



## İSLAM HUKUKU AÇISINDAN BORCUN GECİKTİRİLMESİ HALİNDE UYGULANABİLECEK İŞLEMLER

Hüseyin ESEN\*

### ÖZET

Bu çalışmada alacağın/borcun zamanında teslim alınabilmesi için daha baştan borç verirken alınabilecek tedbirler, borcun ödenmesinin gecikmesi halinde anaparanın iadesini sağlamaya ve ortaya çıkan zararın giderilmesine yönelik işlemler ve şayet gerekli görülürse borçluya uygulanabilecek cezalar üzerinde durulmaktadır. Bu konuda daha önce söylenenleri kendi bakışımıza göre değerlendirerek, tazminat ve ceza boyutlarını ayırmak suretiyle bir çerçeve ortaya koymaya çalıştık. Önceki çalışmalarda mazeretsiz olarak borcun geciktirilmesi halinde uygulanabilecek işlemlerin genellikle tazminat açısından ele alındığını gördük, hâlbuki işin ceza boyutunun da söz konusu olduğuna dikkat çekmeye çalıştık.

**Anahtar Kelimeler:** Borç, Borcun Gecikmesi, Tazminat, Mali Ceza

### APPLICABLE PROCEEDINGS IN CASE OF DELAYING THE DEPT

### IN TERMS OF ISLAMIC LAW

### ABSTRACT

This study deals with the debt delay problem in terms of Islamic law; some kinds of measures that are possible to take guarantee the repayment of the dept, proceedings to ensure the return of principal and for the elimination of the damage caused by delay and some kinds of penalties applicable to the indebted person if it is deemed necessary to punish him/her. Evaluating the opinions declared on this subject by others earlier, we tried to introduce a framework according to our own outlook on this subject, separating the aspects of compensation and punishment of the subject. In previous studies we have seen that the case of debt delay problem is usually taken into consideration in terms of compensation but we want to draw attention to the aspect of the criminal of the dept delay case explaining some applicable penalties excluding financial penalties in order to avoid the forbidden interest.

**Keywords:** Debt, Debt Delay, Compensation, Financial Penalty

\* Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı, İzmir.  
E-Posta: huseyin.esen@deu.edu.tr

## I. GİRİŞ

Alacak-borç ilişkileri hayatın kaçınılmaz gerçeklerindedir. İnsanlar arasında dürüstlük, sözünde durma, haksızlık etmeme gibi temel ahlaki kurallar esas olmakla birlikte, isteyerek veya istemeyerek karşı tarafa zarar verici davranışlar sergilenebilmektedir. Bu çalışmada alacağın/borcun zamanında teslim alınabilmesi için daha baştan borç verirken alınabilecek tedbirler, borcun ödenmesinin gecikmesi halinde anaparanın iadesini sağlamaya ve ortaya çıkan zararın giderilmesine yönelik işlemler ve şayet gerekli görülürse borçluya uygulanabilecek cezalar üzerinde durulacaktır.

Özellikle zararın tazmini, cezai şart ve mali ceza konularında çok farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin bütün ayrıntılarıyla ele alınması, görüş sahiplerinin tespiti ve delillerin ayrıntılı olarak ortaya konulup tartışılması bu çalışmanın sınırlarını aşacağından, ilgili görüşleri kendi bakışımıza göre yaptığımız tasnif içinde genel hatlarıyla özetleyerek kendi değerlendirmemizi öne çıkarmak gibi bir yöntem takip ettik. Yani daha önce söylenenleri kendi bakışımıza göre değerlendirerek bir çerçeve ortaya koymaya çalıştık. Önceki çalışmalarda mazeretsiz olarak borcun geciktirilmesi halinde uygulanabilecek işlemlerin genellikle tazminat açısından ele alındığına, hâlbuki işin ceza boyutunun da bulunduğu dikkat çekmeye çalıştık.

Borcun ödeme zamanında ödenmeyerek geciktirilmesi Arapça'da "matl= مطل" kelimesiyle ifade edilmektedir. Bu kelime, yerine getirilmesi hak edilmiş olan herhangi bir şeyin yapılmasının engellenmesi anlamında çok geniş bir manaya sahiptir. Öyle ki karı kocanın birbirleri üzerindeki hakları veya yönetenlerle yönetilenlerin karşılıklı haklarının yerine getirilmemesi de bu kapsamda değerlendirilmiştir. Yine Arapça olan "inzar=إنظار" ve "nazira=نظرة" kelimeleri, süre vermek ve tehir etmek anlamlarında olup Bakara suresi 2/280. ayette bu anlamda kullanılmıştır: "Eğer borçlu darlık içindeyse, ona eli genişleyinceye kadar müblet verin". Matl ve Inzar kelimeleri geciktirme ve tehir anlamında ortak olmakla birlikte aralarında şöyle bir fark bulunmaktadır; Borçlunun zamanı geldiği halde ödemeyi geciktirmesine matl, alacaklının alacağını tehir etmesine ise inzar denilmektedir.<sup>1</sup> Günümüzde geciktirme ve direnme anlamlarında hem borçlu için hem de alacaklı için temerrüt kavramı kullanılmaktadır. Borcun zamanında ifa edilmemesine neden olan kişi alacaklı ise alacaklının temerrüdü;

<sup>1</sup> el-Mevsuatü'l-fıkhiyye, "Matl", XXXVIII, 114.

ifanın borçlu tarafından zamanında yerine getirilmemesi halinde ise borçlunun temerrüdünden bahsedilmektedir.

## II. BORCUN İSPATINI VE GERİ ÖDENMESİNİ SAĞLAYACAK TEDBİRLER

Borç işlemlerinde gerek borcun ispatı, gerekse ispat edilen borcun alacaklıya geri ödenmesini garantiye almaya yönelik tedbirlerin baştan uygulanması, daha sonra ortaya çıkması muhtemel sorunları önceden çözmek demektir. Hukuk kurallarının bir kısmı bu tür sorunları henüz ortaya çıkmadan önleme, bir kısmı da bir şekilde ortaya çıkmış olan sorunları çözmeye amacına yöneliktir. Özellikle alacaklı durumda olan kişilerin, daha sonra sorun yaşamamak için gerekli tedbirlerin baştan alınmasının önemi inkâr edilemez. İslam hukuku kaynaklarında bu tür tedbirler “tevsîku’d-deyn=borcun sağlama/garantiye alınması” tabiriyle ifade edilmektedir.

### A. BORCUN İSPATINI SAĞLAYACAK TEDBİRLER

Borcun varlığını ispat konusunda taraflar anlaşamadığında borcun ispatı için iki temel vasıta bulunmaktadır. Bunlar; borç verirken borcun yazılması ve şahit tutulması işlemleridir. Bakara suresi 2/282. ayette borç verirken hem borcun yazılması hem de şahit tutulması vurgulanmıştır. Fakihlerin büyük çoğunluğuna göre ayette geçen “yazın” ve “şahit tutun” emirleri, borcun yazılmasının hükmü farz veya vacip değil, mendup yani tavsiye niteliğindedir. İbn Hazm gibi bazı âlimler ise bunları farz olarak görmüşlerdir.<sup>2</sup>

### B. BORCUN GERİ ÖDENMESİNİ SAĞLAYACAK TEDBİRLER

İspat konusunda problem olmayan borcun zamanında ve istenildiği şekilde geri ödenmesini sağlayabilmek için borç karşılığında bir malı rehin alma, kefalet isteme, havale etme yahut değer kaybı olmayan veya az olan türden bir malın borç verilmesi gibi yollar bulunmaktadır.

#### 1. Rehin Alınması

Rehin, alacaklı tarafından alıkonulan ve borçlu borcunu ödemediği takdirde, satılıp bedeliyle borcun ödeneceği maldır. Günümüzde kullanılan ipotek kelimesi, taşınmaz mal yâni gayrimenkul için uygulanan rehini ifade etmektedir. Borçlu borcunu ödemediği ve

<sup>2</sup> İbn Hazm, *el-Muhalla*, VIII/80; İbn Cerir er-Taberi, *Tefsiri't-taberi*, III, 77-79.

malı bütün borçlarını ödemeye yeterli olmadığı için rehin alınan malın satışına karar verildiğinde, rehin alan alacaklı, diğer alacaklılardan öncelikli olarak rehin malın bedelinden alacağını tahsil etme hakkına sahiptir. Rehlin alan hakkını aldıktan sonra geriye kalan mal diğer alacaklılara ödenir.<sup>3</sup> Bakara suresi 2/283. ayeti, rehlin alınmanın meşruiyetini ifade etmektedir.

## 2. Kefalet İstenmesi

Kefaletin tanımı ve mahiyeti konusunda dört farklı görüşün ortaya çıktığı görülmektedir:

Hanefilere göre kefalet; Borcu talep etme konusunda kefilin zimmetini asilin zimmetine katmaktır. Yani borç asilin zimmetinde kalır, kefilin zimmetinde sabit olmaz, kefilden sadece ödeme talebinde bulunulabilir.<sup>4</sup> Malikilere göre kefalet; Borcu üstlenme konusunda kefilin zimmetini asilin zimmetine katmaktır. Ancak alacağı asilden almaktan aciz kalınması durumunda kefilden alınabilir.<sup>5</sup> Şafiiiler ve Hanbelilere göre kefalet; Borcu üstlenme konusunda kefilin zimmetini asilin zimmetine katmaktır. Borç her ikisinin zimmetinde de sabit olur. Alacaklı, asilden veya kefilden alacağını isteyebilir.<sup>6</sup> İbn Ebi Ya'la ve İbn Şübrüme gibi âlimlere göre kefalet, borcun asilin zimmetinden kefilin zimmetine intikal etmesidir. Artık asilden ödeme talebinde bulunulamaz.<sup>7</sup> Ayrıntılarda mezkûr farklı görüşler bulunmakla birlikte, İslam âlimleri kefalet işleminin caiz olduğu, insanların buna ihtiyaçları bulunduğu, alacaklının zararını engelleme ve alacağını garantiye alma yollarından biri olduğu ve mendup hükmünde bulunduğu hususunda ittifak etmişlerdir.<sup>8</sup>

## 3. Değer Kaybı Olmayan Veya Az Olan Türden Bir Malın Borç Verilip Yine Aynı Cinsten Veya Ödeme Zamanındaki Bedeliyle Geri Alınması

İstikrarsız ekonomilerde paranın değerinde meydana gelen düşüşten fazla etkilenmemek amacıyla, borç verme işlemlerinde memleket parası yerine mümkünse borcun daha sabit olan altın, döviz veya eşya olarak verilme yoluna gidilmesi, alacağın uğrayabileceği zararı

<sup>3</sup> İbn Kudame, *el-Muğni*, IV, 362; *Mecelle*, Madde: 701 vd.

<sup>4</sup> *Mecelle*, Madde: 612.

<sup>5</sup> İbn Cüzey, *el-Kavaninü'l-fıkhiyye*, 354.

<sup>6</sup> Şafii, *el-Ümm*, III, 229; İbn Kudame, *el-Muğni*, IV, 590.

<sup>7</sup> İbn Hazm, *el-Muhalla*, VIII/111; *el-Mevsuatü'l-fıkhiyye*, "Deyn", XXI, 125-126.

<sup>8</sup> Serahsi, *el-Mevsuat*, XIX, 161; *Mevsuli, el-İbtiyâr*, II, 166.

en aza indirecektir. Burada borç altın olarak verilip yine altın olarak alınmakta, döviz olarak verilip yine aynı döviz cinsinden alınmakta veya bir mal mesela bir ton buğday verilip yine bir ton buğday olarak geri alınmaktadır. İstenirse ödeme zamanında altın, döviz veya malın memleket parasından değeri de alınabilir. İslam açısından bu yöntemin herhangi bir sakıncası bulunmamakla birlikte; geliri borçlandığı altın, döviz veya mal cinsinden olmayan borçlular için, istikrarlı olmayan ekonomik ortamlarda büyük risk oluşturabilmektedir. Zaman içinde altın, döviz veya eşyada meydana gelen ani ve yüksek fiyat çıkışları, geliri memleket parasından olan borçluları zor durumda bırakabilmektedir.

#### **4. Değer Kaybı Olmayan Veya Az Olan Türden Bir Mala Endeksli Olarak Borç Verilmesi**

Borç verenin elinde altın, döviz veya eşya bulunmayıp memleket parası bulunduğu, paranın değerindeki düşüştür zarar görmemek amacıyla, borcun memleket parası olarak verilmesi ancak verilme zamanındaki değerine göre altın, döviz veya bir eşyaya endekslenmesi ve ödeme zamanı geldiğinde de, endekslenen altın, döviz veya eşyanın hâlihazırdaki değeri üzerinden memleket parası olarak ödenmesi şeklinde anlaşma yoluna gidilebilmektedir. Bu yöntem de alacaklı açısından parayı garantiye alma bakımından iyi bir yol olarak görünmekle birlikte; zaman içinde altın, döviz veya eşyada meydana gelen ani ve yüksek fiyat çıkışları, geliri memleket parasından olan borçluları zor durumda bırakabilmektedir.

##### ***a. Altına endeksli borç verilmesi***

Altın konusunu iki ayrı durumda ele almak gerekmektedir:

##### **Altın değeri ile ödeme şartı**

Borç veren, memleket parası olarak borcu verir ve verilmiş tarihi itibarıyla bu paranın kaç gram altına tekabül ettiği tespit edilir ve ödeme zamanı geldiğinde bu miktar altının karşılığı olan memleket parasıyla borç ödenir. Böyle bir anlaşmayla paranın değeri korunmuş olur ancak geliri altın cinsinden olmayan borçlu açısından altının fiyatının yükselmesi durumunda zarara uğrama riski bulunmaktadır.

##### **Altın olarak ödeme şartı**

Borç veren, memleket parası olarak borcu verir ancak verilmiş tarihi itibarıyla bu paranın kaç gram altına tekabül ettiği tespit edilir ve ödeme zamanı geldiğinde belirlenen miktar altın ile borç ödenir. Burada

verilen borç memleket parası cinsinden, ödenecek borç ise altın cinsinden olacağından, bu tür bir işlem vadeli sarf işlemi olmaktadır. Fıkıhta vadeli sarf işleminin caiz görülmemesi sebebiyle, borç işleminde memleket parasıyla verip altın olarak almanın caiz olmadığı sonucuna varılmaktadır.<sup>9</sup> Ancak satılan bir şeyin bedeli (para borcu değil) altın olarak tespit edilir ve borcu ödeme zamanı geldiğinde altın olarak ödenirse, bunda bir sakınca bulunmamaktadır.<sup>10</sup> Mesela borç veren alacaklıya buğday satar, buğdayın o anki kıymetinin kaç gram altına tekabül ettiği tespit edilir ve bu miktar altın borç verilmiş olur. Ödeme zamanı geldiğinde borçlu aynı miktar altın ile ödeme yapar.

### **b. Dövizle endeksli borç verilmesi**

Borç veren, memleket parası olarak borcu verir ve verilmiş tarihi itibarıyla bu paranın seçilen döviz cinsinden kaç tekabül ettiği tespit edilir ve ödeme zamanı geldiğinde belirlenen miktardaki dövizin karşılığı memleket parası olarak ödenir.

### **c. Eşya ile endeksli borç verilmesi**

Borç veren, memleket parası olarak borcu verir ve verilmiş tarihi itibarıyla bu paranın seçilen mal cinsinden ne miktarda satın alabildiği tespit edilir ve ödeme zamanı geldiğinde o mal cinsinden belirlenen miktardaki karşılığı memleket parası olarak ödenir.<sup>11</sup> Burada vadeli para borçlarında vadeye göre enflasyon oranına endeksli bir artırım yapılmasının makul olacağı akla gelebilir. Böyle bir artırım en azından faiz şüphesi taşımaktadır.<sup>12</sup> Bu durumu, zamanında ödenmeyerek geciktirilen borcun daha sonra ödenmesi sırasında, geçen sürede gerçekleşmiş enflasyon farkı ile birlikte ödeme durumu ile karıştırmamak gerekir.

## **III. BORCU GECİKTİRMENİN DİNİ, AHLAKİ VE HUKUKİ BOYUTU**

Toplumsal hayat dini, ahlaki, hukuki ve örf-adet kuralları gibi farklı kurallar tarafından şekillendirilen karmaşık bir yapıdır. Özellikle İslam dini açısından dini, ahlaki ve hukuki kurallar birbirleriyle çok sıkı irtibatlı olup bunları birbirinden kesin olarak ayırmak her zaman mümkün olamamaktadır. Alacaklı ve borçlunun uyması gereken ahlaki kuralları şöyle özetleyebiliriz: Para borçlarında (karz) belirlenmiş olan

<sup>9</sup> Bilal Aybakan, *Borçların İfası*, 78; Nihat Dalgın, *Gündemdeki Tartışmalı Dini Konular 2*, 425-426.

<sup>10</sup> Dalgın, 426.

<sup>11</sup> Dalgın, 426.

<sup>12</sup> İsmail Özsoy, *TDVİA*, "Faiz", XII, 119; Dalgın, 429.

ödeme zamanı, borç veren açısından hukuken bağlayıcı olmayıp henüz vadesi gelmemiş olsa bile istediği zaman alacağını talep edebilme hakkına sahip ise de, zaruri bir durum olmadıkça, vadesi gelmeyen borç alacağını istememek ahlaki bir gerekliliktir. Borçlu, her durumda borcunu zamanında ödemekle yükümlüdür. İmkânı olan borçlunun zamanında ödememesi zulümdür, kul hakkıdır. Para borcu verildiğinde (karz) taraflardan biri lehine öne sürülecek menfaat şartı haramdır. Borç verme işlemi, kâr getiren ticari bir işlem değil, bir tür yardımlaşmadır. Borçlunun zamanında borcunu öderken, şart koşulmamış olmak kaydıyla (şart koşulursa faiz olur), kendiliğinden gönlünce bir miktar fazlasıyla veya daha iyisiyle ödemesi tavsiye edilmiştir. Bu tavır iyiliğe iyilikle mukabele tavrıdır; faiz değildir. Borçlunun zorda/darda olması halinde alacaklı ona bir süre mühlet vermelidir. Ödeme imkânı olmayan borçluyu sıkıştırmak uygun değildir, bazı âlimlere göre haramdır. Şayet alacaklının durumu iyiye, alacağını zorda olan borçluya bağışlaması tavsiye edilmiştir. Ayrıca ödeme güçlüğü çeken fakir borçluya zekât verilebilir<sup>13</sup>

Borcun geciktirmenin hükmü, gecikme sebebine göre farklılık arz etmektedir. Ödeme imkânı bulunan ve kendisinden ödeme talep edilen kişinin mazeretsiz olarak borcunu geciktirmesi kul hakkına<sup>14</sup> girer, büyük günahlardandır ve haramdır. Çünkü Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: “*Borcunu ödeyebilecek durumda olan zengin kimsenin ödemeyi geciktirmesi zulümdür.*”<sup>15</sup> Başka bir hadis şöyledir: “*Ödeme imkânı olanın borcunu savsaklaması, haysiyetinin (ırz) ihlal edilmesini ve cezalandırılmasını helâl kılar.*”<sup>16</sup> Ancak borçlu ödeme imkânına sahip olmayan fakir biriye veya ödeme yapacak malı bulunduğu halde elinde olmayan engellerden dolayı (malını kaybetmek gibi) ödeyememişse, bunların imkân bulana kadar geciktirmesi zulüm ve haram değildir.<sup>17</sup>

#### IV. BORCUN GECİKME SEBEPLERİ

Borcun gecikmemesi için ödenecek mala sahip olmak, ayrıca ödemenin önünde bir engel ve kötü niyet bulunmaması gerekir. Buna göre borcun gecikmesi ya ödeme imkânına sahip olmama veya ödeme

<sup>13</sup> Yaklaşık ifadeler ve kaynaklar için bkz. Dalgın, 431-432.

<sup>14</sup> İbn Hacer, *er-Zevacir an İkrâfi'l-kebir*, Beyrut, 1987, I, 414.

<sup>15</sup> Buhârî, İstikrâz 12; Müslim, Müsâkât 33; Ebû Dâvud, Büyü 10.

<sup>16</sup> Ebû Dâvud, Akdiye 29; Nesâî, Büyü 100; İbn Mâce, Sadakât 18.

<sup>17</sup> Nevevi, *Şerhu Müslim*, Beyrut 1392h, 2. Bası, X, 227.

imkânına sahip olduğu halde kasıtlı olarak veya elinde olmayan engeller sebebiyle ödeyememe şeklinde olmaktadır.

Ödeme gücü bulunmayan kişi hakkında iki görüş ortaya çıkmıştır: Âlimlerin çoğunluğuna göre ödemeye gücü yetmeyen borçluya, ödeme gücü elde edinceye kadar mühlet verilir.<sup>18</sup> Serbest bırakılır, kendisi ve ailesi için rızık temin etmeye ve borcunu ödeyebilmek için çalışıp kazanmaya devam eder. Bu kişiden borcu talep etmek, onu takip etmek ve sıkıştırmak helal olmaz.<sup>19</sup> Hanefilere göre ise, her ne kadar bu kişiye ayet gereği mühlet veriliyorsa da, onu takip etmek (mülâzemet=yakın takip) caizdir.<sup>20</sup> Ayrıca böyle bir kişinin borcunu ödeyecek kadar çalışıp kazanmasının gerekli/vacip olup olmadığı ve şayet çalışabilecek durumdaysa çalışmaya zorlanmasının caiz olup olmadığı hususları tartışılmıştır.<sup>21</sup>

Ödeme yapacak malı bulunduğu halde, malını kaybetme, malın o anda yanında olmaması, hasta veya hapiste olma gibi elinde olmayan engellerden dolayı ödeme yapamayan kişi mazurdur. Bu kişiye mazereti ortadan kalkıncaya kadar mühlet verilir.<sup>22</sup>

Ödeme imkânı bulunan ve kendisinden ödeme talep edildiği halde mazeretsiz olarak ödeme yapmayan kişi temerrüde düşmüş,<sup>23</sup> zulüm, haram ve büyük bir günah işlemiş, kendisine kaba ve kötü davranılmasını, alacaklının onu teşhir etmesini ve cezalandırılmayı hak etmiştir.<sup>24</sup> Bu kişiden en kısa zamanda borcun anaparasının alınması için zorlama yoluna gidilmesi, meydana gelen maddi ve manevi zararın tazmini ve cezalandırılması söz konusu olacaktır. Verilecek ceza, daha önce şer'an mukadder/belirlenmiş bir ceza olmadığı için ta'zir kapsamında olacaktır.

<sup>18</sup> Bakara, 2/280.

<sup>19</sup> İbn Kudame, *el-Muğni*, IV, 499.

<sup>20</sup> Mevsili, *el-İbtihar*, II, 90.

<sup>21</sup> *el-Mevsuvatü'l-fikhiyye*, "İflas", V, 322-323.

<sup>22</sup> İbn Hacer, *Fethu'l-bârî*, IV, 465.

<sup>23</sup> Fıkıh kaynaklarında pek kullanılmayan temerrüd kavramının tanımı için bkz. Rahmi Yaran, *İslam Hukukunda Borcun Gecikmesi*, s. 63.

<sup>24</sup> İbn Hacer, *ez-Zevacir an İkrâfi'l-kebir*, I, 414-415.



## V. BORCUN MAZERETSİZ OLARAK GECİKTİRİLMESİNİN FERT VE TOPLUM AÇISINDAN SONUÇLARI

Borcun zamanında ödenmeyerek mazeretsiz olarak geciktirilmesi (matl/mumâtale/temerrüt) halinde ortaya çıkan durumun dört boyutu bulunmaktadır:

### A. ANAPARANIN DURUMU

Borçlu zamanında mazeretsiz ödeme yapmadığı için alacaklının verdiği borcu (anapara) haksız yere elinde bulundurmaktadır. Öncelikle borç verilen malın (anapara) salimen geri alınması yönünde girişimlerde bulunulması gerekmektedir. Bu iş, haksızlığın giderilmesi ve adaletin temini kabilinden olup toplumun/devletin başlıca görevleri arasındadır. Aşağıda bu konu ayrıntılı olarak gelecektir.

### B. ALACAKLININ UĞRADIĞI MADDİ ZARAR

Ödemenin gecikmesi sebebiyle alacaklı, paranın alım gücündeki düşüş sebebiyle (enflasyon) zarara uğramış ve alacağını geri alabilmek için bir takım yazışmalar yapmak, notere gitmek, avukat tutmak, seyahat etmek, eleman çalıştırmak gibi bazı harcamalar yapmak zorunda kalmış olabilir. Ayrıca alacağını elde edemediği için onu ticarete değerlendirip kar etmekten mahrum kalmış olabilir. Bu tür maddi zararların tazmin edilmesi hususu aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

### C. ALACAKLININ UĞRADIĞI MANEVİ ZARAR

Alacaklıya ödenmesi gereken borç zamanında ödenmeyince alacaklı tarafta sinirler gerilir, sıkıntı, huzursuzluk, üzüntü ve keder baş gösterir. Bu haksızlığın günah, kul hakkına tecavüz ve zulüm sayılması manevî müeyyidedir. Ne var ki imanların zayıfladığı, ahlâkın gevşediği ve bozulduğu zamanlarda, manevî müeyyideler yetersiz olduğundan maddî yaptırımlara da ihtiyaç duyulmaktadır.<sup>25</sup> Mazeretsiz geciktirilen ödemede manevî bir zarar bulunduğu kesin olmakla birlikte, bunun tazmine konu olup olmayacağı hususu ayrı bir konudur. Biz konunun manevî tazminat boyutunu ilgili çalışmalara havale ediyoruz.<sup>26</sup>

Diğer taraftan bazı eziyet ve hakaret içeren fiillerin, tazminata konu edilmeyerek, İslam ceza hukuku kapsamında değerlendirildiği ve

<sup>25</sup> <http://www.hayrettinkaraman.net/yazi/hayat/0389.htm> (26.01.2012)

<sup>26</sup> Abdullah Benli, *İslam Hukukunda Manevî Tazminat*, (Doktora tezi), Erciyes üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 1997; Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 427-433.

bunların gerek had gerekse ta'zir cezası ile karşılandığı görülmektedir. Mesela bir kişiye zina isnadında bulunduktan sonra bu iddianın dört şahitle ispat edilememesi halinde, zina iftirası (kazf) suçu sabit olmaktadır ki bunun da cezası seksen sopa, ebediyen şahitliğin kabul edilmemesi ve fâsik olarak ilan edilmektir.<sup>27</sup> Bunun dışında kişileri ve toplumu rahatsız eden, üzen, eziyet veren, hakaret vb. içeren fiiller ta'zir kapsamında değerlendirilerek cezalandırılabilir. Yani bir bakıma bu tür manevi zararların karşılığı, maddi tazminat olarak değil, azarlama, sopa, hapis vb. bir ceza ile verilmektedir. Bu açıklamalar göstermektedir ki parasını zamanında alamayan alacaklının uğradığı manevi zarar, dünyada ya helalleşme (karşılıksız af veya karşılık alınarak) veya borçlunun ta'zir cezasına çarptırılması şeklinde karşılanabilmekte yahut konu ahirete kalmaktadır. Ta'zir cezası konusu aşağıda ele alınacaktır.

#### D. TOPLUMA/KAMUYA KARŞI İŞLENEN SUÇ

Ödemeyi mazeretsiz geciktiren borçlu, alacaklıya zarar vermenin yanında, topluma/devlete de zarar vermiş yani bir suç işlemiştir. Zira bu tür tavırlar toplumda güven kaybı, zulüm, yardımlaşma ve dayanışma duygularının zedelenmesi, kötü örnek olma, ekonomik zarar ve istikrarsızlık, güvenlik ve asayişin tehlikeye girmesi gibi sonuçlara vesile olmaktadır. Bu bakımdan borçlu suç işlemiş ve cezalandırılmayı hak etmiş sayılabilir. Alacaklının devlet olması halinde mazeretsiz ödemeyi geciktirmenin suç sayılması daha kuvvetli bir durumdur. Bu tür kişilere uygulanacak ceza ancak esnek olan ta'zir türünden olabileceğinden, ceza uygulayıp uygulamama ve uygulanacak cezanın türü ve miktarını belirleme yetkisi, zamanın yöneticilerine (ülül-emr) aittir. Ta'zir cezalarının genel olarak hapis, darp, teşhir, mahrumiyetler ve mali ceza gibi oldukça çeşitli türleri bulunmakla birlikte; para borcunun geciktirilmesi karşılığında mali ceza dışındaki ta'zir türlerinden uygun olanın seçilmesi mümkündür. Çünkü para borçlarının geciktirilmesi karşılığında mali ceza uygulanması, faiz yasağı kapsamına girmektedir.<sup>28</sup>

#### VI. MAZERETSİZ OLARAK BORCUNU GECİKTİREN BORÇLUYA UYGULANABİLECEK İŞLEMLER

Mazeretsiz olarak borcunu geciktirene (mumâtil/mütemerrid) uygulanabilecek işlemleri mahiyetleri itibarıyla, borcun ödenmesini sağlamaya yönelik işlemler, alacaklının uğradığı maddi zararın

<sup>27</sup> Nur, 24/4.

<sup>28</sup> Bayındır bu yaklaşımı doğru bulmakla birlikte bunu "sıkıntıyı gideremeyen görüşler" başlığı altında ele almıştır. Bkz. Bayındır, s. 346. Ona göre suçun cezası ona denk olmalıdır. Yani mali suça mali karşılık verilmesi yaklaşımı mevcuttur. Bkz. *a.g.e.*, s. 332-335.

karşılanmasına yönelik işlemler ve borçluya verilebilecek cezalar şeklinde üçe ayırmak gerekmektedir. Konuyu borcunu ödememekte ısrar eden borçlu açısından ele aldığımız için, alacaklı ile borçlu arasında sulh, ibra, takas (mukâssa), ikale ve yeni bir akit yapılması gibi yöntemlerle sorunun çözülmesi durumları dışarıda bırakılmıştır.

## A. BORCUN ÖDENMESİNİ SAĞLAMAYA YÖNELİK İŞLEMLER

### 1. Hâkimin Zorla Borçlunun Malından Alarak Alacaklıya Vermesi

Mazeretsiz olarak borcunu ödemeyen kişi alacaklı tarafından dava edildiği zaman (icra takibi) hâkim, borçlunun malının zorla alınarak (haciz) alacaklıya verilmesini kararlaştırır. Şayet borçlunun elinde, borç cinsinden mal varsa, bu maldan borç miktarı kadar zorla alınarak alacaklıya teslim edilir. Mesela para borçları böyledir: borçlunun parasından alınarak alacaklıya ödenir. Şayet alacaklı bu parayı bizzat kendisi alma imkânına sahip olsa o dahi zorla borçludan alabilirdi. Bu hükmün delili Hz. Peygamberin Ebu Süfyan'ın karısına hitaben: *"(Kocan Ebu Süfyan'ın) malından senin ve çocuklarının ihtiyacı kadar makul ölçüde al"* buyurmuş olmasıdır. Esasen alacaklının alacağını bizzat tahsil etme hakkı (ez-zafer bi'l-hak/ ihkak-ı hak) bulunduğundan, hâkimin buradaki rolü, alacaklının hakkını almasına yardım etmekten ibarettir. Hâkim, hak sahiplerinin haklarını almaları konusunda onlara yardım etme velayetine/yetkisine sahiptir.

Şayet borçlunun malı borcun cinsinden farklıysa, mesela borç, para cinsinden, mal ise ticaret malı veya gayrimenkul cinsinden ise, Ebu Hanife'ye göre ticaret malı ve gayrimenkul satılmaz fakat borçlu hapsedilerek bunları kendisinin satması için zorlanır. Ebu Yusuf ile Muhammed'in tercih edilen görüşüne göreyse, hâkim bu malları satar ve bedeliyle borç ödenir.<sup>29</sup> Malikiler, Zahiriler ve diğer bazı âimlere göre, ödeme gücü olan borçlunun ödemeye zorlanması için hapsedilemeyeceği, bunun yerine malından zorla alınacağı ifade edilmiştir.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> İbn Mâze, Burhanüddin Mahmud, *el-Mubâtu'l-Burbânî*, Beyrut, 2004, VIII, 244.

<sup>30</sup> Karâfi, *el-Furûk*, IV, 80; İbn Ferhûn, *Tebserati'l-bukakâm*, II, 319; İbn Hazm, *el-Muballâ*, Beyrut ty., VI, 476-480.

## 2. Hâkimin Zorla Borçlunun Malını Satarak Bedelini Alacaklıya Vermesi

İslam âlimleri genel olarak, malı olduğu halde borcunu ödemeyenin malının zorla satılması ve bedelinden borcun ödenmesi konusunda fikir birliği içindedirler. Ancak satımdan önce bir süre hapsedilip sonra satma, hapis uygulamaksızın satma veya bu konuda kararı hâkime bırakma şeklinde ayrıntıda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir.

Hanefi mezhebi: Borçlunun malı borcun cinsinden farklıysa, Ebu Hanife'ye göre ticaret malları ve gayrimenkuller zorla satılmaz fakat borçlu hapsedilerek bunları satmaya zorlanır. Altınların satılabileceği kabul edilmiştir. Ebu Yusuf ile Muhammed'in tercih edilen görüşüne göreyse, hâkim bu malları satar ve bedeliyle borç ödenir. Malları satımında önce altınlar sonra ticaret malları ve en son gayrimenkullerin satımı şeklinde bir sıra takip edilir.<sup>31</sup>

Maliki mezhebi: Borcunu ödemeyenin bir malı bulunursa ona el konulur. Malını satmaya zorlamak için hapsedilmez. Gayrimenkuller de dâhil hangi malına el konursa zorla satılır.<sup>32</sup> Şafii mezhebi: Borcunu ödemeyen hakkında tercih hâkimindir: İsterse malına el koyup zorla satar, isterse hapis vb. bir ta'zir cezasıyla onu satmaya zorlar.<sup>33</sup> Hanbeli mezhebi: Borcunu ödemeyen borçlu hapsedilir. Ödeme, ibra veya havale gibi bir yolla mesele çözülmezse hâkim onun malını zorla satar.<sup>34</sup>

## 3. Borçluya Hacir/Kısıtlama Konulması

Hacir; alacaklının talebi üzerine, kişinin malı üzerinde tasarruf yapma hakkının (akit hürriyetinin) kısıtlanmasıdır. Hanefi mezhebinde Ebu Hanife'ye göre borcunu ödemeyen borçluya hacir konulmaz. Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre ise hacir konulabilir. Hâkim hacir kararı verdikten sonra artık borçlu hibe, sadaka, düşük fiyata satış gibi alacaklılara zarar verebilecek işlemler yapamaz.<sup>35</sup> Maliki, Şafii ve Hanbeli mezheplerinde ise malı olan borçlu hacir altına alınmaz, hapsedilerek

<sup>31</sup> İbn Mâze, *el-Muhîtu'l-Burhânî*, VIII, 244-245; *Mecelle*, madde: 998.

<sup>32</sup> Karâfi, *el-Furûk*, IV, 80.

<sup>33</sup> Nevevî, *Ravzatu'l-İalibîn*, IV, 137.

<sup>34</sup> Behûtî, *Keşşâfî'l-kamâ*, III, 419-420.

<sup>35</sup> *Mecelle*, madde: 941, 998.

ve/veya mallarına el konularak (haciz) ödemeye zorlanır. Ödememekte ısrar ederse malı zorla satılır.<sup>36</sup>

#### 4. Alacaklının Bu Borcu Doğuran Sözleşmeyi Feshedebilmesi

Mazeretsiz olarak borcun geciktirilmesi halinde, alacaklının bu borcu doğuran satım vb. akdi feshedebileceğini Hanbeli âlimler ifade etmişlerdir. Alacaklı isterse akdi iptal etmeyerek alacağının ödenmesi için hâkime başvurur, isterse akdi feshederek akit sırasında verdiği bedeli geri ister. Akdi feshedebilme hakkı, borçluyu bir an önce ödemeye zorlama amacına da hizmet eder.<sup>37</sup> Maliki mezhebinde de buna yakın ifadeler vardır.<sup>38</sup> Hanefi mezhebi ise satım akdinde, borcun geciktirilmesinden dolayı fesih hakkını kabul etmemiştir. Bu durumda alacaklının yapabileceği, borcun ödenmesi için hâkime başvurmaktır.<sup>39</sup> Şafii mezhebinde de ödeme gücü olan borçluya karşı bu borcu doğuran akdin feshedilmesi görüşü tercih edilmemiştir. Bunun yerine alacağın ödenmesi için hâkime başvurulması istenmiştir.<sup>40</sup>

#### 5. Taksitin Ödenmemesi Halinde Borcun Tamamının Peşin Hale Gelmesi

Ödemenin takside bağlanmış olduğu durumlarda borçlunun taksitlerden biri veya bir kaçını zamanında ödememesi halinde, kalan taksitlerin de muaccel/peşin halde gelmesi makul bir durumdur. Fıkıh kaynaklarında böyle bir şart koşulması halinde bu şarta riayet etmek gerektiği ve borcun tamamının peşin hale geleceği ifade edilmiştir.<sup>41</sup> Borçlunun bu durumu bilmesinin, onu taksitlerini zamanında ödemeye sevk edeceği açıktır. Ayrıca böyle bir şartın konulması, alacaklıya alacağını almanın ötesinde fazladan bir menfaat sağlamadığı için haksızlık ve faiz endişesi yoktur. Nitekim İslam Fıkıh Akademisi de bu yönde karar vermiştir.<sup>42</sup>

<sup>36</sup> Karâfî, *el-Furûk*, IV, 80; Nevevî, *Ravzatü'l-tâlibîn*, IV, 137; Behûtî, *Keşşâfî'l-kılmâ*, III, 419-420; Rahmi Yaran, *İslam Hukukunda Borcun Gecikmesi*, s. 177.

<sup>37</sup> İbn Teymiye, *Mecmûu Fetava*, XXX, 22 vd; *el-İhtiyarâtü'l-fıkhiyye*, s. 126.

<sup>38</sup> Yaran, s. 196.

<sup>39</sup> Yaran, s. 195.

<sup>40</sup> Şirbini, *Muğni'l-mubtâc*, II, 158-159; Karş. Yaran, s. 196.

<sup>41</sup> Ali Haydar, *Dürrü'l-bukkam*, Beyrut 1991, (Madde: 1166) I, 85, 230.

<sup>42</sup> Dalgın, s. 452.

## 6. Borcunu Geciktiren Borçlunun Yakın Takibi (Mülâzemet)

İslam âlimleri ödemeyi geciktiren borçlunun yakın takibinin (mülâzemet) meşruiyeti konusunda ittifak halindedirler, ancak bunun şartları hakkında farklı görüşlere sahip olmuşlardır. Yakın takip, borçluyu borcunu ödemeye zorlama yollarından biridir. Öyle ki borçlu nereye gitse, alacaklı da onunla birlikte gider ancak onun çalışma hürriyetine engel olmaz. Borçlu bir kazanç elde ettiğinde, alacaklı ihtiyaç fazlasına el koyar. Ödeme gücüne sahip olduğu halde mazeretsiz olarak ödemeyi geciktiren borçluyu yakından takip caiz görülmele birlikte; ödeme gücünden mahrum olan borçlunun yakın takibi yapılamayacağı yönündeki görüş ağır basmaktadır. Sadece Ebu Hanife'ye göre ödeme gücünden mahrum olan borçluya dahi yakın takip yapılabilir.<sup>43</sup>

## 7. Rehinin Paraya Çevrilmesi

Alacağı teminat altına almak amacıyla borçludan rehin alınmış olması halinde, borçlu zamanında ödeme yapmadığında, alacaklının rehin konusu maldan alacağını tahsil etme hakkı bulunmaktadır. Rehinin asıl fonksiyonu paraya çevrilerek borcu karşılamak olduğundan, rehin alan, alacağının tamamını tahsil edinceye kadar rehin malı elinde tutma ve rehin mal satıldığında diğer alacaklılardan öncelikli olarak alacağını tahsil etme hakkına sahiptir. Rehin konusu mal, bizzat rehin alana teslim edilebileceği gibi, emin ve adil olan üçüncü bir şahıs yanında da tutulabilir. Borcun zamanında ödenmemesi halinde hâkim, rehin verene bu malı satmasını emreder. Şayet kendisi satmazsa, hâkim zorla satarak bedeliyle borcu öder. Rehin veren, zamanı geldiğinde rehin malı satması için rehin alana veya başkasına vekâlet verebilir. Bu durumda vekil, rehin malı satarak borcu öder.<sup>44</sup>

## 8. Alacağın Kefilden İstenmesi/Tahsili

Alacağı teminat almak amacıyla borçludan kefil istenmiş olması halinde, borçlu zamanında ödeme yapmadığı takdirde, Hanefilere göre alacaklının alacağını kefilden sadece talep etme hakkı, diğer mezheplere göre ise kefilden tahsil etme hakkı bulunmaktadır.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> Yaran, s. 208. Burada farklı kaynaklar yer almaktadır.

<sup>44</sup> *Mecelle*, madde: 709, 729, 752, 757, 760, 761.

<sup>45</sup> *Mecelle*, madde: 643 vd.; *el-Mevsuatü'l-fıkhiyye*, "Deyn", XXI, 125-126.

## B. ALACAKLININ UĞRADIĞI MADDİ ZARARIN KARŞILANMASINA YÖNELİK İŞLEMLER

### 1. Paranın Değerindeki Düşüş Sebebiyle Ortaya Çıkan Zararın (Enflasyon Farkı) Karşılanması

Enflasyon farkı konusunu, borcun zamanında ödenmesi ve mazeretsiz olarak zamanında ödenmeyip geciktirilmesi durumlarına göre ayırarak ele almak gerekmektedir.

#### *a. Zamanında Ödenen Borcun Ödenmesi Sırasında Enflasyon Farkının Karşılanması*

Klasik fıkıh kitaplarında yazıldığına göre borç işleminde gerek misli mal ve gerekse para borçları, ödeme zamanı geldiğinde aynen alındığı miktarla geri ödenir. Bu arada malın veya paranın değerindeki artış veya düşüşler dikkate alınmaz. Paranın tedavülden kalkmış olması durumunda, bu durumda dahi kıymetinin değil yine mislinin ödenmesini savunanlar olduğu gibi; kıymetinin ödenmesi gerektiğini söyleyerek borç akdi yapıldığı zamanki veya paranın tedavülden kalktığı zamanki kıymetini esas alan görüşler de bulunmaktadır. Klasik dönemde sadece Ebu Yusuf'un misli mallarda veya altın ve gümüş haricindeki fels ve mağşuş paralarda ödeme gününe kadar değer artışı veya düşüşü olması halinde, alışverişin yapıldığı veya borcun alındığı günkü değeri üzerinden ödeme yapılması görüşünde olduğu görülmektedir. Yani bunların değeri o zamanki altın ve gümüşe göre belirlenerek "değer farkı" ödenir ve bu fark faiz değildir. Nitekim 13 Rabiulevvel 1298 (13 Mart 1881) tarihli irade-i seniyyede, yetimlere ait yardım sandıklarından alınan kâğıt para borçları ve kâğıt para ile satım borçlarında bu yönde uygulama yapılması istenmiştir.

Günümüzde para borçlarının enflasyondan etkilenmesi halinde nasıl ödeneceğine dair görüşlere baktığımızda yine aynı iki yaklaşım karşımıza çıkmaktadır. Kadri Paşa, Muhammed Halim Ömer, M. Emin ed-Darir ve Abdullah b. Baz gibi araştırmacılar, paranın değerindeki değişime bakılmaksızın, hangi para birimiyle alındıysa alındığı miktarla ödenmesi görüşündedirler. İslam Konferansına bağlı İslam Fıkıh Akademisi'nin 1988 tarihli 5. Genel kurul toplantısındaki kararı da bu yöndedir. Zimmette sabit olan bir borcun piyasa fiyatlarındaki değişime göre yeniden ayarlanması caiz görülmemiştir. Buna göre mesela 100 TL olarak alınan borç, ödeme zamanına kadar geçen sürede enflasyon ne olursa olsun, 100 TL olarak ödenmelidir.

Diğer taraftan Yusuf el-Karadavi, Abdülfettah Ebu Ğudde, Ali Muhyiddin Karadağı, Abdülaziz Bayındır, Hamdi Döndüren, Halil Güneç ve Nihat Dalgın gibi araştırmacılar, para borçlarının borcun alındığı gündeki kıymetiyle ödenmesi gerektiği, aynı miktarla ödenmesi halinde haksızlık olacağı, miktar olarak/nominal fazlalık gibi görünen kısmın gerçekte bir fazlalık ve faiz sayılmadığı görüşünü benimsemişlerdir. Buna göre mesela 100 TL olarak alınan borç, ödeme zamanına kadar geçen sürede enflasyon %10 ise, 110 TL olarak ödenmelidir.

Altın, gümüş, buğday, demir, şeker gibi maden ve malların borç olarak alınması halindeyse, bunların değerlerindeki değişim dikkate alınmaksızın alındıkları miktar ile geri ödenir. Çünkü bu değer malın gerçek değeridir. Kâğıt, plastik vb. itibari borçlarında ise paranın gerçek değeri değil, itibari bir değer söz konusu olup paranın alım gücüne bakılmaktadır.<sup>46</sup> Buna göre borç verirken mal olarak verilmesi veya bir malın değerine endekslenmesi daha isabetli bir yol olarak görünmektedir.

### ***b. Geciktirilen Borcun Gecikmeli Ödenmesi Sırasında Enflasyon Farkının Karşlanması***

Zamanında ödenen borcun ödenmesi sırasında, borç süresince oluşan enflasyon farkının ödenmesi gerektiği görüşünde olanlara göre, mazeretsiz olarak geciktirilen borcun gecikmeli ödenmesi sırasında pekâlâ enflasyon farkının ödenmesi gerekmektedir. Bu fark, borç verildiği günden ödemenin yapıldığı güne kadarki süre için hesaplanır.<sup>47</sup> Zamanında ödenen borç için enflasyon farkını caiz görmeyen görüşün dahi, mazeretsiz geciktirmede alacaklının rızası hilafına geciktirme yapılması sebebiyle haksız ve ispat edilebilir maddi bir zarar söz konusu olduğundan, sadece geciktirme süresi için enflasyon zararının tazmini gerektiği sonucuna varılabilir. Diğer taraftan enflasyon sebebiyle uğranılan zararın miktarını tespit ancak ülkede enflasyon sepetine giren malların ortalamasının alınması yoluyla olmakta, her bir malın değerindeki değişim oranı ise kendine özel bulunmaktadır.

Enflasyon sebebiyle paranın alım gücündeki düşüş, maddi ve ispat edilebilir bir zarar olduğuna göre, geciken borçlarda bu zararın tazmininde, borcun gecikme sebebine bakılmaksızın yani ödeme gücünün bulunmaması veya mazereti sebebiyle ödeyememe sebepleri de

<sup>46</sup> Geniş bilgi için bkz.: İrfan Yücel, "Vâdeli ve Taksitli Alış-Verişler Enflasyon ve Vâde Farkı", *Diyanet İlmî Dergi*, 1996, cilt: XXXII, sayı: 3, s. 9-11; Dalgın, s. 416-424, 427-429.

<sup>47</sup> Yücel, s. 11; Dalgın, s. 432-433.



dâhil olmak üzere, bütün gecikmeli ödemelerde enflasyon farkının ödenmesi gerektiğini söylemek isabetli olsa gerektir. Çünkü ceza nitelikli işlemlerden farklı olmak üzere, tazminat nitelikli işlemlerde failin sorumlu tutulması için kusurlu olması şart olmayıp zararın meydana gelmiş olması yeterlidir.

## **2. İş Bitirme (taahhüt) Borcunda Mazeretsiz Olarak Borcunu Geciktiren Borçludan Fazla Para Alınması**

Bir işi belirli bir sürede yapmak üzere anlaşma yapan müteahhit/yüklenicinin işi zamanında bitirmemesi (iş bitirme borcunu geciktirme) halinde kendisinden fazla para alınıp alınamayacağı konusunda üç görüş ortaya çıkmıştır:

### ***a. İş bitirme sözleşmesinde cezai şart koşulabileceği görüşü***

Bu görüşte olanlara göre aslı para borcu olmayan (karz ve alışveriş borçları) sözleşmelerde cezai şart koşmak caiz olduğundan, işin zamanında bitirilmemesi halinde para cinsinden veya başka türlü bir cezai şart uygulanabilir. Bu görüşün gerekçesi, borcun gecikmesinin alacaklı tarafın hakkını/menfaatini ihlal etmesidir. Zuhayli gibi bazıları bu zararın mali, fiili, hasarın hakiki ve kaçırılan kazancın da kesin olmasını şart koşmuşlar, edebi ve manevi zararları tazminat konusu etmemişlerdir. Bu görüş muasır âlimlerin çoğunluğu tarafından kabul edilmiştir. İslam Fıkıh Akademisi ve Heyet-i Kibari'l-Ulema'nın görüşü bu doğrultudadır.

### ***b. İş bitirme sözleşmesinde ancak sorumluluğun yerine getirilmemesi hali için cezai şart koşulabileceği görüşü***

Bu görüşte olanlara göre işin geciktirilmesi hali için cezai şart koşulamaz fakat işin hiç yapılmaması hali için cezai şart koşulabilir. Çünkü her borç sorumluluk olmakla birlikte, her sorumluluk deyn anlamında borç değildir. Buna göre hiç yapılmamış iş, borç/deyn sayılmadığından, orada cezai şart uygun olabilir ancak işin gecikmesi için ceza alınması, para borçlarındaki gecikme için ceza alınmasıyla aynı olup ikisi de faiz sayılır. Bu görüşü savunanlar arasında Yunus el-Mısrî ve Hasan el-Cevahiri bulunmaktadır.

### ***c. Hiçbir sözleşmede cezai şart koşmanın caiz olmadığı görüşü***

Bu görüşte olanlar akdın türüne bakmaksızın hiçbir akitte cezai şartı kabul etmemişlerdir. Bu görüşün gerekçeleri arasında zararın henüz vuku bulmadan belirlenemeyeceği, edebi ve manevi zararların tazmine

konu edilemeyeceği, ğarar ve kumara yol açmamak için sedd-i zeria ilkesiyle hareket etme, zararın mahkeme veya adil kişilerce tespitinin gerektiği gibi hususlar yer almaktadır.<sup>48</sup>

İş bitirme borcu üzerindeki tartışmanın, tarafların akit sırasında cezai şart koşup koşamayacağı yönünden yani zararın tazmini bakımından ele alındığı, mazeretsiz olarak işi yapmayan veya geciktirene ceza hukuku bakımından bir ta'zir cezası uygulanıp uygulanamayacağı konusuna ise değinilmediği görülmektedir.

### 3. Karz Veya Alışveriş Borcunda Mazeretsiz Olarak Ödemeyi Geciktiren Borçludan Fazla Para Alınması

Karz veya alışveriş borcunda mazeretsiz olarak ödemeyi geciktiren borçludan fazla para alınmasını faiz olarak değerlendirip caiz görmeyenler olduğu gibi, değişik gerekçelerle böyle bir paranın alınmasına cevaz verenler de vardır. Bunun yanında iki öneri daha dikkat çekmektedir ki bunlardan birisi yeni bir akitle meselenin çözülmesini, diğeri ise borç miktarı kadar bir malın borçludan alınarak, gecikme süresi kadar kullanmak üzere alacaklıya borç verilmesini önermektedir. Şimdi bu görüşleri ele alacağız.

#### a. *Karz Veya Alışveriş Borcunda Mazeretsiz Olarak Ödemeyi Geciktiren Borçludan Fazla Para Alınmasının Caiz Olduğu Görüşü*

Günümüz âlimlerinin çoğunluğu mazeretsiz olarak ödemeyi geciktirenden fazla bir miktar para alınması konusunda hem fikir olmakla birlikte, bu fazlalığın ne karşılığında alındığı ve nasıl kullanılacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

a1. Borcun Mazeretsiz Olarak Zamanında Ödenmemesi Sebebiyle Alacaklının Uğradığı Zararın Tazmin Ettirilmesi

Ödemenin mazeretsiz olarak geciktirilmesi sebebiyle alacaklının zarara uğraması halinde bu zararın ödeneceği şart olarak koşulduğu takdirde, bu tür bir şart faiz olmaz ve şarta uygun olarak zararın ödenmesi gerekir. Bazıları böyle bir şart sözleşmede yer almasa dahi zararın tazmini gerektiğini söylemektedir. Zarar maddi ve fiili olmalı, alınacak paranın miktarı da makul ve maruf ölçüler içinde, uğranılan zararın adalet ve insaf ölçülerinde karşılayacak nitelikte olmalıdır. Zararın taraflarca tespiti mümkün olmakla birlikte, istismar edilerek faize vesile kılınmaması amacıyla zararın mahkemece tespiti tavsiye edilmektedir.

<sup>48</sup> Dalgın, s. 437-440.

Tarafların ihtilafa düşmesi halinde konu mahkemeye taşınır ve bilirkişilerin değerlendirmesine göre karar verilir.

Bu görüşü ed-Darir, Muhammed ez-Zuhayli, Muhammed eş-Şehhat el-Cüнді, Halil Güneç ve Hayrettin Karaman gibi âlimler savunmuştur. 1985 yılında yapılan 3. İslam İktisadı Kongresinde alınan çoğunluk kararı, İlmi Araştırmalar ve İfta Komisyonunun görüşü bu yöndedir. El-Mecmau'l-fikhiyyü'l-İslami'nin ilk kararı da böyle olmakla birlikte, sonraki kararda aslı para olan borçlarda gecikme cezası adıyla fazla para almanın caiz olmadığı görüşü benimsenmiştir.

Bazı âlimler ise, zararı tazmin ettirmek için mutlaka mahkemeye müracaat edilmesi gerektiğini aksi takdirde başka şekilde borçludan fazla para almanın caiz olmadığını söylemişlerdir.<sup>49</sup>

Ön görülemeyen büyüklükteki zararın sorumluluğunun bütünüyle borçluya yüklenmesi hakkaniyet ilkesiyle bağdaşmayacağından, zarar miktarının makul olma şartıyla sınırlandırılması gerektiğini düşünüyoruz.

a2. Borcun Mazeretsiz Zamanında Ödememesi Sebebiyle Alacaklının Uğradığı Zararın Ve Ayrıca Mahrum Olunan Karın Tazmin Ettirilmesi

Bazı âlimler, mazeretsiz olarak borcun geciktirilmesi sebebiyle uğranan zararın karşılanmasının yeterli olmadığını ayrıca alacaklının, gecikme süresince bu parayı kullanarak elde edebileceği/mahrum kaldığı kârın da karşılanması gerektiğini söylemişlerdir. Mahrum kalınan karın maddi ve ispat edilebilir olması ve miktarının mahkeme ve bilirkişi marifetiyle belirlenmesi vurgulanmış; bazıları ise mahrum kalınan karın ödettilmesi şartının sözleşmeye konulabileceğini ifade etmiştir. Muhammed eş-Şehhat el-Cüнді gibi bazıları, sözleşmede mahrum kalınan karın da ödettilmesi şartı varsa, bunun da ödenmesi gerektiğini aksi takdirde mahrum kalınan karın muhtemel bir kar olması sebebiyle ödettilmeyeceğini söylemişlerdir. Normal karın alt sınırının ödettilereceğini söyleyenler de vardır.

Semir Abâza, Hayrettin Karaman, Mustafa ez-Zerka, Abdullah el-Meni', Muhammed b. Abdülaziz el-Yemeni, Nihat Dalgın gibi âlimler bu görüştedir.<sup>50</sup>

<sup>49</sup> Dalgın, s. 447-450. Hanefiler dışındaki mezheplerin bu görüşe yakın olduğu hakkında bkz. Yaran, s. 164.

konu edilemeyeceği, ğarar ve kumara yol açmamak için sedd-i zeria ilkesiyle hareket etme, zararın mahkeme veya adil kişilerce tespitinin gerektiği gibi hususlar yer almaktadır.<sup>48</sup>

İş bitirme borcu üzerindeki tartışmanın, tarafların akit sırasında cezai şart koşup koşamayacağı yönünden yani zararın tazmini bakımından ele alındığı, mazeretsiz olarak işi yapmayan veya geciktirene ceza hukuku bakımından bir ta'zir cezası uygulanıp uygulanamayacağı konusuna ise değinilmediği görülmektedir.

### 3. Karz Veya Alışveriş Borcunda Mazeretsiz Olarak Ödemeyi Geciktiren Borçludan Fazla Para Alınması

Karz veya alışveriş borcunda mazeretsiz olarak ödemeyi geciktiren borçludan fazla para alınmasını faiz olarak değerlendirip caiz görmeyenler olduğu gibi, değişik gerekçelerle böyle bir paranın alınmasına cevaz verenler de vardır. Bunun yanında iki öneri daha dikkat çekmektedir ki bunlardan birisi yeni bir akitle meselenin çözülmesini, diğeri ise borç miktarı kadar bir malın borçludan alınarak, gecikme süresi kadar kullanmak üzere alacaklıya borç verilmesini önermektedir. Şimdi bu görüşleri ele alacağız.

#### a. *Karz Veya Alışveriş Borcunda Mazeretsiz Olarak Ödemeyi Geciktiren Borçludan Fazla Para Alınmasının Caiz Olduğu Görüşü*

Günümüz âlimlerinin çoğunluğu mazeretsiz olarak ödemeyi geciktirenden fazla bir miktar para alınması konusunda hem fikir olmakla birlikte, bu fazlalığın ne karşılığında alındığı ve nasıl kullanılacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

#### a1. Borcun Mazeretsiz Olarak Zamanında Ödenmemesi Sebebiyle Alacaklının Uğradığı Zararın Tazmin Ettirilmesi

Ödemenin mazeretsiz olarak geciktirilmesi sebebiyle alacaklının zarara uğraması halinde bu zararın ödeneceği şart olarak koşulduğu takdirde, bu tür bir şart faiz olmaz ve şarta uygun olarak zararın ödenmesi gerekir. Bazıları böyle bir şart sözleşmede yer almasa dahi zararın tazmini gerektiğini söylemektedir. Zarar maddi ve fiili olmalı, alınacak paranın miktarı da makul ve maruf ölçüler içinde, uğranılan zararı adalet ve insaf ölçülerinde karşılayacak nitelikte olmalıdır. Zararın taraflarca tespiti mümkün olmakla birlikte, istismar edilerek faize vesile kılınmaması amacıyla zararın mahkemece tespiti tavsiye edilmektedir.

<sup>48</sup> Dalgın, s. 437-440.

Tarafların ihtilafa düşmesi halinde konu mahkemeye taşınır ve bilirkişilerin değerlendirmesine göre karar verilir.

Bu görüşü ed-Darir, Muhammed ez-Zuhayli, Muhammed eş-Şehhat el-Cüнди, Halil Güneç ve Hayrettin Karaman gibi âlimler savunmuştur. 1985 yılında yapılan 3. İslam İktisadı Kongresinde alınan çoğunluk kararı, İlmi Araştırmalar ve İfta Komisyonunun görüşü bu yöndedir. El-Mecmau'l-fikhiyyü'l-İslamî'nin ilk kararı da böyle olmakla birlikte, sonraki kararda aslı para olan borçlarda gecikme cezası adıyla fazla para almanın caiz olmadığı görüşü benimsenmiştir.

Bazı âlimler ise, zararı tazmin ettirmek için mutlaka mahkemeye müracaat edilmesi gerektiğini aksi takdirde başka şekilde borçludan fazla para almanın caiz olmadığını söylemişlerdir.<sup>49</sup>

Ön görülemeyen büyüklükteki zararın sorumluluğunun bütünüyle borçluya yüklenmesi hakkaniyet ilkesiyle bağdaşmayacağından, zarar miktarının makul olma şartıyla sınırlandırılması gerektiğini düşünüyoruz.

a2. Borcun Mazeretsiz Zamanında Ödememesi Sebebiyle Alacaklının Uğradığı Zararın Ve Ayrıca Mahrum Olunan Karın Tazmin Ettirilmesi

Bazı âlimler, mazeretsiz olarak borcun geciktirilmesi sebebiyle uğranan zararın karşılanmasının yeterli olmadığını ayrıca alacaklının, gecikme süresince bu parayı kullanarak elde edebileceği/mahrum kaldığı kârın da karşılanması gerektiğini söylemişlerdir. Mahrum kalınan karın maddi ve ispat edilebilir olması ve miktarının mahkeme ve bilirkişi marifetiyle belirlenmesi vurgulanmış; bazıları ise mahrum kalınan karın ödettilmesi şartının sözleşmeye konulabileceğini ifade etmiştir. Muhammed eş-Şehhat el-Cüнди gibi bazıları, sözleşmede mahrum kalınan karın da ödettilmesi şartı varsa, bunun da ödenmesi gerektiğini aksi takdirde mahrum kalınan karın muhtemel bir kar olması sebebiyle ödettilmeyeceğini söylemişlerdir. Normal karın alt sınırının ödettilereceğini söyleyenler de vardır.

Semir Abâza, Hayrettin Karaman, Mustafa ez-Zerka, Abdullah el-Meni', Muhammed b. Abdülaziz el-Yemeni, Nihat Dalgın gibi âlimler bu görüştedir.<sup>50</sup>

<sup>49</sup> Dalgın, s. 447-450. Hanefiler dışındaki mezheplerin bu görüşe yakın olduğu hakkında bkz. Yaran, s. 164.

Hayrettin Karaman önceleri “Yatırım yaparak elde edeceği kazançtan mahrum olması düşüncesine dayanarak, zamanında ödeme yapmayan borçludan bir fazlalık alınması faiz olacağından İslam’ın bunu benimsemediği kesindir.”<sup>51</sup> demiş olmasına rağmen, görüşünü değiştirerek şu noktaya gelmiştir: “Bize göre gerek şabısların ve gerekse finans kurumları gibi kuruluşların, hak edilmiş, vâdesi gelmiş alacaklarını, borçlu ödeme zorluğuna düşmediği halde, zamanında ödemiş olursa, doğan zarar sabit olmak şartıyla fark talep etmeleri normaldir. A’nın finans kurumuna veya bir şirkete vâdeli borcu vardır, zamanında ödemiş ve aradan altı ay geçmiştir, bu esnâda kurumun katılım hesabı sabiplerine verdiği kâr da sabit olmuştur; kezâ şirket, aynı malı ve hizmeti başkalarına da satmış ve bundan belli bir para kazanmıştır. İşte böyle bir durumda, A, ödeme imkânı bulunduğu halde kendi çıkarını tercih ettiği için borcunu ödemiş, parayı kullanmış, kurum ve şirket ise açık ve kesin olarak kârdan zarara uğramıştır; zararın miktarı da yaptığı işlemlerden elde ettiği kârdan bellidir. Bu kadar bir farkın talep edilmesi, zararı meneden İslâm’a göre câiz olmalıdır. Câiz olmayan, kurum ve şirketin, kazansın kazanmasın daha baştan, gecikmeye fark koymasındır.”<sup>52</sup>

Öyle görünüyor ki mahrum kalınan karın ödettilmesi görüşünü savunanlar, bu mahrumiyeti zarar kapsamında görmektedirler. Hâlbuki mahrum kalınan kar meselesi oldukça göreceli/ihtimallidir. Alacaklı borç verdiği parayı (anapara) şayet zamanında teslim almış olsa ve bunu bir yatırımda değerlendirmek isteseydi, her türlü ticari faaliyette olduğu gibi, üç ihtimalle karşı karşıya olurdu: 1) Kar etmek. 2) Maliyetine ticaret yapmak. 3) Zarar etmek. Ticarete bütün bu ihtimaller varken, sadece kar etme seçeneğinin dikkate alınması ve oldukça değişken olan kar oranlarına rağmen belirli bir kar oranının tespiti epey zor görünmektedir. Kardan mahrumiyet şeklinde uğranılan zararın miktarını, ilgili kişi veya kuruluşun geciktirme süresi içinde yaptığı işlemlerden elde ettiği kara bakarak tespiti çalışmak, ancak işlemlerin bir ortalamasının alınması yoluyla olabilir. Çünkü her bir ticari işlemin zarar durumu kendine özeldir.

Diğer taraftan bazı araştırmacılar, mahrum kalınan karın ödenmesi konusunda, kanunen belirlenmiş olan durumlarda bunun uygulanmasını gerekli görmüş; bireyler arası gecikmelerde ise alacaklının tüccar veya sade vatandaş olmasına göre ayırımı gitmişlerdir. Alacaklı tüccar ise mahrum kalınan karın bilirkişi tespiti sonunda tazminat olarak ödenmesi gerektiği; alacaklı sade vatandaş olup parasını herhangi bir

<sup>50</sup> Dalgın, s. 449, 450-452, 480; Yücel, s. 12 vd.

<sup>51</sup> Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul 1991, II, 427-433.

<sup>52</sup> <http://www.hayrettinkaraman.net/yazi/hayat/0389.htm> (26.02.2012)

yerde çalıştırıp gelir elde edemeyecek ise ona mahrum kalınan kar tazminatı ödenmeyerek, alacaklının müracaatı halinde, borçluya ta'zir türünden (darp vb.) bir ceza verilebileceği ifade edilmiştir.<sup>53</sup> Biz böyle bir ayırımın isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü bir düzenlemenin kanunda yer alması onun dinen caiz olmasını gerektirmez. Ayrıca tüccarın menfaatini koruyup sade vatandaşın menfaatini korumamanın bir mantığı olmadığını ve hatta bunun istismar vesilesi yapılabileceğini düşünmekteyiz.

### a3. Mazeretsiz Olarak Borcunu Geciktirenin Hayır Yerlerine Bağış Yapmaya Zorlanması

Bazı âlimler, mazeretsiz olarak borcunu geciktirenin –alacaklının mülküne geçmeksizin- hayır yerlerine (muhtaç kişi veya hayır kuruluşu) bağış yapmaya zorlanmasını caiz görmekte-dirler. Bu görüşü savunanlardan bir kısmı böyle bir ödemenin cezai şart olarak sözleşmeye konulabileceğini, bir kısmı ise ancak sonradan mahkemenin vereceği karar ile böyle bir ceza uygulamasına gidilebileceğini savunmaktadırlar. Alacaklının kişi veya kuruluş olması arasında fark görülmemiştir. Hayır maksatlı şartlarda müsamahalı davranılması ve bu tür şartların hem alacaklı hem de borçlu lehine maslahat olduğu düşüncesi bulunmaktadır. Dalgın, alacaklı özel şahıs tarafından ceza olarak borçludan alınacak paranın, şayet alacaklının zararı olmuşsa onun telafisine harcanmasını; zararı olmamışsa bu parayı mülkiyetine geçirmeden hayır yerlerine vermesini önermektedir.

Bazı âlimler ise hayır yerlerine bağış yapma şartını, akdin muktezası olmayan ve akde uygun düşmeyen bir şart olarak değerlendirdikleri için caiz görmemiştir.<sup>54</sup>

### a4. Mazeretsiz Olarak Borcunu Geciktirenin Alacaklıya Fazladan Ödeme Yapması

Alacaklı ve borçlunun, borcun zamanında ödenmemesi veya mazeretsiz olarak ödemediğinden kaçınılması halinde, alacaklıya bir bedel ödenmesi üzerine anlaşmalarının caiz olup olmadığı tartışılmıştır. Âlimlerin büyük çoğunluğuna göre, adı ne olursa olsun, böyle bir şart faize götüreceği için haramdır. Zira burada sadece bir miktar gecikme vardır, herhangi bir zarar söz konusu değildir. Bu görüşe göre

<sup>53</sup> Dalgın, s. 479.

<sup>54</sup> Dalgın, s. 443-444, 480.

kurumların alacağı gecikme cezası da faiz olup caiz değildir, borçlu bunu ödemekle yükümlü değildir, hatta imkânı varsa ödememesi gerékir.

Ancak Zekiyüddin Şa'ban gibi bazı âlimler ise, gecikme cezası alınacağı sözleşmede belirtildiği ancak miktarı belirlenmediği takdirde bunun caiz olacağını, miktarı önceden belirlendiği takdirde caiz olmayacağını söylemişlerdir.<sup>55</sup>

***b. Karz Veya Alışveriş Borcunda Mazeretsiz Olarak Ödemeyi Geciktiren Borçludan Fazla Para Alınmasının Caiz Olmadığı Görüşü***

Bu görüşte olanlara göre aslı para borcu olan karz veya alışveriş borçlarında (iş bitirme borcu hariç) mazeretsiz olarak ödemenin geciktirilmesi halinde, borcun anaparası dışında başka bir para/mal alınması faiz (ribe'n-nesie= cahiliye faizi) kapsamına girdiği için caiz olmaz. Bu görüşte olanlara göre borçludan kefil istenmesi, rehin alınması, hapis ve benzeri yollarla ödemeye zorlama gibi seçeneklerin uygulanmasıyla sorun çözülmelidir.

Muhammed ez-Zuhayli, mezheplerin ve fakihlerin çoğunluğunun bu görüşte olduklarını nakletmektedir. Ayrıca Suudi Arabistan'da bulunan Rabıta örgütüne bağlı el-Mecmau'l-fikhiyyü'l-İslamî'nin, Dubai İfta Dairesi'nin, İlmî Araştırmalar ve İfta Komisyonu'nun kararı bu yöndedir.<sup>56</sup> Abdülaziz Bayındır bu görüşü doğru ancak bir çözüm sunmayan görüşler arasında ele almıştır.<sup>57</sup> Bu görüş, borçludan sadece fazla para alınması konusunu ele aldığından, borçluya ta'zir türünden bir ceza uygulanması hususuna değinmemiştir.

***c. Yeni Bir Akit Türü Öneren Görüş***

Hayrettin Karaman, nakit borçları için değil, vadeli satışlar için şöyle bir öneri getirmektedir: Satıcı ile alıcı, sürelere göre değişen fiyatları gösterir bir liste üzerinde anlaştıktan sonra mal teslim edilir. Sonra bakılır; müşteri ödemeyi hangi vadede yaparsa akit o zaman kesinlik kazanır. Fiyatları gösterir bir liste bulunduğu için fiyat belirsiz değildir. Teamül de olursa akit fasit olmaz. Burada ne bir aldatma ne de tarafları nizaya sokacak ölçüde cehalet vardır. Yapılan her ödeme malın

<sup>55</sup> Dalgın, s. 444-447.

<sup>56</sup> Dalgın, s. 440-443.

<sup>57</sup> Bayındır, s. 346.



bedelidir. Vadeye göre değişen fark, vade farkıdır, yoksa gücü olduğu halde ödemeyi geciktiren borçluya yüklenmiş gecikme bedeli değildir.<sup>58</sup>

Bu öneriye itiraz eden Bayındır'a göre bu öneri borcu ödeme günü kavramı ve fiyat kavramını değiştirmektedir. Bunları değiştirmek, alım-satımın tabiatını değiştirmek olur. Satıcı malı kaça sattığını ve bedelini ne zaman alacağını bilemez. İş böyle yürümeyeceğinden, senet hangi tarih için düzenlenmişse bedelin o tarihte ödeneceği kesinleşmiş sayılır. Tarafların anlaştıkları liste ise borcun gecikmesi halinde ödenecek faiz miktarını gösterme dışında bir işe yaramaz. Yani burada esasen iki akit önerilmektedir: Birincisi, listede yazılı birinci bedel üzerinden yapılan bir satım akdi; İkincisi de, borcun zamanında ödenmemesi halinde ödenecek faiz miktarını gösteren faiz akdi.<sup>59</sup>

#### ***d. Borç Miktarı Kadar Bir Malın Borçludan Alınarak, Gecikme Süresi Kadar Kullanmak Üzere Alacaklıya Borç Verilmesi Görüşü***

Mazeretsiz olarak ödemeyi geciktiren borçludan borç miktarı kadar bir malın alınarak, alacaklıya gecikme süresi kadar kullanmak üzere verilmesi teklifi Abdülaziz Bayındır tarafından ileri sürülmüştür. Bayındır, mazeretsiz olarak ödemenin geciktirilmesi problemini çözmeye yönelik olarak sekiz farklı görüşün ileri sürüldüğünü, ancak kendi görüşü dışındaki görüşlerin borçluya gecikme cezası verilmesini teklif ettiklerini, hâlbuki bunun faiz olduğunu ve bu teklifler dikkate alındığında faiz yasağının bir anlamı kalmayacağını söyler. Ona göre diğer görüşler, temerrüt faizinin masum kelimelerle ifadesi dışında bir yenilik getirmemiş, bu tür işlemlerin faiz sayılmaması için de naslar tahrif edilmiştir. İslam ülkelerindeki katılım bankaları, diğer görüşlerden birini uygulayarak gecikme faizi almaktadırlar. Ona göre, katılım bankaları aldıkları bu fazlalığa faiz deseler de müslümanları gülünç duruma düşürmeseler ne iyi olur.

Bayındır'ın teklifine göre mesela mazeretsiz olarak geciktirilen borç 1000 lira olsa ve ödeme zamanından bir ay sonra ödense, ödeme sırasında borçlu, alacaklıya 2000 lira öder. Bunun 1000 lirası borcun anaparası, diğer 1000 lirası ise, alacaklının gecikme süresi kadar yani bir ay kullanıp geri vermesi içindir. Fazladan yapılan ödemenin miktarını

<sup>58</sup> Yaklaşık ifadeler için bkz. <http://www.hayretinkaraman.net/sc/00135.htm> (10.03.2012)

<sup>59</sup> Bayındır, s. 344-345.

azaltıp süresini uzatmak veya miktarı artırıp süreyi kısaltmak da mümkündür. Mesela yukarıdaki meselede borçludan fazladan (anapara dışında) alınan 1000 lira değil de 100 lira olsa bu miktar, borcun onda biri olduğundan, alacaklı o parayı gecikme süresinin on katı kadar yani on ay kullanıp geri verir. Yine borçludan fazladan (anapara dışında) alınan 1000 lira değil de 2000 lira olsa bu miktar, borcun iki katı olduğundan, alacaklı o parayı gecikme süresinin yarısı kadar yani on beş gün kullanıp geri verir. Böyle bir uygulama yapılacağı sözleşmeye cezai şart olarak da konulabilir.

Elektrik, su ve gaz gibi şeyleri satan şirketler de gecikme cezası alabilir, ceza olarak aldığı parayı uygun süreyle kullanır, sonra yeni faturadan düşmek suretiyle geri öder. Müşteri bu sürede abonelikten çıktıysa, o takdirde süre sonunda ödemeyi nakit olarak yapar. Vergi borcunu geciktirenden de aynı şekilde ceza alınabilir.

Bu cezanın uygulanabilmesi için mahkeme masrafı ve zorunlu başka masraflar olursa, bunlar borçluya ödettilir. Bayındır, Kur'an'da yer alan cezaların hepsinin suça uygun ceza olduğunu, ayrıca savunduğu prensibe uygun hadisler bulunduğunu da söylemektedir.<sup>60</sup>

Bu görüş hakkındaki değerlendirmelerimizi şöyle özetleyebiliriz:

1. Bayındır'ın atıfta bulunduğu hadislerde, ağaçtaki meyveyi eteğine koyup götürene ve kayıp deveyi gizleyip saklayana iki katıyla ödetme hükmünün sahih ve geçerli olduğunu kabul edenler olduğu gibi, bu ve benzer anlamdaki hadisleri zayıf bularak veya mensuh olduğunu söyleyerek amel etmeyenler de vardır. Çok büyük çoğunluk bu hadislere göre hüküm vermemiş ancak bazı Hanbeliler bu yönde hüküm vermiştir. Hüküm verenlerden bazıları da hükmü sadece mezkûr olaylarla sınırlandırmış, başka meselelere teşmil etmemiştir. Ayrıca bu hadislerde "iki katı ile ödetme ve bir de ceza" ifadesi geçtiği, Bayındır'ın savunduğu şekliyle "bir katını (misli) geçici bir süre için kullanıp sonra geri verme" ifadesi yer almadığı için, bunlar Bayındır'ın savunduğu görüşe delil olamaz. Yani bu hadislerle amel edenler onları, Bayındır'ın anladığı şekliyle anlamamışlardır. İlginç olan bir durum da şudur ki; bu hadislerle amel etmeyenlerin bir gerekçesi de, iki katıyla ödemenin "misli ile mukabele"yi emreden ayetlere ters düşmesidir. Hâlbuki Bayındır'ın yorumunda bu ayetlere uygunluk iddia edilmektedir.<sup>61</sup>

<sup>60</sup> Bayındır, s. 332-335, 345.

<sup>61</sup> Geniş bilgi için bkz. Hüseyin Esen, *İslam Hukukunda Mali Cezalar*, İstanbul, 2006, s. 75-76, 123-125.

2. Bayındır, kendi teklifini “suça uygun ceza” şeklinde nitelendirmektedir. Ancak bu teklifte sunulan husus, alacaklının gecikme sebebiyle uğradığı maddi zararı karşılamaya yönelik olduğundan, ceza hukukuna konu olduğu anlamıyla bir ceza değil, zararı karşılamaya yönelik bir tazmin görünümündedir. Nitekim ilgili hadislerde iki katıyla ödemenin yanında ayrıca bir cezadan bahsedilmektedir. Yani bu görüş uygulanarak ilgili maddi zarar karşılanmış sayılsa bile, olayın ceza boyutu yetkililerin takdirine bırakılmış olduğundan, bunun yanında uygun bir ta’zir cezası dahi uygulanabilir. Mesela suçun büyüklüğüne göre hem bu uygulama hem de darp veya meslekten men gibi bir ceza verilebilir.

3. Uygulama zorluğu: Bu uygulamayı kişilerin kendi aralarında anlaşmayla yapabilmeleri neredeyse imkânsız olduğundan mutlaka devlet zoruyla uygulanması gerekmektedir. Alacaklı, mazeretsiz olarak borcunu geciktirenden anaparayı bile alamazken, bu uygulamayı tek başına yapabilmesi zordur. Belki su ve gaz gibi şeyler satan şirketler aboneliği sonlandırma tehdidi ile zorlamada bulunabilirler. Ayrıca malı borçludan zorla almak, geciktirme süresince alacaklıda beklemesi ve süre bitince iadesi aşamalarında başka sorunlar çıkabilir. Mesela borcu kadar malı bulunmayabilir veya ödemeyi mazeretsiz geciktirdiğinde maddi durumu iyi iken, ondan mal alınmasına sıra geldiğinde fakir duruma düşmüş olabilir.

4. Bu uygulamanın maddi zararı ne ölçüde karşılayabildiği tartışılabilir. Zira bu görüş, malın miktarı, zaman dilimi ve kişinin ihtiyacı gibi faktörlerin eşit olup farklılık arz etmediği bir ortam için söylenmiş görünmektedir. Hâlbuki bu faktörler çok değişken ve önemlidir. Mesela 1000 lirayı yatırımda kullanarak normal şartlarda ancak bir ay sonra kârını alabilmek mümkünse, bunun yerine otuz katı olan 30.000 lirayı, gecikme süresinin otuzda biri olan bir gün için kullanmak aynı kârı sağlayamaz; bir günde bu parayla neredeyse hiçbir iş çevrilemez, üstelik belki bu kadar parayı kullanmadan elinde tutmanın ek sıkıntısı ve riski dahi doğabilir. Yine bunun tersi olarak 1000 lira yerine onun yüzde biri olan 10 lira, sürenin yüz katı olan yüz ay süreyle kullanmak üzere verilse, aynı getiri elde edilemez, çünkü 10 lira ile hiçbir iş çevrilemez. Yine kişinin mesela yatırım yapma, tarlayı ekme, düğün yapma gibi bir ihtiyacının bulunduğu bir zaman diliminde maldan/paradan yoksun kalmasının etkisi, diğer zamanlarda yoksun kalmasından bariz şekilde farklıdır. Yine kişinin fakir veya zengin oluşu da önemli bir faktördür. Mesela bir borçlu, tam da alacaklının toplu

paraya ihtiyacı olduğu zaman ona kasıtlı olarak borcunu ödemeyip sıkıntı çektiğinden ve mahrumiyetler yaşattıktan sonra, aynı miktar parayı aynı süreyle kullanmak üzere verse, alacaklı bununla zararını telafi edemez, iyi niyetli olmayan borçlu da bundan önemli bir zarar görmez ve alacaklıya çektiği sıkıntı yanına kar kalmış olur. İşte bu noktada, alacaklının konuyu dava ederek mahkemeye taşınması ve kötü niyetli olan borçluya ta'zir türünden cezai işlem (darp, hapis, teşhir vb.) uygulanması gerektiği sonucuna ulaşmaktayız.

5. Yukarıdaki değerlendirmelerle birlikte, bu teklifi bütünüyle reddetmek mümkün olmayıp diğer tazmin ve ceza seçenekleri gibi, borçlu veya kamu otoritesi tarafından uygun görüldüğünde başvurulabilecek bir yol olarak değerlendirilebilir.

#### ***e. Devletin Gerçekleştiği İdari Akitlerdeki Mali Cezaların Cezai Şarttan Farklı Olduğu Görüşü***

Cezai şart konusunda çalışma yapan Muhammed el-Yemeni'ye göre, sorumluluklarını yerine getirmeyen veya geç getiren kimseler için devletin mali cezalar koyması, özel kişi veya kuruluşlar arasındaki cezai şarttan farklı olup caizdir. Çünkü cezai şartın amacı, zarar karşılığında bedel almak olduğundan bu işlemin bedel olma özelliği vardır. Mali cezalar ise tabiatları gereği cezai bir tehdittir. Buna göre cezai şartın elde edilmesi için zararın gerçekleşmiş olması şarttır. Mali cezalar ise, zarar meydana gelip gelmediğine bakılmaksızın, salt sorumluluğun yerine getirilmemesi sebebine dayanır. Cezai şartta alacaklının ikaz etmesi gerekliken, mali cezalarda böyle bir ikaza gerek yoktur.<sup>62</sup> el-Yemeni, cezai şartı zarar mukabili gördüğü için zararın gerçekleşmesini şart koşmaktadır. Ancak bazı âlimler, zararı değil, bizatihi ihlali tazmin sebebi olarak kabul etmektedirler.<sup>63</sup> Yine el-Yemeni'nin ifadelerinde mali cezanın sebebinin "sorumlulukların yerine getirilmemesi" tarzında yuvarlak bir ifadeyle belirtildiği görülmektedir. Aşağıda mali cezalar konusuna açıklanacağı üzere, aslı para olan borçlarda devletin mali ceza adı altında bir fazlalık almasının faiz kapsamına gireceği, diğer borçlarda veya kabahat/suçlarda ise mali ceza uygulanabileceğini düşünüyoruz.

<sup>62</sup> Dalgın, s. 458-459.

<sup>63</sup> Bkz. Erol, Erdem, *İslam Hukukunda Cezai Şart*, Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000. Bu çalışmada cezai şartın kira ve istisna akitlerinde caiz olduğu; karz, selem, vadeli veya taksitli satış ve iş akitlerindeyse caiz olmadığı ifade edilmektedir.

**f. Karz Veya Alışveriş Borcunda Mazeretsiz Olarak Ödemeyi Geciktiren Borçludan Mal/Para Almanın Gerekçeleri**

Abdülaziz Bayındır'ın özetlemesine göre, borçluya fazla bir para/mal ödettirilmesi görüşünde olanlar, başlıca şu gerekçelere dayanarak bu sonuca ulaşmaktadırlar: 1. Borcu geciktirmeyi menfaat gaspı sayma, 2. Mesalihi mürseleye dayanıp ceza verme, 3. Bazı hadislerle dayanıp ceza verme, 4. Cezai şartla gecikme cezasını aynı sayma, 5. Kaparoya bakarak gecikme cezası verme, 6. Gecikme Cezasını Hayıra harcama, 7. Yeni bir akit türü önerisi, 8. Suça uygun bir ceza olarak borç miktarı kadar bir parayı, gecikme süresi kadar kullanmak üzere alacaklıya borç vermek. Bu son madde de Bayındır'ın gerekçesidir.<sup>64</sup>

**C. MAZERETSİZ OLARAK BORCUNU GECİKTİREN BORÇLUYA VERİLEBİLECEK CEZALAR**

Borcunu mazeretsiz olarak ödemeyi geciktirenin, hem alacaklıya verdiği manevi zarar ve hem de topluma/devlete kaşı suç işlemiş olması sebebiyle cezalandırılmayı hak ettiğini yukarıda belirtmiştik. Alacaklının özel kişi veya özel kuruluş olması halinde, meselenin mahkemeye intikal ettirilmeden kendi aralarında anlaşarak (af/ibra, aynı miktar malı aynı süreyle kullanmaya razı olma, mahkemeye gitmeyi tercih etmeme gibi bir yolla) çözülme imkânı bulunduğundan, dava edilmediği sürece bu tür borçluların devlet tarafından cezaya çarptırılması söz konusu olmaz. Dava edildiğinde ise, devlet tarafından bir ceza verilmesi mümkün olur. Ayrıca devlete olan borçların mazeretsiz geciktirilmesi halinde, devlet bunun için ceza verme yolunu tercih edebilir.

**1. Cezanın Suça Uygun veya Suç Cinsinden Olması Konusu**

Cezanın işlenen suça uygunluğu ile o suçun cinsinden olması meselesi birbirinden farklı konular olmasına rağmen maalesef bazen bu ikisi karıştırılmaktadır. Tefsir, hadis şerhi, kelam gibi İslami kaynaklarda "El-Cezâü min cins'i-l amel = Ceza/karşılık, yapılan iş cinsindedir"<sup>65</sup> tabirine rastlanmaktadır. Esasen bu lafız bir ayet veya

<sup>64</sup> Bayındır, s. 335-345.

<sup>65</sup> Bu konuda bir çalışma şudur: Seyyid Hüseyin Affânî, *el-Cezâü min cins'i-l amel*, Kahire, 2. Bası, 1417/1996, 2 cilt halindedir. Yazar, Kur'an ve sünnet nasslarını ele alarak Allah'ın dünya ve ahirette kullarına muamelesine dair örnekleri işlemektedir. Hukuki konular yok denecek kadar azdır.

hadis metni yahut genel bir hukuk kuralı (kaide-i külliye) değildir. Nitekim bu ifadeye fıkıh ve fıkıh usulü kaynaklarında rastlanmaması oldukça dikkat çekicidir. Mesela Aclûnî bu lafızla herhangi bir hadis mevcut olmadığını söylemekte ancak anlam olarak buna yakın anlamda gördüğü bazı ayet ve sözler aktarmaktadır. Aktardığı ayetler şunlardır: “Şayet ceza verirsiniz (âkabtüim), size yapılanın misli ile cezalandırım (âkibûi). Sabrederseniz bu, sabredenler için daha hayırlıdır”,<sup>66</sup> “Kötülüğün karşılığı (cezâ), misli kötülüktür”,<sup>67</sup> “İyiliğin karşılığı (cezâ) ancak iyiliktir”,<sup>68</sup> “Ancak yaptığınızın karşılığını (tüczevne) görürsünüz”.<sup>69</sup> Ayrıca “Nasıl davranırsanız size de öyle davranılır (kemâ tedînü tûdânü)”, “Müsamaha ol ki sana da müsamaha gösterilsin” gibi önceki nahiv kitaplarında yer alan bazı hikmetli sözler yer vermiştir.<sup>70</sup>

Bize göre Aclûnî'nin aktardığı mezkûr ayet ve sözlerden hiç birisi, cezalandırmada cezanın işlenen suç türünden olması gerektiğini ifade etmemektedir. Mesela mali suça mali ceza, bedeni suça bedeni ceza, sosyal suça sosyal ceza, eğitimle ilgili suça eğitimle ilgili ceza vb. verilmesi gerektiği sonucu çıkmamaktadır. Zira birinci ayet (Nahl, 126), cezanın<sup>71</sup> suça denk (misil) olup ondan daha ağır olmaması gerektiğini, *el-Cezâü min cins'i-l amel* ifadesi ve diğerleri de “iyiliğe karşı iyilik, kötülüğe karşı kötülük”, “etme bulma dünyası”, “eden bulur (men dakka dukka)”, “ne ekersen onu biçersin”<sup>72</sup> tarzındaki atasözü ve deyimlerde ifadesini bulan genel bir sosyal kural niteliğindeki manayı ifade etmektedir. Yani cins kelimesi mali, bedeni vb. çeşit anlamında değil; iyi/faydalı veya kötü/zararlı anlamındadır. Ayrıca “el-cezâ” kelimesi Arapçada iyi veya kötü karşılık anlamına gelmekte, bunun yanında genellikle hukuki/dünyevi anlamdaki ceza için ukûbe, ahiretteki cezalandırma içinse ikâb ve azâb gibi kelimeler tercih edilmektedir.

Cezanın suça uygunluğu ve aynı cinsten olup olmaması bakımından ceza türlerinde durum şöyledir:

<sup>66</sup> Nahl, 126.

<sup>67</sup> Şura, 40.

<sup>68</sup> Rahman, 60.

<sup>69</sup> Tahrîm, 7.

<sup>70</sup> Aclûnî, *Keşfü'l-hafâ*, Mısır, 2000, I, 383-384.

<sup>71</sup> Ayrıca bu ayet ve benzerleri (Bakara, 2/294) ceza hukuku alanına giren suç ve cezalardan değil, İslam toplumuna saldıran diğer toplumlara karşı “mukabele bil misil” kuralını ifade etmektedir.

<sup>72</sup> Alâ İsmail el-Hamzâvî, *el-Enşâlü'l-arabiyye ve'l-emsâlü'l-âmmiyye: mukârame dilâliyye*, I, 94 (internette indirdiğimiz nüshadır).

**Had cezaları:** Had cezaları, dinin sahibi olan şari'in (Allah ve Peygamber), Allah hakkı olarak koyduğu gibi uygulanan belirli/sabit cezalardır. Mesela zina suçu için öngörülen sopa ve recm cezaları, zina iftirası için sopa cezası ve içki için sopa cezası, işlenen suç cinsinden/türden değildir. Hırsızlık suçu için el kesme ve hirabe için el ve ayağı çapraz kesme cezaları, genelde suç işlemede kullanılan organın/aletin kesilmesi bakımından suça uygun görünmekteyse de, bunların dahi işlenen suçla aynı cinsten oldukları söylenemez. Bununla birlikte mezkûr suç ve cezalar arasında akılla kavranır bir uygunluk ve denklik mevcuttur.

**Kıyas/diyet cezaları:** Gerek nefis/can kıyası gerekse müessir fiil kıyaslarında, cezanın suça denk ve uygun olması şartı aranmaktadır. Zaten kıyas kelimesinde bu denklik anlamı bulunmaktadır. Ancak kıyas uygulamak mümkün olmadığında, kısastan erş veya diyete dönülmesi halinde artık bunların suçla aynı cinsten veya ona denk olduğundan bahsedilemez.

**Devletlerarası ilişkilerde mukabele bi'l-misil prensibi:** Devletlerarası ilişkilerde misliyle karşılık verme/kıyas ilkesi kabul edilmiştir. Haram aylarda saldırana karşı misliyle karşılık verme/kıyas da bu kapsamdadır.<sup>73</sup>

**Ta'zir cezaları:** Uygulayıp uygulamama kararı, tür ve miktar bakımından tespiti zamanın yetkililerine bırakılan cezalardır. Hapis, darp, teşhir ve azarlama gibi türleri bulunmaktadır. Ta'zir cezalarının işlenen suç cinsinden olma şartı yoktur. Borçluya verilebilecek ceza ta'zir türüne girdiğine göre, bu cezada da suç cinsinden olma şartı yoktur. Ancak aynı cinsten bir cezanın mümkün ve münasip olması halinde, onun tercih edilmesi söz konusu olabilir. Mümkün ve münasip olma ifadesi, tercih edilecek cezanın faiz yasağı gibi bir haramı çiğnememesi ve ayrıca suçlu, mağdur ve toplum/açısından olumlu sonuç doğuracağına inanılması demektir.

**Keffâret cezaları:** Keffâret olarak yerine getirilmesi istenen şeylerde işlenen suç cinsinden olma şartı bulunmamaktadır. Mesela adam öldürme, oruç, yemin bozma ve zihar keffaretlerinde köle azadı, oruç tutma, fakirleri doyurma veya giydirme gibi keffaret çeşitleri öngörülmüştür ki bunların bir kısmı mali, bir kısmı da bedeni

<sup>73</sup> Bakara, 2/194; Nahl, 16/126; Hac, 22/60; Şura, 42/40.

özelliğindedir. İhramlının öldürdüğü hayvanın karşılığı, eğer dengi bir hayvan olursa misli ile (aynı tür/cins değil) ödenmiş, fakirleri doyurmak ve bıruç şeklinde olursa başka türden<sup>74</sup> ödenmiş olur. Bu cezalarda da suç ile aynı türden olma şartı görülmemektedir.

**Ahirette Allah'ın kullarına muamelesi:** Birçok ayette Allah'ın kullarına karşı muamelesinin adil, kulun işlediği suçun misliyle olacağı ve asla suçtan ağır ve büyük olmayacağı ifade edilmektedir.<sup>75</sup>

Görüldüğü üzere kısas cezaları, devletlerarası ilişkiler ve Allah'ın kullarına muamelesi konuları dışında cezanın işlenen suç türünden olması durumu söz konusu değildir. Had cezalarında böyle bir durum olmadığı gibi, ta'zir suçları için verilecek cezanın mutlaka suç türünden olması gerektiği şeklinde bir emir veya kural da mevcut değildir.<sup>76</sup> Bununla birlikte cezanın suçun türünden olması hususuna bütünüyle karşı çıkmakta doğru olmaz. Buna göre meseleyi, bir ta'zir suçunda aynı türden (misli)<sup>77</sup> bir ceza verilmesi "mümkün ve münasip ise", mesela ticari suça ticari ceza vermek uygun görülürse, bunun tercih edilmesinin hikmete uygun olabileceği şeklinde şartlı ve kayıtlı olarak anlamalıdır. Mesela ticari suçlar için ticaretten men etme, ticari faaliyetini durdurma, ihalelere girme yasağı gibi örnekler zikredilebilir. Diğer taraftan cezanın suça uygun, suçun büyüklüğüne denk, orantılı, adil, suçla ve suçluyla mücadelede etkili olması hususları, nassların ifadesi ve aklın gereğidir.<sup>78</sup>

### **Mazeretsiz Olarak Borcunu Geciktiren Borçluya Verilebilecek Mali Olmayan Cezalar**

#### ***Borcunu Geciktiren Borçlunun Hapsi***

İslam âlimleri zamanında ödeme yapmayan borçlunun iki sebeple hapsedilebileceğini söylemişlerdir: 1- Ödeme gücüne sahip olup olmadığı bilinmeyen borçlunun durumunun netlik kazanması, varsa mal varlığını ortaya çıkarmaya zorlamak amacıyla hapsedilmesi, 2- Ödeme gücüne sahip olduğu bilinen borçlunun ödemeye zorlanması için hapsedilmesi. Ödeme gücü olduğu halde mazeretsiz olarak ödemedi

<sup>74</sup> Maide, 5/95.

<sup>75</sup> En'am, 6/16; Yunus, 10/27; Mü'min, 40/40; Neml, 27/90; Kasas, 28/84.

<sup>76</sup> Allah'ın takdirinde ve şeriatında bu kuralın bulunduğu dair bir ifade için bkz. Vehbe ez-Zuhayli, *el-Fıkhu'l-İslami ve edilletübbü*, 12. Bası, Dimaşk, VIII, 6274.

<sup>77</sup> Misliyle ceza konusunda bir çalışma için bkz. Adem Yıldırım, *İslam Ceza Hukukunda Suça Misliyle Mukabele Prensipleri*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007.

<sup>78</sup> İbn Teymiye, *el-Hisbe*, Beyrut, ty., s. 57-58; İbn Teymiye, *el-Fetava'l-kübra*, Beyrut 1987, I, 99, 104, 293; Ebu'l-Meâti Hafız Ebu'l-Fütûh, *en-Nizâmü'l-İkâbiyyü'l-İslâmî*, yy., 1976, s. 486-487.



kaçınanın hapsedilebileceği hususunda ittifak sağlandığı söylenebilir. Ancak konunun ayrıntılarında farklı görüşler bulunmaktadır.

Hanefilere göre akitle sabit olan her türlü borç sebebiyle hapis uygulanabilir. Bu tür borçlara mehr-i muaccel ve kefalet borçları da dâhildir. Borçlunun mazeretsiz olarak ödemedi kaçınması (mumâtale/temerrüd) halinde borcun az veya çok olmasına bakılmaksızın hapsedilir. Malı olup olmadığının anlaşılması için hapis uygulandığında, şayet malı olmadığını ispat edebilirse hemen salıverilir; malı olmadığını ispat edemezse, iki veya üç ay hakkında tetkikat yapıldıktan sonra malı ortaya çıkarılmazsa yine salıverilir. Borcundan dolayı hapsedilen dövülmez, bağlanmaz, zorla başkası için çalıştırılmaz, alacaklının önünde aşağılanmaz; ramazan, bayram, cuma, farz namaz, hac yapmak, ailesinden birinin cenazesine katılmak gibi sebeplerle hapisten çıkarılmaz. Kefil göstermek şartıyla ana-baba ve çocuk gibi yakın akrabalarının cenazesine katılabileceği ifade edilmiştir. Kefil ve kefilin kefil de borçtan dolayı hapsedilebilir.<sup>79</sup>

Malikiler, Zahiriler ve diğer bazı âlimlere göre, ödeme gücü olan borçlunun ödemeye zorlanması için hapsedilemeyeceği, bunun yerine malından zorla alınacağı ifade edilmiştir. Ancak Malikiler, malını gizleyen zorlamak amacıyla hapsi caiz görmüşlerdir.<sup>80</sup>

Borçlunun hapsi konusunda serdedilen görüşlerin, borçlunun gizli mal varlığının açığa çıkarılması ve ödemeye zorlanması amaçlarına yönelik oldukları görülmektedir. Ancak hapsin bunların ötesinde bir ta'zir türü olarak uygulanabilmesi de mümkün olduğundan, özellikle mazeretsiz ödemeyi geciktiren borçluyu cezalandırmak amacıyla, gecikmeli ödemeyi yaptıktan sonra dahi bir süre hapis cezası uygulanması mümkündür. Nitekim kaynaklarda bazı ta'zir suçları için hapis cezası öngörülmüştür.

### ***Borcunu Geciktiren Borçlunun Darp Edilmesi***

Mazeretsiz olarak borcunu geciktirenin hapsedilmesi, gizli mal varlığının açığa çıkarılması ve ödemeye zorlanması amaçlarını gerçekleştirmede yeterli olmadığı takdirde, ayrıca dövülebileceği âlimlerin büyük çoğunluğu tarafından kabul edilmiştir. Sadece Hanefiler,

<sup>79</sup> Ali Haydar, *Dürrü'l-hukûm*, Beyrut ty., II, 649; Yaran, s. 205-207.

<sup>80</sup> Karâfi, *el-Furûk*, IV, 80; İbn Ferhûn, *Tebîrâtü'l-hukûm*, II, 319; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, Beyrut ty., VI, 476-480.

hapsedilen borçlunun dövülmeyeceğini özellikle vurgulamışlardır. Ancak Hanefiler de akrabasına nafaka borcu olanın bunu ödememesi halinde dövülerek ödemeye zorlanacağını kabul etmektedirler. Öyle anlaşılıyor ki Hanefiler, hapsi sadece gizli malı ortaya çıkarma ve ödemeye zorlama amaçlarına odaklandıkları için, hapisteyken dövülmeyeceğini vurgulamışlardır. Yoksa Hanefiler, bir ta'zir türü olarak dövme cezasına karşı değillerdir. Nitekim Hanefi fıkıh kaynaklarında bazı ta'zir suçları için dövme cezası verilebileceği ifade edilmiştir.<sup>81</sup>

### ***Borcunu Geciktiren Borçlunun Teşhir Edilmesi***

Teşhir, ta'zir türlerinden biri olup mazeretsiz olarak borcunu ödemeyene uygulanabilecek cezalar arasında sayılabilir. Borcunu ödemeyenin ilgililere ve kamuoyuna ilanen duyurulmasıdır.<sup>82</sup> Teşhir, ticari itibarı zedeleme özelliğine sahip olduğundan özellikle ticaret erbabı için caydırıcı ve etkilidir.

### ***Meslekten Men Edilmesi***

Piyasada insanları dolandıran, güvenlerini istismar eden, hayali proje, seyahat ve satış gibi işlemlerle insanları kandıran kişilerin, borçlarını ödememeleri halinde duruma göre geçici bir süre veya temelli olarak yaptıkları işten men edilmeleri mümkün ve makul bir cezadır.<sup>83</sup>

### ***Borcunu Geciktiren Borçluya Seyahat Yasağı Getirilmesi***

Mazeretsiz olarak borcunu ödemeyenin hapsedilmesi halinde zaten seyahat etme imkânı yoktur. Borçlu hapsedilmemişse seyahat yasağı getirilmesi bir tür ceza olarak değerlendirilebilir.<sup>84</sup>

### ***Adaletin Düşürülmesi Ve Şahitliğinin Kabul Edilmemesi***

Mazeretsiz olarak borcunu geciktiren fasık sayılır, adaleti düşürülür ve şahitliği kabul edilmez. Bazı âlimler bu suçun bir kere işlenmesini yeterli görürken, bazıları tekrarlanması halinde fasık sayılacağını ifade etmişlerdir.<sup>85</sup>

<sup>81</sup> Haraşi, *Şerhu Muhtasari Halil*, Beyrut ty., V, 278; İbn Maze, *el-Mubtûr'el-burbânî*, I, 340; Yaran, s. 207.

<sup>82</sup> Ömer Halid ez-Za'bi, *Mümmâtaletü'l-medîn*, 129-132.

<sup>83</sup> Yaran, s. 210.

<sup>84</sup> Yaran, s. 178.

<sup>85</sup> *El-Mevsuatü'l-fıkhiyye*, "Matl", XXXVIII, 118-119; Yaran, s. 210-211.

### ***Cenaze Namazının Kıldırılmaması***

Hz. Peygamber, borcu olduğu halde ölen birinin cenaze namazını kıldırarak istememiş ancak başkasının o borca kefil olması sonrasında namazı kıldırılmıştır. Sıradan insanların kılma ve kıldırılmalarında bir sakınca olmamakla birlikte, özellikle toplumda önder durumda olan kişilerin mazeretsiz olarak borcunu ödemediği ölenin cenaze namazını kıldırılmaktan kaçınmaları, teknik anlamda bir ceza değilse de, oldukça etkili bir yaptırımdır.<sup>86</sup>

### ***İmamlık Yapmasına İzin Verilmemesi***

Özürsüz olarak borcunu geciktiren kişi fasık olacağı ve fasık olanın imameti de mekruh olacağından, böyle kişilerin imamete geçirilmemeleri tercih edilebilir.<sup>87</sup>

### ***Borçluya Uygulanabilecek Diğer Mali Olmayan Cezalar***

Ta'zir cezalarının tür ve miktar bakımından tayini zamanın yetkililerine bırakıldığından, uygun görülmesi halinde, yukarıda sayılanlardan başka ta'zir türlerinin<sup>88</sup> uygulanması da mümkündür. Klasik kaynaklarda bu bağlamda kişinin fazla yemekten ve fazla evlilikten men edilmesi hususları dahi sayılmıştır.<sup>89</sup> Günümüzde bazı ülkelerde uygulandığı üzere, ülke genelinde kişilere kredi notu sistemi bir cezalandırma türü olarak uygulanabilir. Böylece fatura, banka, vergi vb. her türlü borcunu ödemeyenlerin kredi notu düşürülür. Kredi notu kurum, kuruluş ve şahıslar tarafından ulaşılabilir olmalıdır.

### ***Mazeretsiz Olarak Borcunu Geciktiren Borçluya Mali Ta'zir Cezası Verilmesi***

Suçlunun malından/parasından bir miktar almak/ödettirmek şeklinde bir ta'zir türü uygulamasının caiz olduğu hususu, önceki kaynaklarda tartışılarak bazılarınca ret bazılarınca da kabul görmüş olmakla birlikte, günümüzde genellikle kabul gören ve uygulanan bir durumdur.<sup>90</sup> Mazeretsiz olarak borcunu geciktirene, ta'zir cezası olarak bir ödeme yaptırılıp yaptırılmayacağı hususu, bir taraftan, ödettirme

<sup>86</sup> İbn Kudame, *el-Muğni*, IV, 408;

<sup>87</sup> <http://www.islam-qa.com/ar/ref/83887/الصلاة%20في%20المدين%20إمامة%20حكم> (03.03.2012)

<sup>88</sup> Caiz görülen bazı ta'zir türleri için bkz. *el-Mevsuatü'l-fikhiyye*, "Ta'zir", XII, 270.

<sup>89</sup> İbn Teymiyye, *el-Fetava'l-kübra*, Beyrut, 1987, V, 398.

<sup>90</sup> Geniş bilgi için bkz. Hüseyin Esen, *İslam Hukukunda Mali Cezalar*, İstanbul 2006.

kararı veren tarafın devlet veya özel kişi/kuruluş olmasına; diğer taraftan da borcun aslının para borcu olup olmamasına göre değiştiği kanaatindeyiz.

el-Mecmau'l-fikhiyyü'l-İslamî'nin, aslı para olan borçlarda gecikme cezası adı altında fazla bir para alınamayacağı yönündeki komisyon kararını değerlendiren İbn Menî', bu kararın ta'zir türünden olacak borçlandırmayı (ğaramet) yasaklamadığını, ta'zir türü cezalarda zaten borçlunun rızasının olup olmadığına ve tarafların önceden böyle bir şart koşup koşmadığına bakılmayacağını söylemiştir.<sup>91</sup>

Mali ta'zir cezası, ceza hukuku alanına giren bir işlem olduğu için ancak devlet tarafından uygulanabilir. Kişiler veya özel kuruluşlar (banka, şirket vb.) ta'zir cezası uygulama yetkisine sahip olmadıkları için mali ta'zir cezası da uygulayamazlar. Kişiler veya özel kurumların, borçluya ödettirecekleri ceza niteliğindeki fazladan parayı kendi malına katması veya hayır yerlerine yönlendirmesi gibi durumlar, işin mahiyetini yani mali ceza olma özelliğini değiştirmez. Çünkü burada ödettirilen malın/paranın nereye sarf edileceğinden önce, böyle bir malı ödettirme yetkilerinin bulunmaması ve borçludan zorla bir mal çıkışı olması önemlidir. Ancak devlet, mahkeme kararları dışında, kendine ait olan banka, şirket vb. kurum ve kuruluşlara mali ta'zir cezası uygulama yetkisi verebilir. Çünkü ta'zir cezalarının uygulanması yetkililer ve onların görevlendirdiği kimseler tarafından yerine getirilebilmektedir. Bu durumda devlete ait kurumların (polis, zabıta, mahalli idareler vb.) ta'zir uygulama yetkisi olur. Ancak devlet kurumları da aslı para borcu olan borçlarda (karz, satım vb.) mal/para almak suretiyle ceza uygulamamalıdır çünkü bu işlem kanaatimizce faiz sayılır. Yani devlet, mali ceza uygulama yetkisini, faiz alma işlemine dönüştürmemelidir. Devlet bu tür borçlarda, kendisi ta'zir mahiyetinde para cezası alamadığı gibi, bunun alacaklı kişi veya özel kuruluş lehine ödenmesini de isteyemez. Mali ta'zir cezaları, iş bitirme borcu gibi aslı para olmayan borçların geciktirilmesi sebebiyle veya diğer suçlar/muhalefetler sebebiyle verilebilir. Mesela trafik suçları, zamanında bildirim yapmama suçu, izinsiz ağaç kesme ve nesli tehlikede olan hayvanları avlama gibi suçlar böyledir.

Mali ta'zir kavramını, "mal/para ödettirme" değil de "mal ile ilgili ceza" olarak anlarsak, devlet bu tür cezaları, mazeretsiz olarak borcunu geciktirenlere de uygulayabilir. Mesela bu tür kişilere ihalelere girmeme yasağı, ticaretten men yasağı, bazı mali mahrumiyetler, mazeretsiz

<sup>91</sup> Dalgın, s. 448.

geciktirilen borç miktarı kadar parayı alacaklıya aynı süre kadar kullanmak üzere borç verme, hileli ve yasak mallara el koyma, memur için kademe-derece durdurma cezası gibi örnekler sayılabilir.

Mali ta'zir cezası mahiyetinde alınan mal/para, devlet marifetiyle alındığından, bu malın henüz devlet bütçesine gelir kaydedilmeden doğrudan hayır işlerine yönlendirilmesi veya devlet bütçesine aktarıldıktan sonra uygun yerlere harcanması mümkündür.

## SONUÇ

Borç ilişkilerinde ortaya çıkması muhtemel sorunları henüz ortaya çıkmadan engelleyebilmek için borcun yazılması, şahit tutulması, rehin alınması, kefil istenmesi, değer kaybı olmayan veya az olan bir malın borç verilmesi veya borcun böyle bir mala endekslenmesi gibi tedbirler alınması isabetli olur. Bazı iyi niyetli olmayan tarafların bu tür tedbirlere bilinçli olarak başvurmayıp karşı tarafı fazla ödeme yapmaya sevk etmek gibi gizli tuzaklar peşinde olabileceği de dikkatlerden uzak tutulmamalıdır.

Borç, borçlunun elinde olan veya olmayan sebeplerle zamanında ödenmeyip gecikmiş olabilir. Maddi imkânsızlık veya mazeret sebebiyle ödeyememe durumlarında insani/vicdani yön öne çıkarılarak bu kişilere zorlama ve haksızlık yapılamaz. Bu bakımdan kişilerin ödeme imkânının tespiti büyük önem arz etmektedir. Mazeretsiz olarak borcun geciktirilmesi hem dinen haram ve zulüm hem de hukuki takibe konu olacak bir durumdur. Böyle bir durumda hem alacaklıya maddi ve manevi zarar verilmiş hem de topluma/kamuya karşı bir yanlış yapılmış olur. Mazeretsiz olarak zamanında ödenmeyen borcun/anaparanın geri alınması için borçlunun malından zorla alma, malını zorla sattırma veya satma, borçlunun tasarruflarının kısıtlanması, alacaklıya bu borcu doğuran akdi feshedebilme yetkisi verilmesi, diğer taksitlerin peşin hale gelmesi, borçluyu yakın takip hakkı, rehinin paraya çevrilmesi ve borcun kefiliden istenmesi gibi yollar bulunmaktadır.

Alacaklının uğradığı zararın karşılanması konusunda oldukça farklı görüşler ortaya konulmuştur. Farklı görüşlerin ortaya çıkmasının sebepleri arasında, zarar, cezai şart ve ceza kavramlarının net olarak ayrılabilmesi hususu dikkatimizi çekmektedir. Büyük çoğunluk, enflasyon farkı nedeniyle uğranan zararın karşılanmasını caiz görmektedir. Yine çoğunluk, zararın maddi ve fiili olması şartıyla, bu yönde bir şartın sözleşmeye konulup konulmadığına bakılmaksızın,

ödetirilmesine taraftar olmuştur. Ancak çözüm için sunulan yollar birbirinden oldukça farklıdır. Olumsuz görüş bildirenlerin ise başlıca endişesi, fazladan alınacak paranın faiz yasağı kapsamına girme durumudur. Zararın tespitinin taraflarca yapılması mümkün olmakla birlikte, bunun istismar edilerek faize dönüştürülme riski bulunmaktadır. Özellikle bireysel borçlular, kurum ve kuruluşlar karşısında zayıf durumda bulduklarından, istemeyerek de olsa karşı tarafın dayatmasını kabule razı görünebilmektedir. Bu sebeple zarar tespitinin hakkaniyete uygun olabilmesi için mahkeme ve bilirkişi marifetiyle yapılması daha isabetli olabilir.

Konu üzerinde görüş belirtenler el-Yemeni gibiler hariç, genellikle meseleye hep borçlar hukukundaki tazminat penceresinden bakmışlar, kamuyu ilgilendiren ceza boyutuna değinmemişlerdir. Hâlbuki mazeretsiz olarak borcunu geciktirene devlet yetkililerinin uygun görmesi halinde, ta'zir türünden gerek mali gerekse mali olmayan cezalar uygulanabilmesi de mümkündür. Mali olmayan ta'zir türleri, darp, hapis, teşhir, meslekten men, seyahat yasağı gibi hususlardır. Aslı para olan borçlarda mal alma şeklinde bir ta'zir uygulanmasında faiz endişesi bulunduğundan, başka türlü bir cezaya hükmedilmesi uygun olacaktır. Kişi veya özel kuruluşların ta'zir cezası uygulama yetkisi bulunmamaktadır.

Bu çalışma tek ve alternatifsiz bir çözüm sunmak değil, İslami ölçüler içinde uygulanabilecek farklı çözümlerin neler olabileceğini ortaya koymaya çalışmış, bunlar arasından duruma göre uygun ve etkin görülenin tercihini yetkililere bırakmıştır. Böyle bir esnekliğin hem İslami ilkeler hem de hayatın değişen şartları bakımından isabetli olduğunu düşünmekteyiz.

### KAYNAKÇA

- Aclûnî, *Keşfü'l-hafâ*, Mısır, 2000.
- Alâ İsmail el-Hamzâvî, *el-Emsâli'l-arabiyye ve'l-emsâli'l-âmmiyye: mukârane dilâliyye*, I, 94 (internette indirdiğimiz nüshadır).
- Ali Haydar, *Düreru'l-hukkam*, Beyrut 1991.
- Aybakan, Bilal, *Borçların İfası*, İstanbul 1998.
- Bayındır, Abdülaziz, "Faizsiz Sistemde Ödemeyi Geciktiren Borçluya Uygulanacak Maddi Ceza", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, cilt: 16, s. 331-346, Konya 2011.
- Behûtî, *Keşşâfü'l-kimâ*, Beyrut, ty.
- Benli, Abdullah, *İslam Hukukunda Manevi Tazminat*, (Doktora tezi), Erciyes üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 1997.
- Dalgın, Nihat, *Gündemdeki Tartışmalı Dini Konular 2*, s. 415-480, Samsun 2010.
- Ebu'l-Meâtî Hafız Ebu'l-Fütûh, *en-Nizâmü'l-İkâbiyyü'l-İslâmî*, yy., 1976.
- el-Mevsuatü'l-fıkhiyye el-Küveytiyye*, Küveyt, 1404-1427 h.
- Erol, Erdem, *İslam Hukukunda Cezaî Şart*, Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000.
- Esen, Hüseyin, *İslam Hukukunda Mali Cezalar*, İstanbul, 2006.
- ez-Za'bî, Ömer Halid, *Mümâtaletü'l-medîn fi teâmülâtihî'l-mâliyye fi ş-şerâti'l-İslamiyye ve'l-kanun*, 2011.
- Haraşi, *Şerhu Muhtasari Halil*, Beyrut ty., V, 278;
- <http://www.hayrettinkaraman.net>
- <http://www.islam-qa.com/ar/ref/83887/حكم%20إمامة%20المدین%20في%20الصلاة>
- İbn Cerir er-Taberi, *Tefsiru't-taberi*, Beyrut, 2000.
- İbn Cüzey, *el-Kavaninü'l-fıkhiyye*, Beyrut ty.
- İbn Hacer, *ez-Zevacir an İkrâfi'l-kebair*, Beyrut, 1987.
- İbn Hazm, *el-Muballâ*, Beyrut ty., VI, 476-480.
- İbn Kudame, *el-Muğni*, Kahire, 1968.

- İbn Mâze, Burhanüddin Mahmud, *el-Mubâtu'l-Burbânî*, Beyrut, 2004.
- İbn Teymiye, *el-Fetava'l-kübra*, Beyrut, 1987.
- İbn Teymiye, *el-Hisbe*, Beyrut, ty.,
- İbn Teymiye, *Mecmuu Fetava*, Riyad, 1997.
- İsmail Özsoy, "Faiz", *TDVİA*, Cilt: 12, İstanbul.
- Karâfi, *el-Furûk*, (İbnü's-Şad'ın *İdraru's-Şuruk'u* ile birlikte) yy., ty.
- Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul 1991.
- Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*
- Mevsili, *el-İhtiyar*, Beyrut, 1937.
- Nevevî, *Ravzatu't-tâlibîn*, Beyrut, 1991.
- Nevevi, *Şerhu Müslim*, Beyrut 1392h, 2. Bası.
- Serahsi, *el-Mebsut*, Beyrut, 1993.
- Seyyid Hüseyin Affânî, *el-Cezâü min cins'i-l amel*, Kahire, 1417/1996.
- Vehbe ez-Zuhayli, *el-Fıkhu'l-İslami ve edilletühü*, 12. Bası, Dımaşk.
- Yaran, Rahmi, "Türk Hukukundaki Temerrüt Faizinin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi*, s. 703-740, Konya 1997.
- Yaran, Rahmi, *İslam Hukukunda Borcun Gecikmesi*, İstanbul, 1997.
- Yıldırım, Adem, *İslam Ceza Hukukunda Suça Mislîyle Mukabele Prensibi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007.
- Yücel, İrfan, "Vâdeli ve Taksitli Alış-Verişler Enflasyon ve Vâde Farkı", *Diyânet İlmî Dergi*, 1996, cilt: XXXII, sayı: 3, s. 3-20.