun kusuru hafifse, daha hafif olur; hatta hakimin takdirine göre büsbütün ortadan kalkabilir<sup>335</sup>. Edimin konusu dikkatle muhafaza edilmiş olmasına rağmen yok olmuşsa, borçlu borcundan kurtulur ve mesela borçlu satıcı ise satış bedelini isteyebilir<sup>336</sup>.

#### **cbb- Kötü niyetli zilyedin iade yükümünün hafiflemesi**

Medeni Kanununun 908/I inci maddesine göre kötü niyetli zilyed haksız olarak elinde bulundurduğu maldan elde ettiği ve hatta elde etmeyi ihmal ettiği semerelerden dolayı tazminat ödemekle yükümlü olur. Fakat kötü niyetli zilyed, elindeki malı alacaklıya teklif ettiği halde alacaklı tarafından kabul edilmezse, artık kötü niyet 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<sup>337</sup>.

#### **cc- Hasarın ve masrafların alacaklıya geçmesi**

Eğer teslimi gereken mal, alacaklının temerrüde düşmesinden sonra borçlunun kusuru olmadan hasara uğrar veya telef olursa bundan doğan zarara artık alacaklı katlanır. Bu esas, edimin parça borcu olduğu satış akitlerinde uygulanmaz. Çünkü bu akitlerde akit anından itibaren hasar sorumluluğu alıcıya geçer<sup>338</sup>. Bununla

<sup>335</sup> Tekinay, Selahattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 667-668.

<sup>336</sup> Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, I/765.

<sup>337</sup> Tekinay, Selahattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 668.

beraber satıcı bir parça borcu değil de bir cins borcu altına girdiği takdirde, mal henüz belli ve sınırlı bir hale getirilmeden önce dahi, alacaklının mütemerrit olması mümkündür. Mesela alıcı ifa fiillerine katılmadığı için ayırma (veya sınırlama) yapılamıyorsa temerrüde düşmüş olabilir. Böyle hallerde hasar temerrüt anından itibaren alıcıya geçmiş sayılmalıdır<sup>339</sup>. Temerrüt tarihinden itibaren edim için borçlunun yapacağı masraflar da alıcıya ait olur. Borçlu, özellikle bakım ve muhafaza masraflarını alacaklıdan istiyebilir<sup>340</sup>.

#### **cd- Akdî faizin durması**

Para borcu için akitte bir faiz kararlaştırılmışsa, alacaklının temerrüde düşmesinden itibaren faiz artık işlemez<sup>341</sup>.

#### **ce- Borçlunun temerrütten kurtulması**

Eğer alacaklıya ifa teklifinde bulunan borçlu daha önce temerrüde düşmüş idiye, bu teklifle birlikte temerrütten kurtulmuş olur. Böylece borçlunun temerrüdüne bağlanmış olan gecikme faizi artık işlemeye devam etmez. Temerrüde düşen borçlunun bir cezâî şart ödemesi kararlaştırılmışsa, onun temerrütten bir süre sonra kurtulması cezâî şart ödeme yükümünü ortadan kaldırmaz; fakat cezâî şart, borçlunun temerrüdü devam ettikçe işleyen bir tazminat borcu olarak ifade edilmişse, alacaklının temerrüdü anından itibaren bu borç da artık işlemez; durur<sup>342</sup>.

#### **d- Alacaklının belli olmaması veya ifaya engel olan diğer bir halin bulunması:**

338 Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, I/765.

339 Mesela satıcı, alıcıya iki ton şeftali vermeyi taahhüt etmiştir; fakat şeftaliler satıcıya ait bahçeden alıcı tarafından toplattırılacaktır. Alıcı ise şeftalilerin toplanması için kendisine düşenleri yapmıyor ve temerrüde düşüyor. Tekinay, Selahattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 669.

340 Tekinay, Selahattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 668-669.

341 Tekinay, Selahattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 669.

342 Tekinay, Selahattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 670.

TMK. nun 95 inci maddesi, alacaklının temerrüdü söz konusu olmadan, ifanın yapılamadığı iki hali öngörmektedir:

- 1) İfa, alacaklının şahsına ait bir sebeple ona teklif edilemezse.
- 2) Borçlu, alacaklının şahsını bilemiyorsa.

Bu iki durumda eğer ifayı kabule yetkili bir alacaklı temsilcisi yoksa alacaklının temerrüdüne ait hükümler borçluya yine tanınmıştır. Mesela, alacaklının temyiz kudretini kaybetmesi ve kendine henüz bir kanuni temsilcinin de tayin edilmemiş bulunması halinde, borçlu, teslim edilecek malı tevdi ederek sorumluluktan kurtulabilir. Alacaklının ölmesi üzerine gerçek mirascının kim olduğu çekişmelere meydan vermişse, bunu kesin olarak tayin edecek durumda bulunmayan borçlu, aynı yola başvurabilir.

Sözü edilen durumlarda kanun, borçlunun akitten dönmesine imkan veriyorsa da borçlunun bu yolu seçmesi —kural olarak— karşılıklı edimi henüz almamış olması şartına bağlıdır. Zira karşılıklı edimi elde etmiş olan borçlu artık akitten dönebilmek için meşru bir menfaate —genellikle— sahip değildir<sup>343</sup>. Burada borçlunun sözleşmeden dönme hakkı, sadece yapma borçlarında değil, verme borçlarında da kabul edilebilir<sup>344</sup>.

## E- Bazı İslam Ülkeleri Hukukunda

### 1- Mısır'da

1948 yılında çıkarılan 131 sayılı Mısır Medeni Kanunu üzerinde daha sonra 1954, 1956, 1957, 1959, 1964, 1968 ve 1970 senelerinde muhtelif değişiklikler yapılmıştır<sup>345</sup>.

343 Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, 1/776-778; Tekinay, Selahattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 670.

344 Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, 1/778.

345 Enver el-Arabî, *El-Kânûnu'l-medenî*, s. 16. Kanunun, birinci maddesi, ikinci fıkrası; hakimîn, bu kanuna göre hüküm vereceğini, meselenin hükmünü, kanunda bulamazsa örfü esas alacağını, burada da bulamazsa İslam hukukuna göre karar vereceğini ifade etmektedir. Bk. Enver el-Arabî, *El-Kânûnu'l-medenî*, s. 17. Dolayısıyla kanun maddeleri hazırlanırken



MMK'una göre borçlu, borcunu ifa etmediği takdirde alacaklı, hakim kararıyla ve acil hallerde hakim kararına lüzum olmaksızın, alacağının aynı türünden bir şeyi borçlu hesabına elde edebilir veya o şeyin kıymetini talep edebilir (md. 205).

Edim, muayyen bir mal borcu ise veya yapma borcu olup bu da bir şeyin teslimini ihtiva ediyorsa ve borçlu, temerrüde düşüp o şeyi teslim etmemişse; bundan sonra hasar sorumluluğu borçluya aittir. Eğer o şey temerrütten önce helak olsa sorumluluk alacaklıya ait olur. O şeyin, teslim edilseydi dahi alacaklı nezdinde helak olacağını isbat ederse; beklenmedik olaylardan doğacak sorumluluğu da üstlenmemişse borçlu bu helaktan sorumlu olmaz. Fakat çalınan mal, helak veya zayi olsa helak ne şekilde olursa olsun sorumluluk hırsıza aittir.(md.207).

Yapma borçlarında borçlu ifada bulunmazsa alacaklı —eğer mümkünse— edimi borçlu hesabına elde etmek için hakimden izin talep edebilir ve acil hallerde bu izne de ihtiyaç yoktur (md. 209).

Yapmama borçlarına muhalefet halinde alacaklı, bu muhalefetin izalesini borçludan isteyebildiği gibi hakimden de bu izaleyi borçlu hesabına yapmak üzere izin talep edebilir (md. 212).

Eğer edim, ancak bizzat borçlu tarafından yapılabilecek türden ise alacaklı borçlunun ifaya icbarı ve imtina ettiği takdirde para cezasına hükmedilmesi için mahkeme kararı alabilir, hakim uygun gördüğü takdirde bu para cezasının miktarını artırabilir. Daha sonra borç ifa edilirse veya borçlu ifayı reddederse hakim, alacaklının maruz kaldığı zararı ve borçlunun tavrını dikkate alarak ödenecek tazminatın miktarını belirler (md. 213, 214).

Borçlu, ifa etmeme veya geç ifa dolayısıyla, ifa etmemenin kendi elinde olmayan sebeplerden kaynaklandığını isbat etmedikçe

---

İslam hukukuna uygunluk şartı aranmamıştır. Ayrıca bk. Ahmed Şelebi, *Târîhu't-teşrî'i'l-islâmiyyi ve târihu'n-nuzumi'l-kağâiyye fi'l-islâm*, Kahire 1981, s. 312.

tazminat ödemekle mükelleftir. Eğer zarar meydana gelmesinde veya zararın artmasında borçlunun hatasının da katkısı varsa hakim, tazminat miktarını azaltabilir veya hiç tazminata hükmetmeyebilir (md. 216, 217).

Aksine bir karar yoksa borçlu ancak temerrütten (i'zârdan)<sup>346</sup> sonra tazminata mahkum edilir. Temerrüt, borçlunun ihtarı (inzâr) ile veya bunun yerini tutan başka şeylerle olur. Temerrüt posta vasıtasıyla yapılacak bir ihtarla olabileceği gibi önceden, vadenin dolmasıyla borçlunun temerrüde düşmüş sayılacağı da taraflarca kararlaştırılabilir. Edim, borçlunun fiili ile imkansız veya faydasız hale gelmişse; edim, haksız fiilden doğmuş bir tazminat borcu ise; edim, borçlunun çalıntı olduğunu bildiği bir şeyin veya haksız yere ve bile bile aldığı bir şeyin teslimi ise; borçlu, borcunu ifa etmeyeceğini yazılı olarak açıklamışsa ihtarla lüzum yoktur (md. 218- 220). Temerrüt, borçlunun, ifayı yerine getirmekte kanunen gecikmiş duruma düşürülmesidir. Borçlunun kanunen bu duruma düşmesi için sırf vadenin dolması yetirli değildir. Borçlunun temerrüdü ihtar ile olur<sup>347</sup>.

346 Bir hukuk terimi olarak *zâr*, alacaklının, vadesi gelince borçludan borcunu ifa etmesini istemesidir. Fransızcası "Mise en demeure", İngilizcesi "Notice to pay" dir. Bk. Abdulvahid Kerem, *Mu'cemu'l- muştalaḫâti'l- kânûniyye*, s. 61.

*i'zâr*, *أعذر* fiilin mastarıdır. Bir manası da "karşı taraf için mazeret imkanı bırakmadı" demektir. Bk. İbnü Manzûr, *Lisânü'l- arab*, *ع ذر* maddesi. (s. 2855). Hz. Peygamber

*أعذر الله إلى امرئ آخر أجله حتى بلغه ستين سنة*

hadisinde kelimeyi bu anlamda kullanmıştır. Bk. Buhari, *Rikâk* 5. Aslında *i'zâr*, temerrütten geniş anlamlı bir kelimedir. Bir davada karar vermeden önce aleyhinde karar verilmesi muhtemel kişiye kendini aklayabilecek durumda ise buna imkan vermek şeklinde izah edilebilir. *i'zâr* kelimesinin farklı anlamları ve kullanılışı hakkında bk. İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, XI/412; İbnü Cüzeyy , *el-Kavâninü'l-fıkhıyye*, s. 258; İbnü Ferhûn, *Tebşiratü'l-ḥukkâm*, I/183, 186, 194- 200; Muhammed Ali b. Hüseyin, *Tehzibü'l-furûḫ*, IV/126-129; *el-Mevsû' atü'l-fıkhıyye*, XVI/151-154 v.d.

347 *Senhürri*, *el- Vasit*, II/830-831.

Tazminat miktarı kanunen veya akit ile tesbit edilmemişse hakim tarafından tesbit edilir. Tazminat kalemleri; alacaklının uğradığı zarar ve mahrum kaldığı kazançtır. Ancak bunların, alacaklının makul gayreti göstermesine rağmen kaçınması mümkün olmayan tabii bir sonuç olması şarttır. Borçlu, bir hilesi veya ağır kusuru söz konusu olmadıkça ancak akit zamanında normal olarak beklenebilen zararları tazmin eder. Eğer akitte belirlenmişse veya alacaklı mahkemededen talep ederse manevi tazminata da hükmedilebilir. Manevi tazminat hakkı alacaklı dışında ancak eşlere ve ikinci dereceye kadar hısımlara intikal eder (md. 221-222). Eğer alacaklı temerrütten dolayı bir zarara uğramamışsa veya kazanç kaybı olmamışsa temerrüt tazminatı da isteyemez. Karşı karşıya olduğu zararı veya kazanç kaybını isbat külfeti alacaklıya aittir<sup>348</sup>. Hatta sırf bu zararın mevcudiyeti de yetmez. Zararla temerrüt arasında da illiyet rabitası bulunmalıdır<sup>349</sup>. Tazminat aynî de, nakdî de olabilir. Fakat yapma borçlarında aynî tazminat nadirdir, bu bdrçlar da çoğu kere nakdî tazminat uygulanır<sup>350</sup>.

Taraflar tazminat miktarını akit anında veya daha sonraki bir anlaşma ile tesbit edebilirler. Eğer borçlu, alacaklının bir zararı olmadığını isbat ederse alacaklı, birlikte kararlaştırdıkları bu tazminatı alamaz. Borçlu tesbit edilen bu miktarın aşırı olduğunu isbat ederse hakim bunda indirim yapabilir. Eğer alacaklının uğradığı zarar, birlikte tesbit ettikleri bu miktardan fazla ise, borçlunun bir hile yaptığını veya ağır kusur (hata' cesim) işlediğini isbat etmedikçe bu miktardan fazlasını isteyemez (md. 223-225).

Para borçlarının ifasındaki gecikmelerde borçlu gecikme tazminatı olarak ticari muamelelerde %5, diğerlerinde (fi'l-mesâili'l-medeniyye) %4 faiz öder<sup>351</sup>. Bu faizin başlangıç tarihi, kanunda

348 Senhûrî, el- Vasîf, II/844-845.

349 Senhûrî, el- Vasîf, II/855.

350 Senhûrî, el- Vasîf, II/718-719.

351 Mısır Medeni kanununu, baştarafında toplam 11 sayfalık bir önsöz ve değerlendirme yazısından sonra aynen neşreden Enver el-Arabî, temerrüt faizi ile ilgili 226-228. maddelerin kaldırılmasını teklif etmekte, ayrıca kanunun neşri esnasında kaldırılmasını teklif ettiği maddeleri bold karakterle yazdığını ifade etmekte (s. 4) ve bu maddelerde buna riayet ettiği

özel bir hüküm bulunmadığı takdirde ve taraflar arası ittifakla veya ticari örf ile başka bir tesbit yapılmamışsa borcun yargı kanalıyla talep edildiği tarihtir. Taraflar %7 yi geçmemek üzere başka bir rakam da kararlaştırabilirler. Kanuni veya akdi gecikme faizi için alacaklının, bir zarara uğradığını isbat sorumluluğu yoktur (md. 226-228)<sup>352</sup>.

Karşılıklı taahhütleri hâvi akitlerde taraflardan biri borcunu tamamen veya kısmen ifa etmezse karşı taraf fesih talep edebilir. İfa etmemenin, mücbir sebepten veya borçlunun kusurundan kaynaklanması bu hükmü etkilemez<sup>353</sup>.

Alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın kendisine gereği gibi (sahih olarak) yapılan ifayı kabul etmeyi reddederse veya ifa için gerekli olan işleri yerine getirmeyi reddederse yahut ifayı kabul etmeyeceğini açıklarsa, borçlunun resmi bir açıklama (ilan) ile bu reddedişi tescil edeceği vakitten itibaren temerrüde düşmüş sayılır (md. 334).

Alacaklı temerrüde düşünce şeyin hasar (helak veya telef) sorumluluğu ona geçer ve temerrüt faizi artık durur. Borçlu, şeyi masrafi alacaklıya ait olarak bırakma ve isabet edecek zararın tazminini isteme hakkına sahip olur. Borç muayyen bir mal ise ve bulunduğu yerde teslimi gerekiyorsa borçlu; alacaklıya onu teslim almasını ihtar ettikten sonra şeyi bırakma (tevdî) konusunda mahkemeden izin alabilir. Eğer borç konusu (mahalli) gayrimenkul (akar) ise veya bulunduğu yerde kalmak üzere hazırlanmış bir şeyse borçlu onun koruma altına alınmasını isteyebilir (md. 335-336).

Alacaklının temerrüdü halinde borçlu, çabuk bozulabilen veya

---

görülmektedir. Bk. *El-Kânûnu'l-medenî*, Nşr. Enver el-Arabî, s. 4 v.d.

Abdunnasır Tefîk de Mısır Medeni Kanunundaki temerrüt faiziyle ilgili hükümlere karşı çıkmakta, bunları adalete aykırı bulmaktadır. Abdunnâsır

Tefîk el-Attâr, *Nazariyyetü'l-ecel fi'l-iltizâm*, s. 235-237

352 *El-Kânûnu'l-medenî*, s. 37-41.

353 Senhûri, *Nazariyyetü'l-akd*, s. 685.

tevdi edildiği yahut koruma altına alındığı takdirde çok masraflı olacak şeyleri mahkemeden izin alarak açık artırma ile satabilir. Fakat o şeyin piyasada belli bir fiatı varsa veya borsada alınıp satılan türden ise ancak o belli fiatı ile satılması mümkün olmadığı takdirde açık artırma ile satılabilir(md. 337)<sup>354</sup>.

## 2- Irak'ta

Temerrüde düşen borçlu, alacaklının uğradığı zararı tazmin eder. Tazminatın miktarı kanunen veya akit ile kararlaştırılmamışsa mahkemece kararlaştırılır. Tazminat, alacaklının müsbet zararını ve muhtemel kar kaybını kapsar. Yalnız bu zararın, borcun ödenmemesinin veya geç ödenmesinin tabii neticesi olması şarttır(md. 169). Irak Medeni Kanunu, menfaatin tazminin meselesinde batı hukukuna benzemektedir. Hatta batı hukukunda "tazminatın, —eğer borcun borçlu tarafından ihlalinin tabii bir neticesi ise— borçlunun uğradığı her türlü zarar ile mahrum kaldığı kazancı kapsaması gerektiği" şeklinde ifade edilen genel bir kuralı aynen almış, bu zararın sadece maddi zarar olmayıp manevi zararı da içine aldığını açıkça belirtmiştir. Ücretle tazminatın birlikte bulunabileceğine<sup>355</sup> de yer vermiştir<sup>356</sup>.

"Gelişmelerin gerektirdiği tadilat ile birlikte büyük ölçüde İslam Hukukundan alındığı" söylenen<sup>357</sup> Irak Medeni kanunu, "İki taraflı ilzâmi akitlerde karşılıklı borçlar arasında irtibat" düşüncesini almış, buna göre fesih teorisini benimsemiştir<sup>358</sup>. Karşılıklı tahhütleri havi akitlerde taraflardan biri borcunu ifa etmeyip temürrüde düştüğü takdirde diğer taraf gerekiyorsa tazminatla birlikte akdin feshini isteyebilir. Bu durumda mahkeme, borçluya

354 *El-Kânûnu'l-medeni*, s. 54.

355 Mecelle'nin 86. maddesinde "Ücret ile damân müctemi' olmaz" şeklinde ifade edilen genel kaideye göre bir şeyin hem menfaatinin karşılığı olan ücret ve hem de helak veya telef halinde yahut kıymetinde bir azalma meydana geldiği takdirde o şeyin bedelini ödeme mükellefiyeti bir arada bulunamaz. Bu maddenin izahı için bk. Zerkâ, Ahmed, *Şerhu'l-kavâidi'l-fıkhiyye*, s. 363-368.

356 Senhûri, *Masâdiru'l-hak*, VI/175-176.

357 Senhûri, *Masâdiru'l-hak*, VI/233.

358 Senhûri, *Masâdiru'l-hak*, VI/233. Ayrıca bk. Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/443, 4 no'lu dipnot.

bir süre tanıyabileceği gibi eğer temerrüde düşülen miktar borcun tamamına nisbetle az ise fesih talebini red de edebilir. Kira akdinde kiracı ödemesi gereken kirayı ödemekten imtina ederse kiralayan akdi feshedebilir. İş akdinde işveren ödemesi gereken ücreti ödemekten imtina ederse işçi akdin feshini talep edebilir. Satım akdinde taraflardan biri, akitle ödemesi gereken borcu ifa etmezse karşı taraf fesih isteyebilir (md.177)<sup>359</sup>.

Temerrüt faizinin miktarı medeni meselelerde %4, ticari meselelerde %5 olup, faiz mahkemeye müracaat anından itibaren işlemeye başlar(md. 171)<sup>360</sup>. Eğer alacaklı hüsnüniyet kuralını ihlal ederek davanın uzamasına sebep olmuşsa bu süre için hiç faiz tahakkuk ettirilmez veya inidirime gidilebilir<sup>361</sup>.

### 3- Suriye'de

Suriye Medeni Kanununa göre de karşılıklı taahhütleri havi akitlerde borçlunun temerrüdü halinde karşı taraf hem uğradığı zararın tazminini ve hem de akdin feshini talep edebilir(md. 158)<sup>362</sup>. Temerrüt faizinin miktarı medeni meselelerde %4, ticari meselelerde %5 olup, faiz mahkemeye müracaat anından itibaren işlemeye başlar(md. 277). Eğer alacaklı hüsnüniyet kuralını ihlal ederek davanın uzamasına sebep olmuşsa bu süre için hiç faiz tahakkuk ettirilmez veya inidirime gidilebilir(md. 230)<sup>363</sup>.

### 4- Birleşik Arap Emirliklerinde

Birleşik Arap Emirliklerinde yürürlükteki kanunlara göre ifa gücüne sahip olduğu halde borcunu ifa etmeyen kişi hapsedilir. Yalnız borçlunun hapsedilebilmesi için bu emirliklerden biri olan Ebû Zaby'da borcun bin dirhemden fazla olması gerekir<sup>364</sup>. Bu

359 Senhûrî, *Masâdiru'l-hak*, VI/233.

360 Senhûrî, *Masâdiru'l-hak*, III/247-248.

361 Senhûrî, *Masâdiru'l-hak*, III/248.

362 Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, I/414 (Dipnot).

363 Senhûrî, *Masâdiru'l-hak*, III/247-248.

364 Kânûnu'l-icrâati'l-medeniyyeti'z-zabyânî, md. 113.



rakam 1985'den önce yüz elli dirhem idi. Buna karşılık Birleşik Arap Emirlikleri Adalet, İslâmî İşler ve Evkaf Bakanlığı İslâmî kanunlaştırmalar Yüksek Komisyonu<sup>365</sup> tarafından 1980'de hazırlanan ve yürürlüğe girmesi için gerekli kanuni prosüdür bu güne<sup>366</sup> kadar tamamlanmayan kanun tasarısında; borcun miktarı ile ilgili bir tesbit yapılmamıştır ki buna göre miktar ne kadar az olursa olsun mütemerrit borçlu hapsedilir. Bu tasarının 319. maddesine göre borçlu, alacaklının talebi üzerine hapsedilir. 322. maddeye göre de borçlu, özel sektör tüzel kişiliği olduğu takdirde, bu tüzel kişiliğin idaresinden sorumlu kişiler hapsedilirler. Kamu tüzel kişiliği idarecileri hapsedilmezler. 321. maddeye göre on beş yaşından küçük çocuğu olan; eşi vefat etmiş veya her hangi bir sebeple hapsedilmiş ise temerrüt dolayısıyla hapsedilmez. Eşler ve usûl, fûrû akrabalar da birbirlerine olan borçlardan dolayı —nafakaborçları hariç— hapsedilmezler. Ayrıca banka kefaleti verenler ile mahkemece kabul edilen ifa gücüne sahip bir kefil gösterenler de hapsedilmez<sup>367</sup>.

### 5- Küveyt'te

Küveyt kanunlarına göre mütemerrit borçlu, borcun miktarına ve çeşidine bakılmaksızın hapsedilir. Yalnız bunun için borcun sübutu kesin olmalı, mesela bir mahkeme kararı ile sübut bulmuşsa, karara itiraz yolları açık ise borçlu hapsedilmez. Ayrıca borçlu, ifaya muktedir olmalı ve hapis, alacaklılar tarafından talep edilmelidir. Birleşik Arap Emirlikleri kanun tasarısında olduğu gibi burada da on beş yaşından küçük çocuğu olan; eşi vefat etmiş veya her hangi bir sebeple hapsedilmiş ise temerrüt dolayısıyla hapsedilmez. Eşler ve usûl, fûrû akrabalar da birbirlerine olan borçlardan dolayı —nafakaborçları hariç— hapsedilmezler. Banka kefaleti verenler ile mahkemece kabul edilen ifa gücüne sahip bir kefil gösterenler hapsedilmez. Bunlara ilaveten 65 yaşını geçenler de hapsedilmez<sup>368</sup>.

365 el-lecnetü'l-'ulyâ bi vezâratil-'adl ve's-'şuûni'l-islâmiyye ve'l-evkâf. Ahmed Muhammed Müleyci, "et-Tenfiz 'alâ şahsi'l-medîni bi habsihî". Mecelletü's-şeria ve'l-kânûn, Ramazan 1408, Mayıs 1988, sy. 2, s. 225.

366 Mayıs 1988 itibariyle.

367 Ahmed Muhammed Müleyci, A.g.m. s. 203-205.

368 Ahmed Muhammed Müleyci, A.g.m. s. 207-209.

## İkinci Bölüm BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ

### I- GENEL OLARAK

Temerrüdün sözlük anlamı hakkında tezimizin birinci bölümünde<sup>1</sup> genişçe açıklama yaptığımız için aynı konuya burada tekrar girmeden yine orada yer alan borçlu temerrüdünün terim anlamını zikretmekle yetineceğiz ve büyük ölçüde bunun açıklaması ve gerekçeleri mahiyetinde olan borçlu temerrüdünün şartlarına geçeceğiz. Borçlu temerrüdü **"İfaya muktedir borçlunun, muaccel ve ifası mümkün borcunu, alacaklı talep ettiği ve ifayı kabule hazır olduğu halde zamanında ifa etmemesidir"**.

### II- BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI

#### A- Borcun muaccel olması

Bir borcun hukuken talep edilebilmesi için muaccel olması şarttır. Burada borcun muaccel olmasından maksat, alacaklının alacağını talep hakkına sahip olmasıdır. İşte alacaklının bu hakka sahip olduğu andan itibaren ifanın gecikmesinden söz edilebilir ve diğer şartlar da bulunduğu takdirde temerrüt meydana gelir. Alacaklı, muaccel olmayan alacağını talep edemez. Bu maksatla mahkemeye müracaat etse talebi reddedilir<sup>2</sup>.

Satım akdinde, aksine bir karar alınmamışsa akitle birlikte mebiin ve semenin teslim edilmesi borcu doğar. Hanefi<sup>3</sup> ve Mâliki<sup>4</sup> mezheplerine göre önce müşteri semeni ödemek ve bunu müteakiben de satıcı mebiin teslim etmek durumundadır<sup>5</sup>. Deyn

1 Bk. Tez metni s. 42 v.d.

2 Abdunnâsır Tefk el-Attâr, *Nazarıyyetü'l-ecel f'l-iltizâm*, s. 247.

3 Mergînânî, *el-Hidâye*, III/27; *Mecelle*, md. 262.

4 İbnü Cüzeyy, *el-Kavâninü'l-fıkhiyye*, s. 212-213; Sâvi, *Buğyetü's-sâlik*, IV/365.

olarak hem mebûin hem de semenin vadeye bağlanması caiz değildir<sup>6</sup>. Semen borcunun, akit anında veya akitten sonra tarafların rızası ile belli bir vadeye tehiri caizdir<sup>7</sup>. Eğer vade "beş ay sonra", "bir sene sonra" gibi bir müddet esası ile tesbit edilmişse satıcı bir süre mebûi teslimden imtina ettiği takdirde<sup>8</sup> bu müddet, mebûin teslim edildiği andan itibaren başlar<sup>9</sup>. Fıili teslim de şart olmayıp önemli olan satıcının, teslim hazırladığını karşı tarafa bildirmesidir. Bu andan itibaren müddet hesap edilir. Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre ise müddetin bu şekilde tesbiti ile belli bir tarih olarak tesbiti arasında fark yoktur. Belirlenen sürenin dolması veya tarihin gelmesi ile vade sone ermiş sayılır<sup>10</sup>. Muayyen mebûin tesliminin akitle tehiri konusunda İslam hukuk ekolleri arasında farklı görüşler vardır<sup>11</sup>. Bir nevi para mübadelesi demek olan sarf akdinde ise bedellerin akit meclisinde teslim edilmiş ve teslim alınmış olması şarttır<sup>12</sup>. Satım akdinin bir özel türü olan ve malın daha sonra teslimi esasına dayanan selem akdinde de semenin tamamının peşin olarak akit meclisinde ödenmesi gerekir<sup>13</sup>.

İş ve kira akitlerini ifade eden icare akdinde ise borcun ne zaman ifa edileceği serbestçe kararlaştırılabilir ve iş borcu veya kiralananı teslim borcu bu vadeden itibaren muaccel olur. Dolayısıyla kiralayan, bu andan itibaren kiralananı teslim etmek zorundadır<sup>14</sup>. Kira veya ücret borcunun ise peşinen ödenmesi

5 Şafii ve Hanbeli mezheplerine göre önce satıcı mebûi, sonra da alıcı semeni teslim eder. Şafii mezhebindeki başka bir görüşe göre Hanefilerde olduğu gibi önce müşteri semeni ödemeye icbar edilir. Bir diğer görüşe göre de ikisi de icbar edilmez. Dördüncü bir görüş ikisinin de icbar edileceği şeklindedir. Bk. İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, IV/270; İbnü Kudâme *el-Makdisî*, *eş-Şerhu'l-kebir*, IV/113-114; Şirbînî, *Muğnî'l-muhtâc*, II/74-75.

6 *Bey' u'l-kâli' bi'l-kâli'* ve *Bey' u'd-deyni bi'd-deyn* diye ifade edilen bu konu için bk.: İbn Kudâme *el-makdisî*, *eş-Şerhu'l-kebir*, IV/165; İbnü kayyımî'l-Cevziyye, *İlâmu'l-muvahhîn*, II/8 v.d.; Suyûti, *El-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 357-358; Muhammed Vefâ, *Ebrâzû şuveri'l-buyû'îl-fâside*, s. 218-224; Karaman, Hayreddin, "Alışverişte Vade Farkı", *İslam Hukukuna Göre Alışverişte Vade Farkı ve Kâr Haddi*, İstanbul 1989, s. 23; Nezih Hammâd, "Bey' u'l-kâli' bi'l-kâli'", s.233-275.

7 Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, IV/5; *Mecelle*, md. 245-246.

8 *el-Fetâvâ'l-hindiyye*, III/15.

9 *Mecelle*, md. 250.

10 Şeyhzâde (Dâmâd), *Mecma' u'l-enşur*, II/8-9; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslamiye ve Istilahat-ı fıkhiyye Kamusu*, İVI/41-42.

11 Bk. İbnü Teymiyye, *Nazarıyyetü'l-akd*, s. 15-16, 214 v.d.; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, IV/58-59; Muhammed Vefâ, *Ebrâzû şuveri'l-buyû'îl-fâside*, s. 232-262; Karaman, Hayreddin, *İslam Hukukuna Göre Alışverişte Vade Farkı ve Kâr Haddi*, s. 20-22.

12 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, IV/177; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, IV/135.

13 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, IV/165, 334-335; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, IV/117.

kararlaştırılabileceği gibi sonraya bırakılması da caizdir<sup>15</sup>. Eğer bu konuda bir karar alınmamışsa o zaman ücret borcunun doğması için akit konusu menfaatin fiilen veya hükmen elde edilmiş olması gerekir<sup>16</sup>. Bu hüküm ilerideki bir tarihte başlamak üzere değil de , hemen başlamak üzere yapılan (müncez) icare akdi ile ilgilidir. Eğer icâre akdi ileriki bir tarihte yürürlüğe girmek üzere akdedilmiş (icâre-i muzâfe) ise o zaman peşin ödeme şartı geçersiz olur ve böyle bir şart kabul edilmiş olsa bile kira veya ücret borcu muaccel olmaz<sup>17</sup>. Muaccel olmadığı halde kira veya ücret peşinen ödenmişse de artık geri alınamaz. Yani ödemenin fiilen yapılmış olması da borcu muaccel hale getirir.<sup>18</sup>

Ecir-i müşterek ile yapılan icare akdinde süre belirlenmesi şart değilse de, örfen veya delaleten sabit olan süre dikkate alınmalıdır. Eğer taraflar bir süre kararlaştırmışlarsa buna riayet edilmelidir<sup>19</sup>. Mesela hac yolculuğu için yapılan bir nakliye sözleşmesinde kesin bir tarih belirtilmese de kalan süre; hacca gitmek için gerekli asgarî süreden az olduğu halde yolculuk başlamamışsa borçlu temerrüde düşer. Bu durumda isterse akdi fesheder ve isterse bekleyip gelecek sene ifayı talep eder<sup>20</sup>. Hatta yolculuk için gerekli hazırlıkların yapılmaması, mesela gerekli izinlerin ve resmi muamelelerin yapılmaması ve bu işe ayrılan sürenin dolması da temerrüdü doğurabilir. Müslümanların, sözlerinde durmalarını, kabul ettikleri şartlara —haramı helal, helalı haram hale getirenler hariç<sup>21</sup>— riayet etmelerini emreden ayet<sup>22</sup> ve hadisler<sup>23</sup> bunu gerektirmektedir. Burada akdin, iş üzerine kurulduğu gerekçesiyle süre göz ardı edilemez. Aksi takdirde alacaklının hiç bir zaman ifayı talep edememesi gibi bir sonuç doğar. Bazı İslam hukukçularından nakledilen, "icare akdinde iş ve sürenin yer alması halinde akdin fasit olacağına dair görüş"<sup>24</sup>, akdin iş üzerine mi, süre üzerine mi kurulduğunun belli olmaması ve bundan dolayı ileride niza çıkması haline aittir. Yoksa akdin iş üzerine kurulduğu açık olup sürenin ayrıca bir vasıf olarak<sup>25</sup> zikredildiği belli ise bu akit sahihtir<sup>26</sup>.

14 Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, II(I)/347.

15 Şâfi mezhebinin farklı görüşü için bk. Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, II/334, 338.

16 Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, II(I)/348; Merginânî, *el-Hidâye*, III/232; *Mecelle*, md. 466-470; Bardakoğlu, Ali, "İslam Hukukunda İşçi ve İşveren Münasebetleri", s. 213.

17 İbnü Âbidin, *Hâşiyetü Reddi'l-muhtâr*, VI/10.

18 Merginânî, *el-Hidâye*, III/232.

19 Bardakoğlu, Ali, *İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi*, s. 233.

20 Bk. Salih Abdullah es-Semî' el-Âbi el Ezherî, *Cevâhiru'l-iklîl*, II/192.

21 Tirmizî, *Ahkâm* 17. Ayrıca bk. Buhari, *Mesâcid* 37, *Şurût* 13, 17.

22 Mesela bk. Nahl (XVI), 91; İsrâ (XVII), 34.

23 Buhari, *İcare* 14; Ebu Davud, *Akdıye* 12; Tirmizî, *Ahkâm* 17.

24 Merginânî, *el-Hidâye*, III/242; Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, II/340.

Vadeli borçlarda vade, borçlunun şahsına tanınmış bir haktır. Dolayısıyla borçlu ölünce vade düşer ve borç muaccel hale gelir. Varisler, mürise tanınmış bu vade hakkından istifade edemez<sup>27</sup>. İmam Malik iki durumu bundan istisna eder: Eğer alacaklı, borçlunun ölümüne sebep olmuşsa veya alacaklı ile borçlu, borçlunun ölümü halinde de vadenin devam edeceğine dair bir karar almışlarsa bu iki durumda borçlu ölünce vadeli borç muaccel hale gelmez. Hanbelî mezhebindeki bir görüşe göre de eğer varisler, vadeli borcun ödenmesini teminat altına alırlarsa ölüm sebebiyle borç, muaccel hale gelmez<sup>28</sup>.

Karz akdinde vade konusu ihtilafıdır. Ebu Hanife, Evzâî, İbnü'l-Münzir, Şâfiî, ve Ahmed b. Hanbel'e göre karz borcunun geri ödenmesi için vade tesbiti yapılmış bile olsa, alacaklı buna riayet etmek zorunda değildir, her an alacağını talep edebilir<sup>29</sup>. Bu görüşe göre karz akdi ile doğan geri ödeme borcu, daha doğarken muaccel olarak doğar. Malik ve Leys ise verilen vadenin muteber olduğu ve buna riayet edilmesi gerektiği görüşündedirler<sup>30</sup>. Hatta Maliki mezhebine göre bir vade konuşulmamışsa bile vade konusunda âdete itibar edilir ve âdetle tesbit edilen bu süreden önce alacaklının talep hakkı olmaz<sup>31</sup>.

Âriyet veren de, her an bundan dönme ve verdiği geri isteme hakkına sahiptir. İade için bir vade tesbit ve tayin edilmiş olması bu hükmü değiştirmez. Ancak bu son durumda vadeden önce talep edilmesi müsteire bir zarar veriyorsa bunu imkan ölçüsünde önleyici veya azaltıcı tedbirler alınmıştır. Mesela ekin ekmek üzere âriyet olarak alınan tarla henüz ekinler olgunlaşmadan sahibi tarafından talep edilirse, tarla hemen iade edilmez, fakat o andan itibaren emsal ücretle (ecr-i misil ile) kiralanmış kabul edilir ve böylece akit mahiyet değiştirip icareye dönüşmüş olur<sup>32</sup>.

25 Zeylaî, *Tebyînü'l-hağâik*, V/131; Sa' di Çelebi, *Hâşiye 'ale'l-'Inâye*, VIII/53; İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddî'l-muhtâr*, VI/59.

26 Bk. Mergînânî, *el-Hidâye*, III/242; Zeylaî, *Tebyînü'l-hağâik*, V/131; Bâbertî, *el-'Inâye*, VIII/52-53; Celâlüddid el-Harizmî el-Kirlânî, *el-Kifâye*, VIII/52-53; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II/340; *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, IV/424; İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddî'l-muhtâr*, VI/59.

27 İbnü Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 357; Senhûrî, *Masâdiru'l-hak*, V/64-65.

28 Senhûrî, *Masâdiru'l-hak*, V/64-65.

29 İbnü Kudâme, *el-Muğni*, IV/165, 354; İbnü Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 356-357.

30 İbnü Kudâme, *el-Muğni*, IV/165, 354; Hattâb, *Tahrîru'l-kelâm fi mesâilî'l-iltizam*, s. 387.

31 Hattâb, *Tahrîru'l-kelâm fi mesâilî'l-iltizam*, s. 387.

32 Âriyet akdi vadesiz de olsa hüküm böyledir. Her ne kadar müellifler hükmü izah ederken istihsan delili olarak iki tarafın da hakkına riayet prensibini ileri sürüyorlarsa da (bk. Mergînânî, *el-Hidâye*, III/222; Zeylaî, *Tebyînü'l-hağâik*, V/88) burada ekinlerin olgunlaşmasına kadar zımnî bir



Ağaç dikmek için belli bir vade ile âriyet olarak arazi alan kişi de vadeden önce talep halinde derhal ağaçları söküp araziyi teslim etmek zorundadır. Fakat bu durumda arazi sahibi vaktinden önce talepte bulunduğu için müsteîrin ağaçlarının zamanından önce sökülmesine, dolayısıyla zararına sebep olduğundan, ağaçların erken kesim veya sökümü dolayısıyla müsteîre verdiği zararı tazmin eder<sup>33</sup>. Maliki mezhebinde ise karz akdinde olduğu gibi âriyette de tesbit edilen süreye riayet etme mecburiyeti vardır. Âriyet veren bu süre dolmadan onu geri isteyemez<sup>34</sup>. Bu durumda Maliki mezhebine göre âriyet aldığı şeyi, vadesinden önce talep halinde iade etmeyen mütemerrit olmaz. Fakat diğer görüşe göre özel durumlar hariç iade etmeme, temerrüt sebebidir.

Emanet olarak birisinde bulunan mallar da talep halinde iade edilmek durumundadır. Vedîa, sahibi tarafından talep edildiği takdirde mümkün ise derhal iade edilmelidir<sup>35</sup>. Buna rağmen teslim etmezse veya vedîayı inkar ederse gâsıb durumuna düşer<sup>36</sup>. Hibe edenin, hibeden dönmesi ve bu konuda mahkeme kararı istihsal etmesi halinde, hibe edilen, hibeyi kabul edenin yanında mahkeme kararından sonra, dönenin talebine kadar emanet hükmündedir. Talep edildiği andan itibaren iade borcu muaccel hale gelir. Teslimden imtina ederse emanet olma durumu sona erer ve artık o mal, mazmûn hale gelir<sup>37</sup>.

Burada işaret etmemiz gereken bir nokta da bağlayıcı (lâzım) olmayan akitlerin durumudur. Bağlayıcı olmayan akitlerde temerrütten bahsetmek mümkün değildir. Çünkü borçlunun ifa talebi karşısında muhayyerlik hakkını kullanarak bu talebi reddetme, dolayısıyla akdi feshetme hakkı vardır. Mahkeme kararı ile ifayı talep ve borçluyu ifaya zorlama imkanımız yoktur. Bu durumda borcun muaccel olduğunu söyleyemeyiz. Bu açıdan istiñnâ<sup>c</sup> (eser, sipariş) akdi önem arz etmektedir. İstiñnâ<sup>c</sup>, zimmette borç olan ve yapılması istenen bir mebûn satımıdır<sup>38</sup>. Mesela bir ayakkabı veya mobilya siparişinde olduğu gibi sanatkarın, sipariş verenin isteği üzerine, kendi malzemesini kullanarak yaptığı işler bu akit çerçevesinde ele alınır. İslam hukukçuları, bunun bir satım akdi veya bir va'd olduğu konusunda farklı kanaatlere sahiptirler. Sahih görüşe göre bu bir satım akdidir ve ma'kûdun aleyh de iş

vadenin varlığı akla gelmektedir.

33 Merğınânî, *el-Hidâye*, III/222; Zeylai, *Tebyînü'l-hakâik*, V/88; Ali el-Hafif,

*Ahkâmu'l-muâmelâti's-şer'ıyye*, s. 431; Yaran, Rahmi, "Ağaç", TDV İA, I/459; Gözübenli, Beşir, "Âriyet", TDV İA, III/380.

34 Hattâb, *Tahrîru'l-kelâm fi mesâilî'l-iltizâm*, s. 75.

35 İbnü Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 276.

36 Halebî, *Mülteçâ'l-ebbûr*, II/144.

37 Bağdâdî, *Mecma' u'd'dâmanât*, s. 338.

38 Ali el-Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelâti's-şer'ıyye*, s. 398.



değil, meydana getirilecek eserdir. Her ne kadar satım akdinde, ma'kudun aleyhin akit anında mevcut olması şart; bir başka ifade ile mâdumun satışı caiz değil ise de burada olduğu gibi bazan mâdum hükmen mevcut sayılabilmektedir<sup>39</sup>. Bir görüşe göre bu, icareye benzeyen bir satım akdidir. Bazıları da başlangıçta icare, neticede satım (bey') akdidir demişlerdir<sup>40</sup>.

Bizi asıl ilgilendiren konu, bu akdin taraflar veya taraflardan yalnız biri açısından bağlayıcı olup olmadığıdır. Bir görüşe göre istisnâ akdi sanatkar açısından bağlayıcı değildir. Siparişi aldıktan sonra hiç bir mazeret ileri sürmeden akitten vazgeçebileceği gibi eseri meydana getirdikten sonra da bir başkasına satma hakkına sahiptir. Bu akit sanatkar açısından ancak, eser meydana geldikten ve sipariş veren eseri görüp beğendikten sonra bağlayıcı hale gelir<sup>41</sup>. Fakat Hanefi mezhebindeki esahh (daha doğru) görüşe göre sanatkar açısından başlangıçtan itibaren bağlayıcıdır<sup>42</sup>. Sipariş veren açısından ise ancak meydana gelen eseri görüp beğendikten sonra akit bağlayıcılık kazanır. Çünkü onun görme muhayyerliği vardır<sup>43</sup>.

Ebu Yusuf'tan nakledilen bir görüşe göre istisnâ akdi her iki taraf için de bağlayıcıdır<sup>44</sup>. Mecelle de bu görüşü tercih etmiştir<sup>45</sup>. Gerçekten de sanatkarın çoğu zaman, sipariş verenin

39 Merginâni, *el-Hidâye*, III/78; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, IV/124.

40 Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, IV/124; *el-Fetâvâ'l-hindiyeye*, III/208; Ali el-Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelâti's-şer'iyeye*, s. 398.

41 Merginâni, *el-Hidâye*, III/78; Ali el-Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelâti's-şer'iyeye*, s. 399.

42 Merginâni, *el-Hidâye*, III/78 *el-Fetâvâ'l-hindiyeye*, III/208.

43 Merginâni, *el-Hidâye*, III/78.

Bu hükme, normal satım akdinde alıcıya tanınan ve mezhepler arasında da ihtilaflı bir konu olan görme muhayyerliği (hiyâru'r-rü'ye'nin istisnâ akdine uygulanması sonucu varılmaktadır. Satım akdindeki hiyâru'r-rü'ye için bk. Merginâni, *el-Hidâye*, III/32 v.d.; Abdurrahman el-Cezîri, *Kitâbu'l-fikh ale'l-mezâhibi'l-erbaa*, II/214 v.d.

44 Merginâni, *el-Hidâye*, III/78.

45 *Mecelle* md 392: "İstisnâ mün'akit olduktan sonra tarafeyn pazarlıktan dönemez, fakat masnû' eğer tarife muvafık olmazsa müstesni' muhayyerdir."

Mecelle mazbatasında maddenin gerekçesi şöyle ifade edilmektedir: "... ismarlayanın ismarlama akdini (istisnâ) feshinde muhayyer olması bir çok büyük işleri bozacağından ... asrın ihtiyacına göre Ebu Yusuf kavlinin alınmasına lüzum görülerek 392. madde ona uygun olarak yazılmıştır." Bk. Erdoğan, Mehmet, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, s.160-161.

Mustafa Zerkâ, bu maddenin Ebu Yusuf'un görüşü olarak kabul edilmesine itiraz ederek şunları söylüyor: Mezhep kitaplarında nakledildiğine göre Ebu Yusuf'un görüşü işin bitiminden sonrası içindir. İş bitmeden veya iş bitse de yapılan eser getirilmeden önce sipariş verenin muhayyer olduğu hakkında ihtilaf yoktur. *Bedâyi'*de, *Reddü'l-muhtâr*'da ve diğer kitaplarda böyle anlatılmaktadır. ... 392. madde mezhepte hiç

istediği ölçülerle yaptığı bir eseri başkalarının almayacağı veya çok düşük fiata alacağı ve bunun neticesinde büyük zararlara uğrayacağı dikkate alınca Ebu Yusuf'tan nakledilen bu görüşün zamanımızın şartlarına daha uygun mütala edilmesi mümkündür. Nitekim bazı çağdaş müellifler de bunu tercih etmektedir<sup>46</sup>.

Sipariş akdinde temerrütten bahsederken yukarıdaki görüşler de değerlendirilmelidir. Mecelle'deki görüş esas alındığı takdirde akit anından itibaren tarafların tek taraflı fesih hakkı olmayacağından ifa için belirlenen zamanın geçmesi, diğer şartların da bulunması halinde temerrüt sebebi olacaktır.

### **B- Borcun ifasının mümkün olması**

Borcun ifası mümkün olduğu takdirde, ifa talep edilebilir ve ifa yerine getirilmeyince de temerrütten bahsedilir. Fakat ifa mümkün değilse artık temerrütten söz edilemez. Eğer ifa, akit anında mümkün değil idiyse bu akit, batıl olduğundan burada konu edilen, ifa imkanının devam etmesi, yani sonraki imkansızlık halinin bulunmamasıdır.

Satım akdinde mebî, henüz alıcı tarafından teslim alınmadan satıcı nezdinde veya tarafların ortak kararı ile üçüncü bir şahsa teslim edilmiş olması halinde bu üçüncü şahıs nezdinde telef olsa artık alıcı aynen ifayı talep edemeyeceğinden satıcının temerrüdü söz konusu olmaz. Eğer telef, satıcının fiili ile veya tabii âfet sonucu gerçekleşmişse alıcının semen borcu düşer ve semeni ödemişse geri alır. Eğer mebî alıcının fiili ile telef olmuşsa bu durumda semen borcu düşmez. Alıcı ve satıcı dışında başka bir kişinin fiili ile telef olmuşsa bu durumda alıcı; isterse akdi fesheder, dolayısıyla semen ödemez, ödemişse istirdad eder, isterse de akdin devamını tercih eder ve mebî telef edene tazmin ettirir<sup>47</sup>.

Selem akdinde ifa zamanı mal, piyasada bulunamıyorsa alacaklı isterse akdi fesheder, isterse malın piyasaya çıkmasını bekler<sup>48</sup>.

---

kimsenin görüşüne uygun değildir. ... Bu görüşün Ebu Yusuf'a dayandırılması yerine Mecelle'nin Ebu Yusuf'un görüşünü genişlettiğinin ve bunun ayrıca irâde-i sultâniyeye iktiran ettiğinin kabul edilmesi daha uygundur. Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, I/456-457, dipnot.

46 Bk. Ali el-Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelâti's-şer'ıyye*, s. 399.

47 Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslamiye ve İstilahat-ı fıkhiyye Kamusu*, VI/53.

48 Merğînânî, *el-Hidâye*, III/72.

İcare akdi ile bir nakliye işini üstlenen kişi, eğer yükü belli bir vasıta ile taşımayı taahhüt etmişse, o vasıtanın sürekli veya geçici olarak hizmet dışı kalması halinde alacaklı, artık ifayı talep edemez. Bu konuda klasik kaynakların verdikleri misal, zamanlarının taşıma vasıtası olan hayvan ölümleri ve hastalanmalarındır. Yük götürmek veya binilmek üzere kiralanan muayyen hayvan, yolda veya henüz yola çıkmadan ölse akit münfesihi olur. Fakat hayvan hastalansa akit münfesihi olmaz; alacaklı isterse akdi fesheder, isterse hayvanın iyileşmesini (nakil vasıtasının tamir edilmesini) bekler. Bir müddet gidildikten sonra ölüm veya hastalık sebebiyle akit infisah ettiği veya feshedildiği takdirde bu mesafenin ücreti, toplam ücrete göre tesbit edilecek bir orana göre ödenir. Akit, belli bir vasıta üzerine olmayıp, mutlak taşıma akdi olduğu takdirde ise alacaklı, borçludan başka bir vasıta bulup nakliye görevini ifa etmesini talep edebilir. Çünkü buradaki taşıma borcu, zimmette sabit bir borçtur<sup>49</sup>. Bir vasıtanın hizmet dışı kalması, zimmetteki borcu imkansız hale getirmez.

Belli bir yere yük veya yolcu taşımak üzere sözleşme yapıldıktan sonra yol emniyeti ortadan kalktığı için o yol ulaşım kapasitesine veya belli bir güzergâhtan Mekke'ye hacı götürmek üzere sözleşme yapıldıktan sonra o sene bu güzergâh iptal edilse bu durumda borcun zamanında ifası imkansız kabul edilir ve borçlu veya alacaklı temerrüdü doğmaz. Taraflardan her biri akdi feshetme hakkına sahip olur. İsterlerse de ifa, daha sonra imkansızlık ortadan kalkınca gerçekleşmek üzere akdi devam ettirebilirler. Yol emniyetinin sadece borçlu veya alacaklı açısından ortadan kalkması halinde böyle bir fesih hakkı olmaz<sup>50</sup>.

Kiralananından istifade imkanı kısmen ortadan kalksa bu durumda akit kendiliğinden münfesihi olmaz. Kiracı, hıyâr-ı ayb ile akdi feshetme imkanına kavuşur. Ancak feshin geçerli olabilmesi için kiralananın huzurunda yapılması gerekir. Hıyâr-ı ayb ile yapılacak fesihlerde bu şarttır<sup>51</sup>. Akdi feshetmezse ücretin tamamını ödemek zorundadır<sup>52</sup>.

49 Serahsi, *el-Mebsût*, XV/177; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 584, s. 111; Salih Abdullah es-Semî' el-Âbî el Ezherî, *Cevâhiru'l-iklîl*, II/192; Senhûrî, *Masâdiru'l-hak*, VI/219-220; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslamiye ve Istılahat-ı fihriyye Kamusu*, VI/202.

50 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, IV/29-30; Senhûrî, *Masâdiru'l-hak*, VI/102.

51 Serahsi, *el-Mebsût*, XV/135.

Sözleşme ile süt annelik borcu olan bir kadın, meşakkatsiz bir şekilde çocuğa süt verme gücünü kaybedecek derecede hasta olsa bu durum, onun için akdi feshetme hususunda bir mazeret olarak değerlendirilir ve bu hakkını kullanarak temerrüde düşmekten kurtulabilir<sup>53</sup>.

### C- Borçlunun ifaya kâdir olması

Burada ifa kudreti ile verme borçlarında, borçlunun borcunu ifa edecek mâlî varlığa sahip olmasının ve yapma borçlarında da beden sağlığını kastediyoruz. İslam hukukunda hiç bir malı olmadığı kesin olarak bilinen borçlu hakkında her hangi bir işlem yapılmaz<sup>54</sup>. Kur'ân-ı Kerim'de yoksul borçlulara süre tanınması emredilmektedir<sup>55</sup>. Ödeme gücüne sahip olmadığı bilinen borçludan ifanın talep edilmesi bazı alimlerce "haram" olarak değerlendirilmiştir<sup>56</sup>. İslam öncesi dönemde aynı durumdaki borçluların hür olmalarına rağmen satılarak alacağın tahsili cihetine gidildiği<sup>57</sup> dikkate alınırsa bunun ne kadar büyük bir gelişme olduğu daha iyi anlaşılır.

Ödeme gücüne sahip olmayan borçluya hakim vade tanır veya duruma göre borcun ödenmesini taksitler bağlar<sup>58</sup>. Borcunu vadesinde ödemeyen kişinin hapsedilmesinden maksat, varsa malvarlığından borcunu ödesin ve maddî durumu belirlensin dyledir. Bundan dolayı hapsedilen borçlu, i'sârı yani zaruri ihtiyaçlarından başka malı olmadığı sabit olunca serbest bırakılır. Fakat bu hali sübut bulana kadar hapis devam eder. Hakim borçludan, önce alacaklı ile anlaşmasını, alacaklıyı razı etmesini ister. Buna muvaffak olamazsa o zaman alacaklının talebi üzerine<sup>59</sup> borçlu hapsedilir.

52 Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslamiye ve İstilahat-ı fıkhiyye Kamusu*, VI/187.

53 Serahsî, *el-Mebsût*, XV/122; Zeylai, *Tebyînü'l-hakâik*, V/129; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslamiye ve İstilahat-ı fıkhiyye Kamusu*, VI/211.

54 Atar, Fahrettin, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 65.

55 Bakara sûresi, II/280.

56 Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'ân*, III/375; İbnü Ferhûn, *Tebşirâtü'l-İkkâm*, I/373.

57 Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'ân*, III/371.

58 Atar, Fahrettin, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, İs.183.

59 *el-Fetâvâ'l-hindiyye*, III/412.

Eğer borçlu i'sâr (yoksulluk) iddiasında bulunursa borcun kaynağına bakılır. Borç, satım akdinden doğmuşsa bu iddia sübut bulana kadar hapis devam eder. Çünkü satım akdi ile bir şey aldığına göre o aldığı mal dolayısıyla ödeme gücüne sahip kabul edilir. Ama borç, mehir, hul' bedeli, kefalet, sulh bedeli türünden ise bu durumda yoksulluğu sabit olana kadar hapsedilip edilmeyeceği ihtilaflıdır. Hapis esnasında borçlu dövülmez, bağlanmaz, ayakta durma mecburiyetinde bırakılmaz, zorla ücret mukabili çalıştırılmaz. Diğer taraftan cuma veya bayram namazına, yakını için de olsa cenaze namazına katılmak amacıyla da olsa dışarı çıkmasına müsaade edilmez. Hapishanede kendisine rahat bir ortam da hazırlanmaz. Sert bir yerde kalır, yatak verilmez, kimse ile sohbet amacıyla görüşmesine müsaade edilmez. Çünkü hapisten maksat, onu ifaya zorlamaktır. Fakat ailesinin ve kardeşlerinin istişare etmek üzere kendisiyle görüşmesine, yanında fazla kalmamak şartıyla izin verilir. Bu arada hakim borçlunun mâli durumu ile ilgili araştırma yapar ve ödeme gücünün olmadığı sabit olduğu anda onu serbest bırakır<sup>60</sup>.

İfa gücüne sahip borçlu ile ifa gücü olmayan borçlunun temerrüt açısından farklı mütalaa edilmesi normal karşılanmalıdır. Çünkü ifa gücü olmayan borçlu hüsnüniyet sahibidir. En azından bir sū-i niyeti yoktur. İslam hukukunda hüsnüniyetin dikkate alındığı yerler vardır. Mesela başkasına ait araziye hüsnü niyetle<sup>61</sup> bina yapan kimse; binanın kıymeti, arazinin kıymetinden çok fazla ise bedelini ödeyerek o araziye cebren mâlik olur. Fukahanın çoğu bu konuda hüsnüniyeti esas alır<sup>62</sup>. Suriye Medeni Kanunu md. 889 ve Mısır Medeni Kanunu md. 925/2 bu meselede hüsnüniyeti dikkate almıştır<sup>63</sup>. Mecelle de bu konuda

60 Serahsî, *el-Mebsût*, XX/88-90.

61 Hanefî alimlerden Kerhî'nin, burada hüsnüniyete itibar etmeksizin; bina ile arsadan hangisinin kıymetinin fazla olduğuna bakarak; binanın kıymeti fazla olduğu takdirde arsanın ona tâbi sayılacağını ve bina sahibinin, arsaya da kıymetini ödeyerek sahip olacağını söylediği rivayet edilmekte ise de bu görüş tenkit edilmektedir. Çünkü bu, başkalarının malını zulmen ele geçirmek için bir usul ve yol olarak kullanılabilir. Bk. Haskefî, *ed-Dürrü'l-muhtâr*, VI/192; İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddî'l-muhtâr*, VI/192; Ali el-Hafif, *el-Milkiyye*, s. 59-60. Kerhî'den nakledilen bu görüş, muteber fıkıh metinlerine de aykırıdır. Bk. Mergînânî, *el-Hidâye*, IV/17; Mevsilî, *el-İhtiyar*, III/63. Kerhî'nin, başkasına ait kerestenin bina yapımında kullanılması ile ilgili görüşü (Bk. Mergînânî, *el-Hidâye*, IV/16) ile buradaki görüş de bir birine aykırı görülmektedir.

62 Ali el-Hafif, *el-Milkiyye fi's-şeriatî'l-islâmiyye*, s. 60.

63 Ali el-Hafif, *el-Milkiyye fi's-şeriatî'l-islâmiyye*, s. 59-60.



hüsnüniyete itibar etmiş ve babasından miras kalan arsa üzerine arsanın kıymetinden daha fazla para harcayarak bina yapan kişinin, daha sonra arsa istihkak edildiği takdirde kıymetini ödeyerek arsaya sahip olacağını ifade etmiştir<sup>64</sup>.

#### D- İfanın talep edilmesi

Türk hukukunda temerrüt için prensip olarak borçlunun ihtar edilmesi yani borçlanılan edimin ifasının ondan talep edilmesi şarttır. Bununla beraber ihtara lüzum olmadan borçlunun temerrüde düştüğü haller de vardır. Olaya İslam hukuku açısından bakınca burada temerrüt müstakil bir konu olarak ele alınmadığı için genel mahiyette ifadeler bulmak mümkün olamamaktadır. Fakat bazı borçlarda borçluya karşı müsamahakar davranıldığından hareket ederek bu tip borçlarda temerrütten bahsedebilmek için borcun ayrıca talep edilmesi gerektiğini düşünmek mümkündür.

Karz akdinde vade, İslam hukukçularının çoğunluğuna göre hükümsüz olduğu<sup>65</sup> için borç talep edilmedikçe ifanın gecikmesine rızanın varlığı düşünülür. Dolayısıyla ancak ihtardan sonra ifa gerçekleşmezse borçlu temerrüde düşer.

Borcun mevzûu para gibi zimmete tealluk eden bir şey ise alacaklının talebinden önce ödeme mecburiyeti yoktur. Ama borcun mevzûu muayyen bir mal ise kaide olarak bunun da sahibine verilmesi gerekmez. Ancak mal, sahibinin rızası haricinde borçlunun elinde bulunuyorsa, yahut borçlu, belli bir müddetin sonunda malı sahibine teslim etmeyi taahhüt etmişse ifa talebe bağlı değildir. Meselâ âriyet mal, iş görüldükten sonra sahibinin talebi beklenmeden iade edilmelidir<sup>66</sup>. Alacaklının talebi olmadan hemen ifa edilmesi gereken borçlarda mesela gasptan doğan borçta zamanla borçlu, borcunu unutsa ve ölse günahkar olur; fakat mesela bir karz borcunu veya satım akdinde semen borcunu unutsa günahkar olmaz<sup>67</sup>.

64 Bk. Mecelle, md. 906.

65 Suyûti, *El-Eşbâh ve'n-nezâir*, 356; İbnü Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s.357; Ali el-Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelâti's-şer'iyye*, s. 402.

66 Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/542.

67 İbnü Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s.303.



Açlık veya susuzluktan ölmek üzere olup başkasına ait yiyecek veya içeceğe ihtiyaç duyan kişi, sahibinden o yiyecek veya içeceği istese ve sahibi de zaruri ihtiyacından fazla olduğu halde ona bunu vermese mütemerrit olur. O kişi bu sebeple ölürse tazminat öder. Fakat bir istekte bulunmadan açlıktan ölse diğer kişi, her ne kadar günahkar olursa da tazminat ödemez<sup>68</sup>.

Bir kişi kendi mülkünde düzgün bir duvar yapsa, daha sonra bu duvar umuma ait yola meyletse ve yıkılma tehlikesi olsa eğer hiç kimseden yıkma talebi olmadan duvar yıkılır ve mal veya can kaybına sebep olursa karşı görüşte olanlar olmakla birlikte çoğunluğa göre meydana gelen zararı tazmin etmez. Fakat her hangi bir vatandaştan<sup>69</sup> da olsa yıkma talebinde bulunulduğu halde yıkmamışsa meydana gelen zararı tazmin eder. Eğer aynı duvar birinin özel mülküne veya birden fazla kişinin müşterek mülküne yıkılma tehlikesi göstermişse bu durumda talep hakkı onlara aittir. Eğer duvarı daha yaparken eğik yapmış ise bu takdirde teaddide (haksız fiilde) bulunmuş sayıldığından her hangi bir talep olmasa da zararı tazmin etmesi gerekir<sup>70</sup>.

#### **E- Alacaklının edimi kabule hazır olması**

Alacaklı edimi kabulde veya kendisine düşen hazırlık fiillerini yapmakta mütemerrit bulunduğu takdirde borçlu temerrüdü meydana gelmez. Temerrüdün doğması için alacaklının edimi kabule hazır bulunması da zorunludur<sup>71</sup>. Alacaklının tayin (seçim) muhayyerliği<sup>72</sup> bulunan bir satım akdinde bu hakkını

68 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, IX/580-581. Krş. İbnü Ferhûn, *Tebşiratü'l-ḥukkâm*, I/116., 194.

69 Bazı alimlere göre duvarın yıkılması hususunda, sahibinin ihtar edilmesi yeterli değildir, ayrıca bunun şahitlendirilmesi (işhâd) da şarttır. Bundan sonra yıkma imkanı bulunduğu halde yıkmazsa ve duvar kendiliğinden yıkılıp bir zarara sebep olursa meydana gelen zarar tazmin edilir. İbnü'l-Kâsım, şahitlendirme olmazsa duvarın durumu tehlikeli de olsa tazminat gerekmeyeceği görüşüne sahiptir. Eşheb ise duvarın aşırı eğik olması halinde şahitlendirme olmasa da tazminat gerekeceği kanaatindedir. Şahitlendirme işlemi de hakim bulunan yerlerde ancak hakim veya bu konuda yetkili birisi tarafından yapılırsa muteberdir. İbnü Ferhûn, *Tebşiratü'l-ḥukkâm*, II/339.

70 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, IX/571-573; İbnü Ferhûn, *Tebşiratü'l-ḥukkâm*, II/339.

71 Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, I/911-912.

72 Tayin muhayyerliği (hıyâru't-ta'yîn), en fazla üç maldan birinin, seçim hakkı alacaklıya ait olmak üzere satılmasıdır. Bu hakkın kullanılması için

kullanmadığı için ifa gerçekleşmiyorsa diğer şartlar bulunsa bile borçlu temerrüdü doğmamalıdır. Ecir-i müşterek ile yapılan icare akdinde mesela bir terzi ile elbise dikmesi için yapılan akitte, alacaklı kumaşı teslim etmediği takdirde elbisenin dikilmesi mümkün değildir. Bu durumda temerrüt iddiasında bulunamaz. Ecir-i hâs belirlenen vakitte hizmete hazır olarak bulunsa ve borçlu ondan iş talep etmese veya işin ifası için gerekli hazırlıkları (malzeme temini gibi) yapmasa borç ifa edilmiş sayılır<sup>73</sup>, alacaklı temerrüt iddiasında bulunamaz.

#### IV- BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNÜN SONA ERMESİ

##### A- İfa

Temerrüde düşen borçlu, borcunu ifa emekle borçtan kurtulur. Ancak yapılan ifanın hukuken geçerli bir ifa olması şarttır. Mesela bir çocuktan (sabiden) gasbedilen şeyin o çocuğa iadesi, eğer çocuk küçük olup alma verme düşüncesi kendisinde gelişmemişse, yani muhafaza ehlinde değil ise ifa sayılmaz. Eğer gasbedilen şey istihlak edilmiş de kıymeti çocuğa verilmişse bu durumda verme fiili, ancak çocuğun ticarî faaliyet iznine sahip (sabiyy-i me'zun) olması halinde ifa sayılır. Çocuğun ticarî faaliyet izni yoksa sadece mümeyyiz olması ifanın geçerli olması için yeterli değildir. Çünkü bir şeyin kıymetinin verilmesi temlik anlamındadır. Bir atın üzerinden alınan şeyin, atın üzerine bırakılması da ifa sayılmaz<sup>74</sup>. Deyn borcunun alacaklısı, kısıtlı (kâsır) çocuk veya deli veya sefeh sebebiyle kısıtlanmış (hacredilmiş) kişi olması halinde bunlara yapılacak ödeme ifa sayılmaz<sup>75</sup>.

Alacaklının açık talimatı üzerine borcunu bir çocuğa (sabiye) veya bir deliye ödeyen, yahut bir yere atan borçlunun bu davranışını da hukuken geçerli teslim alma (kabz-ı sahih) bulunmadığı gerekçesiyle ifa saymamaktadırlar<sup>76</sup>. Aslında bu

ayrıca Ebu Hanife'ye göre üç günü geçmeyen, Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre belli olmak şartıyla üç günü de geçebilen bir müddet tesbit edilmesi şarttır. Bu muhayyerliğin müstakil bir muhayyerlik oluşu veya şart muhayyerliği ile birlikte bulunacağı konusunda da farklı değerlendirmeler vardır. Müstakil bir muhayyerlik olduğu takdirde akit lâzım (bağlayıcı)dır ve bu üç şeyden biri mebi'dir. Bk. Merginâni, *el-Hidâye*, III/31; Ali el-Hafif, *Ahkâmü'l-muâmelâti's-şer'ıyye*, s.375- 376. Tayin muhayyerliği için süre tesbitinin şart olmadığını ileri sürenler de vardır. Zeylai, *Tebyînü'l-hakâik* IV/21-22.

73 Bk. Mevsûlî, *el-İhtiyâr*, II/54.

74 Bağdâdi, *Mecmau'd-damânât*, s. 140.

75 Kadri Paşa, *Mürşidü'l-bayrân*, md. 215, s. 41.

76 İzzuddin b. Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, II/159.

durumlarda ödeme veya atma fiili alacaklının huzurunda olmuşsa bunun bir ifa sayılması düşünülebilir. Hatta alacaklının huzurunda olmasa bile onun talimatı yerine getirildiği için isbat edilebildiği takdirde ifanın geçerli sayılması daha mantıkî kabul edilebilir.

Alacaklı mefkûd (gâib) olduğu için borcunu, alacaklının nafaka borçlularına ödeyen borçlu, eğer bu ödeme için bir mahkeme kararı yoksa ifada bulunmuş sayılmaz ve borç devam eder<sup>77</sup>. Diğer taraftan âriyet alan, bunu âriyet verenin aile fertlerinden birine teslim etse hatta âriyet aldığı hayvanı, sahibinin ahırına götürüp bıraksa bu ifa, geçerli sayılmaktadır<sup>78</sup>.

Aslında nelerin ifa sayılacağı konusunda İslam hukukçuları bazan aynı kanaatte iseler de yer yer farklı görüşlere sahiptirler. Konunun bizi ilgilendiren yönü ifanın hukuken geçerli olmasıdır. Bu bakımdan fazla teferruata girmiyoruz.

### **B- İfanın teklifi**

Eğer alacaklı, usulüne uygun şekilde yapılmış ifa teklifini haklı bir gerekçesi olmadan reddederse bu durumda kendisi temerrüde düşmüş olacağından borçlu temerrütten kurtulur. Alacaklı, bu şekilde bir ifa teklifini reddetme hakkına sahip değildir. Kendisinden ya ifayı kabul etmesi veya borçluyu ibrâ etmesi istenir. Eğer ifâdan da ibrâdan da kaçınırsa bu durumda hakim onun adına alacağı teslim alır ve borçlu borcundan kurtulur<sup>79</sup>. Burada hakim in teslim alması ile aslında ifa gerçekleşmekte ve borç sona ermektedir, ifa teklifinin reddi ile hakim in teslim alması arasında geçen sürede ise borç durmaktadır fakat bu süre için temerrüt sona ermiş kabul edilmelidir.

Bazı borçlarda ifanın gerçekleşmesi için borçlunun ifaya katılması gerekmemektedir. Muayyen bir malın teslimi borçlarında mesela gasbedilen malın veya vedianın iadesinde alacaklı teslim almaktan kaçınsa da borçlu onu alacaklının yanına bırakmakla borçtan kurtulabilmektedir. Fakat bazı borçlarda<sup>80</sup> ise borcun bizzat alacaklının eline konulması istenmektedir<sup>81</sup>. Bu gibi borçlarda ifa teklifinin reddi halinde alacaklı mütemerrit olacağından borçlu temerrüdü sona ermiş kabul edilmelidir.

77 Merğînânî, *el-Hidâye*, II/181.

78 Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III/58.

79 İbnü Recep, *el-Kavâid*, s. 245.

80 Gasbedilen malın kıymetinin ödenmesi halinde bu şarttır.

81 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 140.

Alacaklının, gereği gibi yapılmayan ifa teklifini reddetme hakkı olduğundan bu şekildeki teklifler temerrüdü sona erdirmez. Bazı hukukçular, borcun, borçlanıldığı gibi teklif edilmesi üzerinde hassasiyetle dururlar ve borçtan daha iyisinin teklif edilmesini bile gereği gibi ifa teklifi saymazlar ve alacaklının teklifi reddetme hakkı olduğunu söylerler. Serahsi bu görüştedir<sup>82</sup>. Muaccel borcun bir kısmının ifasının teklif edilmesi halinde alacaklı, bu kısmi ifayı kabul etmek zorunda değildir<sup>83</sup>.

### C- İfanın imkansız hale gelmesi

Temerrüdün şartlarından biri de ifanın mümkün olmasıdır. Temerrüdün devamı için de bu durumun mevcudiyetini koruması şarttır. Eğer her hangi bir sebeple ifa imkansız hale gelmişse temerrüt hali sona ermiş sayılır. Çünkü ifa mümkün olduğu müddetçe bir gecikmeden bahsedilebilir. Buna göre satım akdinde mebûin teslimden önce telef olması, muayyen bir vasıta ile bir malın nakli için yapılan icare akdinde o vasıtanın telef olması halinde bu durum temerrüden sonra meydana gelmişse telef anından itibaren temerrüt hali sona ermiş kabul edilir. Fakat temerrüt sebebiyle o ana kadar doğmuş hak ve yükümlülüklerin devam edeceği tabiidir.

### D- Alacaklının ifadan vazgeçip tazminat veya sözleşmeden dönme hakkını tercih ettiğini borçluya bildirmesi

İleride ele alacağımız temerrüt sonuçlarından biri olan, alacaklıya ifa yanında ifadan vazgeçip tazminat veya sözleşmeden dönme hakkını tercih imkanı sağlayan durum gerçekleştiği ve alacaklı tazminat veya dönme haklarından birini seçtiği takdirde temerrüt sona erer. Eğer tazminat ödemede de gecikme olduğu ve temerrüdün diğer şartları bulunduğu takdirde doğacak temerrüt asıl borcun değil, bu tazminat borcunun temerrüdü olarak değerlendirilmelidir. Çünkü bu, bir nevi borcun yenilenmesidir. Her ne kadar borç karşılıklı rızaya dayanmadan<sup>84</sup> yenileniyorsa da kanaatimizce karşılıklı rıza ile yenilenmiş gibi değerlendirilmelidir. Borcun yenilenmesi halinde ise eski borç sona ermekte ve yeni bir borç doğmaktadır<sup>85</sup>.

82 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 459. Ayrıca bk. Şirbîni, *Muğnî'l-muhtâc*, II/115-116.

83 Kadri Paşa, *Mürşidü'l-ğayrân*, md. 215, s. 40.

84 Tarafların rızası ile bir borç akdinin feshedilip başka bir akitle borcun yenilenmesi caizdir. Bk Kadri Paşa, *Mürşidü'l-ğayrân*, md. 250, s. 47.

85 Kadri Paşa, *Mürşidü'l-ğayrân*, md. 251, 252, s. 47.

### E- Takas (Mukâssa)

Türk hukukundaki takas veya ödeşme<sup>86</sup> yerine Arapça kaynaklarda takas yanında mukâssa terimi de kullanılmaktadır. Mukâssa, Bir şahıstaki talep edilebilir alacağın (deynin), ona olan talep edilebilir borca (deyne) mukabil olarak düşürülmesidir<sup>87</sup>. Cebri ve ihtiyârî olmak üzere ikiye ayrılır. Cebri takasta borçların, deyn borcu olması; ayrıca cins, vasıf, vade ve kuvvet açısından aynı olması şarttır. Bu yönleriyle aynı olan borçlarda takas, sonraki borcun doğması ile<sup>88</sup>, bunlardan birinde farklılık olması halinde ise ancak tarafların rızası ile meydana gelir. Borçların miktarı farklı olunca az miktar kadar kısım, diğer borçtan düşer<sup>89</sup>.

Nafaka borcu diğer borçlara nisbetle zayıf olduğu için, kocasına borcu olan bir kadın, bu borcunu, ondaki nafaka alacağı ile takas etmek istese kocanın rızası olmadan takas meydana gelmez. Borçlar arasındaki derece farkı bir nevi cins ayrılığı veya kalite farkı gibi kabul edilmektedir<sup>90</sup>. Maliki mezhebindeki meşhur görüşe göre de borçlusundan mal satın alan kişinin eğer bu akitle doğan semen borcu, alacağı ile aynı cins ve vasıfta ise, talebi halinde takasa hükmetmek gerekir. Fakat Ziyâd b. Muhammed'in (ö. 273 h.) İmam Mâlik'ten naklettiğine göre bu durumda takasa hükmedilmez<sup>91</sup>. Karşılıklı olarak iki ayrı selem akdi ile birbirlerine aynı kalite ve vasıfta, aynı vade ile buğday borçlanan iki kişinin bu borçlarını takas etmeleri de caiz görülmemiştir<sup>92</sup>.

Temerrüt konusu borcun tamamı veya bir kısmı takas yoluyla düştüğü takdirde temerrüt sona erer.

86 Bk. Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, I/1202 v.d.; TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 818 v.d.; Tekil, Fahiman, *Borçlar Hukuku*, s. 212 v.d..

87 Kadri Paşa, *Mürşidü'l-ğayrân*, md. 224, s. 42.

88 Bu hüküm, bütün borçlar için geçerli değildir. Bazı borçlarda tarafların rızası ikinci borç, birinci ile aynı cinsten de olsa aranır. Bk. İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddi'l-muhtâr*, V/265-266.

89 Kadri Paşa, *Mürşidü'l-ğayrân*, md. 225- 228, s. 42-43.

Ayrıca bk. İzzuddin b. Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, II/71; İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddi'l-muhtâr*, V/265-266; Ali Haydar, *Dürerü'l-hukkâm*, III/317-318; Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, I/536, III/175; Abdunnâsır Tefvik el-Attâr, *Nażariyyetü'l-ecel fi'l-iltizâm*, s. 252.

90 İbnü Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 266.

91 Hattâb, *Tahrîru'l-kelâm fi mesâilü'l-iltizâm*, s. 384.

Maliki mezhebine göre takasla ilgili hükümler için bk. Salih Abdullah es-Semî' el-Âbi el Ezherî, *Cevâhirü'l-iklîl*, II/76-77; Derdîr, *eş-şerhu's-sağîr*, IV/389- 394.

92 Serahsî, *el-Mebsût*, XII/168.



## F- Sulh

Sulh, karşılıklı rıza ile ihtilafı ortadan kaldıran bir akit olup icab ve kabul ile mün'akit olur<sup>93</sup>. Bir kimse başkasının zimmetindeki alacağının bir miktarı üzerine sulh olsa alacağının bir kısmını almış, kalanından borçluyu ibra etmiş olur<sup>94</sup>. Sahabeden Ka'b b. Mâlik, Abdullah b. Ebî Hadred'den alacağını istemiş ve yüksek sesle konuşmaları üzerine durumdan haberdar olan Hz. Peygamber Ka'b'a işaret ederek borcunun yarısından vazgeçmesini istemiş, o da buna razı olmuş ve borcun yarısını ödemiştir<sup>95</sup>. Rasulüllahın Ka'b'dan yarısına razı olmasını istemesi, onun kazâî tasarrufu değil, sulh teklifi olarak değerlendirilmelidir<sup>96</sup>.

Bir kimse muaccel olan alacağını tehir etmek üzere sulh yapsa muacceliyet hakkını iskât etmiş (düşürmüş) olur<sup>97</sup> ve yeni vade gelmeden alacağını talep edemez. Eğer alacağını, taksitlerden birini ödemediği takdirde diğer taksitlerin de muacceliyet kazanması şartıyla taksitlendirirse, bir taksidin gecikmesi halinde bu şartın gereği olarak diğer taksitler muaccel olur<sup>98</sup>.

## G- Borçlunun ibra edilmesi

İbrâ, iskât ve istifa diye ikiye ayrılır. İbrâ-i iskât, bir kişinin, diğerinde olan alacağının tamamını düşürmek veya bir miktar indirimde bulunmak suretiyle onu borçtan beri kılmasıdır. Burada kasdettiğimiz ibrâ da bu manadadır. İbrâ-i istifâ ise, bir kişinin diğerindeki alacağını almış olduğunu itiraf etmesidir ki bu bir nevi ikrardır<sup>99</sup>.

Akıllı, ergin (bâliğ) ve teberru ehliyetine sahip bir kişinin, alacaklısını ibra etmesi halinde o alacak düşer<sup>100</sup>. İbranın hukuki

93 Bk. *Mecelle*, md. 1531.

94 Bk. *Mecelle*, md. 1552.

95 Buhari, *Mesâcid* 38, 49, *Husûmât*, 3, 8, *Sulh*, 10, 14; Müslim, *Müsâkât* 20, 21; Ebu Dâvûd, *Akdiye* 12; Nesâî, *Âdâbu'l-kuğât* 20, 25.

96 Muhammed Tâhir b. Âşûr, *Meķâşıdu's-şerîa*, s.33.

97 Bk. *Mecelle*, md. 1553.

98 Haskefi, *ed-Dürri'l-muķtâr*, IV/533; Ali el-Hafif, *Ahkâmü'l-muâmelâti's-şer'ıyye*, s. 385.

Ali Hafif, bir taksitli satım akdinde taksitlerden birinin vadesinde ödenmemesinin diğer taksitleri de muaccel hale getirmesi şartının da geçerli olduğunu kaydediyor (a. g. y).

99 Bk. *Mecelle* md. 1536; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-ıayrân*, md. 232, s. 44.

geçerlilik (nefaz) kazanması için karşı tarafın yani borçlunun kabulü şart değildir, itiraz etmemesi yeterlidir. Ancak borçlu o mecliste ibrayı reddederse bu takdirde ibra geçersiz olur<sup>101</sup>.

Mevcut borçların ibrâsı sahih olup, daha doğmamış borçların ibrâsı sahih değildir. Bu bakımdan henüz boşanmamış karının, kocasını iddet süresince ödemesi gereken nafaka borcundan ibrâ etmesi halinde ibrâ geçersiz olacağından<sup>102</sup> boşanmadan sonra nafaka talep hakkı vardır ve koca bu borcunu ifa etmediği takdirde temerrüde düşer. Muayyen mal borçlarından ibrâ da sahih değildir<sup>103</sup>.

Alacaklı, borçlunun bir miktar borcunu; kalan borcun muayyen vaktinde ödenmesi şartıyla ibrâ eder ve borcun belirlenen vakitte ödenmemesi halinde ibrâ edilen borcun da ibrâdan önceki hali ile devam edeceğini açıkca beyan ederse ve borçlu da kalan borcu vaktinde öderse borç düşer ve ibra geçerli olur. Fakat borçlu bu kalan miktarın ödenmesinde temerrüde düşerse ibrâ edilen miktar da borç olarak devam eder. Eğer kalan miktarın ödenmesi için bir vade tayin etmezse, borçlu temerrütte bulundu diye ibrâ edilen miktar borç olarak geri dönmez<sup>104</sup>.

#### H- Alacağın, borçluya rağmen tahsili

Alacaklı, asıl borçlunun veya kefilinin, borç ile aynı cinsten ve vasıftan malını ele geçirirse onu alma hakkına sahiptir<sup>105</sup>. Mesela alacağı dirhem ise ve borçlunun dirhemini her hangi bir şekilde ele geçirmişse bunu borçluya vermeyebilir. Bu ifa yerine geçer. Fakat dirhem alacağı olan kişi, borçlunun dinarlarını veya başka malını alma hakkına sahip değildir. Bu durumda ancak mahkeme kararı ile borçlunun dinar veya başka malı satılmak<sup>106</sup> suretiyle borç ifa edilir<sup>107</sup>. Şafii mezhebine göre ise davasını isbat edecek beyyinesi olmayan alacaklı, mütemerrit borçlunun<sup>108</sup> borç cinsinden

100 Izzuddin b. Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, II/70; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-ğayrân*, md. 234,235, s. 44.

101 *Mecelle* md. 1568; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-ğayrân*, md. 239, s. 45; Ali el-Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelâti's-şer'ıyye*, s. 475.

102 Ali el-Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelâti's-şer'ıyye*, s. 476.

103 Ali el-Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelâti's-şer'ıyye*, s. 476.

104 Kadri Paşa, *Mürşidü'l-ğayrân*, md. 244, 245, s. 46.

105 Kadri Paşa, *Mürşidü'l-ğayrân*, md. 208, s. 39.

106 Ebu Hanife'ye göre hakim, dinar borcu yerine borçlunun dirhemini veya dirhem borcu yerine dinarını satarak borcun ifasını sağlayabilirse de diğer mallarını satamaz. Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre ise diğer malları da satabilir. Merginani, *el-Hidâye*, III/285-286.

107 Merginani, *el-Hidâye*, III/285-286; Izzuddin b. Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, II/149.

olmayan malına da el koyup<sup>109</sup> satabilir ve böylece alacağını tahsil edebilir. Mala el koyarken alacaklı, kabzeden ve kabzettiren (teslim alan ve teslim eden); satarken vekil ve müvekkil, satış bedelinden alacağını alırken de yine kabzeden ve kabzettiren durumundadır<sup>110</sup>. Burada kabız, şer'in (hukuk düzeninin) izni ile yapılmaktadır<sup>111</sup>. Fakat borçlunun izni olmadan kabzedilemeyecek durumlar da vardır. Mesela alıcı, borçlunun izni olmadan mebû kabzetme hakkına sahip değildir<sup>112</sup>.

Bazı Hanbeli hukukçular, borcunu devlet gücünden yararlanarak alma imkanı olmayan alacaklının, alacağını tahsil maksadıyla borçlunun alacak cinsinden veya başka cinsten malını alabileceğini söylerler. Eğer aynı cinsten ise alacak miktarından fazlasını alamaz; farklı cinsten olduğu takdirde de kendince bir araştırma yapar ve buna göre alacağının karşılığı kadarını alabilir<sup>113</sup>. Bu, Şafii'nin yukarıda açıklanan görüşüne de uymaktadır. Malik'ten nakledilen meşhur görüşe göre de ancak başka alacaklı olmaması halinde alacaklı alacağını bu şekilde tahsil edebilir. Fakat başka alacaklı veya alacaklılar varsa o zaman tek başına bu yola başvuramaz<sup>114</sup>.

Borçlunun temerrüdü halinde onun rızası olmadan alacaklının, alacağını tahsil edebileceğini savunanlar Hind hadisini<sup>115</sup> ve diğer meselelerle ilgili bazı mezhebî görüşleri delil gösterirler. Karşı görüştekiler de "Emaneti, sana onu emanet edene

108 Şirbîni, *el-İknâ'*, II/275.

109 Hanefî mezhebinde de zamanın değiştiğini, insanların borçlarını ödemede eskisi gibi arzulu olmadıklarını ileri sürerek borçlunun, borç cinsinden olmayan malını alabileceğini söyleyenler olmuştur. Bk. İbnü Âbidin,

*Hâşiyetü Reddî'l-muhtâr*, IV/95.

110 İzzuddin b. Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, II/149. Aslında bir kişinin hem teslim alan (kabız), hem de teslim eden (mukbız) durumunda olması caiz değildir. Fakat bu husus, genel kaidenin bir istisnasıdır. Bk. Suyûtî, *El-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 306.

111 İzzuddin b. Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, II/71.

112 İzzuddin b. Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, II/71.

113 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, XII/229-230.

114 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, XII/ 230.

115 Ebu Süfyan'ın hanımı Hind bir gün Hz. Peygamber'e gelerek "Ebu süfyan cimri bir adam. Onun malından gizlice almamda bana bir vebal var mı?" diye sormuş ve Hz. Peygamber de "Sen ve oğulların ma'rufa göre sana yetecek kadar alın" buyurmuştur. Bazı rivayetlere göre de Hind kocasından şikayet ederken "Benim onun haberi olmadan aldığım hariç bana ve çocuğuma yetecek miktarda vermiyor." demiş ve Hz. Peygamber de "Ma'rufa göre sana ve çocuğuna yetecek kadarını al" demiştir. Bk. Buhari, *Büyû'* 95, *Mezâlim* 19 *Fedâilü's-sahâbe* 53, *Nafakât* 5, 9, 14, *Eymân* 2, *Ahkâm* 14, 28; *Nesai*, *Âdâb'ul Kudât* 31.

ver. Sana ihanet edene sen ihanet etme"<sup>116</sup>, "Müslümanın malı, onun gönül hoşluğu olmadan helal olmaz"<sup>117</sup> hadisleriyle buna cevap verirler<sup>118</sup>.

Alacaklının, borçlunun rızası olmadan bu şekilde alacağını tahsil etmesini haklı görenlere<sup>119</sup> göre bu muamele ile birlikte borç ifa edilmiş sayılacağından temerrüt hali sona erer. Ancak alacaklıya bu hakkı tanımayanlara göre bu işlem hukuken bir haksız fiil olarak değerlendirilir ve bununla borç düşmez. Haksız yere borçlunun malına el koyan kişi bunu iade etmek zorundadır. İade etmeden telef olursa veya itlaf edilirse bu sefer tazmin borcu doğar. Doğan bu tazmin borcu ile daha önceki alacak aynı cinsten ise aralarında takas meydana gelir ve temerrüt, bu takas sonucu sona erer<sup>120</sup>.

### **I- Borçlu ve alacaklı vasıflarının birleşmesi (zimmelerin birleşmesi)**

Borçlu ve alacaklı vasıfları aynı kişide birleşirse, bir kişi aynı borcun hem alacaklısı hem borçlusu olamayacağından borç hükmen sona erer. Mesela alacaklı ölürse ve borçlu da ona vâris olursa alacak da miras olarak ona intikal edeceği için borç sona erer<sup>121</sup>. Borcun sona ermesiyle temerrüt de sona erer.

116 Ebu Dâvûd, Büyü' 79; Tirmizî, Büyü' 38.

117 Ahmed b. Hanbel, el-Müsned, VII/376 (V/72). Benzeri bir rivayet için bk.

Aclûni, Keşfü'l-İfâ, II/370.

118 İbnü Kudâme, el-Muğni, XII/ 230.

119 Alacaklının, borçluya rağmen alacağını şahsen tahsile kalkışmasının, bazan bir takım mahzurları olabilir. Fakat biz burada tezimizin konusunu aşacağı için ayrıntıya girmiyoruz, sadece bunu haklı görenlere göre ifa gerçekleşince temerrüdün sona ereceğine işaret etmek istiyoruz. İhkâk-ı hak konusunda bk. Atar, Fahrettin, İslam İcra ve İflas Hukuku, s. 33-36.

120 Bk. İbnü Kudâme, el-Muğni, XII/ 229-231.

121 Zerkâ, Mustafa Ahmed, el-Medhal, I/536, I/526.

## V- BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI

### A- Genel Sonuçları

#### 1- Kazadan dolayı sorumluluk

##### a- Kaza kavramı

Türk hukukunda temerrüde düşen borçlunun kazadan sorumlu olduğundan bahsedilirken kaza kavramı "temerrüt sırasında, borçlunun kusuru olmadan ortaya çıkan ve ifayı imkansız kılan bütün sebepleri"<sup>122</sup> içine alacak bir genişlikte düşünülmektedir. "Kazadan sorumluluk, temerrüdün devamı esnasında edim konusunun tamamen veya kısmen değerini yitirmesi yüzünden doğan sorumluluktur. Parça satımında tehlike (yani kaza yüzünden şeyin yok olmasının tehlikesi) sözleşmenin yapılmasıyla; çeşit satımında ise, şeyin ayırd edilmesiyle alacaklıya geçer. Fakat bunun için borçlunun mütemerrit bulunmaması şarttır"<sup>123</sup>.

Kanaatimizce buradaki "kazadan dolayı sorumluluk" ile kastedilen manayı, İslam hukukçuları "damân" kelimesi ile ifade etmektedirler<sup>124</sup>. Bir satım akdinde mebi' akit ile birlikte alıcının mülkiyetine geçer<sup>125</sup>, satıcı onu teslimden imtina edemez<sup>126</sup>. Fakat henüz teslim edilmeden önce mebi' telef olsa acaba bu esnada telef olması ile alıcı tarafından teslim alındıktan sonra telef olması arasında bir fark var mıdır? Hanefi ve Şâfiî hukukçulara göre mebi' muayyen bir şey de olsa teslim edilmeden önce telef olduğu takdirde bir nevi satıcının mülkünde telef olmuş sayılır ve telef ile

122 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, s. 741. Ayrıca bk. Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, I/926-927.

123 Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, I/926-927.

124 Tazminat, kefalet, garanti gibi anlamlarda da kullanılan damân kelimesinin bu anlamdaki kullanılışı için bk: Nevevi, **el-Minhâc**, II/65; İbnü Cüzeyy, **el-Kavâninü'l-fıkhıyye**, s. 213; Derdir, **eş-Şerhu's-şâgîr**, IV/251; **Mecelle**, md. 85; Ali Hafif, **Ahkâmu'l-muâmelâti's-şer'ıyye**, s. 382; Zerqâ, Muştafa Ahmed, **el-Medhal**, II/1033. Damân terimi ve hangi anlamlarda kullanıldığı hakkında bk. Aktan, Hamza, "Damân", TDV İA, VIII/450.

125 Semerkandî, **Tuhfetü'l-fukahâ**, II/37; Kadri Paşa, **Mürşidü'l-ğayrân**, md. 427, s. 79-80.

126 Ali el-Hafif, **Ahkâmu'l-muâmelâti's-şer'ıyye**, s. 393.



alıcının semen borcu düşer, eğer semeni ödemişse de istirdad eder. Dolayısıyla akit ile mülkiyet alıcıya geçmekle birlikte kazadan dolayı sorumluluk temerrüt hali olmasa da satıcıya aittir<sup>127</sup>.

Diğer taraftan bazı İslam hukukçuları mebi', misli mallardan değilse; akit ile kazadan sorumluluğun da alıcıya geçeceğini ve henüz müşteri tarafından teslim alınmamış mebiin telefi halinde zararın müşteriye ait olacağını savunmaktadırlar. Bazıları ise Türk hukukundaki parça borcu, cins borcu ayırımına dayanan düzenlemeye yakın bir görüşü savunarak, keyli veya vezni malların da eğer muayyen iseler akit ile müşterinin sorumluluğuna gireceğini, ancak muayyen olmayanların satıcının sorumluluğunda olacağını ileri sürerler<sup>128</sup>.

Kanaatimizce muayyen malların satımında akit ile mülkiyet alıcıya geçtiği gibi eğer satıcı her an teslim hazır durumdaysa kazadan dolayı sorumluluğun da alıcıya geçtiğini kabul etmek ve satıcı haksız yere mebi teslim etmezse, yani temerrütte bulunursa o zaman sorumluluğun mütemerrit satıcıda olduğunu düşünmek daha isabetli olabilir. Çünkü satılan mal bellidir ve teslimin gecikmesinde satıcının hiç bir kusuru yoktur. Bundan sonra mebiin satıcı nezdinde vedia gibi düşünülmesi mümkündür. Üstelik bir taraftan mülkiyetin alıcıya geçmesi dolayısıyla mebiide meydana gelecek ziyadenin alıcıya ait olduğunu söylerken diğer taraftan hasar sorumluluğunun satıcıda olduğunu kabul etmek Mecelle'de "bir şeyin nefi damanı mukabelesindedir"<sup>129</sup> şeklinde ifade edilen "el-ħarācu bi'ddamān"<sup>130</sup> kaidesine de ters düşmektedir.

127 Semerkandi, *Tuhfetü'l-fukahā*, II/39, 41; Şirbini, *Muğni'l-muhtāc*, II/65-66; Ali el-Hafif, *Ahkāmu'l-muāmelāti's-şer'ıyye*, s. 382; Mecelle, md. 293.

128 Bk. İbnü Kudāme el-Makdisi, *eş-Şerhu'l-kebir*, IV/115-118; İbnü Rüşd, *Bidāyetü'l-müctehid*, II/154-155; İbn Cüzeyy, *el-Kavānini'l-fıkhiyye*, s. 213; Derdir, *eş-Şerhu's-sağır*, IV/259-261; Salih Abdullah es-Semî' el-Âbi el Ezheri, *Cevāhiru'l-iklil*, II/51.

129 Bk. Mecelle, md. 85.

130 Bu kaide aslında bir hadistir. Bk. Ebu Davud, *Büyü'* 71; Tirmizi, *Büyü'* 53; Nesâi, *Büyü'* 15.

Bu kaidenin açıklaması için bk. Suyûti, *El-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 150-151; İbnü Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 151-152; Zerkâ, Ahmed, *Şerhu'l-kavâidi'l-fıkhiyye*, s. 361-362.

Hanbelî mezhebi hukukçularından İbn Receb'in konuyu takdimi de bu şekildedir. Ona göre mülkiyet nakledici bağlayıcı (lâzım) bir akitten sonra şeyi teslimden imtina eden kişi eğer haklı bir sebebe dayanmıyorsa gâsıb hükmündedir. Dolayısıyla şeyin hasar sorumluluğu (damânu) ona aittir. Fakat o teslimden imtina etmediği ve teslim hazırladığı halde şey, sahibi tarafından teslim alınmadığı için elinde ise mezhepteki meşhur görüşe göre kazadan sorumlu değildir. Yalnız şeyin (ma'kûdun aleyhin) müphem yani gayrı muayyen olması bundan müstesnadır<sup>131</sup>.

Diğer taraftan bir kısmında ihtilaf olmakla birlikte vedîa<sup>132</sup>, âriyet<sup>133</sup>, icâre<sup>134</sup> gibi akitlerle mâlik tarafından karşı tarafa teslim edilen mallar emanet hükmündedir. Vedîa, onu bırakan (mûdi') tarafından istenince iade edilmesi gerekir. Haklı bir gerekçesi olmaksızın îâdeden imtina eden mûde' mütemerrit durumdadır. Dolayısıyla temerrütten önce hasar sorumluluğu mâlike ait olduğu halde temerrüt anından itibaren bu sorumluluk mûde'a geçer ve bundan sonra vedîa onun yanında hiçbir kusuru olmadan da helak olsa kıymetini veya mislini tazmin etmesi gerekir<sup>135</sup>.

131 İbnü Receb, *el-Kavâid*, s. 55.

132 Vedîa emanet hükmündedir. Dolayısıyla mûde'in yanında onun bir teaddisi olmaksızın telef olması halinde tazmini gerekmediği hususunda mezhep imamlarının ittifakı vardır. Dimaşkî, *Rahmetü'l-ümmeti fi ihtilâfi'l-eimme*, I/205; Sa'dî Ebû Ceyb, *Mevsûatü'l-icmâ'*, II/1108. Ücretsiz olarak bırakılan vedîa kaçınılması mümkün bir sebeple zâyî olsa mesela çalınsa tazmin edilmesi gerekmez. Fakat vedîa ücret mukabili bırakılmışsa o zaman çalındığı takdirde tazmin edilmesi gerekir. Ancak büyük yangın gibi kaçınılması mümkün olmayan bir sebepten dolayı helak olduğu takdirde tazmin edilmez. Bk. Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, V/77; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 68; *Mecelle*, md. 777; Ali Haydar, *Düreru'l-hukkham*, III/457, 458; Bilmen, Ömer Nasuhî, *Hukuk-ı İslamiye ve Istilahat-ı fıkhiyye Kamusu*, VI/148; Ali el-Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelâti's-şer'ıyye*, s. 433. Şafii mezhebine göre vedianın ücret mukabili bırakılması ile ücretsiz olması aynı hükme tâbidir, normal şartlarda tazmini gerekmez. Abdurrahman el-Cezîrî, *Kitâbu'l-fikh alâ'l-mizâhibi'l-erbaa*, III/263.

133 Bk. Muhammed Fevzî Feydallah, *Nażariyyetü'd-çamân*, s. 53-54; Vehbe ez-Zuhaylî, *Nażariyyetü'd-çamân*, s. 156-157, 174.

134 Bk. Muhammed Fevzî Feydallah, *Nażariyyetü'd-çamân*, s. 62-63; Vehbe ez-Zuhaylî, *Nażariyyetü'd-çamân*, s. 163, 174.

135 Merginânî, *el-Hidâye*, III/215; İbnü Kudâme, *el-Muğni*, VII/289; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, V/77; Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, III/90; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 85; Ali el-Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelâti's-şer'ıyye*, s. 433; Ali el-Hafif, *ed-Damân*, I/177; Vehbe ez-Zuhaylî, *Nażariyyetü'd-çamân*, s. 180; Süleyman Muhammed Ahmed, *Damânü'l-mülefât*, s.61.

Âriyet alınan şeyi emanet hükmünde kabul edenlere<sup>136</sup> göre orada da aynı durum söz konusudur<sup>137</sup>. Âriyet alınanı iadede temerrüde düşen kişi bundan sonra o şeyi gasbetmiş gibi kabul edilir ve telef halinde tazmin eder<sup>138</sup>. Âriyet alan, açıkça karalaştırılan veya örfe göre sabit olan süre dolduktan sonra imkanı olduğu halde onu sahibine iade etmezse temerrüde düşer dolayısıyla bundan sonra hiç bir kusuru olmadan da helak olsa tazmin etmesi gerekir<sup>139</sup>. Mesela çamaşır yıkamak için aldığı kabı teslim etmese ve gece kab çalınsa tazmini gerekir<sup>140</sup>. Odun kırmak için alınan balta iş bittikten ve örfe göre normalde iadesi gereken süre dolduktan sonra helak olsa tazmin edilir<sup>141</sup>. Süre dolduktan sonra kullanmamışsa emanet hükmü devam eder diyenler de vardır<sup>142</sup>.

Kira akdinde müddet sona erince, kiralayan, kiralananı teslim almak isteyince kiracı onu teslim etmek zorundadır. Böyle bir talep olduğu halde teslim etmezse temerrüde düşer ve o zamana kadar elinde emanet hükmünde olan kiralanan, bundan sonra mazmûn hale dönüşür ve kiracı, hiç bir kusuru olmadan da helak olsa kiralananı tazmin etmek zorunda kalır<sup>143</sup>. Ebu Hanife'den nakledilen bir görüşe göre bu hüküm, taşıma külfeti olan şeylerin kiralanmasına aittir. Taşıma külfeti olmayan elbise, hayvan gibi

136 Şafii mezhebinde âriyetin mazmûn oluşu ihtilafıdır. Bir görüşe göre mutlak olarak mazmûn; bir görüşe göre tamamen telef olursa mazmûn, kısmen telef olursa mazmûn değil, üçüncü bir görüşe göre izin verilen işte kullanılırken telef olduğu takdirde tamamen de telef olsa mazmûn değildir. Bk. Şârânî, *el-Mizânü'l-kübrâ*, II/87; Şirbînî, *Muğnî'l-muhtâc*, II/267; Şirbînî, *el-İknâ'*, I/305-306; Abdurrahman el-Cezîrî, *Kitâbu'l-fıkh alâ'l-mizâhibi'l-erbaa*, III/286. Maliki mezhebinde farklı görüşler olmakla birlikte meşhur görüş, telef olduğu beyyine ile sabit olduğu takdirde mazmûn olmadığı şeklindedir. Ayrıca âriyet alınan şeyin saklanabilen türden olması da farklı hükümlere tâbidir. Bk. İbnü Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II/263. Hanbelî mezhebine göre de âriyet mazmûndur. Bk. İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, V/354-355.

137 Vehbe ez-Zuhaylî, *Nazariyyetü'd-çamân*, s. 180

138 *Mecelle*, md. 825; Süleyman Muhammed Ahmed, *Damânü'l-mülefât*, s.62.

139 *el-Fetâvâ'l-hindiyye*, IV/367; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-ğayrân*, md. 775, s. 150-151; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 56; Ali el-Hafif, *ed-Damân*, I/177-178.

140 İbnü Âbidin, *Hâşiyetü Reddî'l-muhtâr*, V/682.

141 Bezzâzî, *el-Fetâva'l-bezzâziyye*, VI/214; *el-Fetâvâ'l-hindiyye*, IV/367.

142 *el-Fetâvâ'l-hindiyye*, IV/367; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 56.

143 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, VI/117-118; *Mecelle*, md. 606; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 33; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslamiye ve Istılahat-ı fıkhıyye Kamusu*, VI/228.

şeylerin kiralanmasında iade, kiracının görevidir<sup>144</sup>. Bir şeyi emanet olarak elinde bulunduran ve iade mükellefiyeti olan kişi, meşru mazereti olmadığı halde bu mükellefiyeti yerine getirmekte gecikirse o mal, bundan sonra mazmun hale gelir<sup>145</sup>.

Taraflara geri teslimin kime ait olacağını serbestçe kararlaştırma yetkisi tanımak ve açık bir karar olmadığı zaman da örfe başvurarak iadenin kimin görevi olduğunu, buna göre temerrüdün varlığını ve başlangıç anını tesbit etmek kanaatimizce daha uygundur. Nitekim mesela binerek bir yere gidip gelmek üzere hayvan kiralayan kişinin dönüşte hayvanı kira akdinin yapıldığı yerde teslim etmesi gerektiği, buna aykırı davranıp evine gitmek suretiyle teslimi geciktirmesi halinde bu davranışının kazadan sorumluluk sebebi olacağı belirtilmektedir<sup>146</sup> ki bu gibi hususlarda görüş belirten hukukçuların zamanlarının örfünü maddeleştirmiş olmaları mümkündür.

Bazı yapma borçlarında da aynı durum söz konusudur. Başlangıçta düzgün yapılmış bir duvar sonradan yola veya birisinin mülküne doğru yıkılma tehlikesi arzetsen; hak sahipleri tarafından duvarı yıkması kendisinden talep edildiği halde yıkmamışsa ve bundan sonra duvar yıkılıp bir zarara sebebiyet vermişse bu zararı öder. Duvarın yola meyilli olması halinde herkesin, duvarın yıkılmasını talep hakkı vardır. Eğer birisinin mülküne meyilli ise o takdirde mülk sahibinin veya orada kiracı varsa kiracının talep hakkı geçerlidir. Bu talebin mahkeme kanalıyla olması da şart değildir<sup>147</sup>. Burada duvarı yıkması gereken mal sahibi, temerrütten sonra daha önce mecbur tutulamayacağı bir tazminat borcu ile karşılaşmaktadır.

Gaspta kusur sorumluluğu ayrı bir süre veya işleme gerek olmaksızın gasb anında gâsıba geçer<sup>148</sup>. Bu açıdan Türk hukukunda da olduğu gibi<sup>149</sup> gâsıbı gasb fiili ile birlikte mütemerrit saymak gerekir. Fakat gasbedilen hayvanın gasptan sonra doğan yavrusu, bahçenin ürünü hakkında bazı hukukçulara<sup>150</sup> göre bu

144 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 19. Krş. *el-Fetâvâ'l-hindiyye*, IV/438.

145 Ali el-Hafif, *ed-Damân*, I/177.

146 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 31.

147 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 182.

148 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, V/375-376, 421; Mergînânî, *el-Hidâye*, IV/11;

Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 117.

149 TEKİNAY, *Selâhattin Sulhi, Borçlar Hukuku*, s. 732.

hüküm geçerli değildir, bunlar emanet durumundadır. Emanet durumunda olan bu ziyadelerin<sup>151</sup> kusur sorumluluğu ancak mâlik tarafından talep edildiği halde ona verilmezse gâsıba geçer<sup>152</sup>.

### **b- Kazadan dolayı sorumluluğun sona ermesi**

Satım akdi ile kazadan sorumluluğun müşteriye geçtiğini ancak satıcının mebiî teslimde temerrüde düşmesi halinde sorumluluğun satıcıda olacağını kabul edenlere göre satıcının temerrütten doğan kazadan sorumluluk hali ancak mebiîn müşteri tarafından kabzedilmesiyle sona erer. Bir görüşe göre mebiîn ayırdedilip teslim hazırlanır hale getirilmesi ile de kabız gerçekleşir ve dolayısıyla sorumluluk hali sona erer. Başka bir görüşe göre ise kabız ancak mebiîn nakledilmesi ile meydana gelir. Fakat eğer müşteri de bundan sonra nakil hususunda kusurlu davranırsa müşterinin bu hali (tefrîti) satıcının hasar sorumluluğunu sona erdirir<sup>153</sup>.

Vedîanın iadesinde temerrüde düşen kişinin kazadan sorumluluk hali ancak iadenin gerçekleşmesi ile sona erer. Çünkü vedîa sahibi onu istemekle akdi feshetmiş ve bundan sonra vedîa gasba dönüşmüştür. Ancak vedîa akdi yenilenirse bundan sonra kusur sorumluluğu ortadan kalkar<sup>154</sup>. Müde' vedîayı iade etmek isteyince fiilen geri alma imkanı ve gücü olduğu halde almadan, müde'a "yanında vedîa olarak kalsın" dese bundan sonra kazadan sorumluluk hali sona erer<sup>155</sup>.

Âriyet alınan şeyin, onu alan tarafından iadesi gerektiği halde belirlenen süre dolmasına rağmen iadede gecikmesinin onu

150Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, XI/53-54; İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, V/399-400, 419-420; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV/19; Bâbertî, *el-İnâye*, VIII/274; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 129-130.

151 Gasbedilen şeyden elde edilen gelirlerin iadesi gerekip gerekmediği konusunda da farklı görüşler vardır. Bk. İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, V/406, 413, 419; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV/13-14; İbn Cüzeyy, *el-Kavânî'nü'l-fıkhiyye*, s. 283;

152 Merğînânî, *el-Hidâye*, IV/19; Bâbertî, *el-İnâye*, VIII/274; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 129-130.

153 İbnü Recep, *el-Kavâid*, s. 55.

154 Merğînânî, *el-Hidâye*, III/216; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, V/79.

155 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 87. Ayrıca bk. İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, VII/296; Şirbinî, *Muğnî'l-muhtâc*, III/90.



temerrüde düşüreceğini ve bundan sonra kazadan sorumlu olacağını zikretmiştik. Buradaki sorumluluk hali, ancak iade ile veya mâlikin iadenin gecikmesine izin vermesi ile sona erer<sup>156</sup>.

## 2- Aynen ifa ve temerrüt tazminatı isteme hakkı

### a- Aynen ifa

Bir borç sübut bulunca borçlu ifanın gereğini yapmak zorundadır. Hukuken geçerli bir mazereti olmaksızın ifadan kaçınmaz. Eğer ifadan kaçınırsa alacaklının talebi halinde mahkeme kararı ile ifaya zorlanır<sup>157</sup>. Hatta bunlardan sübutu kesin olan borçlarda, borçlunun ödeme imkanı varsa mahkemeler yanında muhtesipler de bu konu da görevlidir<sup>158</sup>. Borcun, gereği gibi ifası esastır. Fakat bazan borcun konusu itibariyle ifanın zorla gerçekleştirilmesi mümkün olmayabilir. İşte bu durumda da bir akitle doğan borçlarda rıza sakatlığı ileri sürülerek akdin iptali cihetine gidilebilir. MMustafa Zerkâ'ya göre Mecelle ve fıkıh kitaplarındaki ifadeler bu temel düşünce üzerine kurulmuştur<sup>159</sup>. Şimdi çeşitli borçlar açısından ifa konusunu ele alalım.

### aa- Verme borçlarında

Bir verme borcunda eğer edimin konusu muayyen bir mal ise hakim borçludan borcunu ifa etmesini ister. Sahih ve lâzım bir satım akdinden sonra satıcı —peşin satışta semen için hapis hakkı müstesna— mebû teslimden imtina edemez<sup>160</sup>. Bu durum diğer akitlerden veya haksız fiilden doğan verme borçları için de geçerlidir. Borcun konusu, muayyen bir mal ise borçlu, onu teslim etmekten imtina edemez. Ederse teslim icbar edilir<sup>161</sup>.

Eğer edimin konusu bir zimmet borcu yani deyn ise o zaman da yine hakim borçludan borcunu ifa etmesini talep eder. Ödeme gücü olduğu halde ifadan imtina ederse mallarından bir kısmını

156 Bezzâzi, *el-Fetâva'l-bezzâziyye*, VI/214; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 57.

157 Suyûtî, *El-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 96; Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, I/536, I/412; Muhammed eş-Şehât el-Cündî, *Damânü'l-'ağd*, s. 223-224.

158 Mâverdi, *el-Ahkâmu's-sultâniyye*, s. 301; Atar, Fahrettin, *İslam Adliye Teşkilâtı*, s. 172.

159 Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, I/536, I/413.

160 Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 428, s. 80.

161 Muhammed eş-Şehât el-Cündî, *Damânü'l-'ağd*, s. 224.

satarak borcunu ifa etmesi istenir, hatta satışa zorlanır<sup>162</sup>, onu satışa zorlayan devlet yetkilisi (veliyyü'l-emir), onun velisi gibi kabul edilir ve burada velinin rızası muteberdir<sup>163</sup>. Kendisi satmazsa mahkeme kararıyla malı satılır<sup>164</sup> ve borç ifa edilir<sup>165</sup>.

Bir satım akdinden sonra müşteri, semeni ödemedi ve mebli kabzetmeden gâib olsa ve nerede olduğu da bilinmese satıcı akdi isbat ettiği takdirde hakim tarafından mebi' satılır ve semen borcu ödenir. Artan miktar olursa müşteri namına tutulur, borca yetmediği takdirde de satıcı kalan alacağını normal usullerle takip eder<sup>166</sup>. Selem akdinde müslemün fihin teslimi mümkün olduğu halde borçlu ifada bulunmuyorsa, borçlunun mal varlığından ödeme yapılır<sup>167</sup>.

Borçluya ifa yeri dışında rastlayan alacaklı, eğer edimin konusu olan mal mesela buğday, ifa yerine göre orada daha pahalı ise o anda ondan ifayı talep edemez fakat ifa yerinde ödeme için ondan kefil isteyebilir<sup>168</sup>.

Karz akdi ile borç alınan mal, piyasadan çekilirse borçlu onun kıymetini ödemek durumundadır. Ebu Yusuf'a göre karz aldığı gündeki, Şeybânî'ye göre ise malın piyasadan çekildiği gündeki kıymetini öder<sup>169</sup>.

İslam hukukuna göre erkek, karısının nafakasını temin etmek zorundadır. Hanefi mezhebine mensup hukukçular nafakanın zamanında ödenmemesi halinde ancak daha önce eşler arası bir anlaşma veya mahkeme kararı mevcutsa bunun borç olarak zimmete intikal edeceği görüşündedirler. Eğer böyle bir anlaşma veya mahkeme kararı yoksa Hanefi mezhebine göre geçmiş günlere

162 Suyûtî, *El-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 481. Bazı İslam hukukçuları bu durumda malını mecburen çok düşük fiata (gabn-ı fâhiş ile) satması halinde akdin fasit olduğu görüşündedir. İbnü Âbidin, *Hâşiyetü Reddî'l-muhtâr*, V/59.

163 İbnü Teymiyye, *Nazariyyetü'l-'akd*, s. 153.

164 Satış esnasında hangi mallardan başlanacağı konusunda bk. Atar, Fahrettin, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 164 v.d.

165 Suyûtî, *El-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 478; İbnü Recep, *el-Kavâid*, s. 221; Ali el-Hafîf, *ed-Damân*, I/17; Muhammed eş-Şehât el-Cündî, *Damânü'l-'akd*, s. 223.

166 Mergînânî, *el-Hidâye*, III/80.

167 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, VI/25.

168 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 448.

169 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 447.

ait ödenmemiş nafaka borcu talep edilemez<sup>170</sup>. Diğer mezheplere göre ise ödenmeyen nafaka kocanın zimmetinde borç olarak kalır<sup>171</sup>. Ödeme gücüne sahip olduğu halde nafaka borcundan imtina eden koca mahkeme tarafından ifaya zorlanır. İfa etmezse hapsedilir. Hapis de müessir olmadığı takdirde mahkeme kararıyla malı satılır ve nafaka borcu ödenir. Kadının imkan bulduğu takdirde mahkeme kararı olmaksızın kocasının malından nafaka ölçüsünde alması da caiz görülmüştür<sup>172</sup>. Koca nafaka ödeyemeyecek kadar fakir ise bu durumda mahkeme kararı ile karıya kocası namına borç alma izni verilir ve bu borç kocaya havale edilmiş olur. Karı, mahkeme kararı olmadan borçlanırsa kendi namına borçlanmış olur, borç kocaya havale edilmiş olmaz<sup>173</sup>.

Köle sahibi olan kişi onların nafakasını temin etmekle mükelleftir. Bu borcunun ifasında temerrüde düşerse köleler kazançlarından kendilerine harcarlar. Eğer çalışma güçleri yoksa satışa zorlanır<sup>174</sup>.

Hanbelî mezhebinde muteber görüşe göre karı, mahkeme kararı olmadan da miktar itibariyle normal ölçüler içinde olmak şartıyla kendinin ve çocuğunun nafakası için gâib kocası namına borç alabilir<sup>175</sup>. Bir kişi karısının, akrabalarının ve hatta sahibi olduğu hayvanların ihtiyaçlarını teminden imtina etse ve başka birisi de ona rucû etmek niyetiyle bunların ihtiyaçlarını temin etse rucû hakkı vardır<sup>176</sup>. Bu mezhebe göre ödenmesi gerekli her türlü kul borcunda borçlu yerine onun istek ve izni olmaksızın ödemedede bulunan kişi, daha sonra borçluya rucû edebilir. Mezhebin bazı alimleri ödemedede bulunurken rucû niyetinin mevcut olmasını ve bu niyetini şahitlendirmesini ayrıca borçlunun da temerrüt (edadan imtina) halinde olmasını şart koşarlar<sup>177</sup>.

Şâfiî, Mâlikî ve Hânbelî mezheplerinde kocanın nafaka ödeyemeyecek durumda olması veya nafaka ödemedede temerrüde

170 Merğînânî, *el-Hidâye*, II/41-42; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV/6-7.

171 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, IX/249.

172 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, IX/245.

173 Merğînânî, *el-Hidâye*, II/41; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV/6.

174 Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV/13.

175 İbnü Recep, *el-Kavâid*, s. 141.

176 İbnü Recep, *el-Kavâid*, s. 138, 141.

177 İbnü Recep, *el-Kavâid*, s. 137.

düşmesi bir boşanma sebebi olarak mütalaa edilmektedir<sup>178</sup>. Mısır'da da 1920 senesinde 25 sayılı kanun ile karısına karşı nafaka ödemekten imtina eden kocanın; eğer bilinen (zâhir) malı varsa bu maldan nafaka borcunun ifa edileceği fakat bilinen malı yoksa ve nafaka ödememekte ısrarlı ise mahkemenin boşamaya karar vereceği hükme bağlandı. Bu kanunun 4, 5 ve 6. maddelerine göre koca, ödeme gücü olmadığını iddia ettiği takdirde de hakim ona süre verir ve bu süre sonunda da durumda bir değişiklik olmazsa o zaman boşanmaya karar verir. Yine koca başka bir yerde bulunduğu takdirde de mümkünse ona ihtarda bulunulur ve süre verilir; bu süre içinde nafaka borcunu ifa etmeye başlamazsa ve kendisi de gelmezse temerrüde düşmüş sayılır ve boşanma kararı verilir<sup>179</sup>. Burada ödeme gücü olmayan borçlunun mütemerrit sayılmasını daha önce temerrüdün şartları arasında saydığımız "borçlunun ifaya kâdir olması" maddesinin bir istisnası kabul etmek uygun olur. Esasında burada bir temerrüt düşünmeksizin kadının uğradığı zararın telafisi şeklinde de olaya yaklaşılabılır.

Koca kayıp (mekûd veya gâib) ise kariya kocanın malından mahkeme kararı ile nafaka ödenir. Ayrıca kocanın gâip olmadan önce nafaka ödemiş olabileceği ihtimali göz önüne alınarak kadına yemin ettirilir ve kefil alınır. Yalnız bu şekilde nafaka ödenmesi için Hanefi mezhebine göre kocanın malının, para (dirhem, dinar) veya nafaka ile aynı cinsten bir mal olması gerekir. Kocanın başka malları bu maksatla satılamaz. Kocanın başkaları nezdinde vedîa olarak bulunan parası veya nafaka cinsinden malı yahut alacağı varsa bunlardan da mahkeme kararı ile nafaka borcu kariya ödenir. Borçlu veya müde' mahkeme kararı olmadan kariya ödemedede bulunurlarsa sonra koca itiraz ettiği takdirde ayrıca kocaya ödemedede bulunmak veya vedîayı tazmin etmek zorunda kalırlar. Kariya karşı olan nafaka borcu ile ilgili bu açıklamalar, bir mahkeme kararına lüzum olmaksızın sübut bulan bütün nafaka alacaklıları yani anne, baba ve küçük çocuklar için de geçerlidir<sup>180</sup>.

178 Bk. İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, IX/243; Ebu Zehra, *el-Ahvâlî's-şahsiyye*, s.348.

179 Ebu Zehra, *el-Ahvâlî's-şahsiyye*, s.347-348; Abdunnâsır Tefkîk el-Attâr, *el-Üsratü*, s.210-211.

180 Merginânî, *el-Hidâye*, II/43; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III/37-38, IV/7; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, III/59; *el-Fetâvâ'l-hindîyye*, I/549.

Bir borç, borçludan talep edildiği gibi onun kefilinden de talep edilebilir. Bunun için borçlunun temerrüde düşmesi şart değildir. Hatta her ikisinden birden de talep edilebilir. Çünkü kefalet akdi ile borçlunun zimmetine kefilin zimmeti eklenmekte ve her ikisinden de talep hakkı doğmaktadır<sup>181</sup>. Dolayısıyla verme borcunun ifasının eğer varsa kefiliden talep edilmesi de mümkündür.

Diğer taraftan rehinli alacaklarda borç ödenmediği takdirde rehlin satılması ve bedelinden borcun ödenmesi de mümkündür<sup>182</sup>. Hakim önce rehin veren borçluyu rehni satarak bedelinden borcunu ödemeye icbar eder. Borçlu bunun gereğini yapmazsa o zaman rehlin satışına karar verir ve bedeli ile borcu öder<sup>183</sup>. Rehlin veren kişinin bir başkasını rehni satışa vekil etmesi caiz olduğu gibi rehin alanı (mürtehini) vekil etmesi de caizdir ve kimi vekil etmişse artık onu vekaletten azledemez<sup>184</sup>. Fakat borç vadesinde ödenmediği takdirde rehlin rehin alanın mülküne geçeceği şeklindeki bir ön anlaşma geçersizdir<sup>185</sup>.

#### ab- Yapma borçlarında

Yapma borçları da zimmette sübut bulur. İcare akdi ile kiracı, kiralananın menfaatine<sup>186</sup> yani ondan faydalanma hakkına mâlik olduğu gibi işveren de ecirin (işçinin, sanat erbabının) menfaatine yani çalışma gücüne mâlik olur<sup>187</sup>. Eğer işin bizzat ecir tarafından veya muayyen bir vasıta ile yapılması söz konusu ise zimmette sabit olan yapma borcu şahsî edim, böyle olmayıp işin yapılması taahhüt edilmişse o zaman da maddî edim olarak değerlendirilebilir. Ecir-i hâssın borcu şahsî edim kabul edilmelidir.

181 Merginâni, *el-Hidâye*, III/90.

182Rehlin satışı hakkında geniş bilgi için bk. Atar, Fahrettin, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 213 v.d.

183 İbnü Recep, *el-Kavâid*, s 245; *Mecelle*, md. 757-758; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-ğayrân*, md. 1009-1011, s. 197; Senhûrî, *Masâdiru'l-hak*, VI/88.

184 *Mecelle*, md. 760.

185 Senhûrî, *Masâdiru'l-hak*, VI/88.

186 Menfaat mülkiyeti eksik (nâkıs) bir mülkiyettir. Menfaatin aynı zamanda mal olup olmadığı İslam hukukçuları arasında ihtilaflıdır. Bu konuda bk.

Ali Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelâti's-şer'ıyye*, s. 39-41; a.g.mü., *el-Milkiyye*, s. 73.

187 Ali Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelâti's-şer'ıyye*, s. 409; a.g.mü., *el-Milkiyye*, s. 73.



Zimmette sabit olan borçlarda bu borç yapma borcu da olsa ifa mümkün olduğu müddetçe borçlu ifa ile mükelleftir. İfadan imtina eden ecir ifaya zorlanır<sup>188</sup>. Bu tip borçlara kefil olunması da caizdir<sup>189</sup>. İş, asıl borçlu tarafından yerine getirilmediği takdirde kefilден ifa talep edilebilir. İşçi (ecir-i hâs) çalışma saatleri içinde işverenin izni olmaksızın başka birisinin işi ile meşgul olamaz. Olursa bu sürenin ücreti kesilir<sup>190</sup>. Belli bir süre için iş akdi yapıldıktan sonra işçi daha iyi bir iş buldum diye işi bırakamaz<sup>191</sup>.

Muayyen bir malı teslim ve vekil tayin edilmiş kişi, müvekkilin gıyabı halinde vekaletin gereğini yapmaya icbar edilir<sup>192</sup>. Rehni satmaya vekil edilmiş kişi satıştan imtina edemez, ederse buna icbar edilir<sup>193</sup>.

Bir şeyi gasbeden veya âriyet alan kişi bunu iade ile mükellef olduğu gibi iadeye kefil olan kişi de kefaletten doğan iade borcunu yerine getirmek zorundadır. Kefil daha sonra iade için yaptığı çalışmanın karşılığını asıl borçludan alır<sup>194</sup>.

Başkasına ait duvar veya binayı yıkan kişi eğer aynı vasıfta (mislinin) iadesi mümkün ise onu yeniden yapmak zorundadır. Eğer duvar mesela eski olduğu için aynı vasıfta yeniden yapılması mümkün değilse o zaman değerinin tazminatı cihetine gidilir. Ebu Hanife, Şâfiî, Ebu Sevr, Davud ez-Zâhiri'nin de aralarında bulunduğu bazı alimler bu görüştedir<sup>195</sup>. Bu hüküm sadece duvar ve bina ile de ilgili değildir. Birisinin böyle değişik parçalardan meydana getirilmiş malını itlaf eden, ona zarar veren kişi mümkün ise itlaf ettiği şeyi yeniden yapar. Eğer mümkün değilse tazmin eder<sup>196</sup>. Başkasına ait bir kaptaki suyu döken kişiden de o kabı

188 İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 271; *el-Fetâvâ'l-hindiyye*, IV/417; Ali el-Hafif, *ed-Damân*, I/17; Muhammed eş-Şehât el-Cündî, *Damânü'l-akd*, s. 224.

189 Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III/37-38, II/171-172.

190 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 456; Ali Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelâti's-şer'ıyye*, s. 409.

191 *el-Fetâvâ'l-hindiyye*, IV/418.

192 İbnü Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 249.

193 İbnü Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 249; *Mecelle*, md. 761.

194 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 263.

195 Suyûtî, *El-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 385; Mahmasânî, Subhî, *en-Nazariyyetü'l-âmme li'l-mücebât ve'l-ukûd*, I/217-218.

196 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 147.

doldurması istenir<sup>197</sup>.

Kanundan doğan borçlarda da borçlu ifaya zorlanır. Temerrüt halinde bazan alacaklıya çok özel haklar da tanınır. Arazisinde su bulunan kişi eğer yakında başka su yoksa o sudan istifade edilmesine mani olamaz. Bunun için ya arazisine girilmesine müsaade edecektir veyahut da arazisine girmeden sudan istifade edebilmeleri için suyu onlara götürmek de dahil olmak üzere gerekli tedbirleri alacaktır. Bunlardan hiç birine razı olmaz ise suya ihtiyacı olan ve susuzluktan dolayı kendisinin veya hayvanının hayatından endişe eden kişi zorla o araziye girip ihtiyacını giderebilir<sup>198</sup>. Hatta sudan istifade için silahlı mücadeleye bile girebileceği söylenmektedir. Birisinin kabındaki suya veya yiyeceğe bu derece ihtiyacı olan kişi de sahibi razı olmadığı takdirde o suyu veya yiyeceği almak için silahsız mücadeleye girebilir<sup>199</sup>.

Müzâraa akdi, tohum ekilmeden önce sadece tohum mükellefiyeti olmayan için<sup>200</sup>, tohum ekildikten sonra her iki taraf için lâzım (bağlayıcı) bir akittir. Akit kendisi hakkında lâzım hale gelen taraf hukuken geçerli bir mazereti olmadıkça akde devam etmek zorundadır<sup>201</sup>. Ekin çıktıktan sonra müzâri kaçacak olsa tarla sahibi bundan sonraki harcamaları yapar ve miktarı ne kadar

197 Bağdâdî, **Mecmau'd-damânât**, s. 154.

198 Bu gibi durumlarda âciliyet olmadığı takdirde yetkili makamlara müracaat edilip hukuki yollardan netice alınmalıdır. Bu hükümleri âcil haller için düzenlenmiş hükümler kabul etmek uygundur.

199 Mevsîlî, **el-İhtiyâr**, III/37-38, III/71.

200 Müzâraa akdinde tohumu temin mükellefiyeti ya tarla sahibine veya müzâri'a (tarım faaliyetinde bulunacak kişiye) aittir. Tohum mükellefiyeti kime ait ise onun tohum toprağa atılana kadar akitten dönme hakkı vardır. Çünkü onu tohumu ekmeye zorlamak bir nevi malını itlafa zorlamaktır. Bu onun açısından bir zarardır. Hanefîlerin konuya bu şekilde yaklaşmaları üstelik akitten dönen tarla sahibi olup müzâri' o zamana kadar çalıştığı ve araziye ekime hazır hale getirdiği takdirde bu çalışmasına karşılık da hukuken bir şey alamayacağını söylemelerini anlamak gerçekten zordur. Nitekim bu hüküm kendilerini de tatmin etmemiş olacak ki sonradan "Bu, hüküm (yargı) olarak böyle ise de diyaneten tarla sahibinin müzârii razı etmesi, çalışmasına karşılık emsal ücret ödemesi gerekir" demişlerdir. Bk.

Merğînânî, **el-Hidâye**, IV/57; Bâbertî, **el-İnâye**, VIII/394-395; Celâlüddin el-Harizmî, **el-Kifâye**, VIII/394-395. Kanaatimizce tohum sahibine böyle hiç bir mazeret ileri sürmeden akdi feshetme yetkisi tanınmamalı; tanınacaksa da karşı tarafın o ana kadar akdin mevcudiyetine güvenerek yaptığı harcama ve çalışmalarının tazminine hükmedilmelidir. Çünkü bu çalışmalar neticede karşılığı alınmak için yapılmaktadır. Ayrıca bk. İbnü Kudâme, **el-Muğnî**, V/570; Kayapınar, Hüseyn, **İslam Hukukunda Ortaklık ve Kira Yoluyla Arazinini İşletilmesi**, s. 130-131.

201 Merğînânî, **el-Hidâye**, IV/57

olursa olsun bunu müzâriden alır<sup>202</sup>.

Değirmen, hamam gibi taksimi kâbil olmayan müşterek mülk, tamire ihtiyaç gösterse ve ortaklardan biri tamir etmek isteyip diğeri bundan imtina etse tamir etmek isteyen hakimden izin aldıktan sonra o mülkü tamir eder veya ettirir. Harcamalardan ortağının hissesine düşen miktar da alacağı olur. Alacağını tahsil etmek üzere müşterek mülkü kiralayabilir<sup>203</sup> veya alacağına mahsuben kendisi kullanabilir<sup>204</sup>. Eğer ortağının veya hakimden izni olmadan tamir ederse müşterek mülkün taksimi kabil olmasa da yaptığı masrafları ortağından alamaz. Çünkü bu durumda mahkemeden izin alma imkanı olduğu halde bu imkanı kullanmaması yapacağı harcamaları teberru niyetiyle yaptığına delil olarak değerlendirilmektedir<sup>205</sup>. Fakat önce ortağına müracat ederek ondan tamir talebinde bulunmuş, onun bu talebi reddi halinde mahkemeye müracat etmeksizin tamir etmiş ise yaptığı harcamayı değilse de yapılan tamirat dolayısıyla müşterek mülkün değerinde tamirat anında meydana gelen artıştan ortağının hissesine düşen miktarı talep edebilir. Yalnız bu değer artışı tamirat masraflarından daha çok ise o zaman tamirat masraflarından fazlasını isteyememelidir<sup>206</sup>.

Müşterek duvarın yıkılması halinde de eğer duvarın oturduğu arazi veya arsa taksime kabil değilse duvarı müşterek olarak yeniden yapmak isteyen ortak diğerini buna zorlayamaz, taksime gidilir<sup>207</sup>. Bazı alimlere göre duvarın oturduğu arazi veya arsa taksime kabil de olsa ortaklardan biri diğerini tamire icbar edebilir<sup>208</sup>. Bu görüşü daha uygun (eşbeh) bulanlar da vardır<sup>209</sup>.

Müşterek duvar kendiliğinden yıkılmayıp ortaklar yıkmışlarsa mahkeme yeniden yapmaktan imtina eden ortağı bu işe icbar eder<sup>210</sup>. Müşterek duvarda çatlaklar meydana gelse ve yıkılıp zarar

202 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 321. Ayrıca bk. İbnü Recep, *el-Kavâid*, s. 141.

203 *Mecelle*, md. 1313.

204 Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, I/536, II/982.

205 Ali Hafif, *el-Milkiyye*, s. 201.

206 *Mecelle*, md. 1313; Ali Haydar, *Dürrü'l-hukham*, III/598-599.

207 İbnü Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 281.

208 Ali Hafif, *el-Milkiyye*, s. 199.

209 İbnü Âbidin, *Hâşiyetü Reddi'l-muhtâr*, IV/332.

210 İbn Âbidin, *Hâşiyetü Reddi'l-muhtâr*, IV/333.

verme tehlikesi olsa, yıkımdan imtina eden ortak buna icbar edilir<sup>211</sup>. Yıkılan müşterek duvarın yapımını isteyen ortak, ortağının imtina etmesi üzerine devlet makamlarına başvurursa ve yetkili merci tarafından bu başvuru üzerine bir ustaya duvarı yapıp ücretini her iki ortaktan alması emredilse; usta duvarı yaptığı takdirde ücreti ortaklardan alabilir<sup>212</sup>.

Ortak ekin veya hayvan için lazım gelen harcamaları ve çalışmayı yapmaktan ortaklardan biri imtina etse hakim onu buna icbar eder<sup>213</sup>.

Müşterek istifade edilen su kanalının bakımından imtina eden kişilere hakim bakıma katılmalarını emreder. Katılmadıkları takdirde diğerleri, hisselerine düşen harcamaları ödemedikçe bunların istifadelerine engel olabilirler<sup>214</sup>.

Altı ve üstü ayrı ayrı kişilerin mülkü olan iki katlı bir bina yıkılsa veya yansa üst kat sahibi diğerine, binanı yap da ben de üstünü yapayım diye onu hukuken buna icbar edemez. Fakat bu talebi alt kat sahibi tarafından reddedildikten sonra iki katı da yapıp masrafını alt kat sahibinden isteyebilir. Vermediği takdirde onun mülkünde tasarrufuna mani olabilir<sup>215</sup>. İnşaata yapanın bu imkandan faydalanabilmesi için önceden alt kat mülkine müracaat etmiş olması ve onun bundan imtina etmesi şarttır<sup>216</sup>.

Bunlar gösteriyor ki İslam hukukçuları yapma borçlarında

211 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 287, 290.

212 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 289.

213 İbnü Recep, *el-Kavâid*, s. 146; İbnü Âbidin, *Hâşiyetü Reddî'l-muhtâr*, IV/332; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 288.

214 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 287.

215 *Mecelle*, md. 1315. Bu maddede "...fevkâni sahibi hakimden izin alarak tahtâni ve fevkâniyi ebniyeyi inşâ ettikde ..." denilmek suretiyle hakim izninden bahsedilmektedir. Subhi Mahmasâni, hakim izni olmasa da alt kat malikine rücu edebileceğini söylemektedir (*en-Nazariyyetü'l-âmmeh l'l-mücebât ve'l-ukûd*, I/79). Hanefî mezhebine göre doğrusu da bu olmalıdır. Çünkü bu konuda kural şudur: "Ortak istifade edilen bir maldaki hak sahiplerinden biri mahkeme kararı ile diğerini harcama yapmaya icbar edebilecek durumda iken buna riayet etmemiş, konuyu mahkemeye intikal ettirmemişse yaptığı harcamalar teberru sayılır ve diğerine rucû edemez. Fakat mahkeme kararı ile icbar edebilecek durumda değilse bu durumda mahkemeye müracaatın faydası olmayacağından mahkemeye müracaat etmemesi onun teberru maksadıyla harcama yaptığını göstermez.

Dolayısıyla rucû eder. Bk. İbnü Âbidin, *Hâşiyetü Reddî'l-muhtâr*, IV/332-333; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 288.

216 Mahmasâni, Subhi, *en-Nazariyyetü'l-âmmeh l'l-mücebât ve'l-ukûd*, I/79.

borçludan ifa mümkün olduğu sürece ifanın talep edileceğini, temerrüt halinde ifaya icbar edileceğini, bu mümkün olmazsa ifanın alcaklı veya bir başkası tarafından borçlu namına yapılmasını kabul ediyorlar ve bütün bu işlemler esnasında bazan mahkeme izni arıyorlar.

### **ac- Yapmama borçlarında**

İslam hukukçularının yapmama borçları karşısındaki tutumuna birinci bölümde değinmiştik. Aslında bugünkü hukukumuzda da bir çok hallerde yapmama borcuna aykırılık sadece tazmin mükellefiyeti doğurmakla kalmakta ve ayrıca ortadan kaldırılması mümkün bir durum söz konusu olmamaktadır. Mesela bir şarkıcı alacaklının rakibi olan müessesede şarkı söylememeyi taahhüt etmesine rağmen gidip orada şarkı söylemişse bu olayın ortadan kaldırılması artık söz konusu olamaz. Hatta hakim, borçluya rakip müessesede bundan böyle şarkı söylemeyi yasaklamak yetkisine de sahip değildir<sup>217</sup>.

Yapmama borcunun ihlali halinde buna bağlı olarak bir bedel kararlaştırılmışsa veya bir başka akdin zımında gerçekleşen yapmama borcundan dolayı bedelde bir artırma yahut eksiltme yapılmışsa borcun ihlali halinde karşı bedel ödenmez veya yeni duruma göre ödenir, ödenmişse istirdad edilir. Bir kişi, karısına veya kadın, kocasına evlenmemesi için bir şey verebilir, bu caizdir fakat taraflar burada taahhüt ettikleri hususa aykırı davrandıkları yani evlendikleri takdirde buna engel olunmaz. Bunun müeyyidesi alınan bedelin iadesidir. Karısına, evlenmemesi şartıyla bir miktar vasiyette bulunan kişinin vasiyeti geçerlidir. Eğer kadın evlenirse aldığı iade eder. Yine bir insan karısını, evlenmeme şartıyla vasi tayin edebilir. Eğer kadın evlenirse vasilikten azledilmiş olur<sup>218</sup>.

Evlilik akdinde mehir tesbit edilirken, kocanın karısı üzerine evlenmemesi şartı da zikredilir ve sonra koca bu şarta riayet etmezse kadını mehir alacağı akitte kararlaştırılan değil de —eğer daha çoksa— emsal mehir olur. Evlendiği takdirde ve evlenmediği takdirde diye iki duruma göre iki ayrı mehir kararlaştırılırsa bu durumda da Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre bu şartlara riayet

217 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 738-739.

218 Hattâb, *Tahrîru'l-kefâm fi mesâilil'iltizâm*, s. 111.



edilir. Yani evlenirse buna göre mehir alır. Ebu Hanife'ye göre ise bu durumda da emsal mehir alır<sup>219</sup>.

Bazı İslam hukukçularına göre satım akdinde mebiin alıcı tarafından satılmaması şart koşulsa bu şart akde zarar vermez fakat şarta uyulması da gerekmez, şart fâsittir. Bu fasit şart dolayısıyla semende bir indirim sözkonusu ise satıcı bu miktar ile alıcıya rucû etme hakkına sahiptir. Eğer bu şart semende fazlalık meydana getiriyorsa o takdirde de alıcı satıcıya rucû eder<sup>220</sup>.

Diğer taraftan elinde emanet olarak bulunan şeye karşı yapmaması gerektiği halde bir teaddi (haksız fiil) sonucu zarar veren<sup>221</sup>, icare akdinde kiralananı kararlaştırılan mekânın dışına çıkararak<sup>222</sup>, şirket, mudârebe gibi akitlerde taraflarca yapılan sınırlamaları ihlal eden<sup>223</sup> ve böylece yapmaması gereken davranışlarda bulunan, başkasının malını itlaf eden<sup>224</sup> kişi bu hali ile temerrüde düşer ve tazminat yükümlülüğüne girer.

## **b- Tazminat ve temerrüt tazminatı**

### **ba- İslam hukukunda tazminat kavramı**

#### **baa. Tazminatın tanımı**

Türk hukukunda tazminat, zararın karşılanması ve giderilmesi için zarar görene verilmesi gereken şeyi ve miktarı ifade eder<sup>225</sup>. Tazmin iki biçimde gerçekleşir; aynen tazmin ve nakden tazmin. Aynen tazmin, zararın vukuundan önceki mal varlığı hangi durumda ise yine o durumun doğrudan doğruya kurulmasını hedef alır. Yanan bir otomobilin yerine aynı model yeni bir otomobilin teslimi, yıkılan bir duvarın eski haline gelecek şekilde örülmesi,

219 Merginani, *el-Hidâye*, I/208.

220 İbnü Kudâme, *el-Muğni*, IV/286, 287.

221 Serahsi, *el-Mebsût*, XI/110-114, 134-135; İbnü Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II/261; Merginani, *el-Hidâye*, III/215-218, 221; Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, III/83.

222 Merginani, *el-Hidâye*, III/236; Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, II/353.

223 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II/201-202; Merginani, *el-Hidâye*, III/12, 204.

224 Suyûti, *El-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 385; Bağdâdi, *Mecmau'd-damânât*, s. 147, 154; Mahmasani, Subhi, *en-Nazarîyyetü'l-âmme li'l-mucebât ve'l-ukûd*, I/217-218.

225 TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 469.

kırılan pencere camı yerine yenisinin takılması aynen tazmin şekilleridir. Nakden tazmin ise mal varlığında meydana gelen iktisadi kıymet azalmasının parayla karşılanmasıdır. Bir makinenin tahribi halinde o makinenin; bir elbisenin yakılması halinde, o elbisenin değerini karşılayan bir para ödenmesi nakden tazmindir. Mal varlığı, aynen tazminde hem muhteva hem de değer itibariyle; nakden tazminde ise sadece değer bakımından eski haline, zarardan önceki haline getirilmiş olmaktadır<sup>226</sup>.

Arapça ( ض م ن ) kökünden türeyen tazminat, bu dilde daha çok *damân* ve *tağmîn* (tazmin) kelimeleriyle ifade edilmektedir. Mecelle *damânı* "bir şeyin misliyâttan ise mislini ve kıyemiyâttan ise kıymetini vermektir"<sup>227</sup> şeklinde tarif eder<sup>228</sup>. Bu tarif aslında Hamevî'nin tarifinin tercümesi gibidir<sup>229</sup>. *Tağmîn* de "bir nesneyi bir kimseye ilzâm ile medyûn eylemek manasınadır"<sup>230</sup>. Bunlardan *damân*, İslam hukukçuları tarafından sözlük anlamına da uygun olarak zaman zaman değişik konular içinde veya konu başlığı olarak kefalet<sup>231</sup> ve ayrıca kazadan sorumluluk<sup>232</sup> anlamlarında da kullanılmakta<sup>233</sup> ise de biz araştırmamızın bu bölümünde tazminat veya tazminat yükümlülüğü anlamındaki kullanışları esas alacağız<sup>234</sup>. Arapça'da günümüzde tazminat anlamında çoğu

226 Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, I/479; TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 469.

227 Bu maddenin Arapçaya tercümesi için bk. Mahmasâni, Subhi, *en-Nazariyyetü'l-âmme li'l-mücebât ve'l-ukûd*, I/166.

228 Mecelle, md. 416.

229 Hamevî, *Ğamzu 'yûni'l-beşâir*, II/210.

230 Âsım Efendi, *Kâmûs Tercümesi*, III/661.

231 Mesela bk. İbnü Kudâme, *el-Muğni*, V/70; İbnü Kudâme el-Makdisî, *eş-Şerhu'l-kebir*, V/70; Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, II/198; Şirbini, *el-İkmâ'*, I/288; İbnü Cüzeyy, *el-Kavâninü'l-fıkhıyye*, s. 278; Derdîr, *eş-Şerhu's-sağır*, IV/562; Salih Abdullah es-Semî' el-Âbî el Ezherî, *Cevâhiru'l-ikfîl*, II/109.

232 Bk. Nevevi, *el-Minhâc*, II/65; İbnü Cüzeyy, *el-Kavâninü'l-fıkhıyye*, s. 213; Derdîr, *eş-Şerhu's-sağır*, IV/251; Mecelle, md. 85; Ali Hafif, *Ahkâmü'l-muâmelâti's-şer'ıyye*, s. 382; Zerka, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, II/1033.

233 Ali el-Hafif, *ed-Damân*, s. 5, 6; Muhammed Fevzi Feydallah, *Nazariyyetü'd-damân*, s. 26.

234 *Damân*, hukukta "hukuka aykırı bir eylem ve işlemin yol açtığı zarar ve ziyanın ödenmesi" anlamında kullanılan tazmin kavramından daha kapsamlıdır. Hamza Aktan geniş anlamda *damânın* "kişinin zimmetinin, ödenmesi gereken bir borçla yüklü olması" diye tanımlanabileceğini

zaman ta'vîd kelimesi de kullanılmaktadır<sup>235</sup>.

### **bab Tazminatın biçimi**

İslam hukukunda aynî tazminat esastır<sup>236</sup>. Bu mümkün olmadığı takdirde nakdî tazminata gidilir. Tazminat konusu muayyen bir şeyin verilmesi ise onun verilmesi gerekir. Eğer şeyin kendisi telef olduğu için tazmin edilecekse o zaman da misli mallar misli ile, kıymetli mallar da kıymeti ile tazmin edilir<sup>237</sup>. Kıymet tazmini nakdî tazminattır. Ülkede tedâvülde hakim bulunan para (nakit) ile yapılır<sup>238</sup>. İslam hukukçuları nakit ile de altın ve gümüş parayı yani dinar ve dirhemi kasederler ve kıymet takdirinin bu iki para ile yapılacağını belirtirler<sup>239</sup>. Bazı özel durumlarda misli bir malın misli ile tazmini mümkün olmayabilir. İşte bu gibi durumlarda da nakdî tazminata gidilir. Mesela misli mal piyasada bulunmuyorsa hakim nakdî tazminata hükmeder<sup>240</sup>. Suyun kıymetli olduğu bir yerde, birisinin suyunu tüketen veya itlaf eden kişi suyun rahatça elde edilebildiği ve bir maddî değerinin olmadığı yahut olsa da az olduğu şehre gelince suyun mislini değil de kıymetini tazmin eder<sup>241</sup>.

Yapma borçlarında da aynen tazmin mümkünse aynî tazminat esastır. Bir duvarı yıkan kişi eğer duvarın eski haline getirilmesi

söylenebilir. Aktan, Hamza, "Damân", TDV İA, VIII/450. Bu tarifin de damânın, yine kendisinin aynı sayfada belirttiği manalarından "... ziyedlik ve akitten doğan mâli sorumluluk"u kapsayıp kapsamadığı tartışılabilir.

235 Bk. Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, I/251, II/1032; Muhammed Fevzi Feydallah, *Naẓariyyetü'd-đamân*, s. 158; Vehbe ez-Zuhaylî, *Naẓariyyetü'd-đamân*, s. 15, 80; Muhammed eş-Şehât el-Cündî, *Damânü'l-'akd*, s. 185, 219-231.

236 İbnü kayyımî'l-Cevziyye, *İ'lâmu'l-muvakkîn*, II/44.

237 İzzüddin b. Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, II/166.

Bunun iki istisnası vardır. Sütlü görünsün diye bir süre sağılmadan satışa arzedilen hayvanın daha sonra durumu açığa kavuşunca ve ayıp muhayyerliği ile iade edilince bazı hukukçulara göre hayvanla birlikte bir sâ' hurma verilir (Bk. İbnÜ Kudâme, *el-Muğnî*, IV/234). Burada süt mis-i mal olduğu halde bir hadise dayanılarak hurma ile tazmin edilmiştir. İkinci istisna da bir köle meselesidir. Bk. Suyûtî, *El-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 389; Mahmasânî, Subhi, *en-Nazariyyetü'l-âmme li'l-mücebât ve'l-ukûd*, I/215.

238 Suyûtî, *El-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 381; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 117.

239 Kâdihan, *el-Fetâvâ*, III/238; Suyûtî, *El-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 381, 398.

240 Merginânî, *el-Hidâye*, III/11-12; İbnü Receb, *el-Kavâid*, s. 21.

241 İzzüddin b. Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, II/166.

mükünse kendisinden bu talep edilir, bir kabdaki suyu dökenden o kabı doldurması istenir<sup>242</sup>. Kural, tazminat gerektiğinde itlaf edilen şeyin eskisi gibi yapılması mümkün ise itlaf edenden bunun istenmesidir<sup>243</sup>. Fakat çoğu kere kullanılmış bir eşyanın aynı benzerinin yapılması mümkün olmayabilir. Bu gibi durumlarda nakdî tazminata başvurulur.

### **bac. Tazminat sebepleri ve tessebbüben verilen zararın tazmini**

Tazminat sebepleri akit, bir malı mazmûn olarak elde bulundurma, itlaf, aldatma (ğurûr)<sup>244</sup>, haylûle<sup>245</sup> şeklinde özetlenebilir<sup>246</sup>. Tazminat borcunun doğması için; zararın bir haksız fiil (teaddî, i'tidâ) neticesinde meydana gelmesi ve zarar gören malın da hukuken muteber ve koruma altında olması şarttır<sup>247</sup>. Bu haksız

242 Suyûtî, *El-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 385; İbnü Hacer el-Heytemî, *el-Fetâvâ'l-kübrâ*, III/171; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 147, 154; Mahmasânî, Subhî, *en-Nazariyyetü'l-âmme li'l-mücebât ve'l-ukûd*, I/217-218.

243 Kâdîhan, *el-Fetâvâ*, III/241.

244 Süleyman Muhammed Ahmed, İslam hukukçularının ğurûru "bir kişinin, kendi menfaatine gibi gösterilerek, aslında menfaatine olmayan bir şeyi kabule yönlendirilmesi, teşvik edilmesi" anlamında kullandıklarını söylüyorsa da (*damânü'l-mülefât*, s. 78) aslında bu terim daha geniş anlamda kullanılmaktadır. Satın aldığı arazi veya arsaya bina yapan, ağaç diken kişi arazi veya arsa istihkak edildiği takdirde arazi ile birlikte ağaç ve binayı da teslim ederse semenle birlikte bunların kıymetini de satıcıdan alır. Buradaki tazminatın sebebi ğurûrdur. Bk. İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddî'l-muhtâr*, V/205. Ğurûrun tazminat sebebi oluşu için ayrıca bk. Merġinânî, *el-Hidâye*, III/67; Bâbertî, *el-İnaye*, VI/185; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s.454; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 532-535, s. 100; Ali el-Hafif, *ed-Damân*, I/201-209.

245 Bir malın mâlikî tarafından kullanılmasına veya malikinin o malda tasarrufta bulunmasına, malını elde etmesine engel (hâil) olmak demektir. Süleyman Muhammed Ahmed, *damânü'l-mülefât*, s. 72. Ayrıca bk. Ali el-Hafif, *ed-Damân*, I/61, 195-200; Vehbe ez-Zuhaylî, *Nazariyyetü'd-damân*, s. 32; Muhammed eş-Şehât el-Cündî, *Damânü'l-âkd*, s. 42.

246 Bk. Kerhî, *Risâle fi'l-usûl*, s.165; İzzüddîn b. Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, II/131-133; Karâfî, *el-Furûk*, IV/27; İbnü Receb, *el-Kavâid*, s. 218, 223-226, 231, 233; Suyûtî, *El-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 390; Muhammed Ali b. Hüseyin, *Tehzîbü'l-furûk*, II/203-206; Vehbe ez-Zuhaylî, *Nazariyyetü'd-damân*, s. 32, 63, 78.

247 Aktan, Hamza, "Damân", TDV İA, VIII/452.

Kural olarak bir insan hukuken yetkili olduğu bir tasarruftan dolayı tazminat ödemez. "Cevâz-ı şer'î damâna münâfi olur" [*Mecelle*, md. 91]. Fakat bunun da istisnaları vardır. Mesela vekaleten bir şey satın alan kişi, semeni almadan mebbî müvekkile vermeyebilir. Hukuken buna yetkisi vardır. Buna rağmen mebbî helak olsa zararı vekile aittir, semeni

fiil, zararı doğrudan doğruya (mübâşereten) meydana getirebilceği gibi, zararın meydana gelmesine sebep teşkil etmiş (tesebbüb) de olabilir. Özellikle tesebbüben verilen zararlar ile hayvanların ve cansız varlıkların sebep olduğu zararlarda failin fiili ile zarar arasında mâkul bir sebep-sonuç bağının bulunması, araya başka şahsın fiilinin girmemesi, failin (hayvanların veya cansız varlıkların verdiği zararlarda sahibinin veya sorumlusunun) kasıtlı veya kusurlu olması gibi şartlar da aranır<sup>248</sup>. Tazminat sebepleri arasında sayılan aldatma ve haylûle, tesebbüben zarar verme kavramı içinde de değerlendirilebilir<sup>249</sup>. Türk hukukunda ve batı ülkeleri hukukunda temerrüt de bir tazminat sebebidir. Ancak bunun için temerrüt ile alacaklının uğradığı zarar arasında bir illiyet rabitasının da bulunması şarttır. Konu günümüz İslam hukukuçuları tarafından tartışılmaktadır. Bundan dolayı temerrüdün tazminat sebebi olma hususunu biraz etraflıca ele alacağız.

“Tesebbüben itlaf, bir şeyin telefine sebep olmaktır”. Mesela asılı bir kandilin ipini kesmek onun yere düşüp kırılmasına sebep olur. Bir yağ kabını parçalayan, delen kimse de yağın akmasına sebep olmuştur. Burada ip ve yağ kabı doğrudan (mübâşereten), kandil ve yağ da tesebbüben itlaf edilmiştir<sup>250</sup>. Birisinin tarlasına giden suyu haksız yere kesip mahsulün kuruyup telef olmasına, yahut suyu taşıyıp tarlayı su basmasına ve mahsulün telef olmasına sebep olan kişi tesebbüben itlaf dolayısıyla verdiği zararı tazmin eder<sup>251</sup>. Fakat bahçesini normal ölçüler içinde sularken komşusuna su sirayet etmiş ve bir zarara sebep olmuşsa tazmin etmez<sup>252</sup>. Ahırın veya kafesin kapısını açıp içindeki hayvan veya kuşun kaçmasına ve zâyi olmasına sebep olan<sup>253</sup> kişi de aynı

müvekkilden alamaz. Bk. *Mecelle*, md. 1492.

248 Aktan, Hamza, “*Damân*”, TDV İA, VIII/452; Mahmasâni, Subhi, *en-Nazariyyetü'l-âmmé li'l-mücebât ve'l-ukûd*, I/168.

249 Bk. Aktan, Hamza, “*Damân*”, TDV İA, VIII/452.

250 *Mecelle*, md. 888.

251 *Mecelle*, md. 923. Ayrıca bk. Karâfi, *el-Furûk*, IV/27.

252 İzzüddin b. Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, II/166.

253 Bazı Hanefi fıkıh kitaplarındaki “Birisinin hayvanını çöze veya içinde kuş bulunan kafesini açsa tazmin etmez. Çünkü bu kişinin fiili ile telef arasına ihtiyar sahibi birinin fiili girmiştir. O fiil, hayvanın gitmesi, kuşun uçmasıdır. Bunların ihtiyar sahibi olmaları sahihtir. Akli olmayanın ihtiyarı da olmaz, denemez. Deli akli olmadığı halde itlaf ettiğini tazmin etmektedir...” (Mevsili, *el-İhtiyar*, III/66; İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddî'l-muhtâr*, VI/212) şeklindeki anlayışın *Mecelle*'de terk edildiğini görüyoruz ki bunda isabet edilmiştir. Hayvanın deliye kıyas edilmesi mümkün



gerekçeyle verdiği zararı tazmin eder<sup>254</sup>. Tesebbüb teaddî (haksız fiil) ile birlikte olursa tazminat sebebidir. Umuma ait bir yolda kuyu kazan kişi oraya düşerek ölen insan veya hayvanı tesebbüben itlaf etmiş sayılır. Fakat kuyuyu yetkili mercilerden izin almadan kazmışsa verdiği zararı tazmin ettiği halde aynı fiili izinle yapmışsa<sup>255</sup> tazmin etmez<sup>256</sup>.

Umuma ait yola yetkililerden izin almadan her hangi bir şey koyan kişi; birisinin bunlara ayağı takılıp ölmesi halinde tesebbüben kâtil sayılır. Hatta ayağı takılan kişi bu esnada birisine çarpsa da onun da ölümüne sebep olsa bu haksız fiil sahibi her ikisini de tesebbüben öldürmüş sayılır ve onun âkilesi iki kişinin de diyetini öder. Aynı şekilde bir hayvanın ölümüne sebep olmuşsa da tazmin eder<sup>257</sup>. Umuma ait yola su, karpuz kabuğu gibi kaygan bir madde döken veya atan kişi, oradan geçerken ayağı kayarak ölenin tesebbüben kâtilidir<sup>258</sup>. Hatta bazılarına göre binmekte veya elinde çekmekte yahut önüne katıp götürmekte olduğu hayvanı yola bevleden kişi, daha sonra oradan geçerken kayıp telef olan hayvanı tazmin eder<sup>259</sup>. Çarşıdan mutad olmayan şekilde hayvan götürülen veya hakim olamayacağı bir hayvana binip çarşıdan geçen kimse çıkardığı toz da dahil olmak üzere verdiği zararı tazmin eder<sup>260</sup>.

Zulmen idam kararı veren hakim onun tesebbüben kâtilidir ve bazılarına göre kısas uygulanır<sup>261</sup>. Haksız yere suçlanarak şikayet edilen kişi göz altına alınsa veya tutuklansa; işkence korkusuyla

değildir. Nitekim delinin itlafından bizzat onun mal varlığı sorumlu olduğu halde hayvaninkinden sahibi sorumlu olmaktadır. Aynı şekilde birisine ait yağ tulumuna zarar veren kişinin daha sonra güneşin tesiriyle yağ eriyip telef olduğu takdirde tazmin etmeyeceğini söylemek de (Kâdîhan, el-Fetâvâ, III/237) adalete uygun değildir

254 Mecelle, md. 923.

255 Mecelle'nin bu maddesi; izin verilirken gerekli emniyet tedbirleri hakkında uyarılmış ve bunlara riayet etmişse veya uyarılmasa bile bu gibi durumlarda örfе göre alınması gerekli tedbirleri almışsa, şeklinde anlaşılmalıdır.

256 Mecelle, md. 924.

257 Şeyhzâde, Mecmau'l-enḥur, II/252.

258 Muhammed Ali b. Hüseyin, Teḥzîbü'l-furûḡ, II/204; İbnü Kudâme, el-Muḡnî, IX/564; Mahmasânî, Subḥî, en-Nazarîyyetü'l-âmmе li'l-mücebât ve'l-ukûd, I/193.

259 İbnü Kudâme, el-Muḡnî, IX/576.

260 İzzüddin b. Abdisselam, Kavâidü'l-ahkâm, II/166.

261 İzzüddin b. Abdisselam, Kavâidü'l-ahkâm, II/122.

kaçmaya teşebbüs edip bu esnada mesela duvardan düşüp ölse sonra suçsuz olduğu ortaya çıksa şikayetçinin bundan sorumlu olacağı ve diyeti tazmin edeceği söylenmiştir<sup>262</sup>.

Hız. Ömer bir kadını huzuruna davet etmiş, hamile olan kadın bu davete icabet etmek üzere giderken korkusundan yolda erken doğum yapmış ve çocuk ses verdikten sonra ölmüştü. Bunun üzerine bir tazminat sorumluluğu olup olmayacağı hususunda ashâba danışınca bazıları, devlet başkanı olarak yetkisini kullandığını belirterek "bir şey gerekmez" demişler ama Hız. Ali bunlara itiraz ederek "Eğer şahsî görüşlerini söyledilerse görüşlerinde hata ettiler. Ama senin arzuna göre söyledilerce sana karşı samimi (senin lehine) cevap vermediler. O çocuğun diyetini ödemen gerekir. Çünkü sen onu korkuttun da çocuğunu düşürdü" şeklinde görüş bildirmiştir. Hanbelilere göre kadın ölseydi onun da diyeti gerekirdi. Şafii ise tazminat olarak sadece çocuğun diyetinin ödeneceği görüşündedir<sup>263</sup>.

Bir alacak senedini yırtan veya el koyup sahibine vermeyen ve bu şekilde, başka isbat vasıtası da olmadığı için hakkın zâyi olmasına sebep olan kişi bu hakkı tesebbüben itlaf etmiş olduğundan İmam Mâlik ve Ahmed b. Hanbel'e göre tazmin eder<sup>264</sup>. Eğer mesela tapu senedi gibi yenisinin veya suretinin çıkarılması mümkün bir sened söz konusuysa da yenisini çıkarma masraflarını tazmin eder<sup>265</sup>. Konu Hanefilerde ihtilafli olup Kâdihan, "daha doğru (esahh) görüşe göre sadece senedin yazılmış haldeki (kağıt) değerini tazmin eder" diyor<sup>266</sup> ki burada tesebbübün dikkate alınmadığını görüyoruz. Şafiiler de aynı görüştedir<sup>267</sup>.

Zalim olarak bilinen devlet yetkilisine birisini haksız yere şikayet edip malına el konulmasına veya ceza ödemesine sebep

262 İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddî'l-muhtâr*, VI/213.

263 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, IX/579/580. Ayrıca bk. Vehbe ez-Zuhaylî, *Nazariyyetü'd-damân*, s. 30.

264 Ali el-Hafif, *ed-Damân*, I/80.

265 Karâfi, *el-Furûk*, II/206; Muhammed Ali b. Hüseyin, *Tehzîbü'l-furûk*, 204; İbnü Cüzeyy, *el-Kavâninü'l-fıkhıyye*, s. 264; Süleyman Muhammed Ahmed, *Damânü'l-mülefât*, s. 370.

266 Kâdihan, *el-Fetâvâ*, III/240; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 146.

267 Karâfi, *el-Furûk*, II/206-207; Ali el-Hafif, *ed-Damân*, I/80; Süleyman Muhammed Ahmed, *Damânü'l-mülefât*, s. 370.

olan kişi ödenen cezayı tazmin eder. Aslında bir zararın hem doğrudan meydana getireni (mübâşir) hem de mütesebbibi varsa doğrudan meydana getiren tazmin eder. Fakat zamanla insanların ahlaken bozulmaları sebebiyle asıl zararı veren devlet yetkilisi (sultan) olduğu halde bir caydırıcılık unsuru da taşısın diye şikayetçiye tazminat mükellefiyeti getirilmiş, mezhep imamına muhalefet pahasına da olsa hükümde değişikliğe gidilmiştir<sup>268</sup>.

Tesebbübün tazminat sebebi olması için şunlar şarttır:

- 1- Zarara sebep olan fiil, haksız fiil olmalı.
- 2- Bu fiil ile meydana gelen zarar arasında irtibat bulunmalı, yani o fiil genelde böyle bir neticeyi doğurucu özellikte olmalı.
- 3- Zarara sebep olan fiil ile zararın doğması arasındaki bu irtibatı kesen üçüncü bir şahsa ait fiil bulunmamalı<sup>269</sup>. Mecelle'nin 90-93. maddelerinden bu anlaşılmaktadır. Yalnız "Mütesebbib, müteammid olmadıkça d(z)âmin olmaz" şeklindeki 93. maddede yer alan "müteammid" kelimesini "kasıt sahibi" olarak düşünmemek gerekir. Önemli olan teaddîdir. Teaddi bulunduktan sonra kasda bakılmaz<sup>270</sup>.

Tesebbüb müsbet olduğu gibi menfi de olabilir. Menfi tesebbüb, yapılması gereken bir fiilin yapmamasının, ihmal edilmesinin telefe sebep olmasıdır. Elindeki emanet malı gereği gibi muhafaza etmeyen kişi telef halinde tazmin eder<sup>271</sup>. Yola doğru eğilmiş duvarını, herhangi bir vatandaş tarafından da olsa yıkması

268 İbnü Âbidîn, "Şerhu'l-manzûmeti'l-müsemmâ bi ukûdi resmi'l-müftî",

I/44. Ayrıca bk. Vehbe ez-Zuhaylî, *Nazariyyetü'd-çamân*, s. 42.

269 Bk. İbnü Kudâme, *el-Muğni*, IX/564-571; Karâfi, *el-Furûk*, IV/27; *Mecelle*, md. 888, 924-925; Ali Haydar, *Düreru'l-hukkham*, I/195-196; Mahmasânî, Subhî, *en-Nazariyyetü'l-âmme li'l-mücebât ve'l-ukûd*, I/181-182; Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/491-495; Ayrıca bk. Vehbe ez-Zuhaylî, *Nazariyyetü'd-çamân*, s. 27, 53, 54; Süleyman Muhammed Ahmed, *Damânü'l-mülefât*, s. 355-356.

270 Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, II/1047-1048. Ayrıca bk. Mahmasânî, Subhî, *en-Nazariyyetü'l-âmme li'l-mücebât ve'l-ukûd*, I/197, 238-239; Vehbe ez-Zuhaylî, *Nazariyyetü'd-çamân*, s. 198; Muhammed Fevzi Feydallah, *Nazariyyetü'd-çamân*, s. 213.

Kaide *Mecmau'd-damânât*'da

المباشر ضامن وإن لم يتعد، والمتسبب لا إلا إذا كان متعديا

şeklindedir. Bk. Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 146.

271 Bk. Kâsânî, *el-Bedâyî*, VI/212-213, 217-218.

konusunda uyarıldığı ve yıkılması için yeterli süre geçtiği halde yıkmayan kişi daha sonra duvar yıkılır da bir can veya mal kaybına sebep olursa bunu tazmin eder. Bu görüş Hz. Ali'den ve aralarında Kadı Şüreyh, İbrahim en-Nehaî, Şa'bî'nin de bulunduğu bazı tâbî imamlardan rivayet edilmiştir<sup>272</sup>. Dolayısıyla menfi tesebbüp de tazminat sebebidir. Burada önemli olan yapılması gereken bir filin terkedilmesidir<sup>273</sup>.

Süleyman Muhammed'in bazı misallerden hareket ederek Hanefilerde menfi tesebbübün tazminat sebebi olmadığı şeklindeki değerlendirmesi<sup>274</sup> kanaatimizce isabetli değildir. Çünkü misal olarak verdiği meselede yapması gerekmeyen bir fiili yapmayanın tazminat sorumluluğu olmayacağı anlatılmaktadır: "Bir yağ tulumu yarılrsa ve oradan geçen bir adam bunu alsa sonra da bıraksa; tulumun sahibi orada yoksa tazmin etmesi gerekir, dediler. Çünkü o (almakla) onu korumayı iltizam etmiştir. Bunu terkedince de tazmin eder. Eğer sahibi orada ise tazmin etmez; çünkü bu, zâyi etme değildir. Bu hüküm tulumu aldığı takdirde böyledir. Ama tulumu almamışsa ve ona yaklaşmamışsa sahibi orada olmasa da tazmin etmez"<sup>275</sup>. Görüldüğü gibi burada Hanefiler yarılmış tulumu gören kişinin onu muhafaza altına alma mecburiyetinde olmadığını söylüyorlar. Halbuki menfi tesebbüb yazarın da tarif ettiği gibi<sup>276</sup> yapılması gereken bir filin terkedilmesidir.

### **bad Tazminatın konusu ve Menfaatin tazmini**

Bir şeyin tazminat konusu olması için mütekavvim bir mal<sup>277</sup> olması gerekir<sup>278</sup>. Hanefiler menfaati bir akde konu olmadıkça mal saymadıklarından gasbedilen şeyin aynen iade edilmesi halinde

272 Zeylaî, *Tebyînü'l-hağâik*, VI/147.

273 Krş. Ali el-Hafif, *ed-Damân*, I/82.

274 Bk. Süleyman Muhammed Ahmed, *Damânü'l-mülefât*, s. 210-211.

275 Kâdîhan, *el-Fetâvâ*, III/237.

276 Bk. Süleyman Muhammed Ahmed, *Damânü'l-mülefât*, s. 354.

277 "Mâl-ı mütekavvim iki manaya istimal olunur. Biri intifâi mübah olan şeydir, diğeri mâl-ı muhrez demektir". *Mecelle*, md. 127. Müslümanın şarap içmesi mübah olmadığı için bir müslümana ait şarabı itlaf edene tazminat gerekmez. Fakat bir zimmînin şarabını itlaf eden müslüman hanefilere göre bunu nakden tazmin eder. Mergînânî, *el-Hidâye*, III/21.

278 Senhûrî, *Masâdirü'l-hak*, IV/168; Ali el-Hafif, *ed-Damân*, I/60, 195-200;

Vehbe ez-Zuhaylî, *Naẓariyyetü'd-đamân*, s. 58; Muhammed eş-Şehât el-Cündî, *Damânü'l-'akd*, s. 82, 85; Süleyman Muhammed Ahmed, *Damânü'l-mülefât*, s. 270.

gasbeden kişinin, elinde geçen süre için bazı istisnalar hariç bir tazminat borcu olacağını kabul etmezler<sup>279</sup>. Diğer mezhepler ise menfaati de mal sayarlar ve dolayısıyla tazmin edileceğini söylerler<sup>280</sup>. Biz burada temerrüt tazminatı ile alakasını kurabilmek için özellikle menfaatin tazmini konusundaki görüşlere yer vereceğiz.

Müteahhir Hanefiler<sup>281</sup> menfaatin tazmininden üç şeyi istisna ederler: Yetim malı, vakıf malı ve gelir getirme (maksadıyla bulundurulmuş mal (muadd li'l-istiğlâl). Bunlardan birini gasb eden kişi gasb halinde geçen süre esnasında sanki kira akdi ile o malı elinde bulunduruyormuş gibi emsal kira (ecr-i misil) öder<sup>282</sup>. Buna göre mesela bir otomobil gasbeden kişi otomobilin sahibi bir yetim veya vakıfsa otomobili elinde bulundurduğu süre için emsal kira ödemek zorundadır, fakat otomobil bir yetime veya vakfa ait değilse, ancak gelir getirme (istiğlâl) maksadıyla bulunduruluyorsa emsal kira öder, yoksa bir şey ödemez.

Gelir getirme (istiğlâl) maksadıyla bulundurulmuş mal, "kiraya verilmek üzere hazırlanmış ve belirlenmiş şeydir ki aslında kiraya verilmek üzere yapılmış veya alınmış han, hane, hamam ve dükkan gibi akarlar ile kira arabası ve kira beygiri gibi şeylerdir. Bir şeyin

279 Bk. Debûsî, *Te' sisü'n-nazar*, s.128-129; Serâşî, *el-Mebsût*, XI/77 v.d.; Merğînânî, *el-Hidâye*, IV/20; Mevsilî, *el-İhtiyar*, III/64; İbnü Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s.284-285; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 126; *Mecelle*, md. 892; Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, II/927, III/205; Senhürî, *Masâdiru'l-hak*, VI/75, 170, v.d; Ali el-Hafif, *ed-Damân*, I/60-61, 62; Ebu Zehra, *el-Milkiyye*, s. 53-54; Vehbe ez-Zuhaylî, *Nazariyyetü'd-çamân*, s. 120; Süleyman Muhammed Ahmed, *Damânü'l-mülefât*, 100-101; Bardakoğlu, Ali, *İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi*, s. 35; Aktan, Hamza, "Damân", TDV İA, VIII/453.

280 Ali el-Hafif, *ed-Damân*, I/61; Ebu Zehra, *el-Milkiyye*, s. 52-53; Muhammed Fevzi Feydallah, *Nazariyyetü'd-çamân*, s. 91; Muhammed eş-Şehât el-Cündî, *Damânü'l-'akd*, s. 89; Bardakoğlu, Ali, *İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi*, s. 36.

281 Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, III/209; Ali el-Hafif, *ed-Damân*, I/62.

282 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 126; *Mecelle*, md. 596.

Bu istisnalar yapılırken yetim malı ve vakıfta; bunların, haklarını koruyamayacakları farz edilerek, menfaatlerinin hukuk sistemince korunması düşünülmüştür. Gelir getirme maksadıyla hazırlanmış şeylerde de; bu özelliğini bile bile onu gasbeden, sanki onun icarına râzı olmuş gibi kabul edilmiş, sahibinin onu bu maksatla hazırlayışı hükmen icap ve diğerinin gasbedişi de hükmen kabul sayılmıştır. Ali el-Hafif, *ed-Damân*, I/63. Böylece aralarında zımnî bir akit tasavvur edilmiştir.



aralıksız üç sene kiralanması onun gelir getirme maksadıyla bulundurulduğuna delildir. Bir kişinin kendisi için yaptırmış olduğu bir şeyin gelir getirme maksadıyla bulundurulduğunu insanlara ilan etmesi de ona bu özelliği kazandırır<sup>283</sup>. Buna göre özel otomobili gasbeden kişi bir kaç sene sonra arabayı aynen iade etse bir şey ödemez, araba sahibi piyasa şartlarından kaynaklanan bir değer ve fiat düşmesi olmuşsa bunu da isteyemez<sup>284</sup>. Ancak arabanın kıymetinde mesela kaza yaptığı için veya kötü kullanıldığı için düşme olmuşsa bunu talep edebilir. Ama ticarî taksiyi gasbeden kişi bu süre içinde o taksi kiralanacak olsa normal ücreti ne ise onu öder. Taksi veya otomobilin bu süre içinde kullanılması veya kullanılmaması hükmü değiştirmez. Gasbedilen şeyden bir gelir elde etmişse hukuken bunu mal sahibine vermek zorunda değildir. Fakat kendisine de helal olmaz, tasadduk etmesi gerekir. Ödemek zorunda kaldığı tazminatı eğer fakir ise<sup>285</sup> bu gelirden ödeyebilir. Artan miktar olursa yine tasadduk etmelidir<sup>286</sup>.

Gelir getirme maksadıyla bulundurulan mala mülkiyet veya akit tevili ile el konmuşsa bu durumda da elde bulundurulan süre için bir şey ödenmez<sup>287</sup>. Mesela bir kişi ortağı olduğu ve gelir getirme maksadıyla bulundurulan evde diğer ortağının izni olmaksızın otursa geçmiş süreler için kira ödemeye mahkum edilemez<sup>288</sup>. Ortak dükkanı ortaklardan birinin diğerinin izni olmadan satması ve satın alan kişinin de bir müddet dükkanı kullanması ve daha sonra diğer ortağın satıma razı olmayıp hissesini alması halinde bu hisseye ait geçmiş günler için kira talep edemez. Çünkü alıcı, tevili akit ile orayı kullanmıştır<sup>289</sup>. Ayrıca bir mala el koyan kişi, onun gelir getirme maksadıyla bulundurulduğunu bilmiyorsa bu durumda da emsal kira istenebilir<sup>290</sup>.

Hanefilere göre insanın iş gücü de ancak bir akde konu olursa değer ifade eder, değilse tazmini gerekmez. Bir köleyi gasbedip

283 Mecelle, md. 417.

284 Mecelle, md. 900.

285 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 120.

286 Serahşî, *el-Mebsût*, XI/77. Ayrıca bk. İbnü Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 285.

287 İbnü Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 285; Mecelle, md. 596.

288 Mecelle, md. 597.

289 Mecelle, md. 598.

290 Senhürî, *Masâdiru'l-hak* VI/173.

zorla çalıştıran veya hür kişiyi bir süre zorla hapseden, bir yerde tutan kişi hiç bir şey tazmin etmez. Köleyi çalıştırarak bir gelir elde etmişse elde ettiği gelir helal olmasa da hukuken kendisindedir. Bu geliri kölenin sahibine verse onun alması caizdir<sup>291</sup>. Hür kişiyi zorla çalıştıran ise emsal ücret öder<sup>292</sup>

Hanefilerin menfaatin tazmini konusunda günümüzde anlaşılması hayli güç gelebilecek hükümler koyduklarını görüyoruz. Mesela şehir dışında bir yere gitmek üzere bir hayvanı kira akdi ile teslim alan kişi her hangi bir sebeple veya gönlü öyle istediği için yolculuğa çıkmasa ve hayvanı şehirde yanında tutsa, hiç de binmese kirayı ödemesi gerekmez, ancak hayvan ölürse tazmin eder<sup>293</sup>. Bir bağ satın alan kişi bağda çalışsa ve üzümler olgunlaştıktan sonra bağ istihkak edilse veya ayıp muhayyerliği ile reddedilse bu çalışmasına karşılık bir şey talep edemez<sup>294</sup>. Bağda senelerce çalışsa, harabe halindeki baği imar etse, etrafına duvar örse ve kıymetinde önemli artışlar —mesela iki misli veya daha fazla— meydana gelse elde ettiği gelirden bu harcamaları düşebilir mi, sorusunun cevabı şudur: “Eğer elde edilen gelir (ürün), istihkak davasının karara bağlandığı gün duruyorsa hakim onu da istihkak edene verir, diğeri çalışmalarında teberruda bulunmuş sayılır. Ama ürün helak olmuşsa veya mülkiyetinden çıkmışsa istihkak edene bir şey ödemez<sup>295</sup>. Bu iki misalde bile görülüyor ki Hanefi hukukçular daha önce konulmuş bazı hükümlere sıkı sıkıya yapışmışlar ve mevcut zararın taraflarca dengelenmesi cihetine gitmemişlerdir. Satım akdine güvenerek ürün elde etmek için bağında çalışan kişinin çalışmasının daha sonra bağ istihkak edilince “teberru” olarak değerlendirilmesi kanaatimizce uygun değildir. Son meselede de hükmü ürünün mevcut olup olmamasına bağlamak kendi içinde bir çelişki gibi görünmektedir. Çünkü bir

291 Merğînâni, *el-Hidâye*, IV/13-14; Zeylaî, *Tebyînü'l-hağâik*, V/225; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 130.

292 Ali el-Hafif, *ed-Damân*, I/61.

293 Kâdihan, *el-Fetâvâ*, III/347; İbnü Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 267. Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 20-21.

294 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 233; Senhûrî, *Masâdiru'l-hak*, IV/140 (dipnot).

295 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 241; Senhûrî, *Masâdiru'l-hak*, IV/171. (Son cümle Senhûrî'nin nakline uygun olarak verilmiştir. Fakat Bağdâdî'nin *Müştemilü'l-ahkâm*'dan (müellifi, Fahrüddin Yahya b. Abdullah er-Rûmî (ö. 864/1460) yaptığı bu nakilden, son cümlelerin “bu konuda Muhammed'den açık bir cevap (nass) yoktur” şeklinde de anlaşılması mümkündür ve belki de daha doğrudur).

şeyin mevcut olduğu takdirde aynını vermek gerekiyorsa tüketildiği takdirde de tazmin edilmesi gerekir.

Hanefilerin menfaatin tazmini konusundaki bu görüşleri iki kaideye dayanıyor: Bunlar "Bir şeyin nef'i, damânı mukabelesindedir"<sup>296</sup> ve "Ücret ile damân müctemi' olmaz"<sup>297</sup> kaide-leridir<sup>298</sup>.

Hanefilerin menfaatin tazmini konusundaki nazariyeleri yukarıdaki istisnalarla zaman içinde genişletilmiş<sup>299</sup>, bunun daha da genişletilmesi ihtiyacı Mecelle'nin tadilinde kendini göstermiş önce Ali Haydar Efendi 596. maddenin şerhinde bu maddenin Şafii mezhebine göre değiştirilmesini teklif etmiş<sup>300</sup> ve daha sonra bu değişme "1914 tarihli bir hukuki düzenleme ve 1341 tarihli Mecelle tadilleriyle"<sup>301</sup> gerçekleşmiş<sup>302</sup>, madde "Menfaatler a'yân gibi mütekavvimdir. Buna göre bir kimse diğerinin taşınır ve taşınmaz

296 Mecelle, md. 85. Bu kaidenin açıklaması için bk. İbnü kayyım'ı'l-Cevziyye, İ'lâmu'l-muvakkîn, II/39-40; Suyûti, El-Eşbâh ve'n-nezâir, s. 150-151; İbnü Nüceym, el-Eşbâh ve'n-nezâir, s. 151-152; Hamevî, Ğamzu 'uyûni'l-beşâir, I/182; Ali Haydar, Düreru'l-hukham, I/185; Bilmen, Ömer Nasuhi, Hukuk-ı İslamiye ve Istılahat-ı fıkhiyye Kamusu, I/284; Zerkâ, Ahmed, Şerhu'l-kavâidi'l-fıkhiyye, s. 361-362; Senhûri, Masâdiru'l-hak, VI/168-169; Vehbe ez-Zuhayli, Nazariyyetü'd-çamân, s. 213-216.

297 Mecelle, md. 86. Bu kaidenin açıklaması için bk. Güzehisârî, Menâfi'u'd-dekâik, s.310; Ali Haydar, Düreru'l-hukham, I/187; Bilmen, Ömer Nasuhi, Hukuk-ı İslamiye ve Istılahat-ı fıkhiyye Kamusu, I/285; Zerkâ, Ahmed, Şerhu'l-kavâidi'l-fıkhiyye, s. 363-368; Senhûri, Masâdiru'l-hak, VI/169-170; Vehbe ez-Zuhayli, Nazariyyetü'd-çamân, s. 217-218. Hanefilerin, bu kaidenin tatbiki ile vardıkları bazı neticelerin tenkidi için bk. Bardakoğlu, Ali, İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi, s. 99.

298 Senhûri, Masâdiru'l-hak, VI/168; Karaman, Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku, II/428-429.

299 Senhûri, Masâdiru'l-hak, VI/75.

300 "Bu zamanda bilcümle emvâlin menâfiinde, mezheb-i Şafii kabul edilmek ve ol vechile amel olunmak üzere irade-i seniyye istihsâl kılınmak münasip olup olmayacağı(nı), asrımızın fukahası müşavere ederek bir karar ittihaz etmelidirler. Ali Haydar, Düreru'l-hukham, I/950.

301 Cin, Halil, -Akgündüz, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, II/200.

302 Karaman, Hayreddin, İslam Hukuk Tarihi, s. 335 (Ali Haydar, el-Mecmuatü'l-cedide'nin mukaddimesinden naklen); Bayındır, Abdülaziz, İslam Muhâkeme Hukuku, s.40; Akman, Ahmet, İslam Hukukunda Akdi Mesuliyetten Doğan Tazminat, s. 31.

Subhi Mahmasâni, Mecelle'nin bu maddesinin Usûl-i muhâkeme-i hukukiyye kanununun 64. maddesi ile değiştirildiğini söylüyor. en-Nazariyyetü'l-âmme II'l-mücebât ve'l-ukûd, I/10. Fakat 3 Recep 1296 (9 Haziran 1295) tarihli kanunun 64. maddesi bu konudan bahsetmemektedir Bk. Cüzdân-ı kavânin-i oşmâniyye, s.808.

bir malını kullansa veya kullanılmasına engel olsa emsal ücretini vermesi gerekir” şeklini almıştır<sup>303</sup>. Bu istikamette bir gelişmenin zorunlu olduğunu söyleyen Senhûri<sup>304</sup> ve “Keşke Mecelle Cemiyeti, bu konuda Şafii ve Hanbeli ictihad nazariyesini alsaydı” diyen Mustafa Zerkâ<sup>305</sup> yapılan değişiklikten haberdar değil gibiler. Irak Medeni Kanunu da bu gelişme istikametinde menfaatleri mal olarak kabul etmiştir<sup>306</sup>.

Hanefilerin bu tutumu karşısında Şafii, Maliki ve Hanbeliler aralarında bazı farklı görüşler olsa da menfaati mal olarak kabul ederler ve birine ait bir mala el koyan kişinin o malı elinde bulundurduğu süre için kira ödemesi gerektiğini söylerler.

Şafii mezhebine göre İslam, menfaate bizâtihi değer izafe etmiş, onu bu açıdan mal gibi kabul etmiştir. Dolayısıyla menfaatin değerlendirilmesi bakımından akitle, tefvît veya itlaf arasında fark yoktur. Çünkü malda asıl maksat ondan istifade imkanı yani menfaattir. Onlara göre senelik emsal kirası bin dirhem olan bir evi veya köyü gasbedip yetmiş sene ondan istifade eden kişinin bu sürenin kirasını ödememesi adalet ve insaftan uzaktır<sup>307</sup>.

Şafii mezhebine göre icare akdine konu olabilecek malların menfaati emsal ücretle tazmin edilir. Gasbedenin ondan istifade edip etmemesi hükmü değiştirmez<sup>308</sup>. Gasbeden gasbettiği şeyi emsal ücretten daha fazlasına kiralamışsa mâlik isterse bu kirayı alır, isterse emsal kirayı alır. Ancak hür bir kişinin zorla bir yerde alıkonulması ile çalıştırılması farklı mütâlâ edilmiştir. Hür insanı zorla bir yerde tutan kişi, onu çalıştırmadığı takdirde, mezhepte daha doğru (esahh) kabul edilen görüşe göre bundan dolayı ücret ödemez. Bu mezhebe göre kamuya ait yerleri; camiye, yolu, mezarlığı işgal edenler de emsal ücretle tazmin ederler. Yalnız bunda da tazminat ödenmesi için sadece başkalarını engellemek yeterli değildir, eşya koymak gibi bir şekilde de olsa oradan istifade etmiş olması şarttır<sup>309</sup>.

303 Erdoğan, Mehmet, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, s. 161.

304 Senhûri, *Masâdiru'l-hak*, VI/175.

305 Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, III/209.

306 Senhûri, *Masâdiru'l-hak*, VI/175.

307 İzzüddin b. Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, I/154-155.

308 Ali el-Hafif, *ed-Damân*, I/61-62.

309 Şafii, *el-Ümm*, III/249; Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, II/286; Senhûri.

Hanbeliler de Şafiiler gibi<sup>310</sup> icare akdine konu olabilen menfaatlerin tazmin edileceğini savunurlar. Koyun, kuş, ağaç gibi şeylerin icare akdine konu olmaları caiz olmadığı için<sup>311</sup> bunların menfaatleri tazmin edilmez. Onlara göre de gasbedenin bu menfaatten istifade edip etmemesi hükmü değiştirmez<sup>312</sup>. İbn Teymiyye, başkasına ait araziye izinsiz eken kişinin ekine sahip olamayacağını, yaptığı harcamaları alabileceğini söyler<sup>313</sup>. Bu durumda ekinin arazi sahibine kalacağı ve gâsıbın emsal kira ödemeyeceği akla gelmektedir.

Malikiler; gâsıb, gasbettiği şeyden bizzat kullanarak veya kiraya vererek yahut gasbettiği şeyin ürününden yiyerek menfaat temin ettiği takdirde bunun tazmin edileceğini söylerler. Gâsıb gasbettiği şeye yaptığı harcamaları bundan düşer, bir başka görüşe göre ise bu harcamalar karşılığında tazminat miktarından indirim yapılmaz<sup>314</sup>. Malikilerle birlikte Zâhiriler de menfaatin tazmini için gasbedilen şeyin icare akdine konu olabilmesini şart koşmazlar. Bu durumda icare akdine konu olmayan şeylerin gasbedilmesi halinde bunlardan elde edilen ürünlerin veya gelirlerin de iade edilmesi, eğer tüketilmiş veya itlaf edilmişse tazmin edilmesi gerekir<sup>315</sup>.

Muhtelif mezheplere ait bu görüşler içinde zamanımız hukuçuları ve araştırmacıları Şaffi ve Hanbeli mezheplerine ait görüşü<sup>316</sup> veya Mâliki mezhebinin görüşünü<sup>317</sup> tercih etmek-

**Masâdiru'l-hak**, VI/174; Mahmasânî, Subhî, **en-Nazariyyetü'l-âmme li'l-mücebât ve'l-ukûd**, I/161; Vehbe ez-Zuhaylî, **Nazariyyetü'd-đamân**, s. 122.

310 Ali el-Hafif, **ed-Damân**, I/61.

311 Şâfiî ve Hanbelî mezhebine göre aynı bâki kalmak üzere kendisinden istifade edilmesi caiz olan şeylerin icaresi caizdir (**el-Muğnî**, VI/129; **Muğnî'l-muhtâc**, II/335). Aynı bâki kalarak istifadesi mümkün olmayan şeylerin icaresi caiz değildir. Bu sebeple koyun, deve veya sığırın, sütünü veya yününü, kılını almak maksadıyla kiralanması caiz değildir. Fakat sığırın, harmanda çalıştırılmak üzere kiralanması caizdir. Koyunun aynı maksatla kiralanması ise Hanbelilerde caizdir, Şafiilerde ihtilaflıdır. İbnü Kudâme, **el-Muğnî**, VI/131, 132-133.

312 İbnü Kudâme, **el-Muğnî**, V/435/436.

313 İbnü Teymiyye, **Mecmûu Fetâvâ**, XXIX/124.

314 Kayravânî, **Risâle**, s. 121; Salih Abdullah es-Semîr el-Âbî el Ezherî, **Cevâhiru'l-iklîl**, II/150. Maliki mezhebinin bu konudaki farklı görüşleri ve mezhebin görüşünün farklı tesbitleri ve gasb, teaddî ayırımı için bk. İbnü Rüşd, **Bidâyetü'l-müctehid**, II/269; İbnü Kudâme, **el-Muğnî**, V/435; İbnü Cüzeyy, **el-Kavâninü'l-fikhiyye**, s. 283; Ali el-Hafif, **ed-Damân**, I/63-64; Süleyman Muhammed Ahmed, **Damânü'l-mülefât**, s. 256, 264.

315 Süleyman Muhammed Ahmed, **Damânü'l-mülefât**, s. 264.

316 Senhürî, **Masâdiru'l-hak**, VI/174-175; Mahmasânî, Subhî, **en-**



tedirler. Kanaatimizce de Şafii mezhebi esas alınmalı; gâsıb gasbettiği şeyin emsal kirasını ödemeli, ayrıca gasbettiği şeyden menfaat temin etmişse temin ettiği bu menfaatin emsal kiradan fazla olması halinde mâlik emsal kira ile bu menfaatin kıymeti arasında tercih yapabilmeli, icareye konu olmayan şeylerin gasbedilmesi halinde de bunlardan elde ettiği fiili mübah menfaati (hayvanın sütü gibi) mevcut ise iade, itlaf veya istihlak edilmişse tazmin etmeli, ayrıca malı gasbedilen kişi bu süre zarfında gasbdan kaynaklanan bir zarara uğramışsa<sup>318</sup> bu zararı da tazmin etmelidir.

### bb- Temerrüt tazminatı

İslam hukukçuları temerrüdü bir tazminat sebebi olarak ele almamışlardır. Hatta denebilir ki son zamanlara kadar konu gündeme de gelmemiş, dolayısıyla lehinde veya aleyhinde doğrudan bir şey söylenmemiş, üzerinde araştırma ve tartışma cereyan etmemiştir<sup>319</sup>. Buna rağmen İslam toplumunun en azından hukuki düzenlemeler itibarıyla konunun yabancı olduğu da söyleyemeyiz.

Osmanlı Devletinde 1860 da çıkarılan Ticaret Kanunu Zeyli'nde ve 1879'da çıkarılan Osmanlı Usûl-i Muhâkeme-i Hukûkiyye Kanunu'nda temerrüt ismi zikredilmese de konunun işlendiğini daha önce belirtmiştik. Her iki kanunda da temerrüt tazminatına yer verilmektedir. İkinci kanunun Mecelle cemiyetince hazırlanan metin esas alınarak<sup>320</sup> bu metnin bazı maddelerinin

**Nazariyyetü'l-âmme li'l-mücebât ve'l-ukûd**, I/10, 163; Zerkâ, Mustafa Ahmed, **el-Medhal**, III/208.

317 Süleyman Muhammed Ahmed, **Damânü'l-mülefât**, s. 256.

318 Mesela besicilik yapan ve selem akdi ile et satan birisi hayvanları gasbedildiği için borcunu vadesinde ifa etmek maksadıyla piyasadan hayvan satın almak zorunda kalmış, bu maksatla nakliye v.b. ek masraflara da girmişse bunu gâsıbtan istemesi adalete daha uygun düşebilir.

319 Günenç, Halil (Abdulkerim), **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyyetü'l-müyessera**, II/177; Zerkâ, Mustafa Ahmed, **"Hel yukbelu şer'an el-ğukmu 'ale'l-medîni'l-mümâtılı bi't-te'viç 'ale'd-dâin"**, s. 90.

Mustafa Ahmed ez-Zerkâ'nin makalesi Mustafa Avcı tarafından "İslam'da Borcun Geciktirilmesi" ismi ile Türkçeye tercüme edilmiştir (Diyanet Dergisi, Ekim-Kasım-Aralık 1990, c. 26, sy. 4, s.87-95). Fakat tercümenin itinalı olduğunu söylemek zordur.

320 Bu kanunun baş tarafındaki Şûrây-ı devlet mazbatasında hazırlanış şekli hakkında şu bilgi verilmektedir: "Mehâkim-i umumiyye-i nizâmiyyenin mevâdd-ı hukûkiyyeyi rû'yet vazifesiyle mükellef bulunan kısmının usûl-i

aynen görüşmesiz, bazılarının da görüşülerek ve bazı değişikliklerle kabul edildiğini ve temerrüt tazminatı ile ilgili maddelerde görüşme yapılmadığı<sup>321</sup> izlenimini dikkate alırsak konunun İslam hukuku açısından uygun bulunduğunu veya en azından pek yadırganmadığını söyleyebiliriz.

Osmanlı Usûl-i Muhâkeme-i Hukukiyye Kanununa göre borçlu, borcun gecikme ile ifasından dolayı —eğer gecikme “bir sebab-i ıztırâriden yani kendisine azv (nisbet) olunamayan ve yedi iktidarında bulunmayan bir sebepten neş’et” etmemişse— “bir gûnâ hilesi olmamış olsa dahi lazım gelen zarar ve ziyânı tazmine mahkum olur” (md. 108). Eğer gecikme borçlunun hilesine dayanmıyorsa tazminat kalemi; karşı tarafın “doğrudan doğruya etmiş olduğu mikdâr-ı maruf zarar ve ziyandan ibarettir” (md. 109). Fakat gecikme borçlunun hile ve desisesinden kaynak-

muhâkemâtına dair Mecelle cemiyetinden üçyüz bir maddeyi hâvi kaleme alınan lâyiha-i kanuniyye, mahkeme-i temyiz-i hukuk reisi Faziletli Râmiz Efendi ile azâsından saâdetlû Şefik Efendi hazretleri hâzır oldukları halde şûrây-ı devlet hey’et-i umumiyesinde kırâat ve bu sırada şûrây-ı devletin evâil-i teşkilinde cem ve tertib edilip her nasılsa mevki-i icraya konulmamış ve bu kere Mecelle cemiyetince esas ittihaz olunmuş olan Usûl-i Muhâkemât Kanunu layihasına ve inde’l-icâb Fransa Kavânin Mecmuasına istizâde-i malumat zımında müracaat olundu” Cüzdân-ı kâvânin-i oşmâniyye, s. 777.

Abdülaziz Bayındır’ın naklettiğine göre bu kanunun esası 1807 tarihli Fransız kanunudur ve sadece nizamiye mahkemelerinde uygulanmış, 4 Ekim 1927’ye kadar yürürlükte kalmıştır. **İslam Muhâkeme Hukuku**, s. 46.

Halil Cın ve Ahmet Akgündüz’ün bu kanunla ilgili bazı değerlendirmeleri de şöyledir: “Nizamiye mahkemelerinin hukuk bölümünde Mecelle’nin son üç kitabındaki hükümler, yeni sistemin ruhuna uymadığı için yeni bir hukuk usulü kanunu hazırlamak üzere Mecelle Cemiyetine bir görev verilmiş ve cemiyet da 301 maddelik bir usul kanunu hazırlamıştır. Bu tasarıyı esas alan ancak 1807 tarihli Fransız usûl kanunundan da sistem ve muhteva olarak yararlanan Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-ı Muvakkatı 1879 yılında hem Nizamiye mahkemelerinde ve hem de Ticaret mahkemelerinde uygulanmak üzere yürürlüğe konulmuştur. Hem kanunun esbâb-ı mücibe mazbatasından ve hem de Mecelle’ye yaptığı atıflardan anlaşılacağı gibi kanun, Mecelle heyetinin hazırladığı tasarı esas alınarak, ancak Fransız usul kanunu da ihmal edilmeyerek hazırlanmış ve karma bir mahiyete sahip olmuştur. ... Buzı istisnâî ve şekli hükümler ile Avrupa kanunlarından iktibas edilen yine şekle yönelik bir kısım hükümler dışında bu kanun, şer’î yasalara aykırı düşmeyecek şekilde hazırlanmıştır.” **Türk Hukuk Tarihi**, I/366.

321 Kanunun baş tarafındaki Şûrây-ı devlet mazbatasındaki mukaddimede üzerinde görüşme açılan maddeler hakkında bilgi verilmektedir ki temerrüt ile ilgili maddelerin 112 hariç görüşme konusu yapılmadığı, 112. maddede yer alan ‘medyûnun vefatında gûzeştenin mûnkati’ olacağına dair’ fıkranın görüşme (mûnakaşa) sonucu metinden çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Bk. **Cüzdân-ı kâvânin-i oşmâniyye**, s.780).

lanıyorsa o zaman tazminat kalemleri “diğer tarafın doğrudan doğruya vukubulan **zarar ve mahrum kaldığı kârın** ifasından ibarettir” (md. 110). Mukavele esnasında bir cazâî şart kararlaştırılmışsa bundan eksik veya fazlası verilemez (md. 111). Para borçlarının gecikmesinde tazminat, **sadece** aylık yüzde bir temerrüt faizi (güzeşte ) olup alacaklının, zararını isbat mecburiyeti yoktur (md. 112). Bu miktar daha sonra 1887’den itibaren yüzde otuz para olarak değiştirilmiştir<sup>322</sup>.

İslam dininin ve hukukunun faiz konusundaki hassasiyeti bilinmektedir. Biz para borçları kavramını İslamın bu faiz hassasiyeti çerçevesinde genişleterek temerrüdün ribevî mallarla ilgili sonuçlarını ayrı bir bölüm halinde incelemeyi uygun bulduğumuz için şimdilik konusu ribevî yani faize konu mallar olan borçların ifasındaki gecikme ve tazminatı bir kenara bırakarak bunların dışındaki borçların temerrüdünde tazminat konusunu ele almak istiyoruz.

### **bba Kabul edenler**

Temerrüt tazminatını mezheplerin görüşleri ışığında değerlendirmeden önce günümüz hukukçularından bazılarının konuya yaklaşımlarını özetlemekte fayda görüyoruz.

Muasır hukukçulardan Senhuri Hanefilerin, menfaatin tazmini ile ilgili daha önce anlattığımız görüşlerini naklettikten ve zaman içinde yapılan istisnaları bir gelişme olarak kaydettikten sonra bundan sonra yapılması gerekenin, bu istisnâî durumlarda farzedilen zımnî icare akdinin sadece bu durumlarda değil her zaman var sayılması, hatta bu varsaymanın da terkedilip doğrudan menfaatlerin mütekavvim olduğunun kabul edilmesi olduğunu söylüyor ve şöyle devam ediyor : “Irak Medeni kanununun yaptığı budur. O bu gelişme sürecinde son merhaleye varmıştır. ... Irak Medeni kanunu, menfaatlerin mütekavvim oluşu, kusur sorumluluğu veya akdî sorumluluk halinde tazmin edilmesinin gereği konusunda batı hukukuna benzer hale gelmiş hatta batı hukukundaki ‘tazminat, borçlunun borcunu ihlalinin tabii bir neticesi olarak alacaklının uğradığı her türlü zarar ve mahrum kaldığı kârı kapsar’ kaidelerini aynen almıştır”<sup>323</sup>. Bu ifadeler

<sup>322</sup> Bk. Cüzdân-ı kavânin-i oşmâniyye, s. 820-822)

Senhuri'nin temerrüt tazminatını benimsediğini ve savunduğunu göstermektedir.

Mustafa Ahmet ez-Zerkâ temerrüde düşen borçlunun tazminat ödemesi görüşünün İslam'a uygun olduğunu savunur. Suriye yeni medeni kanununun 158. maddesine göre; iki taraf için de bağlayıcı (lâzım) akitlerde taraflardan biri borcunu ifadan imtina ettiği takdirde karşı tarafın akdi feshedebileceğini ve aynı zamanda mütemerrit taraftan, akdi fesih zorunda bırakan temerrüdünden dolayı uğradığı zararı tazminini isteyebileceğini belirttikten sonra şu değerlendirmeyi yapar: "Benim görüşümce bu kanunî bakış adildir, yerindedir. Bu, en önemli temellerinden biri, Hz. Peygamberin 'zarar verme ve zararlaşma —karşılıklı zarar verme— yoktur' hadisine dayanan zararın def edilmesi kaidesi olan İslam fihî ve şeriatınca da makbuldür. Hanefî mezhebine ait metinler bunu kabul etmese de diğer mezheplere ait kaidelerde ve bu mezheplere mensup fakihlerin ifadelerinde bunu tamamen destekleyen hususlar vardır"<sup>324</sup>.

Daha sonra konuyla ilgili bir makale<sup>325</sup> yayınlayan Mustafa Ahmed ez-Zerkâ burada da temerrüt tazminatının İslam'ın ruhuna uygun olduğunu, buna aykırı bir nass bulunmadığını, aksine bunu teyid eden nasslar bulunduğunu söyler. Ona göre mütemerrit, gâsıp gibidir. Aslında zimmetteki borcun hakiki anlamda gasbedilmesi zaten mümkün değildir. Burada ifa etmeme gasb yerine geçer. Fakat tazminat ancak, ödemeye muktedir borçlunun temerrüdü halinde gerekir. Şer'an mazur görülen kişi mütemerrit sayılmaz.

Alınacak tazminat kalemleri konusunda aynı sayfada<sup>326</sup> yer alan "temerrüt sebebiyle alacaklıya verdiği zararı tazmin etmesi gerekir", "alacaklının temerrütten doğan zararı, sadece alacağını zamanında kabzedemediği için mahrum kaldığı menfaatlerdir. Bu menfaatler, alacağını vadesinde elde etseydi ve meşru usullerle

323 Senhürî, *Masâdiru'l-hak*, VI/175.

324 Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, I/414 (dipnot).

325 Zerkâ, Mustafa Ahmed, "Hel yukbelu şer' an el-ḥukmu 'ale'l-medîni'l-mümâṭılı bi't-te' viçî 'ale'd-dâin", s. 89-97.

326 Zerkâ, Mustafa Ahmed, "Hel yukbelu şer' an el-ḥukmu 'ale'l-medîni'l-mümâṭılı bi't-te' viçî 'ale'd-dâin", s. 95.

çalıştırsaydı (yatırım yapsaydı), ticârî hayattaki asgarî mütad sınırlar içinde elde edebileceği kârdan ibarettir... Alacaklının, temerrütten dolayı uğradığı zarar veya mahrum kaldığı kâr ...” ifadelerinden onun hem mahrum kalınan kârın, hem de bunun dışında fiili zararlar söz konusuysa bu zararın da tazmin edilmesi gerektiğini mi kastedtiği, yoksa zarar kelimesiyle de mahrum kalınan kârı mı kastedtiği net olarak anlaşılamamaktadır<sup>327</sup>.

Mustafa Ahmet ez-Zerkâ, alacaklının temerrüt dolayısıyla uğradığı zararın taraflarca tesbit edilmesinin prensip olarak mümkün olduğunu fakat bunun istismar edilebileceğini ve faize vesile yapılabileceğini belirterek zararın mahkemece tesbit edilmesi gerektiğini savunur<sup>328</sup>.

Mekke Temyiz mahkemesi hakimlerinden ve aynı zamanda Cemâati kibârî'l-ulemâ üyesi Abdullah b. Süleymân b. Menîr, konuyu biraz daha etraflıca ele almaktadır<sup>329</sup>. Temerrüt tazminatını savunurken şunları söyler: “Bir kişi ifaya muktedir olduğu muaccel borcunu geciktirse ve bu esnada semenin veya ifası gereken borç konusu aynın fiatında düşme olsa, mütemerrit borçlunun, fiat düşmesinden veya menfaatin fevt olmasından dolayı alacaklı aleyhine meydana gelen bu azalmayı tazmin edeceğini söylemek, adaletin ve ‘noksanlığın veya menfaatin veya aynın tazmini, bunların fevt olmasına sebep olana aittir’ kaidesinin sonucudur”<sup>330</sup>. ... “Cezâî şart<sup>331</sup> ve kaparo meselesi de temerrüt

327 Nezh Hammâd, Mustafa Zerkâ'nın bu ifadeleri ile mahrum kalınan kârı kastedtiğini düşünmüş ve buna göre değerlendirmeler yapmıştır (A.g. m., s. 287).

328 Zerkâ, Mustafa Ahmed, “Hel yukbelu şer‘ an el-ḥukmu ‘ale'l-medîni'l-mümâṭılı bi't-te‘ viçi ‘ale'd-dâin”, s. 95.

329 Bk. Abdullah b. Süleyman b. Menîr, “Maṭlu'l-ğaniyyi zulmün yühillü ‘ırdahû ve ‘ukûbetehû”, (Daktilo edilmiş 11 sayfalık metin). Kahire, Riyâd ve Cenevre'de yapılan konu ile ilgili görüşme ve tartışmalarda veya bunlardan birinde yapıldığı anlaşılmaktadır ve bir kısmı Günenç, Halil tarafından iktibas edilmiştir Bk Günenç, Halil (Abdulkerim), el-mevsû‘ atü'l-fıkhıyyetü'l-müessera, s. 394-396. Tezimizde orijinal daktilo edilmiş metnin sayfaları kullanılmıştır.

330 Abdullah b. Süleyman b. Menîr, “Maṭlu'l-ğaniyyi zulmün yühillü ‘ırdahû ve ‘ukûbetehû”, s. 3.

331 Cezâî şart konusunda geniş bilgi için bk. Suudî Arabistan Krallığı, Rîâsetü idâratı'l-buhûşî'l-ı'lmiyye ve'l-iftâ li'd-de‘veti ve'l-irşâd, el-emânetü'l-âmme li hey'eti kibârî'l-ulemâ başlıklı kağıda daktilo edilmiş 14/5/1394 h. tarih ve 17 sayılı yazı eki 79 sayfalık rapor. Raporu hazırlayanlar: el-buhûşü'l-



tazminatını destekler. ... Hey'etü kibâri'l-ulemâ meclisi de 21/8/1394 tarih<sup>332</sup> ve 25 sayılı kararında ittifakla ... akitlerde şart koşulan cezâî şartın sahih ve muteber olduğuna, borcun ihlali şer'an geçerli bir mazerete dayanmadığı takdirde bu şarta göre hareket etmek gerektiğine ve mazeretin, ifanın vücutunu düşüreceğine karar vermiştir. Ancak cezâî şart, örf'e göre çok olup mâlî tehdit maksadı taşıyorsa ve şer'î kaidelerin gereğinden uzak ise bu durumda mahrum kalınan menfaat ve uğranılan zarara göre adalet ve insaf dairesinde hareket edilmeli, ihtilaf halinde bilir kişi vasıtasıyla şer'î hakime müracat edilmelidir"<sup>333</sup>.

"Kaparo meselesinde Ahmed b Hanbel 'sakıncası yok, Hz. Ömer uygulamıştır' demektedir. ... Kaparo, satıcı lehine karşılığı olmayan bir şart değildir. Çünkü o, müşteri tercihini kullanana kadar satış konusu malı bekletmenin, onu başkasına satma fırsatını belli bir süre için kaybetmenin karşılığıdır"<sup>334</sup>.

Sıddık Muhammed el-Emîn ed-đarîr, muamelelerinde İslamî esaslara uymayı prensip kabul eden bankalardan birinin şer'î murabaha<sup>335</sup> işlemlerinde ifanın gecikmesi halinde mâlî ceza (ğarâme) ödenmesi ile ilgili sorusuna cevaben görüşünü şöyle beyan ediyor: "Bankanın, borçlu müşterisi (amîl) ile; tesbit edilen sürede borcunu ifa etmediği takdirde belli bir meblağ veya borcunun belli bir nisbetinde ödeme yapması şartıyla anlaşma yapması, bu meblağa mâlî ceza (ğarâme) de dense, tazminat da

1<sup>4</sup> İmîyye ve'l-iftâ daimi komisyonu üyeleri Abdullah b. Süleyman b. Menf , Abdullah b. Abdurrahman b. Fidyân, Abdürrezzak Afifi, İbrahim b. Muhammed Âlû's-Şeyh (Komisyon Başkanı); Abdulhamîd es-Sâih, "Dirâse ani's-şartı'l-cezâiyyi ve mâ yetea'llaķu bih", 23-26 Eylül 1985 de İstanbul'da yapılan Al-baraka Üçüncü İslam İktisadî sempozyumuna sunulmuş beş daktilo sayfası bildiri; Semîr Abaza, "Hel yukbelu şer'a'n ittifaķu'l-müteâ'ķideyni alâ tağmîni'l-aķdi naşşan yekđi bi't-tahkîmi fimâ yeteallaķu bi't-ta'viç, ve zâlike fi hâleti taķşîri'l-medîni'l-mümâţili fi'l-vefâ", Sekiz sayfalık daktilo edilmiş metin.

332 10 Eylül 1974.

333 Abdullah b. Süleyman b. Menf , "Maţlu'l-ğaniyyi zulmün yühüllü 'ırdahû ve 'uķûbetehû", s. 5-7.

334 Abdullah b. Süleyman b. Menf , "Maţlu'l-ğaniyyi zulmün yühüllü 'ırdahû ve 'uķûbetehû", s. 7-8.

335 Faizsiz finans kurumlarınca veya bankalarca uygulanan şer'î murâbaha hk. bk. Kardâvi, Yusuf, Bey'u-l-murâbaha li'l-âmîri bi's-şirâ kemâ tücrihi'l-meşârifü'l-islâmiyye, Kahire 1407/1987.

dense, cezâî şart da dense caiz değildir. Çünkü bu, haramlığı hususunda icmâ bulunan cahiliyye faizidir. Bankanın borçlu müşterisi (amîl) ile; ifanın gecikmesi sebebiyle bankanın uğrayacağı zarara karşılık tazminat ödemesi şeklinde anlaşma yapması ise bankanın uğrayacağı zararın maddî ve fiilî olması ve müşterinin ödeme gücüne sahip (mûsir) mütemerrit (mümâtıl) olması şartıyla caizdir. Bu tazminatın tesbitinde en uygun yol, müşterinin ifayı geciktirdiği süre içinde bankanın gerçekleştirdiği fiilî kârın esas alınarak hesaplanmasıdır. ... Müşteri ile yapılan, semeni vadeli satım akdinin, ifada geciktiği takdirde müşterinin tazminat ödeyeceğine veya bankanın, 'müşterisi Falan mütemerrittir' diye gazetelere ilan verme hakkına dair bir madde ihtiva etmesine bir mâni yoktur. ... Bankanın ödeme gücü olmayan borçludan tazminat istemesi caiz değildir"<sup>336</sup>.

Halil Günenç de temerrüt tazminatının şer'î hükmünün Dâru'l-mâli'l-islâmî Hey'etü'r-rakâbeti's-şer'iyye azaları arasında 1988 senesinde Cenevre'de görüşüldüğünü belirttikten sonra orada yaptığı konuşmayı şöyle özetlemektedir: "Ödeme gücü olan (ğaniy) borçlunun temerrüdünden doğan zararın tazmin ettirilmesi meşrudur. Bu, faiz gibi değildir. Faizci evinde oturur, ihtiyaç içinde olanlara muayyen bir ziyade mukabilinde, tesbit edilen süreye kadar para vermek için onların kendisine gelmelerini bekler. Bizim meselemizde ise tüccar malı ile İslâmî hudutlar içinde ticaret yapmakta, alıp satmaktadır. O, kimseye bir ziyade mukabilinde para vermemektedir. Birisi onun alacağını geciktirdiği ve malını bir süre yanında tuttuğu (hapsettiği) takdirde bunu tazmin ettirmeye hakkı vardır"<sup>337</sup>.

Semir Abâza da prensipte temerrüt tazminatını kabul etmektedir. Ona göre alacaklıya, mütemerrit borçludan; mahrum kaldığı kârın ve uğradığı zararın tazminini isteme hakkı tanınmalıdır<sup>338</sup> ve bu miktar önceden tesbit edilmemeli, bilirkışı

336 Sıddîk Muhammed el-Emin eđ-đarîr, "el-İttifâku 'alâ ilzâmi'l-medîni'l-mûsiri bi te'viçi đararı'l- mûmâtale", Mecelletü Ebhâsi'l-İktisâdi'l-islâmî, (1405-1985), c. 3, sy. 1, s. 111-112.

337 Günenç, Halil (Abdulkerim), el-mevsû'atü'l-fıkhiyyetü'l-müeyssera, II/158. Ayrıca bk. II/177-178, 393-396.

338 Semir Abâza, "Hel yukbelu şer'a'n ittifâku'l-müteâ'kıdeyni alâ tağmîni'l-ağdi naşşan yeđđi bi't-tahkîmi fimâ yeteallağu bi't-ta'viç, ve zâlike fi hâleti takşiri'l-medîni'l-mûmâtılı fi'l-vefâ", s.4.

vasıtasıyla adli mercilerce tesbit edilmelidir<sup>339</sup>. Ayrıca tazminat miktarının tesbiti konusunda akde bir madde konularak bu iş, hakeme de havale edilebilir. Hakem taraflarca ismen bir hakiki şahıs olarak tesbit edilebileceği gibi, bir merci de hakem olarak kararlaştırılabilir. Tarafların doğrudan hakemi değil de hakemi belirleyecek şahısları tesbit etmeleri de mümkündür. Tazminat miktarının tesbit usulünü de kararlaştırabilirler. Fakat bütün bunları yaparken mesela “banka faizi esas alınır” gibi dolaylı da olsa faiz veya faiz şüphesi doğuracak kararlar alamazlar ve usuller tesbit edemezler<sup>340</sup>.

Temerrüt tazminatı hakkında genel bir bilgi verdikten sonra lehindeki ve aleyhindeki görüşleri özetleyen Fahrettin Atar sonunda her ne kadar tercih yapmıyor ve “Bu iki görüşten hangi görüşün daha isabetli olduğunu ciddi bir araştırma yaptıktan sonra söylemek mümkün olacaktır”<sup>341</sup> diyorsa da konuyu takdim ederken temerrüt tazminatı ile ilgili bazı sorular sorduktan sonra “Bu soruların cevaplarını hukukçu Prof. Dr. Mustafa Ahmed ez-Zerkâ'nın yayınlanan bir makalesinde bulmak mümkündür”<sup>342</sup> deyişinden ve müteakiben de Zerkâ'nın daha önce sözünü ettiğimiz makalesinin geniş bir özetini verişinden onun da bu görüşlere meyilli olduğunu söyleyebiliriz.

Temerrüt tazminatını haklı bulanlardan biri de Muhammed eş-Şehât el-Cündî'dir. Ona göre taraflar, borcunu ifa etmeyen veya geç ifa edenin, diğer tarafa bir mal vermesini kararlaştırmışlarsa bu, meşrudur ve ticaretteki karşılıklı rıza prensibinin gereğidir<sup>343</sup>. Böyle bir ön anlaşma yoksa da mütemerrit, alacaklının fiili zararlarını ödemelidir. Başkasına zarar vermeme ve tazminatla (damânla) ilgili kaideler bunu gerektirir<sup>344</sup>. Fakat mütemerritten, alacaklının mahrum kaldığı kârı da tazmin etmesi istenemez. Çünkü bu, mevhum (muhtemel) bir kârdır. Bunun tazmin ettirilmesi, başkalarının mallarını batıl yollarla yeme hükmüne girer ve aynı zamanda İslam hukukunca yasaklanan “ğarar”

339 Semîr Abâza, a.g.m., s. 5.

340 Semîr Abâza, a.g.m., s. 7.

341 Atar, Fahrettin, **İslam İcra ve İflas Hukuku**, s. 80.

342 Atar, Fahrettin, **İslam İcra ve İflas Hukuku**, s. 74.

343 Muhammed eş-Şehât el-Cündî, **Damânü'l-âkd**, s. 224.

344 Muhammed eş-Şehât el-Cündî, **Damânü'l-âkd**, s. 228.

mefhumu içinde yer alır<sup>345</sup>.

İcare akdini inceleyen Ali Bardakoğlu, "İşçinin, işi vaktinde teslimi de ifa borcunun bir gereğidir. İfa borcuna aykırı davranan işçi, sebep olduğu fiili zararı öder" demekte ve bu akitle ilgili olarak temerrütten doğan fiili zararın tazminine taraftar görünmektedir<sup>346</sup>,

Hamdi Döndüren de daha ziyade para borçlarını incelediği makalesinde şunları söylemektedir: "Ancak ister karz akdinde, isterse satım akdinde olsun, borcunu vade tarihinde geri istendiği halde kötü niyetle ödemeyen, alacaklısını, icra kapılarında büyük sıkıntılara düşüren borçluları bu kolaylıklardan<sup>347</sup> yararlandırmak da alacaklıya karşı haksızlık olur. Karz akdinde geri isteme tarihinden, satım akdinde ve diğer borçlarda vade tarihinden sonrası için adalet ve nısfе kurallarına göre bir tazminat düşünmek uygun olur"<sup>348</sup>.

Abdülvahhab Öztürk, "İşçinin ihmali yüzünden iş gecikir ve işveren bundan zarar görürse, zararı işçi ödeyecektir"<sup>349</sup> diyerek temerrüt tazminatına temas etmektedir.

**"İslam Hukukunda Akdî Mesuliyetten Doğan Tazminat"** isimli doktora tezinde borçlunun temerrüdüne genişçe yer (s. 14-38) ayıran Ahmet Akman "netice olarak" temerrüt tazminatı hakkında şunları söylemektedir: "... Zerkâ'nın menfaatin tazmin edilebilirliği anlayışından hareketle, alacaklının elde edemediği miktarın, borçlu yanında geçen haksız müddete ilişkin bir karşılığı ve menfaat kaybının olması gerektiği, ayn yerine deyn gasbı telakkisi neticesinde, hesaplama biçim ve metoduna yönelik itiraz yahut alternatifler olabileceğini de gözönüne alarak, prensipte, gerçekten zarara uğrayan alacaklının bu zararının telafi edilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz"<sup>350</sup>. Kannatimizce bu ifadeleriyle o, temerrüt tazminatını prensipte kabul eden bir neticeye vardığını ancak diğer taraftan da bazı endişeler taşıdığını

345 Muhammed eş-Şehât el-Cündî, *Damânü'l-akd*, s. 228, 229-230.

346 Bardakoğlu, Ali, "İslam Hukukunda İşçi ve İşveren Münasebetleri", s. 208.

347 Ödemede güçlük çeken borçluya mühlet verilmesi, mümkünse ödemedен muaf tutulması gibi.

348 Döndüren, Hamdi, "İslam'da para-kredi, faiz ve enflasyon ilişkileri", *İslâmî Araştırmalar*, sy. 3 (Ocak 1987), s. 68.

349 Öztürk, Abdülvehhab, "İslam'da İşçi ve İşveren münasebetleri", s. 40.

350 Akman, Ahmet, *İslam Hukukunda Akdî Mesuliyetten Doğan Tazminat*, s. 38.

söylemek istemektedir. Daha önce de bazan temerrüt tazminatına taraftar ifadeler kullanmakta (mesela s. 35), bir yerde de temerrüt tazminatına karşı çıkar mahiyette şunları dile getirmektedir: "İslam Hukukunda, Batı hukukunda olduğu gibi temerrütten dolayı gecikme tazminatının ödenmesi yahut borcun ödenmesi mümkün iken, alacaklının akdi feshederek menfi zararını tazmin ettirmesi şeklindeki bir uygulama vârid değildir. Meseleyi faiz kapsamı dışında düşünmek bizce de mümkün görünmemektedir"<sup>351</sup>

### bbb Kabul etmeyenler

Fransız medeni kanununun konuyla ilgili hükümlerini İslam hukuku açısından değerlendiren Seyyid Abdullah, borç ilişkisinde alacaklının haklarından ve borçlunun ifa görevi ve ifaya zorlanma yolları hakkında bilgi verdikten<sup>352</sup> sonra borcun tamamen veya kısmen ifa edilmemesi veya geç ifa edilmesi dolayısıyla doğan zararın tazmin edilmesinin İslam hukuku açısından caiz olmayacağını söylüyor ve bunun sebebini şöyle açıklıyor: "Çünkü borçlu borcunu ifaya bedenî ikrah<sup>353</sup> yoluyla da zorlanacağını iyice bilince ifada kusur ve gevşeklik göstermeyecektir. Borç, ya hemen ifası gereken (nâciz) türdendir —ki bu durumda derhal ifa gerekir— veya vadelidir. Bunda da vade dolunca ifa gerekir... Eğer ifadan imtina ederse de ya ifaya muktedir olduğu halde imtina eder veya muktedir olmadığı için imtina eder. Eğer muktedir olduğu halde imtina ederse hapis ile ve darb (dövme) ile ifaya zorlanır. Yine de borcunu ifa etmezse ve borç, malvarlığının tamamını ihata ediyorsa, alacaklılar da iflasını<sup>354</sup> talep ederse iflasına karar verilir ve malları satılır... Ödeme gücü olmadığını iddia ediyorsa hemen sözüne itibar edilmez, mahkemece araştırılır ve doğru söylediği sabit olursa, bu imkana kavuşacağı zamana kadar beklenir. Borçlunun ihtarına da lüzum yoktur. Çünkü her şahıs vazifesini bilir. Eğer borç, belli bir vakitle ilgili ise mesela hacıların gidiş zamanı için hayvan kiralanmışsa kira batıl olur ve hayvan sahibinin ücreti iade etmesi gerekir... Cezâî şarta da lüzum yoktur. Çünkü bedenî ikrah onu sanki yok gibi yapar"<sup>355</sup>.

351 Akman Ahmet, **İslam Hukukunda Akdî Mesuliyetten Doğan Tazminat**, s. 34.

352 Seyyid Abdullah, **el-Mukâranâtü't-teşrî'iyye**, II/282-286.

353 İslam hukukuna göre borcunu ödemeyen kişi hapsedilir.

354 İslam hukukunda iflas, sadece tüccarlara has bir olay değildir.

355 Seyyid Abdullah, **el-Mukâranâtü't-teşrî'iyye**, II/300-301.



Mustafa Ahmed Zerkâ'nın temerrüt tazminatını savunan makalesine cevap olarak bir makale hazırlayan<sup>356</sup> Nezh Hammâd temerrüt tazminatına karşı çıkmakta, —kanaatimizce borç kavramını sadece para borcu olarak dar çerçevede düşünerek— Mustafa Zerkâ'nın mütemerridin gâsıb kabul edilmesi ve bundan dolayı tazminat ödemesi görüşünü "kıyâs mea'l-fârik" olarak değerlendirmektedir. Bu görüşünü izah ederken özetle şunları söyler: Çünkü gâsıbın, gasbettiği malın menfaatini de tazmin edeceği görüşünü savunanlar bunu icâre akdi ile karşılığında ücret alınması caiz olan şeyler ile sınırlamakta, paranın icare akdi ile kiralanması caiz olmadığı<sup>357</sup> için gasbedilmesi halinde sadece gasbedilen miktarın tazmin edileceğini, başka bir tazminat borcu olamayacağını söylemektedirler<sup>358</sup>. Bu, haklı bir tesbit ise de para veya icareye konu olmayan mallar dışındaki borçlarda temerrüt halinde niçin tazminata hükmedilemeyeceğine açıklık getirmektedir.

Ali Hafif, verme borçlarında da, yapma borçlarında da, mütemerrit borçlunun, temerrüt sebebiyle alacaklının uğradığı zararı tazmin etmesine karşı çıkar<sup>359</sup>. Fakat yapma borcunun ifasında temerrüde düşen ecir, bundan dolayı işverene ait bir malın telefine sebep olmuşsa ve aslında yapılacak iş de o malı korumaya matuf idiyse bu durumda sebep olunan zararın tazmin edileceğini, fukahanın bu görüşte olduğunu söyler. Mesela bir duvarı tamir için akit yapılan ecir, temerrüde düşse ve bundan sonra duvar yıkılsa veya nehirden su taşmasını önlemek için tarlasının kenarına duvar çekmek üzere birisiyle akit yapan şahsın borçlusu temerrüde düşse ve bundan sonra tarlayı su basıp ekini itlaf etse alacaklı, mütemerridden zararının tazminini isteme hakkına sahiptir. Ona göre buradaki tazminat mükellefiyeti, fikhî mezhepler arasında ittifak konusu olan "Tesebbüb sebebiyle itlaf edilen şeyin tazmini" ile ilgili kaidenin gereğidir, konu bunun dışında mütala edilemez<sup>360</sup>. Buna göre Ali Hafif, tazminat kalemlerinden fiili

356 Nezh Hammâd, "el-müeyyidâtü's-şer'ıyye li hamli'l-medîni'l-mümâtili 'ale'l-vefâi ve buhlâni'l-hukmi bi't-te'vîdi'l-mâliyyi 'an ç arari'l-mumâtaleti", s. 101-110.

357 Paranın (dirhem veya dinarın) ölçü birimi veya ziynet eşyası olarak kullanılmak maksadıyla kiralanması ve bu konudaki görüşler için bk. İbnü Kudâme, *el-Muğni*, VI/130.

358 Nezh Hammâd, a.g.m. s. 288-289.

359 Ali el-Hafif, *ed-Damân*, I/17-18. Ayrıca bk. a.g.e. I/132.

360 Ali el-Hafif, *ed-Damân*, I/18.

zararların bir kısmını kabul ediyor demektir<sup>361</sup>.

Hayreddin Karaman'ın temerrüt tazminatına —para borçlarının temerrüdündeki enflasyon meselesi hariç— taraftar olmadığı, bu konuda Hanefî mezhebine ait görüşü benimsediği anlaşılmaktadır. Ona göre “İslam hukukunda tazmin edilecek şeyin, bizzat değer taşıyan, —para ve mal karşılığı şeklinde— kıymeti olan bir mal olması gerekir. ... İleride gelecek bazı istisnalar<sup>362</sup> dışında menfaat ve iş kaybı tazmine tâbi değildir<sup>363</sup>. Ecir-i müştereklerin yapma borcunun ifa edilmemesinin, sebep ne olursa olsun “akdî kusur ve mesuliyet mevzûu” olduğunu ifade ettikten sonra “Burada mesuliyet, yalnızca anlaşma ve akit içinde geçen ücreti alamamak, bunu hak edememekten ibarettir; İslam hukukuna göre bundan daha başka bir tazminat ödemesi borçludan istenmez” demektedir<sup>364</sup>.

İstişnâ akdi ile borçlanan kişi de “istenen şeyi ya hiç yapmamış, yahut istenilen şekilde yapmamış ise borcunu yerine getirmemiş olur ve kusurludur, ücret talep edemez; yani tazminatı ücretten mahrumiyet olur”<sup>365</sup>. “Bir malı veya emeği kiraya veren, onu karşı tarafa teslim etme, istifadesine sunma borcundadır. Hangi sebeple olursa olsun teslim etmez, yahut istifadeyi engelleyen sebepleri ortadan kaldırmazsa borcunu ifa etmemiş sayılır; sorumluluğunun karşılığı, ücrete (kira bedeline) hak kazanmamak ve aldığı iade etmektir”<sup>366</sup>. Abdülaziz Bayındır da temerrüt tazminatına “faiz şüphesi” gerekçesiyle karşı çıkmaktadır<sup>367</sup>.

Râbitatü'l-âlemi'l-islâmî'ye bağlı fıkıh heyeti de 19-26 Şubat 1989'da Mekke'de yaptığı on birinci dönem toplantısında bir soru üzerine konuyu görüşmüş ve şu karara varmıştır: Alacaklı,

361 Ayrıca bk. Ali el-Hafif, *ed-Damân*, I/212,213.

362 Yazar bu istisnaları daha sonra “Velisinin izni alınmadan çalıştırılan çocuğun emeğinin tazmini”, “Vakıf malını veya küçük çocuğun malını kullanmak”, “Gelirinden istifade etmek üzere hazırlanmış malı kullanmak” şeklinde açıklamaktadır. Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/430.

363 Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/428.

364 Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/423; Karaman, Hayreddin, *Ana Hatlarıyla İslam hukuku*, III/153.

365 Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/423.

366 Karaman, Hayreddin, *Ana Hatlarıyla İslam hukuku*, III/153.

367 Bk. Atar, Fahrettin, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 80.

borçluya karşı, borcun ifasında geciktiği takdirde belli miktarda veya nisbette mâlî ceza ödemesini şart koşsa veya onu böyle bir yükümlülük altına soksa bu bâtil bir şarttır, riayet edilmesi gerekmez. Hatta riayeti helal değildir. Bu aynen cahiliyye ribasıdır<sup>368</sup>. Fakat burada sözü edilen husus, sonradan tesbit edilen zararın tazmini olmayıp, daha akdin başında kararlaştırılan cezâî şarttır.

### **bbc Temerrüt tazminatı ile ilgili deliller ve değerlendirmesi**

Tesbitlerimize göre Kur'ân-ı kerim'de ve hadisi şeriflerde temerrüt tazminatını doğrudan ilgilendiren lehte veya aleyhte deliller yoktur. Kabul edenler de etmeyenler de bazı ayet ve hadisleri yorumlayarak neticeye gitmektedirler. Biz, burada destek mahiyetinde ileri sürülen delillerden bahsedeceğiz ve bu arada karşı delillere de yer vereceğiz.

Bu konuda delil olarak ileri sürülen ayetler; akitlerin ve ahitlerin yerine getirilmesini<sup>369</sup>, emanete riayet edilmesini<sup>370</sup>, adaletten ayrılınmamasını emreden<sup>371</sup> veya bu gibi iyi davranışları ve sahiplerini öven, bâtil yollarla insanların malını yemeyi yasaklayan<sup>372</sup>, zulmü kötöleyen<sup>373</sup> ayetlerdir<sup>374</sup>. Bunlar, adalet ve ahde vefa gibi güzel davranışları emretmekte olduğundan borçlunun ifa mecburiyetine delil olabilirse de adalete riayetsizlik halinde —mesela ifanın gecikmesinde — borçluya bir tazminat mükellefiyeti getirilip getirilmeyeceğinden bahsetmemektedir. Ancak bu ayetlerden hareketle, temerrüt dolayısıyla alacaklının zarara uğradığı, adaletin bu zararın giderilmesini gerektirdiği söylenebilir. Ayrıca her ne kadar nüzul sebebi<sup>375</sup> dikkate alındığında daha çok, gayrı müslimlerce yapılan düşmanca

368 Abdullah b. Süleyman b. Menî , "Bahsün enne ma'le'l-ğaniyyi zulmün yühüllü 'u'ğubetehû ve 'ırđahû", s. 36.

369 Bakara (II), 177..; Mâide (V), 1; Mü'minûn (XXIII), 8; Meâric (LXX), 32

370 Nisâ (IV), 58.

371 Nisâ (IV), 58, 135; Nahl (XVI), 90.

372 Bakara (II), 188.

373 Fûrkân (XXV), 19.

374 Bu ayetlerden bir kısmının delil olarak kullanılışı için bk. Zerkâ, Mustafa Ahmed, a.g.m. s. 91-92; Abdullah b. Süleyman b. Menî , "Ma'lu'l-ğaniyyi

zulmün yühüllü 'ırđahû ve 'u'ğubetehû", s. 1; Semîr Abâza, a.g.m. s. 3.

375 Bk. Kurtubî, el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'ân, II/354.

davranışlara mukabele ile ilgili olması akla geliyorsa da hem manasının umumiliği<sup>376</sup>, hem de çeşitli alimlerin ve mezhep imamlarının genel anlamda tazminat konusunda istidlale elverişli buluşu<sup>377</sup> dikkate alınarak “Kim size karşı tecavüzkâr davranışta bulunursa, siz de ona karşı davranışına benzer şekilde tecavüzkâr davranın”<sup>378</sup> mealindeki ayetin de belki diğerlerinden daha fazla temerrüt tazminatı ile ilgisi kurulabilir.

Bu konuda delil olarak zikredilen hadislerden bazıları ise şunlardır:

مطل الغني ظلم.

“Zengin, borcunu ifa etmemesi zulümdür”<sup>379</sup>.

Bu hadiste zengin diye tercüme ettiğimiz “ğaniy”den maksat, zekat v.b. bahislerde geçen zengin olmayıp, o ölçüye göre “fakir bile olsa ifaya gücü yeten kişi”dir<sup>380</sup>. Borcunu ifa etmeme şeklinde tercüme ettiğimiz “matl” kelimesi de edası gereken şeyi eda etmemek, geciktirmek demektir<sup>381</sup>. Bu hadise göre ifa imkanına sahip borçlunun, alacaklının talebi halinde borcunu ifa etmesi vacip<sup>382</sup> ve bunu geciktirmesi zulümdür. İslam hukuk sistemi bu zulmü önlemelidir. Bu konuda uygulanacak metodlar üzerinde görüş birliği yoktur. Ebu Hanife'nin başvurulmasını istediği ilk —ve bir ölçüde tek— yol borçlunun hapsedilmesidir<sup>383</sup>. Borçlu,

376 Ayetlerin nüzül sebebi olan özel durum ile lafızlarının umumi delaleti ve bu durumda cumhûrun, lafzın umûmülüğine itibar edışı hakkında bk. Muhammed Abdülazîm ez-Zerkânî, *Menâbilü'l-İrfân*, Kahire ts, I/118 v.d.

377 Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'an*, II/355-356.

378 Bakara (II), 194.

379 Buhâri, *Havâlât* 1,2, *İstikrâd* 12; Müslim, *Müsâkât* 33; Ebu Dâviud, *Büyü'* 10; Tirmizî, *Büyü'* 68; Nesâî, *Büyü'* 100, 101; İbn Mâce, *Sadakât* 8.

Hadisi temerrüt tazminatına delil olarak kullananlar için bk. Günenç, Halil (Abdulkerim), *el-Mevsû' atü'l-fıkhıyyetü'l-müyessera*, II/393; Zerkâ, Mustafa Ahmed, a.g.m. s. 92; Abdullah b. Süleyman b. Menîf, “*Ma'lu'l-ğaniyyi zulmün yühillü 'uğahû ve 'uğubetehû*”, s. 1; Siddik Muhammed el-Emin eđ-đarîr, a.g.m. s.112.

380 Sindî, *Hâşiye alâ Şerhu Süneni'n-Nesâî*, VII/362.

381 Nevevî, *Şerhu Müslim*, X/227; Aynı, *Umdetü'l-kârî*, X/104; Sindî, *Hâşiye alâ Şerhu Süneni'n-Nesâî*, VII/363.

382 İbnü Dakîku'l-İyd, *İhkâmü'l-ahkâm*, II/145.

383 Borç sebebiyle hapis hakkında farklı görüşler için bk. İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, IV/502-505; Atar, Fahrettin, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 227 v.d. Ayrıca ileride “Mütemerrit borçlunun cezalandırılması” konusunda da hapis ele alınacaktır.

borcunu ifa edene veya ifa imkanı olmadığı anlaşılana kadar hapsedilir ve böylece ifaya zorlanır<sup>384</sup>. İbn Hazm'a göre ifa imkanına sahip olduğu bilinen borçluyu hapsedmek, hem borçlu için hem de alacaklı için zulümdür, borçlu hapsedilmeksizin doğrudan malı satılır ve borç ifa edilir<sup>385</sup>. Görüldüğü gibi bu hadise göre mütemerrit zalimdir. Fakat bu zulmün bertaraf edilmesi konusunda açık bir yönlendirme yoktur. Açık bir yönlendirmenin olmayışını, konunun, zamanın şartlarına göre tesbitlerde bulunmak üzere ictihada havale edildiği şeklinde anlamak mümkündür.

### لَيِّ الْوَاِجِدِ يُحَلِّ عَرْضَهُ وَ عَقْوَتَهُ

"Bulanın (imkanı olanın) borcunu ifa etmemesi, haysiyetin(e söz söylenmesin)i ve cezalandırılmasını helal kılar"<sup>386</sup>.

Borcunu ifa etmeme şeklinde tercüme ettiğimiz leyy kelimesi bir önceki hadiste geçen matl kelimesi ile aynı anlamdadır<sup>387</sup> ve bu hadisteki vâcid (bulan) kelimesinden maksat da ifa imkanına sahip olan, borcunu ifa edecek şeyi bulandır<sup>388</sup>. Haysiyet olarak tercüme ettiğimiz یرد kelimesi Arapça'da şeref (haseb) manası yanında nefis (kendi) anlamında da kullanılmaktadır<sup>389</sup>. Buradaki anlamı daha çok kendisine zalim, mütecaviz gibi hakâretâmiz kelimelerle hitap edilebileceği<sup>390</sup>, şikayet edilebileceği<sup>391</sup> şeklinde yorumlanmıştır. Cezalandırılmasından maksat da hapsedilmesi, ona mülazemet edilmesi yani takibat altında bulundurulmasıdır, denmiştir<sup>392</sup>.

384 Kâsânî, *el-Bedâ'î*, VII/173.

385 İbnü Hazm, *el-Muḥallâ*, VIII/169.

386 Buhâri, *İstikrâḍ* 13; Ebu Dâviud, *Akḍiye* 29; Nesâî, *Büyû* 100; İbn Mâce, *Sadakât* 18.

Hadisi temerrüt tazminatına delil olarak kullananlar için bk. Günenç, Halil (Abdulkerim), *el-Mevsû'atü'l-fıkhîyyetü'l-müeyyessera*, II/393; Zerkâ, Mustafa Ahmed, a.g.m. s. 92; Abdullah b. Süleyman b. Men' , "Maḥlû'l-ğaniyyi zulmün yühillü 'ırḍahû ve 'uḫûbetehû", s. 1; Siddik Muhammed el-Emin eḍ-ḍarîr, a.g.m. s. 112.

387 Aynî, *Umdetü'l-kârî*, X/104.

388 Suyûtî, *Zehru'r-rubâ*, VII/363; Sindî, *Hâşiye alâ Şerhü Süneni'n-Nesâî*, VII/363.

389 er-Râzî, *Muḥtârü's-şihâh*, s. 426; Aynî, *Umdetü'l-kârî*, X/104.

390 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, IV/505.

391 Behûtî (Buhûtî), *Keşşafu'l-kınâ*, III/418.

392 Bk. İbnü Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II/239; Kâsânî, *el-Bedâ'î*.



Görüldüğü gibi bu hadis de temerrüt tazminatı hakkında açık bir ifade taşımamaktadır.

### لا ضرر ولا ضرار

“Zarar verme ve zararlaşma (karşılıklı zarar verme) yoktur”<sup>393</sup>.

Bu hadis bütün İslam hukukçularınca genel kabul görmüş, “zarar ve mukabele bi'z-zarar yoktur” şeklinde Mecelle’de yer almış<sup>394</sup>, ayrıca “zarar izale olunur”<sup>395</sup> kaidesine ve bir çok hükme mesnet teşkil etmiştir.

### المسلمون عند (على) شروطهم

“Müslümanlar şartları üzeredir”<sup>396</sup>.

Tirmizi’nin rivayetinde hadisin devamı

“Helal haram veya haramı helal yapan şart müstesna”<sup>397</sup> şeklindedir.

Hadis, müslümanların bir şartı kabul ettikleri takdirde buna riayet etmeleri gerektiğini ifade etmektedir. Daha ziyade cezâî şartın hukuken geçerliliği savunulurken delil olarak ileri sürülmekte ve dolaylı olarak temerrüt tazminatına delil teşkil etmektedir<sup>398</sup>.

VII/173; İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, IV/505; Behütî, *Keşşâfu'l-kınâf*, III/419.

393 Mâlik b. Enes, *el-Muvaţta'*, Aşkîye 31; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, VIII/419 (V/326-327); İbnü Mâce, *Ahkâm* 17.

Hadisi temerrüt tazminatına delil olarak kullananlar için bk. Günenc, Halil (Abdulkerim), *el-Mevsû' atü'l-fıkhiyyetü'l-müeyssera*, II/157, 177; Zerkâ, Mustafa Ahmed, a.g.m. s. 92; Siddîk Muhammed el-Emîn eđ-çarîr, a.g.m. s.112.

394 *Mecelle*, md. 19.

395 *Mecelle*, md. 20.

Bu ve bir önceki kaide için bk. Suyûtî, *El-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 92-93; İbnü Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, 85-86; Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, II/977-980, 982; Güzelhisârî, *Menâfi'u'd-dekâik*, s. 322; Zerkâ, Ahmed, *Şerhu'l-kavâidi'l-fıkhiyye*, s. 113-124, 125-129; Yusuf Kâsım, *Mebâdiü'l-fıkhi'l-islâmî*, s. 216-218.

396 Buhari, İcâre 14; Ebu Dâviud, Aşkîye 12.

Bu anlamda bir başka rivayet için bk. Buhari, Nikah 53.

397 Tirmizî, Aşkîye 17.

398 Bk. Abdullah b. Süleyman b. Menf , “*Ma'lu'l-ğaniyyi zulmün yühillü 'ırđahû ve 'uķûbetehû*”, s. 6.

Cezâi şart konusunda ileri sürülen delillerden belki de en güçlüsü ise İbnü Sîrîn'in Kadı Şüreyh'in (ö. 78/697) uygulamasına dair iki rivayetidir:

قال ابن سيرين: قال رجلٌ ليكرته، أذخِلْ رِكَابَكَ، فإن لم أرِحْ معك يومَ كذا وكذا فلك مائة درهم. فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه.

وقال أيوب عن ابن سيرين: إن رجلاً باع طعاماً وقال: إن لم آتِكَ الأرباع فليس بيني وبينك بيعٌ، فلم يجز، فقال شريح للمشتري: أنت أخلفت، ففضى عليه.

İbnü Sîrîn'den: Bir adam, (develerini) kendisine kiralayan kişiye<sup>399</sup> “develerini girdir, eğer falan gün seninle yola çıkmazsam sana yüz dirhem” dedi, yola da çıkmadı. Şüreyh şöyle dedi: “Her kim tehdit altında olmaksızın kendi arzusuyla, aleyhine bir şart ileri sürerse o şart onu bağlar”.

Eyyüb, İbnü Sîrîn'den naklediyor: Bir adam taâm<sup>400</sup> satın aldı ve “Eğer çarşamba günü sana gelmezsem aramızda satım akdi yok” dedi. Gelmedi de. Şüreyh müşteriye: “Sen sözünde durmadın” dedi ve onun aleyhine karar verdi<sup>401</sup>.

Bu rivayetler her ne kadar Buhari'de yer almakta ise de neticede Kadı Şüreyh'in uygulamasını anlatmaktadır. O da tâbiün fakihlerindendir<sup>402</sup>. Ayrıca bu kararlarda doğrudan temerrüt tazminatından söz edilmemektedir. Birinci rivayette açık bir iltizam söz konusudur. Ancak konuya, alacaklının temerrüdü dolayısıyla borç ifa edilemediği zaman, borçlunun akde güvenerek yaptığı masrafların tazmini ve bunun miktar olarak önceden tesbiti şeklinde yaklaşmak mümkündür. Diğer taraftan akdin ihlalinin genelde alacaklı için bir zarara ve menfaat kaybına sebep olduğu, cezâi şartın da bu muhtemel zararın tazmin etmek maksadıyla taşıdığı, cezâi şartın geçerli sayılmasının borçluyu daha dikkatli davranmaya sevkedeceği, başkalarının hakları ile oynamayı önleyeceği şeklindeki değerlendirmeler<sup>403</sup> de kanaatimizce yerindedir. İkinci rivayet ise daha çok akdin feshi ve hıyârü'n-nakd<sup>404</sup> konularıyla ilgilidir.

399 Yani bir nakliye işini taahhüt eden kişi, nakliyecisi.

400 Taâm, yemek anlamına geldiği gibi daha çok buğday, arpa türü tarım ürünleri için kullanılmaktadır.

401 Buhari, Şurût 18.

402 Bk. Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, s. 166, 167.

403 Abdullah b. Süleyman b. Menf . “Maṭlu'l-ğaniyyi zulmün yühillü ‘ırđahû ve ‘uḫûbetehû”, s. 6 (Hey'etü kibâri'l-ulema'nın 21/8/1394 tarih ve 25 sayılı kararından).

404 Satım akdinde “eğer müşteri —mesela— üç günde semeni getirmezse

Temerrüt tazminatına karşı çıkanların delillerini de iki maddede özetlemek mümkündür: İslam hukukunun, konuyla ilgili düzenlemeleri (borçlunun ifaya hapis v.b. yollarla zorlanması) böyle bir problem doğurmaz<sup>405</sup>. Temerrüt tazminatı, faizdir veya faize hiledir<sup>406</sup>. Bunlardan birincisinin doğru olmadığı vâkıa ile sabittir. Hiç kimse müslümanlar arasında bu tür problemler olmadığını söyleyemez. İslam hukukunda bu tür problemlere karşı, problemi kısa yoldan halledici hapis, v.b. tedbirler düşünülmediği doğrudur. Ama bir alacaklının, elinden gelen bütün hukuki imkanları kullandığı halde şu veya bu sebeple, borçlunun temerrüdünü önleyemediği de hem hukuken —mesela borçlu gâib olabilir— mümkündür, hem de özellikle İslam hukukunun düzenlemelerine itibar edilmediği yerlerde yaşayanlar için bir vâkıadır.

“İslam fihhının, vaz’î kanunların ve düzenlemelerin doğurduğu problemlere çareler bulma sorumluluğu yoktur”<sup>407</sup> şeklindeki açıklamalar da kanaatimizce yeterli olmadığı gibi doğru da değildir. Çünkü İslam fihhi, tarihi gelişimi içinde sadece İslam ülkesinde yaşayan kişilerin problemleri ile ilgilenmemiş, İslam ülkesi dışındaki müslümanların problemlerine de çözümler aramıştır<sup>408</sup>.

Temerrüt tazminatını savunurken ileri sürülen “Mütemerridi, temerrüdünden dolayı cezalandırmak, alacaklının uğradığı zararı gidermiyor” tarzındaki açıklamaya cevap olarak zikredilen “Şer’î cezaların vazifesi, telafi etmek (cebr) değildir, onların vazifesi sadece caydırıcılıktır. Hırsızın eli kesilince, bu işlem, malı çalınanın zararını gideriyor mu? Kâtil kısas yoluyla öldürülünce kısas, maktûlün zararını gideriyor mu? Eşkiyaya (muhârib veya kuttâu't-tarîk) had uygulanınca bu ceza, onun eşkiyalığından zarar görenlerin zararını gideriyor mu?”<sup>409</sup> cümleleri de bizi tatmin etmiyor. Çünkü hırsızın, ceza olarak eli kesiliyor fakat diğer taraftan çaldığını eğer mevcutsa iade ediyor, değilse tazmin ediyor<sup>410</sup>. Eşkiya için de aynı durum sözkonusudur<sup>411</sup>. Yani cezâî

akit olmayacak” şeklinde bir şart bulunursa müşteri belirlenen süre içinde semeni getirirse akit devam eder, getirmezse akit gerçekleşmemiş olur. Bu tür muhayyerliğe hıyârü'n-nakd denir. Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre belirlenebilecek azami süre üç gündür. Muhammed eş-Şeybânî'ye göre böyle bir sınırlamaya gerek yoktur. Bk. Mergînânî, *el-Hidâye* , III/28; Zeylai, *Tebyînü'l-hakâik*, IV/15; Ali Hafif, *Ahkamu'l-muâmelâti's-şer'iyye*, s. 385-386. Ayrıca bk. İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, IV/118-119.

405 Bk. Seyyid Abdullah, *el-Mukâranâtü't-teşri'iyye*, II/300-301; Nezih Hammâd, a.g.m. 292-295.

406 Nezih Hammâd, a.g.m. 295.

407 Nezih Hammâd, a.g.m. 296.

408 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, II/546; Mergînânî, *el-Hidâye* , II/150, III/66; *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, II/225 v.d., II/283 v.d.; Özel, Ahmed, *İslam Hukukunda Ülke Kavramı*, s.156 v.d., 162 v.d, 171. v.d.

409 Nezih Hammâd, a.g.m. 291-292.

410 Çalınan malın mevcut olması halinde iade edileceğinde ittifak varsa da helak veya istihlak halinde tazmin meselesinde bazı farklı görüşler

sorumluluk, hukuki sorumluluğa engel teşkil etmiyor. Amden adam öldürene kisas dışında mâli bir sorumluluk getirilmemesi ise tabiidir. Çünkü maktûlün uğradığı zarar, mâli değildir.

Temerrüt tazminatının, —tazminat miktarı, alacaklının uğradığı zarar veya mahrum kaldığı kazançtan çok olmadığı takdirde— zulme zulümle mukabele olarak değerlendirilmesi<sup>412</sup> de doğru değildir. Çünkü olay, verilen zararın telafisinden ibarettir. Kaldı ki Hz. peygamberden bazan verilen zararın iki misli ile tazmin ettirileceğine<sup>413</sup>, zekatı vermeyenlerden ayrıca bir ziyade alınacağına<sup>414</sup> dair rivayetler vardır, Hz. Ömer'in bu şekilde bir uygulaması nakledilmektedir<sup>415</sup> ve bazı İslam hukukçularınca da benimsenmiştir<sup>416</sup>.

Faiz endişesine yönelik itirazlar ise genelde temerrüdün deyn şeklindeki borçlar, hatta çoğu kere para borçları olarak düşünülmesinden kaynaklanmaktadır. Halbuki buradaki borç kavramı daha geniş ve şümullüdür. Ayrıca faiz, muavaza akdinde, akit ile taraflardan biri lehine kararlaştırılan karşılıksız fazlalıktır<sup>417</sup>. Bu itirazları ileride temerrüdün ribevî mallarla ilgili sonuçlarını ele alırken tekrar değerlendireceğiz.

### **bbd Mezheplerin menfaatin tazmini ve tessebbüben iftلاف ile ilgili görüşleri ışığında temerrüt tazminatının değerlendirilmesi**

Menfaatin tazmini konusunu neredeyse hiç kabul etmeyen ve sonradan kabul edilmiş bazı istisnalar dışında menfaati mal saymayan Hanefilerin temerrüt tazminatını kabul etmemelerini gayet tabii karşılamak gerekir. Birisinin elindeki atı gasbeden ve mesela üç sene müddetle kullanan kişi; üç sene sonra bu atı kötü kullanım ve bakımsızlık gibi sebeplerle kıymetinde bir eksilme

mevcuttur. Bk. Merğînânî, *el-Hidâye*, II/130; İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, X/279; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, V/169.

411 Bu konuda da alınan malın helak veya istihlaki halinde hırsızın elinin kesilmesindekine benzer farklı görüşler vardır. Bk. İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, X/319-320.

412 Nezh Hammâd, a.g.m. s. 104.

413 Ebu Davud, Lukata 15 (no:1710), Hudûd 13 (no:4390); Nesâî, Sârik 12.

414 Ebu Davud, Zekat 5 (no:1575); Nesâî, Zekat 4, 7; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, VII/234, 239 (V/2, 4).

415 Bk. Süleyman Muhammed Ahmed, *Damânü'l-mülefât*, s.588.

416 İbnü Kayyımı'l-Cevziyye, *İ'lâmu'l-muvakkîn*, II/117; İbnü kayyımı'l-Cevziyye, *eş-Turuğu'l-hukmiyye*, s. 273-276; İbnü Receb, *el-Kavâid*, s.311. Ayrıca bk. Mâcid Ebû Ruhayye, *Hukmü't-ta' zîri bi ehzi'l-mâl*, s. 10, 17-20.

417 Bk. Merğînânî, *el-Hidâye*, III/61.

olmaksızın iade ederse, sahibinin bu müddet içerisinde atından istifadesini engellediği için ayrıca bir tazminat vermez, diyen görüşün, borcun ifasını geciktiren kişiye tazminat borcu yüklemesi beklenemez.

Çünkü onlar “ücret ile damân müctemi' olmaz” kaidesine o kadar sıkı sıkıya bağlıdırlar ki “Bir köye gidip gelmek üzere bir günlüğüne kira ile merkep alan kişi, köye gitse ve o gün dönmeyip ertesi gün dönse sadece gidiş ücreti olarak konuşulan ücretin yarısını öder” demektedirler. İzahları da şöyledir: Belirlenen sürede dönmediği için akde muhalefet etmiştir; dolayısıyla muhalefet anından itibaren merkep, elinde gasbedilmiş mal hükmündedir, yani helak olduğu takdirde kıymeti tazmin edilecektir. Bu şekilde tazmin (damân) sorumluluğunun başladığı andan itibaren ücret düşer<sup>418</sup>. Buna rağmen bu süre içinde gasbedilen şeyden elde edilen menfaatin helal olmadığını, tasadduk edilmesi gerektiğini söylemeleri,<sup>419</sup> üzerinde dikkatle durulması gereken bir husustur.

Bazan bu tasadduk konusunda da titizlik göstermediklerini adeta haksız kişiyi korur gibi bir duruma düştüklerini görüyoruz: Büyümesini tamamlamış meyvelerin satılması caizdir ve satıştan sonra müşterinin meyveleri alması gerekir. Buna rağmen akitte şart koşulmamak kaydıyla satıcının rızası ile —ücretsiz olarak— meyvelerin bir süre daha kalması caizdir. Ancak satıcı razı olmazsa derhal meyvelerin alınması gerekir. Satıcının bu isteğine rağmen meyveleri bir süre almayan ve böylece onların daha da olgunlaşmalarını temin eden ve tabii ki bundan kazanç sağlayan müşteri, elde ettiği bu kazancı tasadduk etmek zorunda da değildir, helal olarak yiyebilir. Çünkü meyvenin olgunlaşması, bir hal değişmesidir, kendisinde bir ziyade meydana gelmemiştir<sup>420</sup>. Her ne kadar müşteri menfaat gasbından dolayı günahkarsa da bu şahsıyla ilgilidir, meyveyle değil<sup>421</sup>.

Diğer taraftan Hanefiler iâre akdinde; eğer akit bir müddetle sınırlı ise bir taraftan bu süre dolmadan muire akitten dönme hakkı tanıyorlar, diğer taraftan da müsteîrin, eğer ağaç dikmek

418 Bu ve benzeri açıklamalar için bk. Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 21;

İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddî'l-muhtâr*, VI/34.

419 Ali el-Hafif, *ed-Damân*, I/217.

420 Mergînânî, *el-Hidâye*, II/26.

421 İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, V/490-491.



maksadıyla aldığı araziye ağaç dikmişse erken söküm dolayısıyla uğrayacağı kazanç kaybını tazmin ettiriyorlar<sup>422</sup>. Burada — kanaatimizce haklı olarak— kanuni hakkını kullanmıştır, tazminat gerekmez gibi bir düşünceye gitmiyorlar, temerrüde nisbetle daha hafif sayılabilecek bir durumu tazminat sebebi olarak görüyorlar.

Yine Hanefiler bir satım akdinde semen borcunun vadeli olması halinde bu vade dolayısıyla genellikle bir ziyade olduğu gerçeğini kabul ederler. Mesela veresiye alınmış bir malın veresiye alındığı açıklanmadan murabaha<sup>423</sup> yoluyla satışını caiz görmezler. “Çünkü vade, her ne kadar hakikaten mebi’ değilse de onun mebi’ olma şüphesi vardır. Zira vade arzu edilen bir şeydir, hatta bazan vadeden dolayı semen artırılır. Öyleyse semenin içinde vadeye tekabül eden bir miktarın bulunma şüphesi vardır. Bu durumda alıcı sanki iki şey (mebi’+vade) satın almış sonra toplam semen üzerinden murâbaha yoluyla bu iki şeyden birini satmış gibi olur. Bu gibi konularda şüphe hakikat gibi kabul edilir ve dolayısıyla veresiye alındığını açıklamak suretiyle şüpheden uzak olmak gerekir”<sup>424</sup>. Bu ifadeleriyle onlar, vadenin de bir ekonomik değeri olduğunu itiraf ediyorlar fakat ona karşılık müstakillen bir bedel takdir edilmesine karşı çıkıyorlar.

Kanaatimizce Hanefileri tazminat konusunda çekimserliğe sevkeden hususlardan biri de bu “bu gibi konularda şüphe hakikat gibidir” düşüncesidir. Bu konuda belki aşırı bulunabilecek bir ihtiyatla hep tazminattan uzak durmuşlardır. Hatta “Hukûkullahta ihtiyat caiz fakat kul haklarında ihtiyat caiz değildir” şeklinde bunu bir kaide haline getirmişler, bu kaidenin uygulaması olarak “Bir konu, tazminata hükmetmeye de hükmetmemeye de muhtemel ise tazminat kararı verilmez. Çünkü şüphe ile tazmin borcu doğmaz” demişlerdir<sup>425</sup>. Onların bu iyimserliğinin, iyi niyetli insanların zararına sonuçlar verdiğini söylemek mümkündür.

422 Mergînânî, *el-Hidâye*, III/222; *Mecelle*, md. 831.

423 Bir malın satıcı tarafından, alış fiyatı veya maliyeti üzerinden belli bir miktar veya oranda kâr edildiği beyan edilerek satılmasına murabaha denir. Eğer satıcı bu beyanında yalancı ise bununla ilgili çeşitli hükümler ve hukukçular arasında farklı yorumlar vardır. Bu konuda bk. Kâsânî, *el-Bedâyi’*, V/224; Mergînânî, *el-Hidâye*, III/56; İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, IV/259-263; Şirbînî, *Muğnî’l-muhtâc*, II/77.

424 Kâsânî, *el-Bedâyi’*, V/224; Mergînânî, *el-Hidâye*, III/58; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, VI/133; Senhûrî, *Masâdiru’l-hak*, II/156.

425 Kerhî, *Risâle fi’l-usûl*, s. 166.

Hanefiler dışında kalan mezheplerin, menfaatin tazmini ile ilgili görüşleri temerrüt tazminatına daha yakın veya bu tazminati meşru saymaya daha müsait görülebilir. Nitekim temerrüt tazminatını savunanlar da bu görüşleri genişletmek suretiyle neticeye gitmektedirler<sup>426</sup>. Şafîî ve Hanbelî mezheplerinin menfaatin tazmininde esas aldığı "icareye konu olabilen maller kaydı ile" Mâlikî mezhebindeki "menfaatten istifade" kaydı birlikte değerlendirilerek temerrüt konusu edimin, icare akdine konu olabilecek mallardan olması halinde, ifa, vaktinde yapılıysaydı alacaklının bundan temin edeceği emsal kira; icare akdine konu olmayan mallarda da normal olarak elde edilebilecek menfaat (mesela hayvanın sütü), mahrum kalınan kârın alt sınırı olarak kabul edilebilir. Mütemerrit, temerrüt sebebiyle bunun üzerinde bir menfaat temin etmiş ise bunun da ayrıca tazmini cihetine gidilebilir.

Mütemerridi gâsıb gibi düşünmek uygun olur. İslam hukukçularının çoğunluğu temerrüdü, fisk sebebi olarak kabul etmişlerdir. Ancak bunun için temerrüdün tekrarlanmasının gerekip gerekmediği hususunda ihtilaf etmişlerdir. Nevevî'ye göre tekrarlanan temerrüt fisk sebebi olduğu halde Sübkî'ye göre tekrarlanmasına gerek yoktur, ilk defa temerrütte bulunan kişi de fâsık olur. Sübkî, bu görüşünü şöyle savunur: "Talep edildikten sonra mazeretsiz olarak borcu ifadan kaçınmak, gasb gibidir. Gasb, büyük günahdır; zulüm olarak isimlendirilmesi, onun da büyük günah olduğu hissini vermektedir"<sup>427</sup>.

Diğer taraftan alacaklının temerrüt sebebiyle uğradığı zararlar varsa bunların tazmininde de tessebbübün tazminat sebebi oluşu ile ilgili görüşler esas alınarak eğer zarar ile temerrüt arasında bu tür bir irtibat sağlanabiliyorsa o zaman bu zararın mütemerrit tarafından tazmin edilmesi İslam hukukunun adalet anlayışına ters olmayabilir, hatta adaletin gereği budur da denilebilir. Çünkü "haksızlığa uğrayanın korunması, verilen zarın izalesi, işlenen suçun karşılıksız bırakılmaması, İslam'ın adalet anlayışının tabii sonucudur. Hz. Peygamber, borç ve yükümlülüklerin ifası, hakların korunması, şahıs ve mallara verilen zararın, misliyle veya değeriyle karşılanması üzerinde titizlikle durmuştur"<sup>428</sup>.

426 Bk. Abdullah b. Süleyman b. Menf , a.g.m. s. 1; Zerkâ, Mustafa Ahmed, a.g.m. s. 94-95.

427 Aynî, Umdetü'l-kârî', X/104-105.

Umuma ait yola su döken, karpuz kabuğu atan veya başka bir şey koyan kişiyi, bunlara ayağı takılarak veya bunlardan dolayı ayağı kayarak düşen kişinin ölümünden; hatta düşerken başka birisine çarpması ve onun da ölmesi halinde ikisinin de ölümünden; ata binmiş giden bir kişiyi, atın yola bevletmesi ve daha sonra oradan geçen bir hayvanın burada kayarak telef olması halinde o hayvanın telefinden sorumlu tutan ve bunları bir tazminat sebebi olarak değerlendiren hukûki anlayışın<sup>429</sup> mesela İstanbul'dan kira ile ev tutup, burya yerleşmek üzere Erzurum'daki eşyalarını ve ailesini nakleden birisinin, evin teslimi geciktiği takdirde, bu gecikmeden dolayı katlanmak zorunda kaldığı masrafları, evi kiralayandan yani mütemerrit borçludan talep etmesine karşı çıkmasını düşünmek bize pek uyumlu gelmektedir.

Yıkılmak üzere olan duvarın sahibinden yıkım talep edildiği halde, yeterli zaman geçmesine rağmen yıkmadığı ve daha sonra kendiliğinden yıkılarak başkalarının zararına sebep olduğu takdirde bu zararın tazmin edileceğini daha önce anlatmıştık. Duvar sahibinin, yıkım için bir kişi ile akit yaptığını ve belirlenen vakitte borçlunun geçerli bir mazereti olmadığı halde işe başlamadığını ve bu arada duvarın yıkıldığını düşünelim. Kanaatimizce duvar sahibi yıkımı gerçekleştirmek için gerekli tedbirleri almış kabul edilmeli, bundan sonra yıkımı üstlenen borçlu da —keflin sorumluluğuna benzer tarzda— sorumlu olmalı, hatta gereken tazminatı duvar sahibi ödediği takdirde yıkım borçlusuna rucû edebilmelidir. Çünkü meydana gelen zararda onun rolünün duvar sahibinden daha fazla olması mümkündür. Yalnız burada temerrüt halinde duvar sahibi, borcun borçlu tarafından ifası, bir başka ifade ile borçlunun ifaya icbarı için gerekli hukuki yollara başvurmuş ve işi ciddiyetle takip ediyor olması da dikkate alınmalıdır.

Ortaklardan biri ortak ekini sulamaktan imtina ederse sulamaya icbar edilir, fakat mahkemeye müracaat edilip mahkemenin talebi olmadan ekin zarar görürse zarar tazmin edilmez. Çünkü bu durumda önce mahkemeye veya yetkili

428 Aktan Hamza, "Damân", TDV İA, VIII/450.

429 Bk. İbnü Kudâme, el-Muğni, IX/564, 576; Muhammed Ali b. Hüseyin,

Tehzîbü'l-furûk, II/204; Şeyhzâde, Mecmau'l-enbûr, II/252; Mahmasâni, Subhi, en-Nazariyyetü'l-âmme li'l-mücebât ve'l-ukûd, I/193.

makama (sultana) müracaat edilmelidir. Yetkili makam kanalıyla sulamaya katılması istendiği halde bundan imtina ederse, o zaman meydana gelen zararı tazmin eder<sup>430</sup>. Müzâraa veya müsâkât akdinde âmil, gerekli tedbirleri almadığı için veya geç aldığı için meyve veya ekin zarar görse bu zararı tazmin eder<sup>431</sup>. Bu gibi durumlarda tazminat terettüp etmesi için alacaklının mahkemeye müracaatta kusurlu davranmaması, mümkün olan en kısa zamanda yetkili mercilere müracaat etmesi lazımdır<sup>432</sup>. Bu müracaatın gecikmesi, normal karşılanabiliyorsa, yani zarara uğrayana bu gecikmeden dolayı bir kusur izafe edilemiyorsa o zaman mahkemeye müracaattan önceki zararlar da tazmin edilmelidir. Nitekim **Mecelle**'nin 922. maddesinde mahkemeye müracaattan bahsedilmeksizin şöyle denmektedir: "... ve kezâ bir kimse, diğerin tarla ve bahçesinin suyunu biğayrı hak seddedip de meZRûât ve mağrûsâtı kuruyup telef olsa, yahut suyu taşıyıp da diğerin tarlasını su basarak meZRûâtı telef olsa ol kimse dâmin olur".

İşçinin ihmali yüzünden iş gecikir ve işveren bundan zarar görürse işçi bu zararı tazmin etmelidir<sup>433</sup>. Çünkü işçinin, işi vaktinde teslimi de ifa borcunun bir gereğidir. İfa borcuna aykırı davranan işçi, sebep olduğu fiili zararı öder<sup>434</sup>.

Burada Muhammed eş-Şeybâni'den nakledilen bir görüşe de yer verelim: Evini seneliği bin dirheme kiralayan kişi, sene dolduktan sonra kiracıya "Bugün evi boşaltırsan ne âlâ. Aksi takdirde hergün için bin dirhem ödeyeceksin" dese; eğer kiracı, evin o şahsa ait olduğunu ikrar ediyorsa ve evi de boşaltmamışsa bunu ödemesi gerekir. Hişam diyor ki: Muhammed'e "Boşaltma imkânı bulana kadar ecr-i misil ödese de, bu imkânı bulduğu halde boşaltmazsa bundan sonra kiralayanın dediğini ödese ya" dedim. O da "Bu güzel" dedi<sup>435</sup>.

430 Bağdâdî, **Mecmau'd-damânât**, s.319.

431 Bağdâdî, **Mecmau'd-damânât**, s. 314-315, 322, 323; Kadri Paşa, **Mürşidü'l-hayrân**, md. 704-707, s. 136; Senhûri, **Masâdiru'l-hak**, VI/220-221.

432 Bk. Bağdâdî, **Mecmau'd-damânât**, s. 322.

433 Öztürk, Abdülvehhab, "İslam'da İşçi ve İşveren münasebetleri", s. 40.

434 Bardakoğlu, Ali, "İslam Hukukunda İşçi ve İşveren Münasebetleri", s.208.

435 İbnü's-Şihne, **Lisânü'l-hukkâm**, s. 365 (el-Müntekâ'dan naklen).

Hul<sup>436</sup> akdi ile çocuğunu iki sene emzirmek veya belli bir vakte kadar çocuğa bakmak üzere kocasından ayrılan kadın emzirme veya bakma borcunu ihlal ettiği takdirde ifaya zorlanır. Buna rağmen ifadan imtina ederse tazminat olarak emzirme bedelini (kıymet) veya bakım bedelini (emsal ücret) öder<sup>437</sup>.

Yapmama borcunun ihlalinde de tazminata hükmedilir. Ancak bazan kasıt unsuru da devreye girer. Nikahındaki karılarından birisi henüz süt çağında olan iki evli kişinin büyük karısı, küçüğünü emzirirse aralarında süt akarabalığı teessüs ettiğiinden ve bu derece yakın iki akraba kadının bir kişinin aynı anda nikahında bulunması caiz olmadığından her ikisi ile de nikah ilişkisi sona erer. Koca bu durumda küçüğe yarım mehir ödemek durumundadır. Büyük karının, yapmaması gereken bir fiili yapması ile koca yarım mehir ödemek zorunda kalmıştır. Eğer karısı, bu neticeyi bilerek emzirmişse koca ona rucû ederek küçüğe ödediği mehiri ondan alır<sup>438</sup>.

Alacaklı, mütemerrit borçluyu ifaya zorlamak için yaptığı mütad ve makul masrafları da borçludan talep edebilmelidir<sup>439</sup>. Çünkü bu masraflara o sebep olmuştur.

Daha önceki İslam hukukçularının temerrüt tazminatını geniş bir çerçevede ele almamış ve buna hükmetmemiş olmaları bir engel teşkil etmemelidir. Çünkü aslolan, İslam'ın genel hedeflerinin tahakkuku veya bunlara bir zararın söz konusu olup olmamasıdır. İslam hukukçuları genelde, zamanlarının şartlarını da dikkate alarak bu genel hedefleri sağlayıcı düzenlemeler yapmışlar, ama zamanla bu vasıta kabilinden düzenlemelerin geçerliliğini yitirdiğini veya daha uygun vasıtaların ortaya çıktığını görünce de —zaman zaman biraz gecikmeli de olsa— gerekli değişikliği yapmaktan çekinmemişlerdir. “Her hangi bir mesele ile ilgili hüküm; adalet iken zulme, rahmet iken bunun zıddına dönüşmüşse; maslahat iken mefsedet; hikmet iken abes hale gelmişse artık o —te'vil yoluyla ona dahil edilse de— İslam hukuna (şeriata) ait bir hüküm

436 Muḥāla'a veya ḥul', kadının, bir bedel ödeyerek kocasından boşanmasıdır. Bk. İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, VIII/173 v.d.; Mergînânî, *el-Hidâye*, II/13.

437 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s.351.

438 Bk. Mergînânî, *el-Hidâye*, I/225.

439 İbnü Teymiyye, *Mecmûu Fetâvâ*, XXX/24-25; Merdâvî, *el-İnsâf*, V/276.



olamaz. İslam hukuku, Allah'ın, kullarına karşı adaleti, mahlukata karşı rahmetidir"<sup>440</sup>.

İslam toplumunda, zaman içinde meydana gelen değişiklikler dikkate alınmalıdır. Bugünkü toplumun fertleri, Hz. Peygamber dönemindeki veya müteakip dönemdekilerden farklıdır. Onlar, bazan tazmin etme mecburiyetleri olmadığı halde bile tazmin cihetine gidiyorlardı. Urve b. Zübeyr (ö. 97/716), Ebu Bekr b. Abdurrahman'ın<sup>441</sup> (ö. 94/713) yanına vedîa bırakmış ve vedîa zarara uğrayınca "Tazmin etmen gerekmez, sen güvenilir kişisin" diye haber göndermişti. Buna rağmen Ebu Bekr, "Emanetim Falan'ın yanında harab oldu" denmesin diye o vedîayı tazmin etmişti<sup>442</sup>.

Hz. Peygamber zamanında emanet duygusu ve emanete karşı hassasiyet zirvede idi. Bundan dolayı sanatkarlar (ecir-i müşterekler), yanlarına işlenmek üzere bırakılan malzemeye, kendi kusurları olmaksızın bir zarar isabet ederse bunu tazmin etmezlerdi. Yanlarındaki malzeme emanet hükmünde idi. Onun helak olduğunu söyleyince ona inanılırdı. Zamanla gönüllere hıyanet duyguları girmeye başladı. Davalar çoğaldı, eski uygulamaya devam edilmesi sıkıntı doğuracak noktaya geldi. Bunun üzerine sahabe, sanatkarlara tazmin yükümlülüğü getirdi. Hz. Ömer sanatkarlara, yanlarında helak olan şeyleri tazmin ettiriyordu. Hz. Ali de aynı uygulamayı yapıyor ve "İnsanları ancak bu ıslah eder" diyordu<sup>443</sup>. Ecir-i müştereklerin tazminat sorumluluğu hakkındaki Ebu Hanife ile sâhibeyn arasındaki ihtilafın ana kaynağı da kimi kaynaklarda zamanın değişmesi ile izah edilmiştir<sup>444</sup>.

Hanefilerin, gasbedilen malın menfaatinin tazmini ile ilgili görüşlerindeki zaman içinde meydana gelen değişimin kaynağı da aynıdır<sup>445</sup>. Zamanla bazı ahkâmın değişebileceği nihayet bir genel

440 İbnü kayyım'ı-Cevziyye, *İ'lâmu'l-muvakkîn*, III/1; Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, II/939.

441 Urve ve Ebu Bekr, tâbitün devri Medine fakihlerindendir. Bk. Karaman, Hayreddin, *İslam Hukuk Tarihi*, s. 166.

442 Muhammed Mustafa Şelebi, *Ta'îlü'l-ahkâm*, Beyrut 1401/1981, s. 90.

443 Bk. Muhammed Mustafa Şelebi, *Ta'îlü'l-ahkâm*, s. 59.

444 Zeylai, *Tebyinü'l-hakâik*, V/135; Sa' di Çelebi, *Hâşiye 'ale'l-'Inâye*, VIII/62.

445 Muhammed Mustafa Şelebi, *Ta'îlü'l-ahkâm*, s. 313.

kaide halini almıştır<sup>446</sup>. Önceleri borçlu gâib ise alacaklı; alacağını ancak onun alacağı ile aynı cinsten malı varsa ondan alabilir derlerken sonra başka cinsten de olsa alabilir, demişlerdir<sup>447</sup>.

Kadı Şüreyh, şahitler hakkında gizli tezkiyeyi ilk uygulayan kişidir. Bu davranışını "ihdâs" yani bid'at olarak değerlendirenlere "İnsanlar ihdas ettiler, ben de ihdas ettim" diye cevap vermiştir. O, "kazâ (yargı) konusunda ihdâs<sup>448</sup> ettiğin nedir?" sorusuna da "İnsanlar ihdas ettiler, ben de ihdas ettim" diyerek aynı cevabı vermiştir<sup>449</sup>. Ömer b. Abdülaziz "İnsanlar için, onların ihdas ettikleri fücür nisbetinde kazâ (yargı) ihdas edilir" demiştir<sup>450</sup>. Zamanımızda da temerrüt ile ilgili davalar çoğalmış, mesele bir problem olarak tartışılır hale gelmiş<sup>451</sup>, İslam hukukçularının konuyu yeniden ele alıp incelemeleri zarureti hasıl olmuştur. Konu, özellikle İslâmî kaygı taşıyan ticari işletme sahipleri ve kuruluşların gündeminde önemli bir yer tutmaktadır.

İslam hukukunda ve hatta bütün hukuk sistemlerinde zararın giderilmesi esastır. Bazan muhtemel zararlar bile dikkate alınarak ona göre düzenlemeler yapılmıştır. Mesela şufa hakkı, muhtemel zararı önleme düşüncesine dayanır<sup>452</sup>. Temerrüt halinde alacaklı zarara uğramaktadır ve temerrüdün şer'an caiz olmadığı hususunda ittifak vardır. "Cevâz-ı şer'i dâmanâ münâfidir"<sup>453</sup> kaidesinin mefhum-ı muhalifinden hareketle şer'an caiz olmayan bir tutum ve davranışın ek bir sorumluluk getirmesi gerektiği söylenebilir. Ancak tazminat miktarını tsbit ederken, mütemerrit

446 Bk. Mecelle, md. 39; Zerkâ, Ahmed, *Şerhu'l-kavâidi'l-fıkhıyye*, s. 173-

175. Ayrıca bk. Muhammed Mustafa Şelebi, *Ta' İlü'l-aḥkâm*, s. 307 v.d.; Erdoğan, Mehmet, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*.

447 Zerkâ, Ahmed, *Şerhu'l-kavâidi'l-fıkhıyye*, s. 173.

448 İhdâs, önceden bulunmayan, yeni ve orijinal bir şey yapmak demektir. Aynı zamanda sünnete karşılık olarak bid'at anlamında da kullanılır. Hz. Peygamber bir hadisinde "İşlerin en kötüsü, ihdas edilenlerdir" (Müslim, Cum'a 43; Nesâî, İdeyn 22) ve bir başkasında da "İhdas edilen herşey bid'attır" (Nesâî, İdeyn 22; İbnü Mâce, Muhaddime 7) buyurur. Bu bakımdan soruda, aynı zamanda tenkit, cevapta da savunma kokusu sezilmektedir.

449 İbnü Sâ' d. *et-Tabakâtü'l-kübrâ*, VI/133; Muhammed Mustafa Şelebi, *Ta' İlü'l-aḥkâm*, s. 310.

450 Muhammed Mustafa Şelebi, *Ta' İlü'l-aḥkâm*, s. 310.

451 Erdoğan, Mehmet, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, s.239.

452 İbnü Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 85.

453 Bk. Mecelle, md. 91.

borçlunun zararın doğmasındaki rolü iyi incelenmeli, zararlar temerrüt arasındaki illiyet rabitası dikkate alınmalıdır. Çoğu kere bu zarara tamamen borçlunun temerrüdü sebep olmayabilir; alacaklı, temerrüt ihtimalini de göz önünde bulundurarak tedbirli olmalı, borç münasebeti kurulurken kefil, rehin gibi ifayı mümkün kılan hususlardan yararlanılmalıdır. Zararın doğmasında iki tarafın da rolü olduğu takdirde zarar, tamamen mütemerride tazmin ettirilmemelidir. Mecelle'nin 915. maddesinden prensip olarak zararın müsebbipler arasında bölünerek tazmin edileceği<sup>454</sup> anlaşılmaktadır. Temerrüt tazminatında da bu prensip uygulanabilir.

Diğer taraftan Hz. Peygamberin, kendisine yapılan müracaatlarda tarafları sulha yönlendirdiğini görüyoruz. Temerrüt tazminatı konusunda bir ifade veya işarete rastlayamadık. Ancak alacaklıların böyle bir talebini de göremedik. Acaba böyle bir talep olsa Hz. Peygamberin cevabı ne olurdu? Bu borç işlemlerinde temerrüt var mıydı? sorularının cevabını da net olarak tesbit edemedik. Çünkü bunlardan bazılarında bizzat borçlunun, ödeme güçlüğü karşısında Hz. Peygambere müracaat ettiğini görüyoruz<sup>455</sup>.

### bc- Tazminat kalemleri

Temerrüt tazminatını savunanların tazminat kalemleri hususunda etraflı açıklamalar yapmak yerine genel ifadeler kullandıklarını görüyoruz. Kimisi, sadece zararın tazmin edilmesi gerektiğini söylemekle<sup>456</sup> yetinirken kimisi de uğranılan maddî ve fiilî zararın tazmin edilmesi gerektiğini söylüyor. Ancak daha sonra bu zararın nasıl tesbit edileceğine dair yaptığı açıklamadan bununla mahrum kalınan karı kastedtiği anlaşılıyor<sup>457</sup>. Bazan da zarar ve mahrum kalınan kâr ifadelerinin aynı anlamda mı

454 Bk. Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/508.

455 Hz. Peygamber'in çözümlendiği bazı borç davaları hakkında bk. Buhârî, Buyû' 51, İstikrâd 6-9, 13-16, 18, ĩuşûmât 8, Sulh 10, 13, 14, ĩumus 13; Müslim, İmân 223,224, Mûsâkât 18, 19, 20, 118-122; Ebu Dâvûd, Eymân 2 (no: 3244, 3245), Buyû' 60 (no:3469), 'Aķđıye 12 (no: 3595), 26 (no: 3622, 3623); Tirmizî, Zekat 24, Ahkâm 12; Nesâî, Buyû' 30, 95, Âdâbu'l-ķudât 20, 25.

456 Günenç, Halil (Abdulkerim), *el-Mevsû' atü'l-fıķhiyyetü'l-müyessera*, II/158.

457 Sıddık Muhammed el-Emin eđ-ķarır, a.g.m. s. 111-112.

kullanıldığını kestirmek güç oluyor<sup>458</sup>. Abdullah Menîc, tazminat kalemi olarak fiat düşmesinden ve mahrum kalınan kârdan bahsediyor. Daha net bir ifade kullanan Semîr Abâza ise uğranılan zarar ve mahrum kalınan kârın tazmin edileceğini belirtiyor.

Türk hukukunda da tazminat kalemleri olarak fiilî zarar ve mahrum kalınan kâr zikrediliyor. Fiilî zarar kalemleri özellikle şunlardır: Alıcının, diğer bir akit gereğince kendi alıcısına malı vaktinde teslim edememesi yüzünden ödediği gecikme tazminatı; alacaklının malları depo etmek üzere bulduğu yerin, gecikme sırasında işleyen kirası; kiralanmış bir yerin geç teslimi sonucu otelde kalma giderleri, eğer ifayı elde etmek için bizzat alacaklının da hazırlık yapması gerekiyorsa, faydasız kalan bu türlü hazırlıkların gerektirdiği masraflar. Mahrum kalınan kazanç kalemleri için de şu misaller veriliyor: Alacaklıya, semere veren cinsten bir şeyin teslimi gerekiyorsa, gecikme yüzünden alacaklının elde edemediği semereler (süt, yün, meyve gibi); alacaklı, malı vaktinde alsaydı, elverişli bir fiata başkasına satacağı anlaşılıyorsa bu satışı yapmamasından dolayı kaçırdığı kâr miktarı. Borçlu, alacaklıya işletmek üzere bir çiftlik terketmeyi vadetmiş ve temerrüde düşmüşse bu takdirde borçlu alacaklıya; temerrüt dönemi hesaba katılarak, kararlaştırdıkları iktisadî devrede elde edeceği miktar ile temerrüt sona erdikten sonra elde ettiği gerçek miktar arasındaki farkı ödemek zorundadır<sup>459</sup>. Biz de bu iki kalemi esas alarak bazı tesbitler ve değerlendirmeler yapacağız.

### **bda- Fiilî zararlar**

Borçlu, temerrüt dolayısıyla alacaklının uğradığı fiilî zararları tazmin etmelidir. Ancak zarar ile temerrüt arasında illiyet rabıtası bulunmalı, yani zarara temerrüt sebep olmalıdır. bu konuda tessebübün zarar dolayısıyla tazminat için daha önce zikrettiğimiz üç şarta<sup>460</sup> dikkat edilmeli, burada temerrüt bizâtihi haksız fiil olarak değerlendirilmelidir.

Behûti terzi, usta, nakliyecî gibi kişilerin, icâre akdi ile üstlendikleri borcu ifaya, akdi müteâkip başlamak zorunda

<sup>458</sup> Zerkâ, Mustafa Ahmed, a.g.m. s. 95.

<sup>459</sup> Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, I/923; Tekinay, Selahattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s.739-740.

<sup>460</sup> Bk. Tez metni, tessebübün verilen zararın tazmini, s. 135.

olduklarını, eğer mazeretsiz yere yapmaları gereken işleri yapmazlar ve bu yolla bir telefe sebep olurlarsa bunu tazmin etmeleri gerektiğini söylüyor<sup>461</sup>. Aslında burada borçlunun, akit anından itibaren ifa ile sorumlu tutulması, akdin mutlak olması ve sarâhaten veya delâleten ifa zamanının daha sonra başlayacağına dair bir hususun bulunmaması halinde olmalıdır. Eğer taraflar ifanın başlaması için bir müddet tayin etmişlerse bu süre esas alınmalıdır. Elbise dikimi gibi meselelerde de genelde ifanın sonu için süre tesbit edilmişse, o süre içinde ifanın bitirilmesi için işe başlanması gereken normal süre esas alınmalı, bundan sonra alacaklı ifayı talep edebilmelidir.

Ali Hafif, Behûti'nin yukarıdaki ifadesinden hareketle, bir duvarı tamir etmeyi taahhüd eden ecirin temerrüdünden sonra duvar yıkılırsa mütemerridin bunu tazmin edeceğini belirtiyor ve bunu akitden doğan bir tazminat değil de, tessebbüben itlaftan doğan tazminat olarak değerlendiriyor ve özetle şunları söylüyor: Fiili zararın tazmini, yapma borcunun konusu olan muayyen malın (işin mahallinin) telef olması ve yapma borcunun da o şeyi korumaya mâtuf olması şartı ile kayıtlıdır<sup>462</sup>. Temerrüt halinde aslolan, mütemerridin ifaya zorlanması, bu maksatla tâzir edilmesidir. Temerrüt sebebiyle, bir malın zâyi olması şeklinde tezâhür etmeyen zararı tazmin etmek için borçluya mâli bir yükümlülük getirmek islam fihına uymaz. Bu, başkasının malını bâtil yollarla almaktır<sup>463</sup>. Buradan onun temerrüt tazminatına tamamen karşı olmadığı, maddî olmayan zararların tazminine karşı olduğu anlaşılabilir.

Kira akdi yapıp ev tutan ve eşyasını yükleyip gelen kişi, ev sahibinin temerrüdü ile karşılaşmışsa ilk planda mahkemeye müracaat etmesi istenebilir. Fakat şu veya bu sebeple mahkemenin davayı halletmesi az veya çok gecikmişse ve bu süre içinde eşya kamyonundan indirilemediği için kamyoncuya ek ücret ödenmişse; normal ölçüde bir otelde gecelenip ücret ödenmişse yahut eşya yeni evin yakınında münasip bir yere indirilmiş ve mesela ani yağın yağmurdan zarar görmüşse v.s. bu gibi durumlarda eğer alacaklının davranış biçimi hukuken makul bulunuyorsa

461 Behûti, **Keşşâfu'l-İcnâc**, IV/11. Krş. Ali el-Hafif, **ed-Damân**, I/18, 23.

462 Ali el-Hafif, **ed-Damân**, I/18.

463 Ali el-Hafif, **ed-Damân**, I/20.



mütemerrit tarafa tazminat borcu yüklemek tesebbüp konusunda daha önce verdiğimiz misaller çerçevesinde İslam hukukçularının görüşlerine pek aykırı gelmeyebilir.

Bir müzâraa akdinde müzâri, işi bırakıp kaçtığı takdirde ekine gelen zararı ödüyorsa<sup>464</sup>, işçi (ecîr) olarak ekine bakma borçlusu olan kişi de işe gelmediği ve bundan dolayı ekin zarar gördüğü takdirde tazminat ödemelidir. Alacağını, mesela bir kamyon malı teslim almak ve depolamak için vaktinde ifa yerine giden ve malın depoya nakli için işçi tutup oraya götüreren kişinin, borçlunun temerrüdü dolayısıyla yaptığı bu lüzumsuz masrafları —makul olmak şartıyla— ondan alması tabii kabul edilebilir. Ama borcun gününde ifa edilmeyeceği daha önceden bildirildiği veya bildirilmese bile alacaklı tarafından bilindiği halde bu tür harcamalar yapmışsa o zaman bunlar temerrüt tazminatı olarak değerlendirilemez.

Satınaldığı arsaya bina yapan kişi, daha sonra arsa istihkak edilse; satıcıdan arsanın ve binanın kıymetini alır<sup>465</sup>. Burada bir muâvaza akdi zmnında aldatılmış olan müşteri zararını, kendisini aldatana tazmin ettirmektedir. Temerrüt halinde de tam bunun gibi olmasa da bir ölçüde belli vadede ifayı taahhüt eden kişi, taahhüdüne riayet etmemekle alacaklıyı aldatmış, zor durumda bırakmış kabul edilebilir. Aynı şekilde iâre akdi ile ağaç dikmek için belli bir süre kaydıyla arazi alan kişi de muîr sözünde durmayıp vaktinden önce araziyi geri aldığı takdirde o ağaçların kıymetini ödeyerek ağaçları alır veya müsteîr ağacını söker ve sökümden doğan zararını tazmin ettirir<sup>466</sup>. Burada da verilen söze riayet etmemek suretiyle bir aldatma vardır. Sözünde durmayan taraf, karşı tarafın, sebep olduğu zararını ödemektedir.

Câferî mezhebine göre satıcının gâsıb veya fuzûlî olduğunu bilmeden bir şey satın alan kişi, daha sonra o şeyin sahibi bu satışa icazet vermezse (satışı onaylamazsa) ödediği semenle birlikte mebie yapmış olduğu bütün masrafları satıcıdan alır. Çünkü alıcıyı aldatmak suretiyle bu zararlara o sebep olmuştur<sup>467</sup>.

464 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s.321.

465 *Mecelle*, md. 658.

466 Mergînânî, *el-Hidâye*, III/222; Mevsûlî, *el-İhtiyar*, III/57.

467 Süleyman Muhammed Ahmed, *Damânü'l-mülefât*, s. 88.

Devlet ricali tarafından davet edilen hamile kadın, heyecanlanıp erken doğum yapınca ve çocuk da bundan dolayı yaşamayıp ölünce —aslında bu davette hiç bir haksız ve hukuk dışılık olmadığı halde— çocuğun diyeti tazmin ediliyorsa;<sup>468</sup> borçlunun temerrüdü dolayısıyla kalp krizi geçiren alacaklının da ölümü halinde diyeti, bir süre tedavisi gerektiği takdirde tedavi giderleri gündeme gelebilir. Kalp krizine, temerrüdün sebep olduğunun tesbiti zordur denebilirse de misalimizdeki kadının erken doğumuna, korku ve heyecanın sebep olduğunun tesbiti de en az onun kadar zordur.

Borçlunun temerrüdü dolayısıyla alacaklı mahkemeye müracaat etmiş ve bu sebeple mahkeme harcı v.b. masraflar yapmışsa bunları da mütemerritten alır. İbnü Teymiyye, "borcunu ödemeyen ve alacaklıyı şikayete mecbur eden kişinin bundan dolayı ödedikleri, eğer ödemeler mütad şekilde ise zalim mütemerride aittir"<sup>469</sup> demektedir. Fakat bu, temerrüt, açık ve zâhir olduğu takdirde böyledir. Eğer borcun sübutunda bazı problemler var ve dava karmaşık ise, diğer bir ifade ile mahkeme sonucunda borçlu çıkan kişi aslında borçlu olmadığını iddia etmekte olup bu iddiası da mâkul görülebilecek türdence o zaman mahkeme masrafları tamamen haksız tarafa yüklenmemelidir<sup>470</sup>. Avukat ücretinin de borçludan talep edilmesi doğru olmayabilir. Çünkü avukat alacaklının vekilidir, yani onun adına davayı takip etmektedir. Alacaklı, nasıl kendisi davasını takip ettiği takdirde zaman kaybı dolayısıyla ücret veya tazminat talep edemiyorsa onun adına avukatının yaptığı çalışmadan dolayı da davalıya bir tazminat yükümlülüğü gelmemelidir. Avukat ücretinin de mütemerritten alınacağı görüşü<sup>471</sup> ancak zamanın değişmesi ile

468 İbnü Kudâme, *el-Muğni*, IX/579-580.

469 İbnü Teymiyye, *Mecmûu Fetâvâ*, XXX/24-25; Merdâvi, *el-İnşâf*, V/276;

Abdullah b. Süleyman b. Menî', a.g.m. s. 3. Mahkeme masrafları konusunda ayrıca bk. Bk. Kâdihan, *el-Fetâvâ*, II/366; Bezzâzi, *el-Fetâva'l-bezzâziyye* V/142; İzzüddin b. Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, II/25; İbnü Ferhûn, *Tebşiratü'l-hukkâm*, I/371; Tarablusi, *Muînü'l-hukkâm*, s. 17; İbnü's- Şihne, *Lisânü'l-hukkâm*, s. 219-220; İbnü Nuceym, *el-Baḥru'r-râik*, VI/304; *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, III/329-330, 337-338, IV/529; İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddî'l-muḥtâr*, V/372, VI/92; İbnü Âbidîn, *Mînhatü'l-hâlik ale'l-Bahri'r-râik*, VI/304; Atar, *Fahrettin, İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 136-139.

470 Suudî Arabistan Müftüsü Muhammed b. İbrahim'in bu şekilde bir fetvası için bk. Abdullah b. Süleyman b. Menî', a.g.m. s. 2-3.

mahkemelerde iş takibinin bizzat ilgililer tarafından yapılmasının güçleştiği, bu şekildeki takiplerde hak kayıplarının daha çok olduğu, davanın avukat vasıtasıyla takibi bir nevi örf haline geldiği gibi gerekçesi tartışılabilir görüşler ileri sürülerek ve bunlara dayandırılarak belki müsamaha ile karşılanabilir.

#### **bdb- Mahrum kalınan kâr**

Menfaatin tazmini ile ilgili görüşleri daha önce zikretmiştik. Temerrüt tazminatının mahrum kalınan kâr kısmı da bu görüşler ışığında ele alınmalıdır. Esasen bizim borç tarifimizin içine gasb dolayısıyla doğan gasbedileni iade borcu da girmektedir. Gasbedilen malın derhal iade edilmesi gerekir. İade edilmezse gâsıb bu süre içinde sahibinin ondan istifadesini engellemiş olduğundan kendisi bir menfaat temin etmese de ondan icare yoluyla elde edilebilecek normal geliri öder. Bu konuda mezheplerin görüşlerini ve Mecelle'de son yapılan değişikliklerle mezheplerin birbirine çok yaklaştığını ve neredeyse bir ittifak sağlandığını daha önce görmüştük. Akitten de doğsa muayyen mal borçları için —mesela mebûn teslim edilmemesi halinde— aynı durum geçerli olmalıdır.

Burada bir konuya daha işaret etmekte fayda görüyoruz. Mesela satım akdinde Hanefilere göre mebî teslim edilene kadar satıcının damânındadır. Eğer kendiliğinden helak olursa veya satıcı tarafından itlaf yahut istihlâk edilirse semen borcu düşer, ödenmişse de istirdad edilir. Burada satıcının kasden mebî itlafı ile mebûn kendiliğinden helak olması arasında bir fark gözetilmemesini<sup>472</sup> anlamakta güçlük çekiyoruz. Çünkü kasden itlafta satıcı, —mesela semen, normal piyasa fiyatından az ise— müşteriye verdiği zararın tamamını tazmin etmemektedir. Mallar her zaman piyasa değeri ile alınıp satılmayabiliyor. Hatta piyasa fiyatının bile tek rakam olmayıp çoğu zaman belli rakamlar arasında oynadığını görüyoruz. Bazan insanlar almayacağı bir malı sırf piyasa fiyatının altında olduğu için alıyorlar. Mesela piyasa fiyatı bir milyon olan bir malın sekiz yüz bin liraya satıldığını gören ve bunun için onu alan kişi; satıcı bu malı teslim etmeden önce kasden itlaf ettiği takdirde aslında alıcıya bir milyonluk zarar verdiği halde sekiz yüz bin lira ödemektedir. Habuki aynı durumda mebî satıcı değil de üçüncü şahıs itlaf etse alıcı, akdi feshetmek veya üçüncü şahsa mebûn kıymetini (veya mislini) tazmin ettirmek arasında muhayyer oluyor<sup>473</sup>. Bu konuda satıcı da üçüncü şahıs gibi kabul edilip ona da tazminat yükümlüğü getirilebilir.

471 Günenç, Halil (Abdulkerim), *el-Mevsû' atü'l-fıkhıyyetü'l-müeyssera*, I/12.

472 *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, II/25; Ali Hafif, *Ahkamu'l-muâmelâti's-şer'iyye*, s.383.

473 *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, II/25; Ali Hafif, *Ahkamu'l-muâmelâti's-şer'iyye*, s.383.

Mustafa Zerkâ'nın deyn borçlarında temerrüdü gasb olarak değerlendirilmesine<sup>474</sup> biz de katılıyoruz. Çünkü gasb gibi deyn borcunda temerrüt de Hz. Peygamberin de ifadesiyle bir zulümdür. Zaten deyn borçlarında hakiki anlamda gasb tasavvur edilemez. Temerrüdün, bir alacaktan istifadeyi engellediği de inkar edilemez. Fıkıh kitaplarındaki tanımıyla gaspta da sahibinin, bir ayndan yani muayyen bir maldan istifadesi engellenmektedir. Mesela birisinin evini gasbeden kişi, onun gasb süresince, evinden istifadesini engellemektedir. Bir evin yapımını ve belli tarihte teslimini taahhüt eden kişi de taahhüdünü yerine getirmede benzer şekilde bir engelleme yapmaktadır.

Problem, büyük ölçüde, bir taraftan tazminata hükmederken diğer taraftan faiz ile karşı karşıya gelip gelmemektir. İtirazlar da bu yönden yapılmakta, temerrüt tazminatı deyince bir nevi konu sadece para borçlarının veya deyn borcunun temerrüdü olarak düşünülmektedir. Mesela Hayreddin Karaman'ın temerrüt tazminatına karşı çıkarken ileri sürdüğü gerekçeler bunu göstermektedir: "Borcun zamanında ödenmemesi sebebiyle alacaklının uğradığı zarar, ya enflasyon sebebiyle hakkı olanı alamamasından ileri gelmektedir, yahut da alacağını zamanında alıp yatırım yaparak elde edeceği kazançtan mahrum olması düşüncesine dayanmaktadır. Birinci mücip sebebi ve bu sebeple alacaklının, gecikmeden dolayı değil, paranın değer kaybından dolayı hakkını alması gerektiğini, İslam hukukunun —Hanefî mezhebinin— buna müsait bulunduğunu mevzûun tayini bahsinde zikretmiştik. İkinci sebeple, verilenden daha fazlasının alınması faiz olacağından İslamın bunu benimsemediği kesindir"<sup>475</sup>. Eğer temerrüt tazminatının tesbitinde faiz endişesini —sadece şeklen değil— gerçekten ortadan kaldıracak bir usul ve metod bulunursa kanaatimizce bu tazminata itiraz eden olmaz veya itirazlar gerekçesini kaybeder. Faiz ve ribevî mallarda temerrüt konusunu ayrıca ele alacağımızdan burada ayrıntıya girmiyoruz.

### 3- Aynen ifa yerine zararın tamamının tazmini

Bazan aynen ifa alacaklı için faydasız hale gelebilir. Bazı malların kıymeti bulunduğu yere veya mevsime göre büyük veya küçük farklılıklar gösterir. İslam hukukçularının özellikle gasb ve itlafta mekan itibariyle kıymet farklılığını dikkate aldıkları halde zaman itibariyle kıymet farklılığı üzerinde fazla durmadıklarını görüyoruz.

474 Bk. Zerkâ, Mustafa Ahmed, "Hel yukbelu şer' an el-ḥukmu 'ale'l-medîni'l-mümâṭili bi't-te' viçi 'ale'd-dâin", s. 94.

475 Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/432-433.

Gasbedilen mal, gasbedildiği yerde iade edilir. Çünkü bir malın kıymeti yerden yere değişmektedir. Eğer gasbedilen mal başka bir şehre götürülmüş ve gâsıba orada rastlanmışsa bu takdirde iki şehir arasındaki fiyat farkı hükmü etkiler: Mal sahibi isterse malının kıymetini tazmin ettirir, isterse malın gasb mahalline gitmesini ve orada teslim almayı tercih eder<sup>476</sup>.

Gasbedilen malın kendisi mevcut olmakla birlikte piyasadaki fiyat hareketleri dışında kıymetini eksiltecek bir durum meydana gelmişse —mesela hayvan zayıfladığı için kıymeti düşmüşse— malın kendisi iade edilirken bu kıymet eksilmesi de tazmin edilir. Fakat piyasada o malın fiyatı düşmüşse bu fiyat düşüklüğünü tazmin edilmez<sup>477</sup>. Ebu sevr'e göre ise piyasadaki kaynaklanan fiyat düşmesi de tazmin edilir<sup>478</sup>. Bazı İslam hukukçularına göre, ödeme gücü olduğu halde borcunu ödemeyen borçlu, borçlandığı şeyde (borç konusunda) fiyat eksilmesi olursa, bu eksilmeyi tazmin etmek mecburiyetindedir<sup>479</sup>.

Maliki mezhebine göre başkasına ait misli mal pahalı olduğu mevsimde tüketilmiş ve yine pahalı olduğu mevsimde talep edildiği ve piyasada bulunduğu halde tazminden kaçınılmış ve ucuzlaması beklenmişse talep zamanındaki kıymeti ile tazmin edilir<sup>480</sup>.

Şafii mezhebine göre gasbedilen misli bir mal kıymet ifade etmekten tamamen çıkarsa veya çok az kıymet ifade eder hale gelirse artık onun itlaf anındaki ve yerindeki kıymeti tazmin edilir. Mesela yaz mevsiminde birinin buzunu gasbetse ve buz telef olsa yahut buzunu itlaf etse kışın buzun mislini ödemez, yaz mevsimindeki kıymetini öder. Aynı şekilde sahrada birinin suyunu gasbetse ve telef olsa veya itlaf etse bir nehir kenarında veya şehirde bunu misli ile tazmin edemez, o sahradaki kıymetini

476 Bâbertî, *el-İnaye*, VIII/255. Farklı görüşler için bk. Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, 277, 283-284; Şirbîni, *el-İlmâ'*, I/307; İzzüddin b. Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, I/151-152.

477 İbnü Kudâme, *el-Muğni*, V/400, 420-421; Mergînânî, *el-Hidâye*, III/13; Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, 284; İzzüddin b. Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, I/151-152; Salih Abdullah es-Semî' el-Âbî el Ezherî, *Cevâhiru'l-iklîl*, II/148, 151.

478 İbnü Kudâme, *el-Muğni*, V/400; İzzüddin b. Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, I/151.

479 Atar, *Fahrettin, İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 69.

480 Süleyman Muhammed Ahmed, *Damânü'l-mülefât*, s. 571.



tazmin etmesi gerekir<sup>481</sup>. Burada aynen ifa, alacaklı için artık anlamsızlaşmıştır, dolayısıyla alacaklı aynen ifayı reddetmek ve bunun yerine tazminatı tercih etmek hakkına sahiptir. Böylece o suyun veya buzun sahibinin bir kıymet ve mâliyet kaybına uğraması önlenmektedir<sup>482</sup>.

İmam Mâlik'e göre selem akdi ile kurbanlık hayvan satan, borcunu bayram günlerinden bir gün sonra ifa ederse, alacaklı bunu kabul etmek zorundadır. Fakat daha geç ifayı kabul etmeyip akdi feshedebilir ve bu durumda başlangıçta ödediği re'sü'l-mâli (bedeli) geri alır<sup>483</sup>. Bu görüş, kurban bayramı dolayısıyla hayvan piyasasında büyük hareketlilik yaşanmayan yerler için normal kabul edilebilir. Ama böyle olmayıp, bayramdan sonra genelde fiatların düştüğü yerlerde alacaklıyı ciddi zararlara sokar. Mesela islam bankası, hac mevsiminde hacılara kurbanlık satmakta, diğer taraftan kendisi de bu amaçla çok sayıda kurbanlık satın almaktadır. Bankaya kurbanlık satan kişi ifayı bayram günlerinde bir saat sonra da yerine getirirse bunun alacaklıyı tatmin etmesi düşünülemez. Hatta bayram günü yapılacak ifa bile reddedilebilmeli bu konuda taraflarca kararlaştırılan ifa günü esas alınmalı, bunun sadece önemli olmayacak derecede gecikmesi mâkul karşılanmalıdır.

Gaspta, mevcut ise malın kendisinin iadesi aslıl olmakla birlikte bir başka görüş de malın kıymetinin ödenmesinin asıl olduğu, bu mümkün olmadığı takdirde kendisinin iade edileceği şeklindedir<sup>484</sup>.

İslam hukukçularının çoğunluğunun, asıl borcun ifası mümkün olduğu takdirde bunun yerine tazminata gidilemeyeceği görüşünde oldukları anlaşılmaktadır. Ancak günümüzde bazan mevsimler arası fiat farklılıkları büyük boyutlara ulaşmaktadır. Özellikle mesela sebze, meyve her mevsimde bulunabilmekte fakat arada belki de onların buz misaline benzer ölçüde büyük fiat farkı görülmektedir. Ocak ayı teslimi olarak domates satan kişiye, bunu temmuz ayında teslim etme hakkı tanımak veya ocak ayında gasbedilen domatesi temmuz ayında misli ile ifa etmek pek âdil

481 Şirbini, *Muğnî'l-muhtâc*, 282.

482 İzzüddin b. Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, I/152.

483 Hattâb, *Tahrîru'l-keîâm fî mesâilü'l-iltizam*, s. 231.

484 Mergînânî, *el-Hidâye*, III/12; Zeylâi, *Tebyînü'l-hakâik*, V/222.

görülmemektedir. Bu gibi durumlarda alacaklının temerrütten sonra ifayı reddederek satımda ifa günü, gaspta gasb günü itibariyle mebiin veya gasbedilenin kıymetinin tazminine hükmetmek uygun olabilir. Alacaklının temerrütten doğan ayrıca ilave zararları olmuşsa bunları da daha önce açıkladığımız tessebbüp noktasından ele alıp eğer temerrüt ile zarar arasında irtibat varsa borçludan bu zararın da tazmini istenebilir.

#### 4-Borçlunun kısıtlanması

Temerrüde düşen borçlunun akit hürriyetine ve seyahat hürriyetine bazı kısıtlamalar getirilir.

##### a- Akit yapma hürriyetinin kısıtlanması

Vadesi gelmiş borçlu, mahkeme tarafından ifaya zorlanır. Bu maksatla başvuru en önemli yol da hapsedilmesidir. Ebu Hanife karşı çıksa<sup>485</sup> da Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre alacaklıların talebi halinde mahkeme kararıyla borçlunun akit hürriyetine kısıtlama getirilir. Buna İslam hukukunda hacr denmektedir. "Hacr, bir şahs-ı mahsus, tasarruf-ı kavlisinden men'dir"<sup>486</sup>. Hakkında hacr kararı verilen borçlu artık malını istediği gibi satma hakkına sahip değildir. Alacaklılara zarar verebilecek akitler veya ikrarlar yapamaz. Bunlar hibe, sadaka ve değerinden düşük bedelle satış akitleridir. Ancak emsal fiata (semen-i misl) satabilir. Çünkü bu takdirde alacaklıların zararı söz konusu olmaz<sup>487</sup>. Giyim ve iâşe ile ilgili alımlarında da israfa meydan veremez<sup>488</sup>. Borçlunun, hacr kararından sonra yapacağı ikrarı, muvâzaa ihtimalinden dolayı hacr kararı verildiğinde mevcut mallarına

485 Ebu Hanife'ye göre ancak müfti-i mâcin, tabîb-i câhil ve mükârî-i müflis hacr altına alınabilir. Bunlardan mükârî-i müflis konumuzla ilgili sayılabilir. Mükârî-i müflis, nakil vasıtalarına veya bu vasıtaları satın almak için yeterli mâlî imkana sahip olmadığı halde ileriye dönük taşımacılık akdi yapan kişi olup halk itimat ederek ona ödemedede bulunur, seyahat vakti gelince ortadan kaybolur, bazan bu durum hacıların veya gâzilerin seyahatlerini de engeller (Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, V/193; *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, V/54). Yalnız bunların hac altına alınmasından maksat, hukuki anlamda hacr olmayıp icrâ-i faaliyetlerine engel olunmasıdır. Çünkü bunların meslekten men edilmesi emr bi'l-ma'ruf ve nehy ani'l-münker kabilindedir. Kâsânî, *el-Bedâyi'*, VII/169; İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddi'l-muhtâr*, VI/147.

486 *Mecelle*, md. 941.

487 Merğînânî, *el-Hidâye*, III/285; Hacı Reşit Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, V/216.

488 *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, V/63.

nisbetle alacaklılar açısından geçersiz sayılsa da daha sonra eline geçecek mallara nisbetle muteberdir<sup>489</sup>.

Mâlikî, Şâfiî ve Hânbelî mezheplerinde ise ödeme gücü olan borçlu hacr altına alınmaz. Hapsedilerek ve/veya mallarına haciz konularak ifaya zorlanır. İfa etmediği takdirde hakim kararıyla malı satılır ve borç ödenir<sup>490</sup>. Müflis borçlu; eğer satın aldığı mal, yanında mevcutsa hacr kararı alınmamış bile olsa, satıcı talep ettikten sonra bu mal üzerinde tasarrufta bulunamaz<sup>491</sup>.

### **b- Seyahat hürriyetinin kısıtlanması**

Hanefilere göre muaccel borcu olan bir kişinin, alacaklının izni olmadan seyahate çıkması haramdır<sup>492</sup>. Fakat alacaklılar, vadesi gelmiş de olsa ödeme gücü olmadığı için hapisten çıkarılan borçlunun seyahat hürriyetini engelleyemezler. Ebu Hanife'ye göre ona mülâzemet etme yani onu yakın takipte bulundurma hakkına sahiptirler<sup>493</sup>. Mülâzemet hususunda bazan o kadar ileri gidilir ki kimine göre borçlunun yiyeceğini temin ettiği takdirde evine girmek suretiyle bile yanından ayrılmasına izin vermeyebilir<sup>494</sup>. Eğer borçlu ödeme gücüne sahipse o zaman zaten hapis hali devam edeceğinden sefere çıkması mümkün değildir. Alacaklılar, vadesi gelmemiş borcu olan kişinin, seyahate çıkmasını engelleyemeseler de ondan kefil istedikleri takdirde borçlu kefil vermeye mecburdur<sup>495</sup>. Eğer borç muaccel ise o zaman da kefil göstermeden veya rehin bırakmadan seyahate çıkamaz<sup>496</sup>.

Şâfiî mezhebinde daha sahih görülen görüşe göre vadesi gelmemiş borcu olan kişi seyahate çıkabilir<sup>497</sup>. Mâlikî ve Hanbelî

489 Mecelle, md. 1002.

490 Bk. Atar, Fahrettin, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 159-161.

491 İbnü Receb, *el-Kavâid fi'l-fıkhı'l-islâmî*, I/87.

492 İbnü Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s.369.

493 Mergînânî, *el-Hidâye*, III/286; *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, V/63.

494 Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, V/200.

495 Tarablusî, *Muînü'l-hukkâm*, s.227; Mecelle, md. 656. Bu konuda Hanefî mezhebinin görüşündeki değişimler hakkında bk. İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddi'l-muhtâr*, III/582; Mahmasânî, Subhî, *en-Nazariyyetü'l-âmme li'l-mücebât ve'l-ukûd* II/262-263; Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/537; Atar, Fahrettin, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 270.

496 Atar, Fahrettin, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 269.

497 Suyûtî, *El-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 197.

mezhebi fakihleri ile bazı Şâfi fakihlerine göre ise borcun vadesi seyahat süresi içinde doluyorsa alacaklı, borçlunun kefil göstermeden veya rehin bırakmadan seyahate çıkmasına engel olabilir<sup>498</sup>. Bir görüşe göre alacaklı engellemese de sefere çıkması caiz değildir<sup>499</sup>. İbn Teymiyye de, borç muaccel ve borçlu ödeme gücüne sahip olduğu takdirde alacaklının, onu seferden men edebileceğini; vadenin, seyahat sona ermeden dolacak olması halinde de aynı hükmün geçerli olduğunu, ama vadenin, seyahat süresinden sonra dolacak olması halinde âlimler arasında ihtilaf olduğunu söyler<sup>500</sup>.

## B- İslamda faiz ve borçlu temerrüdünün para borçları ile ilgili sonuçları

### 1- Faiz ve para kavramları

#### a- İslamın faiz görüşü

Faiz, Arapça bir kelime ise de Arapça'da; Türkçe'de anlaşılan faiz manasında kullanılmamaktadır. Kur'ân-ı Kerim'de ve hadisi şeriflerde kullanılan kelime "ribâ" dır. Riba yani faiz Allah ve Rasulü tarafından kesinlikle yasaklanmış, faiz yiyenlerin ve alış verışı de faiz gibi kabul edenlerin yerlerinden şeytan çarpmış gibi kalkacakları ifade dılmıştır<sup>501</sup>. Faize kesin yasak getiren Allah teâlâ "Ey iman edenler! Allah'tan korkun ve eğer mümin iseniz kalan faizi bırakın"<sup>502</sup> buyurmak suretiyle bundan böyle faizden uzak durulmasını ve daha öncesine ait faizli muamelelerden dolayı da sadece ana paranın alınmasını, faizinin terkedilmesini istemektedir. Ayeti kerimedeki "...eğer mümin iseniz..." ifadesi inanan insanların bu işlemde uzak durmaları için çok şiddetli bir mahiyet arz etmektedir. Bir sonraki ayette de, bu emre uymayanların; Allah'a ve Rasulüne karşı harp halinde olduklarını bilmeleri istenmektedir.

Kur'ân'da sözü edilen ribanın mahiyeti; Kur'ân'da da, hadislerde de açıklanmamıştır. Kur'ân, yaşanmak ve hayatta uygulanmak için indirildiğine ve Hz. Peygamber de onu açıklayıp izah etmekle mükellef olduğuna göre kanaatimizce burada kastedilen ribanın o günkü müslümanlar tarafından anlaşıldığını,

498 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, IV/506-507; İbnü Ferhûn, *Tebîrâtü'l-İşkâm*, II/207; Atar, *Fahrettin, İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 269.

499 İbnü Receb, *el-Kavâid fî'l-fıkhü'l-İslâmî*, I/87.

500 İbnü Teymiyye, *Mecmûu Fetâvâ*, XXX/20.

501 Bakara, II/275.

502 Bakara, II/278.

dolayısıyla bir tarife ihtiyaç duyulmadığını kabul etmek uygun olur. Öyleyse o günkü riba nedir? O zaman Araplar arasında uygulanmakta olan riba şöyleydi: Borçlu, ödeme zamanı geldiği halde borcunu ödeyemeyecek durumdaysa alacaklı ona "Borcunu ödüyor musun? Yoksa artırıyor musun?" derdi. O da vadenin uzatılması mukabilinde borcun miktarının artmasına razı olurdu. Bu tür ribaya cahiliye ribası (**ribē'l-câhiliyye**), borç ribası (**ribē'd-düyûn**), vade ribası (**ribē'n-nesîe**) gibi isimler verilir. Ahmed b. Hanbel'e; neyin kesinkes ribâ olduğu sorulunca bu tür ribayı tarif etmiştir<sup>503</sup>.

Hz. Peygamber (s.a.s), ribanın alınmasının da verilmesinin de yasak olduğunu beyan etmiş<sup>504</sup>, alanı da, vereni de<sup>505</sup>, bu işlemi yazanı da, buna şahitlik edeni de<sup>506</sup> lanetlemiştir.

Diğer taraftan Hz. Peygamberin (s.a.s) hadislerinde bir çeşit ribâ daha görüyoruz ki bu, yukarıda anlattığımız ribadan farklıdır. Bu hadislerinde; **altın, gümüş, buğday, arpa, hurma** ve **tuzun** mübadelesinde bir ölçü koymakta, buna riayet edilmediği takdirde yapılan muamelenin riba olduğunu ifade etmektedir. Getirilen ölçü; bunların kendi cinsleriyle yani altının altınla, buğdayın buğdayla ... değişimi halinde bedellerin peşin olarak alınıp verilmesi ve miktarların eşit olmasıdır. Altının gümüşle, buğdayın arpa ile ... değişiminde ise sadece bedellerin peşin alınıp verilmesi şartı aranmakta, miktar eşitliği aranmamaktadır<sup>507</sup>.

Hz. Peygambere Hayber'den iyi kalitede bir hurma (cenîb) takdim edilmiş ve bunun üzerine

— Hayber'in hurmalarının hepsi böyle mi? demiş,

— Hayır, vallâhi, yâ Rasulellah! Biz (bunun) bir sâ'ını (ölçeğini) normal hurmadan (cem') iki sâ' mukabilinde satın alıyoruz, cevabı üzerine

— Yapmayın. Fakat eşit olarak (alıp satın). Yahut bunu satın, onun semeni (bedeli) ile bundan alın, buyurmak suretiyle piyasadaki uygulamaya müdahale etmiştir<sup>508</sup>.

503 Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'ân*, III/348, 358; İbnü Kayyımî'l-Cevziyye, *İ'lâmu'l-muvakkîn*, II/154; Ebu Zehra, *Tahrîmu'r-ribâ tanzîmun iktisâdiyyun*, s. 20-21.

504 Buhari, *Büyü'* 25, Libas 84.

505 Buhari, *Büyü'* 112, Talâk 49, Libas 94; Müslim, *Müsâkât* 105; Nesâî, Talak 13.

506 Müslim, *Müsâkât* 106; Ebu Davud, *Büyü'* 4; Tirmizî, *Büyü'* 2; Nesâî, *Zînet* 25.

507 Bu hadisler için bk: Buhari, *Büyü'* 74, 76, 77, 78, 80, 81.; Müslim, *Müsâkât* 75-101; Ebu Davud, *Büyü'* 12, 13, 18.; Tirmizî, *Büyü'* 23, 24.; Nesâî, *Büyü'* 41 -52.

508 Müslim, *Müsâkât* 94. Ayrıca bk: Müslim, *Müsâkât* 95-100; Nesâî, *Büyü'* 41.



## b- Rıbevi (faizli) mal kavramı

Hız. Peygamberin hadislerinde geçen bu tür riba, Tâvus'a, Katâde'ye ve Zahiriye mezhebine göre sadece bu altı çeşit mala ait ise de İslam alimlerinin çoğunluğu bu hükmün kıyas yoluyla başka malların mübadelesi için de geçerli olduğu kanaatindedir<sup>509</sup>. Bilindiği gibi ayet ve hadisle sabit bir hüküm, illeti tesbit edildiği takdirde genişlemekte, o ayet ve hadisin lafzî sınırını aşarak daha geniş bir sahaya yayılmaktadır. İlet, ya yine ayet ve hadislerde açıklanmakta, ya da bir fıkıh usulü konusu olan diğer illet tesbit yollarına müracat edilerek bulunmaktadır. Özellikle bu son kısımda zaman zaman birbirinden çok farklı illetler bulunmakta, alimler arasındaki bu farklı illet tesbitinin tabii sonucu olarak hükmün genişletilen çerçevesi de farklı çizilmektedir. Faiz yasağına bir ölçüde açıklık getiren ve altı çeşit malın sayıldığı yukarıdaki hadis esas alınarak illet tesbit edilmiş ve faizin çerçevesi buna göre çizilmiştir.

Hanefilere göre bu malların ortak özelliği; tartı (vezn) veya ölçek (keyl) ile mübadele edilmeleridir. Faizin illeti de, tartı (vezn) ve cins; veya ölçek (keyl) ve cinstir. Yani tartı ile veya ölçek (keyl) ile alınıp satılan bütün malların mübadelesinde hadisteki ölçüye uymak gerekir; bunlar kendi cinsleri ile mübadele edildikleri takdirde:

a- kaliteleri farklı da olsa, eşit ve peşin olarak mübadele edilmeli

b- hiçbir şekilde vadeli mübadele edilmemelidir.

Bu mallar kendi cinsleri dışında bir malla mübadele edildiği takdirde ise eşitlik şartı aranmaz fakat tartı ile alınıp satılan bir malın, tartı ile alınıp satılan bir malla veya ölçek (keyl) ile alınıp satılan bir malın, ölçek ile alınıp satılan bir malla, başka cinsten de olsa vadeli mübadelesi yine yasaktır. Mesela altın, altınla; demir, demirle; pirinç, pirinçle mübadele edilecekse mutlaka eşit ve peşin mübadele edilmeli veya doğrudan mübadeleden kaçınılmalıdır. Ama pirinç, buğdayla veya demir, gümüşle mübadele edilecekse eşitlik şartı aranmaz, ancak bedellerin ikisi de peşin olarak akit meclisinde ödenmelidir. Ölçek veya tartı ile satılmayan malların kendi cinsleri ile mübadelesinde de eşitlik şart değildir fakat yine ödemelerin peşin yapılması gerekir. Aksi takdirde yapılan işlem, faizli sayılır<sup>510</sup>. Mergînâni faizi, muâvaza akitlerinde taraflardan birinin akitte şart koşularak hak ettiği karşılıksız fazlalık<sup>511</sup> olarak

509 İbnü Kudâme, *el-Muğni*, IV/124; İbnü Kayyım'ı'l-Cevziyye, *İ'lâmu'l-muvakkîn*, II/155.

510 Bk: Serahsi, *el-Mebsût*, XII/108 v.d.; Semerkandî, *Tuḥfetü'l-fukahâ*, II/25 v.d.; Mergînâni, *el-Hidâye*, III/61 v.d.; Mevsili, *el-İhtiyar*, II/30 v.d.; Zeylai, *Tebyinü'l-hakâik* IV/85; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, VI/146 v.d.; İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddi'l-muhtâr*, V/168 v.d.

tarif eder.

Şâfi mezhebine göre bu mallarda hükme esas olan vasıf (illet), bunlardan ikisinin semen (para), diğerlerinin yiyecek maddesi oluşudur. Buna göre semen vasfı taşıyan mallar ile yiyecek maddelerinin —tedavi amacı ile yenenler dahil— mübadelesinde aynı esaslar uygulanmalı; aynı cinslerin mübadelesi ya peşin ve eşit yapılmalı veya hiç yapılmamalıdır. Farklı cinslerin mübadelesinde ise eşitlik şartı aranmazsa da akdin peşin olması ve bedellerin o anda ödenmesi gerekir<sup>512</sup>. Semen vasfını taşıyan mallardan maksat; gerek para olarak ve gerek eşya olarak ve gerek külçe halinde altın ve gümüşdür. Felsler buna dahil değildir<sup>513</sup>. Bundan dolayı bazı alimler, "altın ve gümüşte ribanın illeti, genellikle (gâliben) semen cinsinden oluşudur" ifadesini tenkid ederler ve burada illet yerine hikmet ifadesinin kullanılmasının daha uygun olacağını; çünkü illet, semeniyet kabul edilirse bu iki madde dışında da semeniyet vasfı bulunduğu zaman riba cereyan edeceği gibi bir mana anlaşıldığını, halbuki öyle olmadığını söylerler<sup>514</sup>. Aslında buradaki illet kâsır (hükmü kendi meselesiyle sınırlı) dir. Şâfi mezhebinde illet, kâsır olabilir<sup>515</sup>.

Maliki mezhebine göre de illet, bu maddelerden ikisinin semen; diğerlerinin saklanabilen temel gıda maddeleri oluşudur. Saklanabilen temel gıda maddelerinin mezhep ıstılahı ile ifadesi iktiyât ve iddihâr vasfı taşıyan mallardır ki tahıllar, kuru hurma, kuru üzüm, tuz, et, süt ve mamulleri, baharat, sirke, soğan, sarmısak, sıvı yağlar şeklinde misallendirilmiştir. Bu maddelerin kendi cinsleri ile mübadelesinde eşitlik ve peşin ödeme şarttır. Bu hükümlerin, saklanabilme ve temel gıda maddesi olma vasıflarından birini taşıyan mallar hakkında uygulanıp uygulanmayacağı ise mezhep içinde ihtilafli bir konudur. Yukarıdaki özelliklere sahip olmasa da her türlü gıda maddesinin, bir başka gıda maddesi ile peşin ödeme şartına riayet edilmeden mübadelesi ise yasaktır ve faiz hükmündedir. Tıbbî otlar bu hükme dahil değildir, su ihtilaflıdır. Altının altınla, gümüşün gümüşle mübadelesi de ancak eşit ve peşin ödeme şartıyla caizdir. Altının gümüşle mübadelesinde eşitlik aranmaz fakat her ikisinin de peşin ödenmesi şarttır. Bunların dışında kalan diğer malların mübadelesinde de; şu üç şartın bulunması halinde faiz vardır: bedellerden birinin fazla olması, vade, aynı amaçla kullanılır olma. Mesela bir binek atının, iki binek atı mukabilinde vadeli mübadelesi faizdir. Ama bunlardan biri binek atı, diğeri mesela yük atı ise caizdir<sup>516</sup>.

511 el-Hidâye, III/61.

512 Şirbini, Muğnî'l-muhtâc, II/21-24.

513 Şirbini, Muğnî'l-muhtâc, II/25; Şirbini, el-İknâ' I/255.

514 'Avaç, Takrîrât 'ale'l-İknâ', I/255.

515 Bk. Ebu Zehra, Usûlü'l-fıkh, s. 224 (dip not).

516 İbnü Rüşd, Bidâyetü'l-müctehid, II/111; İbnü Cüzeyy, el-Kavâninü'l-

Ahmed b. Hanbel'den faizin illeti hakkında üç rivayet vardır: Bunlardan en meşhur olana göre o, bu konuda Hanefiler gibi düşünmektedir. Yani illet, bu malların ölçek ile veya tartı ile alınıp satılır olmalarıdır. İkinci bir rivayete göre ise Şafililerle aynı görüşü paylaşmaktadır. Yani illet, altın ve gümüş için bunları semen olmaları; diğerlerinin ise yiyecek maddesi oluşudur. Üçüncü rivayete göre ise yiyecek maddeleri ile ilgili illet, bunların tartı veya ölçek ile satılmalarıdır<sup>517</sup>.

Konu şöyle hülasa edilebilir:

1- Bir mal veya paranın, ileride, verilenden fazlası ile geri alınmak üzere borç verilmesi veya eski bir borcun bu şekilde artırılarak yenilenmesi faizdir ve caiz değildir.

2- Hanefilere göre ölçek veya tartı ile satılan bütün mallar, Şafilere göre yiyecek maddeleri,

Malikilere göre saklanabilen temel gıda maddeleri,

Dört mezhebe göre de altın ve gümüş,

kendi cinsleri ile ancak bedeller eşit ve ödeme akit meclisinde yapılmak üzere değiştirilebilir, satılabilir. Kaliteler farklı da olsa bu şarta uyulmadığı takdirde faiz olur.

3- Hanefilere göre ölçek ile satılan mallar veya tartı ile satılan mallar,

Şafilere göre yiyecek maddeleri,

Malikilere göre saklanabilen temel gıda maddeleri,

Dört mezhebe göre de altın ve gümüş,

kendi aralarında ve farklı cinsler olarak değiştirileceklerse, bedellerin eşit olması şart değildir fakat ödemeler akit meclisinde peşin olarak yapılmalıdır. Buna uyulmazsa faiz olur.

### c- Paranın tanımı

Tarihin ilk çağlarında mübadele; "mal ve hizmetlerin, paranın müdahalesi olmaksızın başka mal ve hizmetlerle doğrudan ve aynı zamanda değiştirilmesi" demek olan trampa usulü ile yapıyordu<sup>518</sup>. Trampa usulündeki güçlük zamanla kendiliğinden değeri olan paralara; mal paralara<sup>519</sup> ve madeni paralara geçilmesini doğurdu. Para olarak kullanılan ilk madenler demir, bakır, bronz, kurşun ve kalay gibi bir kısmı çok sert, bir kısmı çok yumuşak ve bir kısmı da çok çabuk okside olan madenlerdi. Bu

**fıkhiyye**, s. 214-220.

517 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, IV/125-126.

518 Zeytinoğlu, Erol, *Genel Ekonomi II*, İstanbul 1980, s. 1.

519 Mal para her devirde ve cemiyette başka başka kabul edilmiştir. Mesela Homer devrinde Yunanistan'da ve Anglo-Saxsonlarda sığır, Virginia'da tütün, Roma'da koyun, Çin'de çay, Arabistan'da tuz uzun yıllar para görevini görmüşlerdir. Zeytinoğlu, Erol, *Genel Ekonomi II*, s. 5

sebeple daha elverişli madenî paralara ihtiyaç duyulmuş, önce gümüş, daha sonra da altın, para olarak kullanılmaya başlanmıştır<sup>520</sup>.

Değerli madenlerden yapılmış paraların, kendiliğinden bir değere sahip olmaları; bunlardan yapılmış paraların, para olarak değerleri ile mal olarak taşıdıkları değerler arasında fark olmaması veya farkın çok az olmasıdır. Altın ile gümüş ve az bir ölçüde de plâtin, uzun yıllar para görevini yerine getirmişlerdir. Önceleri külçe veya çubuk halinde para forksiyonu icra eden ve her mübadeleden önce tartılan ve ayarları tesbit edilen bu madenler, zamanla üzerlerinde değerleri yazılı belirli şekillere dönüştürülmüşler ve bunlara sikke adı verilmiştir. Sikke değeri ile ticarî değeri eş olan paralara "kendiliğinden değeri olan para" denir. Zamanla sikkelerin tartı ile mübadelesine son verilmiş ve sayı ile mübadele başlamıştır<sup>521</sup>.

Kendiliğinden değeri olan mal-para ve madenî para sistemi yerine zamanla kendiliğinden değeri olmayan para sistemine geçilmiştir. Bunlar da; temsili para, kağıt para ve kaydı paradır<sup>522</sup>.

"Kendiliğinden değeri olan paraları temsilen çıkarılan ve aynı fonksiyonları yerine getiren paraya temsili para" denir. Bir yerde saklanmış olan mal-parayı veya değerli madenî külçeleri veya bu madenlerden yapılmış paraları temsil eden "temsili para"nın başlıca üç çeşidi vardır: Madenî para şehadetnameleri, banknotlar ve ufaklık paralar. Madenî para şehadetnameleri, kendilerine değerli maden emanet edilen kimseler tarafından düzenlenmekte ve istenildiğinde, üzerinde yazılı miktarda ve cinsten değerli maden ile değiştirilebilmektedir. Banknotlar da bunlara benzerse de aralarında şu fark vardır: Madenî para şehadetnamelerinin karşılığında mutlaka yüzde yüz değerli maden bulunur fakat banknotlar, her ne kadar ibrazında üzerinde yazılı cins ve miktarda madenle değiştirilmesi zorunlu ise de karşılığı yüzde yüz olmayabilir<sup>523</sup>.

520 Zeytinoğlu, Erol **Genel Ekonomi II**, s. 6.

521 Zeytinoğlu, Erol, **Genel Ekonomi II**, s. 7-8.

522 Zeytinoğlu, Erol, **Genel Ekonomi II**, s. 8.

523 Zeytinoğlu, Erol, **Genel Ekonomi II**, s. 8,10. Banknotların menşei, gelişimi ekonomiye etkisi ile ilgili tartışmalar için bk. Zeytinoğlu, Erol, **Genel Ekonomi II**, s. 10-14.

Temsilî para içerisinde yer alan ufaklık para ise “mübadeleyi ve özellikle küçük ve kesirli ödemeleri kolaylaştırmak için çoğunlukla değersiz madenlerden basılmış sikkelerdir”. Bunların ticarî değerleri, para değerlerinden çok düşük olup genellikle gümüş, bakır, nikel, bronz veya bunların karışımlarından yapılırlar<sup>524</sup>. Bazan ufaklık paranın mal olarak değeri, para olarak değerini aşabilirse de bu istisnâî bir durumdur, prensip olarak para değeri, mal değerinden fazladır<sup>525</sup>.

Kağıt paranın, diğer kağıttan yapılmış banknot veya madenî para şahadetnamesinden farkı; kağıt paranın, gösterilmesinde altın veya değerli madenle değiştirilme taahhüdünün bulunmamasıdır. Bundan dolayı kağıt paraya “karşılıksız para” da denebilir. Kağıt paranın doğuşu; banknotun, gösterildiğinde altınla değiştirilme özelliğinin zamanla kaybolması sonucudur<sup>526</sup>. Kağıt para, gücünü onu çıkaran devletten alır<sup>527</sup>. Osmanlılarda ilk kağıt para 1840 tarihlerinde Sultan Abdülmecid’in ikinci saltanat yılında “kâime-i mu’tebere-i nakdiye” adı ile tedavüle çıkarılmıştır. Bu paralar, karşılığı sekiz yıl sonra ödeneceği taahhüt olunan %8 faizli birer tahvil niteliğinde idiler. Bundan sonra bir defa daha %6 faizli kâimeler (tahviller) çıkarıldıktan sonra, faizli kâime çıkarma işi terkedilerek, faizsiz kağıt para uygulamasına geçilmiştir<sup>528</sup>.

“Hesap parası”<sup>529</sup>, banka parası<sup>530</sup> veya mevduat parası<sup>531</sup> da denen kaydî para ise, bankalarda tutulan defterlerdeki hesap işleminden başka bir şey değildir<sup>532</sup>.

Para hakkındaki bu genel bilgilerden sonra Hz. Peygamber devrinden başlayarak İslam ülkelerinde kullanılan para çeşitleri<sup>533</sup> hakkında İslam hukukçularının değerlendirmelerine bakabiliriz. Hz. Peygamberin, paraya müdahale etmediğini, İslam’dan önce piyasaya hakim olan dinar ve dirhem onun zamanında da

524 Zeytinoglu, Erol, Genel Ekonomi II, s. 14.

525 Orman, Sabri, “Modern İktisat Literatüründe Para, Kredi ve Faiz”, s. 11.

526 Zeytinoglu, Erol, Genel Ekonomi II, s. 15.

527 Orman, Sabri, “Modern İktisat Literatüründe Para, Kredi ve Faiz”, s. 11.

528 Döndüren, Hamdi, “İslam’da para-kredi, faiz ve enflasyon ilişkileri”, s. 65.

529 Zeytinoglu, Erol, Genel Ekonomi II, s. 17.

530 Orman, Sabri, “Modern İktisat Literatüründe Para, Kredi ve Faiz”, s. 11.

531 Orman, Sabri, “Modern İktisat Literatüründe Para, Kredi ve Faiz”, s. 11.

532 Zeytinoglu, Erol, Genel Ekonomi II, s. 17.

533 Para derken sadece madenî paraları yani dinar ve dirhem ile felsleri kastediyoruz. Semen kavramı daha geniştir.



tedavülde kaldığını görüyoruz<sup>534</sup>.

Dinar,<sup>535</sup> altın para olup kelime, aslı latince on anlamındaki "deni" kelimesi olan "denarius-aureus"dan alınmadır<sup>536</sup>. Suriye yoluyla bizans'tan gelen bu dinarlara "rûmî"<sup>537</sup>, "kayserî" veya "hiraklî"<sup>538</sup> adı verilmektedir. Daire şeklinde olup bir yüzünde Bizans İmparatorunun resmi ile haç, diğer yüzünde de yine haç ve hristiyanlıkla ilgili bazı ifadelerle darp yeri mevcut idi<sup>539</sup>.

Dirhem,<sup>540</sup> gümüş para olup aslı Yunanca "drachma" ve Farsça "drachm" kelimeleridir<sup>541</sup>. "Kisrevî"<sup>542</sup> denilen<sup>543</sup> bu dirhemlerin Araplara intikali İranlılar vasıtasıyla olmuştur<sup>544</sup>. Dirhemler daire şeklindeydi ve ilk İslâmî dönemdekilerin bir yüzünde başında tâcî ile Kisrâ'nın resmi, diğer yüzünde de ateşgede resmi, kralın ismi ve ailesi hakkında dua ifadeleri ile ayrıca iki silahlı muhafız resmi bulunuyordu. Yemen kaynaklı "himyeriyye" denilen<sup>545</sup> dirhemlerin bir yüzünde ise baykuş resmi ve onun etrafında kralın isim ve lakabı ile hançer resmi bulunuyor diğer yüzünde de ağaç dallarıyla çevrelenmiş, yüzü traşlı (sakalsız) profilden bir insan başı yer alıyordu<sup>546</sup>. Ayrıca Bizans menşe'li ve Arapların Taberiyye dedikleri dirhemler vardı<sup>547</sup>. İran kaynaklı

534 Erkal, Mehmet, "Madenî Para, Banknot ve Kâğıt Para Mübadelesinde Faiz", s. 163.

535 Dinar hakkında bk. Sahillioğlu, Halil, "Dinar", TDV İA, IX/352-352.

536 Hassân Ali hallâk, Ta' ribü'n-nükhûd ve'd-devâvîn, s. 12-13.

537 Erkal, Mehmet, "Madenî Para, Banknot ve Kâğıt Para Mübadelesinde Faiz", s. 161.

538 Zekeriyâ Mehrân Paşa (Bâşâ), Mücezu'n-nükûd ve's-siyâseti'n-nakdiyye, s. 36.

539 Hassân Ali hallâk, Ta' ribü'n-nükhûd ve'd-devâvîn, s. 13. İlk İslami dönemdeki dinarların biz yüzünde sadece Hrakl'in resmi veya onunki ile birlikte iki yanında babası ve dedesi Hrakliyanus ile Kostantin'in resimleri vardı. Bk. Hassân Ali hallâk, Ta' ribü'n-nükhûd ve'd-devâvîn, s. 13.

540 Dirhem hakkında bk. Halil Sahillioğlu, "Dirhem", TDV İA, IX/368-371.

541 Hassân Ali hallâk, Ta' ribü'n-nükhûd ve'd-devâvîn, s. 15.

542 Hz. Fâtıma'nın mehri 480 dirhem-i kisrevî idi. Bk. Hassân Ali hallâk, Ta' ribü'n-nükhûd ve'd-devâvîn, s. 21.

543 Erkal, Mehmet, "Madenî Para, Banknot ve Kâğıt Para Mübadelesinde Faiz", s. 161.

544 Hassân Ali hallâk, Ta' ribü'n-nükhûd ve'd-devâvîn, s. 13; Erkal, Mehmet, "Madenî Para, Banknot ve Kâğıt Para Mübadelesinde Faiz", s. 161.

545 Erkal, Mehmet, "Madenî Para, Banknot ve Kâğıt Para Mübadelesinde Faiz", s. 161.

546 Hassân Ali hallâk, Ta' ribü'n-nükhûd ve'd-devâvîn, s. 13-14.

547 Zekeriyâ Mehrân Paşa (Bâşâ), Mücezu'n-nükûd ve's-siyâseti'n-nakdiyye, s. 36.

dirhemlere "bağalı" de deniyordu ve bunlar, içlerindeki gümüş miktarı az olduğu için siyah renkli idi<sup>548</sup>. Hz. Peygamber ve hulafâ-i râşidîn zamanında hiç bir dirhem basılmadığı, ilk dirhem Abdülmelik b. Mervân zamanında olduğu<sup>549</sup> görüşü karşısında Hz. Ömer'in dihem bastırıldığı da ileri sürülmektedir<sup>550</sup>.

Altın ve gümüş dışında bakır, kurşun, demir gibi metallere basılan paralar da vardır ki bunlara fels denir. Kelimenin aslı Yunanca "follis"<sup>551</sup> veya "fellis"<sup>552</sup>tir. Kamil Miras "Ehl-i rivayetin felsler hakkında bir haber nakletmemeleri Asr-ı saâdette ve Hulefâ-i râşidîn devirlerinde fels namiyle bir para tedavül etmediğine delalet ediyor"<sup>553</sup> demektedir. Ancak bazı eserler, Hz. Ömer'in h. 17 senesinde Hrakl'inkine benzer şekilde felsler bastırıldığını, ağırlığının tam olduğunu belirtmek için Dimaşk'ta basılan bronz felslere "câyiz", Hims (Humus)'ta basılanlara da "tayyib" veya "vâf=vâfin" kelimelerini ilave ettirdiğini söylemektedir<sup>554</sup>. Ayrıca dirhem, dinar gibi yabancı paraları kullanan müslümanların, o ülkelerde bunlarla birlikte tedavülde olan ve daha çok ufak para fonksiyonu gören felsleri de kullanmış olmaları mümkündür. Haberlerde felslerden bahsedilmeyişi, bunların tedavülde ve özellikle de borç münasebetlerinde pek kullanılmıyor olmalarını akla getirmektedir. Çünkü Mısır ve Suriye'nin fethinde oralardaki felslerin çok farklı oldukları, Arapların Ba'lbekk, Halep, Hims (Humus), Dimaşk, Taberiyye, Filistin ve İskenderiyye'de Arap felsi bastıkları söylenmektedir. Kaldı ki her ne kadar şer'an bir dirhem, kırk sekiz fels değerinde denmekte ise de bu felsler basıldıkları bölgelere göre farklı değerler taşımakta idiler<sup>555</sup>. Bu karakterde bir paranın borç münasebetlerinde yer almayışı ve kendisinden pek söz edilmeyişi tabii karşılanabilir.

İslam hukukçularının dirhem ve dinarları, felslerden ve "içindeki katkı maddesi, altın veya gümüşten çok olan para" demek olan olan mağşuş paralardan ayırdıklarını görüyoruz. Onlara göre

548 Zekerıyyâ Mehrân Paşa (Bâşâ), *Mücezu'n-nükûd ve's-siyâseti'n-nakdiyye*, s. 36.

549 İbnü kayyımî'l-Cevziyye, *İ'lâmu'l-muvakkîn*, II/163; Kamil Miras, *Sahîh-i Buhârî Muhtasarı ve Tecrid-i Sarîh Tercümesi*, V/36, 45.

550 Kamil Miras, *Sahîh-i Buhârî Muhtasarı ve Tecrid-i Sarîh Tercümesi*, V/45; Zekerıyyâ Mehrân Paşa (Bâşâ), *Mücezu'n-nükûd ve's-siyâseti'n-nakdiyye*, s. 37; Hassân Ali hallâk, *Ta' rîbu'n-nükûd ve'd-devâvîn*, s.23.

551 Hassân Ali hallâk, *Ta' rîbu'n-nükûd ve'd-devâvîn*, s. 16.

552 Erkal, Mehmet, "Madenî Para, Banknot ve Kâğıt Para Mübadelesinde Faiz", s. 167.

553 Kamil Miras, *Sahîh-i Buhârî Muhtasarı ve Tecrid-i Sarîh Tercümesi*, V/74.

554 Hassân Ali hallâk, *Ta' rîbu'n-nükûd ve'd-devâvîn*, s. 22. Ayrıca bk. Erkal, Mehmet, "Madenî Para, Banknot ve Kâğıt Para Mübadelesinde Faiz", s. 167.

555 Hassân Ali hallâk, *Ta' rîbu'n-nükûd ve'd-devâvîn*, s. 17.

altın ve gümüş semen olarak yaratılmışlardır<sup>556</sup>. Para olarak kullanılmaları bile nisab miktarına varınca zekatlarının verilmesi gerekir. Ama felsler ve mağşuş paralar böyle değildir. Felsler ticaret malı gibi kabul edilir ve tedavülde iseler dirhem veya dinar üzerinden kıymetleri esas alınarak zekatları ödenir<sup>557</sup>. Mağşuş paralar da içlerindeki altın veya gümüş miktarı nisabı doldurmuyorsa aynı durumdadır; eğer dolduruyorsa o zaman bu saf altın veya gümüş nisab miktarına ulaşıyorsa tedavülde olmaları da zekatları verilir<sup>558</sup>.

Faiz meselesinde felsler, dirhem ve dinardan ayrı mütalaa edilmiştir<sup>559</sup>. Ayarı bilinmeyen mağşuş paralarla yapılan muameleler tartışma konusu yapılmıştır<sup>560</sup>. Altın ve gümüşün veya bunlardan mamul paraların; aynı cins veya ayrı cins olarak mübadelesi demek olan sarf akdi ile ilgili hükümler açısından da felsler farklıdır<sup>561</sup>. Karz akdinde de aynı durum vardır. Karz akdi ile alınan felslerin iade zamanında tedavülden kalkması veya bu sürede değerinde azalma yahut artmalar olması ile ilgili hükümler farklıdır<sup>562</sup>. Benzer farklılıklar felslerin semen olarak kararlaştırıldığı ve ifanın geciktiği hallerde de vardır<sup>563</sup>. Bir selem akdinde hem re'sü'l-mâlin ve hem de müslemün fihin fels olabileceği görüşünü savunanlar olmuştur<sup>564</sup>.

Şirket ve mudârebe akitlerinde nakit denilen altın ve gümüş paraların sermaye olabileceğinde ittifak olduğu halde felslerin, tedavülde bile olsalar sermaye olup olamayacakları ihtilafıdır<sup>565</sup>.

556 İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddi'l-muhtâr*, II/298.

557 İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddi'l-muhtâr*, II/300.

558 İbnü Kudâme, *el-Muğni*, II/599-600; Mevsili, *el-İhtiyar*, I/112; Şeyhzâde, *Mecmau'l-enhur*, I/206; Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, I/390; İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddi'l-muhtâr*, II/300; *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, I/179.

559 Bk. Merginâni, *el-Hidâye*, III/63; Suyûtî, *El-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 398; Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, II/25; Şirbini, *el-İknâ'* I/255.

560 Bk. Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, I/390; Ebû Serî Muhammed Abdülhâdî, *er-Ribâ ve'l-karç fi'l-fukhi'l-islâmî*, s.68.

561 Serahsi, *el-Mebsût*, XIV/24 v.d.; İbnü Kudâme, *el-Muğni*, IV/128-129; Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'an*, III/351; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslamiye ve Istilahat-ı fıkhiyye Kamusu*, VI/91.

562 Serahsi, *el-Mebsût*, XIV/29 v.d.; Kâsânî, *el-Bedâyi'*, VII/395; Merginâni, *el-Hidâye*, III/86; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, VI/214; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 117-118, 447; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslamiye ve Istilahat-ı fıkhiyye Kamusu*, VI/95; Muhammed Selâme Cebr, *Ahkâmu'n-nukûd fi's-şeriatî'l-islâmiyye*, s.31.

563 Serahsi, *el-Mebsût*, XIV/28; Merginâni, *el-Hidâye*, III/86; İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddi'l-muhtâr*, IV/537.

564 Muhammed Selâme Cebr, *Ahkâmu'n-nukûd fi's-şeriatî'l-islâmiyye*, s.35.

565 Serahsi, *el-Mebsût*, XXII/21; Merginâni, *el-Hidâye*, III/6.

Felsler zaman içinde de farklı statüye tâbi olmuşlar bazan sayı, bazan da ağırlık esasına göre mübadeleye konu olmuşlardır<sup>566</sup>.

Günümüzde tedavülde olan kağıt paralar, felslerle aynı hükümde mütalaa edilmektedir<sup>567</sup>. Hatta felslerin para değeri ve maden değeri arasındaki farklılık ile kağıt paralardaki bu farklılık dikkate alınarak kağıt paraların felslerden de aşağı mertebede düşünülmesi mümkündür<sup>568</sup>.

Para ile ilgili bu kısa bilgi ile iktifa ediyoruz. Çünkü gayemiz, konunun ayrıntılarına inmek yerine, bazı noktalara ve bu meyanda İslamın faiz görüşünü tesbit ederken veya para borçlarının temerrüdünde faizden söz ederken bu hususların da hesaba katılması gereğine dikkat çekmektir.

## 2- Temerrüt tazminatı

Türk hukukunda, batı hukuklarında olduğu gibi para borçlarının gecikmesinde, kusura bakılmaksızın temerrüt faizi uygulanmakta, ayrıca borçlu temerrüde düşmekte kusurlu ise ve alacaklının zararı temerrüt faizinden fazla ise tazminat olarak bu da talep edilmektedir. İslam hukukunun faiz konusundaki hassasiyeti bilinmektedir. Bu münasebetle temerrüt dolayısıyla alacaklının uğradığı zarar, "zarar izale olunur" ve "zarar bi kaderi'l-imkan def olunur" kaidelerince mümkün olduğu ölçüde ve faize düşülmeden giderilmelidir. Fakat bunun metodu ne olacaktır? Zarar nasıl tesbit edilecek ve neleri kapsayacaktır?

566 Bk. İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, VI/209. Ayrıca bk. Kâsânî, *el-Bedâ'î*, V/197.

567 Zerkâ, Ahmed, *Şerhu'l-kavâ'idü'l-fıkhiyye*, s. 121; Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, III/142.

568 Bazı konularda kağıt para, altın ve gümüş para gibi itibar edilmiştir. İslam Kalkınma Bankası'nın Uluslararası İslam İktisat Enstitüsü ile müşterek olarak Şaban 1407'de düzenlediği bir sempozyumda (nedve) kağıt para; faiz (riba), ve zekat konularında, selem, mudârebe ve şirket akitlerinde sermaye (re'sümâl) oluş bakımından dirhem dinar gibi kabul edilmiştir. İslam Konferansı Fıkıh Akademisi (mecma<sup>6</sup>) de 1407 h. senesinde yaptığı üçüncü dönem toplantısında; altın ve gümüş hakkındaki, faiz (riba), zekat, selem ve sair hükümlerin kağıt paralar için de geçerli olduğunu, kağıt paraların tam manasıyla semeniyet vasfı taşıyan itibârî para (nakit) olduğunu kabul etmiştir. Bk. Ali Ahmed es-Sâlûs, "Eşeru teğayyuri kıymeti'n-nukûd", s.842, 843. Fakat kağıt paraların belli meselelerde altın ve gümüş gibi değerlendirilmesi, bütün meselelerde öyle olacağı anlamına gelmez. Kararda da belirtildiği gibi bu, bir itibârî paradır. Tedavülden kalktığı an, para olma vasfını kaybeder.



Önce faiz konusunu ele alalım. Daha önce de belirttiğimiz gibi faiz “muâvaza akitlerinde taraflardan birinin akitte şart koşularak hak ettiği karşılıksız fazlalıktır”<sup>569</sup>. Yani bir şeyin faiz olabilmesi için akitle elde edilen karşılıksız fazlalık olmalıdır. Halbuki bizim meselemizde, meydana gelen bir zararın tazmini söz konusudur. Bazı İslam hukukçuları faizin, tazminatlarda (ğarâmâtta) değil, akitlerde cereyan edeceğini açıkça ifade etmişlerdir<sup>570</sup>. Dolayısıyla daha akit yapılırken, temerrüt halinde borç miktarının belli nisbette artacağını kararlaştırmak faiz olabilir ama temerrüt anından itibaren meydana gelen zarara göre ödenecek tazminatın, en azından yukarıda verdiğimiz tarife uymadığı söylenebilir.

Burada meydana gelen zarar iki şekilde düşünülebilir: Paranın değerindeki farklılıktan meydana gelen zarar ve parayı vaktinde elde ederek çalıştırmak suretiyle elde etmesi mümkün ve muhtemel kazançtan mahrumiyet.

Özellikle yukarıda anlattığımız felslerin veya mağşuş paraların borca konu olmaları halinde, bunların değerlerindeki değişimleri dikkate alan İslam hukukçuları vardır. Bilhassa Ebu Yusuf'tan nakledilen bir görüş daha sonraları çok sayıda alim tarafından fetvaya uygun bulunmuştur<sup>571</sup>. Buna göre bir satım akdinde semen olarak kararlaştırılan felslerin değeri, satıcı tarafından kabzedilmeden önce düşerse satıcı; onların akit gününde dirhem olarak değeri ne ise onu talep eder. Karz akdinde de, felslerin kabzedildiği günkü değeri muteberdir<sup>572</sup>. Ebu Yusuf'tan nakledilen ve daha sonraki devirlerde de benimsenen bu görüş, her ne kadar mezhebin imamı Ebu Hanife'nin görüşüne uymuyorsa da<sup>573</sup> zamanımızda da enflasyonla bağlantılı olarak savunulmaktadır<sup>574</sup>. Yalnız değer tesbitinde satım akdi peşin ise satım gününün, değilse vade gününün esas alınması; karzda da temerrütten sonraki değer düşüşlerinin dikkate alınması yani talep edildiği halde ödeme geciktirilirse o zaman kıymete geçilmesi daha uygun olabilir<sup>575</sup>.

569 el-Hidâye, III/61.

570 Suyûti, *El-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 385.

571 İbnü Âbidîn, “Tenbîhü'r-rukûd ‘alâ mesâilî'n-nüķûd”, II/58.

572 İbnü Âbidîn, “Tenbîhü'r-rukûd ‘alâ mesâilî'n-nüķûd”, II/57-58.

573 Bk. Serâhsî, *el-Mebsût*, XIV/30.

574 Bk. Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/432-433; A.g.mü., *Ana Hatlarıyla İslam hukuku*, III/157-158; A.g.mü., *İslamın Işığında Günün Meseleleri*, I/357-358; A.g.mü., *İslam Açısından Enflasyon ve Çözüm Yolları*, (Müzakereci olarak bir tebliğ hakkındaki değerlendirme) s.53; Günenç, Halil, *Günümüz Meselelerine Fetvalar*, II/106; Bayındır, Abdülaziz, “Paranın Değer Kaybetmesiyle Ortaya Çıkan Problemler ve İslam Hukukuna Göre Çözüm Yolları”, s.45-48, 51-52; Bardakoğlu, Ali, “İslam Hukukunda İşçi ve İşveren Münasebetleri”, s. 233.

575 Yakın bir görüş için bk. Döndüren, Hamdi, “İslam'da para-kredi, faiz ve enflasyon ilişkileri”, s. 68.



Çünkü vadeli satışlarda tesbit edilen fiat çoğu kere peşin satışa göre farklı olmakta ve paranın değerindeki muhtemel düşmeler de hesaba katılarak tesbit edilmektedir. Karz akdinde de, karz veren kişi bu muhtemel düşüğe razı olmuştur. Bu konuda temerrüdün şartları arasında saydığımız "borçlunun ödeme gücüne sahip olması"na da bakılmamalıdır. Ancak bu arada "beklenmedik hal" olarak değerlendirilebilecek aşırı düşmeler olmuşsa o zaman mesele bu çerçevede ele alınabilir. Para ile ilgili karz akdinde de ödemenin, paranın değer düşüşü esas alınarak yapılacağı kararlaştırılabilir. Böyle bir kararlaştırma yoksa o zaman örfe müracaat edilir ki şu anda memleketimizde müslümanlar arası karz müessesesinde örf, alınan paranın birim olarak aynen iadesi şeklindedir.

Para dışındaki ribevî malların temerrüdü ve bu esnada meydana gelen fiat dalgalanmalarına bakarsak İslam hukukçularının genellikle fiat değişimlerini dikkate almadıklarını görürüz. Gasbedilen bir mal, uzun veya kısa bir müddet sonra iade edildiği takdirde bu arada o malın fiatı düşmüşse<sup>576</sup> bu fiat düşmesinin tazmin edilmeyeceğini, helak olduğu takdirde de misli ise mislinin, kıyemî ise kıymetinin ödeneceğini söylerler<sup>577</sup>. Fakat bunu; fiatı, genelde mevsimlere göre büyük farklılıklar göstermeyen mallar hakkında düşünmek gerekir. Nitekim bu görüşü savunanlardan bazıları, suyun pahalı olduğu bir yerde, başkasına ait suyu itlaf edenin, daha sonra değerinin düşük olduğu yerde, mislini ödemekle bunu tazmin edemeyeceğini, o pahalı olduğu yerdeki kıymetini ödemesi gerektiğini söylemektedirler<sup>578</sup>. Diğer taraftan Şafiiler, gasbedilen misli malın, misli ile tazmini imkansızlaşmışsa<sup>579</sup> veya kıyemî mal, telef olmuşsa<sup>580</sup>, kıymeti ile tazmin edileceğini ve bu durumda gasb vakti ile imkansızlığın veya telefin meydana geldiği vakit arasındaki en üst kıymetin esas alınacağını söylerler.

Misli mal borcunun ifasının gecikmesinde, bu aradaki fiat hareketlerinden dolayı tazminat gerekmez şeklindeki görüş, bazı hukukçular tarafından tenkid edilmektedir. Çünkü misli mal borçlusunu, borcunu, fiatların düşeceği zamana tehir etmek suretiyle alacaklıyı zarara uğratabilir<sup>581</sup>. Kanaatimizce alacaklının bu zararı

576 Buradaki fiat düşmesini, felslere veya mağşuş paralara göre değil, dirhem ve dinara göre düşünmek gerekir.

577 İbnü Kudâme, *el-Muğni*, V/420; Karâfi, *el-Furûk*, I/214; Muhammed Ali b. Hüseyin, *Tehzîbü'l-furûk* I/212; İzzüddin b. Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, I/151-152; Bağdâdi, *Mecmau'd-damânât*, s.133; Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, III/139; Süleyman Muhammed Ahmed, *Damânü'l-mülefât*, s. 569-571.

578 İzzüddin b. Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, I/152.

579 Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, II/282-283.

580 Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, II/284.

581 Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, III/139 (dip not).

giderilmeli ve borçlunun temerrüt yoluyla kazanç temin etmesi önlenmelidir. Bunun yolu da para borçlarında; paranın değer kaybını, mal borçlarında da o malın fiatındaki düşmeyi dikkate almak ve alacaklıya verdiği bu zararı mütemerride tazmin ettirmektir<sup>582</sup>. Abdurrahman b. Sa'dî, fiat düşüşünün tazmin edilmeyeceğini söyleyen görüşlere karşı çıkararak şöyle der: "Sahih olan, fiat düşmesinin tazmin edilmesidir. Binlik bir şeyi, sahibi onu bine satma imkanına sahipken gasbeden kişi, sonra fiatlar aşırı düşüp o şey beş yüz değerine inince nasıl olur da fiat düşmesini tazmin etmez ve onu olduğu gibi iade eder"<sup>583</sup>

Temerrüt tazminatının hesaplanmasında bize yardımcı olabilecek bir olay da şudur: Hz. Ömer'in iki oğlu Abdullah ve Ubeydullah, ordu ile Irak'a giderler ve dönüşte Basra Emiri Ebu Musa el-Eş'arî'ye uğrarlar. Ebu Musa, onlara önce "Size faydalı olabileceğim bir şeye imkanım olsa bunu yapardım" der. Daha sonra da "Evet burada Allah'ın malından bir mal var, onu sizinle Emirülmü'minine göndermek istiyorum. Onu size borç (selef) vereyim. Onunla Irak malları alırsınız ve Medine'de satarsınız. Medine'ye vardığınızda da ana parayı Emirülmü'minine verin; kârı da sizin olsun" diyerek bir teklifte bulunur. Denileni yaparlar ve Medine'ye Hz. Ömer'in yanına varınca durumu ona bildirirler. Hz. Ömer "Bütün orduya size verdiği gibi verdi mi?" diye sorar ve "hayır" cevabı üzerine "Bu, müslümanların malıdır ve kârı da müslümanlarındır" diyerek itiraz eder. Bu cevap karşısında Abdullah sussarsa da Ubeydullah "Buna hakkın yok. Mal helak olsaydı bize tazmin ettirecektin ya?" der. Sahabeden birisi "Onları mudârib mesabesinde kabul et; kârın yarısı onların, yarısı da müslümanların olsun" deyince Hz. Ömer de bu görüşü kabul eder<sup>584</sup>. Burada temerrüde nisbetle daha hafif bir durum vardır. Temerrüt de böyle değerlendirilip, alacaklı; şayet alacağını vaktinde alsaydı ve meşru yollardan biri ile mesela mudâربه yoluyla çalıştırsaydı ne kadar kâr temin edecekse borçludan bu kadar tazminat istenebilir. Bu zımnî mudarebede kâr oranının tesbitinde de bilirkişiye başvurulabilir.

İbnü Teymiyye, gasb halinde buna benzer bir yol tavsiye etmektedir. Bu olaya işaret ederek; gâsıp, gasbettiği malı nemalandırdığı takdirde, mudarebede olduğu gibi nemanın; (oluşumundaki rolleri dikkate alınarak) sermayenin menfaati ile çalışanın menfaati arasında taksim edilmesini, en doğru yol olarak göstermektedir<sup>585</sup>.

582 Abdullah b. Süleyman b. Menf , "Ma'lu'l-ğaniyyi zulmün yühüllü 'ırđahû ve 'uğûbetehû", s. 3.

583 Abdullah b. Süleyman b. Menf , "Ma'lu'l-ğaniyyi zulmün yühüllü 'ırđahû ve 'uğûbetehû", s. 4.

584 Mâlik b. Enes, el-Muvaţta', kırâd 1; Serâhsî, el-Mebsût, XXII/18.

Hanbelî mezhebine göre gasbettiği semen ile veya mal (urûz) gasbederek satıp onun semeni ile ticaret yapan kişinin elde ettiği kâr bunların sahibinindir. Yani satın alınan malın kendisi, gâsıbın olur fakat kâr onun olmaz. Fakat zarar ederse zarar gâsıba aittir. Gâsıb, gasbettiğini mudârebe yoluyla çalıştırmışsa, sağlanan kârın tamamı mâlikin olur; mudârib, gasbı bilerek akit yapmışsa hiç bir şey alamaz, fakat gasbı bilmiyorsa, gâsıptan ecr-i mislini alır<sup>586</sup>.

Ticaretle iştiğal eden hakiki veya hükmi kişilere karşı temerrüt halinde mudârebe usulü yerine doğrudan kendi çalıştırsaydı elde edeceği kâr veya o sahada çalışan ticari kuruluşların elde edeceği ortalama kâr dikkate alınabilir. Sıddık Muhammed Emin ed-Darîr, bir finans kurumunun sorusuna verdiği cevapta, kurumun, temerrüt süresince elde ettiği kâr esasî üzerinden tazminat talep etmesini istemektedir<sup>587</sup>.

Mustafa Ahmed ez-Zerkâ; alacaklının, alacağını vaktinde aldığı ve İslama göre meşru usullerle çalıştırdığı farz edilerek, genel ticaret metodları çerçevesinde mahrum kaldığı normal kârın alt sınırının tazmin edileceğini, fakat bu tesbitin taraflarca değil, mahkemece yapılması gerektiğini söyler<sup>588</sup>.

Hayreddin Karaman ise "Alacaklının, alacağını zamanında alması halinde yatırım yapacağı ve bundan kazanç sağlayacağı kesin değildir; varsayıma dayanan bir kazanç kaybının, borçlu tarafından telafi edilmesi, İslam'daki faiz yasağı prensibi ile çatışmakta ve caiz görülmemektedir" diyerek bu görüşe karşı çıkar<sup>589</sup>. Ona göre sadece enflasyondan doğan zarar talep edilebilir ve bunun tesbitinde "günümüzde istikrarlı bir ölçü olmaktan çıkan" altın yerine "daha müstakar ve sağlam ölçülere ihtiyaç vardır. Sağlam verilere dayandığı takdirde indekslerden ve hükümetin resmen açıkladığı enflasyon nisbetlerinden faydalanmak mümkündür. Ayrıca yiyecek, giyecek, mesken gibi bazı temel maddelerin fiatlarında meydana gelen artışların ortalaması alınabilir. Nihayet ticarî ve sinâî kredi ve borçlarda, üzerinde çalışılan, üretilen, alınıp satılan madde esas alınabilir. Özellikle tüketim için yapılan borçlarda alacaklının, değer kaybını asgarî nisbetten alması İslam ahlâkı ve sosyal adalet, dayanışma prensiplerine uygun olacaktır"<sup>590</sup>.

585 İbnü Teymiyye, *Mecmûu Fetâvâ*, XXX/139.

586 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, V/416-417.

587 Sıddık Muhammed el-Emin ed-Darîr, a.g.m. s. 112.

588 Zerkâ, Mustafa Ahmed, a.g.m. s. 97.

589 Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/432-433; Karaman, Hayreddin, *Ana Hatlarıyla İslam hukuku*, III/158

590 Karaman, Hayreddin, *İslamın Işığında Günün Meseleleri*, I/357-358. Enflasyon konusunun İslamî açıdan değerlendirmesi hakkında bk. *İslam Açısından Enflasyon ve Çözüm Yolları*, İstanbul 1983 (Abdülaziz Bayındır, Ali Şafak, Hamza Aktan, Osman Eskicioğlu, Servet Armağan'ın konu ile ilgili tebliğleri ve müzakereciler Karaman, Hayreddin, Mustafa

Malikî mezhebi alimlerinden Muhammed b. Ahmed er-Rahûnî ise, paranın değerindeki eksilme veya artma şeklindeki değişimin; az veya çok oluşunu ayrı ayrı değerlendirmekte ve bu değişimin, az olduğu takdirde ödemelere tesir etmemesini ama çok olduğu takdirde ödemenin kıymet üzerinden yapılmasını savunmaktadır. Ona göre daha önceki alimlerden naklediler paranın değeri değişse de "misli ile ödeme" hükmü, değişim "çok fazla olmadığı takdirde" şeklinde kayıtlanmalıdır<sup>591</sup>. Nezih Hammâd da bu görüşü tercih etmektedir<sup>592</sup>.

Bazan enflasyondan doğan zararın tazminine de karşı çıkmaktadır. Bu görüş şöyle açıklanır: Ebu Yusuf'tan nakledilen farklı görüşün günümüzdeki kağıt paralar hakkında uygulanması mümkün değildir. Çünkü Ebu Yusuf'un görüşü şer'î para veya tabii (halkî) para sayılmayan felslerle ilgilidir. O zaman, altın ve gümüş şer'î para idi. Günümüzdeki kağıt paralar, altın ve gümüş gibidir. Onlarla ilgili hükümler, kağıt paralara da uygulanır. Ebu Yusuf'un felslerle ilgili görüşü zamanımızdaki paralara tatbik edilirse, "parasız bir zamanda" kalırız<sup>593</sup>. Hem ödemelerde, paranın kıymeti esas alınırsa karz alıp verenler ne ödeyeceklerini bilemeyecekleri için bir kargaşa ve nizâ meydana gelir. Akitlerde böyle nizaya sebep olacak mechuliyet olmamalıdır<sup>594</sup>. Akitlerde nizaya sebep olacak mechuliyetin, dikkate alındığını biliyoruz, fakat özellikle yüksek enflasyon ortamına maruz ülkelerde enflasyonun doğurduğu zarar göz ardı edilemez. İslam, zararın izalesine de önem vermiştir. Gasbedilen kıyemî malın helaki halinde de kıymet tesbitinde niza olabilir, ama bu muhtemel niza, zararın izalesine engel teşkil etmemektedir.

Paranın değerindeki değişimleri h. 1407 senesindeki üçüncü dönem toplantısında görüşmeye başlayan İslam Konferansı Fıkıh Akademisi, konuyu önce dördüncü döneme, dördüncü dönemde de beşinci döneme tehir etmiş ve 1409 senesindeki beşinci dönem toplantısında para borçlarının, kıymet ile değil, misil ile ödenmesini; kaynağı ne olursa olsun zimmette sabit olan borçların fiatlara bağlanamayacağını kabul etmiştir<sup>595</sup>.

### **C- Borçlu temerrüdünün karşılıklı edimleri hâvi akitlerdeki sonuçları**

Alacaklı, diğer borçlarda olduğu gibi karşılıklı edimleri hâvi

Baktır, İbrahim Ural, Y. Vehbi Yavuz'un tebliğler hakkındaki değerlendirmeleri).

591 Nezih Hammâd, *Dirâsât fi usûl'l-müdâyenât*, s. 225-226.

592 Nezih Hammâd, *Dirâsât fi usûl'l-müdâyenât*, s. 226-227.

593 Ali Ahmed es-Sâlûs, *Eşeru teğayyuri kıymeti'n-nukûd*, s. 840.

594 Ali Ahmed es-Sâlûs, a.g.m. s. 840.

595 Ali Ahmed es-Sâlûs, a.g.m. s. 843.



akitlerden doğan borçlarda da her zaman ifayı talep edebilir. İfayı talep yanında temerrütten doğan zararının tazminini isteme veya aynen ifayı reddederek zararının tazminini isteme ile ilgili görüş ve tartışmaları daha önce açıkladığımız için burada sadece temerrüt dolayısıyla karşılıklı edimleri havi akitlerin en önemlilerinden satım ve icare akdinde karşı tarafa tanınan akdi fesih ve hapis hakkı mevzûunu ele alacağız.

Konuyu klasik görüşler çerçevesinde ele almadan önce Mustafa Zerkâ'nın, "bağlayıcı akitlerde taraflardan biri, ifadan imtina ettiği takdirde, diğer tarafa akdi feshetme" hakkı veren ve aynı zamanda mütemerrit tarafa, karşı tarafı fesih mecburiyetinde bıraktığı için ona verdiği zararı tazmin ettiren hukuk anlayışının, ve bu şekilde düzenlenen Suriye Medeni Kanunu<sup>596</sup> 158. maddesinin âdil ve uygun, İslam şeriatı ve fikhî kaidelerince de makbul olduğunu söylediğini<sup>597</sup> ifade edelim.

## 1- Fesih Hakkı

### a- Satım akdinde

İslam hukuku, akdin feshedildiği sahayı daraltmış, buna karşı semen borcunun ifa edilmemesi sebebiyle hapis hakkı sahasını geniş tutmuştur<sup>598</sup>.

Hanefî fikhî, bağlayıcı (lâzım) bir satım akdinde temerrüt dolayısıyla fesih hakkı tanımaz. İfa mümkün olduğu müddetçe alacaklının hakkı, ifayı talep etmektir. Bunda adlî mekanizmanın işleyişi açısından, ifayı talep eden alacaklının, bu isteğinin kısa sürede yerine getirilmesinin mümkün oluşu müessir olmuş olabilir. Çünkü çeşitli muhayyerlikler<sup>599</sup> ve mebûin kısmen veya tamamen helak oluşu<sup>600</sup> yanında, mebûin üçüncü şahıs nezdinde kirada veya rehinli olması durumunda da müşteriye akdi feshetme hakkı

596 Irak Medeni Kanunu 177. maddesi de karşılıklı edimleri havi akitlerde temerrüt karşısında fesih ve tazminat hakkını kabul etmektedir. Bk. Senhûri, *Masâdiru'l-hak*, VI/233. Senhûri, Irak medeni kanunundaki; fesihle ilgili düzenlemelerin, İslam hukuku ile batı hukukunu telif izi taşıdığını fakat daha çok batı hukukuna meyilli olduğunu söylüyor. Ona göre İslam hukukunda fesih hali, istisnâî bir duru iken bu maddelerle kaide haline getirilmiştir. A.g. e. VI/234.

597 Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, I/414 (dip not) Ayrıca bk. A. g. e. I/461, 531-533, II/601-602.

598 Bk. Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 487, s. 91; Senhûri, *Masâdiru'l-hak*, VI/217-219, 231-232; Ali Hafif, *Ahkamu'l-muâmelâti's-şer'iyye*, s. 385; Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/440-441.

599 Hıyâru's-şart, hıyâru'n-nakd, hıyâru'r-ru'ye, hıyâru'l-istihkâk, hıyâru'l-gâbn, hıyâru'l-kemiyye, hıyâru keşfi'l-hâl, hıyâru fevâti'l-vasf, hıyâru't-tağriri'l-fi'li, hıyâru'l-hıyâne, hıyâru'l-ayb gibi. Bk. İbnü Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 338.

600 *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, III/25.



tanımaktadırlar<sup>601</sup>. Bu son durumda bir zaman sınırı da konulmaksızın fesih hakkı tanınmasını, genelde ifanın gecikmesinin fesih sebebi olarak telakki edildiği şeklinde yorumlamak mümkündür. Bir başka ifade ile ifa hukuken mümkün olduğu müddetçe fesih hakkı yoktur. Fakat ifa hukuken geçici olarak da mümkün değilse, bu durum fesih sebebi olmaktadır.

Bunun yanında bazı kaynaklarda, satıcının temerrüdü sonucu, müşterinin akitten beklediği menfaatin önemli ölçüde ortadan kalkmasının, ona akdi feshetme hakkı doğuracağına delalet eden ifadeler de vardır. Mesela hac mevsiminden önce Mekke'den ev satın alan kişi, evin hac mevsiminde teslim edilmemesi halinde, daha sonra yapılacak teslimi kabul edip etmemekte muhayyerdir<sup>602</sup>.

Ancak Hanefilere göre semen borcunun ifasındaki gecikme fesih sebebi olamaz. Çünkü semen borcu zimmete tealluk etmektedir. Burada satıcıya, akit peşin ise semenin tamamını almadıkça mebû teslim etmeme, hapsedme hakkı tanınmıştır. Ayrıca ifayı talep eder ve müşteri ifayı geciktirirse mahkemeye müracaat ederek alacağını tahsil yoluna gider<sup>603</sup>. Semen borcuna karşılık olarak hapsedtiği bu mebi üzerinde rüçhanlı bir alacaktır. Mahkeme kararıyla borcun ifası için mebi satılabilir ve bu takdirde önce satıcının semen alacağı ödenir<sup>604</sup>, artarsa kalan müşterinindir; yetmezse satıcı, alacağının kalan miktarında diğer alacaklılarla eşit hakka sahiptir<sup>605</sup>. Vadeli satışlarda da, müşteri, semeni vadesinde ödemeyince satıcı akdi feshedemez, normal yollarla alacağını tahsil cihetine gider<sup>606</sup>.

Maliki mezhebinde de; satım akdinde önce müşteri semeni teslim etmek mecburiyetindedir<sup>607</sup>. Satıcı, mebû gizleyip zâyi olduğunu iddia ederse; müşteri onun bu iddiasını tasdik etmediği takdirde satıcıya yemin teklif edilir ve yeminden nükül ederse müşteri akdi feshetme hakkına sahiptir. Bu durumda isterse akdi fesheder ve isterse mebû, satıcıya tazmin ettirir<sup>608</sup>.

601 Mergînânî, *el-Hidâye*, IV/145; *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, III/110; Ali Hafif, *Ahkamu'l-muâmelâti's-şer'iyye*, s. 373. Bir rivayete göre akit doğrudan müşterinin fesih beyanıyla münfesih olursa da, daha müteber sayılan rivayete göre müşteri, mahkemeye müracât eder ve fesih mahkemenin kararıyla gerçekleşir. Mergînânî, *el-Hidâye*, IV/145.

602 İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddî'l-muhtâr*, VI/13.

603 Ali Hafif, *Ahkamu'l-muâmelâti's-şer'iyye*, s. 107, 387.

604 Bu durumdaki semen borcu, terekenin yeterli olmaması halinde ölünün, techiz-tekfîn harcamalarından da önceliklidir. Bk. Seyyid Şerîf el-Cürcânî,

*Şerhu Ferâiçi Sirâciyye*, s. 3.

605 Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 464, s. 87.

606 Ali Hafif, *Ahkamu'l-muâmelâti's-şer'iyye*, s. 385.

607 İbnü Cüzeyy, *el-Kavâninü'l-fıkhıyye*, s. 212-213; Sâvî, *Buğyetü's-sâlik*, IV/365.

Şâfi mezhebinde satım akdi açısından fesih sahası daha geniştir<sup>609</sup>. Bu mezhebe göre de mebî, üçüncü şahıs nezdinde kirada ise müşterinin akdi fesih hakkı vardır<sup>610</sup>. Peşin satım akdinden sonra satıcı, semeni almadan mebî teslim etmem dese ve alıcı da mebî almadan semeni teslim etmem dese önce satıcı mebî teslim etmek zorundadır<sup>611</sup>. O, mebî teslim edince müşteri de semeni teslim eder. İşte bu noktada eğer semen orada mevcut değilse ve müşteri de onu ödeyecek mâli güce sahip değilse yani müflîş durumda ise satıcı akdi feshetme hakkına sahiptir. Eğer müşteri müflîs durumda değil ve ödemedede bulunacağı malı (parası) da o şehirde veya sefer mesafesinden daha yakın bir yerde ise hakim kararı ile satıcı hakkında semen borcunu ödeyene kadar hacr kararı alınır. Fakat ödeme yapacağı malı, sefer mesafesi kadar veya daha uzak bir yerde ise mezhepte daha muteber kabul edilen (esahh) görüşe göre satıcı, onu beklemek zorunda değildir, isterse akdi feshedebilir. Bu durumda mahkemeden hacr kararı aldirmaya lüzum yoktur. Fakat bazı müteahhir alimler bu durumda hacr kararına gerek olduğu görüşündedirler<sup>612</sup>.

Mebî ve semenin teslim önceliği konusunda Hanbelî mezhebinin görüşü de Şâfîlerinki gibidir. Ayrıca bu mezhepte, müşterinin ödeyeceği semen, sefer mesafesinden yakın da da olsa satıcının, fesih hakkına sahip olacağı şeklinde ikinci bir görüş daha vardır<sup>613</sup>. Bu mezhebe göre ödeme gücü olmayan müşteri, semen tartılmadan kaçtığı takdirde de satıcı, onun giyabında akdi feshedebilir. Fakat müşterinin ödeme gücü varsa ve bu, satıcı tarafından hakim nezdinde isbat edilmişse; hakim, —eğer bulursa— müşterinin malından ödeme yapar. Eğer müşteriye ait mal bulamazsa o zaman mebî satar ve böylece satıcının alacağını öder. Artan olursa, müşteriye aittir, yetmezse kalan miktar zimmette borç olarak kalır<sup>614</sup>. İbn Kudame bu görüşleri naklettikten sonra bu tafsilatın bir tarafa bırakılarak müşteri ödeme gücüne sahip olsa da olmasa da satıcıya, fesih hakkı tanınmasını savunur ve şu gerekçeleri ileri sürer: "Çünkü biz,

608 Derdîr, *eş-Şerhu's-sağîr*, IV/367-368; Sâvî, *Buğyetü's-sâlik*, IV/367-368.

Mâlikî mezhebine göre mebîin, müşteriye teslim edilmeden satıcı nezdinde iken satıcı tarafından itlaf edilmesi ile üçüncü şahıs tarafından itlaf edilmesi aynı hükme tâbidir. Müşteri, mebî tazmin ettirir; kıymetli mallardan ise kıymetini, misli mallardan ise mislini alır. Bk. Derdîr, *eş-Şerhu's-sağîr*, IV/369.

609 Bk. Suyûtî, *El-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 313-314.

610 Şîrbînî, *Muğnî'l-muhtâc*, II/390.

611 Mezhepteki başka bir görüşe göre Hanefîlerde olduğu gibi önce müşteri semeni ödemeye icbar edilir. Bir diğer görüşe göre de ikisi de icbar edilmez. Dördüncü bir görüş ikisinin de icbar edileceği şeklindedir. Bk. Şîrbînî, *Muğnî'l-muhtâc*, II/74.

612 Şîrbînî, *Muğnî'l-muhtâc*, II/74-75.

613 Bk. İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, IV/270; İbnü Kudâme el-Makdisî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV/113-114.

614 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, IV/271; İbnü Kudâme el-Makdisî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV/114.

semen uzakta ise, gecikmeden dolayı zarara uğrayacağı gerekçesiyle satıcıya, müşterinin huzurunda akdi feshetme hakkı tanıdık. Burada da her hâlü kârda alacağını tahsilden acziyet bulununca, ona fesih hakkı tanınması evlâdır. Meseleyi hakime götürmekle zarar ortadan kalkmaz. Satıcı, hakim nezdinde durumu isbat etmekten aciz olabilir. Bazan satım, hakimi bulunmayan bir yerde de olabilir. Hakimin, şahitliğini kabul edeceği birisini getirememeye ihtimali de kuvvetlidir. Meseleyi bu şekilde yönlendirmek, satıcının malını ziyan etmektir"<sup>615</sup>. İbnü Kudâme'nin bu görüşü ve gerekçesi yerindedir. Bazan ülke hukukunun özelliğinden, bazan başka sebeplerle mahkeme kanalıyla ifanın elde edilmesi seneler almaktadır. Bu gibi durumlarda alacaklıya fesih hakkı tanımak, onu mütemerrit borçlu karşısında korumuş olabilir.

İbnü Teymiyye, satım akdinden sonra borçlunun ifadan âciz olmasını bir "ayb" olarak değerlendirerek bu durumda alacaklının akdi, feshedebileceğini söyler. Yukarıda Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinin görüşleri arasında anlattığımız, satım akdinden sonra müşterinin, ödeme gücünün olmaması veya malının uzakta olması hallerine ilaveten onun, (akdi) inkar etmesini veya ifadan imtinasını (matlı) da fesih sebebi kabul eder<sup>616</sup>.

Borç, havale yoluyla üçüncü bir şahsın zimmetine intikal ettiği ve o kişinin ödeme gücü olmadığı takdirde de İmam Mâlik'e göre alacaklı, akdi feshedebilir. İbn Teymiyye de aynı görüştedir ve bunu da bir ayb olarak değerlendirmektedir. Ahmed b. Hanbel'den bu konuda iki farklı görüş rivayet edilmektedir. Şâfiî'den nakledilen meşhur görüşe göre ise fesih hakkı yoktur<sup>617</sup>. Hanefî mezhebine göre de havale akdi ile intikal eden borcun muhtâlun aleyhten kanûnî yollarla tahsili mümkün olmazsa alacaklı, asıl borçluya rucû eder<sup>618</sup>.

Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerine göre satış akdinden sonra müşterinin iflasına karar verilmişse semen alacağını tahsil etmemiş satıcı, teslim etmiş bile olsa, o mal mevcut oldukça akdi feshedip malını geri alabilir. Urve, Evzâî, Anberî, Ebû sevr ve İbnü'l-Münzir de aynı görüştedir. Hz. Osman'ın ve Ebu Hureyre'nin de bu görüşte olduğu rivayet edilir<sup>619</sup>. Buna karşılık Hanefiler ile Hasan el-Basrî, İbrahim en-Nehâî ve İbnü Şübrüme, mebü teslim etmek suretiyle hapis hakkını düşüren satıcının artık diğer

615 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, IV/271. Ayrıca bk. İbnü Kudâme el-Makdisî, *eş-Şerhu'l-kebir*, IV/114.

616 İbnü Teymiyye, *Nazarîyyetü'l-akd*, s. 153, 154. Ayrıca bk. s. 168.

617 İbnü Teymiyye, *Nazarîyyetü'l-akd*, s. 153.

618 Mergînânî, *el-Hidâye*, III/97-98.

619 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, IV/456-457; İbnü Cüzeyy, *el-Kavâninü'l-fıkhye*, s. 273-274; İbnü Receb, *el-Kavâid*, s.87; Şirbînî, *Muğnî'l-muhtâc*, II/157-158.

alacaklılardan bir farkı olmadığını söylerler<sup>620</sup>.

İslam hukukuna göre satım akdinde, edimlerin ikisinin de zimmet borcu olması caiz değildir. Mebûn, malum olması şarttır<sup>621</sup>. Bu durumda, mebûn tesliminden imtina edilse bile, — telef, itlaf, inkar gibi durumlar hariç— devlet organlarının yardımı ile ifa temin edilir. Fakat satım akdinin özel bir şekli olan selemde durum farklıdır. Selem akdinde re'sûlmal, akit meclisinde peşin ödenir<sup>622</sup>, müslemün fihi daha sonra teslim edilir. Belirlenen vadede müslemün fihin teslimi mümkün olmazsa alacaklı, akdi feshedebilir. Bazılarına göre de bu durumda akit münfesihi olur<sup>623</sup>. Fesih hakkını kullanmazsa akit devam eder ve ifa mümkün hale gelince ifayı talep eder, ifa yerine tazminat isteyemez<sup>624</sup>. Bu durumda tazminat isteyebileceği görüşünde olanlar da vardır<sup>625</sup>. Fakat müslemün fihin teslimi mümkün olduğu halde borçlu ifada bulunmuyorsa, borçlunun mal varlığından ödeme yapılır<sup>626</sup>.

İstisna akdinde de sanatkar eseri yapmayınca, sebep ne olursa olsun siperiş veren akdi feshedebilir<sup>627</sup>.

#### b- İcare akdinde

Kadı Şureyh, Şa'bi gibi bazı âlimlerle bir kısım İbâziler dışındaki<sup>628</sup> büyük çoğunluğa göre icare bağlayıcı bir akitir. Çünkü muâvaza akitlerinde aslolan bağlayıcılıktır<sup>629</sup>. İcare akdinde fesih sahası geniş tutulmuştur. Zira bu akitte ma'kûdun aleyh, menfaattir ve o da an be an yenilenir. Fakat buradaki fesih, karşılıklı borçlar arası irtibattan değil, makûdun aleyhin an be an yenilenmesi düşüncesinden kaynaklanır<sup>630</sup>.

620 İbnü Kudâme, *el-Muğni*, IV/457; Merginani, *el-Hidâye*, III/287.

621 Ali Hafif, *Ahkamu'l-muâmelâti's-şer'iyye*, s. 372.

622 Mâlikî mezhebine göre re'sûlmâlin teslimi üç güne kadar tehir edilebilir. Akitte şart koşulmadığı takdirde üç günden fazla da geciktirilmesi caizdir. Bk. İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II/169; İbnü Kudâme, *el-Muğni*, IV/334.

623 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II/171; İbnü Kudâme, *el-Muğni*, IV/333; İbnü Cüzeyy, *el-Kavâninü'l-fıkhıyye*, s. 232; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, VI/214; Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, II/106; Ali Hafif, *Ahkamu'l-muâmelâti's-şer'iyye*, s. 397.

624 Merginani, *el-Hidâye*, III/72.

625 Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, II/117.

626 İbnü Kudâme, *el-Muğni*, VI/25.

627 Senhûri, *Masâdiru'l-hak*, VI/148-149.

628 *el-Mevsûf atü'l-fıkhıyye*, II/243, 244, 248.

629 Şeref b. Ali eş-Şerif, *el-İcâratü'l-vâride 'ale'l-'amel*, s. 335; Bardakoğlu, Ali, *İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi*, s. 130, 298.

630 Senhûri, *Masâdiru'l-hak*, VI/231-232. Ayrıca bk. Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, I/585.



Borcun ödenmemesi de icare akdinde fesih sebebi olabilir. Kiranın peşin olması şart koşulduğu takdirde kiralayan (mu'cir), kira ödenmediği için akdi feshetme hakkına sahiptir<sup>631</sup>. Aynı şekilde işçi de ücreti ödenmediği için akdi feshedebilir<sup>632</sup>. Bir icare akdi, belli zamanla kayıtlı olarak yapılmışsa o zamanın geçmesiyle münfesihi olur<sup>633</sup>. Fakat zamanın bir kısmının geçmesi halinde akit münfesihi olmaz. Mesela bir seneliğine kiralanan ev, sahibi tarafından teslim edilmese ve böylece bir ay geçse, sadece bu bir aylık süre için akit münfesihi olur. Kalan süre için akit devam eder<sup>634</sup>. Fakat geçen süre, kiracı açısından büyük öneme sahipse kiracı, akdi feshedebilir. Mesela hac mevsiminde, Mekke'de veya çevresinde, Mina'da ev kiralayan kişi, evi mevsim içinde teslim etmezse kiracı henüz kira müddeti dolmamış da olsa sonraki teslimi reddedebilir<sup>635</sup>. Hanefi mezhebine ait bu görüşe karşılık Şafiiler geçen sürenin, kiracı açısından ifade ettiği öneme bakmaksızın mutlak olarak, kiracıya, kalan süre için akdi fesih yetkisi tanır<sup>636</sup>. Bu görüş daha isabetli kabul edilebilir. Çünkü ifanın gecikmesi halinde kiracı, acilen ikamet edeceği bir yer temin etmek zorunda kalabilir. Ona bu ihtiyacını yeni bir akitle giderme yolunu seçebilme ve zarara uğramamak için birinci akdi feshetme hakkı tanınmalıdır<sup>637</sup>.

Bir seneliğine anlaşma yapılan işçi, senenin yarısı geçtiği halde işe başlamasza işveren bu akdi feshedebilir<sup>638</sup>. İşçinin, işverenden izin almaksızın işi terketmesi veya mesela sefer mesafesince uzak bir yere gitmesi de mevcut iş akdinin feshedilebilmesi için bir sebeptir<sup>639</sup>. Başladığı işi yarım bırakan,

631 İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddi'l-muhtâr*, VI/10; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 570, s. 107; Senhûri, *Masâdiru'l-hak*, VI/229; Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/442.

632 Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 571, s. 107; Senhûri, *Masâdiru'l-hak*, VI/229.

633 İbnü Ferhûn, *Tebşiratü'l-hukkâm*, I/112-113.

634 Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 571, s. 107; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslamiye ve Istilahat-ı fıkhiyye Kamusu*, VI/214-215. Ali Bardakoğlu, işverenin ücret ödememesinin, iş akdinin feshi için özür olamayacağını, çünkü işçinin ücret alacağını, diğer borçlara göre önceliği olduğunu ve belli usullerle tahsil edilebildiğini söylüyor. Ona göre işverenin, ücreti ödeyemez duruma düşmesi fesih sebebi olabilir. Bardakoğlu, Ali, *"Hizmet (İş) Akdinin Feshi ve Sonuçları"*, s.76-77.

635 İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddi'l-muhtâr*, VI/13; Bardakoğlu, Ali, *İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi*, s. 107.

636 Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, II/359.

637 Bk. İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddi'l-muhtâr*, VI/13.

638 İbnü Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 272.

639 Bardakoğlu, Ali, *İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi*, s. 310 (Ebû's-suûd, Fetâvâ, Arapça Yazma, Kayseri Reşit Ef. Ktp., no: 388, vr. 341 b'den naklen). Fakat ecir-i hâsda durum farklı nakledilmektedir. Bir seneliğine tutulan hizmetçi, altı ay sonra kaçıp sene sonunda gelse, çalıştığı sürenin ücretini alır Bk. Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslamiye*



mesela bir kuyu kazmayı taahhüt eden ve bir miktar kazdıktan sonra devam etmeyen kişi ücret olarak hiç bir şey talep edemez<sup>640</sup>. Çünkü ecir-i müşterek, bir işi yapmayı iltizam edince onu yapması gerekir. İfa, ancak işin tamamlanmasıyla gerçekleşir. Sebep ne olursa olsun, iş gerçekleşmemişse borçlu, borcunu yerine getirmemiştir ve ücret alamaz<sup>641</sup>. Bu, işçinin, sebepsiz yere işi bırakması halinde böyle olmalıdır<sup>642</sup>. Ama işçi, meşru bir mazeretten dolayı işi bırakırsa yaptığı işin ücretine hak kazanır. Mesela kuyu kazarken, kazım işlemine mani olacak şekilde bir kayaya rastlarsa akdi feshedebilir. Bu durumda; işin yapılan kısmı ile kalan kısmı arasındaki orana göre konuşulan ücretten bir miktar alır. Ücret metreküp hesabına göre ödenmez<sup>643</sup>.

İşçinin veya müteahhidin kusuru olmaksızın işe devam edilmesi imkansız hale gelmişse bu durumda da ifa edilen kadar işin ücreti hak edilir. Mesela ekin biçmek üzere akit yapılan işçiler ekinin birazını biçtikten sonra bir tabii âfet sonucu kalan ekin telef olduğu için işe devam edemese veya nakliyecisi, nakledilen şey yolda gasbedildiği için işi tamamlayamasa toplam ücretten yapılan işe ait hisseyi alırlar<sup>644</sup>.

Ecir-i müşterek ile yapılan ve ifa için sarahaken veya zmnen bir süre belirlenen icare akdinde de borçlunun temerrüdü halinde alacaklının akdi fesih hakkı olmalıdır. Çünkü burada belirlenen süre alacaklı açısından önemli olabilir. Bir hac yolculuğu veya bir arkadaş grubu ile yolculuğa katılacak kişinin, bu arzusu kendi borçlusunun temerrüdü yüzünden belirlenen vakitte gerçekleşmemiş, grup, yolculuğa çıktığı halde o buna katılamamışsa alacaklı, bu akdi feshedebilmelidir<sup>645</sup>. Çünkü akitte belirlenen bu süre alacaklı açısından arzu edilen "matlûb"<sup>646</sup> bir vasıftır<sup>647</sup>. Bu vasfın bulunmayışı, satım akdinde<sup>648</sup> de olduğu gibi o vasıftan istifade edecek taraf için akdi fesih sebebi olmalıdır. Maliki mezhebinde bir görüşe göre bu durumda akit münfesihi olur<sup>649</sup>. Eğer alacaklının, akitten beklediği hedef, ortadan kalkmamışsa,

**ve Istilahat-ı fıkhiyye Kamusu**, VI/214. Bu hüküm, işçinin kaçması üzerine işveren akdi feshetmemişse, şeklinde de anlaşılabilir.

640 Bilmen, Ömer Nasuhi, **Hukuk-ı İslamiye ve Istilahat-ı fıkhiyye Kamusu**, VI/192.

641 Senhûri, **Masâdiru'l-hak**, VI/147.

642 İbnü Kudâme, **el-Muğni**, VI/24.

643 İbnü Kudâme, **el-Muğni**, VI/35.

644 Bilmen, Ömer Nasuhi, **Hukuk-ı İslamiye ve Istilahat-ı fıkhiyye Kamusu**, VI/214.

645 İbnü Ferhûn, **Tebşiratü'l-ḥukkâm**, I/113-114; Salih Abdullah es-Semî' el-Âbi el Ezherî, **Cevâhiru'l-iklîl**, II/192.

646 Sa' dî Çelebi, **Hâşiye 'ale'l-'Inâye**, VIII/53.

647 Zeylaî, **Tebyînü'l-hakâik**, V/131.

648 Bk. Mergînânî, **el-Hidâye**, III/32; Zeylaî, **Tebyînü'l-hakâik**, IV/23, V/131.

649 İbnü Ferhûn, **Tebşiratü'l-ḥukkâm**, I/113-114.

yani yapılacak yolculuk böyle hac v.b. bir yolculuk değilse o takdirde de temerrüt akdin feshi için bir mazeret teşkil eder fakat fesih mahkeme kararı ile gerçekleşir<sup>650</sup>. Ama alacaklı, akdin devamından yana ise borçlu, ifaya mecburdur. Süre doldu diye akdi feshedemez. Çünkü bu akitte her ne kadar süreden bahsedilmişse de akit aslında işin tamamlanması üzerine kurulmuştur. Süreye riayet etmeyerek akdi ihlal eden borçluya akdi fesih hakkı tanınmaz. İmam Mâlik'in, hac için yapılan akitten sonra taşımacının (cemmâl) kaçması ve yolculuk için uygun vakit geçtikten sonra gelmesi halinde akdin münfesh olacağı görüşünü taşıdığı nakledilmektedir<sup>651</sup>. Eğer borçlu işe başlamadan alacaklı akdi feshederse akit sona erer ve tarafların iş ve ücret borçları da düşer. Fakat iş bir miktar yapıldıktan sonra akit feshedilmişse yapılan işin emsal ücreti ödenir<sup>652</sup>.

İcare akdi bağlayıcı bir akit olduğu için, borçlu ifaya icbar edilir. Fakat ifaya icbar bazan mümkün olmayabilir. Mesela işçi işe başlamadan veya iş esnasında kaçabilir. Kiralanan hayvan ürküp kaçabilir ve kaybolabilir. Kiralayan, kiracının kiralananı istifadesini engelleyebilir veya kiraladığı menkul malı alıp kaçabilir. Bu durumlarda alacaklı, fesih hakkına sahiptir. Eğer akit, bir müddetle kayıtlı ise bu müddetin dolmasıyla o fesih hakkını kullanmasa da akit, münfesh olur. Diğer taraftan eğer icare akdi ile doğan borç bir şahsî edim değil, maddî edim ise borçlu hesabına, ücreti onun malından ödenmek üzere iş başkasına yaptırılır. Eğer bu mümkün olmazsa o zaman alacaklı akdi fesheder. Feshetmeyip alacağını tahsil imkanının doğmasını bekleme hakkına da sahiptir<sup>653</sup>.

Bunlardan başka icare akdinde kiralayan, kiralananı, istifadeye elverişli halde bulundurmamak durumudur. Her hangi bir şekilde bu istifade imkanı kısmen ortadan kalkarsa bu durumu izale edip onu kullanıma hazır halde tutmak kiralayanın görevidir. Mesela kiralanan evin —kiracının kusurundan kaynaklanmaksızın— bir tarafının yıkılması, su borularının tıkanması gibi. Ancak kiralayan, bu gibi durumlarda tamir yaptırmak zorunda değildir. Yani buna icbar edilemez<sup>654</sup>, fakat bu durum, kiracıya akdi feshetme hakkı doğurur<sup>655</sup>. Bu hakkını kullanmazsa akit devam eder ve ücretten de bir eksiltme yapılmaz<sup>656</sup>. Kiracı

650 İbnü Ferhûn, *Tebşîratü'l-ḥukkâm*, I/112.

651 İbnü Ferhûn, *Tebşîratü'l-ḥukkâm*, I/114.

652 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, VI/9; Şeref b. Ali eş-Şerîf, *el-İcâratü'l-vâride 'ale'l-'amel*, s. 105.

653 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, VI/24-25.

654 İbnü Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 271.

655 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, VI/27,31; Mergînânî, *el-Hidâye*, III/249-250; Şirbînî, *Muğnî'l-muhtâc*, II/346; Senhûrî, *Masâdirü'l-hak*, VI/228.

656 Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 628, s. 119; Senhûrî, *Masâdirü'l-hak*,

fesih hakkını kullanmadan önce kiralayan, tamiri gerçekleştirerek fesih sebebini ortadan kaldırırsa kiracı bundan sonra akdi feshedemez<sup>657</sup>. Kiracı, akit anında haberdar olduğu bir kusuru ileri sürerek de akdi feshedemez<sup>658</sup>. Kiralananda sonradan meydana gelen kusur, ondan istifadeyi tamamen ortadan kaldıran türdence, mesela ev tamamen harap olmuşsa, tarım arazisinin veya değirmenin suyu kesilmişse, araziye su basmış ve tarıma elverişli olmaktan çıkarmışsa akit feshedilmese de ücret ödenmez. Bir görüşe göre bu durumda akit infisah eder<sup>659</sup>, diğer bir görüşe göre ise akit infisah etmez, kiracıya fesih hakkı doğar<sup>660</sup>.

İcare akdi özellikle Hanefilerde temerrüt dışında bir çok mazeret sebebiyle feshedilebilmektedir<sup>661</sup>. Buralarda akdi fesheden taraf açısından bir tazminat sorumluluğundan bahsedilmemektedir. Bu duruma dikkat çeken Mustafa Zerkâ, eğer fesih kararı, aniden ve karşı taraf bu akit dolayısıyla bazı masraflar yaptıktan veya o işe zaman ayırdıktan sonra verilmişse, bundan dolayı sebep olunan zararların tazmin edilmesinin makul olacağını, her ne kadar İslam hukukçuları bunu açıkça dile getirmemişlerse de fıkhıdaki tessebbüle ilgili kaidelerin bu tür bir tazminata karşı çıkmayacağını söylemektedir<sup>662</sup>. Bu görüş bizce de yerindedir ve temerrüt dolayısıyla akdi fesih hakkını kullanan taraf da bu fesihden dolayı bazı zararlara uğramışsa aradaki illiyet bağı dikkate alınarak bu zararların da tazmini cihetine gidilmelidir.

## 2- Hapis hakkı

İslam Hukukunda hapis hakkına, fesih hakkından daha geniş yer verilmiş, böylece alacaklıya, alacağını tahsil için bir imkan tanınmıştır. Hapis hakkı olan taraf, aslında borçluya ait muayyen bir malı, borç ödenene kadar teslim etmeme hakkına sahiptir. Aslında bu hak bazan karşılıklı edimleri havi akitler dışında<sup>663</sup> da bulunursa da daha çok bu tür akitlerde vardır.

Satıcı, akit peşin ise, semeni alıncaya kadar mebû hapsetme

VI/232.

657 Merginani, *el-Hidâye*, III/249; Senhûri, *Masâdiru'l-hak*, VI/229.

658 Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 628, s. 119; Senhûri, *Masâdiru'l-hak*, VI/228; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslamiye ve Istilahat-ı fıkhiyye Kamusu*, VI/198.

659 Merginani, *el-Hidâye*, III/249.

660 İbnü Kudâme, *el-Muğni*, VI/63; Merginani, *el-Hidâye*, III/249-250; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 629, s. 120; Senhûri, *Masâdiru'l-hak*, VI/63, 66.

661 Bk. Merginani, *el-Hidâye*, III/250-251.

662 Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, I/454-455.

663 Bazı misaller için için bk. Senhûri, *Masâdiru'l-hak*, VI/241.

hakkına sahiptir. Müşterinin, satıcıya rehin vermesi veya kefil göstermesi, hapis hakkını düşürmez. Satıcı, peşin semenin tamamını alıncaya kadar mebü hapsedebilir<sup>664</sup>. Fakat bu hakkını kullanmayıp mebü, kendi rızası ile teslim etmişse artık geri alamaz<sup>665</sup>. Müşterinin, satıcının rızası olmadan mebü teslim alması muteber değildir<sup>666</sup>. Vadeli satışlarda ise satıcının hapis hakkı yoktur<sup>667</sup>. Hatta her hangi bir şekilde müşteri mebü teslim almadan vade dolsa bile mebü hapsedemez<sup>668</sup>. Eğer satım akdinde bedellerden ikisi de semen ise veya ikisi de semen değilse taraflardan her biri, karşı bedeli almadıkça kendi borcunu edadan imtina edebilir ve taraflardan, aynı anda ifa istenir<sup>669</sup>.

Ücret peşin ödenmek üzere yapılan icare akdinde kiralayan, kirayı alana kadar kiralananı hapsedebilir<sup>670</sup>. Hatta kiralananı teslim ettikten sonraki ödemelerde borçlu temerrüde düştükten sonra bile bu hakkını kullanabilir. Bu maksatla kiraladığı evi kilitleyip, kiracının istifadesine mâni olsa, bu sürenin kirasını alır. Bu, kiracının, kiralananı kullanmasını engellemek olarak değerlendirilmez. Çünkü kiracı, her an borcunu ödeyerek kiralananı kullanmaya sahiptir<sup>671</sup>.

Kiralayanın ölümü ile kira akdi sona erince<sup>672</sup> kiracı, peşin ödeme yapmışsa; akdin sona ermesiyle iadesi gereken kısmı almadan kiralananı teslim etmeyip hapsedebilir<sup>673</sup>. Terzi v.b. gibi meydana getirdiği eserde yaptığı çalışmanın belirtisi (eseri) olan esnaf, eğer ücret veresiye değil ise, ücreti alana kadar eseri hapsedebilir. Fakat taşıyıcı gibi meydana getirdiği eserde yaptığı

664 İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, V/496; Şelebi, *Hâşiye alâ Tebyîni'l-*

*hakâik*, IV/14; İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddi'l-muhtâr*, IV/561; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 454, 455, s. 85-86.

665 *Mecelle*, md. 281; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 459, s. 86.

666 *Mecelle*, md. 276.

667 *Mecelle*, md. 283.

668 Senhûri, *Masâdiru'l-hak*, VI/242.

669 Mergînâni, *el-Hidâye*, III/27.

670 Kâsâni, *el-Bedâ'î*, IV/203; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 570, s. 107.

671 İbnü's- Şihne, *Lisânü'l-hukkâm*, s. 368.

672 Hanefilere göre kendi adına icare akdi yapan taraflardan biri ölünce akit sona erer. Bk. Mergînâni, *el-Hidâye*, III/250. Mâlikî, Şâfiî ve Hânbelî mezheplerinde ise tarafların ölümü akdi sona erdirmez. İbnü Kudâme, *el-Muğni*, VI/42.

673 Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md.648, s. 123. Ayrıca bk. Seyyid Şerif el-Cûrcânî, *Şerhu Ferâidü Sirâciyye*, s. 3.

çalışmanın belirtisi görülmeyen kişilerin ise ücret için hapis hakkı yoktur<sup>674</sup>. Hanefilerden Züfer<sup>675</sup> ile bazı Şâfilere ve Hanbelilere göre yapılan işin belirtisi (eseri) olsa da olmasa da —işverenin iflası hariç— ecir, ücret için eseri hapsedemez. Mâlikilere göre ise yapılan işin eser üzerinde belirtisi olmasa da ecir, eseri hapis hakkına sahiptir<sup>676</sup>.

## VI- MÜTEMERRİT BORÇLUNUN CEZALANDIRILMASI

Talep halinde muaccel borcun ifasının zorunlu olduğunu, ifa imkanına sahip borçlunun ifayı geciktirmesinin Hz. Peygamber tarafından "zulüm" olarak nitelendirildiğini ve bu durumunun, cezalandırılmasını helal hale getirdiğini daha önce belirtmiştik. Mütemerride uygulanacak ceza tazir türündendir<sup>677</sup>. Tazir, hakkında belirli cezalar takdir edilmemiş suçların faillerine, hakimin takdirine göre uygulanacak cezalara verilen genel addir<sup>678</sup>. Borcunu geciktiren kişiye uygulanacak cezalar da bu çerçevede; zaman, mekan ve şartlara göre değişebilir. Mütemerride karşı yapılacak uygulama, bazan sadece borçlunun malvarlığı ile sınırlı kalabileceği gibi bazı hallerde de onun hapsedilmesi, hacr altına alınması, seyahatten men edilmesi ve hatta para cezasına mahkum edilmesi şeklinde ortaya çıkabilir<sup>679</sup>. Bunların bir kısmı, islam hukukçularının ittifakla kabul ettikleri hususlar olmakla birlikte, bir kısmı da ihtilaf konusudur. Biz burada borcunu geciktiren kişiye karşı yapılabilecek cezâî uygulamalara yer vereceğiz.

### A- Hapis

İslam hukukunda borcunu ödemeyenin hapsedilmesine iki

674 Merginâni, *el-Hidâye*, III/233-234; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 614, 615, s. 116; Mecelle, md. 482, 483.

675 Zeylai, *Tebyînü'l-hakâik*, V/111.

676 Şeref b. Ali eş-Şerif, *el-İcâratü'l-vâride 'ale'l-'amel*, s. 228-230.

677 Ebu Zehra, *el-Ukûbe*, s. 81.

678 Ta'zir hakkında bk. Seraşsi, *el-Mebsût*, XXIV/35-37; İbnü Kudâme, *el-Muğni*, X/347 v.d.; Merginâni, *el-Hidâye*, III/116-117; İbnü Ferhûn, *Tebşiratü'l-hukkâm*, II/288 v.d.; Tarablusi, *Muînü'l-hukkâm*, s. 1995 v.d.; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, V/112-118; Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, IV/191-193; Muhammed b Abdullah el-Ahmed, *Hukmü'l-habs fi's-şerî'ati'l-islâmiyye*, s. 82 v.d.

679 Atar, Fahrettin, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 44.



sebeple başvurulmaktadır: Mâlî durumu bilinmeyen borçlunun ödeme gücüne sahip olup olmadığına anlaşılması ve ödeme gücüne sahip borçlunun ifaya zorlanması<sup>680</sup>.

Hız. Peygamber zamanından itibaren, ödeme gücü olduğu halde borcunu ifadan imtina edenin hapsedildiği ittifakla nakledilmektedir<sup>681</sup>. Ancak borçlu ödeme gücüne sahip değilse hapsedilmez, eğer daha önce hapsedilmişse serbest bırakılır<sup>682</sup>.

Hakim, borçluyu alacaklıların talebi üzerine hapseder. Fakat bu hususta aceleci olmaz, önce ona, borcunu ödemesini emreder. Buna rağmen ödemez ve fakirlik iddiasında bulunursa borcun kaynağına bakılır. Eğer borç, karşılığında bir mal alındığı için veya nikah, kefalet gibi bir akit sonucu doğmuşsa borçlunun fakirlik iddiası dikkate alınmaksızın hapsi cihetine gidilir. Çünkü bu durum, ödeme gücünün varlığına emare olarak değerlendirilir. Ama borç, başka sebeplerden doğmuşsa o zaman fakirlik iddiası kabul edilir ve alacaklı, aksini isbat edene kadar borçlu hapsedilmez. Bu hususta farklı görüşler ve değerlendirmeler de vardır<sup>683</sup>.

Bazı İslam hukukçularına göre ödeme gücüne sahip olup, mal varlığı bilinen borçlu hapsedilmeksizin doğrudan bu mal varlığından mahkeme kanalıyla ifa cihetine gidilir. Malikiler ve Zahiriler ile Abdullah b. Ebî Ca'fer, el-Leys b. Sa'd ve Ömer b. Abdülaziz bunlardandır<sup>684</sup>. Malikilere göre ödeme gücü olduğu halde malını gizlediği bilinen borçlu hapsedilir. Böylece ifaya zorlanır<sup>685</sup>. Ödeme gücü olup olmadığı bilinmiyorsa o zaman da alacaklı, ödeme gücü olduğunu iddia ettiği takdirde hapsedilir

680 Karâfi, *el-Furûk*, IV/79-80. Diğer hapis sebepleri için bk. A.g.e. ve yer. Ayrıca bk. İbnü Ferhûn, *Tebşiratü'l-ḥukkâm*, II/312; Tarablusî, *Muînü'l-hukkâm*, s. 199.

681 Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/535; Atar, Fahrettin, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 112, 254; Muhammed b Abdullah el-Ahmed, *Hukmü'l-habs fi's-şer'ati'l-islâmiyye*, s. 137.

682 Merğînânî, *el-Hidâye*, III/105, 286. Senhürî, *Masâdiru'l-hak*, V/136 (dip not); Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/536

683 Merğînânî, *el-Hidâye*, III/104. Ayrıca bk. Atar, Fahrettin, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 247.

684 İbnü Kudâme el-Makdisî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, IV/459; Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/534.

685 Karâfi, *el-Furûk*, IV/80; İbnü Ferhûn, *Tebşiratü'l-ḥukkâm*, II/315. Özcan, Abdullah, *el-Ecel fi akdi'l-bey'*, s. 224.

fakat borçlu, ödeme gücü olmadığını isbatlamak zorunda değildir. Hakim gerekli tahkikatı yapar. Neticede ödeme gücü olmadığı anlaşılırsa serbest bırakır<sup>686</sup>. Hapis müddeti uzadığı halde malı çıkmazsa, ödeme gücü olmadığına dair beyine olmasa da "kendisine ait zahiri ve batini malı olduğunu bilmediğine" yemin ettirilirdikten sonra serbest bırakılır<sup>687</sup>. Sehnûn'a göre borçlu, ödeme için bir kaç gün süre isterse hakim, uygun gördüğü takdirde ona, alacaklı razı olmasa da süre verebilir<sup>688</sup>.

Şâfîlere göre de ödeme gücü olan borçludan, önce ifa etmesi istenir, ifa etmediği takdirde hakim tarafından malı satılır ve borç ödenir<sup>689</sup>. Bazı Şâfi alimlere göre hakim bu durumda muhayyerdir. İsterse onun rızasına bakmaksızın malını satar ve isterse de hapis ve benzeri yollarla onu satışa zorlar<sup>690</sup>. Eğer borçlunun, ödeme gücü olduğu halde malını sakladığı düşünülüyorsa hapis yoluyla ifaya zorlanır<sup>691</sup>. Hanefilerden Ebu Yusuf ve Muhammed ile Hanbelîlere göre ise hapsedilen borçludan önce borcunu bizzat ifa etmesi istenir; bu isteği yerine getirmemezse o zaman mahkeme kararı ile malı satılır ve borcu ödenir<sup>692</sup>.

Akrabalar arası borçlarda usûlün fûrûa karşı borçlu oluşu hapis açısından farklı mütalaa edilmiştir. Usûl, fûrûa olan borcundan dolayı —nafaka yükümlülüğünü yerine getirmemesi hariç— hapsedilmez, fakat fûrû, usûle olan borcundan dolayı ve diğer akrabalar da birbirlerine olan borçlarından dolayı hapsedilirler<sup>693</sup>. Hanımına veya her türlü akrabasına karşı hukuken mecbur olduğu nafaka yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi

686 İbnü Ferhûn, *Tebşiratü'l-ḥukkâm*, I/53; Ahmed Muhammed Müleyci, a.g.m. s. 218.

687 Özcan, Abdullah, *el-Ecel fi akdi'l-bey'*, s. 224.

688 İbnü Ferhûn, *Tebşiratü'l-ḥukkâm*, I/53.

689 Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, II/157.

690 Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, II/152; Özcan, Abdullah, *el-Ecel fi akdi'l-bey'*, s. 226.

691 Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, II/157; Ahmed Muhammed Müleyci, a.g.m. s. 218.

692 Merginâni, *el-Hidâye*, III/285; İbnü Kudâme el-Makdisî, *eş-Şerhu'l-kebir*, IV/458.

693 İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddi'l-muhtâr*, V/391; Atar, Fahrettin, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 248; Muhammed b Abdullah el-Ahmed, *Hukmü'l-habs fi ş-şerî'ati'l-islâmiyye*, s.216-217. Fûrûun, usûle olan borcundan dolayı hapsedilebileceği anlamına gelebilecek bir ifade için bk. Bezzâzi, *el-Fetâva'l-bezzâziyye*, V/223.

hapsedilir<sup>694</sup>. Borçlunun kadın olması, hapsedilmesine engel değildir<sup>695</sup>. Şâfi mezhebine göre ise topluma karışmayıp sürekli evinde oturmayı adet edinmiş muhaddira denen kadınlar hapsedilmez<sup>696</sup>.

Borçlunun hapsedilebilmesi için borcun alt sınırı yoktur. Borç bir dirhemden az da olsa ifadan imtina eden borçlu hapsedilir. Kefil ve kefilin kefil de borçtan dolayı hapsedilirler. Hapsedilen kefil, asıl borçlunun da hapsedilmesini isteyebilir<sup>697</sup>.

Borcunu ödemediği için hapsedilenler, bilhassa yüz kızartıcı suçlardan dolayı hapsedilenlerden ve kadınlar erkeklerden ayrı bir yerde hapsedilirler. Ömer b. Abdülaziz, bu şekilde talimat vermiştir<sup>698</sup>.

## B- Dövme

Borcunu ifa etmediği için hapsedilen kişi ayrıca dövülür mü, sorusuna Hanefilerin cevabı olumsuzdur. İfadan imtina eden kişi dövülmez, bağlanmaz<sup>699</sup>. Ancak nafaka borçlusu bundan istisna

694 Tarablusî, *Muînü'l-hukkâm*, s.197; Merğînânî, *el-Hidâye*, III/105; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, VI/381; Celâlüddid el-Harizmî el-Kirlânî, *el-Kifâye*, VI/381.

695 *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, III/413.

696 Şirbînî, *Muğnî'l-muhtâc*, II/157.

697 Tarablusî, *Muînü'l-hukkâm*, s.197; Bezzâzî, *el-Fetâva'l-bezzâziyye*, V/223.

698 İbnü Sa'd, *et-Tabakâtu'l-kübrâ*, V/356; Muhammed Mustafa Şelebi, *Ta'îlü'l-ahkâm*, s. 86; Atar, Fahrettin, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 256-257.

Borç dolayısıyla hapis hakkında geniş bilgi için ayrıca bk. Seraşsi, *el-Mebsût*, 88, XXIV/163; Kâsânî, *el-Bedâyi'*, VII/173; 'İzzüddin b. Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, I/100, 158, 159; İbnü Ferhûn, *Tebşiratü'l-hukkâm*, II/314-322; İbnü Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 88, 249; Kadızâde Efendi, *Netâicü'l-efkâr*, VIII/204; Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 259, 262, 263-264; Tarablusî, *Muînü'l-hukkâm*, s. 197-198; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslamiye ve Istilahat-ı fihriyye Kamusu*, III/316; Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, III/55; Atar, Fahrettin, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 40, 63, 92, 112, 232-235, 249-251, 257, 258; Muhammed b Abdullah el-Ahmed, *Hukmü'l-habs fi ş-şer'iati'l-islâmiyye*, s. 213-219; Ahmed Muhammed Müleycî, *"et-Tenfiz 'alâ şahsi'l-medîni bi habsihî"*, s. 199-229.

699 Bezzâzî, *el-Fetâva'l-bezzâziyye*, V/224; Tarablusî, *Muînü'l-hukkâm*, s.197.

edilmiştir. Yakın akrabasına nafaka ödemeye mahkum edilen kişi, bu borcunu ifadan imtina ederse dövülerek de ifaya icbar edilir<sup>700</sup>.

Mâlikî ve Şâfiî mezheplerine göre ödeme gücüne sahip olduğu bilinen, fakat malını gizleyen ve ifadan imtina eden kişi hapsedilmek suretiyle ifaya veya malını açığa çıkarmaya zorlanır. Bu konuda hapis etkili olmadığı takdirde dövülür<sup>701</sup>. İbnü Teymiyye de aynı durumdaki kişinin dövülerek ifaya zorlanacağını söyler ve bunun cumhurun görüşü olduğunu kaydeder<sup>702</sup>. Delili Hayber'in fethinden sonra Huyeyy b. Aḫtab'ın hazinesinin yerini söylemeyen amcasının, Hz. Peygamber'in emri ile cezalandırılmasıdır<sup>703</sup>. Fakat malı olmayan ve çalışarak geçimini temin eden borçlu dövülmez, çalışarak mümkün mertebe borcunu ödemesi için ona imkan tanınır<sup>704</sup>.

### C- Mülâzeme (Yakın Takip)

Mülâzeme; alacaklının, borçluyu yakın takibidir. Öyle ki borçlu nereye gitse alacaklı da onunla birlikte gider, ondan ayrılmaz<sup>705</sup>. Fakat bunu yaparken borçlunun, çalışma hürriyetini engellemez<sup>706</sup>. Bir görüşe göre, ödeme gücü olduğu halde borcunu geciktiren kişinin bu hali, onun cezalandırılmasını helal kılar, anlamındaki hadiste geçen cezadan maksat, mülâzemedir<sup>707</sup>. Bir başka görüşe göre de "Hak sahibi için el ve dil vardır"<sup>708</sup> hadisindeki "el"den maksat mülâzemedir<sup>709</sup>.

700 İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, VI/381; İbnü Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 218.

701 İbnü Ferhûn, *Tebşiratü'l-hukkâm*, II/315; Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, II/157; Senhûri, *Masâdiru'l-hak*, V/136 (dip not).

702 İbnü Teymiyye, *Mecmûu Fetâvâ*, XXX/22-23, 37-39, XXXIV/240.

703 Bk. Ebu Dâvûd, *Harâc (İmâra)* 24.

704 İbnü Teymiyye, *Mecmûu Fetâvâ*, XXX/32.

705 Tarablusi, *Muinü'l-hukkâm*, s. 199.

706 Muhammed b Abdullah el-Ahmed, *Hukmü'l-habs fi's-şer'i'ati'l-islâmiyye*, s. 240.

707 Bk. Tahâvi, *Müşkilü'l-âşar*, I/414-415.

708 Hadisin çok yakın bir rivayeti için bk. Dârakutni, *Sünen*, IV/232. Buhari'deki rivayette "el" zikredilmemekte, "lisan=dil" yerine de "söz=makâl" denmektedir. Bk. Buhari, *Vekâlet* 5, 6, *İstikrâd*, 4, 13, *Hibe* 22, 24.

709 Mergînâni, *el-Hidâye*, III/286. Ayrıca bk. İbnü Kudâme, *el-Muğni*, IV/501.

Alacaklı, ödeme gücüne sahip mütemerrit borçluya karşı mülâzeme hakkını kullanıp onu yakından izleyebilir<sup>710</sup>. Fakat Mâlikî, Şâfiî, Hanbelî hukukçuları ile Hanefilerden Ebu Yusuf, İmam Muhammed ve Züfer'e göre ödeme gücünden mahrum borçluya karşı mülâzeme hakkına sahip değildir<sup>711</sup>. Ebu Hanife'ye göre alacaklının, mahkeme araştırması sonucunda ödeme gücünden mahrum olduğu anlaşılan ve bundan dolayı serbest bırakılan borçluya karşı mülâzeme hakkı devam eder. Alacaklı, onu takip eder ve kazancından, ihtiyaç fazlasına el koyar. Ebu Hanife'nin bu farklı ictihadı, esasen mahkemenin, borçlunun iflasına karar verme yetkisi konusundaki farklı ictihadından kaynaklanmaktadır. Ona göre hakim, iflas kararı veremez. Zira mal, gelip geçici bir şeydir; insan her an mal sahibi olabilir ve ödeme gücüne kavuşabilir<sup>712</sup>. Alacaklı, borçluyu şahsen takip edebileceği gibi, bir vekili veya ücretle tuttuğu bir kişi vasıtasıyla da takip edebilir<sup>713</sup>.

#### D- Para cezası

Genelde ta'zir cezası olarak para cezasına veya başka bir ifade ile mâlî cezaya hükmedilip, hükmedilemeyeceği ihtilaflıdır. Cumhura göre temerrüt sebebiyle de, başka sebeple de mâlî cezaya hükmedilemez. Ancak İbnü Teymiyye, İbnü Kayyımî'l-cevziyye ve bazı Şâfiî alimler, tazir cezaları arasında para cezasına da yer verirler. Ebu Yusuf'tan da bu şekilde bir görüş nakledilmektedir<sup>714</sup>. Delilleri Hz. Peygamberin, zekatı vermekten imtina edenlerden zekatın fazlasıyla alınacağına dair hadisi<sup>715</sup> ve

710 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, IV/505.

711 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, IV/501; Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/536; Atar, Fahrettin, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 235; Muhammed b Abdullah el-Ahmed, *Hukmü'l-habs fi'ş-şer'ati'l-islâmiyye*, s. 253-254.

712 Merginânî, *el-Hidâye*, III/286-287.

713 Zeylai, *Tebyinü'l-hakâik*, V/200; Bezzâzi, *el-Fetâva'l-bezzâziyye*, V/227; Tarablusi, *Muînü'l-hukkâm*, s. 199; İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddi'l-muhtâr*, V/387.

714 İbnü kayyımî'l-Cevziyye, *İlâmu'l-muvakkîn*, II/117; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, V/12-113; İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddi'l-muhtâr*, IV/61; Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, II/627-628; Muhammed Mustafa Şelebi, *Ta'îlû'l-ahkâm*, s. 319-320; Vehbe ez-Zuhaylî, *Nażariyyetü'd-çamân*, s. 25; Mâcid Ebû Ruhayye, *Hukmü't-ta' ziri bi ehzi'l-mâl*, s.12;

Günenç, Halil (Abdulkerim), *el-Mevsû' atü'l-fıkhiyyetü'l-müyessera*, I/51.

715 Bu hadis için bk. Ebu Davud, *Zekat* 5; Nesâî, *Zekat* 4, 7; Ahmed b.



başkasına ait meyveyi ağacından alıp götüreren kişi ile toplanıp koruma altına alınmış meyveden hırsızlık nisabından az miktarda çalan kişi hakkındaki "iki misli ile tazmin ve ayrıca ceza"ya dair hadisidir<sup>716</sup>. Cumhura göre ise bu hadisler mensuhtur<sup>717</sup>. Diğer taraftan tazir olarak mâli ceza uygulamasının caiz ve bu görüşün aynı zamanda Ebu Yusuf'a ait olduğunu, İmam Mâlik'in de aynı görüşü benimsediğini söyleyen Tarablûsî, nesih iddiasının hem naklen hem de istidlal açısından yanlış olduğunu, Hz. Peygamberin vefatından sonra râşid halifelerin ve sahabenin ileri gelenlerinin tatbikatının bu iddiayı iptal ettiğini söyler<sup>718</sup>.

Günümüzde, mütemerrit borçluya para cezası veya mâli ceza verilip verilemeyeceği konusu İslam hukukçuları arasında tartışma konusu olmaktadır. Bazıları, ödeme gücü olduğu halde borcunu ödemeyi geciktiren kişi hakkında mâli cezaya hükmedilmesini ve ödemenin alacaklıya değil, hayır kurumlarına yapılmasını savunmaktadır<sup>719</sup>.

#### E- Meslekten men edilmesi

Ebu Hanife'nin genelde hür bir insanın hakim tarafından hacr altına alınmasını kabul etmediği; ancak üç kişiyi bunlardan istisna ettiği bilinmektedir. Bunlar da; müftî-i mâcin, cahil doktor ve mükârî-i müflistir. Birincisi insanların dinini, ikincisi canını ifsad etmekte ve üçüncüsü de onların malını itlaf etmektedir<sup>720</sup>. Müftî-i mâcin, halka hıyel (hukuka karşı hile) yollarını, mesela zekat mükellefiyetinden nasıl kaçabileceklerini, kocasından ayrılmak isteyen kadının, irtidad yoluyla bunu nasıl temin edebileceğini öğreten veya bilmeden fetva veren kişidir. Mükârî-i müflis de devesi veya başka nakil aracı yahut bunları satın alacak malı olmadığı halde nakliye sözleşmesi yapan ve bu maksatla halktan para (kira) alan ve aldığı için kendi ihtiyaçları için harcayan, hareket vakti

Hanbel, *el-Müsned*, VII/234, 239. Ayrıca bk. İbnü Ferhûn, *Tebşiratü'l-ḥukkâm*, II/290.

716 Bu hadis için bk. Ebu Davud, Lukata 10, Hudûd 13; Nesâî, Sânk 12.

Ayrıca bk. İbnü Ferhûn, *Tebşiratü'l-ḥukkâm*, II/290.

717 Suyûtî, *Zehru'r-rubâ ale'l-müctebâ*, VIII/460; Sindî, *Hâşiye alâ Şerhü Süneni'n-Nesâî*, VIII/460.

718 Tarablusî, *Muînü'l-hukkâm*, s. 195.

Buna karşılık Seyyid Abdullah, mâli cezanın caiz olmadığına icma olduğunu iddia etmektedir. Seyyid Abdullah Ali Hüseyin, *el-Mukâranâtü't-teşrî'yye*, II/254.

719 Atar, Fahrettin, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 57-58.

720 Seraḥsî, *el-Mebsût*, XXIV/157.

gelince de ortadan kaybolan ve bu yolla insanların malına el koyan kişidir. Halk bunlara güvenmekte sonra mesela hac için sözleşme yapılmışsa o sene hacca gidememe gibi bir durumla karşı karşıya kalmakta idi<sup>721</sup>.

Mükârî, günümüzdeki nakliyeciler gibidir<sup>722</sup>. Burada aslında bunların hacrından maksat, hakiki manada hacr olmayıp, faaliyetlerine engel olunmasıdır. Bunlara stokçuların ve gıda maddelerini aşırı fiatla satan kişilerin de eklendikleri söylenmektedir.<sup>723</sup> Ebu Hanife'nin, bir taraftan insan şahsiyetine çok önem verirken diğer taraftan bütün dinlerin muhafazasına önem verdikleri beş husustan üçüne karşı doğabilecek muhtemel tehlike ve zararı dikkate alışı son derece anlamlı buluyoruz. Kanaatimizce aynı noktadan hareketle mesela özellikle müteahhitlik sahasında faaliyet gösterenlerden temerrüdü alışkanlık haline getirenler, geçici bir süre için veya ıslah olduklarına dair kanaat hasıl olana kadar faaliyetten men edilebilirler.

#### F- Fasık durumuna düşmesi

Borcunu ödeme gücüne sahip olduğu ve talep edildiği halde ifayı geciktiren kişi yani mütemerrit fâsık sayılmıştır. İçlerinde bir kısım Mâlikî ve Şâfîî alimlerin de bulunduğu bazı İslam alimleri ilk defa temerrüde düşenin fâsık olacağını ve dolayısıyla şahitliğinin kabul edilmeyeceğini söylerler. Buna karşılık diğerleri de temerrüdün tekrarlanması ve âdet halini alması<sup>724</sup> durumunda o kişinin fâsık olacağı ve şahitliğinin reddedileceği kanâatindedir<sup>725</sup>. İbnü Ferhun, tekrar konusuna hiç değinmeksizin, mütemerridi, şahitliği kabul edilmeyenler arasında sayar<sup>726</sup>. Mezhebin önemli alimlerinden Sehnûn'dan da böyle nakledilmektedir<sup>727</sup>. Şâfîî mezhebi alimlerinden Sübkî, bir defa temerrüde düşmenin de sahibini fâsık yapacağını söyler ve bu görüşünü şöyle savunur: "Talep edildikten sonra mazeretsiz olarak borcu ifadan kaçınmak, gasb gibidir. Gasb, büyük günahdır; zulüm olarak isimlendirilmesi, onun da büyük günah olduğu hissini vermektedir"<sup>728</sup>. Aynı

721 Zeylâi, *Tebyînü'l-hakâik*, V/193; Celâlüddid el-Harizmî el-Kirlânî, *el-Kifâye*, VIII/193; *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, V/54.

722 Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhal*, II/984.

723 İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddî'l-muhtâr*, VI/147.

724 Nevevî, *Şerhu Müslim*, X/227.

725 Nevevî, *Şerhu Müslim*, X/227; San'ânî, *Sübülü's-selâm*, III/111-112; Atar, Fahrettin, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s.439-440.

726 İbnü Ferhûn, *Tebşiratü'l-ḥukkâm*, I/263. Ayrıca bk. A.g.e. I/371.

727 Aynî, *Umdetü'l-kârî*, X/104.

mezhebe mensup olan Nevevî ise, mezhebin görüşüne göre temerrüdün tekrarının fisk sebebi olacağını söyler<sup>729</sup>. Bu görüş İmam Şâfiî'nin kendisinden de nakledilmektedir<sup>730</sup>.

Fisk için temerrüt konusu borcun asgarî miktarı hakkında da farklı görüşler varsa da çoğunluğa göre bu miktar, hırsızlıktaki nisaba kıyasla on dirhem olarak kabul edilmiştir<sup>731</sup>. Ayrıca temerrüdün şartlarında da açıkladığımız gibi borcunu geciktirenin fâsık olması, talep edildiği halde ödememesi hâline aittir. Çünkü temerrüt (matl), bundan sonra gerçekleşmektedir<sup>732</sup>.

Fasıkların şahitliklerinin kabul edilmeyişi<sup>733</sup> yanında velilik yetkilerini kullanamadıkları<sup>734</sup> da dikkate alınırsa bu durumun insan üzerinde önemli bir etkisi olacağı daha iyi anlaşılır.

728 Aynî, *Umdetü'l-kâri*, X/104-105.

729 Nevevî, *Şerhu Müslim*, X/227; Aynî, *Umdetü'l-kâri*, X/104-105.

730 Aynî, *Umdetü'l-kâri*, X/104.

731 San'ânî, *Sübülü's-selâm*, III/112; Atar, Fahrettin, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 439-440.

732 San'ânî, *Sübülü's-selâm*, III/126.

733 Şirbînî, *Muğnî'l-muhtâc*, IV/427.

734 Bk. Şirbînî, *Muğnî'l-muhtâc*, III/155.

## Üçüncü Bölüm

# ALACAKLININ TEMERRÜDÜ

### I- TANIMI

Borç ilişkisinde alacaklı, teklif edilen ifayı haklı bir sebebe dayanmaksızın reddederse alacaklının temerrüdünden söz edilir. Yapılacak veya verilecek şey usulü dairesinde kendisine arz olunan alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu reddeder veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için daha önce kendisi tarafından yapılması gerekli muameleleri icradan imtina ederse, mütemerit sayılır. Yani bir borç ilişkisinde ifanın gecikmesine sebep, alacaklı ise buna alacaklının temerrüdü denir. Alacaklının temerrüdünü, biraz sonra ayrıntılarını açıklayacağımız şartlarını dikkate alarak **"alacaklının, borçlanıldığı gibi teklif edilen muaccel veya ifa kabiliyetine sahip alacağı, haklı bir sebep olmaksızın reddetmesidir"** şeklinde tarif edebiliriz.

Bir satım akdinde müşterinin mebii, satıcının semeni teslim almaktan kaçınması, kira akdinde kiracının kiralananı teslim almaması veya kiralayanın ücreti kabul etmemesi, iş akdinde işçi işe hazır olduğu halde işverenin, işe başlanması için gerekli hazırlıkları yapmaması, malzemeyi teslim etmemesi vb. durumlarda alacaklı, eğer haklı bir sebebe dayanmıyorsa temerrüt halinde sayılır.

### II- ALACAKLININ TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI

#### A- Borç muaccel veya ifa kabiliyetine sahip olmalıdır

Alacaklı muaccel bir ifa teklifini, haklı bir sebep olmaksızın reddedemez. Ancak bazan borçlu, vadeli borcunu bir an önce ödemek isteyebilir. Acaba alacaklı bu durumda ifayı reddedebilir

mi? Bir başka ifade ile reddettiği takdirde temerrüde düşer mi? Borçlu, borcunu vadesinden önce ödemek isteyince kural olarak alacaklı bunu kabul etmek mecburiyetindedir. Çünkü vade, borçlu lehinde bir haktır ve bu hakkını kullanmayıp düşürebilir<sup>1</sup>. Hanefi mezhebine göre vade, borçlu lehine ve onun şahsına bağlı bir hak kabul edildiği için borçlunun ölümü ile de vadeli borç muaccel hale gelir<sup>2</sup>. Ancak borçlu, erken ifa dolayısıyla borcun miktarında indirim yapamaz, hatta taraflar, aralarında anlaşarak sulh akdi ile de böyle bir indirimde gidemezler. İslam hukukunun üzerinde hassasiyetle durduğu faiz yasağı buna engel kabul edilir<sup>3</sup>. Zahiri mezhebine göre alacaklı, erken ifa teklifini kabul etmek mecburiyetinde değildir, isterse kabul eder<sup>4</sup>.

Bazan vade, alacaklı lehinde bir hak da olabilir. Mesela selem akdi ile kurban bayramından bir hafta önce teslim edilmek üzere satın alınan hayvan, vadesinden önce teslim edildiği takdirde alacaklı için ilave bir masraf getireceğinden vade alacaklının menfaatindedir. Yine aynı akitle taze hurma veya et satın alan kişi, belirlenen tarihte bunları taze olarak yemek isteyebilir. Müslemün fih, ileride lazım olacak olan ve bu arada depolama masrafı gerektiren türden olabilir. İşte bu gibi durumlarda yani alacağı kabul etmemekte muteber (sahih) bir menfaati varsa alacaklı, alacağını kabulden imtina etme hakkına sahiptir<sup>5</sup>. Alacaklı, o anda ifayı kabul ettiği takdirde bir zarara uğrayacaksa, vadesinde yapılmış ifa teklifini bile redetme hakkına sahiptir<sup>6</sup>. Mesela borçlu ve alacaklı birlikte seyahat ederken bir soygun çetesi tarafından yolları kesilse ve borçlu o anda borcunu ifa etmek istese alacaklı ifayı reddedebilir.

1 İbnü Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 266; *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, III/204; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 212, s. 40. Ayrıca bk. Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, II/116; Abdunnâsır Tefk el-Attâr, *Nazarıyyetü'l-ecel fi'l-iltizâm*, s. 270.

2 *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, III/180; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 547, s. 103.

3 İbnü Kudâme, *el-Muğni*, IV/174, V/23-24; Merğınâni, *el-Hidâye*, III/197; İbnü Cüzeyy, *el-Kavâninü'l-fıkhiyye*, s.248-249; Zeylaî, *Tebyinü'l-hakâik*, V/42; Mevsilî, *el-İhtiyar*, III/9; Hattâb, *Tahriru'l-keâm fi mesâilil-iltizâm*, s. 230-233; Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, II/179; Haskefi, *ed-Dürrü'l-muhtâr*, V/640; Derdir, *eş-Şerhu's-sağır*, IV/538.

4 Abdunnâsır Tefk el-Attâr, *Nazarıyyetü'l-ecel fi'l-iltizâm* 272.

5 İbnü Kudâme, *el-Muğni*, IV/346; Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, II/116.

6 İbnü Receb, *el-Kavâid*, s. 245.



Bazılarına göre borçlu müslümün fihi vadesinden önce teslim etmek ister ve alacaklı, hiç bir muteber menfaati olmadığı halde ifa teklifini reddederse, erken ifada borçlunun bir menfaati olup olmadığına bakılır. Eğer erken ifada borçlunun menfaati varsa, mesela rehinli borçta rehni kurtarmak istiyorsa alacaklı ifayı kabul zorundadır. Hatta sırf borçtan kurtulmak arzusunu da bu bakımdan kafi görenler olmuştur. Bir kısmına göre ise alacaklının erken ifayı kabul etmemede haklı bir menfaati yoksa borçlu, hiç bir menfaati olmasa da erken ifada bulunabilir, alacaklı ifayı reddedemez<sup>7</sup>.

Malikiler erken ifa teklifi konusunda selem akdinden doğan borçlar ile diğerlerini ayırırlar ve selem akdinden doğan borçlarda alacaklının erken ifayı reddedebileceğini, diğerlerinde ise reddedemeyeceğini söylerler<sup>8</sup>. Çünkü onlara göre selem akdinde vade, her iki tarafın da lehinedir<sup>9</sup>. Mezhepte farklı görüşler de vardır<sup>10</sup>.

## **B- Borcun ifası alacaklıya teklif edilmiş olmalıdır**

### **1- Edimin borçlanılmış olduğu şekilde teklif edilmesi**

Alacaklı, edim, borçlanıldığı gibi teklif edildiği takdirde bunu reddedemez<sup>11</sup>. Edimin, borçlanıldığı gibi teklif edilmesi asıdır. Bazılarına göre teklif edilen edim, borçlanılandan farklı ise onunla aynı cins fakat ondan daha kaliteli olsa bile alacaklının bu teklifi reddetme hakkı vardır<sup>12</sup>. Fakat fakihlerin çoğunluğuna göre selem akdi ile borçlanılan edim aynı nevi ve daha kaliteli olarak teklif edildiği takdirde alacaklı bu teklifi reddedemez<sup>13</sup>.

Edimin ifa yeri dışında teklif edilmesi halinde de; eğer edim, nakil masrafı gerektiren türdence alacaklı, bunu kabul etmek

7 Bk. Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, II/116.

8 İbnü Cüzeyy, *el-Kavâninü'l-fıkhıyye*, s. 232.

9 Sâvi, *Buğyetü's-sâlik*, IV/372; Salih Abdullah es-Semî' el-Âbî el Ezherî, *Cevâhiru'l-iklîl*, II/74.

10 Bk. Sâvi, *Buğyetü's-sâlik*, IV/372.

11 İbnü Kudâme, *el-Muğni*, IV/346; *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, III/181.

12 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 459; Haskefî, *ed-Dürrü'l-muhtâr*, VI/165; İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddi'l-muhtâr*, VI/165; *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, III/204. 186.

13 İbnü Kudâme, *el-Muğni*, IV/346; Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, II/115; *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, III/186.

zorunda değildir<sup>14</sup>. Ama para borçlarında olduğu gibi edim, nakliye masrafı gerektirmiyorsa alacaklı, —ortamın güvenli olmaması gibi özel durumlar haricinde— ifa teklifini kabul etmek zorundadır<sup>15</sup>. Esasen karz akdinde, karz verilen yer dışında bir yerin ifa yeri olarak tesbit edilmesi mekruhtur, hata haram diyenler de olmuştur. Böyle bir şartla yapılan karz akdi fasittir<sup>16</sup>, bu şartta riayet edilmesi de gerekmez<sup>17</sup>. Bazılarına göre ise selem akdi ile borçlanılan ve akitte ifa yeri tesbit edilen edim, bu tesbit edilen yer dışında teklif edilirse alacaklı, taşıma külfeti olmayan türden de olsa ifa teklifini reddedebilir<sup>18</sup>.

Gasbedilen şey telef olduğu için gâsıp, onun kıymetini vermek istediğinde o şeyin sahibi bunu rededemez. Eğer rededecek olursa borçlu mahkemeye müracaat eder ve hakim alacaklıyı kabule zorlar<sup>19</sup>.

## 2- İfa teklifinin fiilen yapılması

Muaccel bir borcun ifasında bazan alacaklının, teslim fiiline katılması şart olmayabilir. Borçlu, borcunu, alacaklının önüne koyunca alacaklının, mazeretsiz kabul etmeme hakkı yoktur. Bir başka ifade ile ifa için fiili kabız şart değildir. Teslim olunca kabız da gerçekleşir ve borçlu, borcundan kurtulur<sup>20</sup>. Satım akdinde teslim ve tesellüm, mebiin cinsine göre farklı<sup>21</sup> olmakla birlikte genelde “müşterinin, bilâ mâni’ mebi kabz edebilecek vechile tesellümüne bâyin’in izin vermesi ile hasıl olur”<sup>22</sup> ve mebiin teslimi ile birlikte müşteri açısından da kabız gerçekleşir<sup>23</sup>. İcare akdinde de kiralayanın, kiracının kiralananı, ondan istifade edebilecek şekilde

14 İbnü Kudâme, *el-Muğni*, IV/365; Merginani, *el-Hidâye*, III/73-74; Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, II/117.

15 Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, II/117; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslamiye ve Istılahat-ı fıkhiyye Kamusu*, VI/104.

16 İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, VI/355-356. Farklı görüşler için bk. İbnü Kudâme, *el-Muğni*, IV/260.

17 Haskefi, *ed-Dürrü'l-muhtâr*, V/166.

18 Merginani, *el-Hidâye*, III/73-74; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, VI/226.

19 Mevsili, *el-İhtiyar*, III/65; İbnü Âbidin, *Hâşiyetü Reddi'l-muhtâr*, VI/182.

20 Merginani, *el-Hidâye*, III/88; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, VI/290; Bâberti, *el-İnaye*, VI/290.

21 Bk. *Mecelle* md. 265-275; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 435-439, s. 82.

22 *Mecelle*, md. 263; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 434, s. 81

23 *Mecelle*, md. 264; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 435, s. 82.

kabzına izin ve ruhsat vermesi teslim sayılır<sup>24</sup>. Gâsıbın, gasbettiği şeyi ve müde'in, vediaı sahibinin önüne koyması teslim sayılır. Fakat gâsıp, gasbettiği şey helak olduğu için tazminat olarak kıymetini teslim edecekse, önüne koyması yetmez, eline vermesi veya kucağına koyması teslim kabul edilir<sup>25</sup>. Kefâle bi'n-nefsde kefil, mekfülün bih olan şahsı, mahkeme bulunan bir şehirde teslim ederse kefalet borcunun gereğini yerine getirmiş olur. Alacaklının, ifayı kabulü şart değildir<sup>26</sup>. Hukuken teslim sayılan durumlarda alacaklı, alacağını kabzetmiş olduğu için bundan sonra borç ilişkisi sona erer ve artık temerrütten söz edilemez.

Ecir-i hâs, belirlenen vakitte iş için hazır olduğu takdirde işveren iş vermediği için çalışmasa da ücrete hak kazanır<sup>27</sup>. Yani ifayı teklif etmesi ücrete hak kazanması için yeterlidir. İşveren haklı bir sebeple akdi feshetmedikçe ücreti ödemek durumundadır. Kiralayan, kiralanana kiracıya arz ettiği takdirde, kiracı onu kabzetmekten imtina da etse, akitte belirlenen süre geçince ücrete hak kazanır. Belli bir mesafeye gitmek üzere hayvan kiralanmasında da kiracının temerrüdü halinde, o mesafeye gitmek için gereken normal süre geçince kiracı ücreti ödemek durumundadır<sup>28</sup>.

Ancak bazan ifa fiiline alacaklının da katılması gerekebilir. Mesela satım akdinde "tayin muhayyerliği" varsa; müşteri, bu muhayyerliğin gereği olan seçim hakkını kullanmadan satıcı, mebû teslim edemez. Acaba müşteri belirlenen süre dolduğu halde seçim hakkını kullanmazsa bu durumda satıcının, müşteriye seçim hakkını kullanmayı<sup>29</sup> teklif etmesi bazı hukuki neticeler doğurur mu? Hıyârü't-tayin ile iki veya üç şeyden birini satın alan kişi aynı zamanda bunları kabzetmişse, bunlardan biri gayri muayyen olarak mebî, diğeri veya diğerleri ise elinde emanet hükmündedir<sup>30</sup>. Müşteri belirlenen süre dolduğu halde seçim hakkını kullanmazsa

24 Şirbîni, *Muğnî'l-muhtâc*, III/358; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslamiye ve İstılahat-ı fıkhiyye Kamusu*, VI/224.

25 Mevsîli, *el-İhtiyar*, III/65.

26 Merğînânî, *el-Hidâye*, III/88.

27 *Mecelle*, md. 425.

28 Şirbîni, *Muğnî'l-muhtâc*, II/358.

29 Ali Hafif, müşterinin tayin hakkını kullanmaya icbar edilemeyeceğini söylüyor (*Ahkamu'l-muâmelâti's-şer'iyye*, s. 374.). Fakat *Mecelle*'ye göre belirlenen müddet sonunda müşteri tercih hakkını kullanmak zorundadır. *Mecelle*, md. 318, 319. Ayrıca bk. İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, V/523; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 414, s. 77.

30 Merğînânî, *el-Hidâye*, III/31.

bu andan itibaren, elinde emanet hükmünde olanların mazmûn hale gelmesi düşünülebilir. Çünkü artık satıcı, malının, onun elinde kalmasına razı olmamaktadır. Bu meselenin, sahibi tarafından istendiği halde iade edilmeyen vedianın, bundan sonra mazmûn hale gelişine kıyaslanması mümkündür.

### C- Borcun ifası mümkün olmalıdır

Borcun ifası mümkün değilse ve tekrar mümkün hale gelme ihtimali de yoksa akit münfesih olur. Yani ayrıca irade beyanına lüzum olmaksızın feshedilmiş kabul edilir. Mesela müşteri tarafından kabzedilmeden önce mebûn tamamı, bir tabii afet sonucu helak olmuşsa, akit batıl olur<sup>31</sup>. Binmek veya yük taşımak için kiralanın muayyen hayvan ölmüşse icare akdi münfesih olur<sup>32</sup>. Ama kiralanın gayrı menkul harap olup kendisinden faydalanma imkanı tamamen ortadan kalksa akit münfesih olmaz<sup>33</sup>. Çünkü her ne kadar o an için kullanılmaz halde ise de, sahibi tarafından gerekli inşa veya tamir işlemi yapılarak tekrar kullanılır hale gelmesi mümkündür<sup>34</sup>. Bu durumda kiracıya fesih hakkı doğar. Fakat bu hakkını kullanmasa da kiralayan ücret isteyemez<sup>35</sup>.

Süt annelik sözleşmesinden sonra süt anne veya çocuk ölürse yapılan icare akdi münfesih olur<sup>36</sup>. Bir doktorla ameliyat veya tedavi için yapılan icare akdinden sonra daha işe başlamadan hasta iyi olsa veya ölse, bir düğün yemeği yapmak üzere aşçı ile akit yapıldıktan sonra işe başlanmadan gelin veya damat ölse akit münfesih olur<sup>37</sup>.

31 Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 460, s. 86; Ali Hafif, *Ahkamu'l-muâmelâti's-şer'iyye*, s. 382.

32 Nevevî, *el-Minhâc*, II/348, 355; *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, IV/461; Ali el-Hafif, *Ahkamu'l-muâmelâti's-şer'iyye*, s. 420.

33 Bu durumda akdin münfesih olduğunu söyleyenler de vardır. Bk. Mergînânî, *el-Hidâye*, III/249.

34 Mergînânî, *el-Hidâye*, III/250; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, V/144.

35 Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 629, s. 120.

36 Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 601, md. 114.

37 *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, IV/458; Ali Hafif, *Ahkamu'l-muâmelâti's-şer'iyye*, s. 422; Bardakoğlu, Ali, *İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi*, s. 310. Bazı kaynaklara göre; bir dışçı ile dış çekimi için yapılan icare akdinden sonra dış ağrısının dinmesi halinde de akit münfesihtir. Bk. Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II/337; *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, IV/458. Fakat bu durumda akdin münfesih değil, feshedilebilir olduğunu kabul eden müellifler (Mergînânî, *el-Hidâye*, III/250; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, V/146) daha haklı olabilirler. Çünkü dış ağrısı, o an için dinse de her an dönebilir

Akit münfesih olunca artık bundan sonra alacaklıdan söz edilemeyeceği için temerrüdünden de söz edilemez. Yalnız Mustafa Zerka, icare akdinin bazı mazeretler<sup>38</sup> sebebiyle feshedilebileceğini söyledikten sonra; fesih kararından önce karşı tarafın, ifa için bazı mâlî harcamalar ve çalışmalar yapması ve bu kararın, onun için sürpriz olacak şekilde ani olarak alınması halinde, sebep olunan zararının tazmininin makul olacağını, her ne kadar İslam hukukçuları bunu açıkça belirtmemişlerse de tessebbüp ile ilgili kaidelerin bu tazminata engel olmayacağını belirtmektedir<sup>39</sup>. Her hangi bir sebeple ifa imkansız hale gelmişse veya diğer bir ifade ile akit münfesih olmuşsa ve alacaklı bu durumu derhal borçluya bildirmekte ihmalkar davranmış ve borçlu da ifa öncesinde bu amaçla bazı masraflara girmişse acaba bu masraflarının ve zaman kaybının tazminini isteyebilir mi? Kanaatimizce eğer karşı taraf akdin münfesih olduğundan her hangi bir şekilde haberdar olmamışsa ve haberdar olması da mümkün değilse bunları da isteyebilmelidir. Çünkü bu masraflara onun ihmali sebep olmuştur.

**D- Alacaklı, kendisine yapılan teklifi haklı bir sebep olmadan reddetmiş bulunmalıdır**

Alacaklı, gereği gibi yapılmış bir ifa teklifini rededemez. Ama teklif edilen ifa, gereği gibi değilse bu durumda alacaklının ifayı reddetme hakkı vardır ve daha önce de anlatıldığı gibi bu şekildeki ifanın reddi, alacaklıyı temerrüde düşürmez. İşçi, işverenin gerekli malzemeyi temin etmemesinden dolayı çalışmаса da, çalışmaya hazır vaziyette bulunduğu takdirde ücretini alır. Fakat hizmet alacaklısı olan işverenin temerrüdü, işçinin kötü ifası gibi şahsından veya işverenin dahlinin bulunmadığı hârici ve haklı sebepten doğmuşsa, işçi ücret alamaz<sup>40</sup>. Açık havada yapılacak bir iş için akdedilen icare akdinden sonra hava yağmurlu olduğu için işçi çalışmamışsa veya o çalışmak istese bile işin, mahiyeti icabı yağmur altında yapılması mümkün değilse işçi ücret alamaz<sup>41</sup>.

**Acaba alacaklının, gereği gibi yapılan ifa teklifini reddetmesini**

ve bunu düşünerek o kişi dışını çektirmek isteyebilir. Akdin münfesih olduğunu kabul ettiğimiz takdirde ise bunun için yeni bir akit yapmaları gerekecektir.

38 Verilen misaller: Seyahat için hayvan kiraladıktan sonra seyahatten vazgeçmesi, ziyafet için aşçı tuttuktan sonra her hangi bir sebeple ziyafetten vazgeçmesi, doktor ile diş çekimi veya ameliyet sözleşmesi yaptıktan sonra acının dinmesi ve ameliyattan vaz geçmesi.

39Zerka, Mustafa Ahmed, el-Medhal, I/454-455.

40 Bardakoglu, Ali, "İslam Hukukunda İşçi ve İşveren Münasebetleri", s. 226.

41 Bk. el-Fetâvâ'l-Hindiyye, IV/463.



haklı çıkaracak sebepler var mıdır? Borçlu, güvensiz veya alacaklı için zarara sebep olabilecek bir ortamda ifayı teklif etse, gereği gibi de olsa alacaklı bu teklifi reddebilir<sup>42</sup>. İcare akdinde taraflardan biri, akitle üstlenmediği beklenmedik bir zarar durumu ortaya çıkınca akdi feshedebilir<sup>43</sup>. Bu durumda ifayı haklı sebeple reddetmiş olur. Hanefiler bu konuda bir kısmının gerekçesi tartışılabilir bir hayli misal zikrederler. Yolculuğa çıkmak için hayvan kiralayan, yolculuktan vazgeçmişse veya hastalandığı için yolculuğa çıkmıyorsa akdi feshedebilir. Bir terzi iflas etmiş ve işi bırakmışsa, yanındaki işçi ile olan icare (iş) akdini feshedebilir. Bir hizmetçi ile belli bir şehirde veya böyle bir şart olmaksızın ona hizmet etmek üzere iş akdi yapan kişi, yolculuğa çıkacak olsa akdi feshetme hakkına sahiptir<sup>44</sup>.

Alacaklı, borçlu veya temsilcisi durumunda olmayan üçüncü şahısların ifa teklifini de reddetme hakkına sahiptir. Ancak asıl borçlu ölmüşse, vârisin ifa teklifini reddedemez; vâris olmayan birisinin ifa teklifini reddedip reddedemeyeceği hususunda ise farklı görüşler vardır<sup>45</sup>.

### III- ALACAKLININ TEMERRÜDÜNÜN HÜKÜMLERİ

Alacaklının temerrüdü, borç ilişkisini sona erdirmez. Fakat edimin başka bir zamanda ifası mümkün olmazsa ve ifa zamanının geçirilmesine alacaklının temerrüdü sebep olmuşsa borç ilişkisi sona erer. Burada her ne kadar borç ilişkisi sona erse de, onu sona erdiren, ifanın imkansızlığıdır. Mesela belli bir tarih için icare akdi yapan ve o tarihte çalışmak için hazır vaziyette bulunan işçi, işverenin temerrüdü yüzünden çalışmamışsa, her ne kadar fiilen çalışmasa da hukuken çalışmış gibi kabul edilir ve borç ilişkisi sona erer. Ücretini de alır<sup>46</sup>. Fakat alacaklının temerrüdü olmadığı halde işçi çalışmamış ve süre dolmuşsa ücret alamaz. Belirlenen süre geçtiği için bundan sonra işe de zorlanamaz<sup>47</sup>.

Diğer taraftan bazı borçlarda alacaklının temerrüdü, borç ilişkisini sona erdirebilir. Bunlar istisnâî durumlardır. Kefili olduğu borcu ifa etmek isteyen kişi, alacaklının temerrüdü ile karşılaşır, onun temerrüdünü şahitlik müessesesi kanalıyla tesbit eder ve böylece onun kefaletten doğan ifa borcu sona erer. Bazılarına göre de alacaklının temerrüdü halinde kefil, önce hakime müracaat eder, bu yolla da netice alamazsa durumu şahitlendirir<sup>48</sup>. Mûsâ leh,

42 İbnü Receb, *el-Kavâid*, s. 245; Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, II/116; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslamiye ve İstilahat-ı fihriyye Kamusu*, VI/104.

43 Ali Hafif, *Ahkamu'l-muâmelâti's-şer'iyye*, s. 422.

44 Merginâni, *el-Hidâye*, III/251.

45 Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, II/166.

46 Merginâni, *el-Hidâye*, III/244.

47 *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, IV/416.

48 İbnü Receb, *el-Kavâid*, s. 33.

vasiyeti kabul veya redde dair bir beyanda bulunmaktan kaçınırsa, reddettiğine hükmolunur ve vasiyetten hakkı düşer<sup>49</sup>. Yalnız bu son durum, tam bir alacaklı temerrüdü sayılmayabilir. Çünkü bir taraftan vasiyet edilenin alacak hakkı varsa da, kabul veya redde dair beyanda bulunmak onun için alacaktan ziyade hak olarak değerlendirilebilir.

Alacaklının temerrüdünün İslam hukukçuları tarafından müstakil olarak ele alınıp incelendiğini tesbit edemedik. Çoğu kere gereği gibi yapılan ifa teklifini kabul mecburiyetinden bahsedip, kabul etmezse sorusunu sormuyorlar. Bazan da, hakimin alacaklı adına edimi kabul edeceğinden bahsediyorlar. Ancak alacaklı gâib olduğu takdirde, nasıl hareket edileceğine dair ve buluntu eşya (lukata) ile ilgili detaylı bilgiler var. Biz bazan bu bilgileri de kıyas yoluyla alacaklı temerrüdüne uygulayarak bir neticeye gitmeye çalışacağız.

### **A- Borçluya bazı kolaylıklar sağlanması**

#### **1- Alacaklının temerrüdü ile borçlunun temerrüdünün sona ermesi**

Temerrüde düşen borçlu, yukarıda anlatılan şartlar dairesinde ifayı teklif ettiği halde alacaklı, kabul etmezse artık o andan itibaren borçlunun temerrüdü sona erer. Bundan sonra alacaklı temerrüt halindedir. Bu hal, taraflar arasında borçlunun o ana kadarki temerrüdünden doğan hakları ve yükümlülükleri etkilemez.

#### **2- Tehlikenin (hasar sorumluluğunun, damânın) alacaklıya geçmesi**

Fâsit satım akdinde mebî, müşteri tarafından kabzedilmişse hasar sorumluluğu müşteriye aittir<sup>50</sup>. Aslında tarafların vazifesi bu akdi feshetmektir<sup>51</sup> ve bunun gereği de, eğer teslim alınmışsa mebîin müşteriye, semenin satıcıya iadesidir. Böyle fasit bir satım akdinden sonra mebî kabzeden müşteri, onu iade etmek istese ve satıcı kabul etmediği için iade edemese bundan sonra hasar sorumluluğu satıcıya geçer. Mebî, onun müdahalesi olmadan helak olsa satıcıya karşı, mebîin kıymetini tazmin borcu olmaz, semen de ödemez<sup>52</sup>, eğer ödemişse geri alır. Ebû Nasr b. Selam burada fesat

49 İbnü Receb, *el-Kavâid*, s. 245.

50 Merginâni, *el-Hidâye*, III/51, 92.

51 Merginâni, *el-Hidâye*, III/51; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, VI/97.

sebebinin, müttefakun aleyh oluşu ile, muhtelefün fih oluşunu farklı değerlendirmiş; ikincisinde satıcının iadeyi kabulden imtina etmesi halinde hakime müracat edilmesini ve hakim kararı ile hasar sorumluluğunun sona ereceğini söylemiştir. Ebû Bekr b. el-İskâf ise iki durum arasında fark görmemektedir<sup>53</sup>.

Sahih bir satım akdinden sonra müşteri mebûi kabzetmekten imtina ettiği için temerrüde düşse, hakim onu müşteri adına kabzeder ve borç münasebeti sona erer. Acaba hakim bulunmayan bir yerde alacaklının temerrüdü ile mebûin hasar sorumluluğu müşteriye geçer mi? Şafî mezhebinde bu soruya olumlu cevap verenler varsa da aynı mezhepteki muteber (meşhur) görüşe göre alacaklının temerrüdünden sonra da hasar sorumluluğu satıcıya ait olmakta devam eder<sup>54</sup>.

### 3- Kötü niyetli zilyedin iade yükümünün hafiflemesi

Türk hukukuna göre başkasına ait bir malı, sahibine iade ile yükümlü bulunan zilyed, kötü niyetli olduğu, yani zilyedliğinin haklı bir sebebe dayanmadığını bildiği takdirde, onun iade yükümüne bazan tazmin borcu da eklenir ve o maldan elde ettiği ve hatta elde etmeyi ihmal ettiği semerelerden dolayı da tazminat ödemekle yükümlü olur. Fakat bu malı iade etmek istediği halde alacaklının temerrüdünden dolayı iade gerçekleşmiyorsa artık kötü niyet sona erer ve tazminat sorumluluğu kalkar<sup>55</sup>. Bu hüküm, kanatimizce İslam hukukuna muvafıktır. Çünkü alacaklının, gereği gibi teklif edilen edimi reddetme hakkı yoktur.

Acaba alacaklı gâib olduğu için ifa teklifi yapılamıyorsa ve bu durumda kötü niyetli zilyed hakime müracaat ederek edimi teslim etmişse veya hakim doğrudan kötü niyetli zilyedin elinden edimi almış ve muhafaza altında tutmakta iken edim helak olmuşsa hasar sorumluluğu kime ait olacaktır? İbnü Semâa'nın naklettiğine göre Muhammed eş-Şeybâni; mâlik, gâib ise hakimin, gâsib ve hırsızın elindeki malı alma hakkına sahip olduğu fakat hasar sorumluluğunun onlarda olmaya devam edeceği kanaatindedir. Çünkü hakim, gâib hakkında onun haklarını koruyucu tasarruflarda bulunmaya yetkilidir. Hakkının ortadan kalkmasına sebep olacak tasarruflarda bulunamaz<sup>56</sup>. Ali Hafif, gasbedilen şeyin, hakim tarafından gâsıptan alınması halinde hakim nezdinde emanet olacağını söylüyor ve bu durumda gâsibin hasar

52 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 217.

53 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 217.

54 Suyûtî, *El-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 307.

55 Tekinay, Selahattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, s. 668.

56 Mevsilî, *el-İhtiyar*, III/65-66.

sorumluluğunun sona erip ermeyeceğine değinmiyor. Yaptığı açıklamalardan, gâsıbın sorumluluğunun sona erdiğini kabul ediyor gibi görünüyor. Çünkü hâkim dışındaki üçüncü şahısların, gasbedileni muhafaza etmek ve mâlikine vermek üzere gâsıbdan alması halinde o şahsın hasar sorumluluğu olup olmayacağı tartışılıyor. Buna karşılık mâlike iade etmek üzere gâsıbın vekilinin elindeki şey mazmundur<sup>57</sup>. Çünkü vekil, gâsıbın vekilidir. Fakat alacaklı gâib olmayıp hakimın emrine rağmen edimi kabulden imtina ettiği takdirde kötü niyetli zilyedin hasar sorumluluğunun da sona ereceği kabul edilmelidir. Ancak hakimın bu kararına karşı itiraz yolları açıksa ve alacaklı bu hakkını kullanıyorsa o zaman kötü niyetli zilyedin hasar sorumluluğu devam etmelidir.

#### **4- Alacaklının, borçlu tarafından yapılmış giderleri yüklenmesi**

Alacaklının temerrüdü halinde mahkemenin emri ile de ifa her hangi bir sebeple gerçekleşemiyorsa borçlu, bundan böyle edimin muhafazası için yapacağı masrafları alacaklıdan alabilmek için mahkemeye müracaat ederek hakimden izin alabilir. Çünkü bir hayvanı, vedia olarak bırakan kişi gâib ise; müde' mahkemeye müracaat ederek bu durumu ve müdi'in hayvanın bakımı için bir şey bırakmadığını isbat ettiği takdirde hakim ona, dönüşünde sahibine rucû etmek üzere hayvan için gerekli harcamaları yapma yetkisi vermektedir. Sahibi bilinmeyen bir hayvan (lukata) bulan kişi için de aynı durum söz konusudur<sup>58</sup>.

#### **B- Borçluya alacaklı katılmadan borçtan kurtulma imkanının tanınması**

Alacaklı, gereği gibi yapılan ifa teklifini reddetme hakkına sahip değildir. Buna rağmen kabulden imtina ederse önce mahkeme kanalıyla ifayı kabul etmesi<sup>59</sup> veya borçluyu ibra etmesi istenir<sup>60</sup>. Eğer borçlunun, borçtan kurtulma (berâet) dışında bir maksadı varsa o zaman alacaklıdan sadece alacağı kabul etmesi istenir<sup>61</sup>. Bu uygulama başarılı olmazsa hakim onu alacaklı adına kabzeder<sup>62</sup> ve borçlunun sorumluluğu sona erer<sup>63</sup>.

57 Ali el-Hafif, ed-Damân, I/142.

58 Tarablusî, Muînü'l-hukkâm, s.229.; Mevsîlî, el-İhtiyar, III/34

59 Kadri Paşa, Mürşidü'l-hayrân, md. 209, s. 39.

60 Karaman, Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku, II/539.

61 Şirbîni, Muğni'l-muhtâc, II/116.

62 Suyûtî, El-Eşbâh ve'n-nezâir, s. 307.

63 İbnü Receb, el-Kavâid, s. 33; Karaman, Hayreddin, Mukayeseli İslam

## 1- Tevdi (Bırakma)

Tevdi, edimin güvenli bir yere bırakılması, teslim edilmesidir. Hz. Ömer Mescid-i Haram'ı genişletmek isteyince, etrafındaki evlerin bir kısmını sahiplerinin rızası ile bir kısmını da cebren istimlak etmişti ve mülkleri cebren istimlak edilenlere ait bedeli Kâbe'nin huzânesine<sup>64</sup> koymuştu. Aynı durum Hz. Osman zamanında da tekrarlandı<sup>65</sup>. İslam hukuk kaynaklarında alacaklının temerrüdü veya gâib olması halinde hakim, edimi onun adına kabul ettiğine rastlıyoruz<sup>66</sup>. Acaba hakim, kabul ettiği bu edimi nerede muhafaza edecek? Hakimın kabulü ile borç münasebeti sona eriyor mu? Bunun istisnaları var mı? Şimdi de bu soruların cevabını arayalım.

### a- Tevdi yeri

Yukarıdaki misalde Hz. Ömer'in tevdi yeri olarak Kâbe'nin huzânesini kullandığını gördük. Diğer taraftan Hz. Ömer zamanına kadar buluntu develere, nasıl olsa sahibi onu bulup alır, bir zarara uğramaz düşüncesiyle dokunulmadığını, Hz. Osman zamanında, gerekli ilan yapıldığı halde sahibi çıkmadığı takdirde, satılarak sahibi gelince verilmek üzere bedellerinin muhafaza edildiğini<sup>67</sup>; Hz. Ali zamanında ise bu develerin satılmayarak devlete ait bir ahırda sahibi çıkana kadar bakıldığını biliyoruz<sup>68</sup>. Bu misallerden tevdi yeri olarak devlete ait kurumların kullanıldığı anlaşılmaktadır.

Tevdi, devletin bu maksada tahsis edilmiş bir yeri yoksa veya edimin durumuna göre yed-i emine de yapılabilir<sup>69</sup>. Bazı müe-

#### **Hukuku, II/539.**

64 Kabe'ye ait bazı eşyanın muhafaza edildiği yer. Eyüp Sabri Kubbetü'l-ferrâşin de denen Kubbetü'l-huzâne hakkında şu bilgiyi vermektedir: "Kubbetü'l-ferrâşin: Çâh-ı zemzem (zemzem kuyusu) ittisalinde olup nâm-ı diğeri kubbetü'l-huzânedir. Eczâ-i şerife ile tesbihât-ı mevkûfe ve kanâdil-i şam'dânlar bu hazîneye konur ve Mescidü'l-harâm'ın daha sâir mâ yahtâcu ileyhi dahi bu kubbe-i mezkûre dahilinde hıfz olunur. Eyüp Sabri, **Mir'âtu Mekke**, I/20.

65 Ali Hafif, **el-Milkiyye**, s. 106.

66 İbnü Receb, **el-Kavâid**, s. 33, 245; Suyûtî, **El-Eşbâh ve'n-nezâir**, s. 307; Karaman, Hayreddin, **Mukayeseli İslam Hukuku**, II/539.

67 Mâlik b. Enes, **el-Muvaţta'**, Aşkdiye 51.

68 Bâcî, **el-Müntekâ**, VI/44; Karaman, Hayreddin, **İslam Hukuk Tarihi**, s. 117; Ahmed Fethi el-Behensî, **Medhalü'l-fukhi'l-cinâfiyyi'l-islâmî**, s. 32.

69 Bk. Bağdâdî, **Mecmau'd-damânât**, s. 222.



seseler bu hususta görevlendirilebilir. 18 Ramazan 1286 tarihli<sup>70</sup> Osmanlı Ticaret-i Berriye Kanunu 61. maddeye göre alacaklının temerrüdü halinde eşyanın gümrük benzeri güvenli (me'men) bir yerde muhafaza altına alınacağı belirtilmektedir<sup>71</sup>. Bu tamamen devlet tarafından yapılmış kanuni düzenlemler çerçevesinde hakimın takdirinde olan bir husustur. Ecir-i müsterek, işi ifa ettikten sonra işveren, işi kabulde temerrüde düşerse ecir, mahkemeden işi teslim edebileceği bir yer tayinini isteyebilir<sup>72</sup> ve o da hakimın emri ile oraya tevdi eder. Tevdi edilenin, alacaklı tarafından kabzedilmiş sayılabilmesi için tevdi yeri hakim tarafından tesbit edilmelidir.

Vedia akdi ile elinde bulundurduğu şeyi teslim etmek isteyen kişi; her hangi bir sebeple sahibine veya onun vekiline teslim etme imkanı bulamazsa mahkemeye müracaat eder ve hakime teslim eder. Hakime teslim etme imkanı olduğu halde başkasına teslim ederse bu bir teaddî sayılır ve telef halinde hasar sorumluluğu ona ait olur. Hakime teslim imkanı da yoksa o takdirde güvenilir birine teslim edebilir ve bu teslimden dolayı hasar sorumluluğu doğmaz. Hakime teslim etme hali, müde' açısından seyahate çıkmak v.b. bir mazeretin mevcudiyetine bağlı olmaksızın hasar sorumluluğu doğurmazsa da bazılarında böre hakime teslim mümkün olmadığı için güvenilir bir kişiye teslim, eğer böyle haklı bir mazerete dayanmıyorsa hasar sorumluluğu doğurur<sup>73</sup>.

### b- Tevdi sözleşmesi

Tevdi sözleşmesi bir vedia akdidir. Ancak bunun tarafları kim olacaktır? Tevdi hakim kararı ile yapılıyorsa tevdi eden hakimdir. Ama normalde hakimın hasar sorumluluğu olamayacağına göre, tevdi edilen bu esnada helak olursa sorumluluk kimin olmalıdır? Burada hakimın kim adına hareket ettiği dikkate alınmalıdır. Eğer hakim alacaklı adına edimi kabul etmiş ve bundan sonra tevdi etmişse hasar sorumluluğu alacaklıda olur. Fakat hakim, kötü niyetli zilyeden edimi, alacaklı adına kabzetmeyip, muhafaza maksadıyla almışsa, kötü niyetli zilyedin hasar sorumluluğunun

70 22 Aralık 1869.

71 Madde 66: Kiracı marifetiyle naklolunan eşyanın kabulünden imtina olunarak münazaa vukûnda, ticarethane tarafından ehl-i vukuftan bir kaç nefer memur irsâli ile eşyây-ı merkûmenin keyfiyet-i ahvâli bi'l-muâyene mütehakkıv ve mütebeyin olduktan sonra yine kabulünden imtina olunur ise o makûle eşyanın emaneten tevkif kılınması veyahut gümrük misillü bir mahalle nakl ve hıfz ettirilmesi ve ücret-i nakliyesini tediye zımında eşyây-ı merkûmeden bir miktarının fûrûht olunması bâ fermân-ı âli hükm olunur. Bk. *Cüzdân-ı kavânin-i oşmâniyye*, s. 541-542.

72 Bardakoglu, Ali, "İslam Hukukunda İşçi ve İşveren Münasebetleri", s. 225.

73 İbnü Kudâme, *el-Muğni*, VI/283.

devam ettiği kabul edilmektedir<sup>74</sup>. Kötü niyetli zilyedin, kendiliğinden edimi teslim etmek istemesi ve alacaklının reddetmesi sebebiyle hakimin yapacağı tevdi, bu hükümden istisnâ edilebilir.

### c- Tevdinin hükmü

Tevdi, alacaklı adına yapılmışsa tevdi ile borç münasebeti sona ermelidir. Çünkü tevdiye hakim karar vermekte ve edimi alacaklı adına kabul etmektedir<sup>75</sup>. Karz akdi ile borcu olan birinin şahsına kefil olan kişi "yarın onu ödemezse bin dirheme kefilim" demek suretiyle şartlı olarak mâli kefalet de kabul etse ve yarın onu getirince alacaklı gizlenip ortaya çıkmasa, eğer ortaya çıkmaması haklı bir sebebe dayanmıyorsa ve maksadı kefile zarar vermek ise hakim alacaklı adına bir vekil tayin eder ve ifa ona yapılır. Böylece mâli kefalet de doğmaz. Aynı şekilde bir şartlı boşama işlemi, borcun belli zamanda ifa edilmemesine bağlanmışsa (ta'lik edilmişse), yine hakim alacaklı adına vekil tayin eder ve ifa ona yapılır, boşama da gerçekleşmez<sup>76</sup>. Bu ifadelerden ifanın gerçekleştiği ve borç münasebetinin sona erdiği anlaşılmaktadır. Burada alacaklının, teannüten ve zarar vermek maksadıyla gizlenmesinin dikkate alınması, böyle bir maksat olmadığı takdirde hakimin, alacaklı adına ifayı kabul etmeyeceğini akla getirmektedir. Fakat ifanın gecikmesi, borçlu için bir zarar sebebi ise, alacaklının böyle bir kasdı bilinmese de hakim bu zararı önleyici tedbirleri almalıdır. Üstelik gereği gibi yapılan ifa teklifini, haklı bir gerekçesi olmadan reddeden alacaklının maksadı, borçluya zarar vermek olarak değerlendirilebilir.

Bazan hakim edimi, alacaklı adına kabz etmeyip, onun lehinde bir tasarruf olarak muhafaza etmek üzere kabul eder. Bu durumda hasar sorumluluğu alacaklıya geçmez. Mesela satın aldığı malı ayıp muhayyerliği ile reddetmek isteyen müşteri, satıcı gaib ise hakime müracaat eder. Hakim onu kabul edip yed-i emine teslim ettikten sonra edim helak olsa hasar sorumluluğu müşteriye ait olmakta devam eder. Hakimin kabulü, gâib satıcı adına olmaz. Üstrüşeni (ö. 632/1234), bu meselede hakim; mebüin satıcıya reddine karar verip de ondan sonra kabzetmiş ve yed-i emine teslim etmişse hasar

74 Mevsili, *el-İhtiyar*, III/65-66.

75 İbnü Receb, *el-Kavâid*, s. 33; Suyûtî, *El-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 307; Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II/539.

76 *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, IV/523.

sorumluluğunun satıcıya geçmesi gerekeceğini ve müşterinin, eğer ödemişse semeni geri alabileceğini savunur<sup>77</sup>. Kanaatimizce bu, yerinde bir tesbittir. Alacaklının gâib olması halinde kötü niyetli zilyedin hasar sorumluluğunun tevdiden sonra devam etmesi<sup>78</sup> istisnâî bir durum olarak düşünülebilir.

Tevdi edilen şeye ait masraflar, alacaklıdan alınmalıdır. Çünkü bir hayvanı, vedîa olarak bırakan kişi gâib ise; müde' mahkemeye müracaat ederek bu durumu ve müdi'in hayvanın bakımı için bir şey bırakmadığını isbat ettiği takdirde hakim, ona dönüşünde sahibine rucû etmek üzere hayvan için gerekli harcamaları yapma yetkisi vermektedir. Sahibi bilinmeyen bir hayvan (lukata) bulan kişi için de aynı durum söz konusudur<sup>79</sup>. Çünkü hakim, bu gibi durumlarda satış veya kiralama gibi yetkilere de sahiptir. Hakim ona harcama yetkisi verdiği takdirde yaptığı masrafları, sahibinden alır. Hatta sahibi geldiği zaman bu maksatla lukatayı hapis hakkı da vardır<sup>80</sup>. Bazı İslam hukukçuları gâsıbın, gasbettiğini iade etmek istemesi ve alacaklının gâib olması durumunda hakimin bu talebi reddedebileceğini ve böylece gâsıbın —eğer gerekiyorsa— gasbettiği şeye harcama yapmaya devam edeceğini söylerler<sup>81</sup>. Alacaklının gâib olması ile ilgili bu hüküm, onun hiç bir haklı sebep ileri sürmeden ifayı reddi halinde uygulanmaz. Hakim, alacaklıya edimi kabul etmesini emreder<sup>82</sup>.

#### **d- Tevdi edilen şeyi geri alma**

Tevdi eden, tevdi ettiğini geri alabilir. Fakat burada da tevdi'nin hakim kararı ile olup olmadığına bakılmalıdır. Hakim kararı ile yapılan tevdi de edim, yine ancak hakim kararı ile geri alınabilmelidir.

#### **2- Zorunlu (cebrî) satış**

Edim, bazan kısa zamanda bozulabilen mallardan olabilir. Bu gibi durumlarda edim satılabilir. Mesela kasaptan et alan ve semeni

77 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 222.

78 Bk. Mevsilî, *el-İhtiyar*, III/65-66.

79 Tarablusî, *Muînü'l-hukkâm*, s.229.

80 Mevsilî, *el-İhtiyar*, III/34.

81 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 121.

82 İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddî'l-muhtâr*, VI/182.

getirip eti almak üzere oradan ayrılan kişinin gecikmesi halinde kasap, etin bozulmasından endişe ederse onu mahkeme kararı olmadan satabilir. Buradaki satış İbnü Âbidin'e göre müşteri namına yapılmamaktadır. Geciken müşterinin, bu durumdaki akdin infisahına zımnî bir rızası var sayılmakta ve dolayısıyla akit münfesihi kabul edilmekte ve satış bundan sonra gerçekleşmektedir. Bu durumda kasap, kendi malını satmış gibi olur. Fakat burada da istihsana gidilmekte ve eğer ikinci satıştan elde edilen semen daha fazla ise bu fazlalığın tasadduk edilmesi istenmekte, az olması halinde de zararın müşteriye ait olacağı beyan edilmektedir<sup>83</sup> ki ikinci satışın kimin adına yapıldığı karmaşık bir hal almaktadır. Aslında akdin feshi veya infisahı yerine, geciken müşterinin, kendi adına satışa zımnî vekaletini düşünmek ve ikinci satıştan elde edilen kârın da, zararın da ona ait olacağını söylemek daha isabetli görülebilir.

#### **a- Zorunlu satışın şartları**

##### **aa- Eşyanın tevdiye elverişli olmaması**

Tevdiye elverişli olmayan şeyler satılabilir. Bunlar da bozulabilen<sup>84</sup> veya tevdü halinde büyük masrafı olacak mallardır. Bu son durumda takdir hakkı hakimindir. Hz. Ömer zamanında buluntu develere dokunulmuyor, serbest bırakılıyordu, Hz. Osman bunları sahibinin belirlenmesi için gerekli ilan ve duyurudan sonra satıyordu ve bedelini muhafaza ediyordu<sup>85</sup>. Hz. Ali ise develerin, devletin ahırında bakılarak muhafaza edilmesini istiyordu<sup>86</sup>. Burada malın, her hangi bir sebeple kısa zamanda alacaklıya teslimi mümkün olmayacaksa hangi usulle muhafazasının alacaklı lehine olacağına hakim karar vermelidir. Masrafı gerektiren bir edimin, (mesela hayvanın) iki üç gün içinde alacaklıya teslimi muhtemel ise tevdî cihetine gidilebilir. Fakat bu süre uzayacaksa, lukata ile ilgili hüküm<sup>87</sup> buraya da uygulanarak hakim edimi satmalıdır. Genellikle "semenin muhafazası daha

83 İbnü Âbidin, *Hâşiyetü Reddî'l-muhtâr*, V/231.

84 İbnü Âbidin, *Hâşiyetü Reddî'l-muhtâr*, V/230.

85 Mâlik b. Enes, *el-Muvaţta'*, Akdiye 51.

86 Bâcî, *el-Müntekâ*, VI/44; Karaman, Hayreddin, *İslam Hukuk Tarihi*, s. 117; Ahmed Fethi el-Behensi, *Medhâli'l-fikhi'l-cinâfiyyi'l-islâmî*, s. 32.

87 Mevsili, *el-İhtiyar*, III/34.

kolaydır"<sup>88</sup>. Edim gayrı menkul ise satılmaz<sup>89</sup>. Çünkü onun korunmaya ihtiyacı yoktur<sup>90</sup>.

Ortak hurma bahçesi olan iki kişiden biri gâib olsa diğeri, kendi hissesini alıp ortağınkini satar ve semenini muhafaza eder. Gâib ortak gelince yapılan satım akdini onaylarsa bu semeni alır fakat akdi onaylamazsa (icazet vermezse) hissesine düşen meyvelerin kıymetini tazmin ettirir<sup>91</sup>. Bu hüküm, mahkeme kararı olmadan satarsa böyle olmalıdır. Ama mahkeme kararı ile satarsa gâib ortak dönüşte semeni kabul etmek zorunda olmalıdır. Çünkü hakim onun adına satmış veya sattırmış olacaktır.

### ab- Hakimin izni

Bozulabilen mallar, hakimin izni olmadan da satılabilirler. Ama bozulma endişesi olmayan malların satımında hakim izni şarttır. Aslında semeni almak üzere mebûi elinde bulunduran satıcının, müşterinin gelmemesi halindeki hareket tarzına<sup>92</sup> veya vedîaya<sup>93</sup> ait bu hükümler alacaklı temerrüdü için de uygulanmalıdır. Burada bozulmanın ölçüsünü, "hakimin izni alınmak istendiği takdirde bu iş için geçecek süre içinde bozulabilecek veya önemli ölçüde değer kaybedecek mallar" şeklinde anlamak gerekir. Çünkü zamanla bir çok mal bozulur veya bayatlayarak, bozulmaya yüz tutar ve önemli ölçüde değer kaybına uğrar.

Birisine; kiralayıp elde edeceği kira geliri ile kendisine bir şey satın almak üzere bir deve teslim eden kişi, daha sonra deve kör olduğu için onu satsa ve aldığı semen helak olsa; eğer bu olay mahkemeye müracaat edebileceği bir yerde olmuşsa veya hayvanı o hali ile de iade etme imkanı olduğu halde satmışsa o devenin kıymetini tazmin eder. Ama bulunduğu yer itibariyle mahkemeye müracaat etmesi mümkün değilse ve o hali ile deveyi sahibine iade imkanı da yoksa tazmin etmez<sup>94</sup>. Aynı durum alacaklı temerrüdüne de uygulanabilir. Mahkemeye müracaat imkanı olduğu

88 Kâsânî, *el-Bedâyi'*, V/155.

89 İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddî'l-muhtâr*, V/230.

90 Kâsânî, *el-Bedâyi'*, V/155.

91 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 287.

92 İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddî'l-muhtâr*, V/231.

93 Senhûrî, *Masâdiru'l-hak*, VI/158.

94 Bağdâdî, *Mecmau'd-damânât*, s. 159.



takdirde mahkemeye müracaat edilmelidir. Tevdinin mi, satışın mı, karz vermenin mi veya kiralamanın mı, alacaklının menfaatine olacağına hakim karar vermelidir. Nitekim lukatada buna karar verme yetkisi hakime tanınmıştır<sup>95</sup>.

Mahkeme kararı ile satımlarda akit, alacaklı adına olacağı için elde edilen bedel (semen) de az veya çok onundur<sup>96</sup>. Hakimin izni gerektiği halde onun izni olmadan satış yapılırsa bu akit, alacaklının onayına mevkuftur. Yani "fuzuli" olarak satmış kabul edilir. Satıştan sonra o malı teslim de etmişse bu durum teaddî sayılır ve ondan teslim alan müşteri de —eğer bile bile almışsa<sup>97</sup>— gâsıb hükmündedir<sup>98</sup>. Bu hüküm muayyen mal borçları için geçerli olmalıdır. Deyn borçlarında yapılan satım akdi, temerrüt halindeki alacaklı ile alakası olmayan bir satım akdi olur.

### **ac- Alacaklının yerinin bilinmemesi**

Alacaklının yeri biliniyorsa bu yer uzak da olsa hakim —bozulma endişesi yoksa— onun malını satmaz. Çünkü kendisi ile irtibat sağlanması mümkündür<sup>99</sup>. Bu değerlendirmeye göre, alacaklı ile irtibat kurulmasının mümkün olup olmayışı hükmü etkilemektedir.

### **b- Zorunlu satışın şekli**

Satış şekli hususunda, müflis borçlunun mallarının satışı ile ilgili düzenlemeler geçerli sayılabilir<sup>100</sup>. Nitekim müflis olmadığı halde temerrüt halindeki borçlunun malının satışında da büyük ölçüde bu kaideler uygulanmaktadır<sup>101</sup>. Buna göre satış şeklini tesbit etmek hakimin hakkıdır. Fakat bu hakkını satışa çok sayıda kişinin iştirakini sağlayacak ve satış, mümkün olan en yüksek

95 Mevsili, *el-İhtiyar*, III/34.

96 İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddi'l-muhtâr*, V/231.

97 Burada durumu bilmeden satın alan müşteriye gâsıb saymamak gerekir. Çünkü genelde bir malı satan kişi, satışa yetkili kabul edilmekte, hiç kimse o malın sahibinin o kişi mi olduğunu veya hangi yetki ile sattığını araştırmamaktadır ve böyle bir mecburiyet de yoktur.

98 İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddi'l-muhtâr*, V/231.

99 İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddi'l-muhtâr*, V/230, 231.

100 Hacedilmiş malların satış şekli hakkında geniş bilgi için bk. Atar, *Fahrettin, İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 182, 188--189, 192-194.

101 Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, II/151.

fiattan gerçekleşecek şekilde kullanmalıdır. Bunun için her malın, kendine ait pazarda satılması müstehaptır. Ama semen-i misl ile olduğu takdirde buna riayet mecburiyeti yoktur. Satış ülke parası ile yapılır. Satış masraflarının, müflisten mi alınacağı, yoksa bir kamu hizmeti olarak devletce mi karşılanacağı tartışmalıdır. Fakat genel görüş bu masrafların, müflise ait olması yönündedir. Çünkü satış, onun için yapılmakta ve onun borçları ödenmektedir<sup>102</sup>. Alacaklı temerrüdünde de devletçe karşılanmayan masraflar alacaklıya ait olmalıdır. Çünkü satış onun adına yapılmaktadır.

### 3- Akdin feshi

Lâzım, yani bağlayıcı akitler, ancak karşılıklı rıza ile feshedilebilirler. Bunun yanında özellikle icare akdi açısından Hanefî mezhebinde tek taraflı olarak bazan hakim kararı ile, bazan da buna ihtiyaç olmaksızın akdi feshetme hakkı tanıyan bir hayli özür vardır. Ayrıca akdin devamı, taraflardan birinin malının istihlakini gerektiriyorsa o kişi özürsüz olarak da doğrudan akdi feshedebilir. Yazı yazmak üzere akit yapılmışsa kağıt kimden ise o akdi feshedebilir<sup>103</sup>. Müzâraa akdinde tohum kime aitse o kişi, ekimden önce akdi feshedebilir<sup>104</sup>. Alacaklının temerrüdü böyle bir fesih veya fesih teklifi anlamı taşıyorsa; birincisinde akit feshedilmiş olur, ikincisinde de borçluya fesih hakkı doğar. Bu durumda borçlu da bu hakkını kullanarak akdi feshedebilir. Ancak bu son durumda akit, karşılıklı rıza ile feshedilmiş sayılır.

Ebu Yusuf'tan rivayet edildiğine göre hacca gidip gelmek üzere bir nakliyecisi ile akit yapan kadın, bayram günü ziyaret tavafından önce doğum yapsa nakliyecisi akdi feshedebilir. Çünkü kadın nifas müddeti bitene kadar orada kalacaktır. Nakliyecinin, bu süre içinde onu beklemesi, akitle üstlenmediği bir zarardır. Ama kadın daha önce doğum yapsa ve bayram günü itibarıyla nifas müddetinin bitmesine on günden az bir süre kalsa nakliyecisi onu beklemek zorundadır, akdi feshedemez. Çünkü bu süre, hayız süresi kadardır ve hayız hali de mâlûm ve mütad bir haldir. Dolayısıyla bu kadarlık bekleme, her ne kadar nakliyecinin zararına ise de, akitle üstlenilmiş bir zarardır<sup>105</sup>. Burada alacaklının, ifa teklifini reddi haklı bir sebebe dayandığı halde borçluya akdi fesih imkânı tanınmıştır. Alacaklı, haklı bir sebeple ifayı reddettiği için ücretten de indirim yapılmalıdır. Fakat alacaklı haklı bir sebep olmaksızın ifayı reddetmiş ve temerrüde düşmüşse, borçlu akdi feshetmediği

102 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, IV/494-495; Şirbîni, *Muğnî'l-muhtâc*, II/151; Atar, *Fahrettin, İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 188, 193-194.

103 İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddî'l-muhtâr*, VI/81.

104 Merğînânî, *el-Hidâye*, IV/57; Mevsîlî, *el-İhtiyar*, III/77.

105 Seraşî, *el-Mebsût*, XVI/4-5.

takdirde onun karşı edimi, mesela kira borcu devam eder<sup>106</sup>.

#### 4- Kiralama

Bazı hallerde edim kiralanabilir. Mesela edim, hayvan ise tevdi halinde yem giderleri önemli bir yekün tutabilir. Bu gibi durumlarda hakim, borçluya hayvanı kiralayarak, alacağı ücret ile yem giderlerini karşılama yetkisi verebilir<sup>107</sup>.

Lukatayı bulan kişinin, ona yaptığı harcamalar teberru sayılır. Fakat hakim kararıyla yaptığı harcamaları, lukata sahibinden alabilir. Lukata, kiraya verilebilecek türdense yine hakimın izni ile onu kiraya verir ve kira gelirinden ona harcar<sup>108</sup>.

Burada, dikkat çekici bir hadise de yer vermek istiyoruz. Hz. Peygamber geçmiş ümmetlere ait bir olay anlatıyor: Buna göre üç kişi yolculuğa çıkarlar. Yolculuk esnasında yağmura tutulurlar ve bir mağaraya sığınır. Dağdan yuvarlanan bir kaya parçası mağaranın ağzını kapatır ve içeride mahsur kalırlar. Bunun üzerine oradan kurtulmak için sıra ile Allah'a dua ederler ve dua esnasında yaptıkları iyi davranışları sayarlar. Her biri dua ettikçe taş biraz aralanır ve kurtulurlar. Bunlardan üçüncü kişinin duasında zikrettiği olay konumuz açısından enteresadır: O kişi daha önce bir iş için işçiler tutar ve içlerinden biri bir ferak<sup>109</sup> mısırdan (veya pirinçten) ibaret ücreti işveren vermek istediği halde almaz ve çekip gider. Sonra adam, bunu onun namına nemalandırır ve çoğalır. Bir süre sonra gelip ücretini isteyince ona "Gördüğün deve, sığır, davar ve kölelerin hepsi senin ücretindendir" der. İşçi önce kendisi ile alay edildiğini sanarsa da sonunda hakikati anlar ve hepsini alıp gider. Bu olayı zekrederek Allah'a dua eder ve "Allah'ım! Eğer ben bunu

106 Bk. Seraşsi, *el-Mebsût*, XVI/4; Bardakoglu, Ali, *İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi*, s. 147.

107 İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddi'l-muhtâr*, V/231.

108 Mevsili, *el-ihtiyar*, III/34.

109 Bir ferak, 6108 grama eşittir. Muhammed Necmüddin el-Kürdi, *el-Mekâdiru's-şer' iyye ve'l-ahkâmü'l-fıkhyeyti'l-müteallikati bihâ*, s. 230. Bir başka hesaba göre ise bir ferak buğdayda 6528 grama ve dört derece damıtılmış su olarak da 8. 263 litreye eşittir. Muhammed Ahmed İsmâil el-ĥârûf, (*Ebû'l-Abbas Necmüddin b. er-Rif'a el-Ensâri* (ö. 710/1310), *Kitâbü'l-icâh ve't-tibyân fi ma' rifeti'l-mikyâl ve'l-mizân*), s. 69, dipnot 2. Ferak üç sâ' dır. Bu ihtilafın kaynağı, sâ'daki ihtilaftır.

senin rızan için yapmışsam bizden içinde bulunduğumuz sıkıntılı durumu gider" der ve daha öncekilerin duası ile de bir miktar açılan taş tamamen açılır, oradan kurtulurlar<sup>110</sup>. Hz. Peygamber bunu takdire şayan bir olay olarak nakleder. Ancak iyi niyetli işverenin bu davranışını herkesten bekleyemeyiz. Zaten bunun bir mecburiyet olduğuna dair hiç bir işaret de yoktur. Onun davranışını ancak fuzûlinin tasarrufu olarak değerlendirebiliriz. Fakat bu tasarruflar hakim kararına dayanırsa o zaman alacaklı için de geçerli (nâfiz) bir tasarruf olurlar.

### 5- İkrâz

Alacaklının gâib olması halinde hakim, onun malını tevdi edebileceği gibi, bozulmasından korktuğu takdirde satabilir veya karz olarak da verebilir<sup>111</sup>. Şüphesiz her edim karz verilmez. Bu konuda karzla ilgili kaidelere riayet edilir. Karz verilebilecek mallar ise tüketilerek istifade edilen misli mallardır. Karz, başlangıç itibariyle teberru ve sonuç itibariyle ise muâvaza akdidir<sup>112</sup>. Vedia akdi ile verilen şey, emanet hükmünde olup buna karşılık karz olarak verilen ise mazmun olduğu için bazan karzın, alacaklı açısından daha elverişli olması da mümkündür.

### C- Alacaklının sorumluluğunun devam etmesi

Karşılıklı edimleri hâvi akitlerde alacaklının temerrüdü, kendi karşı borcunu düşürmez. Mesela ecîr-i hâs ile yapılan icare akdinde işverenin haksız ve özürsüz olarak işçiyi işe başlatmaması, onun ücret borcunu düşürmez. Konuşulan ücreti ödemek zorundadır. Çünkü ecîr-i hâs, bilfiil çalışmasa da çalışmaya hazır vaziyette bulunmakla ücrete hak kazanır<sup>113</sup>. Bir doktor ile yapılan, müddet ile sınırlı tedavi anlaşmasında hasta, müddetten önce iyi olursa veya ölürse akit kalan süre için münfesihi olur ve kalan sürenin ücretini alamaz. Fakat hasta, iyileşmediği halde tedaviyi reddetse doktor,

110 Buḥârî, Buyûc 98, İcâre 12, Müzâraa 11, Enbiya 52, Edeb 5; Müslim Zıkr 100; Ebu Davud Buyûc 28 (No: 3387); Ahmed b. Hanbel, el-Müsned, II/457 (II/116).

111 İbnü Âbidîn, Hâşiyetü Reddî'l-muḥtâr, V/230.

112 İbnü Âbidîn, Hâşiyetü Reddî'l-muḥtâr, V/161; Ali el-Hafif, Ahkamu'l-muâmelâti's-şer'iyye, s. 401.

113 Mergînânî, el-Hidâye, III/245; Kadri Paşa, Mürşidü'l-hayrân, md. 591, 592, s. 112-113; Bardakoğlu, Ali, "İslam Hukukunda İşçi ve İşveren Münasebetleri", s. 225-226.

ücretini alır. Çünkü icare bağlayıcı bir akittir ve ecir görevini yerine getirmiştir<sup>114</sup>.

İşçi, belirlenen sürede çalışmaya hazır vaziyette bulunduğu ve işin ifası da mümkün olduğu halde işverenin, haksız ve özürsüz olarak onu işe başlatmaması veya ifayı kabulden kaçınması durumunda akitle kararlaştırılan ücrete hak kazanır. Ancak ecir-i müşterek ile yapılan icare akdinde iş yapılmamışsa ecir ücret alamaz. Çünkü ecir-i müşterek, herkesten iş kabul edebilen işçi (veya sanatkar, esnaf) olup mesela işverenin terziye kumaşı teslim etmemesi halinde terzi diğer işlerine devam edebilecektir<sup>115</sup>. Fakat bu durumda işverenin hiçbir sorumluluğu olmayacak mıdır? İcare akdini bağlayıcı kabul ettiğimiz takdirde işveren, haklı bir mazereti yoksa kumaşı teslim etmek zorunda olmalı veya temerrüt dolayısıyla sebep olduğu zarar ziyarı tazmin etmelidir. Çünkü bazan bir işletme, böyle durumlarda daha önceki bazı iş tekliflerini, bu işe güvenerek reddetmiş olabilir ve bir süre işsiz kalabilir. Mesela büyük bir binanın boya badana işlerini üstlenen kişi, işçileri ile birlikte işi yapmaya gelince, işverenin temerrüdü sonucu işe başlayamamışsa, o gün ve belki takip eden günlerde de başka iş yapamayabilir. Hatta kendi maiyetindeki ecir-i hâslara da yevmiye ödemesi halinde, işverenin temerrüdü yüzünden ayrıca zarara uğrayabilir.

Kiralanan kiracıya teslim edilmişse, kiracı ondan istifade etmese de sürenin geçmesi ile ücret (kira borcu) istikrar bulur, yani ödenmesi gerekir<sup>116</sup>. Hanefiler hayvan kiralamasında bu konuda farklı düşünmektedir. Onlara göre şehir dışında bir yere gitmek üzere hayvan kiraya tutan kişi, hayvanı teslim alıp da yolculuğa çıkmasa ve belirlenen yere kadar gidilebilecek müddet geçse ücret ödemez<sup>117</sup>. Çünkü akit o yere gitmek üzerine bina edilmiştir ve bu da gerçekleşmemiştir<sup>118</sup>. Ama şehirde binmek maksadıyla kiraladığı hayvana binmese de kirayı ödemek zorundadır. Çünkü binme

114 Behûti, *Keşşâfu'l-kınâ'*, IV/14. Ayrıca bk. Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, II/337.

115 Bardakoğlu, Ali, "İslam Hukukunda İşçi ve İşveren Münasebetleri", s. 273.

116 İbnü Kudâme, *el-Muğni*, VI/16-17.

117 Kâdihan, *el-Fetâvâ*, III/347; İbnü Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 267. Bağdâdi, *Mecmau'd-damânât*, s. 20-21; İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddî'l-muhtâr*, VI/11.

118 İbnü Kudâme, *el-Muğni*, VI/16-17.



imkanı olduğu halde binmemiştir. Kiralanandan istifade bilfiil gerçekleşmese de bu imkan bulunduğu takdirde kira borcunun ödenmesi gerekir<sup>119</sup>.

Akit gerek süre üzerine kurulsun ve gerek iş üzerine kurulsun borçlu (kiralayan veya işçi) kiralananı veya emeğini teslim etmek istediği halde alacaklının temerrüdü dolayısıyla teslim gerçekleşmese; birincisinde belirlenen süre, ikincisinde işin yapılması için mümkün olan süre geçince Şâfiî ve Hânbelî mezhebine göre alacaklı karşı edimini yani ücreti ödemek zorundadır. Ebu Hanife'ye göre akit iş üzerine kurulmuşsa bu durumda müddetin geçmesi ile ücret borcu doğmaz. İbnü Kudâme de Ebu Hanife'nin görüşünü tercih etmektedir<sup>120</sup>.

Bazan borç, tamamen düşmese de mikdarında indirim yapılabilir. Muayyen bir yerden yük nakletmek üzere anlaşma yapan nakliyecî, o yere gittiği halde yük veya yük sahibi orada bulunmadığı için dönse, konuşulan ücretin tamamını alamaz. Oraya gidişi, ve yükün yüklenişi ile dönüşü ayrı ayrı değerlendirilerek bir nisbet dahilinde toplam ücretten gidişe isabet eden miktar ödenir<sup>121</sup>. Burada sadece gidiş ücretinin ödenmesi, eğer gidilen yer, genellikle dönüş yükü bulunmayan bir yer ise ve dönüşte yük almadan dönmüşse, taahhüdünü yerine getiren nakliyeciyi mağdur edebilir. Bu gibi durumlarda boş olarak veya çok az bir yükle gidip gelme ücretinin ödenmesi daha âdil olabilir. Nitekim bir başka meselede muayyen bir yere gidip oradaki bir kişiyi davet etmek üzere belli bir ücret üzerine icare akdi yapıldığı ve o kişinin oraya gittiği halde davet edilecek şahsı bulamadığı ve böylece davet etmeden döndüğü takdirde ücretini alacağı belirtilmektedir<sup>122</sup>. Buna karşılık mesela Basra'daki bir şahsa teslim etmek ve onun karşı cevabını getirmek üzere ücretle bir mektup veya yazı götüreren kişi, oraya varınca teslim edeceği şahıs gâib olduğu veya öldüğü için götürdüğü yazıyı geri getirirse Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a<sup>123</sup> göre hiç ücret alamaz. Muhammed'e göre ise sadece gidiş ücretini alır.

119 İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddî'l-muhtâr*, VI/11.

120 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, VI/17; Şirbîni, *Muğnî'l-muhtâc*, II/337.

121 Bk. İbnü's- Şihne, *Lisânü'l-hukkâm*, s. 364; *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, IV/470.

122 *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, IV/470.

123 Bu meselede Ebu Yusufun, Muhammed ile aynı kanaatte olduğu da rivayet edilmektedir. Bk. Şeyhzâde, *Mecma' u'l-enşur*, II/375.

Götürdüğü yazıyı, ona veya varislerine verilmek üzere orada bırakıp dönse o zaman gidiş ücretini, Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre de alır<sup>124</sup>. Bu ihtilaf; mektup götürmek maksadıyla yapılan icare akdinde ücretin, o mesafeye gitme karşılığında mı, yoksa taşıma külfeti karşılığında mı olduğundan kaynaklanmaktadır<sup>125</sup>. Hanbeli mezhebine göre ise birisine bir yazı götüreren ecir —geri cevap getirme hususu olmasa da—, o kişi gâib olduğu için yazıyı geri getirirse hem gidiş, hem de geliş ücretini alır. Çünkü gidiş için, işverenin açık izni ve dönüş için de zımnî izni vardır. Açıkça söylemese de sanki “Muhatabı bulamazsan yazıyı geri getir” demiş gibidir<sup>126</sup>.

Hanefiler, bir nakliye sözleşmesinden sonra, seyhata çıkacak kişinin, seyhatten vazgeçmişse akdi feshedebileceğini söylerler. Fakat seyhatten vazgeçme beyanı yalan ise ve bu gerekçeyle akdi feshettiği halde başka bir vasıtayla seyhate başlamışsa, seyhate başlamasıyla birlikte önceki sözleşmeden doğan ücret borcunu da ödeme mecburiyeti doğar<sup>127</sup>. Bu açıklamalardan şu sonuç çıkarılabilir. Alacaklının ifayı reddi haklı bir sebebe dayanmıyorsa karşı borç aynen devam eder. Eğer alacaklının ifayı reddi haklı bir sebebe dayanıyorsa bu durumda karşı borç da düşer. Zaten alacaklının temerrüdünün şartları arasında zikrettiğimiz “Alacaklı, kendisine yapılan teklifi haklı bir sebep olmadan reddetmiş bulunmalıdır” cümlesi bunu ifade etmektedir.

124 Mergînânî, *el-Hidâye*, III/234-235; Zeylâi, *Tebyînü'l-hakâik*, V/112.

125 İbnü Âbidîn, *Hâşiyetü Reddî'l-muhtâr*, VI/20.

126 İbnü Kudâme, *el-Muğnî*, VI/146.

127 Serâşsî, *el-Mebsût*, XVI/4; Bardakoglu, Ali, “İslam Hukukunda İşçi ve İşveren Münasebetleri”, s. 147.

## NETİCE

Borcun, vaktinde ifa edilmesi esastır. İdeal bir toplumda insanlar bu konuda titizlik gösterirler, vaktinde ifa edemeyecekleri borç yükü altına girmezler ve herhangi bir sebeple ifa güçlüğü ile karşı karşıya kalırlarsa da; ya karşı tarafla anlaşarak sulh yoluyla problemlerini hallederler veya ifayı mümkün kılacak çareler ararlar. Buna riayet etmeyenler çıkınca da adli ve idari sistem, ifa mümkünse onları ifaya icbar eder, dolayısıyla problem kısa sürede çözülür.

Akitlerle ilgili düzenlemelerde daha baştan, mümkün olduğunca akdin ihlaline meydan vermeyecek esaslar hukuk sistemi tarafından tesbit edilir. İslam hukukçularının bu çerçevede, akdin konusunun malum olmasına, akitte ğarar unsuru bulunmamasına, satım akdinde; —istisnalar bir yana— mebiin mevcut olmasına, bedellerden hiç değilse birinin peşin olmasına önem verdiklerini görüyoruz.

Çoğu kere ideal ile realite farklı şekilde tecelli etmektedir. Çok iyi niyetli insanların bile, bazan borçlarını vaktinde ifa edemedikleri bir vâkıdır. Burada ifa etmeme ile ifa edememeyi farklı değerlendirmek gerekir. Hz. Peygamber, imkanı olduğu halde ifayı geciktirenlerin tutumunu "zulüm" olarak değerlendirmiş, bunların şeref ve haysiyetlerine karşı söz söylemeyi ve bu tip insanları cezalandırmayı helal saymıştır.

Bütün hak dinler gibi islam dini de zulmü ve başkalarına zarar vermeyi yasaklamış, zararın mümkün olduğu ölçüde giderilmesini istemiştir. Borçlunun, ifayı geciktirmesi çoğu zaman alacaklının zararına sebep olmaktadır. Bu zarar; alacaklının, ifanın, vaktinde yapılacağına güvenerek yaptığı harcamalar ile, ifanın gecikmesinden dolayı mahrum kaldığı kazancı kapsamaktadır.

Muayyen mal borçlarında, temerrüt ile kazadan dolayı sorumluluk borçluya geçer. Alacaklı her zaman ifayı talep etme hakkına sahiptir. Akdin gereği budur. Ancak geciken ifa dolayısıyla ayrıca bir zarara uğramışsa sadece ifa onu tatmin etmez. Üstelik borçlu ifayı geciktirmekle genelde bir menfaat temin etmiş olur. Aynı olayda bir taraf hiçbir kusuru olmadan zarara uğramakta, kusurlu

taraf ise menfaat temin etmektedir. Burada kusursuz tarafın zararının karşı tarafça tazmini islam hukukçuları arasında ihtilafı bir konudur. Daha doğrusu geçmiş dönem islam hukukçuları konuyu bizzat ele almamışlar, günümüz hukukçuları ise onların başka meselelerdeki görüşlerinden hareket ederek farklı sonuçlara varmışlardır.

İslam hukukçuları bazan meselelere tatbikinde farklı sonuçlara varsalar da tessebbübü bir tazmin sebebi kabul etmişlerdir. Temerrütten dolayı alacaklının uğradığı fiili zararlar bu açıdan değerlendirilebilir. Eğer meydana gelen zarar ile temerrüt arasında irtibat kurulabiliyorsa bu zarar mütemerit tarafından tazmin edilmelidir.

Menfaatin tazmini ihtilafı bir konudur. Şafii ve Hanbeli mezheplerine göre gasbedilen mal ondan istifade edilse de edilmese de tazminat açısından sanki icare akdi ile elde bulunduruluyormuş gibi kabul edilir ve emsal ücreti ödenir. Eğer gasb eden, emsal ücretten daha fazlasına kiralamışsa sahibi, isterse bu kirayı alır. Bu iki mezhebe göre icare akdine konu olabilen menfaatler tazmin edilirken Malikilerle Zahiriler bu şartı aramazlar. Yalnız Malikiler gasb edilenden menfaat temin edildiği takdirde tazminat yükümlülüğünü kabul ederler.

Hanefi mezhebinin ilk dönem hukukçuları menfaatin tazminine tamamen karşı çıkarlarken sonrakiler bazı istisnai durumlarda tazmin edilebileceğini söylemişler, bununla ilgili icthad, zaman içinde geliştirilmiş ve Mecelle'nin tâdilinde ilgili madde Şafii görüşü istikametinde değiştirilmiştir.

Temerrüt her ne kadar gasbdan farklı ise de, gasb gibi değerlendirilebilir. Bu değerlendirme kabul görürse alacaklının mahrum kaldığı kârın mütemerit tarafından tazmin edilmesi makuldür. Bunun tesbitinde bazı mallar için icare akdindeki emsal ücret esas alınabileceği gibi özellikle para borçlarında, mudarebe şeklinde çalıştırıldığı takdirde elde edilebilecek normal kar da esas alınabilir. Hatta mudarebe akdi bile olmadan alacaklının bizzat kendi ticari faaliyetleriyle elde edebileceği kâr esas alınabilir. Nitekim, Hanbeli mezhebine göre gasb ettiği semen ile ticaret yapan veya mal gasb ederek satıp, semeni ile ticaret yapan kişinin elde

ettiği kâr o semenin veya malın sahibinindir.

Bazen geciken ifa, alacaklı için anlamsız hale gelebilir. Bu gibi özel durumlarda alacaklıya ifa yerine tazminat isteme veya akitten dönme hakları tanınması islam hukukuna yabancı bir husus değildir. Karşılıklı edimleri havi akitlerde taraflar, karşı edimi elde etmek için akde razı olurlar. Akit anında; semen borcunun, belli sürede ifa edilmemesi halinde, akdin münfesi olacağına kararlaştırılması caizdir. Buna huyâru'n-nakd denir. Şâfi ve Hanbelî mezheplerine göre böyle bir şart olmasa bile semen borcunun ifası; alıcının ödeme gücü olmaması, ödeyeceği semenin uzakta olması gibi sebeplerle gecikecekse satıcı, akdi feshedebilir. İbnü Kudâme ve İbnü Teymiyye, sebep ne olursa olsun ifanın gecikmesinin fesih sebebi olmasını savunurlar.

Alacaklı, gereği gibi yapılan ifa teklifini kabul etmek zorundadır. Edim, alacaklıya getirilip yanına bırakıldığı takdirde, fiilen kabzetmese de teslim ve tesellüm gerçekleşir. Ancak alacaklının zararına olacak bir ortamda yapılan ifa teklifi bundan istisna edilmiştir.

Ifa, alacaklının bazı hazırlıklar yapmasını veya seçim hakkını kullanmasını gerektiriyorsa mahkeme kararı ile buna zorlanır.

Herhangi bir sebeple alacaklının edimi kabulü mümkün olmazsa boçlu mahkemeye müracaat eder ve hakim veya vekili edimi alacaklı adına kabzeder. Hakim çabuk bozulabilen veya masrafı gerektiren şeyleri satarak bedelini alacaklı adına muhafaza altında bulundurur. Ayrıca alacaklının bilinmemesi veya gaib olması durumunda hakim, edimi karz olarak verebileceği gibi, masrafı gerektiren şeylerde edim, kiraya verilebilecekse, gelirinden ona harcanmak üzere kiraya da verebilir veya bu hususta onun zilyedine yetki verir. Mahkemeye müracaat ve kararı bekleme durumunda edim bozulacak ve tamamen veya kısmen değer kaybedecekse zilyed, mahkemeye müracaat etmeden de edimi satabilir.

Alacaklı, temerrüde düşünce, akdin o haliyle devamı borçlunun zararına ise borçlu mahkemeye müracaat ederek fesih talep edebilir. Karşılıklı rıza ile akdin feshi ise her zaman mümkündür.



## BİBLİYOGRAFYA

Abdunnâsır Tevfik el-Attâr, **Nazariyyetü'l-ecel fi'l-iltizâm fi's-şerî'ati'l-islâmiyye ve'l-ķavânini'l-'arabiyye**, yy. ts., (Matbaatü's-seâde).

Abdunnâsır Tevfik el-Attâr, **el-Ûsratü ve ķânûnu'l-aķvâli's-şahşıyye**, Kahire, ts. (1985 ?).

Abdurrahman el-Cezîrî, **Kitâbu'l-fıķh 'ale'l-mezâhibi'l-erba'a**, İstanbul 1408/1987.

Abdulhamîd es-Sâih, "Dirâse 'ani's-şartı'l-cezâiyyi ve mâ yete'allakı bih", 23-26 Eylül 1985 de İstanbul'da yapılan Al-Baraka Üçüncü İslam İktisadi Sempozyumuna (nedve) sunulmuş beş daktilo sayfası bildiri.

Abdullah b. Süleyman b. Menîc, "Maṭlu'l-ġaniyyi ḡulmün yühıllü 'ıṛḡahû ve 'uķûbetehû", (Suudi Arabistan krallığı, Vezâratü'l-adl Hey'etü't-temyiz bi'l-mıntıkati'l-ġarbiyye başlıklı kağıda daktilo edilmiş, son sayfasında 4/4/1408 tarihi bulunan 11 sayfalık metin).

Abdullah b. Süleyman b. Menîc, "Bahşün enne maṭle'l-ġaniyyi ḡulmün yühıllü 'uķûbetehû ve 'ıṛḡahû", (Son sayfasında 4/4/1411 tarihi bulunan 38 sayfalık daktilo edilmiş metin).

Abdulvahid Kerem, **Mu'cemu'l- muşṭalahâti'l-ķânûniyye** ('Arabî, Fransî, İnkilîzî), Beyrut 1407/1987.

Aclûnî, İsmail b. Muhammed el-Aclûnî (ö. 1162/1749), **Keşfü'l-ḡafâ ve müzilü'l-iltibâs ammâ's-tehera mine'l-ehâdis 'alâ elsineti'n-nâs**, Beyrut 1351-1352.

Ahmed Fethi el-Behensî, **Medḡalü'l-fıķhi'l-cinâfiyyi'l-islâmî**, Beyrut-Kahire, ts.

Ahmed b. Hanbel (ö. 241/855), **el-Müsned**, Nşr. Abdullah Muhammed ed-Derviş, yy. (Dâru'l-fıķr), 1411/1991.

Ahmed Muhammed Müleycî, "et-Tenfîz 'alâ şahşı'l-medîni bi ḡabsihî", Mecelletü's-şeria ve'l-kânûn, (Câmiatü'l-imârâti'l-arabiyyeti'l-müttehıda, Külliyyetü's-şeria ve'l-kânûn), Ramazan 1408, Mayıs 1988, sy. 2.

Ahmed Şelebi, **Târîḡu't-teşri'i'l-islâmiyyi ve târiḡ u'n-nuzumi'l-ķaḡâiyye fi'l-islâm**, Kahire 1981.

Ahmed eş-Şerebâsî, **el-Mu'cemu'l-iķtişâdiyyu'l-islâmî**, Beyrut 1401/1981.

Akıntürk, Turgut, **Özel Hukuk Bilgisi**, Ankara 1986.

Akman Ahmet, **İslam Hukukunda Akdî Mesuliyetten Doġan**

**Tazminat**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 1992.

Aktan, Hamza, "**Damân**", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul 1988 (Yayımı devam ediyor).

Ali Ahmed es-Sâlûs, "**Eşeru teğayyuri kıymeti'n-nuķûd**", el-Ezher, Cümâdâ'l-âhira 1414 h., Dêsambır (Aralık) 1993 m. sy. 6.

Ali el-Hafif, **Aḥkamu'l-mu'âmelâti's-şer'ıyye**, yy., ts., (Dâru'l-fikri'l-arabî, 2. baskı).

Ali el-Hafif, **ed-Damân î'l-fıķhı'l-islâmî**, yy. (el-matbaatü'l-fenniyyetü'l-hadîse), 1971.

Ali Hafif, **el-Milkiyye fişşer'atıl islamiyye**, Beyrut 1990.

Ali Haydar (ö. 1935) **Düreru'l-ḥukkham şerḥu Mecelleti'l-aḥkâm**, İstanbul 1330.

Arslanlı, Halil, "**Ticaret Kanunu Umumi Hükümlerine Göre Borçlunun Temerrüdü**", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, c. XVII, sy. 1-2.

Âsım Efendi, **Kâmûs Tercümesi**, İstanbul 1305.

Atar, Fahrettin, **İslam Adliye Teşkilatı**, Ankara, ts. (Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları).

Atar, Fahrettin, **İslam İcra ve İflas Hukuku**, İstanbul 1990.

‘Avad, **Takrîrât ‘ale'l-İknâ‘**, (el-İknâ‘ ile), Kahire 1359/1940.

Aydın, M. Âkif, "**Borç**". Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul 1988. (Yayımı devam ediyor).

Aynî, Bedrüddin Mahmud b. Ahmed b. Musa el-Aynî (ö.855/1451) **Umdetü'l-ķâri‘**, Kahire 1392/1972

Bâbertî, Ekmelüddin Muhammed b. Muhammed el-Bâbertî (ö. 786/1384), **el-‘Inâye fi şerḥı'l-Hidâye**, (Fethu'l-Kadir ile birlikte), Kahire (Mısır) 1319.

Bâcî, Ebû'l-Velîd Süleyman b. Halef b. Sa‘d el-Bâcî (ö. 494/1100), **el-Müntekâ**, yy (Matbaatü's-seâde), 1332.

Bağdâdî, Ebû Muhammed b. Ğânîm b. Muhammed el-Bağdâdî (ö. 1030/1620), **Mecma‘u'd-đamânât**, Beyrut 1407/1987.

Bardakoğlu, Ali, **İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi**, Erzurum 1982 (Yayımlanmamış doktora tezi).

Bardakoğlu, Ali, "**İslam Hukukunda İşçi ve İşveren Münasebetleri**", İslam'da Emek ve İşçi-İşveren Münasebetleri, İstanbul 1986.

Bardakoğlu, Ali, "**Hizmet (iş) Akdinin Feshi ve Sonuçları**", Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri, İstanbul 1990.

Bayındır, Abdülaziz, **İslam Muhâkeme Hukuku**, İstanbul 1986.

Bayındır, Abdülaziz, "**Paranın Değer Kaybetmesiyle Ortaya Çıkan Problemler ve İslam Hukukuna Göre Çözüm Yolları**", **İslam Açısından Enflasyon ve Çözüm Yolları**, İstanbul 1983.

Behûtî (Buhûtî), Mansur b. Yunus b. Salâhiddin (ö.

1051/1641), **Keşşâfu'l-kınâ' 'an metni'l-iknâ'**, Beyrut 1982.

Beydâvî, Nâsiruddîn Ebû Saïd Abdullah b. Ömer el-Beydâvî (ö. 685/1286), **Envâru't-tenzîl ve esrâru't-te'vîl**, (Kitâbu mecmûa mine't-tefâsîr içinde) Beyrut ts.

Bezzâzî (İbnü'l-bezzâz), Muhammed b. Muhammed b. Şihâb (ö. 827/1424), **el-Fetâvâ'l-bezzâziyye**, (el-Câmi'u'l-vecîz, -el-Fetâvâ'l-hindiyeye ile birlikte), Beyrut 1400/1980.

Bilmen, Ömer Nasuhi, **Hukuk-ı İslamiye ve Istılahat-ı fıkhiyye Kamusu**, İstanbul 1970.

Buḥârî, Ebû Abdullah Muhammed b. İsmâil el-Buḥârî (ö. 256/870), **Saḥîḫu'l-Buḥârî**, Nşr. Mustafa Dîb el-Buḡâ, Dimaşk (Beyrut), 1410/1990.

Bûtî, Muhammed Saïd Ramazan, **Muḥâḍarât fî'l-fıkḫi'l-muḫâran**, Dimaşk 1401/1981.

Celâlüddid el-Harizmî el-Kirlânî (ö. 880/1475), **el-Kifâye**, (Fethu'l-Kadîr ile birlikte) Kahire (Mısır) 1319.

Cin, Halil, -Akgündüz, Ahmet, **Türk Hukuk Tarihi**, Konya 1989.

**Cüzdân-ı kavânîn-i oşmâniyye**, İstanbul 1312.

Çantay, Hasan Basri, **Kur'ân-ı Hakîm ve Meâl-i Kerîm**, İstanbul 1965.

Dârakutnî, Ebû'l-Hasen Ali b. Ömer (ö. 385/995), **Sünen**, Medine 1966.

Debûsî, Ebû Zeyd Abdullah Ömer b. Musa (ö.430/1039), **Te'sîsü'n-naẓar**, Nşr. Mustafa Muhammed el-Kabbânî ed-Dimaşkî, Kahire, ts.

Derdîr, Ebû'l-berakât Ahmed b. Muhammed b. Ahmed ed-Derdîr (ö. 1201/1786), **eş-Şerḫu's-şaḡîr alâ 'aḫrabi'l-mesâlik ilâ mezhebi'l-imâm Mâlik**, Kahire, ts.

Develioğlu, Ferit, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat**, Ankara 1988.

Dimaşkî, Ebu Abdillâh Muhammed b. Addurrahman ed-Dimaşkî (ö. 780/1378'den sonra), **Raḫmetü'l-ümme fî iḫtilâfi'l-eimme**, (el-Mizânü'l-kübrâ ile), Kahire 1940.

Döndüren, Hamdi, "İslam'da Para-Kredi, Faiz ve Enflasyon İlişkileri", İslâmî Araştırmalar, sy. 3 (Ocak 1987).

Ebu Davud Süleyman b. el-Eş'âş (ö. 275/888), **Sünenü Ebî Dâvûd**, Nşr. Muhammed Muhyiddin Abdulhamid, yy. (Dâru ihyâi's-sünneti'n-nebeviyye), ts.

Ebû Hâcer Muhammed es-Saïd b. Besyûnî Zaḡlûl, **Mevsû'atü eṭrâfi'l-ḥadişi'n-nebeviyyi's-şerîf**, Beyrut 1410/1989.

Ebû Serî' Muhammed Abdülhâdî, **er-Ribâ ve'l-ḫarḫ fî'l-fıkḫi'l-islâmî**, Kahire, ts (1985 ?).

Ebu Zehra, Muhammed, **el-Aḫvâlü's-şahsiyye**, Kahire, ts.

Ebu Zehra, Muhammed, **el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-‘akd**, yy. ts., (Dâru'l-fikri'l-arabî).

Ebu Zehra, Muhammed, **Tahrîmu'r-ribâ tanzîmun iktisâdiyyun**, Medînetü's-sahafiyîn, ts.

Ebu Zehra, Muhammed, **Uşûlü'l-fıkh**, Kahire ts.

Ebu Zehra, Muhammed, **el-‘Uķûbe**, yy., ts. (Dâru'l-fikri'l-arabî).

Edgü, Ekrem, **Borçlar Hukuku Umumî Hükümler**, İstanbul 1978.

Erdoğan, Mehmet, **İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi**, İstanbul 1990.

Ergüney, Hilmi, **Türk Hukukunda Lügat ve İstılahlar**, İstanbul 1973.

Erkal, Mehmet, **"Madenî Para, Banknot ve Kâğıt Para Mübadelesinde Faiz", Para, Faiz ve İslam**, İstanbul, ts. (İSAV, Tartışmalı İlmî Toplantılar Dizisi).

Eyüp Sabri, **Mir'âtu Mekke (Mir'âtu'l-ḥarameyn)**, İstanbul (Kostantiniyye) 1301.

**el-Fetâvâ'l-Hindiyye**, Beyrut 1400/1980.

el-Feyyûmî, Ahmed b. Muhammed b. ‘Ali el Muķrî el-Feyyûmî (ö. 770/1368 civarı), **el-Mıṣbâhu'l-münîr**, (Nşr. ‘Abdul ‘azîm eş-Sinnâvî), Kahire, ts.

Fîrûzâbâdî, Muhammed b Yakub (ö. 817/1414), **Tenvîru'l-mıķbâs min tefsîri'(İ)bnî ‘Abbâs**, (Kitâbu mecmûa mine't-tefâsîr içinde) Beyrut ts.

Gazzâlî, Muhammed b. Muhammed Ebu Hâmid el-Gazzâlî (ö. 505/1111), **el-Vecîz**, Gavriyye (Kahire ?) 1318.

Gözübenli, Beşir, **"Âriyet"**, TDV İslam Ansiklopedisi, III/380.

Günenç, Halil, **Günümüz Meselelerine Fetvalar**, İstanbul 1983.

Günenç, Halil (Abdulkerim), **el-Mevsû‘atü'l-fıķhiyyetü'l-müeyssera**, İstanbul 1992.

Güzelhisârî, Mustafa b. Muhammed el-Güzelhisârî, **Menâfi‘u'd-deķâiķ Şerḫu Mecâmi‘i'l-ḥaķâiķ**, İstanbul 1308.

Hacı Reşit Paşa, **Rûhu'l-Mecelle**, İstanbul 1328.

Halebî, İbrahim b. Muhammed el-Halebî (ö. 956/1549), **Mülteķâ'l-ebbûr**, İstanbul 1409/1989.

Hamevî, Ahmed b. Muhammed el-Hamevî (ö. 1098/1687), **Ĝamzu ‘uyûni'l-beşâir şerḫu'l-Eşbâh ve'n-nezâir**, İstanbul (Matbaa-i âmire) 1290.

Hassân Ali ḥallâķ, **Ta‘rîbu'n-nüķûd ve'd-devâvin**, Beyrut (Kahire), 1398/1978.

Haskefî, Muhammed b. Ali (ö.1088/1677), **ed-Dürrü'l-muḫtâr**,

(Reddū'l-muhtâr ile) İstanbul 1984.

Hattâb, Ebû Abdullah Muhammed b. Muhammed el-Hattâb (ö. 954/1546), **Tahrîru'l-keâm fî mesâili'l-iltizam**, Beyrut 1404/1984.

Hâzin, Alâüddin Ali b. Muhammed (ö. 741/1340), **Lübâbu't-te'vîl fî me'ânî't-tenzîl**, (Kitâbu mecmûa mine't-tefâsîr içinde) Beyrut ts.

Heysemî, Ali b. Ebî Bekr el-Heysemî (ö. 807/1404), **Mecmau'z-zevâid ve menbau'l-fevâid**, Beyrut 1967.

İzzüddin Abdulaziz b. Abdisselam (ö. 660/1262), **Kavâ'idü'l-aşkâm**, Beyrut, ts.

İbnü Âbidîn Muhammed b. Emîn b. Ömer (ö. 1252/1836), **Hâşiyetü Reddi'l-muhtâr**, İstanbul 1984

İbnü Âbidîn Muhammed b. Emîn b. Ömer (ö.1252/1836), **Minhatü'l-hâlik ale'l-Bahri'r-râik**, (el-Bahru'r-râik ile), Beyrut ts. (II. Baskı).

İbnü Âbidîn Muhammed b. Emîn b. Ömer (ö.1252/1836), **"Şerhu'l-manzûmeti'l-müsemma bi ukûdi resmi'l-müftî"**, (Mecmûatu Resâil-i İbni Âbidin içinde), Beyrut, ts.

İbnü Âbidîn Muhammed b. Emîn b. Ömer (ö.1252/1836), **"Tenbihü'r-rukûd 'alâ mesâili'n-nükûd"**, (Mecmûatu Resâil-i İbni Âbidin içinde), Beyrut, ts.

İbnü Cüzeyy Ebû'l-kâsım Muhammed b. Ahmed (ö.741/1340), **el-Kavânînü'l-fıkhiyye**, yy. ts.

İbnü Dakîkî'l-îyd Muhammed b. Ali b. Vehb (ö. 710/1302), **İhkâmü'l-aşkâm**, Beyrut 1987.

İbnü Ferhûn İbrahim b. Ali b. Ebî'l-kâsım (ö. 799/1397), **Tebşiratü'l-ḥukkâm**, Kahire, 1406/1986.

İbnü Hacer, Ahmed b. Ali (ö. 852/1447), **Fethu'l-bârî**, Beyrut 1410/1989.

İbnü Hacer el-Heytemî (ö. 974/1566), **el-Fetâvâ'l-kübrâ'l-fıkhiyye**, Kahire 1308.

İbnü Hazm, Ali b. Ahmed b. Saîd (ö. 456/1062), **el-Muḥallâ**, Kahire, ts.

İbnü kayyımî'l-Cevziyye Ebû Abdullah Muhammed b. Ebî Bekr (ö. 751/1350), **İ'lâmu'l-muvaḥḥ'in**, Beyrut, ts.

İbnü kayyımî'l-Cevziyye Ebû Abdullah Muhammed b. Ebî Bekr (ö. 751/1350), **eṭ-Turuḡu'l-ḥukmiyye fî's-siyâseti's-şer'ıyye**, Nşr. Muhammed Cemîl Ğâzî, Kahire ts. (Dâru'l-medenî).

İbnü Kesir İsmail b. Amr b. Kesir (ö. 774/1373), **Tefsîru'l-Kur'ânî'l-'azîm**, Beyrut 1388/1969.

İbnü Kudâme, Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed (ö. 620/1223), **el-Muḡnî**, Beyrut 1403/1983.

İbnü Kudâme el-Makdisî, Abdurrahman b. Ebî Ömer



Muhammed b. Ahmed (ö.682/1283), **eş-Şerhu'l-kebîr**, Beyrut 1403/1983.

İbnü'l-Esir Mecdüddin Ebû's-seâdât el-Mübâarak b. Muhammed el-Cezerî (ö. 606/1210), **en-Nihâye fî ğarîbi'l-ĥadîs**, Neşr: Mahmud Muhammed et-Tinâhî, Beyrut ts. (el-mektebetü'l-ilmiyye).

İbnü'l-Hümâm, Kemâlüddin Muhammed b. Abdülvâhid (ö. 861/1457), **Fethu'l-Kadîr**, Kahire (Mısır) 1319.

İbnü Mâce, Ebu Abdillâh Muhammed b Yezîd (ö. 273/886), **Sünenü (İbni Mâce**, İstanbul 1981(1401).

İbnü Manzûr, Ebû'l-fadl Muhammed b Mûkerrem (ö. 711/1311), **Lisânü'l-‘Arab**, Kahire, ts. (Dâru'l-meârif).

İbnü Nüceym, Zeynüddin b. İbrahim (ö. 970/1563), **el-Eşbâh ve'n-nezâir**, (Nşr. ‘Abdul ‘aziz Muhammed el-Vekîl), Kahire 1387/1968.

İbnü Nüceym, Zeynüddin b. İbrahim (ö. 970/1563), **el-Baĥru'r-râik**, Beyrut, ts. (II. baskı).

İbnü Receb Ebû'l-ferec Abdurrahman b. Ahmed b. Receb (ö. 795/1393), **el-Kavâ'id fî'l-fıĥhü'l-islâmî**, Beyrut, ts.

İbnü Rüşd Ebû'l-velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed (ö. 595/1199), **Bidâyetü'l-müctehid**, İstanbul 1985.

İbnü Sâ‘d, Muhammed b. Sâ‘d. Menî‘ el-Baĝdâdî (ö. 230/844), **et-Tabakâtü'l-kübrâ**, Beyrut ts (1388/1968 ?) (Dâru Sâdır).

İbnü's- Şihne Ebû'l-velîd İbrahim b. Muhammed (ö. 882/1477), **Lisânü'l-ĥukkâm**, (Mu‘înü'l-hukkâm ile), Kahire 1393/1973.

İbnü Teymiyye, Takıyyüddin Ahmed b. Abdülhalim (ö. 727/1327) **Mecmû‘u Fetâvâ**, Riyad 1383.

İbnü Teymiyye, Takıyyüddin Ahmed b. Abdülhalim (ö. 727/1327), **Naẓariyyetü'l-‘aĥd**, Nşr. Muhammed Hâmid el-Fakî, Kahire ts. (1368/1949?) (Mektebetü's-sünneti'l-medeniyye).

Kâdîhan, Fahrüddin Hasan b. Mansûr el-Özcendî (ö. 592/1196), **el-Fetâvâ**, (el-Fetâvâ'l-Hindiyeye ile birlikte), Beyrut 1400/1980.

Kadıẓâde Efendi, Ahmed (ö. 988/1580), **Netâicü'l-efkâr**, (Fethu'l-Kadîr tekmilesi), Kahire (Mısır) 1319.

Kadri Paşa (Muhammed Kadri Paşa), (ö. 1306/1888), **Mürşidü'l-ĥayrân**, Kahire 1403/1983.

Kamil Miras, **Sahîh-i Buhârî Muhtasarı ve Tecrîd-i Sarîh Tercümesi**, Ankara 1969.

**El-Kânûnu'l-medenî**, (Mısır Medeni Kanunu) Nşr. Enver el-Arabî, Kahire 1986.

Karâfî, Şihâbüddin Ebû'l-Abbas Ahmed b. İdris el-Karâfî (ö. 684/1285), **el-Furûĥ**, Beyrut ts.

Karaman, Hayreddin, **Ana Hatlarıyla İslam Hukuku**, İstanbul

1986.

Karaman, Hayreddin, **Fıkıh Usulü**, İstanbul 1982.

Karaman, Hayreddin, **İslam Hukuk Tarihi**, İstanbul 1989.

Karaman, Hayreddin, **İslamın Işığında Günün Meseleleri**, İstanbul 1988.

Karaman, Hayreddin, **Mukayeseli İslam Hukuku**, İstanbul 1987.

Karaman, Hayreddin, "**Alışverişte Wade Farkı**", **İslam Hukukuna Göre Alışverişte Wade Farkı ve Kâr Haddi**, İstanbul 1989.

Kardâvî, Yusuf, **Bey' u-l-murâbağa li'l-âmiri bi's-şirâ kemâ tücrîhi'l-meşârifü'l-islâmiyye**, Kahire 1407/1987.

Kâsânî, Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Kâsânî (ö. 587/1191), **el-Bedâyi' u'sşanâi'**, Beyrut 1402/1982.

Kastalânî, Ahmed b. Muhammed b. Ebî Bekr (ö. 923/1517), **İrşâdu's-sârî**, Beyrut, ts.

Kayapınar, Hüseyin, **İslam Hukukunda Ortaklık ve Kira Yoluyla Arazinin İşletilmesi**, İstanbul 1993, (Basılmamış Doktora Tezi).

Kayravânî, Abdullah b. Ebî Zeyd el-Kayravânî (ö. 386/996), **Risâle**, Kahire (Beyrut), ts.

Kerhî, Ebû'l-Hasen Ubeydullah b. el-Huseyn el-Kerhî (ö. 340/952), **Risâle fi'l-uşûl**, (Te'sîsü'n-nazar ile), Kahire, ts.

Komasyon (Çağ Yayınları), **Kur'ân-ı Kerim ve Türkçe Meâli**, İstanbul 1981.

Komasyon (Diyanet), **Kur'ân-ı Kerim ve Türkçe Anlamı**, Ankara 1983.

Komasyon (Ali Özek, Hayreddin Karaman, Ali Turgut, Mustafa Çağırıcı, İbrahim Kâfi Dönmez, Sadreddin Gümüş), **Kur'ân-ı Kerim ve Türkçe Açıklamalı Meâli**, Medine 1412/1992.

Kurtubî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî (ö. 671/1273), **el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'ân**, Beyrut, ts.

Kurtubî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ferec el-Kurtubî (ö. 497/1104), **'Akdîyetü Rasûlillâh**, Halep 1402/1982.

Leknevî, Ebû'l-hasenât Abdulhayy b. Abdulhalîm (ö. 1304/1886), **en-Nâfiu'l-kebîr** (el-Câmiu'ş-şagîr ile birlikte), Beyrut 1406/1986.

Luveys Ma'lûf, **Fevâidü'l-edeb**, (el-Müncid'in eki), Tahran 1365.

Mâcid Ebû Ri(a)hye, **Hukmü't-ta'zîr bi 'aḥzî'l-mâl**, Amman 1407/1986.

Mahluf b. Muhammed el-Bedevî el-Minyâvî (ö. 1295/1878), **Tatbîqu'l-kânûni'l-medenî alâ mezhebi'l-İmâm Mâlik**, Dâru'l-kütübî'l-mısriyye, Mahtûtât Bölümü, Kavânin 278.

Mahmasânî, Subhî, **en-Nazariyyetü'l-âimme li'l-mücebât**

**ve'l-<sup>u</sup>ğûd fi's-şerî'ati'l-islâmiyye**, Beyrut 1948.

Mâlik b. Enes (ö. 179/795), **el-Muvaţta'**, İstanbul 1981(1401).

Mâverdi, Ebû Hasan Ali b. Muhammed el-Mâverdi (ö. 450/1058), **el-Ahkâmü's-sultânîyye**, Beyrut 1405/1985.

**Mecelle**, (Cüzdân-ı kavânin-i oşmâniyye içinde) İstanbul 1312.

Mehmed Salâhî, **Kâmûs-i Oşmânî**, İstanbul 1313.

Merdâvî, Ali b. Süleyman (ö. 885/1480), **el-İnşâf fî ma'rifeti'r-râcih mine'l-hılâf 'alâ mezhebi'l-imâmi'l-mübeccel Ahmed b. Hanbel**, Kahire 1376/1956.

Mergînânî, Ebû'l-Hasen Ali b. Ebî Bekr b. Abdî'l-celîl el-Ferğânî elMergînânî (ö. 593/1197), **el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedî**, yy. ts. (el-mektebetü'l-islâmiyye).

Mevsîlî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd (ö. 683/1284), **el-ihtiyar li ta'lîli'l-muhtâr**, yy. (el-Matbaatü't-teâvüniyye), Ofset basım (Modern Prodüksiyon Basımevi, 1981).

**el-Mevsû'atü'l-fıkhıyye** (ilk on cildinin adı: **Mevsû'atü Cemal Abdünnâsır**) Kahire 1386 (devam ediyor).

Meydânî, Ebû'l-Fadl Ahmed b. Muhammed en-Nisâbüri el-Meydânî (ö. 518/1124), **Mecma'u'l-emşâl**, Beyrut 1408/1988.

Molla Hüsrev Muhammed b. Ferâmûz (ö. 885/1480), **Mir'âtü'l-uşûl**, İstanbul 1317.

Muhammed b Abdullah el-Ahmed, **Hukmü'l-habs fi's-şerî'ati'l-islâmiyye**, Riyâd 1404/1984.

Muhammed Abdülazîm ez-Zerkânî, **Menâhilü'l-ırfân**, Kahire ts.

Muhammed Ahmed İsmâil el ħârûf, (Ebû'l-Abbas Necmüddin b. er-Rif'a el-Ensârî (ö. 710/1310), **Kitâbü'l-ıdâh ve't-tibyân fî ma'rifeti'l-mikyâl ve'l-mizân**, adlı eserin tahkikli baskısı), Dımaşk 1400/1980.

Muhammed Ali b. Hüseyin, **Tehzîbü'l-furûk ve'l-kavâ'idî's-seniyye fî'l-esrâri'l-fıkhıyye** (el-Furûk ile birlikte), Beyrut ts.

Muhammed Fevzi Feydallah, **Nażariyyetü'd-çamân fî'l-fıkhı'l-islâmiyyi'l-âmm**, Küveyt 1403/1983.

Muhammed eş-Şehât el-Cündî, **Damânü'l-<sup>a</sup>ç d ve'l-mes'ûliyyetü'l-<sup>a</sup>ç diyye fi's-şerî'ati'l-islâmiyye**, Kahire 1411/1990.

Muhammed Mustafa Şelebi, **Ta'lîlü'l-ahkâm**, Beyrut 1401/1981.

Muhammed Necmüddin el-Kürdi, **el-Mekâdirü's-şer'iyye ve'l-ahkâmü'l-fıkhıyyeti'l-müteallikati bihâ**, yy. (Matbaatü's-seâde), 1404/1984.

Muhammed Selâme Cebr, **Ah-kâmu'n-nuqûd fi's-şeriatil-islâmiyye**, Küveyt 1401/1981.

Muhammed Tâhir b. Âşûr, **Mekâşıdu's-şer'ati'l-islâmiyye**, Tunus 1978.

Muhammed Vefâ, **Ebrazi şuveri'l-buyû'il-fâside**, yy. (Matbaatü's-saâde) (Kahire ?), 1404/1984.

Müslim, Ebû'l-Huseyn Müslim b. el-Haccâc (ö.261/874), **Saħîhu Müslim**, Nşr. Muhammed Fuâd Abdülbâki, Kahire 1374/1955.

Nesâi, Ebû Abdurrahman Ahmed b. Şuayb b. Ali en-Nesâi (ö. 303/915), **Sünenü'n-Nesâi**, Beyrut 1411/1991.

Nesefi, Ebû'l-berakât Abdullah b. Ahmed (ö. 710/1310), **Medârikü't-tenzil ve haķâiku't-te'vil** (Nesefi Tefsiri) (Kitâbu mecmûa mine't-tefâsir içinde) Beyrut ts.

Nevevî, Muhyiddin Yahya b. Şeref en-Nevevî, (ö. 676/1277), **el-Minhâc**, (Muğni'l-muhtâc ile) Kahire 1377/1958.

Nevevî, Muhyiddin Yahya b. Şeref en-Nevevî (ö. 676/1277), **Şeħru Müslim**, (**Saħîhu Müslim bi şerhi'n-Nevevî**), Kahire 1347-1349, (Beyrut 1392/1972).

Nezih Hammâd, "**Bey'u'l-kâli' bi'l-kâli'**", **Dirâsât fi usûli'l-müdâyenât fi'l-fıķhi'l-islâmî**, Taif 1411/1990.

Nezih Hammâd, "**el-müeyyidâtü's-şer'ıyye li ħamli'l-medîni'l-mümâtıli 'ale'l-vefâi ve buĥlâni'l-ĥukmi bi't-te'vidi'l-mâliyyi 'an ħarari'l-mumâtaleti**", **Dirâsât fi usûli'l-müdâyenât fi'l-fıķhi'l-islâmî**, Taif 1411/1990. Mecelletü Ebhâşi'l-iķtişâdi'l-islâmî, (1405-1985), c. 3, sy. 1. Tezimizde kitabın sayfaları kullanılmıştır.

Nezih Hammâd, **Dirâsât fi usûli'l-müdâyenât**, Taif 1411/1990.

Orman, Sabri, "**Modern İktisat Literatüründe Para, Kredi ve Faiz**", **Para, Faiz ve İslam**, İstanbul, ts. (İSAV, Tartışmalı İlmî Toplantılan Dizisi).

Öçal, Akar, **Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi**, İstanbul 1965.

Önen, Turgut, **Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdü**, Ankara 1975.

Özcan, Abdullah, **el-Ecel fi aķdi'l-bey'**, Mekke 1409/1989, (Doktora tezi).

Özel, Ahmed, **İslam Hukukunda Ülke Kavramı**, İstanbul 1982.

Öztürk, Abdülvehhab, "**İslam'da İşçi ve İşveren münasebetleri**", **İslam'da Emek ve İşçi-İşveren Münasebetleri**, İstanbul 1986.

er-Râzi, Muhammed b. Ebî Bekr b. 'Abdi'l-ķâdir er-Râzi (ö. 666/1268'den sonra), **Muĥtâru's-şıĥâh**, Beyrut 1967.

Rado, Türkân, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, İstanbul 1992.

Sa'dî Çelebi, Sa'dullah Sa'dî b. 'Isâ (ö. 945/1538), **Hâşiye 'ale'l-'Inâye**, (Fethu'l-Kadir ile birlikte), Kahire (Mısır) 1319.

Sa'dî Ebû Ceyb, **Mevsû'atü'l-icmâ'**, Dimaşk, 1404/1984.

Salih Abdullah es-Semî' el-Âbî el Ezherî, **Cevâhiru'l-iklîl şerhu Muhtasarı'l-'allâme eş-Şeyh Halil**, Kahire ts.

San'ânî, Muhammed b. İsmâil el-Emîr el-Yemenî es-San'ânî (ö. 1182/1768), **Sübülü's-selâm**, Beyrut 1412/1991.

Sâvî, Ahmed b. Muhammed es-Sâvî (ö. 1241/1825), **Buğyetü's-sâlik**, (Hâşiye 'ale's-Şerhu's-sağır), (eş-Şerhu's-sağır ile), Kahire, ts.

Semerķandî, Alâu'ddîn Muhammed b. Ahmed es-Semerķandî (ö. 539/1145), **Tuhfetü'l-fuķahâ**, Beyrut 1405/1984.

Semîr Abâza, "Hel yukbelu şer'a'n ittifâku'l-müteâ'kıdeyni 'alâ tağmîni'l-'akđi naşşan yeķđi bi't-taķkîmi fimâ yete'allaku bi't-ta'viç, ve zâlike fî ģâleti taķşîri'l-medîni'l-mümâţılı fî'l-vefâ", Sekiz sayfalık daktilo edilmiş metin.

Senhûrî, Abdurrezzâk es-Senhûrî, **Maşâdiru'l-ģak fî'l-fıķhı'l-islâmî**, yy. ts. (Dâru'l-fikri'l-islâmî).

Senhûrî, Abdurrezzêk es-Senhûrî, **Nazariyyetü'l-'akđ**, (Şerhu'l-kânûni'l-medeni en-Nazariyyetü'l-'âmme li'l-iltizâmât), Kahire (Beyrut) 1353/1934.

Senhûrî, Abdurrezzêk es-Senhûrî, **el- Vasît**, Beyrut 1970.

Seraģsî, Muhammed b. Ahmed es-Seraģsî (ö. 483/1090), **el-Mebsût**, İstanbul 1403/1982/83.

Seyyid Abdullah Ali Hüseyin, **el-Muķâranâtü't-teşri'ıyye**, Kahire 1366/1947-1368/1949.

Seyyid Şerif el-Cürcânî, Ali b. Muhammed (ö. 816/1413), **Şerhu Ferâidı Sirâciyye**, (Mahmud Bey matbaası), 1322.

Siddîk Muhammed el-Emîn eđ-đarîr, "el-İttifâku 'alâ ilzâmî'l-medîni'l-mûsiri bi te'viğı đararı'l- mümâţale", Mecelletü Ebģâşil-iķtişâdi'l-islâmî, (1405-1985), c. 3, sy. 1.

Sindî, Muhammed b. Abdülhâdi (ö.1138/1726), **Hâşiye alâ Şerģı Süneni'n-Nesâi**, (Sünenü'n-Nesâi ile birlikte) Beyrut 1411/1991.

Suyûtî, Abdurrahman b. Ebî Bekr b. Muhammed es-Suyûtî (ö. 911/1505), **Zehru'r-rubâ ale'l-müctebâ**, (Süneni'n-Nesâi ile birlikte) Beyrut 1411/1991.

Suyûtî, Abdurrahman b. Ebî Bekr b. Muhammed es-Suyûtî (ö. 911/1505), **El-Eşbâh ve'n-nezâir**, Kahire, ts.

Süleyman Muhammed Ahmed, **Damânü'l-mütlefât**, Kahire 1405/1985.

Şâfiî, Muhammed b. İdris eş-Şâfiî (ö. 204/820), **el-Ümm**, Nşr.



Muhammed Zühri en-Neccâr, Beyrut 1393/1973.

Şârânî, Ebû'l-mevâhib Abdulvehhâb b. Ahmed eş-Şârânî (ö. 973/1565), **el-Mizânü'l-kübrâ**, Kahire 1940.

Şelebî, Şihâbuddin Ahmed eş-Şelebî, **Hâşiye alâ Tebyîni'l-hağâik**, (Tebyînü'l-hağâik ile) Bolak 1314.

Şeref b. Ali eş-Şerif, **el-İcâratü'l-vâride 'ale'l-'amel**, Cidde 1400/1980.

Şeybânî, Muhammed b el-Hasen eş-Şeybânî (ö. 189/805), **el-Aşl**, Nşr. Ebû'l'-'vefâ el-Afgânî, Beyrut 1410/1990.

Şeybânî, Muhammed b el-Hasen eş-Şeybânî (ö. 189/805), **el-Câmiu'ş-şagîr**, Beyrut 1406/1986.

Şeyhzâde Muhammed b. Muslihiddin (ö. 951/1544), **Hâşiyetü Şeyhzâde 'alâ Tefsîri'l-kâdi Beydâvî**, İstanbul 1988.

Şeyhzâde (Dâmâd) Abdurrahman b. Muhammed (ö. 1078/1667), **Mecma'u'l-enhur**, İstanbul 1991.

Şirbînî, Muhammed b. Ahmed eş-Şirbînî el-ğatîb (ö. 977/1570), **Muğni'l-muhtâc**, Kahire 1377/1958.

Şirbînî, Muhammed b. Ahmed eş-Şirbînî el-ğatîb (ö. 977/1570), **el-İknâ' fi halli elfâz-ı Ebî Şücâ'**, Kahire 1359/1940.

Tahâvî, Ebu Ca'fer Ahmed b. Muhammed et-Tahâvî (ö. 321/933), **Müşkilü'l-âşar**, Haydarabâdü'd-Dekan 1333 (Beyrut ts).

Tarablusî, Alâuddin Ebû'l-Hasen Ali b. Halil et-Tarablusî (ö. 844/1440), **Mu'inü'l-hukkâm**, Kahire 1393/1973.

Tekil, Fahiman, **Borçlar Hukuku**, İstanbul 1981.

Tekinay, Selahattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, İstanbul 1979.

Tirmizî, Ebu İsa Muhammed b. İsa et-Tirmizî (ö. 279/892), **Sünenü't-Tirmizî**, Nşr. İzzet 'Abîd, İstanbul, ts. (el-Mektebetü'l-islâmiyye).

Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, İstanbul 1976.

**Türkçe Sözlük**, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 1983.

**Türk Hukuk Lügatı**, Ankara 1991 (Hazırlayan: Türk Hukuk Kurumu).

Umur, Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, İstanbul 1987.

**Usûl-i Muğâkeme-i Huğûkiyye Kânunu**, (Cüzdân-ı kavânîn-i oşmâniyye içinde), İstanbul 1312.

Vehbe ez-Zuhaylî, **Nażariyyetü'd-ğ amân ev aḥkâmu'l-mes'ûliyyeti'l-medeniyye ve'l-cinâiyye fî'l-fıḫhî'l-islâmî**, Dimaşk 1402/1982.

Yaran, Rahmi, **"Ağaç"**, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul 1988 (Yayımı devam ediyor).

Yusuf Kâsım, **Mebâdiü'l-fıḫhî'l-islâmî**, Kahire 1403/1983.

Zekerıyyâ Mehrân Paşa (Bâşâ), **Mücezu'n-nüḫûd ve's-**

**siyâseti'n-nağdiyye**, Kahire 1944.

Zekiyyüddin Şaban, **Usûlü'l-fıkhı'l-islâmî**, Kahir, ts. (1983 ?), (Terc: İbrahim Kafi Dönmez, **İslam Hukuk İlminin Esasları**, Ankara 1990.

Zerkâ, Ahmed, **Şerhu'l-ğavâ'idi'l-fıkhıyye**, Beyrut 1403/1983.

Zerğâ, Mustafa Ahmed, **el-Medğalü'l-fıkhıyyü'l-âmm (el-Fıkh u'l-islâmî fi şevbihî'l-cedîd)**, I. cilt 1967-1968, II. cilt 1387/1968, III. cilt 1384/1965, ts, (VI. baskı).

Zerğâ, Mustafa Ahmed, "**Hel yukbelu şer'an el-ğukmu 'ale'l-medîni'l-mümâtili bi't-te'vîdı 'ale'd-dâin**", Mecelletü Ebbâsi'l-iğtişâdi'l-islâmî, (1405-1985) c.2, sy. 2.

Zeylaî, Osman b. Ali ez-Zeyla'î (ö. 743/1342), **Tebyînü'l-hağâik**, Bolak 1314.

Zeytinoğlu, Erol, **Genel Ekonomi II**, İstanbul 1980.

