

# İSLAM HUKUKU AÇISINDAN PARA BORÇLARINDA CEZAI ŞART

Yrd. Doç. Dr. Şevket PEKDEMİR\*

## According to Islamic Law Penal Clause in Money Debts

**Abstract:** Although punitive penal has been regarded in classical islamic law resources, it is not taken into consideration as an issue in respect of technical meaning today. We have especially come across provisions of penal clause in islamic world due to the effects of modern law since the 19th century. The penal clause has a wide practice area in laws of contracts, laws of trade, llaw of labour and civil law in present time. Whether the Penal Clause should be practised or not has been a current issue because of the reasons such as he reimbursement of the damage, due to not being paid of the debt, and the compensation of the opportunities and also the providing of the profit. Especially application of some institutions such as participated banks to the penal clause and questioning of the constitutionalism of the application, has resulted of the issue of being investigated.

*Keywords:* Islamic Law, Penal Clause, Loan, Interest, Loss

## GİRİŞ

Klasik fıkıh usulü kaynaklarında şart konusu incelenmesine rağmen günümüzdeki teknik anlamıyla cezai şart konusuna yer verilmemiştir. Özellikle 19. yüzyıldan itibaren modern hukukun da etkisiyle İslâm dünyasında kanunlarda cezai şartla ilgili hükümlere rastlıyoruz. Cezai şart günümüzde borçlar hukukunda, ticaret hukukunda, iş hukukunda ve medeni hukukta geniş uygulama alanına sahiptir. Borcun zamanında ifa edilmemesinden kaynaklanan zararın tazmin edilmesi, kaçırılan fırsatların telafisi ve muhtemel karın karşılanması gibi sebeplerle cezai şart uygulanıp uygulanamayacağı konusu günümüz İslâm hukukçularının tartıştığı güncel konulardan biri olmuştur. Özellikle katılım bankaları gibi bazı kuruluşların cezai şarta başvurmaları bu uygulamanın meşruluğunun sorgulanması ve konunun İslam hukukçuları tarafından araştırılması sonucunu doğurmuştur.

Bu nedenle biz de bu makalede çağdaş İslâm hukukçularının cezai şartın para borçlarında uygulanıp uygulanamayacağı konusundaki görüşlerini inceleyeceğiz.

\* Ordu Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, s-ukru@hotmail.com

Konu hakkında görüşlere geçmeden önce cezai şartın ne demek olduğunu ve tarafların cezai şartı kararlaştırmadaki amaçlarını tespit edelim<sup>1</sup>.

## I. CEZAI ŞARTIN TANIMI

Bu kısımda cezai şartın hem modern hukukçulara hem de İslâm hukukçularına göre tanımını ve amacını inceleyeceğiz. Cezai şartın kaynağı olarak modern hukuk gösterildiğinden öncelikle modern hukukçular arasında yapılan tanımlara yer vermek istiyoruz.

### a. Modern Hukukta

Tanıma geçmeden önce bu kavram için kullanılan terimlere kısaca değinmek uygun olacaktır.

Modern hukukta cezai şart gerek kanunlarda gerekse doktrinde farklı terimlerle ifade edilmiştir<sup>2</sup>. Modern Türk hukukunda bu kurumun “*cezai şart*”, “*ceza şartı*”, “*akdi ceza*” ve “*cezai akit kaydı*” gibi terimlerle ifade edildiğini<sup>3</sup>, özellikle 818 sayılı eski Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte “*cezai şart*” teriminin hukuk sistemine yerleştiğini söyleyebiliriz.

Modern hukukta cezai şart birçok şekilde tanımlanmıştır. Bunları özellikleri bakımından sınıflandırmak mümkündür.

Bir kısım tanımlarda cezai şartın *ceza niteliği* vurgulanmıştır. Bunlardan bazıları şunlardır:

“*Borçlunun borcunu ihlal etmesi durumunda alacaklıya ödemeyi kabul ettiği ceza hususundaki anlaşmaya cezai şart (ceza kaydı) denir.*”<sup>4</sup>

“*Bir edimin yerine getirilmemesinde ya da beklenen an ve yerde edimden kaçınmada, genellikle para olan bir tutarın, ceza olarak verilmesinin sözleşilmesi, ceza koşuludur.*”

Bazı modern hukukçular cezai şartın hukuki niteliği yerine sebep ve konuyu dikkate alarak cezai şartı tanımlamıştır. Bu tanımlardan bazıları şunlardır:

“*Cezai şart borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi vaat ettiği, ekonomik değeri haiz hukuki muamele ile belirlenmiş bir edimdir.*”<sup>5</sup>

1 Bu makale, *Sözleşmelerde Cezai Şart* adlı doktora tezimizden güncellenerek hazırlanmıştır. Makalede konuyla ilgili görüşler gözden geçirilerek deliller yeniden düzenlenmiş olup daha geniş değerlendirmeler yapılmıştır.

2 Kullanılan terimler için bkz. Pekdemir, Şevket, *Sözleşmelerde Cezai Şart*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s.32,33; Ekinci, Hüseyin, *Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003, s.23; Gökçeoğlu, Kamil Haluk, *Cezâi Şart ve Güncel İçtihatlar*, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınevi, 2007, s.17.

3 Kocaağa, Köksal, *Türk Özel Hukukunda Cezai Şart*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2003, s.35; Gökçeoğlu, *Cezai Şart*, s.17; Kayak, Sevgi, “Roma Hukukunda Cezai Şart”, *İÜHFİM*, 64/1, 2006, 238; Yıldırım, Akkayan, “Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, *İÜHFİM*, 61/1-2, 2003, s. 360.

4 Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1995, Filiz Kitabevi, s.858.

5 Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II. Baskı, Ankara: ‘S’ Yayınları, 1990, III,365.

*“Borçlunun, asıl borcunu ilderde hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde, alacak-lyya karşı ifa etmeyi önceden taahhüt ettiği edime cezai şart denir.”<sup>6</sup>*

## b. İslam Hukukunda

Şart konusu klasik erken dönem fıkıh kitaplarında yer almasına rağmen bugünkü terim anlamıyla cezai şart konusu aynı eserlerde incelenmemiştir İlk dönem fakihlerinin aşağıda belirtilen sebeplerden dolayı cezai şart konusunu incelemedikleri düşünülmektedir.

1. Günümüzdeki ıstlahi anlamıyla cezai şart, ilk dönem İslâm hukukçuları tarafından bilinen bir konu değildir. O dönemin İslâm hukukçuları sadece malın helakından veya itlafından kaynaklanan zararın tazmin edilmesini incelemiştir<sup>7</sup>.

2. İlk dönem İslâm hukukçuları zamanında alacaklı, mahkeme marifetiyle hakkını daha kolay ve daha kısa sürede alabiliyordu<sup>8</sup>. Günümüzde ise, mahkemelerde alacak davaları çok uzun seneler sürebilmektedir. Dolayısıyla ilk dönemlerde cezai şart müessesine gerek duyulmamıştır.

3. Cezai şart konusunun, ilk dönem İslâm hukukçuları tarafından incelenmesinin muhtemel sebeplerinden biri de faizle olan benzerliğidir. İleride açıklanacağı üzere cezai şartta zarar meydana gelmeden önce fazladan edim talebi bulunmaktadır. Bu sebeple cezai şartı faize benzeten İslâm hukukçuları olmuştur<sup>9</sup>.

Günümüzde ise cezai şart uygulaması modern hukukun etkisiyle İslâm hukukuna girmiştir. Bunun sebebinin günümüzde iletişim araçlarındaki teknolojik gelişmelere paralel olarak hukuki ve ekonomik etkileşim olduğunu düşünüyoruz. Globalleşen dünyada ekonomik sorunlar ve çözümler uluslararası katılımlarla geniş platformlarda tartışılmaktadır. Sonuç olarak güncel sorunlara kayıtsız kalmayan İslâm hukukçuları cezai şart konusunu inceleyerek İslâm hukukundaki yerini tespit etmeye çalışmıştır.

19. yüzyıldan itibaren İslâm dünyasında cezai şartla ilgili hukuki düzenlemelere rastlamaktayız. Örneğin Osmanlı Devletinin 1860 tarihli Ticaret Kanununun Zeylinde ve 1879 tarihli Osmanlı Usûl-i Muhâkeme-i Hukukiyye Kanunun'da borcun gecikmesi durumunda alınacak tedbirlere yer verilmiştir. Özellikle 1879 tarihli Osmanlı Usûl-i Muhâkeme-i Hukukiyye Kanunun'da 111. Maddede yer alan *“Mukavele esnasında bir cezai şart kararlaştırılmışsa bundan eksik veya fazlası verilemez.”* ifadesinden İslâm toplumunun cezai şart konusuna çok yabancı olmadığını anlıyoruz<sup>10</sup>.

6 İkinci, a.g.e, s.25; Kayak, a.g.m, s.238.

7 Zerkâ, Mustafa Ahmet, *“Hel Yugbelu Şeran el-Hükmi ale'l-Medini'l-Mumâtil bi't-Ta'vizi ale'd-Dâim”*, Mecelletü'l-Ebhâsi'l-İktisâdi'l-İslâmiyyi, 2/2, 1985, s.104.

8 Zerkâ, a.g.m, s.104.

9 Zerkâ, a.g.m,s.105.

10 Yaran, Rahmi, *İslâm Hukukunda Borcun Gecikmesi Borçlunun Temerrüdü Alacaklının Temerrüdü*, İstanbul: MÜFV Yayınları, 1997, s.147; Dalgın, Nihat, *Gündemdeki Tartışmalı Dini Konular 2*, Samsun: Etüt Yayınları, 2010, s.435.

Çağdaş kaynaklarda Arap ülkeleri arasında bu terimi ilk kullanan ülkenin Mısır olduğu, daha sonra birçok Arap ülkelerinin Mısır'ı takip ettiği, Mısır'ın ise Cezai şartı Fransadan alarak kanunlaştırdığı ifade edilmektedir<sup>11</sup>.

Modern hukukta olduğu gibi İslâm hukukunda da borcu hiç ödememe, eksik ödeme veya geciktirme sebebiyle borçluya uygulanan cezai şart müessesini ifade etmek için farklı terimler kullanılmıştır. Bu terimlerden bazıları şunlardır:

1. Cezai şartın mücerred ve bağlayıcı anlaşma olduğunu kabul edenler “*el-Bendü'l-Cezâi*”, “*et-Ta'yînü bi'l-ittifâk*”, “*et-Ta'yînü'l-ittifâki*” isimlerini kullanmışlardır. Lübnan Medeni Kanunu'nun 266. Maddesinde “*el-Bendü'l-Cezâi*” terimi kullanılmıştır.

2. Cezai şartın zararın bedeli olduğunu kabul edenler “*et-Ta'vizü'l-İttifâki*” terimini tercih etmiştir. Örneğin, Mısır Medeni Kanunu'nun 224. maddesinde *et-tavizü'l-ittifâki* terimi kullanılmıştır<sup>12</sup>.

3. Cezai şartın adından da anlaşılacağı gibi ceza olduğundan hareketle bir kısım hukukçular da “*el-Cezâu'l-İttifâki*”, “*el-Cezâu'l-Îsâi*”, “*el-Cezâu't-Teâgudi*” isimlerini kullanmışlardır<sup>13</sup>.

Bu terimler arasında şartu'l-cezai terimi İslâm ülkelerinde en yaygın olarak kullanılan terimdir. Bunu kaynak eserlerde de görmek mümkündür. Aynı zamanda tarihi sürece uygun olanda bu terimdir. Çünkü modern hukukçulara göre cezai şartı ilk uygulayan devletlerden olan Romalılar bu terimi kullanmıştır<sup>14</sup>.

Burada belirtelim ki, bir kavramın farklı terimlerle ifade edilmesi hukuki durumunu etkilemez. Esas olan terimin ifade ettiği kavramdır. Daha açık bir ifadeyle kavramın sınırlarının belirlenmesi ve bunun hukuki karşılığının tespitidir. Nitekim bu durum “*Ukûd'da itibar makasit ve maâniyyedir, elfaz ve mebâniye değıldir*”<sup>15</sup> şeklinde külli kaide olarak ifade edilmiştir.

Cezai şart kavramının tanımlanmasına gelince, Modern hukukçularda olduğu gibi İslâm hukukçuları da cezai şartı çeşitli şekillerde tanımlamıştır. Bu tanımları aşağıda olduğu gibi çeşitli şekillerde tasnif etmek mümkündür:

11 Darîr, “*eş-Şartu'l-Cezâi*”, Mecelletü Mecmai'l-Fikhi'l-İslâmi, 12/2, 2000, s.49; Şubeyr, Muhammed Osman ve Diğerleri, *Buhûs Fikhiyye fi Kadâyâ İktisâdiyye Muâsıra*, t.y., Daru'n-Nefâis, 1998, II, 854.

12 Krş: Darîr, *a.g.m.*, s.50; Yemenî, Muhammed b. Abdülaziz b. Sa'd, *eş-Şartü'l-Cezâi ve Eseruhu fi'l-Ukûdi'l-Muâsıra Dirâse Fikhiyye Mukârene*, Riyad: 2006, s.18; Hamevî, Üsâme, *eş-Şartü'l-Cezâi ve Sultatü'l-Kâdi fi Ta'dilîhi Dirâse Mukârene fi'l-Fikhi'l-İslâmi ve'l-Kânûn*, I. Baskı, Dimeşk: Dâru'n-Nevâdir, 2012, s.54; Teshîri, Muhammed Ali, “*eş-Şartu'l-Cezâi fi'l-Ukûd*”, Mecelletü Mecmai'l-Fikhi'l-İslâmi, 12/2, 2000, ss.169-184; Arabiyyât, Vail, *el-Mesârifü'l-İslâmiyye ve'l-Müessesatü'l-İktisâdiyye*, Beyrut: Darü's-Sekafe, 2006, s.220; Cündî, Muhammed eş-Şehhat, *Damâniü'l-Akd evi'l-Mes'ûliyyeti'l-Akdiyye fiş-Şeriatü'l-İslâm*, Kahire: Dâru'n-Nehdati'l-Arabiyye, 1990, s.185.

13 Yemenî, *a.g.e.*, s.17,18; Hamevî, *a.g.e.*, s.55; Zuhayli, Muhammed, Muhammed, *Mevsûa Kadâyâ İslâmiyye Muâsıra*, Şam: Dâru'l-Mektebi, 2009, V,192,193; Anzi, Ayyad b. Assaf b. Mukbil, *eş-Surûtü't-Ta'viziyye fi'l-Muâmelâti'l-Mâliyye*, Riyad: Künûzu İsbiliyyâ, 2009, I, 146.

14 Bkz. Yemenî, *a.g.e.*, s.17,18; Hamevî, *a.g.e.*, s.55; Anzi, *a.g.e.*, I, 146.

15 Heyet, *Mecelle*, md. 3.

Bazı tanımlarda zamanında ifa edilmeyen borçtan alacaklının zarar ettiği varsayılarak cezai şartın tazminat niteliği ön plana çıkarılmıştır. Bu tanımlardan bazıları şunlardır:

“Cezai şart, borçlunun ödemeyi geciktirmesi veya borcunu hiç ödememesi halinde alacaklının zarar etmesine sebep olduğu için ceza olarak borçlunun alacaklıya ödeyeceği muhtemel tazminat miktarını belirlemede tarafların anlaşmasıdır.”<sup>16</sup>

“Cezai şart, borçlunun edimi hiç ifa etmediği veya geciktirdiği zaman alacaklının hak ettiği belli bir miktardaki tazminatta tarafların önceden anlaşmasıdır.”<sup>17</sup>

Bazı hukukçular ise ceza niteliğini vurgulayarak cezai şartı tanımlamıştır.

“Cezai şart sorumluluklarını ifa etmeyene sözleşmede belirtilen mali bir cezanın kararlaştırılmasıdır.”<sup>18</sup>

Bazı hukukçular ise ceza ve tazminat niteliğinin her ikisini vurgulayarak cezai şartı tanımlamıştır.

“Cezai şart, borcun hiç ödenmemesi ve eksik ifa edilmesi nedeniyle taraflarca ön tazminat veya ceza olarak belirlenen ek bir anlaşmadır.”<sup>19</sup>

“Cezai şart akdin kısmen veya tamamen icra edilmemesi halinde ifa ile yükümlü olan tarafın alacaklıya ceza yahut tazminat olarak belli bir ödemede bulunacağına dair konulan şarttır.”<sup>20</sup>

“Cezai şart, akitte tarafların ödenecek bedelin takdiri konusundaki ittifaklarıdır. Bu bedel borçlu veya iltizamı alan kişi yükümlülüğünü yerine getirmez ya da geciktirirse hak sahiplerine yani alacaklıya veya iltizam veren kişiye ödenir.”<sup>21</sup>

Yukarıdaki tanımlardan cezai şartla ilgili aşağıdaki özellikleri çıkarmak mümkündür:

1. Cezai şart asli sorumluluk olmayıp zait ve akde tabi bir sorumluluktur.
2. Sorumlulukların yapılmaması veya geciktirilmesinden kaynaklanan zararın karşılanmasıdır.
3. Cezai şart zararla bağlantılı bir anlaşmadır. Zarar olmazsa Cezai şart uygulanamaz.
4. Cezai şartı içeren anlaşma sorumlulukların ihlalinden önce yapılmalıdır.
5. Cezai şartın miktarında adalet gözetilmelidir. Başkasına veya kendine zarar veren bir oranda olmamalıdır.<sup>22</sup>

16 Hamevi, a.g.e, s.48.

17 Sultan, Enver, *Ahkâmü'l-İltizâm el-Mucez fi'n-Nazariyyeti'l-Amme li'l-İltizâm*, Beyrut: Dârü'n-Nehdati'l-Arabiyye, 1974, s.71.

18 Yemeni, a.g.e, s.63.

19 Yemeni, a.g.e, s.60.

20 Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2005, s.73.

21 Hammad, Kemâl Nezi, *İktisadi Fıkıh Terimleri*, Recep Ulusoy (çev.), İstanbul: İz Yayıncılık, 1996, s.313.

22 Yemeni, a.g.e, s.65.

Bütün bu açıklamaları dikkate alarak cezai şart şöyle tanımlayabiliriz:

Cezai şart, borcun hiç ödenmemesi, eksik, kusurlu veya geç ödenmesi sebebiyle oluşan zararın karşılanması amacıyla taraflar arasında asıl sözleşmeye bağlı olarak zarardan önce kararlaştırılan ve hâkimin müdahale yetkisi olan tazminat niteliğinde bir edimdir.

## II. CEZAI ŞARTIN AMACI

Taraflar çeşitli nedenlerle cezai şart kararlaştırmaktadır. Uygulama alanının genişliği cezai şartın konulmasındaki amaçların da çeşitli olması sonucunu doğurmuştur.

Borçluyu ifaya zorlama ve borcun ifa edilmemesinden doğan zararın önceden götürü usulüyle tespit edilmesi cezai şartın uygulanmasının asıl amaçlarıdır. Bunun yanı sıra birtakım amaçlar da gözetilmektedir.

Bu amaçların her birini gerçekleştirme dereceleri farklıdır. Ayrıca hangisinin diğerine üstün olduğunu tespit etmek de oldukça zordur. Ancak uygulanan hukuk politikası amaçların gerçekleştirilme derecesini ve hangi amacın daha üstün olduğunu belirlemede etkilidir<sup>23</sup>.

Cezai şartın işlevleri hakkındaki bu genel açıklamadan sonra, sözleşmelere cezai şart konulmasından beklenen her bir amacı kısaca açıklayalım.

### a. Borçluyu İfaya Zorlama

Cezai şartın sözleşmelere konulmasının esas amacı cezaların önleyici fonksiyonundan yararlanarak borcun zamanında ve tam olarak ifa edilmesini sağlamak, borçluyu ifaya zorlamaktır<sup>24</sup>. Cezai şartla borçluya hem maddi hem de manevi baskı yapılarak borcun zamanında ifa edilmesi sağlanır. Örneğin ifası daha ağır bir yükümlülük altına girme korkusu borçluya manevi baskı yapar. Buna psikolojik baskı da denilebilir. Asıl borca ek olarak fazladan para verilecek olması ise borçluya maddi baskı yapan bir unsurdur. Cezai şart miktarı yüksek tutulduğunda bu amacın gerçekleşme derecesi daha da artar. Cezai şart olarak belirlenen miktarın hâkim tarafından indirilebilecek olması bu gayenin gerçekleşmesine çok fazla engel olmaz. Böylece borcun ifasında ihmalkâr davranan borçlu, daha ağır bir yükümlülükle karşılaşacağını düşünerek borcunu zamanında ödemeye çalışır<sup>25</sup>.

23 Kocaağa, *a.g.e.*, s.40; Günay, *a.g.e.*, s.74; Gökçeoğlu, *a.g.e.*, s.45.

24 Anzî, *a.g.e.*, I, 170; Hamevî, *a.g.e.*, s. 63; Şefik Acem, Nâci, “eş-Şartu'l-Cezâi fi'l-Fikhi'l-İslâmi”, Mecelletü Mecmai'l-Fikhi'l-İslâmi, 12/2, 2000, s.205; Muhammed Zuhayli, *a.g.e.*, V, 105; Ekinci, *a.g.e.*, s.40; Kocaağa, *a.g.e.*, s.42; Arıcı, Kadir, “Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3/3, 1997, ss.1-17; Başbuğ, Aydın, “Tacir ve İşveren Hukukunda Cezai Şarttan İndirim”, Kamu-iş, 7/2, 2003, ss.2-19; Kayak, *a.g.m.*, s. 240; Kocaağa, Köksal, “İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 74, 2008, s.150.

25 Hamevî, *a.g.e.*, s.63; Arabiyât, *a.g.e.*, s.223; Kocaağa, *a.g.e.*, s.43; Gökçeoğlu, *a.g.e.*, s.46.

Cezai şartla borçlunun ifayı zamanında yapması, sözleşmeden kaynaklanan hakların ciddiye alınması ve Kurandaki “Sözleşmeleri ifa ediniz”<sup>26</sup> emrinin uygulanması sağlanmaktadır<sup>27</sup>.

Cezai şart olarak belirlenen paranın asıl borcun alacaklısı dışında üçüncü bir kişiye veya hayır kurumuna ödenmesinin kararlaştırılması da borçluyu ifaya zorlama amacını açık bir şekilde gösteren unsurlardandır<sup>28</sup>.

Modern hukuka göre cezai şart miktarının kasten yüksek tutulması, alacaklının zararı olmasa bile borçlunun cezai şart olarak belirlenen miktarı ödemesi borcun zamanında ifa edilmesini sağlamak içindir. Bu yönüyle cezai şartın konulmasında borçlunun ifaya zorlanması, tazminat alınmasından daha önceliklidir<sup>29</sup>.

Borçlunun cezai şartla ifaya zorlanması cezai niteliğini ortaya çıkarmaktadır. Borçlu bu ceza nedeniyle borcunu zamanında ifa etmek için gayret sarfedecek ek olarak cezâî şart ödememek için her türlü tedbiri alacaktır<sup>30</sup>.

## b. Zararın Tazmini

Borcun zamanında ödenmemesinden paranın değer kaybetmesi ve bazı yatırım fırsatlarının kaçırılması gibi nedenlerle alacaklı zarara uğramaktadır. Bazı durumlarda muhtemel kar mahrumiyeti de olmaktadır. Ayrıca borç ihlal edildiğinde alacaklının iktisadi işlerinin bozulması, başkalarına karşı olan yükümlülüklerini yerine getirememesi ve finansal planları gerçekleştirilememesi söz konusudur. Buna karşılık borcunu ödeme imkânı olduğu halde zamanında ödemeyen kişi ise haksız kazanç sağlamaktadır.

Borcun zamanında ifa edilmemesi sebebiyle zarar üç şekilde oluşmaktadır:

**1) Kazanılması Muhtemel Karın Kaçırılmasıyla Oluşan Zarar:** Borç zamanında ödendiğinde alacaklının ticaret gibi meşru yollarla kâr etmesi mümkündür. Ancak borçlu ifada geciktiğinden alacaklı kazanması muhtemel kardan mahrum olabilecektir<sup>31</sup>. Örneğin alacağı zamanında ifa edilen kişi yüzde on karla bin liralık malzemeyi alıp sattığında senede yüz lira kar ettiğini düşünelim; borçlu ifayı üç yıl geciktirdiğinde alacaklı üç yılda üç yüz liralık muhtemel kardan mahrum olacaktır.

**2) Gerçekleşen Karın Kaçırılmasıyla Oluşan Zarar:** Borcun ifası için belirlenen süreden sonra alacaklının borçluya verdiği kadarını çalıştırarak elde ettiği kârın alacaklı tarafından kazanılamamasıdır<sup>32</sup>. Örneğin bir aylığına onbin lira

26 Kur'an, Maide, 5/1.

27 Hamevi, *a.g.e.*, s.63; Şefik Acem, *a.g.m.*, s.205; Hanin, Abdullah b. Muhammed b. Sa'd, “*ed-Def'u biş-şartil-cezâi*”, Mecelletü Adl, II, s.209; Âyid, *a.g.e.*, s.239.

28 Bkz. Kocaağa, *a.g.e.*, s.44. Nitekim Yargıtay Cezai Şartın konulmasının temel amaçlarından birinin borçluyu ifaya zorlamak olduğunu kararlaştırmıştır. Krş. Kocaağa, *a.g.e.*, s.45.

29 Kocaağa, *a.g.e.*, s.44; Günay, *a.g.e.*, s.74.

30 Günay, *a.g.e.*, s.30.

31 Meni, Süleyman b. Abdullah, *Buhûs fi'l-İktisâdî'l-İslâmî*, el-Mektebetü'l-İslâmî, 1997, s.406-412,413.

32 Meni, *a.g.e.*, s.406.

borç verildiğini düşünelim; ifa tarihi belirlenen zamandan itibaren alacaklı borç verdiği kadarıyla meşru yollarla çalışan bir şirkete ortak olsun. Buna göre borç bir yıl sonra ödendiğinde alacaklı bir yılda hissesiyle beşyüz lira kar etmiş olsun, borç zamanında ödenmiş olsaydı alacaklı beş yüz lira daha kazanmış olacaktı. Bu şekilde oluşan zarar gerçekleşen kârın kaçırılmasıyla oluşan zarardır.

**3) İfanın Gecikmesiyle Fiilen Oluşan Zarar:** Borcun zamanında ödeneceğine kesin olarak inanan kişinin alacağını düşünerek borçlanması, ifa geciktiği için borcunu ödeyememesi sebebiyle cezai şart ödemesi veya malının borcu kadar kısmının cebren satılması nedeniyle zarar etmesidir.

Modern hukukçular arasında alacaklının zararını ispat etme yükümlülüğünün sözleşmeye konulup konulamayacağı tartışılmıştır. Bazı araştırmacılara göre böyle bir şart ek edimin cezai şart özelliğini kaybetmesine sebep olur<sup>33</sup>. Ancak çağdaş İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre cezai şartın hak edilmesi için, borçlunun kusuru sebebiyle alacaklının zarar etmesi gerekir.

Cezai şartın zararın karşılanması amacıyla kararlaştırılması onun hukuki niteliğinin götürü tazminat olduğu düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim çağdaş İslâm hukukçularından Yemenî ve Şubeyr'e cezai şart tazminat niteliğindedir<sup>34</sup>. Hamevî'ye göre sözleşmelere cezai şartın konulmasında öncelik, borçluyu ifaya zorlamak olsa da az veya çok tazminat gayesi de karışmaktadır.

### c. Alacakların Güvence Altına Alınması

Sözleşmelere cezai şartın konulmasındaki amaçlardan biri de alacakların teminat altına alınmasıdır. Cezai şartla alacağın garanti altına alınmak istenmesi ona sigorta niteliği kazandırmaktadır. Nitekim bazı hukukçulara göre cezai şart sigorta niteliğinde bir hukuki müessesedir<sup>35</sup>. Bu görüşün en kuvvetli savunucusu Alman filozof İhering'tir<sup>36</sup>.

Borçlu, hiçbir kusuru olmadığı halde olağanüstü durumlar sebebiyle borcunu ifa edemediği durumlarda alacaklının zararı olmasa bile daha önce kararlaştırılan cezai şartı ödemekle sorumlu tutuluyorsa sigorta akdi niteliğinde bir cezai şart söz konusudur. Çünkü alacaklı gelecekte doğabilecek her türlü riske karşı adeta alacağını sigortalamaktadır. Ayrıca borçlu kaza ya da mücbir sebepten kaynaklanan zararları da ödemekte, her türlü önlemi alsa bile cezai şarttan kaynaklanan borcundan kurtulamamaktadır<sup>37</sup>.

Cezai şartın hukuki nitelik bakımından sigorta gibi olması bazı durumlarda borçlu ile alacaklı arasında adaletsizliğe sebep olmaktadır. Çünkü bazı modern hukukçulara göre borçlu iradesi dışında oluşan her türlü zarardan da sorumlu tu-

33 Kocaağa, *a.g.e.*, s.45,46.

34 Yemenî, *a.g.e.*, s.159; Şubeyr ve Diğerleri, *a.g.e.*, II, 856.

35 Hamevî, *a.g.e.*, s.277; Gökçeoğlu, *a.g.e.*, s.35.

36 Gökçeoğlu, *a.g.e.*, s.35

37 Hamevî *a.g.e.*, s.277; Ekinci, *a.g.e.*, s.41; Günay, *a.g.e.*, s.32; Gökçeoğlu, *a.g.e.*, s.34.



tılmaktadır. Söz konusu adaletsizliğin İslâm hukukçuları tarafından cezai şartın hak edilmesi için zarar ile fiil arasında illiyet bağının olmasının şart koşulması ile giderildiğini söyleyebiliriz. Buna göre doğal afet gibi mücbir sebep, alacaklının kendi kusuru veya üçüncü şahsın kusuru sebebiyle zarar etmesi borçlunun her durumda alacaklının zararını karşılama yükümlülüğünü kaldırır<sup>38</sup>.

#### d. Mal ve Zaman Tasarufu

Borç ifa edilmediğinde alacaklı mahkeme aracılığıyla borçludan zararının tazminini isteyebilir. Ancak mahkeme yoluyla zararın tazmin edilmesi alacaklının hem zaman kaybetmesine hem de zarar miktarını ispat etme külfetine girmesine sebep olmaktadır. Cezai şartın kararlaştırılmasındaki amaçlardan biri de tazminatı önceden ve götürü olarak tespit ederek alacaklıyı yukarıda belirttiğimiz olumsuzluklardan kurtarmaktır<sup>39</sup>.

Zamanın iyi kullanılması İslâm'da tavsiye edilmiştir. Malın korunması ise İslâm hukukunda korunması emredilen beş kısımdan biridir. Borcun zamanında ifa edilmemesinden kaynaklanan zararın mahkeme aracılığıyla tazmin edilmesi hem uzun zaman almakta hem de zaten mağdur olan alacaklının mahkeme ve avukat masraflarını üstlenmesine sebep olmaktadır. Sözleşmede cezai şartın kararlaştırılması sorumluluğun ifa edilmemesi veya geciktirilmesinden kaynaklanan zararın tazmini için mahkeme başvurusu ve sonuçlanması arasındaki zaman kaybını ve mahkeme masrafı ödenmesini engeller<sup>40</sup>.

#### e. Tartışmayı Engelleme

Cezai şartın kararlaştırılması, sözleşmenin ihlalden kaynaklanan zararın tespitinde, taraflar arasında çıkabilecek tartışmayı engeller. Başka bir ifadeyle cezai şart tarafların tazminat miktarını belirlemedeki anlaşmazlıklarının giderir. Bazı modern hukukçulara göre cezai şart zararın tespiti ve ispatlanması sorunluluğunu ortadan kaldırır. Çünkü borcun ifa edilmemesinden doğan zarar miktarı önceden belirlenmektedir<sup>41</sup>.

Cezai şart miktarının önceden belirlenmesi İslâm hukukunun sözleşmelerde ğarar ve cehaletin giderilmesi hedefiyle örtüşse de her zaman tartışmayı engellediğini söyleyemeyiz. Çünkü önceden belirlenen cezai şart genellikle gerçek zararla aynı oranda değildir. Çoğu zaman fazla ya da eksik olarak belirlenir. Ayrıca aşırı oranda kararlaştırılan cezai şart bazı durumlarda gerçek zararın tespitini ve mahkemenin müdahalesini gerektirebilir.

38 Senhûri, Abdurrezzâk Ahmed, *el-Vasît fi Şerhi'l-Kânûni'l-Medeniyyi'l-Cedîd Nazariyyetü'l-İltizâm bi-Vechi Am*, Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabi, t.y, II, 802; Cündi, a.g.e, s.164,165; Ca'fer, Abdulkadir, *Nizâmü't-Temini'l-İslâmî*, Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2006.s. 250; Şefik Acem, a.g.m, s.210.

39 Şefik Acem, "eş-Şartu'l-Cezâi", s.207; Muhammed Zuhayli, a.g.e, V, 195; Muhammed Necdat, a.g.e, s.500; Kocaağa, a.g.e, s.45; Günay, a.g.e, s.74

40 Hamevi, a.g.e, s. 65; Anzi, a.g.e, I, 168; Muhammed Zuhayli, a.g.e, V, 194.

41 Arabiyyât, a.g.e, s. 223; Sultan, a.g.e, s.72; Gökçeoğlu, a.g.e, s.46; Kocaağa, a.g.e, s.47.

### f. Zararlı Rekabeti Engelleme

Cezai şart bazen tarafların zarar etmesine sebep olan rekabeti engeller. Örneğin ticari kuruluşların aralarında ürünlerin belli bölgelerde üretilip satılmasını kararlaştırmaları halinde, sözleşmeye aykırı olarak farklı yerlerde başka kişilere satış yapanların cezai şart ödemesinin kararlaştırılması, kuruluşların birbirine zarar vermesini engeller<sup>42</sup>.

### g. Kamu Yararı

Hastane, okul, elektrik, su, yol ve kanalizasyon yapımı gibi kamu ihalelerinde cezai şart sözleşmenin zamanında ve belirlendiği teknik şartnameye uygun olarak tamamlanması sağlar. Toplumla hizmet götüren sözleşmelerde cezai şart kararlaştırılmasında kamu menfaati vardır. Çünkü ifası geciken ihaleler kamu menfaatine zarar verir. İnsanların zamanında hizmet alamamasına veya yapılan hizmetlerin kusurlu yürütülmesine sebep olur. Devletin kalkınmasına katkı sağlayacak projelerin gecikmesi gelişmeyi ve ekonomik olarak büyümeyi geciktirir. Cezai şartın bu faydası İslâm hukukunun genel kaideleriyle de örtüşmektedir<sup>43</sup>.

Sözleşmelerde cezai şartın kararlaştırılması piyasada ekonomik canlılık sağlar. Üretimin artmasına katkıda bulunur. İşçi ve işverenin haklarını korur. İnsanların ve devletin ekonomik olarak zarar etmesini engeller<sup>44</sup>.

### h. Mahkemelerin Yükünü Hafifletme

Suç oranının artması, hak ihlali ve yeterli sayıda hâkimin olmaması gibi nedenlerle mahkemelerin iş yükünün arttığı herkes tarafından bilinmektedir. İş yükünün artması adaletin gecikmesine sebep olmaktadır. Devletler adaletin gecikmesini engellemek ve mahkemelerin iş yükünü azaltmak için çeşitli tedbirler almaktadır. Yargıya başvurmadan sorunların taraflar arasında çözülmesi yöntemleri aranmaktadır. Tarafların cezai şartı kararlaştırmaları zaten iş yükü çok fazla olan mahkemenin yükünü hafifletmektedir<sup>45</sup>.

## III. PARA BORÇLARINDA CEZAI ŞARTIN HÜKMÜ

Para borçlarında cezai şart, zamanında ifa edilmeyen veya eksik eda edilen borçlarda, sözleşmenin kuruluşu esnasında asıl borçta belli bir miktar fazlalığın borçludan alınmasının kararlaştırılmasıdır<sup>46</sup>.

Karz ve selem ile vadeli ve taksitli satış sözleşmeleri, para borçları kapsamında cezai şartın çok sık başvurulduğu sözleşmelerdendir. Günümüzde özellikle banka

42 Hamevî *a.g.e.*, s.67.

43 Hamevî, *a.g.e.*, s.68; Anzî, *a.g.e.*, I, 170,171.

44 Anzî, *a.g.e.*, I, 170.

45 Hamevî, *a.g.e.*, s.68; Muhammed Zuhaylî, *a.g.e.*, V, 105; Şubeyr ve Diğerleri, *a.g.e.*, II, 857.

46 Muhammed Zuhaylî, *a.g.e.*, V, 116; Darîr, *a.g.m.*, s.71; İrşîd, *a.g.e.*, s. 386.

işlemlerinde borcun zamanında ödenmesini sağlamak, borcun ifasının gecikmesine mani olmak ve borcun geç ifasından kaynaklanan zararı tazmin etmek için sözleşmelere bitişik olarak cezai şart kararlaştırılmaktadır.

Para borçlarında cezai şart faizli bankaların çoğunda “*gecikme cezası*”, “*gecikme tazminatı*” ve “*gecikme faizi*” gibi birçok isim altında uygulanmaktadır. Ayrıca modern hukukta kanuni düzenlemeler yapılarak cezai şart yasal zemine oturtulmuştur. Günümüzde birçok katılım bankalarının da para borçlarında -farklı şekillerde de olsa- gecikme cezası uyguladıkları bilinmektedir.

İslâm hukukuna göre cezai şartın para olarak kararlaştırılmasının hükmünü, akit esnasında belli bir miktar nakdi fazlalılığın önceden belirlenmiş olması ve nakdi fazlalığın önceden belirlenmemiş olması durumuna göre iki kısımda incelemek uygun olacaktır.

#### a. Nakdi Fazlalılık Önceden Belirlenmeden Cezai Şartın Kararlaştırılması

Önceden bir miktar belirlemeden borcun ifasını geciktiren kişinin alacaklıya cezai şart ödemesinin kararlaştırılması konusunda çağdaş İslâm hukukçuları ihtilaf etmiştir. Bu konuda iki görüş oluşmuştur:

##### 1. Nakdi Fazlalılık Önceden Belirlenmeden Cezai Şart Kararlaştırmayı Caiz Görenler ve Delilleri

Borcun ifasının gecikmesi nedeniyle önceden belli bir miktar veya oran tespit etmeksizin borçlunun alacaklıya bir miktar fazla para ödemesi akid esnasında cezai şart olarak kararlaştırılabilir. Bu şekilde kararlaştırılan cezai şart sahihtir. Ancak fazlalığın alınması iki şarta bağlanmıştır.

Bunlardan birincisi borçlunun ödeme imkânının olması, ikincisi ise alacaklının borcun zamanında ödenmemesi nedeniyle fiilen zarar etmesidir. Alınacak miktar ise hâkim veya bilirkişiler tarafından tespit edilir.

Abdulhamid es-Saih ve Abdullah Menî bu görüşü savunan çağdaş İslâm hukukçularındandır. Ayrıca cezai şartın para borçlarında önceden bir miktar belirlenerek kararlaştırılmayacağını savunan Mustafa ez-Zerkâ ve Sıddık ed-Darîr yukarıda belirtilen şartlar gerçekleştiğinde cezai şartın tazminat olarak alınabileceğini ifade etmektedir<sup>47</sup>.

Kurum olarak Ürdün İslâm Bankası sözleşmelerde bu şekilde bir cezai şart uygulamaktadır<sup>48</sup>.

Hey'etü Kibari'l-Ulemâ/ Büyük Âlimler Kurulu, Nedvetü'l-Bereke, Uluslararası İslâm Bankası Fetva Kurulu, Hey'etü'l-Muhasebe ve'l-Murâcaa li'l-Müesseseti'l-

47 Menî, a.g.e, s.394; Zerkâ, a.g.m, s.105.

48 Muhammed Zuhayli, a.g.e, V,212; Şubeyr ve Diğerleri, a.g.e, II, 863.

Maliyyeti'l-İslâmî İslâm hukukuna göre bu çeşit cezai şartın caiz olduğunu kararlaştırmıştır<sup>49</sup>.

Bu görüşü savunan İslâm hukukçularının delilleri şöyle sıralanabilir:

1) Bu şekilde kararlaştırılan cezai şart İslâm hukukunun ne temel kaynaklarına ne de genel amaçlarına aykırıdır. Bilakis İslâm hukukunun destekleyeceği bir şart çeşididir<sup>50</sup>. Çünkü Kur'ân'da "Verdiğiniz sözü yerine getirin. Çünkü söz veren sözünden sorumludur."<sup>51</sup>, "Onlar ki emanetlerine ve verdikleri sözlerine riayet ederler"<sup>52</sup> ayetleriyle insanların sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukları başta kararlaştırıldığı şekilde ifa etmeleri istenmiştir. Ayette geçen "emanet" lafzı başkasına verilmesi zorunlu olan bütün mal ve hakları içermektedir<sup>53</sup>. Borcunu zamanında ödemeyen kişi, malını yanında tuttuğu alacaklının zarar etmesine sebep olur. Bu durum borçluyu fiilinden sorumlu tutar<sup>54</sup>. Ayrıca "Aramızda birbirinizin mallarını haksız yere yemeyin"<sup>55</sup> ayetinde geçen mal kelimesi İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre aynı malı ve ondan sağlanan menfeati ifade eder. Şeri özürlü olmaksızın borcun zamanında ifa edilmemesi alacaklının malını batıl yolla yemektir<sup>56</sup>.

2) Bazı hadislerde borcun zamanında ödenmemesi haksız bir fiil olarak nitelendirilirken bazı hadislerde ise ödeme imkânı olduğu halde borcunu zamanında ödemeyen kişilerin cezalandırılabilceği açıkça ifade edilmektedir. Örneğin "Zengin borcunu ifa etmemesi zulümdür"<sup>57</sup> hadisinde ödeme imkanı olan borçlunun ifadan kaçınması alacaklıya yapılan zulüm olarak nitelendirilmiştir. "Ödeme imkânı olan borcunu ifa etmemesi haysiyetine söz söylenmesini ve cezalandırılmasını helal kılar"<sup>58</sup> hadisinde ise ifayı geciktiren borçlunun cezalandırılabilceği belirtilmektedir. Muhaddisler hadiste geçen "ğani" kelimesinden kastedilenin ödeme imkânı olduğu halde borcun ifasını geciktiren kişi olduğunu ifade etmektedir<sup>59</sup>. "Zarar vermek ve zarara zararlarla mukabele etmek yoktur"<sup>60</sup> hadisiyle zararın karşılanması istenmektedir. Borçlunun zararı ancak mali tazminatla karşılanabilir<sup>61</sup>.

49 Zerkâ, *a.g.m.*, s.112; Ebû Gudde, Abdüssettar -İzzeddin Muhammed Hüce, *Karârât ve Tavsiyât Nedeâtî'l-Bereke li'l-İktisâdî'l-İslâmî*, Cidde: Mecmua Delle el-Bereke el-Emanetü'l-Amme li'l-Hey'eti'ş-Şer'iyye, 2001, s.55.

50 Zerkâ, *a.g.m.*, s.107; es-Saidî, Abdullah b. Muhammed b. Hasan, *er-Ribâ fi'l-Muâmelâtî'l-Masrifîyyeti'l-Muâsıra*, Riyad: Daru Taybe, 2000, II, 1290,1292.

51 Kur'ân, İsrâ, 17/ 34.

52 Kur'ân, Mü'minûn, 23/8.

53 Rifâi, Fâdi Muhammed, *el-Mesârifü'l-İslâmiyye*, Menşûrâtî'l-Halebiyyi'l-Hukukiyye, Beyrut: 2004, s.84.

54 Zerkâ, *a.g.m.*, s.105; Nezihi Hammâd, *a.g.m.*, s.108.

55 Kur'ân, Bakara, 2/188

56 Zerkâ, *a.g.m.*, s.106; Nezihi Hammâd, *a.g.m.*, s.108.

57 Buhâri, "Havalat", 1,2, "İstikraz", 12; Müslim, "Müsakat", 8.

58 Buhâri, "İstikraz", 13.

59 Aynî, Ebû Muhammed Bedreddin Mahmûd b. Ahmed b. Musa el-Hanefî, *Umdetü'l-Kâri Şerhi Sahîhi'l-Buhâri*, Beyrut; Daru'l-Kütübü'l-İlmi, 2001, XII,155; İbn Hacer el-Askalânî, Ebû'l-Fazl Şehabeddin Ahmed, *Fethü'l-Bâri bi-Şerhi Sahîhi'l-Buhâri*, Abdulkadir Şeybe(thk.), Riyad: 2001, IV, 543.

60 İbn Mâce, "Ahkâm", 17; Malik, el-Muvatta, Akdiye, 31.

61 Zerkâ, *a.g.m.*, s.107; Nezihi Hammâd, *a.g.m.*, s.108; Zerkâ, Muhammed Enes - Kuri, Muhammed Ali, *et-Ta'vîz an Darari'l-Mumâtele fid-Deyn beyne'l-Fıkh ve'l-İktisâd*, Mecelletü Câmîati'l-Meliki Abdilazîz el-İktisâdî'l-İslâmî, 3/1 1991, s.31.

“Müslümanlar şartları üzeredir. Helali haram veya haramı helal yapan şart müstesna”<sup>62</sup> hadisi, haramlığına delalet eden nas olmadıkça şartları ifa etmek gerektiğine ve şartlarda asıl olanın mübahlık olduğuna delalet etmektedir<sup>63</sup>.

İslâm hukukçularının çoğuna göre şartlarda esas olan ibahadır. Buna göre aksini belirten bir delil olmadığından fiili zararın tazmin edilmesi için kararlaştırılan cezai şart da sahih olmalıdır<sup>64</sup>.

3) Bazı sahabe uygulamalarından da para borçlarında cezai şartın uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Nitekim Buhârîde İbn Sîrîn’den nakledilen “Bir kişi (develerini) kendisine kiralayan kişiye, ‘develerini yükle, eğer falan gün seninle yola çıkmazsam sana yüz dirhem’ dedi, yola da çıkmadı. Şureyh şöyle dedi: Her kim tehdit altında olmaksızın isteyerek aleyhine bir şart koşarsa o şart kendisini bağlar”<sup>65</sup> rivayeti cezai şartın sahih olduğuna delalet etmektedir. Yine İbn Sîrîn’den rivayet edildiğine göre, yiyecek alan bir kişi Çarşamba günü gelmediği takdirde aralarında alışveriş olmamış gibi kabul edileceğini söyler. Bunu söyleyen kişi Çarşamba günü gerçekten de gelmez. Kadı Şureyh bu durum üzerine müşterinin vaadini yerine getirmediğini söyleyip aleyhine hükmeder<sup>66</sup>.

Nâfi b. Abdilharis’ten nakledilen sahabe uygulaması da cezai şartın geçerli olduğuna delil olarak gösterilmektedir. İlgili rivayet şu şekildedir: “Nâfi, Mekke’de Halife Ömer için, hapishane yapılmak üzere Safvan b. Ümeyyeden dört bin dirhem karşılığında bir ev satın aldı. Eğer Ömer razı olursa satım akdi geçerli olacak razı olmazsa Safvan’a dört yüz dirhem tazminat verilecek. Hz. Ömer’e danışıldığında, O, bu şartı kabul etmiştir.”<sup>67</sup>

4) İslâm hukukçularının çoğuna göre gaspçı malı iade etmekle birlikte ondan sağladığı menfati de ödemelidir. Aynı şekilde ifa imkânı olduğu halde borcunu ödemekten imtina eden kişi başkasının malını gasbeden kişi hükmündedir. Borçlunun zimmetindeki borcun ifasının geciktirilmesiyle alacaklının kazanacağı menfaatin engellenmesi gaspçının mal sahibinin menfaatini engellemesi gibidir. Bu durumda imkânı olup ifadan imtina eden borçlu ile gaspçı aynı hükme tabi olmalıdır. Çünkü her ikisi de başkasının malını haksız yere elinde tutmaktadır<sup>68</sup>.

Gaspçı maldan sağladığı menfaati sahibine ödediğine göre imkânı olan borçlu da gecikme süresince alacaklının mudarabe, muzaraa gibi meşru yollarla kazanacağı ve mahkeme marifetiyle uzman kişilerin belirleyeceği kar miktarını ödemelidir.

62 Buhârî, “İcare”, 14; Ebû Davûd, “Kaza”, 12.

63 İbn Hazm, Ebû Muhammed b. Ali b. Ahmed b. Saïd Zahiri, *el-İhkam fî Usûli’l-Ahkâm*, Beyrut: Daru’l-Afâk, t.y., V, 12; İbn Kayyim el-Cevziyye, Ebû Abdullah Şemseddin, *İlâmü’l-Muvakkîn an Rabbi’l-Alemin*, Demmam: Dâru İbni’l-Cevzi, t.y., III, 107,108; İbn Teymiyye, Ebû’l-Abbas Takıyyüddin Ahmed b. Abdülhalim, *el-Fetâvâ’l-Kübrâ*, Dâru’l-Kütübü’l-İlmî, I. Baskı, Beyrut: 1987, IV, 87.

64 Şubeyr ve Diğerleri, *a.g.e*, II, 866; Arabıyyât, *a.g.e*, s. 229.

65 Buhârî, “Şurut”, 18.

66 Buhârî, “Şurut”, 18; Menî, *a.g.e*, s. 411; Saïdî, *a.g.e*, II, 1208.

67 Buhârî, “Husûmât”, 8; İbn Kudâme, *a.g.e*, VI,331.

68 Menî, *a.g.e*, s.394; Saïdî, *a.g.e*,II, 1202.

5) İslam hukukunda hüküm çıkarmanın yollarından birini teşkil eden maslahat-ı mürsele göre cezai şart geçerli olmalıdır. Çünkü nakdi fazlalılık önceden belirlenmeden cezai şartın kararlaştırılması hem sözleşme hem de alacaklı için faydalıdır. Başka bir ifadeyle cezai şartta akdi maslahat söz konusudur. Çünkü bu şartla borcun zamanında ödenmesi sağlanarak alacaklının hakları korunmaktadır<sup>69</sup>.

6) İmkânı olduğu halde ödemeyi geciktiren kişiden cezai şart alınması faiz değildir. Bilakis borcun zamanında ifa edilmemesi sebebiyle adaletin temini, alacaklının zulümden kurtarılması, zararının veya kar mahrumiyetinin tazmin edilmesidir. Faiz ise, bütün kötü ihtimalleri karşı tarafa yükleyerek çalışmadan borçlunun emeğinden gelir sağlamaktır. Bunu yaparken diğer tarafın ödeme gücünün olup olmamasına itibar edilemez. Taraflar arasında ekonomik dengenin bozulmaması önemsenmez. Cezai şartta veya ifanın gecikmesiyle oluşan zararın tazmininde gelir sağlama amaçlanmamaktadır<sup>70</sup>.

7) Makasid-ı şeria ve şer'i siyaset para borçlarında cezai şartın meşru olmasını gerektirir. Çünkü cezai şart insanları borcunu zamanında ödemeye teşvik etmektedir. İmkânı olduğu halde borcunu zamanında ödemeyen borçlu hukuken mali ceza ile cezalandırılmadığında borcunu zamanında ödeyen kişi ile borcunu geciktiren kişiye eşit davranılmış olur. Ayrıca borçlunun cezasının ahirete bırakılması da alacaklı için bu dünyada bir şey ifade etmemektedir. Hâlbuki İslâm hukukuna göre şeri muamelelerde insanların malın korunması gibi temel hakları hukuki müeyyidelerle korunmalıdır<sup>71</sup>.

İslâm hukukuna göre hakkında nas olmayan konularda adaleti sağlamak için hâkimin ta'zir nevinden tasarrufta bulunma yetkisi vardır<sup>72</sup>. Akitten doğan sorumlulukların ifasını hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda hâkim cezai şartın uygulanmasına hükmedebilir<sup>73</sup>.

8) Cezai şart günümüzde gerek ticari ilişkilerde gerekse borç ilişkilerinde örf haline gelmiştir. Kur'ân ve sünnete muhalif olmayan örf ise İslâm hukuku kaynaklarından kabul edilir<sup>74</sup>. Cezai şartın haramlığına açıkça delalet eden nas olmadığına göre örf haline gelen bu uygulama İslâm hukukuna göre sahih olmalıdır<sup>75</sup>.

69 Muhammed Necdât, Muhammed, *Damânu'l-Akd fi'l-Fikhi'l-İslâm*, 1. Baskı, Dimeşk: Darul Mektebi, 2007, s. 508; İrşid, Mahmûd Abdülkerim Ahmed, *eş-Şâmil fi Muâmelat ve Ameliyyâti'l-Masârifi'l-İslâmiyye*, Amman: Dârü'n-Nefâis, 2001, s. 387; Arabiyyât, a.g.e, s.230.

70 Zerkâ, a.g.m, s.111; Dalgın, a.g.e,s. 479.

71 Zerkâ, a.g.m, s.107,108; Nezihammâd, a.g.m, s.108.

72 Udeh, Abdulkadir, *et-Teşri'u'l-Cinâiyyu'l-İslâmi Mukârenen bi'l-Kânûni'l-Vadî*, Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-Arabi, t.y., I, 82; Ebû Zehra, Muhammed, *el-Cerime ve'l-Ukûbe fi'l-Fikhi'l-İslâm*, Kahire: Daru'l-Fikri Arabi, 1946, s.69.

73 Muhammed Necdât, a.g.e, s.508.

74 Hallaf, Abdülvehhab, *İlmu Usûli'l-Fikh*, İskenderiyye: Mektebetü'd-Da'veti'l-İslâmiyye, 2002, s.89; Kuvte, Adil b. Abdulkadir b. Muhammed, *Eseru'l-Urf ve Tatbikatuhu'l-Muâsıra fi'l-Fikhi'l-Muâmelâti'l-Mâliyye*, Cidde: el-Benku'l-İslâmi li't-Tenmiye, 2008, s.21; Kıyıcı, Selahattin, *İslâm Hukukunda Örf ve Adet*, Erzurum: Kültür ve Eğitim Vakfı Yayınevi, 2002, s.169,178.

75 Muhammed Necdât, a.g.e,s.508; Arabiyyât, a.g.e, s.229.

## 2. Nakdi Fazlalılık Önceden Belirlenmeden Cezai Şart Kararlaştırmayı Caiz Görmeyenler ve Delilleri

Ali el-Hafif, Zekiyyüddin Şa'bân, Nezih Kemâl Hammâd, Muhammed Osman Şubeyr, Yunus Refik el-Mısrî, Muhammed Zeki Abdülber, Naci Şefik Acem ve Abdunnâsir el-Atâr<sup>76</sup> gibi çağdaş İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre para borçlarında nakdi fazlalılık önceden cezai şart olarak kararlaştırılmaz. Bu görüşteki İslâm hukukçularına göre bu şekilde kararlaştırılan cezai şart gerçekte faizdir veya en azından faizle arasında çok benzerlik bulunan bir işlemdir<sup>77</sup>.

Bu konuda Zekiyyüddin Şa'bân'ın görüşü şu şekildedir: “Ödeme zamanı gelen borcun gecikmesine karşılık olarak borçludan belli bir miktar paranın alınması hiç şüphesiz Allah'ın yasakladığı faizdir.”<sup>78</sup>

Muhammed Zuhayli de, bedel önceden takdir edilmese bile para borçlarında cezai şartın haram olduğu görüşünü tercih etmiştir. Çünkü bu anlaşmada faiz şüphesi bulunmaktadır. Bu nedenle cezai şart, yerine getirilmesi zorunlu olan sahih şartlardan değildir. Hadiste belirtilen haramı helal sayan şartlardandır. Gecikme tazminatı için önceden anlaşmak faizin kapılarından birini açmaktır. Çünkü Cezai şart, ifası geciken borcun artırılarak tazmin edilmesidir. Bu ise faizdir<sup>79</sup>.

İslâm Fıkıh Akademisi, ödemesini geciktiren borçlunun önceden belirlenen bir şartla veya şartsız olarak asıl borca yapılan fazlalığı ödemekle sorumlu tutulmasının faiz olduğunu kararlaştırmıştır. Daha sonra XII. dönem toplantısında genel olarak sözleşmelerde cezai şartın caiz olduğunu ancak para borçlarında caiz olmadığını kararlaştırarak bu konudaki görüşünü kuvvetlendirmiştir<sup>80</sup>.

Bu görüşteki İslâm hukukçularının delilleri şunlardır:

1) Cezai şartta para borçlarında gecikme sebebiyle alınan bedel Cahiliye dönemindeki “*Ya öde ya da artı.*” uygulamasına benzemektedir. Çünkü cezai şart para borcunun ifasındaki gecikme karşılığında belirlenen bir artıştır<sup>81</sup>. Cezai şart olarak belirlenen miktar gecikmenin veya belli bir zaman beklemenin karşılığıdır. Bu ise apaçık yasaklanan faizdir<sup>82</sup>. Para borçlarında beklemeden oluşan zararın tazmini olarak borçta fazlalığın şart koşulması faize teşviktir<sup>83</sup>. Hâlbuki Kur'anda ‘*Ey iman edenler! Allah'tan korkun ve artık faizin peşini bırakın, eğer gerçekten müminler iseniz. Eğer böyle yapmazsanız, o zaman Allah ve Resulü tarafından size savaş açılmış*

76 Hammâd, *a.g.m.*, s.111,113; Şubeyr ve Diğerleri, *a.g.e.*, II, 866,867,874; Şefik Acem, *a.g.m.*, s.213.

77 Muhammed Zuhayli, *a.g.e.*, V, 212; Hammâd, *a.g.m.*, s.111,113; Muhammed Enes Zerkâ-Muhammed Ali Kuri, *a.g.m.*, s.32,35; Şubeyr ve Diğerleri, *a.g.e.*, II, 866.

78 Muhammed Zuhayli, *a.g.e.*, V,213.

79 Muhammed Zuhayli, *a.g.e.*, V, 214,215.

80 Muhammed Zuhayli, *a.g.e.*, V,214.

81 Mısrî, Refik Yunus, *Buhûs fi'l-İktisâdi'l-İslâmi*, Dimesşk: Daru'l-Mektebî, 2009, s.172; Şubeyr ve Diğerleri, *a.g.e.*,II, 862; Arabiyyât, *a.g.e.*,s.228.

82 Yunus el-Mısrî, *a.g.e.*,s.172; Şubeyr ve Diğerleri, *a.g.e.*,II, 860;

83 Rifâi, *a.g.e.*, s.87; Bennâ, Muhammed Ali Muhammed Ahmed, *el-Karzû'l-Masrifî Dirâse Tarihiyye Mukârene beynê-Şeriatî'l-İslâmiyye ve'l-Kânûnî'l-Vaz'î*, Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2006, 429.

*olduğunu bilin. Eğer tevbe ederseniz, ana sermayeleriniz sizindir. Haksızlık etmezsiniz, haksızlığa da uğramazsınız.*<sup>84</sup> ayetinde olduğu gibi daha bir çok ayette faiz yasaklanmıştır.

Amr İbnu'l-Abbas'ın Hz. Peygamber'in Veda Haccı'nda şöyle buyurduğunu rivayet ettiği hadis de para borçlarında fazlalığın alınamayacağını açıkça ifade edilmesi bakımından önemlidir. Söz konusu hadis şöyledir: *'Haberiniz olsun, câhiliyye devrindeki bütün ribâlar kaldırılmıştır ve ödenmeyecektir. Sadece verdiğiniz anapara- rayı alacaksınız. Böylece ne zulmetmiş olacaksınız ne de zulme uğramış olacaksınız.'*<sup>85</sup>

2) Cezai şartın caiz olduğuna delil olarak gösterilen *"Zengin borcunu ifa etmemesi zulümdür."*<sup>86</sup> *"Ödeme imkânı olan borcunu ifa etmemesi haysiyetine söz söylenmesini ve cezalandırılmasını helal kılar"*<sup>87</sup> hadisleri idare aracılığıyla borçlunun ifaya zorlanarak alacaklıya zulmünün engellenmesine işaret edilmektedir. Dolayısıyla yukarıda belirtilen hadisler borcun zamanında ifa edilmemesinden kaynaklanan zararın cezai şart yoluyla tazminine delil olarak gösterilemez<sup>88</sup>. Çünkü hadiste ırzı ve cezalandırılması helal olur denilmesine rağmen malından alınması helal olur denilmemektedir. Hz. Peygamber borçlunun malından alınarak cezalandırılmasını isteseydi onu da söylerdi. Hâlbuki Hz. Peygamber böyle bir şey söylememiştir<sup>89</sup>. Ayrıca hadiste geçen cezalandırmayı İslâm hukukçuları hapis ve ta'zirle cezalandırma olarak yorumlamış, mali tazminat alınması şeklinde anlamamıştır. Çünkü para borçlarında mali tazminat alınması riba hükmündedir<sup>90</sup>.

*"Zarar vermek ve zarara zararlarla mukabele etmek yoktur."*<sup>91</sup> hadisi para borçların mali tazminat alınabileceği sonucuna ulaştırmaz. İslâm hukukunda zarar konusunda yerleşik kurala delil olabilir. İbn Sirin'den nakledilen rivayet para borçlarında önceden miktar belirlenmeden cezai şart koşulabileceğine delil olarak gösterilemez. Çünkü sözkonusu rivayette fazlalığı müşteri kendiliğinden şart koşturmuştur. Bu insanın nezir ve şart gibi kendi kendine sorumluluk üstlenmesidir. Cezai şartta ise fazlalık alacaklı tarafından istenmektedir<sup>92</sup>.

3) Cezai şartla belirlenen bedelin alınmasında borçlunun zengin veya fakir olması ayırt edilmemektedir. Bu ise İslâm hukukunda borcunu ödeyemeyecek durumda olan borçluya yapılması istenen kolaylık tavsiyelerine uymamaktadır. Çünkü Kur'ân'da *"Eğer (borçlu) darlık içinde ise, eli genişleyinceye kadar ona mühlet"*

84 Kur'an, Bakara: 2/278,279.

85 Müslim, "Hac",19; Ebû Dâvud, "Büyu", 5; Tirmizî, "Tefsiru'l-Kur'an", 10.

86 Buhârî, "Havalat", 1,2, "İstikraz",12.

87 Buhârî, "İstikraz", 13.

88 Şubeyr ve Diğerleri, a.g.e,II, 868; Bennâ, a.g.e,s.428.

89 Abdülbir, Muhammed Zekî, *"Re'yün Âhar fî Matli'l-Medîn, hel Yülzemu bi't-Ta'vîz"*, Mecelletü Câmîati'l-Melik Abdilaziz el-İktisâdü'l-İslâmî, 2/1, 1990, s.168.

90 Aynî, a.g.e, XII, 156; İbn Hacer, a.g.e, IV, 544,545.

91 İbn Mâce, "Ahkâm", 17; Malik, el-Muvatta, Akdiye, 31.

92 Saîdî, a.g.e, II, 1209,1210.



vermek (gerekir). Eğer (gerçekleri) anlarsanız bunu sadakaya saymak sizin için daha hayırlıdır.”<sup>93</sup> buyurulmaktadır.<sup>94</sup>

4) Cezai şarttaki bedel İslâm hukukunda menfaat sağlanan borç gibidir. İslâm hukukunda ise taraflardan birine menfaat sağlayan borç icma ile haramdır<sup>95</sup>.

5) Borcunu geciktiren kişiye uygulanacak müeyyideler Kur’ân, sünnet ve İslâm hukukçularının görüşleriyle belirlenmiştir. İslâm hukukunda alacağın garanti altına alınmasını sağlayacak cezai şarta alternatif çözümler mevcuttur. Sözelimi alacaklı rehin ve kefalet gibi hukuki müesseselerle borcun ifasını garanti altına alabilir. Rehinde, alacaklı borcun ifası için rehin alınan malın satılmasını isteyebilir. Kefalet akdiyle de alacağını kefiliden isteyebilir. Ödeme imkânı olduğu halde ifayı geciktiren hapsedilebilir. Bu nedenle faiz şüphesi bulunan cezai şarta gerek yoktur<sup>96</sup>.

6) Şartlarda ibahanın asıl olmasından hareket edilerek bu tür cezai şartın İslâm hukukunda caiz olduğu savunulamaz. Çünkü bu kuralda şartların sahihliği, helali haram veya haramı helal yapmaması ile Kur’ân ve sünnete aykırı olmamasına bağlanmıştır. Oysa Kur’ân’da bu şartın haram olduğuna açıkça işaret edilmektedir<sup>97</sup>. Bu durumda cezai şartın sahih olduğunu söylemek haramı helal yapan bir şartı sahih olarak kabul etmektir<sup>98</sup>.

7) Para borçlarında nakdi fazlalık önceden belirlenerek cezai şartın kararlaştırılması İslâm hukukunun tazminat ilkesine uymamaktadır. İslâm’da tazminat kiralanan malın karşılığı veya itlafın bedeli olarak alınır. Para gibi kiralanamayan mallarda asıl borç ödenir. Cezai şartta tazminat ise ifa zamanından sonraki belirli vakte karşılık olarak alınmaktadır. Dolayısıyla zaman ücretlendirilmektedir. Bu ise, icma ile haram olan gecikme faizinden başka bir şey değildir<sup>99</sup>.

Ayrıca cezai şartın kararlaştırılmasında amacın faizdeki gibi zenginleşme olmadığı ve zararın tazmin edilmesi hedeflendiği gerekçesiyle faizden farklı değerlendirilerek meşru olması gerektiği savunulamaz. Çünkü faizin haram olmasının illeti fazlalıktır. Zenginleşme gibi diğer unsurlar ise faizin yasaklanmasının hikmetidir. Dolayısıyla hikmet illet yerine konularak cezai şartın caiz olduğu iddia edilmektedir<sup>100</sup>.

8) Şafiî ve Hanbelî ekollerinin gâsıbın menfaatleri tazmin etmesi gerektiği görüşüne dayanılarak alacaklının muhtemel kârının da tazmin edilmesi gerektiği

93 Kur’ân, Bakara, 2/280

94 Muhammed Zuhayli, *a.g.e*, V, 214.

95 Hz. Peygamberin ‘Menfaat sağlanan her borç ribadır’ dediği rivayet edilmiştir. Bkz. Zeylai, Ebû Muhammed Cemaladdin Abdullah b. Yusuf b. Muhammed, *Nasbü’r-Râye li-Ehâdisi’l-Hidâye*, Cidde: Sekâfeti’l-İslâmî, t.y., IV, 60.

96 Muhammed Zuhayli, *a.g.e*, V, 215; Hammâd, *a.g.m*, s.113 Vehbe Zuhayli, *a.g.e*, s.179.

97 Kur’ân, Bakara, 2/275, 280.

98 Şubeyr ve Diğerleri, *a.g.e*, II, 871.

99 Hammâd, *a.g.m*, s.107; Muhammed Enes Zerkâ-Muhammed Ali Kuri, *a.g.m*, s.32; Abdulaziz Bayındır, ‘Faizsiz Sistemde Ödemeyi Geciktiren Borçluya Uygulanacak Maddi Ceza’, *İÜİFD*, 1, 2001, s.58,59.

100 Şubeyr ve Diğerleri, *a.g.e*, II, 872.

söylenemez. Çünkü bu mezheplere göre, malın misliyle birlikte ondan elde edilen menfaatin de tazmin edilebilmesi için, gasbedilen şeyin kiralanabilir özellikte olması gerekir. Paranın kiralanabilir nitelikte olmadığı konusunda İslâm hukukçuları icma etmiştir. Buna göre gasbedilen şey para ise, gasbeden kişiden tazminat ödemesi istenemez. Klasik dönem İslâm hukukçularından hiçbiri para borçlarında alacaklının kaybettiği menfaatin borçlu tarafından tazmin edilmesi gerektiğini söylememiştir. Kiralanabilir nitelikte olmayan mal gaspçının elinde çok uzun bir süre kalsa bile gaspçı malın mislini veya kıymetini öder. Dolayısıyla yapılan kıyas, kıyâs-ı meal fâriktir<sup>101</sup>.

9) Borcunu zamanında ödemeyen kişi mali tazminatla cezalandırılmadığında borcunu zamanında ödeyen kişiyle aynı tutulmuş olur. Böylece insanları borcunu zamanında ifa etmemeye teşvik etmiş oluruz ve ceza sadece ahiretle sınırlı kalmaktadır düşüncesiyle cezai şartın sahih olduğu iddia edilemez. Çünkü ilgili hadiste borcun zamanında ödenmemesi zulüm olarak nitelendirilmiştir. Kur'ân ve sünnette ise zulmeden kişinin hem dünyada hem de ahirette mutlaka cezalandırılacağı belirtilmiştir. Mali ceza olmasa bile bu uyarı bir müslümanın sorumluluklarını ifa etmesi için yeterlidir. Böylece borcunu ifa edenle ifa etmeyene eşit davranılmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca borcunu zamanında ifa etmeyen kişi hapis gibi şekillerde tazirle cezalandırılmaktadır. Bu durumda borcunu ifa edenle etmeyen arasında haksızlık olduğu, borcunu ifa etmeyen cezasının ahirete bırakıldığı böylece adaletin sağlanmadığı düşüncesi gerçeği yansıtmamaktadır<sup>102</sup>.

10) Ödemenin gecikmesi alacaklıyı her zaman zarara sokmaz. Borcun miktarı azalmadığı için zarardan bahsedilemez. Ayrıca muhtemel kâr kaybı zarar olarak değerlendirilemez. Çünkü kar alım satımın yapıldığı ticari işlemlerden kazanılır. Para borçlarında böyle ilişki söz konusu değildir. Para borçlarından elde edilen gelire faiz denir. Kur'ân'da geçen riba kelimesi de borçtan sağlanan gelir anlamında kullanılmaktadır<sup>103</sup>.

Para borçlarında kazanılması kuvvetle muhtemel karın tazminine izin verilecek olsaydı ticaret ve sanayi alanlarında verilen para borçlarında da faize izin verirdi. Çünkü iddia edildiği gibi bu alanlarda verilen borç diğer tarafın kar etmesine sebep olmaktadır. Alacaklının borç vermeyerek kendisinin de kar etmesi söz konusudur. Bu durumda bu şekilde borç veren kişi muhtemel karını da alacaklıdan tazminat olarak istemelidir. Hâlbuki İslâm hukukunda faizin böyle bir istisnası yoktur<sup>104</sup>.

101 Mısri, *a.g.e.*, s.173; Hammâd, *a.g.m.*, s.109,110; Muhammed Enes Zerkâ-Muhammed Ali Kuri, *a.g.m.*, s.32; Abdülbir, *a.g.m.*, s.169; Bayındır, *a.g.m.*, s.57,58.

102 Hammâd, *a.g.m.*, s.112; Şubeyr ve Diğerleri, *a.g.e.*,II, 870.

103 Bennâ, *a.g.e.*,427; Bayındır, *a.g.m.*, s.58.

104 Şaban, "Talîk" (*el-Hukmu ale Medîni'l-Mumâtil*), s.219.

### 3. Değerlendirme

Delillerin daha kuvvetli oluşu nedeniyle İslam hukukuna göre para borçlarında önceden bir miktar belirlemeden cezai şart kararlaştırılamayacağını savunan çoğunluğu görüşünü tercih ediyoruz.

Kanaatimize göre nakdi fazlalık önceden belirlenmeden cezai şartın kararlaştırılabileceği görüşünün delilleri şu şekilde eleştirilebilir.

1) “Verdiğiniz sözü yerine getirin. Çünkü söz veren sözünden sorumludur.”<sup>105</sup>, “Onlar ki emanetlerine ve verdikleri sözlerine riayet ederler”<sup>106</sup> ayetlerinden para borçlarında tarafların akit esnasında önceden bir miktar belirlemeden cezai şart kararlaştırabilecekleri anlaşılmamaktadır. Ayetlerde genel olarak sözleşmelere riayet edilmesi istenmektedir. Yoksa İslâm hukukunda yasaklanan sözleşmelere de uyulması istenmemiştir. Aksi halde tarafların kendi rızalarıyla belirledikleri her batıl veya fasid şarta uyulması gerekir. Hâlbuki İslâm hukukunda batıl veya fasid şartlara riayet edilmez.

Kur’ân’da “Ey iman edenler! Allah’tan korkun ve artık faizin peşini bırakın, eğer gerçekten müminler iseniz. Eğer böyle yapmazsanız, o zaman Allah ve Resulü tarafından size savaş açılmış olduğunu bilin. Eğer tevbe ederseniz, ana sermayeleriniz sizindir. Haksızlık etmezsiniz, haksızlığa da uğramazsınız”<sup>107</sup> ayetinde “**ruüsü emval**” den kastedilen borç olarak verilen paradır. Para borçlarında cezai şartın caiz olduğunu savunan İslâm hukukçularına göre anapara asıl borç; borcun zamanında ödenmemesi durumunda borçludan talep edilen ek fazlalık ise cezai şarttır. Ayette alacaklının hakkının anapara olduğu açıkça belirtilmişken asıl borca ek olarak cezai şart talep edilmesi ayete aykırı bir ücretin istenmesidir.

Para borçlarına “Aranızda birbirinizin mallarını haksız yere yemeyin”<sup>108</sup> ayetinin delil olarak gösterilmesi büyük bir çelişkidir. Çünkü aslında cezai şart olarak kararlaştırılan miktarla karşı tarafın malı haksız şekilde yenilmektedir. Ayette geçen “**Haksızlık etmezsiniz**” ifadesi buna açıkça işaret etmektedir.

2) Para borçlarında cezai şartın alınabileceğine delil olarak gösterilen “Zengin borcunu ifa etmemesi zulümdür”<sup>109</sup> hadiste geçen “**matl**” eda vakti gelen borcun özürsüz olarak geciktirilmesi<sup>110</sup>. İslâm hukuku kaynaklarında borcun geciktirilmesi genellikle **matl** ve **mumatele** kelimeleri ile ifade edilmiştir. Mümâtele borcun edasını uzatıp geciktirme, sürüncemede bırakma demektir. Böyle yapan kişiye

105 Kur’ân, İsrâ, 17/ 34.

106 Kur’ân, Mü’minûn, 23/8.

107 Kur’ân, Bakara, 2/278, 279.

108 Kur’ân, Bakara, 2/188.

109 Buhârî, “Havale”, 1,2, “İstikraz”, 12; İbn Mâce, “Sadakat”, 18; İbn Hibbân, Ebû Hâtîm Muhammed b. Hibban b. Ahmed et-Temîmî, *Sahîhu İbn Hibbân*, Beyrut: Müessesetü’r-Risâle, 1984, dava, 2.

110 Aynı, a.g.e, XII,155; İbn Hacer el-Askalânî, a.g.e, IV,543; Kirmânî, Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed b. Yusuf b. Ali, *Sahîhu ebî Abdullah el-Buhârî bi-Şerhi’l-Kirmânî*, Beyrut: Dâru İhyai’t-Türasi’l-Arabi, 1981, X, 117; San’ânî, Ebû İbrâhîm İzzeddin Muhammed b. İsmail Emir, *Sübülü’s-Selâm el-Muvassiletü ilâ Bulûği’l-Merâm*, Riyad: Dar ibn’il-Cevziyye, t.y., V,158.

mümâtîl denir<sup>111</sup>. Hadiste geçen “*ğaniy*” fakir de olsa borcunu ödeme imkânı olduğu halde ödemeyip geciktiren kişidir<sup>112</sup>.

Ödeme imkânı olmayan borçlu mumatil olarak kabul edilmediği gibi ödemenin imkânsızlaşması nedeniyle borcunu geciktiren kişi de mumatil sayılmaz<sup>113</sup>. Aşağıda verilen hadis mumatilin kim olduğunu açıklamaktadır.

“Ödeme imkânı olanın borcunu ifa etmemesi haysiyetine söz söylenmesini ve cezalandırılmasını helal kılar.”<sup>114</sup>

Hadisten anlaşıldığı gibi borç sebebiyle cezaya çarptırılacak kişi, ödeme imkânı olduğu halde borcunu zamanında ödemeyen kişidir. Buna göre aslen zengin olmadığı halde borcunu ödeyecek imkânı olan fakir de bu hadisin şümulüne girer.

Abdurrezak, musannafında Ebû Hureyre’den ödeme imkânı olduğu halde borcun ifasını geciktiren kişi hakkında şöyle bir hadis rivayet etmektedir. “*Borcun olup da ödeme imkânı olduğu halde geciktiren kişi haram yemiş gibidir.*”<sup>115</sup>

İslâm bilginleri yukarıda geçen ayet ve hadisler ile vahiy dönemindeki uygulamalardan hareketle ödeme imkânına sahip olduğu halde borcunu ödemeyen kişinin hapis, dövme, mülazeme/yakın takip, meslekten men etme, fasık sayma ve tazir nevinden cezalarla cezalandırılabileceğini ifade etmişlerdir<sup>116</sup>.

Borcun ifasını geciktiren kişi ancak kanun koyucunun emrine göre cezalandırılabilir. Hadiste ödeme gücü olan kişinin borcunu ifa etmemesi zulüm olarak nitelendirildikten sonra, ırzının ve cezalandırılmasının helal olduğu belirtilmektedir. Yani ödeme imkânı olan borçlunun malı helal olur denilmemiştir. Hadiste mali cezaya işaret edilmemektedir. Irzının helal olması zulüm ve gevşek biri olarak vasıflandırılmasıdır. Cezalandırılması ise hapsedilmesi, dövülmesi veya malının cebren satılmasıdır. Yoksa asıl borcun artırılarak ödettirilmesi değildir<sup>117</sup>.

Hadiste cezalandırılmayla kastedilen hapis gibi tazir cezalarıdır. Mali tazir cezası konusunda ihtilafa rağmen hiçbir İslâm hukukçusu bu zamana kadar para borçlarında mali cezadan söz etmemiştir.

111 Muhammed Zuhayli, *a.g.e*, V, 86; Hammad, *Kadâyâ Fikhiyye Muâsıra*, s.224; Âni, Madar Nizâr, *Ahkâmü Tagayyüri Kıymeti'l-Umleti'n-Nakdiyye ve Eseruhâ fi Tesdîdi'l-Karz*, Amman: Dârü'n-Nefâis, 2001, s. 93.

112 Suyûtî, Ebu'l-Fazl Celaleddin Abdurrahman b. Ebi Bekr, *Sünenü'n-Nesâi bi-Şerhi'l-Hafız Celâleddin Suyûtî ve Hâşiyeti'l-İmâm es-Sindî*, Halep: Mektebetü'l-Matbaâtü'l-İslâmi, t.y., VII,316; San'âni, *a.g.e*, V,158.

113 San'âni, *a.g.e*, V,158; Muhammed Zuhayli, *a.g.e*, V,87.

114 Buhâri, İstikraz, 13; Ebû Dâvud, Kaza, 29; İbn Mâce, Sadakat,18; Nesâi, Buyu, 100.

115 Abdurrezak, Ebû Bekr Abdurrezak b. Hemmâm San'âni, *el-Musannağ*, Beyrut: 1972, VIII, 317.

116 Ebû Dâvud, “Kaza”, 29; İbn Mâce, “Sadakat”, 18; Ebû Şeybe, Ebû Bekr Abdullah b. Muhammed b. İbrahim, *el-Musanneğ*, Kahire: el-Farukü'l-Hadise, 2008, VII,497; Suyûtî, *a.g.e*, VII,316; İbn Hibban, *Sahîhu İbn Hibban*, Dava, 2; Hakim en-Nisaburi, Ebû Abdullah İbnü'l-Beyyi Muhammed, *el-Müstedrek ale's-Sahihayn*, Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, 1915, IV,102; Beyhâki, Ebû Bekr Ahmed b. el-Hüseyn b. Ali, *es-Sünenü'l-Kübrâ*, Haydarabad: Dâiretü'l-Maârifü'l-Osmaniyye, 1353, VI, 51.

117 Sâlûs, Ali Ahmed, *el-İktisâdu'l-İslâmi Kadâyâ Fikhiyye Muâsıra*, Duha: Dârü's-Sekâfe, 1998, s.566; Anzî, *a.g.e*, I, 212-216.

3) Fıkıh usulünde “Bir hukuki işlemin hükümlerinin işlemeye başlaması veya işlemekte olan hükümlerin sona ermesinin gelecekte gerçekleşmesi muhtemel bir olaya bağlanması ya da hukuki işlem için kayıt konması” anlamında kullanılan<sup>118</sup> şart kaynağı bakımından kanuni ve iradi şart olarak iki kısma ayrılır. Kanuni şartlar genel olarak kanun koyucu tarafından şart koşulan şeyleri tamamlar, onun gayelerinin gerçekleşmesini sağlar<sup>119</sup>. İradi şartlar ise ferdin amaçlarının gerçekleşmesini sağlar.

Şer’î şartlarda ittifak eden İslâm hukukçuları, iradi şartların sınırları konusunda ihtilaf etmiştir. Bunun en önemli sebebi iradi şart konusunda nakledilen hadislerin farklı hükümler içermesi ve hukukçuların yorumlarının genel-özel, önce-sonra, yasak-caiz ve amaca ilişkin olması bakımından yorumlarının farklılık arz etmesidir<sup>120</sup>.

Zâhiri mezhebi<sup>121</sup> şartlarda ve sözleşmelerde haramlığın asıl olduğu iddiasıyla iradi şartları tümüyle reddetmektedir. Hanefî ve Şâfiî hukukçular<sup>122</sup> ise iradi şartların alanını oldukça daraltmaktadır. İbn Şübrüme<sup>123</sup>, İbn Ebî Leylâ, Kadı Şureyh<sup>124</sup> ile Hanbelî mezhebi ve özellikle İbn Teymiye ile öğrencisi İbnü’l Kayyim<sup>125</sup> iradi şartların alanını genişletmektedir. Ancak bu hukukçulara göre kanuna uygun olmak şartıyla insan iradesinden kaynaklanan her şart geçerlidir.

İslâm hukukuna göre cezâî şartın yerinin tespit edilmesi, sözleşmelere etkisi ve hükmünün ortaya konulması bakımından gereklidir. Şartlar kaynağı bakımından değerlendirildiğinde cezâî şartın şer’î bir şart olmadığı açıktır. Çünkü kaynak itibarıyla ne ayette ne de sünnette sözleşmelerde bu türden şarttan bahsedilmemektedir. Buna göre cezâî şart iradi/ca’lî şart olmalıdır. İradi şartlardan da takyidi şart içinde olduğu anlaşılmaktadır<sup>126</sup>. Çünkü sözleşmenin kuruluşu cezai şarta bağlanmamıştır. Sözleşmenin kuruluşu cezâî şarta bağlanmadığından cezâî şart taliki şart değildir. Borçlu sözleşmeyi ihlal etmesi durumunda sebep olduğu zararı tazmin etmekle sorumlu tutulmaktadır. Yani bu şart sonuca ve hükme etki etmektedir. İnsanların kendi iradeleriyle sözleşmeye koyduğu sözleşmenin aslından olmayan ek bir şarttır.

Bu durumda cezâî şartın, sözleşmeyi takyid etmesi, kaynağının insan olması, sözleşmeyi kuvvetlendirmesi ve sözleşmenin aslından olmaması sebebiyle takyidi şart olduğunu söyleyebiliriz.

118 Hallâf, Abdülvehhab, *İlmu Usûlî'l-Fıkıh*, İskenderiyye: Mektebetü'd-Da'vetî'l-İslâmiyye, 2002, s.118.

119 Şâtûbî, Ebû İshak İbrâhim b. Musa b. Muhammed el-Gırnati, *el-Muvâfakât fî Usûli's-Şeria*, t.y., I, 283; Şâzelî, Hasan Ali, *Nazariyyetü's-Şart fî'l-Fıkıh'l-İslâmî*, Dârü'l-İttihâdî'l-Arabi, t.y., s. 49.

120 Kaşıkçı, Osman, “Eski Hukukumuzda Takyidi Şarta Bağlı İşlemler”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1/1, 1997, s.214.

121 İbn Hazm, *a.g.e*, VIII, 412,415; İbn Kayyim el-Cevziyye, *a.g.e*, III, 107.

122 Kâsânî, Ebû Bekr Alaeddin Ebû Bekr b. Mes'ud b. Ahmed el-Hanefî, *Bedâi'u's-Sanâi' fî Tertibi's-Şerâi'*, II. Baskı, Mekke: t.y., 1986, V, 176; İbn Teymiyye, *a.g.e*, IV, 76; İbn Rüşd, Ebü'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed Kurtubî, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, VI. Baskı, Dârü'l-Ma'rife, 1982, II, 161,162.

123 Kâsânî, *a.g.e*, V, 176; Hatib, Abdülaziz Ömer, *el-Kiyemü'l-Mâliyye beyne't-Ta'bûd ve't-Ta'viz fi's-Şeriat'l-İslâmiyye*, Amman: Dâru Ammar, 2000, s.321.

124 Hatib, *a.g.e*, s.321,322.

125 İbn Kayyim, *a.g.e*, III, 107; İbn Teymiyye, *a.g.e*, IV, 79; Ebû Zehrâ, *Nazariyyetü'l-Akd*, s. 245.

126 Darîr, “eş-Şartu'l-Cezâî”, s.54; Yemenî, *a.g.e*, s.59; Hamevî, *a.g.e*, s.116.

Yukarıdan da anlaşılacağı gibi İslam hukukunda şartların alanı daraltılmıştır. Buna göre “Müslümanlar şartlara riayet ederler.”<sup>127</sup> ve “Müslümanlar şartlar üzere-dir.”<sup>128</sup> hadislerini delil göstererek şartlarda ibahanın esas olduğu düşüncesiyle para borçlarında önceden belli bir miktarı cezai şart olarak belirlemenin caiz olduğunu savunmak da verilen söze riayet edilmesini isteyen ayeti delil olarak göstermek gibidir. Çünkü Kur’ân ve sünnete muhalefet etmeyen şartlarda esas olan ibahadır. Yoksa temel kaynaklara açıkça muhalefet eden şartlarda esas olan ibaha değildir. Onlar batıl veya fasid şart olarak nitelendirilir.

4) İslam hukukunda borcun zamanında ifa edilmesi alacaklının borcun ifasına karşılık kendini güvende hissetmesi için kefillik ve rehin gibi tedbirler alınmıştır. Bu tedbirler daha etkin hale getirilerek borcun ifası sağlanabilir. Dolayısıyla bu tedbirlere rağmen faize teşvik veya faiz gibi algılanabilecek bir uygulamaya gerek yoktur. Bazı katılım bankaları ve şirketler daha kolay olduğu için böyle bir yapıtı-rıma başvurmaktadır. Hâlbuki bu uygulama İslâm hukukunda dayanağı ve örneği olmayan bir uygulamadır. Günümüze kadar hiçbir İslâm hukukçusu para borcunu zamanında ifa etmeyen kişinin alacaklıya asıl borca ek olarak ödenmesi konusun-da tarafların önceden miktar belirleyerek veya miktar belirlenmeden şartlı anlaş-a-bileceklerini savunmamıştır.

5) Para borcunu zamanında ifa etmeyen kişinin cezai şartla muhtemel karı veya gerçekleşen zararı karşılması İslâm hukukunun ne tazminat anlayışıyla ne de ceza anlayışıyla uyuşmamaktadır. Çünkü cezâi şart sözleşme esnasında zarar-dan önce belirlenir. Ta’zir ise, hâkim tarafından zarardan sonra tespit edilir. Ayrıca ta’zir cezası hâkim tarafından verilirken cezâi şart sözleşmenin tarafları arasında kararlaştırılmaktadır.

Ödeme imkânı olduğu halde ifayı geciktiren kişinin hapis ve kınama gibi tazir cezalarıyla cezalandırılabilceği konusunda ittifak eden İslâm hukukçuları<sup>129</sup> mali tazir cezasının meşruviyeti konusunda ihtilaf etmiştir. İslâm hukukçularının ço-ğunluğuna göre mali tazir caiz değildir<sup>130</sup>. Malikîlerden İbn Ferhun, Hanefîlerden Ebu Yusuf ve Hanbelîlerden İbn Teymiyye ve İbnu’l-Kayyım’a göre mali tazir ce-zası caizdir<sup>131</sup>. Mali tazir cezasının verilebileceğini savunan İslam hukukçuları da para borcunu zamanında ifa etmeyen kişinin asıl borca ek olarak bir fazlalığı öde-mesi şartının sahihliğini savunmamıştır.

6) Diğer görüşü savunan İslâm hukukçularının delilleri adaletin sağlanması, imkân olduğu halde borcunu zamanında ifa etmeyen kişinin haksız kazanç elde

127 Buhârî, “İcare”,14; Ebû Davûd, “Kaza”, 12.

128 Tirmizî, “Ahkâm”, 17; Ebû Davud, “Kaza”, 12.

129 Muhammed Zuhaylî, a.g.e, V,118.

130 İbn Kudâme, Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme, *el-Muğni*, Riyad: Dâru Alemlî’l-Kütüb, 1999, XII, 526; İbn Âbidîn, a.g.e, VI, 105; Ebû Ruhayye, Macid Muhammed, “İslâm’da Mali Ta’zir Cezası”, Nihat Dalgın(çev.), OMÜİFD, 11, 1999, s.316.

131 Zeylaî, a.g.e, III, 208; İbn Âbidîn, a.g.e, VI, 105,106; İbn Ferhûn, Ebû’l-Vefâ Burhâneddîn İbrâhim b. Ali b. Muhammed, *Tebîrâtü’l-Hükkâm fi Usûli’l-Akziye ve Menâhici’l-Ahkâm*, Beyrut: Dârü’l-Kütübî’l-İlmiyye, t.y., II, 220,221; Ebû Ruhayye, a.g.e, s. 316.

etmesi, gaspçı durumuna düşmesi ve zararın karşılanması konusundaki genel kaidelerden öteye gitmemektedir. Para borçlarında cezai şartta kar elde etme düşüncesinin olmaması ve borçlunun ifaya zorlanması amacıyla kararlaştırılması sebebiyle faiz olmadığını savunmak iyi niyetle çözüm arayışı olarak görülse de işleyiş ve sonuç olarak faizden farklı değildir. En azından faiz şüphesi çok kuvvetlidir. Hz. Peygamber “*Helal bellidir. Haram da bellidir. Bu ikisi arasında şüpheli şeyler vardır. İnsanların çoğu bunu bilmezler. Kim bu şüpheli şeylerden uzak durursa dinini ve ırzını korumuş olur.*”<sup>132</sup> buyurarak şüpheli konularda temkinli davranılmasını istemiştir.

## b. Nakdi Fazlalılık Önceden Belirlenerek Cezai Şartın Kararlaştırılması

Nakdi fazlalık önceden belirlenerek cezai şartın kararlaştırılması konusunda da lehine ve alyhine iki görüş oluşmuştur:

### 1. Nakdi Fazlalılık Önceden Belirlenerek Cezai Şart Kararlaştırmayı Caiz Görmeyenler ve Delilleri

Çağdaş İslâm hukukçularının çoğunluğu ödeme imkânı olmasına rağmen, para borçlarının zamanında ifa edilmemesi koşuluyla tarafların sabit bir miktarın veya asıl borcun belli bir oranının cezai şart olarak önceden kararlaştıramayacağı görüşündedir. Çünkü böyle bir anlaşma İslâm hukukunda yasaklanan faize benzerdir. Borç zamanında ifa edilmediğinde borcun cinsinden veya başka bir maldan belli bir miktarın asıl borçtan fazla olarak alınması veya menfaat sağlanması şartı, sözleşmeyi iptal eden batıl bir şarttır<sup>133</sup>.

Bu şekilde kararlaştırılan cezai şartın haram olduğunu Mustafa ez-Zerkâ, Sıddîk ed-Darîr, Muhammed Zuhayli, Zekiyyüddîn Şa'bân, Refik Yunus el-Mısri, Nezih Hammad, Abdünnâsir el-Atâr, Muhammed Osman Şubeyr gibi çağdaş İslâm hukukçuları açıkça belirtmiştir<sup>134</sup>. Nedvetü'l-Bereke III. Dönem toplantısında alacaklının ve borçlunun önceden belli bir miktar belirlemelerinin caiz olmadığı kararı almıştır<sup>135</sup>.

Bu görüşteki İslâm hukukçularının para borçlarında önceden kararlaştırılan nakdi fazlalığın alınmasının cezai şart olarak kararlaştırılmayacağı konusundaki delilleri şunlardır:

1) Bu uygulama Kur'ân<sup>136</sup> ve sahih hadiste<sup>137</sup> yasaklanan cahiliye faiziyle aynıdır. Borcun zamanında ödenmesi için önerilen bu tür cezai şart gecikme faizinin başka bir şekilde ifade edilmesidir. Ayetler farklı şekillerde yorumlanarak cezai

132 Buhârî, “İman”, 39.

133 Savâ, *a.g.m.*, s.23; Vehbe Zuhayli, *el-Muâmelâtu'l-Mâliyye*, s.179.

134 Muhammed Zuhayli, *a.g.e.*, V, 116-206; Darîr, “eş-Şartu'l-Cezâi”, s.71.

135 Ebû Gudde-Hüce, *a.g.e.*, s.56.

136 Kur'ân, el-Bakara, 2/275-279; Âli İmrân, 130.

137 Buhârî, “Vekâlet”, 11; Müslim, “Musâkât”, 14; Nesâî, “Büyü”, 41; Ebû Dâvud, “Büyü”, 5.

şartın faizden farklı olduğu ispat edilmeye çalışılmıştır. İslâm hukukuna göre sözleşmelerde elfaz ve mebanîye değil mekasid ve meaniye itibar edilir<sup>138</sup>.

Kur'an'daki faiz yasağı bütün çeşitleriyle faizi ve menfaat sağlanan bütün borçları kapsamaktadır.<sup>139</sup>

2) Müttekaddim İslâm hukukçuları para borçlarının zamanında ifa edilmemesi sebebiyle asıl borca ek olarak bir miktar fazlalığın alınmasının haram olduğu konusunda icma etmiştir<sup>140</sup>.

Cessâs bu ittifakı eserinde şöyle ifade etmektedir: “Bir kişinin 1000 dirhem borcunun ifasını ertelemesine karşılık olarak 100 dirhem fazla ödemeyi teklif etmesi caiz değildir. İslâm hukukçuları arasında bu konuda ihtilaf yoktur. Çünkü 100 dirhem gecikmenin bedelidir.”<sup>141</sup>

İbn Münzir ise “Bir kişinin verdiği borca karşılık olarak hediye veya fazlalık vermesini istemenin faiz olduğu konusunda İslâm hukukçuları icma etmiştir”<sup>142</sup> demektedir.

İbn Kudame, “Borçlarda fazlalığın şart koşulması haramdır. Bu konuda İslâm hukukçuları ihtilaf etmemiştir.” Demektedir.<sup>143</sup>

İbn Abdilber Kur'an'da yasaklanan faizin borcun ifası geciktiğinde araplar arasında öde ya da artırır meşhur sözüyle ifade edilen bedel olduğu konusunda eski ve yeni İslâm hukukçularının icma ettiğini belirtmektedir<sup>144</sup>.

3) Borçludan gecikme sebebiyle asıl borcun artırılması “Menfaat sağlanan her borç ribadır.”<sup>145</sup> fıkıh kuralına aykırıdır<sup>146</sup>.

Çağdaş İslâm hukukçularından Mustafa ez-Zerkâ bu konudaki görüşünü şu şekilde ifade etmiştir. “İfanın gecikmesi sebebiyle alacaklının zararı miktarında cezaî şart alınabileceğinin kararlaştırılması çok sakıncalıdır. Tarafların borçlarda zamandan menfaat sağlama konusunda anlaşmaları gizli faize vesiledir. Ayrıca alacaklı faiz oranına denk gecikme tazminatı hak etmektedir. Bu ise bana göre caiz değildir.”<sup>147</sup>

Diğer bir çağdaş İslâm hukukuçusu Darîr: “Bankanın müşteri ile gecikme bedeli olarak belli bir miktar veya borcun belli bir oranını almak üzere anlaşması, adına

138 Darîr, “eş-Şartu'l-Cezâi”, s.71; Anzî, a.g.e, I, 181-187; Bayındır, a.g.m, s.59.

139 Anzî, a.g.e, I, 182; Şubeyr ve Diğerleri, a.g.e, II, 860.

140 İbn Kudâme, a.g.e, VI, 636; İbn Rüşd, a.g.e, II, 128,129.

141 Cessâs, a.g.e, II, 186.

142 İbn Kudâme, a.g.e, VI, 636.

143 İbn Kudâme, a.g.e, VI, 636.

144 Nemerî, Ebû Ömer Cemaleddin Yusuf b. Abdullah b. Muhammed Kurtubi İbn Abdilber, *el-Kafi fi Fikhi Ehli'l-Medîne*, Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-İlmi, 1992, s.302.

145 Beyhâkî, a.g.e, V, 350; İbn Âbidîn, a.g.e, VII,395; Buhâtî, a.g.e, III,41.

146 Muhammed Zuhaylî, a.g.e, V, 208; Şubeyr ve Diğerleri, a.g.e, II, 874.

147 Zerkâ, a.g.m, s.110; Muhammed Zuhaylî, a.g.e, V,213.



ister 'gecikme cezası' ister 'gecikme tazminatı' veya 'cezai şart' denilsin kesinlikle caiz değildir. Çünkü bu haramlığı konusunda icma edilen cahiliye ribasıdır."<sup>148</sup> demektedir.

4) Günümüzde birçok kongre, ilmi heyet ve kuruluşlarda para borçlarında cezai şartın haram olduğu kararlaştırılmıştır. Bu kuruluşlardan bazıları şunlardır:

İslâm Fıkıh Akademisi, para borçlarında asli borcun artırılmasının faiz olduğunu kararlaştırmıştır.

Ürdün İslâm bankasının yayınladığı 45 no'lu fetva cezai şartın haram olduğuna delalet etmektedir.<sup>149</sup>

Sudan İslâm Bankası hukuki denetim heyeti konuyla ilgili soruya cevap olarak banka ile müşterinin ev satış sözleşmesinde ödemenin gecikmesi halinde müşterinin her ay 1500 cüneyh cezai şart ödemesini kararlaştırmalarının caiz olmadığını belirtmiştir<sup>150</sup>.

Katar İslâm Bankası, alacaklının ifayı geciktiren borçluya gecikme tazminatı ödemesini şart koşmasının caiz olmadığı, bunun faize teşvik olduğu, alacaklının gecikme tazminatı almasının helal olmadığı şeklinde fetva yayınlamıştır.

Mısır Faysal İslâm Bankası ise borçların ifasında gecikme nedeniyle fazlalığın alınmasının haram olduğu ve faize benzediği yönünde fetva vermiştir.

Batı Sudan İslâm Bankası hukuki denetim heyeti alacaklının kâr mahrumiyeti sebebiyle ifayı geciktiren borçludan tazminat alamayacağını kararlaştırmıştır<sup>151</sup>.

## **2. Nakdi Fazlalılık Önceden Belirlenerek Cezai Şart Kararlaştırmayı Caiz Görenler ve Delilleri**

Halil Günenç ve Nihat Dalgın gibi bazı günümüz İslâm hukukçuları nakdi fazlalık önceden belirlenerek cezai şartın kararlaştırılabileceğini savunmaktadır<sup>152</sup>. Bu görüşteki İslâm hukukçuları nakdi fazlalık önceden belirlenmeden cezai şartın kararlaştırılabileceğini savunan İslâm hukukçularıyla aynı delillere dayanmaktadır.<sup>153</sup> Söz konusu delilleri tekrarlamak yerine bu görüşteki İslâm hukukçularından Nihat Dalgın'ın fikirlerine yer vermeyi yeterli görüyoruz. Dalgın konuyla ilgili olarak şunları ifade etmektedir:

*"Tartışma konumuz olan para borcu veya alış veriş borcunun oluşmasında taraflardan birinin diğerinden ne fazlalık faizi ne de nesie faizi türünden bir talebi bulunmamaktadır. Sözü edilen borç ilişkisinde her iki taraf da meşru sorumluluklarını yerine getirme gayreti içindedir. Ancak, ahlaki ve dini tavsiyelere rağmen borçlu*

148 Darîr, "el-ittifâku ale ilzâmi'l-Medin", s.117,118.

149 Sava, a.g.m, s.28.

150 Sava, a.g.m, s.28,29.

151 Bkz. Savâ, a.g.m, s.28-30.

152 Yaran, a.g.e, s.151; Dalgın, a.g.e, s.469,470.

153 Detay için bkz. Pekdemir, a.g.e, s.148-153.

borcunu zamanında ödemeye yanaşmadığında, kendisine verilebilecek ceza hususunda birlikte karar verilerek, bu, gerektiğinde yürürlüğe konulmak üzere cezai bir şart olarak borç akdi esnasında belirlenmektedir. (...) Borcun zamanında ödenmesi halinde zaten sözü edilen şartın hükmü kalmamaktadır. Faizli borçta ise faiz alma şartı akdin kurucu unsuru olup hiçbir durumda bu şart düşmemektedir. Borçlu zamanında ödemedede bulunsa bile anlaşılan/ şart koşulan faiz fazlalığını ödemekle yükümlüdür<sup>154</sup>. “Biliyoruz ki borçlunun yükümlülüğü, borç aldığı kadarı geri vermektir. Borç ödenirken borcun dışında az da olsa başka bir şeyin talep edilmesi faizdir ve haramdır. Ancak zamanında yükümlülüğünü yerine getirmeyen ve bunun için meşru bir mazereti de olmayan kimsenin bu tavrı bir suç olarak değerlendirildiğinde, bu suçta ne tür bir ceza verilmesinin uygun olacağı tartışılmaktadır. Bu cezanın suçta uygun, ona denk ve caydırıcılık özelliği olan makul olması halinde, borcun cinsinden olması ya da farklı bir cinsten olması arasında bir fark olmamalıdır. Önemli olan bu cezanın borçlu için bir caydırıcılık özelliğine sahip olması ve alacaklı için de ödemenin geç yapılması sebebiyle karşılaştığı zarar ve sıkıntısına denk ya da ona yakın bir surette giderici özellik taşımasıdır.”<sup>155</sup>

Yukarıdaki açıklamalardan imkânı olduğu halde borcunu zamanında ödemeyen kişinin önceden belirlenen cezai şartı ödemesinin faiz olmadığı borçlunun cezalandırılması olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır.

Nihat Dalgın'ın önceden belirlenen cezai şartın faiz olmayacağı görüşüne yakın bir yorumun Halil Güneç tarafından da ifade edildiğini görmekteyiz. Halil Güneç ödeme imkânı olduğu halde borcunu zamanında ödemeyen kişiyle ilgili olarak şunları söylemektedir.

“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, tespit 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>156</sup>

### 3. Değerlendirme

Görüldüğü üzere Dalgın'ın “Biliyoruz ki borçlunun yükümlülüğü, borç aldığı kadarı geri vermektir. Borç ödenirken borcun dışında az da olsa başka bir şeyin talep edilmesi faizdir ve haramdır” ifadesinden para borçlarında asıl borca ek olarak fazlalığın talep edilmesinin faiz olduğu konusunda İslâm hukukçularının çoğunluğuyla aynı fikirde olduğu ancak “zamanında yükümlülüğünü yerine getirmeyen ve bunun için meşru bir mazereti de olmayan kimsenin bu tavrı bir suç olarak değer-

154 Dalgın, a.g.e, s.469,470.

155 Dalgın, a.g.e, s.474.

156 Yaran, a.g.e, s.151.

*lendirildiğinde (...) cezanın suça uygun, ona denk ve caydırıcılık özelliği olan makul olması halinde, borcun cinsinden olması ya da farklı bir cinsten olması arasında bir fark olmamalıdır.*” açıklaması dikkate alındığında ödeme imkânı olmasına rağmen borcun zamanında ödenmemeyi suç saydığı ve caydırıcı olması için önceden cezai şart kararlaştırılabileceğini savunduğu anlaşılmaktadır.

Para borçlarında borcun zamanında ödenmemesi suç olarak değerlendirilebilir. Ancak bu suça kendi cinsinden ceza verilmesi faizle ilgili ayet ve hadisleri dikkate aldığımızda Kur’an ve sünnetle yasaklanmıştır.

Yukarıda belirtildiği gibi para borçlarında fazlalığın alınamayacağı konusunda icma oluşmuştur. Buna ek olarak İslâm Fıkıh Akademisi’nin kararları ile çağdaş İslâm hukukçularının çoğunluğunun delilleri ve kurumların fetvalarını değerlendirdiğimizde, para borçlarında zararın tazmin edilmesi veya borçlunun cezalandırılması amacıyla cezai şart şeklinde önceden kararlaştırılarak asıl borca ek bir borçludan para talep edilemeyeceği ve bunun gecikme faizine benzediği görüşünü tercih ediyoruz. Binaenaleyh para borçlarının zamanında ödenmesini sağlamak için, görüşlerin tartışıldığı esnada yer yer sunulan diğer yollara müracaat etmek uygun olacaktır. Kısaca ifade edecek olursak, bunlar alacaklının hapsedilmesi, seyahatinin engellenmesi, takip altında tutulması, malının icra yoluyla satılarak borcun ödenmesi ve kefalet gibi tedbirlerdir<sup>157</sup>.

## SONUÇ

Para borçlarının zamanında ödenmesini sağlamak için İslam hukuk sistemi içinde alacaklının hapsedilmesi, seyahatinin engellenmesi, takip altında tutulması, malının icra yoluyla satılarak borcun ödenmesi ve kefalet gibi birtakım tedbirler alınmıştır.

Günümüzde ise klasik tedbirlerin yanı sıra cezai şart, gecikme cezası, asıl borca denk paranın gecikme süresi kadar kullanılıp borçluya iade edilmesi, borcun altına, dövize veya piyasa ortalama fiyatına endekslenmesi, belli bir miktar fazlalık şart koşularak hayır işlerinde kullanılması gibi öneriler de yapılmıştır.

Ancak, klasik dönemde geliştirilen alacaklının hapsedilmesi, seyahatinin engellenmesi, takip altında tutulması, malının icra yoluyla satılarak borcun ödenmesi ve kefalet gibi tedbirler kanaatimizce önlem olarak yeterlidir. Bunun haricinde günümüzde para borçları bağlamında, asıl borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmeyen kişinin, alacaklıya ödemeyi taahhüt ettiği cezai şart uygulamasına ihtiyaç yoktur. Çünkü yukarıda görüldüğü gibi para borçlarında cezai şart uygulaması faize çok benzemektedir. En azından faizcilığe teşvik görünümündedir. Cezai şartın önceden miktar belirlenerek veya miktar belirlenmeden kararlaştırılması faiz

<sup>157</sup> Zamanında ödenmeyen para borçlarına karşı önerilen çözüm yolları ve görüşler için ayrıca bkz. Pekdemir, a.g.e, s. 147-192.

endişesini gidermemektedir. Kur'ân, sünnet ve icma para borçlarında alacaklının borçludan asıl borçtan fazla para istemesine izin vermemektedir.

Para borçlarında ifanın gecikmesinden kaynaklanan sorunlarla karşılaşmak için borçlanmalar istikrarlı birim olarak altın üzerinden yapılmalıdır. Faize düşmemek ve enflasyondan kaynaklanan zararı en aza indirmek için altınla borçlanma daha güvenilir bir çözüm yolu olarak görünmektedir.

İbn Sîrînden nakledilen “*Bir kişi (develerini) kendisine kiralayan kişiye, ‘develerini yükle, eğer falan gün seninle yola çıkmazsam sana yüz dirhem’ dedi, yola da çıkmadı. Şureyh şöyle dedi: Her kim tehdit altında olmaksızın isteyerek aleyhine bir şart koşarsa o şart kendisini bağlar.*” rivayetinde de cezai şartla alacaklı üzerinden para borçlarında gecikmenin engellenmesi ve oluşan zararın karşılanması mümkün görülmemektedir. Çünkü bu rivayette cezai şarttaki gibi alacaklı borçlunun belli bir miktar ödemesini şart koşmamaktadır. Bilakis borçlu kendi aleyhine alacaklı tarafından teklif edilmeyen bir fazlalığı şart koşmaktadır.

Konuyla ilgili olarak Nâfi b. Abdilharis’ten nakledilen “*Nâfi, Mekke’de Halife Ömer için, hapishane yapılmak üzere Safvan b. Ümeyye’den dört bin dirhem karşılığında bir ev satın aldı. Eğer Ömer razı olursa satım akdi geçerli olacak; razı olmazsa Safvana dört yüz dirhem tazminat verilecek. Hz. Ömer’e danışıldığında, o, bu şartı kabul etmiştir.*” rivayetinde de borçlu tarafından alacaklı lehine teklifte bulunulmaktadır.

Kanaatimize göre bu rivayetlerde borcunu zamanında ödemeyen kişinin daha sonra borçtan fazla bir miktar hibe veya bağış yaparak alacaklının zararını karşılayabileceğine işaret vardır. Borçlunun bu önerisi, İslâm hukukunun temel kaynaklarına aykırı düşmemektedir. Çünkü alacaklı, asıl borca ek olarak fazla para ödenmesini talep etmemekte, bilakis borçlu kendi isteğiyle alacaklının zararını karşılamak amacıyla bağış yapmak istemektedir. Herkese hibe ve yardım yapılabilirken alacaklıya da yapılabilmelidir. Zamanında ifa edilmeyen borç sebebiyle zarar eden alacaklı, diğer insanlara göre yardım edilmeye daha layıktır. Böylece hem faiz endişesinden kurtulmuş hem de alacaklının zararını karşılamış oluruz. Borçlu bu yardım miktarının en az sınırını her dönemde değerini koruyan en azından kâğıt para kadar zarara sebep olmayan altın kuru üzerinden belirleyebilir. Alacaklıya yapılması düşünülen yardım, gerçekleşen zararın altında olmamalıdır. Kararlaştırılan ifa zamanıyla borcun ödendiği zaman aralığındaki fark, altın üzerinden belirlenerek alacaklıya bağışlanmalıdır. Altın kurunun tespitinde borcun ifa zamanını dikkate alınmalıdır. Çünkü alacaklı, tarafların rızasıyla belirlenen ifa zamanına kadar sürede olabilecek zararı kabul etmiş demektir. Ancak ifa zamanından sonra meydana gelecek zarara rızasının olmadığı anlaşılır.