



Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi

The Journal of International Social Research

Cilt: 7 Sayı: 29 Volume: 7 Issue: 29

www.sosyalarastirmalar.com Issn: 1307-9581

İSLÂM HUKUKUNA GÖRE İŞ/HİZMET BORÇLARINDA CEZAI ŞART

ACCORDING TO ISLAMIC LAW PENAL CLAUSE IN EMPLOYMENT/SERVICE DEPTS

Şevket PEKDEMİR*

Öz

Dini ve ahlaki hassasiyetin zayıflaması sebebiyle özellikle günümüzde sözleşmeden kaynaklanan borçlar geciktirilmektedir. Bu gecikme, şahıslara veya kuruluşlara hem maddi hem de manevi zarar vermektedir. Örneğin alacağını zamanında tahsil edemeyen şirketler başkalarına karşı sorumluluklarını ifa edemeyerek hem toplumsal itibarını ve güvenilirliğini kaybetmekte hem de icra hatta iflas gibi istenmeyen durumlarla karşılaşabilmektedir. Ayrıca borç zamanında ödendiğinde alacaklının ticaret gibi meşru yollarla kar etmesi mümkündür. Ancak borçlu ifada geciktiğinden alacaklı kazanması muhtemel kardan da mahrum olmaktadır.

Borcun zamanında ifa edilmesi sosyal ve ekonomik hayatta düzenin sağlanması için çok önemlidir. Bu nedenle devletler alacaklı ve borçlu arasındaki ilişkileri düzenleyici hukuki düzenlemeler yapmıştır. Bunun yanında ahlaki müeyyidelerle de borçlu psikolojik baskı altına alınmıştır. Böylece gerek yazılı gerekse yazılı olmayan kurallarla borcun zamanında ifasını sağlayan tedbirler alındığını söyleyebiliriz.

Anahtar Kelimeler: İslâm Hukuku, Cezai şart, Borç, Faiz, Zarar.

Abstract

Due to the weakness of religious and moral sensibilities, especially in present time, the debts based on the contract are postponed. The issue may damage both financially and morally to individuals and institutions. For example ; the businesses which can not transfer its accounts can lose both their social credit and confidence and also go bankrupt. Besides, when the debt is paid on time, it is most probably possible for the creditor to make a profit. But, when the debtor is late for paying, the creditor can lose the benefit.

The providing of the debt on time is definitely important in social and economic life. So, The countries have formed judicial regulations to coordinate the relations between the creditors and the debtors. In addition, psychological constraints are applied to the debtors with moral sanctions. As a result, we can mention that some kind of measurements have always been both in written documents and oral statements.

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

Giriş

Günümüzde gerek para borçlarında gerekse iş/hizmet borçlarında alacağın temini ve zararın karşılanması için cezai şart uygulamasına sık olarak başvurulmaktadır. Bu makalede iş/hizmet veya mal borçlarında cezai şart uygulaması konusunda İslâm hukukçularının görüşlerine yer vermek istiyoruz.

Burada kastedilen bina yapımı, bir ürünün teslimi, tarım ürününün hasadı gibi konusu iş olan borçlardır. Bu bağlamda cezai şart, işin zamanında bitirilememesi halinde işi üstlenen tarafın diğer tarafa belirli bir miktar para ödemesinin önceden kararlaştırılmasıdır¹.

* Dr., Terme Anadolu Sağlık Meslek Lisesi Müdürü.

Çağdaş İslâm hukukçularına göre, cezai şartın konusu para veya başka şeyler olabilir. Bunu, şart koşma hürriyetine dayandırarak taraflar aralarında istedikleri gibi belirleyebilir². Ancak cezai şartın mahallinin aşağıdaki şartları taşıması gerekir.

1. İslâm hukukuna göre akdin mahalli mütekavvim mal olmalıdır³. Cezâî şart da bir akid çeşididir. O halde cezâî şartın da konusu mütekavvim mal olmalıdır. Yani, cezai şart olarak kararlaştırılan edim İslâm hukukuna göre faydalanılabilen olan mal olmalıdır. Buna göre konusu meyte veya kan gibi mütekavvim mal olmayan cezai şart uygulanamaz. Batıl şart bazı durumlarda asıl sözleşmeyi batıl hale dönüştürür. Örneğin para borçlarında faiz sözleşmeyi de iptal eder. Ancak konusu para olmayan şartlarda sadece cezai şart batıl olur. Asli borç sahibi olarak kalır. Çünkü cezai şart faiz, cehalet ve ğarar gibi özellikleri taşımamaktadır⁴.

2. Cezai şartın konusu malum olmalıdır. Çünkü İslâm hukukçuları akdin konusunun taraflar arasında nizaya sebep olmayacak kadar malum olmasını şart koşturmuştur. Aşırı derecede bilinmezlik/cehalet akdin temelini oluşturan rızayı zedeler. Sonuç olarak akid bozulur. Aşırı olmayan bilinmezlik ise akdi etkilemez⁵.

Cezâî şartın konusu bir iş yapma veya bir işten kaçınmak ise işin vasıfları ve süresi belirlenmelidir.

Yukarıdan anlaşıldığı gibi İslâm hukukçularına göre akitte rızanın olması için her halükarda akdin mahallinin malum olması gerekir⁶. Sözleşmeye konu olan mebi akit meclisinde hazır değilse İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre, görülme bile vasfının meçhuliyeti giderecek ölçüde bilinmesi yeterlidir. Ancak mebinin bütün özelliklerinin anlatılması yeterli bulmayan Şâfiî hukukçulara göre Mebi mutlaka görülmelidir. Onlara göre sözleşme konusunun görülmesi akdin kuruluş şartlarından⁷. Şâfiîler bu görüşlerini "Yanında olmayı satma⁸." hadisine dayandırır.

Bu nedenle cezai şartın konusu fahiş oranda bilinmezlik içerirse hukuken geçersiz/batıl olur. Batıl cezai şart teberra akitleri dışında bazı sözleşmeyi de batıl hale dönüştürür. Çünkü, Aşırı derecede bilinmezlik özelliği taşıyan akde bitişik şartlar sözleşmeyi bozar⁹.

3. Cezai şartın konusu teslim edilebilir olmalıdır. Teslim edilebilir nitelikte olmayan cezai şart geçersizdir. Çünkü, Hanefî, Şafiî ve Hanbelî hukukçulara göre akdin mahalli bütün sözleşmelerde teslim edilebilir olmalıdır. Sudaki balık ve havadaki kuş gibi teslim edilebilir nitelikte olmayan cezai şart batıl olur¹⁰. Malikîler ise teberu akidlerinde malın teslim edilebilir

¹ Çeşitli cezai şart tanımları için bkz. Pekdemir, Şevket (2013). *Sözleşmelerde Cezai Şart*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Samsun: OMÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 32,40.

² Hamevî, Üsâme (2012). *eş-Şartü'l-Cezâî ve Sultatü'l-Kâdî fi Ta'dilîhi Dirâse Mukârene fi'l-Fikhi'l-İslâmî ve'l-Kânûn*, I. Baskı, Dimeşk: Dâru'n-Nevâdir, s.78.

³ Şirbînî, Şemseddin Hatib Muhammed b. Ahmed Kahiri (1997). *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meâni Elfâzi'l-Minhâc*, I. Baskı, Beyrut: Daru'l-Mağrife, C.II, s.16; Zeylaî, Fahreddin Osman b. Ali b. Mihcen, *Tebyînu'l-Hakâik fi Şerhi Kenzi'd-Deikâik*, Bulak: el-Matbaatü'l-Kübra'l-Emiriyye, C.IV, s.44; Buhûti, Şeyh Mansur b. Yunus b. Selahiddin el-Hanbelî(1997). *Keşşâfü'l-Kinâ'*, Muhammed Emin Zinnavi (thk.), Beyrut: Âlemü'l-Kütüb, C.II, s. 462,464.

⁴ Hamevî, *age*,s.81,82.

⁵ Kâsânî, Ebû Bekr Alaeddin Ebû Bekr b. Mes'ud b. Ahmed el-Hanefî(1986). *Bedâiu's-Sanâi' fi Tertîbi's-Şerâi'*, II. Baskı, Mekke: V,156; Zeylaî, *age*,C.IV, s. 4; Buhûti, *age*,C.II, s.473.

⁶ Kâsânî, *age*,C.V, s.156.

⁷ Şirbînî, *age*,C.II, s.26-28; İbn Kudâme, Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme (1999). *el-Muğni*, Abdullah b. Abdülmuhsin Türki, Abdülfettah Muhammed el-Hulv(thk), Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütüb, C.VI, s.33; Buhûti, *age*,C.II, s.473.

⁸ Tirmizî, Büyü, 19; Ebû Dâvud, Büyü,80; İbn Mâce, Ticârât, 20; İbn Hanbel, Ebû Abdullah Ahmed b. Muhammed eş-Şeybânî Ahmed (1998). *el-Müsned*, Beyrut: Âlemü'l-Kütüb, C.II, s.622.

⁹ Hamevî, *age*,s.82.

¹⁰ Şirbînî, *age*, C.II, s.19; Kâsânî, *age*,C.V, s.147; Zeylaî, *age*,C.IV, s.45; Buhûti, *age*,C.II, s.472,473.

olmasını şart koşmamışlardır¹¹. Buna göre Hanefî ve Şafilere göre tüm sözleşmelerde cezai şartın teslim edilebilir olması gerekir¹².

Yukarıda bahsedildiği gibi cezai şart para olarak kararlaştırılabileceği gibi maddi değeri olan bir şey olarak da kararlaştırılabilir. Örneğin toprak kiralama sözleşmesinde arazi sahibi arazisinin belirtilen zamanda teslim edilmemesi halinde malın kendisinin olacağını cezai şart olarak koşabilir¹³.

İş/hizmet borçlarında cezai şartın hükmünden önce konunun daha iyi anlaşılması için bu müessesenin hukuki niteliğinden bahsetmek istiyoruz.

I. Cezâî Şartın Hukukî Niteliği

Birçok araştırmacı tarafından cezâî şartın hukuki niteliği tartışılmış ve bu konuda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Aşağıda cezâî şartın hukuki niteliği konusundaki görüşler incelenecektir.

A. Ceza Olduğu Görüşü

Cezâî şartın adından dolayı hukuki niteliği ile ilgili olarak, ilk akla gelen, onun bir tür ceza olduğu görüşüdür. Teorik olarak bu görüşü savunanlara göre cezâî şart tamamen ceza niteliğindedir. Çünkü cezâî şartla sözleşmeden kaynaklanan sorumluluklarını zamanında ifa etmeyen kişi sebep olduğu fiili zarar nisbetinde cezalandırılmaktadır¹⁴.

Tazminat kazanılması, cezai şarta tazir ile mali ceza niteliği verip vermeyeceği konusu İslâm hukukçuları arasında tartışmalıdır.

Cezai şartın ceza niteliğinde bir uygulama olmadığını savunan İslâm hukukçularının delilleri şunlardır:

1) Cezai şart ile ceza, yapısı itibarıyla farklıdır. Çünkü cezai şart insanların haklarını korumak için konulmuş olup kul haklarından sayılır. Ancak ceza Allah haklarını ilgilendiren konulara karşı işlenen suçlarda uygulanır. Konusunu cinayetler teşkil eder. Buna göre cezai şartı ancak zarara uğrayan kişi kaldırabilir. Hakimin zarar oluştuğunda cezai şartı kaldırma yetkisi yoktur. Halbuki şartların oluşması koşuluyla cinayet suçlarında herhangi bir Müslüman diyet ödeyerek cezayı karşılayabilir¹⁵.

2) İslâm hukukuna göre tazminatı gerektiren fiillerde kasıt veya niyet şart değildir. Bu nedenle zihinsel engelli, matuh, çocuk, unutan, uyuyan kişiler de zarar vermeyi kastetmeseler bile tazminle sorumludur. Ancak cezayı gerektiren suç ve cinayetlerde kasıt önemlidir¹⁶.

¹¹ Desûkî, Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed b. Ahmed b. Arafê, *Hâşiyetü'd-Desûkî alâ Şerhi'l-Kebîr*, Dâru İhyau Kütübî'l-Arabî, C.IV, s.97,98.

¹² Hamevî, *age*, s.84.

¹³ Yemenî, Muhammed b. Abdülaziz b. Sa'd (2006). *eş-Şartü'l-Cezâî ve Eseruhu fi'l-Ukûdî'l-Muâsıra Dirâse Fikhiyye Mukârene*, Riyad: s.31,32.

¹⁴ Hamevî, *age*, s.274; Anzî, Ayyad b. Assaf b. Mukbil (2009). *eş-Şurütü't-Ta'vîziyye fi'l-Muâmelâti'l-Mâliyye*, Riyad: Künûzu İşbiliyâ, C.I, s.152; Şubeyr, Muhammed Osman ve Diğerleri (1998). *Buhûs Fikhiyye fî Kadâyâ İktisâdiyye Muâsıra*, t.y., Daru'n-Nefâis, C.II, s.857; Şimâm, el-Kâdî Mahmûd (2000). *"eş-Şartü'l-Cezâî Dirâse Muammega Havle's-Şartü'l-Cezâî Fikhen ve Kanunen"*, MMFİ, C.12, S. 2, s.227-242; Ekinci, Hüseyin (2004). *Doktrin ve Uygulamada Cezâî Şart*, I. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.40; Günay, Cevdet İlhan (2002). *Cezâî Şart (BK m.158-161)*, Ankara: Turhan Kitabevi, s.30; Gökçeoğlu, Kamil Haluk (2007). *Cezâî Şart ve Güncel İçtihatlar*, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayımevi, 2007, s.34; Kayak, "Roma Hukukunda Cezai Şart", s.245; Akkayan Yıldırım, Ayça, "Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", İÜHFİM, 61/1-2, 2003, s.361,362.

¹⁵ Udeh, Abdulkadir, *et-Teşrîu'l-Cinâiyyü'l-İslâmî Mukârenen li-Kânûni'l-Vaz'i*, Beyrut: Daru'l-Kâtübî'l-Arabî, C.I, s.81; Hamevî, *age*, s.273.

¹⁶ İbn Abdüsselam, Ebû Muhammed İzzeddin Abdülaziz b. Abdüsselam b. Ebu'l-Kâsım Süleymi, *el-Kavâidü'l-Kübrâ Kavâ'idü'l-Ahkâm fî İslâhi'l-En'âm*, Nezih Kemal Hammad, Osman b. Cum'a Damiriyye(thk.), Dimaşk: Dâru'l-Kalem, C.I, s.263; Karafî, Ebu'l-Abbas Şehabeddin Ahmed b. İdris b. Abdürrahim, *el-Furûk Envârü'l-Burûk fî Envâi'l-Furûk*, Beyrut: Daru'l-Kütübî'l-İlmi, C.I, s.357; Ca'fer, Abdulkadir (2006). *Nizâmü't-Te'mîni'l-İslâmî*, Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, s. 226; Hamevî, *age*, s.274.

3) İslâm hukukunda suç ve cezanın karşılığı had ve kısas olarak Allah tarafından belirlenmiştir. Hakime sınırlı yetki tanınmıştır. Ancak tazminat haksız fiillerden kaynaklanan zararın karşılanması için konulmuş olup had ve kısası gerektiren fiiller gibi şârî tarafından belirlenmemiştir¹⁷.

4) Cezai şartın hukuki niteliğinin ceza olduğu, mali tazir cezasına kıyasla söylenebilir. Ne var ki, cezai şartın akde bitişik veya ekli olması bu görüşü zayıflatmaktadır. Çünkü akde bitişik olması cezai şarta akitten doğan tazminat niteliği kazandırmaktadır. Ayrıca İslâm hukukuna göre mali tazir cezası daman mefhumu içinde yer almamaktadır. Çünkü mali tazir zarar verilen malın tazmini değildir¹⁸. Ancak cezai şart akde bitişik olmasaydı borcunu geciktiren veya hiç ifa etmeyen kişinin mali tazminatla cezalandırılması cezai şarta ceza niteliği kazandırır¹⁹.

5) Tazir cezalarını suçun özelliğine göre hakim takdir eder. Ancak cezai şart taraflar arasında kararlaştırılan asli borca bağlı ek bir sorumluluktur. Sadece bu özelliği bile cezai şartın tazir nevinden sayılamacağını gösteren kuvvetli bir özelliktir²⁰.

6) Hem İslâm hukukunda hem de genel olarak modern hukukta hakim ceza şarta müdahale yetkisi vardır. Aşırı derecede yüksek veya zararı karşılamayacak derecede düşük olan cezai şart miktarını hakim değiştirebilir. Bu özelliğiyle cezai şart ceza niteliği olmaktan çok tazminat/daman niteliğindedir²¹.

7) Kamuyu ilgilendiren suçlar hukukullah içinde değerlendirildiğinden cezada sulh ve af mümkün değildir. Ancak cezai şart kul haklarından olup sulh ve af mümkündür. Bu nedenle cezai şart ceza niteliğinde bir uygulama değildir²².

Günümüzde bazı İslâm hukukçuları her türlü zararın mali tazir cezasıyla karşılanabileceğini savunmaktadır²³. Örneğin Abdullah el-Meni'ye göre cezai şart ceza niteliğindedir²⁴. Bu yolla alacaklı borcu hiç ifa etmeyen veya eksik ifa eden borçluyu ihlalden kaynaklanan zararın miktarına bakmadan cezalandırmak istemektedir²⁵. Diğer bir İslâm hukukçusu Mahmud Şimam borcunu zamanında ödemeyen kişinin cezai şartla cezalandırıldığını savunmaktadır²⁶.

Cezai şartın hukuki niteliğinin ceza olduğunu savunanların delilleri şunlardır:

1) Cezai şartın ve cezanın illeti teaddidir. Yani, her ikisi de kanuna aykırı bir fiilin işlenmesi nedeniyle uygulanmaktadır.

2) Hem cezai şart hem de ceza haksız fiilleri engellemek ve zararı karşılamak amacıyla konulmuştur.

3) İslâm hukukuna göre Kuran'da işaret edildiği gibi her şahsın başkasına verdiği zarardan sorumlu tutulması²⁷, cezai şartın hukuki niteliğinin ceza olduğunu göstermektedir²⁸.

Anzi'ye göre cezai şartın ceza niteliğinde olduğu görüşü Roma hukukundan kaynaklanmaktadır. Çünkü Roma hukukunda sözleşmelerde zarar olmasa bile ihlal eden tarafın alacaklı tarafından mali olarak cezalandırılabilmesi kararlaştırılmıştır. Bu nedenle

¹⁷ İbn Abdüsselam, *age*, C.I, s.263; Hamevî, *age*, s.274.

¹⁸ Hamevî, *age*, s.275.

¹⁹ Hamevî, *age*, s.281.

²⁰ Hamevî, *age*, s.281.

²¹ Hamevî, *age*, s.281.

²² Hamevî, *age*, s.283.

²³ Zuhaylî, *Nazariyyetü't-Damân*, s.26.

²⁴ Menî, Süleyman b. Abdullah(1997). *Buhus fî'l-iktisadî'l-İslâmî*, el-Mektebetü'l-İslâmî, s. 416; Anzî, *age*, C.I, s.229

²⁵ Hamevî, *age*, s.280; Anzî, *age*, C.I, s.152.

²⁶ Şimâm, el-Kâdî Mahmûd (2000). "*eş-Şartu'l-Cezâî Dirâse Muammega Havle's-Şartu'l-Cezâî Fikhen ve Kanunen*", MMFİ, C.12, S.2, s.231-234.

²⁷ Bkz. Kur'an, Müddessir, 74/38; Bakara, 2/286.

²⁸ Menî, *age*, s. 416; Hamevî, *age*, s.276.

hakimin cezai şartta değişiklik yapması ve onu iptal etmesi mümkün değildir²⁹. Modern hukuk araştırmacılarından Kayak, Anzi'nin bu görüşüne katılmamaktadır³⁰. Anzi'ye göre günümüzde cezai şartın ceza niteliğinde olduğu görüşüne çok itibar edilmemektedir³¹.

Çağdaş İslâm hukukçularından Darîr'e göre de cezâî şartın hukuki niteliği ceza değildir. Cezai şartı kaparoya benzeterek ceza niteliğinde olduğu sonucuna ulaşamaz. Çünkü kaparo şartın ihmali değildir. Alıcının sözleşmeden vazgeçme muhayerliğidir³².

Bu görüşü savunan hukukçulara göre cezâî şart ile kamu cezası arasındaki fark şu şekilde tespit edilmiştir:

Cezâî şart alacaklının hakkını korurken kamu cezaları kamu menfaatini ön plana çıkarmaktadır. Ancak borcun hiç ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi ceza kanunlarında suç sayılırsa cezâî şart kamu cezası ile birlikte ortaya çıkar.³³

Cezâî şart ile para cezası arasındaki farklar ise şunlardır:

- 1) Para cezası kamu hukukundan kaynaklanır. Cezâî şart ise özel hukuktan kaynaklanmaktadır.
- 2) Para cezasında kamu menfaati ön plandadır. Cezâî şartta ise taraflardan birinin menfaati önde tutulmaktadır.
- 3) Para cezası devlet hazinesine ödenirken cezâî şart taraflardan birine ödenir³⁴.

B. Sigorta Olduğu Görüşü

Bazı hukukçulara göre cezâî şart sigorta niteliğinde bir hukuki müessesedir³⁵. Bu görüşün en kuvvetli savunucusu Alman filozof İhering'tir³⁶.

Borçlu, hiçbir kusuru olmadığı halde olağanüstü durumlar sebebiyle borcunu ifa edemediği durumlarda alacaklının zararı olmasa bile daha önce kararlaştırılan cezâî şartı ödemekle sorumlu tutuluyorsa sigorta akdi niteliğinde bir cezâî 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 cezâî şarttan kaynaklanan borcundan kurtulamamaktadır³⁷.

Bu görüşteki hukukçulara göre cezâî şartın hukuki niteliğinin sigorta olmasının faydaları şunlardır:

- 1) Cezâî şartın sigorta niteliğinde olması kusur sorununu ortadan kaldırmaktadır.
- 2) Sigorta niteliğindeki cezâî şart alacaklıyı her türlü zarar olasılıklarına karşı korumaktadır.
- 3) Cezai şart küçük üreticilerin büyükler karşısında rekabet etmesini sağlamaktadır³⁸.

Cezâî şartın hukuki niteliğinin sigorta olmasının olumsuz yanlarını ise şu şekilde sıralayabiliriz:

- 1) Cezâî şartın hukuki nitelik bakımından sigorta gibi olması borçlu aleyhine adaletsizliğe sebep olmaktadır. Çünkü borçlu iradesi dışında oluşan her türlü zarardan da sorumlu tutulmaktadır. Oysa borçlunun alacaklıyı bütün zararlara karşı korumayı

²⁹ Anzî, *age*, I, 152.

³⁰ Kayak, "Roma Hukukunda Cezai Şart", s.256

³¹ Anzî, *age*, I, 153.

³² Darîr, Sıddık Muhammed el-Emîn (2000). "eş-Şartu'l-Cezâî", Mecelletü Mecmai'l-Fıkhî'l-İslâmî, C.12, S.2, s.56

³³ Ekinci, , *age*, s.40 .

³⁴ Ekinci, , *age*, s.40.

³⁵ Hamevî, , *age* , s.277; Gökçeoğlu, , *age*, s.35.

³⁶ Gökçeoğlu, , *age*, s.35

³⁷ Hamevî, *age*, s.277; Ekinci, *age*, s.41; Günay, *age*, s.32; Gökçeoğlu, *age*, s.34.

³⁸ Günay, *age*, s.33.

düşündüğünü söylemek güçtür. Borçlunun cezâî şartı kabul etmesinin sebebi normalde şahsi imkanlarını göz önünde tutarak taahhüdünü yerine getirmektir. Örneğin bir müteahhidin teslim edemediği takdirde, geciktiği her gün için, yüksek miktarda para ödemek koşuluyla, kararlaştırılan zamanda teslim etmek üzere bir bina yapmayı taahhüt ettiği sözleşmeyi ele alalım, böyle bir sözleşmede borçlunun, doğal afetin taahhüdün zamanında ifaya engel olması durumundaki zarara da katlanmayı vaad ettiği düşünülemez. Bu itibarla, borçlunun insan kudretinin dışında kalan ve önceden görülüp, engellenmesi mümkün olmayan olaylardan sorumlu tutulması adaletsizlik olacaktır.

Söz konusu adaletsizliğin İslâm hukukçuları tarafından cezai şartın hak edilmesi için borçlunun kusursuz imkansızlıktan sorumlu tutulamayacağı koşulu getirilerek giderildiğini söyleyebiliriz.

2) Borçlunun her türlü zarardan sorumlu tutulması, onun ekonomik olarak yıkımına sebep olmaktadır.

3) Bu şekilde kararlaştırılan cezai şart, ekonomide taraflar arasında gerçek rekabet ortamını sağlamaktan uzaktır.

Doktrinde modern hukukçuların çoğu, cezâî şartın hukuki niteliğinin sigorta olduğu görüşündedir. Ancak bu görüşün kanuni yönden pek desteği bulunmamaktadır. Zira İsveç, Alman ve Fransız Medeni Kanunlarında³⁹ olduğu gibi Türk Borçlar Kanununda⁴⁰ da kusursuz borçlunun sorumlu tutulması görüşü benimsenmemiştir.

C. Götürü Tazminat Olduğu Görüşü

Cezâî şartın hukuki niteliği ile ilgili olarak ortaya atılan görüşlerden biri de cezâî şartın götürü tazminat niteliğinde olduğudur.

Kavram olarak götürü tazminat, tazmin edilmesi gereken muhtemel zarar miktarının taraflarca önceden belirlenerek, somut zararın miktarı konusunda, taraflar arasında sonradan meydana çıkabilecek anlaşmazlıkların daha başlangıçta çözümlenmesidir⁴¹.

Bu görüşteki hukukçulara göre cezâî şart, borcun ifa edilmemesi halinde alacaklının uğrayacağı zararın önceden ve götürü surette tespiti⁴².

Cezai şartın hukuki niteliğinin götürü tazminat olduğu görüşü konuyla ilgili olarak ileri sürülen görüşler arasında en çok kabul gören görüştür⁴³. Gerekçeleri ise şunlardır:

1) Cezai şartla her iki taraf da kusur ve zararın belirlenmesi ve ispat edilmesi yükünden kurtulur. Cezai şartın niteliğinin götürü tazminat oluşu nedeniyle borcu hiç ifa etmeme veya eksik ifa etme durumunda bir zararın varlığını ya da kararlaştırılan miktar ile gerçek zarar miktarının uygunluğunu araştırmaya gerek yoktur⁴⁴.

2) Cezai şartın hukuki niteliğinin götürü tazminat oluşu borçlu üzerinde ifaya zorlayıcı bir baskı unsuru özelliğini ortadan kaldırmamaktadır⁴⁵.

3) Borcu ifa etmeme veya eksik ifa etme halinde ödenmek üzere belirlenen miktar kural olarak sonradan ne artırılabilir ne de azaltılabilir⁴⁶. Ancak eğer alacaklı cezai şart miktarından daha fazla zarara uğramışsa bu durumun borçlunun kusurundan doğduğu ispat edilerek fazla zararın tazmini istenebilir⁴⁷.

Cezai şartın hukuki niteliğinin götürü tazminat olduğu görüşünün, yalnız sigorta olduğu görüşünden farkı şöyle ifade edilmektedir:

³⁹ Krş. Ekinci, *age*,s.42

⁴⁰ TBK. md. 182.

⁴¹ Ekinci, *age*,s.45.

⁴² Şimâm, "eş-Şartu'l-Cezâî", s.234; Ekinci, *age*,s.45; Günay, *age*,s.36; Gökçeoğlu, *age*,s.36.

⁴³ Gökçeoğlu, *age*,s.35.

⁴⁴ Ekinci, *age*,s.46; Günay, *age*,s.37; Gökçeoğlu, *age*,s.36.

⁴⁵ Ekinci, *age*,s.47; Gökçeoğlu, *age*,s.36.

⁴⁶ Ekinci, *age*,s.45; Günay, *age*,s.36; Gökçeoğlu, *age*,s.36.

⁴⁷ Ekinci, *age*,s.45

Götürü tazminatta borçlu yalnızca kendi kusurundan kaynaklanan zarardan sorumlu tutulur⁴⁸. Sigorta niteliğindeki cezai şartta borçlu kendi kusurundan kaynaklanmayan zararlardan da sorumlu tutulmaktadır.

Cezai şartın hukuki niteliğinin götürü tazminat olduğu görüşünün yalnız ceza olduğu görüşünden farkı şöyle ifade edilmektedir:

Ceza fonksiyonunda ceza ile ifa birlikte istenebilir. Götürü tazminat niteliğinde ise, cezâî şart kural olarak ifanın yerine geçer⁴⁹.

Borçlar Kanunu'na göre de cezâî şartın hukuki niteliğinin götürü tazminat olduğu söylenebilir⁵⁰.

Çağdaş İslâm hukukçularından Yemenî cezai şartın götürü tazminat niteliğinde olduğunu savunmaktadır⁵¹. Yine çağdaş İslâm hukukçularından Şubeyr cezai şartın zararın götürü tazminat niteliğinde olduğunu ifade etmiştir⁵².

D. Ceza-Tazminat Karışımı Olduğu Görüşü

Cezâî şartın hukuki niteliğinin sadece ceza veya sadece tazminat olduğunu savunanlara karşı 20. Yüzyılın sonlarına doğru özellikle Alman Hukukçular tarafından ortaya atılan daha sonra İsviçre, Fransa ve diğer bir kısım ülkelerde çok sayıda taraftar bulan bu görüşe göre, cezai şart hem tazminat hem de ceza niteliği taşımaktadır⁵³.

Cezai şartın hukuki niteliğinin hem ceza hem de tazminat karışımı olduğu görüşü şu şekilde eleştirilmiştir:

Hukuki nitelik bakımından hem ceza hem de tazminat fonksiyonları bir arada olamaz. Zira her iki kavram birbirinden farklıdır. Ayrıca kavramlar arasında mantiki uygunluk da yoktur. Çünkü tazminatta esas olan zararla tazminat arasında denklik kurulmasıdır. Cezada esas olan ise, zarar veren kişiyi korkutma, yıldırma ve öç almaktır. Bu nedenle hiç ifa etmeme, geç veya eksik ifa etme sebebiyle istenecek edimin miktarının hem tazminat hem de ceza fonksiyonunu icra etmek için kasten yüksek tutulması halinde bile meblağın tamamının aynı zamanda ceza ve tazminat olarak belirlendiği iddia edilemez. Bu durumda alınan edimin zarara karşılık gelen kısmı tazminat, kalan kısmı da ceza olarak değerlendirilmeleri mümkün olabilir. Bu da her halükarda ikisinin karma bir durum olmadığı anlamına gelir⁵⁴.

E. Tazminat Olduğu Görüşü

Cezâî şartın tazminat niteliğinde olduğu fikri ilk olarak Domoulin tarafından ortaya atılmıştır. Eski Fransız mahkeme içtihatlarında cezai şart "muhtemel zararın takdiri mahiyeti" olarak değerlendirilmiş, yargıcın takdirine göre sonradan azaltılıp çoğaltılabileceği savunulmuştur⁵⁵.

Çağdaş İslâm hukukçularından Sıddık Darîr, Mustafa Zerkâ, Abdulmuhsin Rûveyşad, Muhammed Ali Teshîrî ve Üsâme Hamevî'ye göre de cezai şartın hukuki niteliği, borcun zamanında ödenmemesinden kaynaklanan zararın alacaklıya tazminat olarak ödenmesidir⁵⁶. Ancak İslâm hukukçularına göre tazminatın hak edilmesi için alacaklının fiilen zarar etmesi ve borçlunun ödeme imkanı olduğu halde ifadan kaçınması gerekir⁵⁷.

⁴⁸ Ekinci, *age*,s.46; Günay, *age*,s.36.

⁴⁹ Ekinci, *age*,s.46; Günay, *age*,s.36.

⁵⁰ TBK. md.179.

⁵¹ Yemenî, *age*,s.159.

⁵² Şubeyr ve Diğerleri, *age*,II, 856.

⁵³ Anzî, *age*,C.I, s.55; Ekinci, *age*,s.43; Günay, *age*,s.35; Gökçeoğlu, *age*,s.34.

⁵⁴ Ekinci, *age*,s.43-44; Günay, *age*,s.35,36; Gökçeoğlu, *age*,s.36.

⁵⁵ Anzî, *age*,C.I, s.153; Gökçeoğlu, *age*,s.35.

⁵⁶ Teshîrî, "eş-Şartu'l-Cezâî", s.179; Anzî, *age*,C.I, s.228.

⁵⁷ Zerkâ, Mustafa Ahmet (1985). "Hel Yuğbelu Şeran el-Hükümü ale'l-Medîni'l-Mumâtil bi't-Ta'vizi ale'd-Dâin", Mecelletü'l-Ebhâsi'l-İktisâdi'l-İslâmiyyi, C.2, S.2, s.109-112; Menî, *age*,s.426; Darîr (1993). "el-İttifâku alâ lîzâmî'l-Medîni'l-Müsiri bi Ta'vîdi Darari'l-Mumâtele", Mecelletü Ebhâsi'l-İktisâdi'l-İslâmi, C.5, S.1, s.69-77; Sava, Ali Muhammed Hüseyin, "eş-

Bazı hukukçular cezai şartın hukuki niteliğinin tazminat olduğu görüşünü eleştirmişlerdir. Bu görüşe yöneltilen eleştiriler şunlardır:

1) Cezâî şartın alacaklının muhtemel zararının önceden takdiri şeklindeki görüş cezâî şarta verilebilecek olan niteliklerin en zayıfıdır. Bu görüş uygulamada da cezâî şartın önemini zayıflatır. Çünkü cezai şartın alınması zarar edilmesine bağlamıştır. Ayrıca cezai şart miktarında hakime müdahale hakkı tanınmıştır⁵⁸.

2) Muhtemel zarar miktarının tespitiyle ilgili sorun ortadan kalkmamıştır. Zira, hakime önceden tespit edilen miktarı azaltma veya çoğaltma yetkisi verilmektedir⁵⁹.

Sonuç olarak, ceza unsurları taşımakla birlikte akitten kaynaklanan sorumlulukların ifa edilmesini sağlamak ve sözleşmede belirlenen şartların ifa edilmemesi nedeniyle oluşacak zararı karşılamak amacıyla konulması ve hakimin fahiş oranda yüksek olan miktarı, gerçekleşen zarara indirmesi veya alacaklının talebi üzerine zararı karşılamayan cezai şart miktarının artırılması gibi gerekçelerle cezai şartın İslâm hukukuna göre tazminat niteliğinde olduğu kanaatindeyiz. Cezai şartın hak edilmesi şartlarının, tazminat şartlarıyla aynı oluşunun, kanaatimizin en önemli gerekçelerinden olduğunu düşünmekteyiz. Ancak cezai şartın konulmasında imkanı olduğu halde ifayı geciktiren kişinin cezalandırılması fikrinin yattığını da ifade etmeliyiz.

II. İş/Hizmet Borçlarında Cezai Şartın Hükümü

Çağdaş İslâm hukukçuları para borçlarında⁶⁰ olduğu gibi diğer borçlarda da cezâî şartın hükmünü tartışmışlardır. Bu konuda üç görüş oluşmuştur. Bu görüşleri sırasıyla inceleyelim.

A. İş/Hizmet Borçlarında Cezai Şartın Kararlaştırılabileceğini Savunanlar ve Delilleri

Konusu iş olan sözleşmelerde sorumluluğun zamanında ifa edilmemesi durumunda belli bir miktar cezâî şart olarak kararlaştırılabilir. Çağdaş İslâm hukukçularının çoğunluğu bu görüştedir⁶¹. İslâm Fıkıh Akademisi XII. Dönem toplantısında⁶² ve Büyük Alimler Kurulu V. Dönem toplantısında⁶³ bu yönde karar almıştır. Ayrıca Mısır Fetva Dairesi, Hey'et'ü Muhasebe ve'l-Muracaa⁶⁴ da konusu para olmayan borçlarda cezâî şartın caiz olduğuna hükmetmiştir. Beytü't-Temvili'l-Kuveyti de cezâî şartın caiz olduğu fetvasını verdiği bazı kaynaklarda belirtilmektedir⁶⁵. Ancak kararda mutlak olarak cezâî şartın caiz olduğu kararlaştırılmaması sadece cezâî şartın zarardan fazla olmaması gerektiği, uzmanların yardımıyla hakimin adaleti sağlayacak bir oranı tespit etmesi gerektiği de ifade edilmiştir⁶⁶.

Konusu iş/hizmet veya mal olan borçlarda cezai şartın sahih olduğunu savunan İslâm hukukçularının delilleri şunlardır:

1) "Onlar ki emanetlerine ve verdikleri sözlerine riayet ederler ⁶⁷.", "Verdiğiniz sözü yerine getirin. Çünkü söz veren sözünden sorumludur ⁶⁸.", "Aranızda birbirinizin mallarını haksız yere yemeyin⁶⁹.", "Allah size, emanetleri ehline vermenizi ve insanlar arasında hükmettiğiniz zaman adaletle

Şartu'l-Cezâî fi'd-Duyûn Fikhiyye Mukârene", www.islamfeqh.com; Hanîn, Abdullah b. Muhammed b. Sa'd (1422). "ed-Def'u bi's-Şartil-Cezâî", Mecelletü Adl, C.12, s.204-211.

⁵⁸ Anzî, *age*, C.I, s.153; Günay, *age*,s.35.

⁵⁹ Günay, *age*,s.35.

⁶⁰ İslâm hukukuna göre para borçlarında cezai şart konusunda oluşan görüşler için bkz. Pekdemir, *Sözleşmelerde Cezai Şart*, s. 147,191.

⁶¹ Yemenî, *age*,s.218; Anzî, *age*, C.I, s.368.

⁶² Heyet, *MMFİ*,12/2/306

⁶³ Heyet, *HKU*, I, 214.

⁶⁴ Heyet, *el-Maâyîru's-Şerî*, s.35.

⁶⁵ Yemenî, *age*, s.218-219; Anzî, *age*,C.I, s.368,369; Şubeyr ve Diğerleri, *age*, C.II, s.859.

⁶⁶ Zuhaylî, Muhammed (2009). *Mevsûa Kadâyâ İslâmiyye Muâsıra*, Şam: Dâru'l-Mektebî, C.V, s.200.

⁶⁷ Kur'an, Mü'minûn, 23/8.

⁶⁸ Kur'an, İsrâ, 17/34.

⁶⁹ Kur'an, Bakara, 2/188

*hükmetmenizi emrediyor*⁷⁰." ayetlerine göre, tarafların akitten doğan sorumluluklarını ifa etmesi ve şartlara riayet etmeleri gerekir. Şer'î bir özür olmadıkça bu sorumlulukların zamanında gereği gibi ifa edilmemesi zulümdür. Ayrıca bu adaletin sağlanması, zararın izalesi, sözleşmelere uyulması ve emanetin korunması gibi emirlerine açıkça muhalefet etmektir⁷¹.

2) "*Zengin borcunu ifa etmemesi zulümdür*⁷².", "*Ödeme imkanı olan borcunu ifa etmemesi haysiyetine söz söylenmesini ve cezalandırılmasını helal kılar*⁷³.", "*Müslümanlar şartları üzeredir. Helali haram veya haramı helal yapan şart müstesna*⁷⁴.", "*Zarar vermek ve zarara zararla mukabele etmek yoktur*⁷⁵." hadisleri cezai şartın meşruiyetine işaret etmektedir. Borcun ifa edilmemesi veya geç ifa edilmesi, alacaklının bazı fırsatları kaybetmesine ve muhtemel kârı kazanamamasına sebep olmaktadır. Dolayısıyla borçlu zarar etmez. Alacaklının zararı da ancak tazminatla giderilir. Zararın giderilmesi amacıyla tarafların kendi rızalarıyla karar verdikleri cezai şart ayet ve hadislerin amacıyla uyumludur. Bu durumda konusu iş/hizmet olan borçlarda zararın tazmini niteliğindeki cezai şart caiz olmalıdır.⁷⁶

3) Haram olduğunu belirten nass olmadıkça şartlarda asıl olan ibahadır. Konusu iş/hizmet ve mal olan borçlarda cezai şartın haram olduğu Kur'ân ve sünnette açık olarak belirtilmemiştir. Bilakis ayetlerde Müslümanların sözleşmeleri ifa etmeleri hadislerde ise helali haram veya haramı helal yapmayan şartlara uymaları emredilmiştir⁷⁷.

4) İslâm hukukuna göre *maslahat prensibi* gereği konusu iş/hizmet olan borçlarda cezai şart uygulamasına izin verilmelidir. Çünkü cezai şartın borcun zamanında ifa edilmesini ve sözleşmelerin ciddiye alınmasını sağlama gibi birçok faydası vardır. Bu faydalar cezai şartın sahliliğini gerektirir⁷⁸. Konusu para olmayan borçlarda cezai şart bu yönüyle sözleşmelerde rehnin veya kefilin şart koşulmasına benzemektedir⁷⁹.

5) İslâm hukukunda cezâî şart, caiz olduğuna işaret eden açık nas olmaması, naslarla haram olduğunun belirtilmemesi ve İslâm hukukunun külli kaidelerine aykırı olmaması nedeniyle *siyaset-i şeriyye*⁸⁰ gereği sözleşmelerde geçerlidir⁸¹. Bu nedenle hakim, adaleti sağlamak ve zararı ortadan kaldırmak için konusu para olmayan borçlarda borcun hiç ödenmemesi veya geç ödenmesi sebebiyle oluşan zararın tazminine veya tarafların kendi rızalarıyla anlaştıkları makul orandaki cezai şartın geçerliliğine hükmedebilir⁸².

6) "Hacet umumi olsun hususi olsun zaruret menzilesine tenzil olunur⁸³." kaidesi gereği sözleşmelerde cezâî şart kararlaştırılabilir. Çünkü İslâm hukukunda umumi *ihdiyaca* itibar edilir. Bu nedenle gerçekte haram olsa da kıyasa aykırı olarak insanların ihtiyaçlarını karşılamak ve zararı izale etmek için kira, istisna ve selem sözleşmelerine izin verilmiştir. Aynı şekilde yapısında birçok belirsizlikleri içermesine rağmen hamama giriş ücretinin alınmasına da

⁷⁰ Kur'ân, Nisa, 4/58.

⁷¹ Zerkâ, *a.g.m.*, s.105; Hammâd Nezih, *a.g.m.*, s.108; Menî, *age.s.* 411; İrşid, Mahmûd Abdülkerim Ahmed (2001). *eş-Şâmil fi Muâmelât ve Ameliyyâtü'l-Masârifü'l-İslâmiyye*, Amman: Dârü'n-Nefâis, s. 387; Arabiyyât, Vail (2006). *el-Mesârifü'l-İslâmiyye ve'l-Müessesatü'l-İktisâdiyye*, Beyrut: Darü's-Sekafe, s. 229.

⁷² Buhârî, Havalât, 1,2-İstikraz,12; İbn Mâce, Sadakat, 18.

⁷³ Buhârî, stikraz, 13; Ebû Dâvud, Kaza, 29; İbn Mâce, Sadakat,18; Nesâî, Buyu, 100.

⁷⁴ Buhârî, İcare,14; Ebû Davûd, Kaza, 12.

⁷⁵ İbn Mâce, Ahkam, 17; Malik, el-Muvatta, Akdiye, 31.

⁷⁶ Zerkâ, *a.g.m.*, s.106,107; Yemenî, *age.s.*219; Hatîb, Abdulaziz Ömer (2000). *el-Kiyemü'l-Mâlîyye beyne't-Ta'biid ve't-Ta'viz fi's-Şer'ati'l-İslâmiyye*, Amman: Dâru Ammar, s.321.

⁷⁷ Yemenî, *age.s.*218; Anzî, *age.I.*, 371; Şefik Acem, Nâcî (2000). "*eş-Şartu'l-Cezâî fi'l-Fikhi'l-İslâmî*", Mecelletü Mecma'i'l-Fikhi'l-İslâmî, C.12, S.2, s.208,209.

⁷⁸ Yemenî, *age.s.*219; Anzî, *age.C.I.*, s.374; Muhammed Zuhaylî, *Kadâyâ İslâmiyye Muâsıra*, C.V, s.204; Muhammed Necdât, Muhammed (2007). *Damânu'l-Akd fi'l-Fikhi'l-İslâm*, Dimeşk: Darul Mektebî, s.508; Arabiyyât, *age.s.* 230.

⁷⁹ Anzî, *age.I.*, 374; Muhammed Necdât, *age.s.*508; Âyid, Abdurrahman b. Ayid b. Hâlid (2004). *Akdü'l-Mukâvele*, Riyad: Câmiatu İmam Muhammed b. Suûd el-İslâmiyye, s.239.

⁸⁰ Siyaset-i şeriyye, insanlığın iyiliği, nizam ve intizamı için şer'î şerifin kabul ve İltizâm ettiği bir kısım yüce hükümlerdir. Erdoğan, Mehmet (2005). *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul: Ensar Neşriyat, s.510.

⁸¹ Yemenî, *age.s.*221; Anzî, *age.C.I.*, s.381.

⁸² Anzî, *age.C.I.*, s.381; Muhammed Necdât, *age.s.*508.

⁸³ Heyet, *Mecelle*, md.32.

izin verilmiştir. Hukuki işlemlerde insanların ihtiyaçları sebebiyle sözleşmelerde etkili olmayan(gayru müessir) bilinmezlikler olmasına rağmen sözleşme iptal edilmemiştir. Günümüzde gerek gerçek kişiler gerekse tüzel kişiler arasında birçok sözleşmede cezai şart uygulanmaktadır. İnsanların ihtiyaçları sebebiyle konusu iş/hizmet olan borç ilişkilerinde cezâî şarta izin verilmelidir⁸⁴.

7) Cezai şart satış sözleşmesinde kararlaştırılan *kaparoya* benzemektedir. Çünkü her ikisi de sözleşmeyi ihlal edenin malî olarak cezalandırılmasıdır. Kaporoda sözleşmeden vazgeçilmesi sebebiyle verilen ücret satıcıda kalır. Cezai şartta ise, sözleşmeden doğan sorumlulukların hiç ifa edilmemesi veya geç ifa edilmesi sebebiyle alacaklıya belli bir miktar ödenir⁸⁵.

8) İbn Sîrîn'den nakledilen rivayette "Bir adam (develerini) kendisine kiralayan kişiye develerini yükle, eğer falan gün seninle yola çıkmazsam sana yüz dirhem dedi, yola da çıkmadı."⁸⁶ Bunun üzerine Kadı Şureyh, tehdit edilmeksizin kişinin kendi aleyhine koyduğu şartlara uyması gerektiğini ifade etmiştir. Kadı Şureyh bu görüşüyle sözleşmenin ihlalden kaynaklanan zararın tazmini niteliğindeki cezai şarta cevaz vermektedir⁸⁷. Çağdaş İslâm hukukçularından Zerkâ ve Hatib, Kadı Şureyh'in bu kararıyla beklemekten kaynaklanan zararın tazmin edilebileceğini ifade etmektedir⁸⁸.

9) Nâfi b. Abdilharis'ten nakledilen rivayet borcun zamanında ifa edilmemesinden kaynaklanan zararın karşılanması gerektiğine ve cezai şartın meşru olduğuna delalet etmektedir. Sahabe uygulaması şu şekilde rivayet edilmiştir: "Nâfi, Mekke'de Halife Ömer için, hapis hane yapılmak üzere Safvan b. Ümeyye'den 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"⁸⁹.

10) İslâm hukukuna göre şerî naslara muhalefet etmeyen *örf* delil olarak kabul edilir⁹⁰. Cezai şart günümüzde özellikle sözleşmelerde örf haline gelmiştir. Buna göre konusu iş olan sözleşmelerde cezai şart hukuken geçerli bir örfür. Çünkü Kur'ân ve sünnette belirtilen naslara muhalif değildir⁹¹.

11) İslâm hukukunun makasıdı adil ile zalim, isyankar ile itaatkar, emin ile hain arasında eşitliğin olmaması ve adaletin sağlanmasıdır. Ödeme imkanı olduğu halde ifayı geciktiren kişinin tazminatla sorumlu tutulmaması *makasıdı şeria* ile çelişir. Çünkü ödeme imkanı olduğu halde borcunu zamanında ifa etmeyen kişinin cezalandırılmaması borcunu zamanında ifa eden kişiyle eşit tutulması demektir. Bu durum ise, bütün borçluların ifanın geciktirilmesine teşvik eder⁹².

12) Ödeme imkanı olduğu halde borcu ifa etmeyen kişi başkasının malını *gasbeden kişi* gibidir. Çünkü borçlu ifayı geciktirerek alacaklının malından faydalanmasına engel olmuştur. Borç zamanında ifa edilseydi alacaklı meşru yollarla malın çoğalmasını sağlayabilirdi. Şâfiî ve Hanbelî hukukçulara göre malı gasbeden kişi ondan sağlanan menfaati tazmin etmekle mükelleftir⁹³.

⁸⁴ Yemenî, *age*,s.222; Anzî, *age*, C.I, s.379.

⁸⁵ Anzî, *age*,C.I, s.376; Şefik Acem, "eş-Şartu'l-Cezâî",s.207.

⁸⁶ Buhârî, Şurut, 18.

⁸⁷ Zerkâ, Mustafa Ahmed (1998). *el-Fikhü'l-İslâmî fî Seobihi'l-Cedid el-Medhalü'l-Fikhiyyi'l-Âm*, Dimeşk: Daru'l-Kalem, I,566-II,765; Darîr, "eş-Şartu'l-Cez'âî", s.57; Anzî, *age*,C.I, s.378.

⁸⁸ Zerkâ, *age*,I,566; Hatib, *age*,s.326.

⁸⁹ Buhârî, Husûmât, 8; İbn Kudâme, *age*,C.VI, s.331.

⁹⁰ Hallâf, Abdülvehhab (2002). *İlmu Usûli'l-Fikh*, İskenderiyye: Mektebetü'd-Da'veti'l-İslâmiyye, s.89; Kuvte, Adil b. Abdulkadir b. Muhammed (2008). *Eseru'l-Urf ve Tatbikatuhu'l-Muâsıra fî'l-Fikhi'l-Muâmelâti'l-Mâliyye*, Cidde: el-Benku'l-İslâmî li't-Tenmiye, s.21.

⁹¹ Anzî, *age*,I, 381; Muhammed Zuhaylî, *age*,C.V, s.204.

⁹² Muhammed Necdât, *age*,s.509

⁹³ Şefik Acem, "eş-Şartu'l-Cezâî", s.207; Muhammed Necdât, *age*,s.510.

13) Hz. Peygamberin ve sahabenin uygulamalarını delil gösteren birçok İslâm hukukçusu *mali ta'zirle* cezalandırılabilceğini ifade etmiştir. Buna göre akdi sorumluluklarını ifa etmeyen kişi mali tazir niteliğinde cezai şartla cezalandırılabilir⁹⁴.

B. Hiç İfa Edilmeyen İş/Hizmet Borçlarında Cezai Şartın Kararlaştırılabileceğini Savunanlar ve Delilleri

Borç hiç ifa edilmediğinde cezai şart kararlaştırılabilir. Ancak borcun geç ifa edilmesi halinde cezai şart kararlaştırılmaz. Çağdaş İslâm hukukçularında Refik Yunus el-Misri, Şefik Acem, Abdulkerim Ahmed İrşid ve Hasan el- Cevahiri bu görüştedir⁹⁵.

Bu görüşü savunan İslâm hukukçularının delilleri şunlardır:

1) Cezai şart kaparoda olduğu gibi sözleşme ifa edilmediği zaman hak edilir. Hem kaparo hem de cezai şart sözleşmeyi ifa etmeyen aleyhine zararın önceden takdir edilmesidir⁹⁶.

2) Borcun ifasının gecikmesi nedeniyle cezai şart uygulaması cahiliye dönemi nesie ribasına benzemektedir. Bilindiği gibi İslâm'da yasaklanan cahiliye dönemi faiz çeşitlerinden biri de "Öde ya da artır." şeklinde uygulanan faizdir. Bu durumda borcun gecikmesi nedeniyle talep edilen cezai şart faiz hükmündedir⁹⁷.

C. İş/Hizmet Borçlarında Cezai Şartın Kararlaştırılmayacağını Savunanlar ve Delilleri

Para borçlarında olduğu gibi konusu iş/hizmet veya mal olan borçlarda da cezâî şart caiz değildir⁹⁸. Abdullah b. Zeyd Âl Mahmud, Abdurrezzak es-Senhuri, Ali el-Hafif, Fethi Dirini, Şefik Şehhate, Muhammed Hafız Sabri bu görüşü savunan muasır İslâm hukukçularından bazılarıdır.

Bu görüşteki İslâm hukukçularının delilleri şunlardır:

1) Cezâî şart, borcun zamanında ifa edilmemesinden kaynaklanan muhtemel zararı götürü olarak tazmin etmek üzere tarafların önceden anlaşmalarıdır. İslâm hukukuna göre, vukuundan önce zararın belli bir oranda tazmininde anlaşmak caiz değildir. Çünkü cehalet, ğarar, kumar ve insanların mallarını haksız yere elde etme gibi sakıncaları taşır⁹⁹.

2) Önceden cezai şart olarak belirlenen miktar çoğu zaman gerçekleşen zararları örtüşmediğinde sonradan hakim tarafından düzeltilebilse de taraflar arasında nizaya sebep olmaktadır. Bu özelliği ile cezai şart İslâm hukukuna ve amaçlarına uymamaktadır¹⁰⁰.

3) Zararla oluşan tazminat miktarı her durumda mahkeme tarafından belirlenir. Buna göre söz konusu oranın önceden cezâî şart olarak kararlaştırılması caiz değildir¹⁰¹.

4) Cezâî şart, sözleşmede kararlaştırılan sorumlulukların ihlal edilmesiyle oluşan edebi ve manevi zarar ile bazı fırsatların kaçırılması ve muhtemel kârın kazanılamaması nedeniyle hak edilir. Ancak İslâm hukukuna göre bu sebeplerle mali tazminat istenemez. Bu durumda kazanılması batıl olan bir şeyi şart olarak kararlaştırmak da batıldır¹⁰².

5) Cezâî şart, bazen taraflar arasında kavgaya, batıl yolla mal kazanmaya, insanların aldanmasına ve kumara neden olmaktadır. Cezai şart insanların mallarını haksız yere yemek

⁹⁴ Şefik Acem, "eş-Şartu'l-Cezâî", s.2208.

⁹⁵ Yemenî, *age*,s.223; Anzî, *age*,I, 370; Şefik Acem, "eş-Şartu'l-Cezâî", s.207.

⁹⁶ Anzî, *age*,C.I, s.383; Şefik Acem, "eş-Şartu'l-Cezâî", s.213; İrşid, *age*, s. 385.

⁹⁷ Anzî, *age*,C.I, s.384; Şefik Acem, "eş-Şartu'l-Cezâî", s.206; İrşid, *age*,s. 385.

⁹⁸ Yemenî, *age*,s.224; Anzî, *age*,C.I, s.370; Muhammed Zuhaylî, *age*,C.V, s.203.

⁹⁹ Yemenî, *age*,s.224; Anzî, *age*,C.I, s.385.

¹⁰⁰ Yemenî, *age*,s.225; Anzî, *age*,C.I, s.386.

¹⁰¹ Yemenî, *age*, s.226; Anzî, *age*,C.I, s.386.

¹⁰² Yemenî, *age*,s.227; Anzî, *age*,C.I, s.387

olmasa bile ğarar ve kumara teşvik etmektedir. Bu durumda insanları harama teşvik eden cezâî şart sedd-i zerai gereğince yasak olmalıdır¹⁰³.

6) İslâm hukukunda, zarar gerçekleşikten sonra borçlu ve alacaklının ekonomik durumları gözetilerek adalet sağlanmış, zarar ile tazminat arasındaki denge kurulmuş ve zarar görenin hakları garanti altına alınmıştır. Ancak cezai şartta, karşı taraf düşünülmezsizin şart koşanın faydası gözetilmiştir. Bu durum hadiste belirtilen zarara zararla karşılık verilmez ilkesiyle çatışmakta, adaletsizliğe sebep olmaktadır¹⁰⁴.

Değerlendirme ve Sonuç

İş/Hizmet borçlarında cezai şart konusundaki değerlendirmelerimizi şu şekilde sıralamak mümkündür:

1) Konusu iş/hizmet veya mal olan borçlarda tarafların karşılıklı rızalarıyla yükümlülüğünü zamanında ifa etmeyen belli bir miktarda cezai şart ödemesinin faiz olacağı düşüncesine katılmıyoruz. Çünkü bu şekilde kararlaştırılan cezai şart Kur'ân ve sünnette yasaklanan faiz kapsamında değildir. 'Eğer tövbe ederseniz, sermayeleriniz sizindir. Haksızlık etmezsiniz, haksızlığa da uğramazsınız¹⁰⁵.' Buyruğundan Kur'ân'da yasaklanan faizin gerek para borçlarında gerekse para olmayan borçlarda aynı cinsten ek olarak alınan fazlalık olduğu anlaşılmaktadır. Buradan para borçlarında kararlaştırılan cezai şart faiz olmakla birlikte konusu para olmayan borçlarda gerek ceza gerekse tazminat niteliğinde borçludan alınması kararlaştırılan fazlalığın faiz olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Çünkü borç mal cinsinden cezai şart olarak kararlaştırılan miktar ise para cinsindedir.

Bu durumu sözleşmelerde borcun para ve mal olması bakımından somut bir şekilde görebiliriz. Örneğin istisna akdinde siparişi zamanında teslim etmeyen üretici aleyhine cezai şart koşulabilir. Ancak malın ücretini zamanında ödemeyen müşterinin geciken her gün için önceden belli bir miktar parayı ödemesi cezai şart olarak kararlaştırılamaz.

Aynı şekilde iş sözleşmelerinde işi zamanında teslim etmeyen müteahhidin mal sahibine belli bir miktar cezai şart ödemesi kararlaştırılabilir. Ancak iş mücbir sebep, alacaklının kusuru ve üçüncü şahsın kusuru gibi illiyet bağını kesen sebeplerle zamanında teslim edilememiş olmamalıdır. Başka bir ifadeyle illiyet bağını kesen sebepler cezai şartın hak edilmesine manidir.

İslâm hukukuna göre sözleşmeye taraf olanların haricindeki sebeplerle sözleşmenin ifası imkansız hale gelirse veya anlaşıldığı gibi sözleşmeye devam edilmesi zorlaşırsa akid ya fesh edilmeli ya da yeniden adaletli şekilde düzenlenmelidir. Örneğin yer sahibi ile bir inşaat şirketi daha önceden tespit edilen sürede bitirmek üzere bina yapma konusunda gecikilen her ay için sözleşme değerinin yüzde biri oranında cezai şartla anlaştıklarını düşünelim. İnşaat devam ederken savaş gibi müteahhitten kaynaklanmayan bazı harici sebeplerle ham madde fiyatları çok yükseldiğinde mevcut şartlarda anlaşmayı devam ettirmek zor veya imkansız hale gelmişse, hatta yüklenici firmanın zarar etmesi söz konusuysa sözleşme yeniden düzenlenir veya fesh edilir¹⁰⁶. Çünkü '*Allah kimseye gücünün üstünde bir şey teklif etmez¹⁰⁷*', '*Allah sizin için kolaylık ister, güçlük istemez¹⁰⁸*', '*Allah size dinde bir güçlük yükledi¹⁰⁹*.' ayetleri insanların yapamayacakları şeylerle sorumlu tutulamayacağına işaret etmektedir.

Nitekim İslâm fıkıh Akademisi farklı dönemlerdeki toplantılarında insan iradesi dışındaki sebeplerle akdin ifa edilememesi durumuyla ilgili bazı kararlar almıştır. Örneğin

¹⁰³ Yemenî, *age*,s.228; Anzî, *age*,C.I, s.389.

¹⁰⁴ Yemenî, *age*,s.228; Anzî, *age*,C.I, s.390.

¹⁰⁵ Kur'ân, Bakara: 2/278,279.

¹⁰⁶ Karadağî, *Buhûs fi'l-fikhi'l-Muameleti'l-Mâliyye*, s.155; Yemenî, *age*,s.244; Bardakoğlu, Ali (1990). '*Hizmet (İş) Akdinin Feshi ve Sonuçları*', Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi - İşveren Münasebetleri, s.77.

¹⁰⁷ Kur'ân, Bakara, 2/286

¹⁰⁸ Kur'ân, Bakara, 2/185

¹⁰⁹ Kur'ân, Hacc, 22/78

beşinci dönem toplantısında şöyle bir karar alınmıştır: 'İnşaat, hizmet ve ithalat gibi süreli sözleşmelerde fiyatların aşırı yükselmesi, bedensel zararların ortaya çıkması gibi akdin kuruluşu esnasında olmayan veya gelecekte de beklenmeyen, tarafların kusuru veya ihmalinin olmadığı genel sebeplerle akdi sorumluluklar ifa edilemiyorsa ve bu durum taraflar arasında nizaya sebep olmuşsa hakim zararı sözleşmeyi yapanlar arasında paylaştırarak sözleşmeyi yeniden düzenleyebilir veya daha adaletli olarak değerlendirirse sözleşmeyi feshedebilir. Ayrıca işveren akdin feshinden kaynaklanan zararının tazmin edilmesine karar verir. Ancak borcunu ifa edemeyen yükleniciye de zulmetmez. Böylece taraflar arasında adaleti sağlar. Hakim bu kararları güvenilir bilir kişilerin görüşlerini gözeterek alır¹¹⁰.' 12. Dönem toplantısında ise insan iradesi dışındaki bir sebeple akdin ihlal edildiği ispatlanırsa cezâî şartın uygulanamayacağı kararlaştırılmıştır¹¹¹.

2) Cezai şartta borçlunun durumuna itibar edilmeden sadece alacaklının lehine cezai şartın kararlaştırıldığı düşüncesiyle konusu iş/hizmet olan borçlarda cezai şartın haramlığını iddia etmek haksızlıklarda mahkemelerin rolünü görmezlikten gelmektir.

Sözleşmede cezai şart miktarı götürü olarak belirlenmektedir. Bazen sözleşmeyi yapanlar cezai şart miktarını yanlış belirlemekte bazen de borçlu şartların değişebileceğini dikkate almadan borcunu ödeyeceğine aşırı şekilde inandığından fahiş olarak belirlenen tutarı önemsememektedir.

Gerçekleşen zararın takdir edilen miktardan fazla olduğu anlaşıldığında cezai şart ödemekle sorumlu tutulan taraf, miktarın aşırı olduğu gerekçesiyle mahkemeye dava açabilir. Bu durumda borçlu, cezai şart miktarının aşırı olduğunu ispat etmelidir. Hakim adaleti sağlamak, haksızlığı gidermek için konunun uzmanlarından yardım alarak cezai şart miktarını uygun seviyeye indirir.

3) Konusu iş/hizmet veya mal olan borçlarda cezai şart miktarının tümünü haksız kazanç ve batıl yolla kazanılan mal olarak nitelendirmek yanlıştır. Çünkü alacaklının zararına denk olarak kararlaştırılan cezai şart borçlunun malının haksız bir şekilde yenilmesi olarak değil alacaklının zararının karşılanması olarak değerlendirilmelidir. Aksi halde alacaklıya zulmedilmiş, zarar etmesine sebep olunmuş demektir. Bu ise İslâm'ın adaletin sağlanması ve zararın karşılanması ilkelerine aykırı bir durumdur.

İş/hizmet veya mal borçlarında sözleşme anında belirlenen cezai şart miktarı ğarar ve bilinmezliği giderici bir tedbir olarak görünmektedir. Çünkü sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kasten yerine getirmeyen borçlunun cezai şart olarak ne kadar ödeyeceği tarafların rızasıyla sözleşme anında tespit edilmektedir. Bu yönüyle cezai şart sahipliği bozacak belirsizlikler içermemektedir. Hatta imkanı olduğu halde sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğu ifa etmeme borçlunun iradesine bağlı olduğundan kumar endişesi de taşımamaktadır.

4) İslam hukukuna göre gerek ceza hukukunda gerekse borçlar hukukunda tazminatların bir kısmı mahkeme tarafından belirlense de Kur'ân veya sünnette sözleşmeden kaynaklanan her zararın mutlaka mahkeme tarafından belirlenmesini gerektiren bir hükme rastlamadık. Mahkemelerin yükünün çok fazla olduğu ve davaların çok uzun sürdüğü günümüzde söz konusu yükü hafifletmek ve adaletin daha kısa sürede gerçekleşmesini sağlamak için tarafların iş/ hizmet veya mal borçlarında cezai şart yoluyla anlaşmalarına izin vermek kamu yararına olacaktır.

"Müslümanlar şartları üzeredir. Helali haram veya haramı helal yapan şart müstesna¹¹²." hadisi, haramlığına delalet eden nas olmadıkça şartları ifa etmek gerektiğine ve şartlarda asıl olanın mübahlık olduğuna delalet etmektedir. Nitekim Buhari'de ibn 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

¹¹⁰ Yemenî, age, s.246,247.

¹¹¹ Yemenî, age,s.252.

¹¹² Buhârî, İcare, 14; Ebû Davûd, Kaza, 12.

*bir şart koşarsa o şart kendisini bağlar*¹¹³.” rivayetinden de İslam hukukunun temel kaynaklarına aykırı olmayan tarafların kendi iradeleriyle kararlaştırdıkları şartların sahih olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda mal borçlarında ödeme imkanı olmasına rağmen ifadan imtina eden kişinin alacaklıya belli bir miktar cezai şart ödemesi illiyet bağının kesilmemesi durumunda sahih olmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKKAYAN YILDIRIM, Ayça (2003). “Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, İÜHFİM, C.61, S.1-2, ss. 357-414.
- ANZİ, Ayyad b. Assaf b. Mukbil (2009). *eş-Şurütü't-Ta'viziyye fi'l-Muâmelâti'l-Mâliyye*, Riyad: Künûzu İşbiliyâ.
- ARABİYYÂT, Vail (2006). *el-Mesârifü'l-İslâmiyye ve'l-Müessesatü'l-İktisâdiyye*, Beyrut: Darü's-Sekafe.
- ARICI, Kadir (1997). “Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.3, ss.1-17.
- ÂYİD, Abdurrahman b. Ayid b. Hâlid (2004). *Akdü'l-Mukâvele*, Riyad: Câmîatu İmam Muhammed b. Suûd el-İslâmiyye.
- BARDAKOĞLU, Ali (1990). *Hizmet (İş) Akinin Feshi ve Sonuçları*, Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi - İşveren Münasebetleri.
- BİLGE, Necip (1957). “Cezâi Şart”, AÜHFY, Ankara: Güzel İstanbul Matbaası.
- BUHÛTÎ, Şeyh Mansur b. Yunus b. Selahiddin el-Hanbelî (1997). *Keşşâfü'l-Kimâ'*, Muhammed Emin Zinnavi (thk.), Beyrut: Âlemü'l-Kütüb.
- CA'FER, Abdulkadir (2006). *Nizâmü't-Te'mîni'l-İslâmî*, Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye.
- DARİR, Sıddık Muhammed el-Emîn (2000). “eş-Şartu'l-Cezâi”, Mecelletü Mecma'i'l-Fikhi'l-İslâmî, C.12, S.2, ss.47-87.
- ERDOĞAN, Mehmet (2005). *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul: Ensar Neşriyat.
- EKİNCİ, Hüseyin (2004). *Doktrin ve Uygulamada Cezâi Şart*, I. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- GÖKÇEOĞLU, Kamil Haluk (2007). *Cezâi Şart ve Güncel İçtihatlar*, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınevi.
- GÜNAY, Cevdet İlhan (2002). *Cezâi Şart* (BK m.158-161), Ankara: Turhan Kitabevi.
- HAMEVÎ, Üsâme (2012). *eş-Şartü'l-Cezâi ve Sultatü'l-Kâdi fi Ta'dilîhi Dirâse Mukârene fi'l-Fikhi'l-İslâmî ve'l-Kânûn*, I. Baskı, Dimeşk: Dârü'n-Nevâdir.
- HANİN, Abdullah b. Muhammed b. Sa'd (1422). “ed-Def'u bi's-Şartil-Cezâi”, Mecelletü Adl, C.12, ss.204-211.
- HATİB, Abdülaziz Ömer (2000). *el-Kiyemü'l-Mâliyye beyne't-Taabbüd ve't-Ta'viz fi's-Şeriatü'l-İslâmiyye*, Amman: Dârü Ammar.
- İBN ABDİSSELAM, Ebû Muhammed İzzeddin Abdülaziz b. Abdüsselam b. Ebu'l-Kâsım Süleymî, *el-Kavâidü'l-Kubrâ Kavâ'idü'l-Ahkâm fi İslâhi'l-En'âm*, Nezih Kemal Hammad, Osman b. Cum'a Damiriyye(thk.), Dimeşk: Dârü'l-Kalem.
- İBN KUDÂME, Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme (1999). *el-Muğni*, Abdullah b. Abdülmuhsin Türki, Abdülfettah Muhammed el-Hulv(thk), Riyad: Dârü Alemi'l-Kütüb.
- İRŞİD, Mahmûd Abdülkerim Ahmed (2001). *eş-Şâmil fi Muâmelat ve Ameliyyâtü'l-Masârifü'l-İslâmiyye*, Amman: Dârü'n-Nefâis.
- KARAFÎ, Ebu'l-Abbas Şehabeddin Ahmed b. İdris b. Abdürrahim, *el-Furûk Envâri'l-Burûk fi Envâi'l-Furûk*, Beyrut: Daru'l-Kütübü'l-İlmi.
- KÂSÂNÎ, Ebû Bekr Alaeddin Ebû Bekr b. Mes'ud b. Ahmed el-Hanefî (1986). *Bedâi'u's-Sanâi' fi Tertibi's-Şerâi'*, II. Baskı, Mekke.
- KAYAK, Sevgi (2006). “Roma Hukukunda Cezai Şart”, İÜHFİM, C.64, S.1, ss.237-258.
- KIYICI, Selahattin (2002). *İslâm Hukukunda Örf ve Adet*, Erzurum: Kültür ve Eğitim Vakfı Yayınevi.
- KOCAAĞA, Köksal (2003). *Türk Özel Hukukunda Cezâi Şart*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.
- _____, (2008). “İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.74, ss.149-157.
- KUVTE, Adil b. Abdulkadir b. Muhammed (2008). *Eserü'l-Urf ve Tatbikatuhu'l-Muâsıra fi'l-Fikhi'l-Muâmelâti'l-Mâliyye*, Cidde: el-Benku'l-İslâmî li't-Tenmiye.
- MENÎ, Süleyman b. Abdullah (1997). *Buhûs fi'l-İktisâdi'l-İslâmî*, el-Mektebetü'l-İslâmî.
- MİSRÎ, Refik Yunus (2009). *Buhûs fi'l-İktisâdi'l-İslâmî*, Dimeşk: Daru'l-Mektebi.
- MUHAMMED NECDÂT, Muhammed (2007) *Damânu'l-Akd fi'l-Fikhi'l-İslâm*, 1. Baskı, Dimeşk: Darul Mektebi.
- PEKDİMİR, Şevket (2013). *Sözleşmelerde Cezai Şart*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Samsun: OMU Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- SAVA, Ali Muhammed Hüseyin, “eş-Şartu'l-Cezâi fi'd-Duyûn Fikhiyye Mukârene”, www.islamfeqh.com.
- ŞEFİK ACEM, Nâci (2000). “eş-Şartu'l-Cezâi fi'l-Fikhi'l-İslâmî”, Mecelletü Mecma'i'l-Fikhi'l-İslâmî, C.12, S.2, ss.185-225.
- ŞİMÂM, el-Kâdi Mahmûd (2000). “eş-Şartu'l-Cezâi Dirâse Muammeğa Havle's-Şartu'l-Cezâi Fikhen ve Kanunen”, MMFİ, C.12, S.2, ss.227-242.
- ŞİRBİNÎ, Şemseddin Hatib Muhammed b. Ahmed Kahiri (1997). *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meâni Elfâzi'l-Minhâc*, I. Baskı, Beyrut: Daru'l-Mağrife.
- ŞUBEYR, Muhammed Osman ve Diğerleri (1998). *Buhûs Fikhiyye fi Kadâyâ İktisâdiyye Muâsıra*, Daru'n-Nefâis.
- TESHİRÎ, Muhammed Ali (2000). “eş-Şartu'l-Cezâi fi'l-Ukûd”, Mecelletü Mecma'i'l-Fikhi'l-İslâmî, C. 12, S.2, ss.169-184.
- UDEH, Abdulkadir, *et-Teşrü'l-Cinâiyyu'l-İslâmî Mukârenen bi'l-Kânûni'l-Vadi*, Beyrut: Daru'l-Kütübü'l-Arabi.
- YEMENÎ, Muhammed b. Abdülaziz b. Sa'd (2006). *eş-Şartü'l-Cezâi ve Eseruhu fi'l-Ukudü'l-Muasıra Dirase Fikhiyye Mukarene*, Riyad.
- ZERKÂ, Mustafa Ahmet (1985). “Hel Yugbelu Şeran el-Hükümü ale'l-Medîni'l-Mumâtil bi't-Ta'vizi ale'd-Dâin”, Mecelletü'l-Ebbâsi'l-İktisâdi'l-İslâmiyyi, C.2, S.2, ss.103,112.
- _____, (1998). *el-Fikhi'l-İslâmî fi Sebilihü'l-Cedid el-Medhalü'l-Fikhiyyi'l-Âm*, Dimeşk: Daru'l-Kalem.
- ZERKÂ, Muhammed Enes- Kurî, Muhammed Ali (1991). “et-Ta'vîz an Darari'l-Mumâtele fi'd-Deyn beyne'l-Fikh ve'l-İktisâd”, Mecelletü Câmîati'l-Meliki Abdilaziz el-İktisâdü'l-İslâmî, C.3, S.1, ss.23-57.
- ZEYLÂİ, Ebû Muhammed Cemaleddin Abdullah b. Yusuf b. Muhammed, *Nasbü'r-Râye li-Ehâdisi'l-Hidâye*, Cidde: Sekâfetü'l-İslâmî.
- ZUHAYLÎ, Vehbe Mustafa, *Mevsûa Kadâyâ İslâmiyye Muâsıra*, Daru'l-Mektebi.

¹¹³ Buhârî, Şurut, 18.