

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu çalışma, Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalının İslâm Hukuku Bilim Dalında jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.


Prof. Dr. Mustafa BAKTİR
Danışman / Jüri


Prof. Dr. Beşir GÖZÜBENLİ
Jüri


Prof. Dr. Asri ÇUBUKÇU
Jüri

Yukarıdaki imzalar, adı geçen öğretim üyelerine aittir. 26.10.1999 2000

Prof. Dr. Bilge SEYİDOĞLU
Enstitü Müdürü



**TC. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ**

89939

T.C.
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI

Mustafa BİLMİŞ

İSLAM HUKUKUNA GÖRE
BORÇLUNUN SORUMLULUĞU

89939

Yüksek Lisans Tezi

Tez Yöneticisi
Prof. Dr. Mustafa BAKTİR

ERZURUM-1999

ABSTRACT
MASTER THESIS
THE RESPONSIBILITY OF DEBTOR
ACCORDING TO THE ISLAMIC LAW

Mustafa BİLMİŞ

Supervisor : Prof. Dr. Mustafa BAKTIR

1999-Page: 121

Jury: Prof. Dr. Mustafa BAKTIR

.....

.....

The subject of this thesis is "The Responsibility of Debtor According to the Islamic Law".

This thesis consists of an introduction and two chapters. In the introduction, we have researched the historical process of the relation between debt and responsibility and have examined the responsibility of debtor according to the laws of Hammurabi, Roma, the age of ignorance, that is C hiliyy h's age and Turk.

In the first chapter, we have studied the concepts of "debt", "debtor" and "responsibility", We have fixed two meanings of "responsibility".

In the second chapter, we have tried to research the responsibility of debtor according to the Islamic law.

As a result, in the Islamic law we have seen that the responsibility of debtor is dependent on his property and that it is necessary to take the suitable measures respecting the delay in paying the debt.

ÖZET

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İSLÂM HUKUKUNA GÖRE BORÇLUNUN SORUMLULUĞU

Mustafa BİLMİŞ

Danışman : Prof. Dr. Mustafa BAKTİR

1999-Sayfa: 121

Jüri: Prof. Dr. Mustafa BAKTİR

.....

.....

Bu tezin konusu “İslam Hukukuna Göre Borçlunun Sorumluluğu”dur.

Tez giriş ve iki bölümden oluşmaktadır. Girişte, borç ve sorumluluk arasındaki münasebetin tarihî sürecini ve Hammurabi Kanunu, Roma Hukuku, Cahiliyye Devrinde ve Türk Hukuku’na göre borçlunun sorumluluğunu inceledik.

Birinci bölümde “borç”, “borçlu” ve “sorumluluk” kavramlarını ele aldık. “Sorumluluk kavramının” iki anlamını tesbit ettik.

İkinci bölümde İslam Hukukuna göre borçlunun sorumluluğunu araştırmaya çalıştık.

Sonuç olarak İslam hukukunda, borçlunun sorumluluğunun malvarlığı ile olduğunu ve ödeme zamanına göre uygun tedbirlerin alınması gerektiğini müşahede ettik.

ÖNSÖZ

İnsanlar arasında farkında olarak veya olmayarak meydana gelen hukukî münasebetlerin en büyük bölümünü borç münasebetleri teşkil eder. Çoğu zaman borç para veririz. Peşin veya vadeli olarak bir takım şeyler satın alırız. Bu borç münasebetleri insanlık tarihi kadar eskidir. Borçlar normal hallerde borçlunun iradesi ile ifa edilir. Ancak toplumlarda borçluların borçlarını savsakladığı, ifa etmediği veya eksik ifa ettiği zamanlarda hep var olagelmıştır.

Böylesi durumlarda alacaklının hakkını korumaya yönelik tedbirler de her zaman düşünülmüştür. İlk devirlerde sorumluluk, öldürme, kölelik, özel ve resmi hapis gibi şahsa yöneliktir. Müteakip dönemlerde, tabii hukuk, insan hakları, medeniyet ve kültürel alanlardaki müsbet gelişmelerin bir yansıması olarak malvarlığı ile sorumluluk anlayışına gelindi. Artık bugün modern hukukta sorumluluk malvarlığına yönelik hükümler ihtiva eder.

Başka bir açıdan, günümüzde borç münasebetleri daha çok gelişmiş, ticarî hayat karşılıklı borçlanmalar ile sürmektedir. Ayrıca borçlanmalarda çok yüksek meblağlar söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla, borçlunun sorumluluğu kavramı düne göre daha ayrı bir önem arz etmektedir. Bu şartlarda, insanın onur ve şahsiyetini rencide etmeksizin, borçlunun borcunu ifasında hukuk dışı yollara ihtiyaç bırakmadan alacaklının hakkını garantileyerek toplum hayatını düzenlemek, hukuk kurallarının görevidir.

Bu bakış açısıyla, İslam hukukuna göre borçlunun sorumluluğu konusunda müstakil bir çalışma yoktur. İslam hukuku kaynaklarında bu konu bir bütün olarak incelenmemiştir. Çeşitli bölümlerde bulunan bilgileri bir araya getirip, Mer'î Türk hukuku ile de mukayese yapmak üzere bu konunun araştırılmasını uygun bulduk.

Konuyu araştırırken özellikle Kur'an ve Sünnet'e müracaat ettik. İmkan ölçüsünde İslam hukukunun ana kaynaklarına inerek bütün mezheplerin görüşlerini vermeye gayret ettik. Diğer taraftan İHFD ve AHFD'ni tarayarak ilgili makaleleri tesbite çalıştık. Üniversitemizin kütüphanesinde bulunan Borçlar Hukuku, Roma Hukuku ve İcra-İflas Hukuku kaynaklarını inceleyerek mukayeseler yaptık.

Bu çalışmamız giriş ve iki bölümden oluşmaktadır. Girişte borç-sorumluluk ilişkisini genel olarak işledikten sonra mukayese imkanı olsun diye hukuk tarihindeki uygulama ve günümüzdeki uygulamayı izah ettik.

Birinci bölümde borç, borçlu ve sorumluluk kavramlarını inceledik. Özellikle sorumluluk kavramının iki anlamı üzerinde durduk.

İkinci bölümde ise İslam hukukuna göre borçlunun sorumluluğunun malvarlığı ile mi, yoksa şahıs ile mi olduğunu tesbit etmeye çalıştık. Şahıs ile sorumluluk konusunu işlerken, yaygın uygulama olduğu için borç sebebiyle hapis uygulamasını detaylı inceledik. Malvarlığı ile sorumluluğu işlerken de hacir kavramı üzerinde durduk. Türk hukukunda bulunan haciz ve iflas kavramları ile hacir kavramı kapsam bakımından farklı olduğu için hacir başlığı altında konuyu inceledik.

Bu çalışmamız sırasında görüşlerine müracaat ettiğimde bana yardımcı olan hocalarım Prof. Dr. Hamza AKTAN Bey'e, Prof. Dr. Davut YAYLALI Bey'e, tez konusunun seçiminde yardımcı olan, müracaat edince rehberlik yapan Prof. Dr. Beşir GÖZÜBENLİ Bey'e ve çalışmanın olgunlaşmasında görüş ve uyarıları ile bana yol gösteren danışman hocam Prof. Dr. Mustafa BAKTİR Bey'e teşekkürü bir borç bilirim.

KISALTMALAR

AHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AİFD	:	Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
b.	:	Bin, İbn
bk.	:	Bakınız
byy	:	Basım yeri yoktur
DİA	:	Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi
h.	:	Hicri
Hz.	:	Hazreti
İİK	:	İcra-İflas Kanunu
İSAM	:	İslam Araştırmaları Merkezi
İHFD	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
md.	:	Madde
Ö.	:	Ölüm tarihi
SAV	:	Salellahu Aleyhi Ve Sellem
s.	:	Sayfa
TBK	:	Türk Borçlar Kanunu
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
trc.	:	Tercüme eden
ts.	:	Tarihsiz
vb.	:	Ve benzeri
vd.	:	Ve devamı

İÇİNDEKİLER

ABSTRACT	I
ÖZET	II
ÖNSÖZ.....	III
KISALTMALAR.....	V

GİRİŞ SORUMLULUK VE TARİHİ GELİŞİMİ

A) GENEL OLARAK SORUMLULUK	1
B) HAMMURABİ KANUNLARINDA BORÇLUNUN SORUMLULUĞU	3
C)ROMA HUKUKUNDA BORÇLUNUN SORUMLULUĞU	5
D) CAHİLİYYE DEVRİNDE BORÇLUNUN SORUMLULUĞU.....	10
E) POZİTİF TÜRK HUKUKUNDA BORÇLUNUN SORUMLULUĞU	12

BİRİNCİ BÖLÜM GENEL OLARAK BORÇ-BORÇLU VE SORUMLULUK

I) BORÇ KAVRAMI	15
A) BORCUN TARİFİ	15
B) BORCUN UNSURLARI.....	16
C) BORCUN KONUSU: EDİM.....	17
1-Müsbet ve Menfi Edim.....	17
2-Ayn, Deyn ve İş Edimi	19
a) Ayn Edimi	19
b)Deyn Edimi	20
c)İş Edimi.....	21
D)BORCUN KAYNAKLARI.....	22
1- Kaynak Kavramı	22
2-Batı Hukukunda Borç Kaynakları.....	22
3-İslam Hukukunda Borç Kaynakları.....	24
E)BORCUN İFASI VE İFA ETMEME.....	26
II-BORÇLU KAVRAMI.....	28
A)BORÇLUNUN TANIMI.....	28
B)BORÇLUNUN SORUMLULUĞU	28
C)BORÇLUNUN MALİ DURUMU	28
III-SORUMLULUK KAVRAMI	29
A)SORUMLULUĞUN TANIMI	29
B) SORUMLULUĞUN HUKUKÎ DAYANAĞI.....	32
1- Kur'an-ı Kerim.....	32
2-Hadisler	35
C) SORUMLULUĞUN ÖNEMİ VE GAYESİ.....	40
D) BORÇ-SORUMLULUK İLİŞKİSİ.....	41
E)SORUMLULUĞU OLMAYAN BORÇLAR.....	43

İKİNCİ BÖLÜM
İSLAM HUKUKUNA GÖRE BORÇLUNUN MALVARLIĞI VE ŞAHİS İLE
SORUMLULUĞU

I-BORÇLUNUN ŞAHİS İLE SORUMLULUĞU	49
A)ŞAHİS VARLIĞI KAVRAMI	49
B)HAPİS.....	50
1)Hapis Kavramı	50
2)Hapsin Hukukî Dayanakları	51
3)Hapsin Gayesi	52
4)Borçlunun Hapsedilmesi	54
a)Ödeme İmkanı Olmayan Borçlu	54
b)Ödeme İmkanı Olan Borçlu	56
b ₁)Hanefi Mezhebine Göre	56
b ₂) Maliki Mezhebine Göre	57
b ₃) Şafi Mezhebine Göre.....	58
b ₄)Hanbeli Mezhebine Göre:	59
b ₅) Zahirî Mezhebine Göre	59
c)Ödeme İmkanı Olup Olmadığı Belli Olmayan Borçlu.....	60
c ₁)Hanefi Mezhebine Göre:	61
c ₂)Maliki Mezhebine Göre:.....	62
c ₃)Şafii Mezhebine Göre:.....	63
c ₄)Hanbeli Mezhebine Göre:.....	63
c ₅)Zahirî Mezhebine Göre.....	64
5) Pozitif Türk Hukukunda Borçlunun Hapsi.....	64
6)Genel Bir Mukayese ve Değerlendirme	65
C) BORÇLUNUN SEYAHATTEN MEN'İ	68
D)BORÇLUNUN ÇALIŞTIRILMASI	69
II-BORÇLUNUN MALVARLIĞI İLE SORUMLULUĞU	70
A)MALVARLIĞI KAVRAMI.....	70
B)HACİR.....	72
1-Hacir Kavramı.....	72
2-Hacir Sebepleri.....	73
3-Borç Sebebiyle Hacir	73
a) Borç Sebebiyle Hacri Kabul Etmeyenlerin Delilleri:	74
b) Borç Sebebiyle Hacri Kabul Edenlerin Delilleri:	75
4-Borç Sebebiyle Hacir Konulan Borçlular.....	76
a)Ödeme Gücü Olup, Borcunu Ödemeyen Borçlular.....	76
b)Müflis Borçlular	77
5-Hacir ve Neticeleri	78
a)Hanefilere Göre Hacir ve Neticeleri.....	78
a ₁) Tasarruftan Men'	78
a ₂) Borçlunun Malının Satılması ve Alacaklılara Ödenmesi	79
b)Malikilere Göre Hacir ve Neticeleri.....	81
b ₁) Tasarruftan Men'	82
b ₂) Borçlunun Malının Satılması ve Alacaklılara Ödenmesi	83
b ₃) Müeccel Borçların Hululu	84

b ₄)Müflis Borçluya Satılan Ayn	84
c) Şafiilere Göre Hacir ve Neticeleri	84
c ₁) Tasarruflardan Men'	85
c ₂) Borçlunun Mallarının Satılması ve Alacaklılara Ödenmesi	86
c ₃) Müflis Borçluya Satılan Ayn	86
d) Hanbelilere Göre Hacir ve Neticeleri	87
d ₁) Tasarruflardan Men'	88
d ₂) Borçlunun Mallarının Satılması ve Alacaklılara Ödenmesi	89
d ₃) Müflis Borçluya Satılan Ayn	90
C) TÜRK İCRA-İFLAS HUKUKUNDA HACİZ VE İFLAS	90
1)Haciz.....	91
2-İflas.....	93
D) İSLAM HUKUKUNDAKİ BORÇLUNUN HACRİ VE İFLASI İLE TÜRK HUKUKUNDA BULUNAN HACİZ, İFLAS TERİMLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI	95
E) REHNİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ.....	97
1-Rehin Kavramı	97
2-Rehinin Cebri İcra Yoluyla Satılması	98
III-BORÇLUNUN SORUMLULUĞU HAKKINDA GENEL BİR DEĞERLENDİRME.....	100
A)BORÇLUNUN SORUMLULUĞU MALVARLIĞINA YÖNELİKTİR	101
B)BORÇLUNUN SORUMLULUĞU, HEM MALVARLIĞI HEM DE ŞAHSINA YÖNELİKTİR	101
C)BORÇLUNUN SORUMLULUĞU ŞAHSINA YÖNELİKTİR.....	102
SONUÇ	103
BİBLİYOGRAFYA.....	106
ÖZGEÇMİŞ.....	112

GİRİŞ

SORUMLULUK VE TARİHİ GELİŞİMİ

A) GENEL OLARAK SORUMLULUK

Borç münasebetleri insanlık tarihi kadar eskidir. Borçlar, normal hallerde borçlunun iradesi ile ifa edilir. Ancak toplumlarda borçluların borçlarını savsakladığı, ifa etmediği veya eksik ifa ettiği zamanlarda hep olagelmıştır. Böylesi durumlarda alacaklıların hakkını korumaya yönelik tedbirler de her zaman düşünülmüştür. Borç ile sorumluluk hep beraber olmuştur. Hatta haksız fiil sorumluluğunun borcun menşei olduğu savunulmuştur¹.

Yine Alman Cermanislerinin ve bilhassa Amira (Münih) ve Gierke (Berlin)'in ortaya koyduğu nazariyeye göre borç, borç ve sorumluluk denilen iki unsurdan ibarettir. Borç, borçlunun bir şey eda edeceğini, alacaklının eline bir şey geçeceğini gösterir. Sorumluluk ise, borç eda edilmediği zaman ne olacağını bildirir². En eski borç hiçbir zaman sorumluluksuz borç değildi. Her zaman sorumlulukla techiz edilmiştir³. Çünkü insanlar borç verirken güvendikleri yere ve kimselere vermek isterler. Bundan dolayıdır ki ilkçağlarda, insanlar varlıklarını, din korkusu son derece güçlü olduğu için, tanrıları aldatmak ve dolandırmakta mümkün olmadığı için, çeşitli tehlikelere karşı emniyette tutmak için en güvenli yer olarak gördükleri mabetlere bırakıp, rahiplere teslim ederlerdi. Böylece ilk bankalar tapınaklardı ve ilk bankacılar da rahiplerdi⁴.

Bu emanetler, tapınakların tek varlık kaynağı değildi. Diğer kaynaklarla birlikte büyük bir varlık tapınaklarda toplanıyordu. Bu varlıklar ihtiyacı olanlara aynı kredi şeklinde veriliyordu. Tapınaklara borçlananlar, tanrıları aldatmaktan korkarlardı ve aldıklarını geri vermek için gayret sarf ederlerdi. Fakat kredi faaliyeti

¹ Rado, Türkan, Roma Hukuku Dersleri (Borçlar Hukuku), İstanbul, 1967. s.7

² Koschaker, Paul, Modern Hususi Hukuka Giriş olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, (Kitabı Yeniden Gözden Geçiren Ayiter, Kudret) Ankara, 1975, s.184.

³ Koschaker, s. 186.

⁴ Ergin, Feridun, Para Politikası, İstanbul, 1975, s.17; Gözübenli, Beşir, Günüümüz Faiz Problemleri I, "İslam'da Faiz Yasağı ve Para Borçlarında Faiz, Erzurum, 1994, s.1-3.

ilkçağda tapınakların tekelinde kalmamıştır. Mezopotamya'nın zengin ve nüfuzlu aileleri ödünç verme işleriyle ilgilenmişlerdir⁵.

Tapınakların yanında, insanların (hakiki şahısların) da kredi ile uğraşmaları bir takım sosyal problemler oluşturmuştur. Bu problemlerden birisi garanti problemi, diğeri ise faiz hadleri problemi idi. Tapınaklara borçlanmalar da alacaklı tanrılar kabul edildiği ve tanrılar aldatmaya kimse cesaret edemediği için garanti problemi olmuyordu. İnsanlardan alınan kredilerden, alacaklılar alacaklarını garantiye almak için rehin alma yoluna başvuruyorlardı. Bu dönemde hayvanların, kölelerin, çocukların ve eşlerin rehin olarak bırakıldığı görülmektedir⁶.

Demek ki borç sorumluluk münasebeti borçlanmanın hakiki şahıstan olması zamanında başlamıştır. Borç ve sorumluluk çok eski devirlerde ayrı ayrı muamelelerle tesis edilirdi. Mesela rehin ve rehine vermek suretiyle tesis edilirdi⁷. Sorumluluk ya objektif hukuka veya hukuki muameleye dayanır. Alacaklıya kendisine yabancı olan hukuk alanına el uzatma hakkı tanındığından, bu hukuki muamelenin, sorumluluğun doğumu için şekle bağlı bulunması icab ediyordu. Sorumluluk ile borç ayrı muamelelere dayandığından her borçlunun sorumlu olması gerekmiyordu. Kefilde olduğu gibi her sorumlu da borçlu olmuyordu. Borçlu yalnız sorumluluğu üzerine aldığı zaman sorumlu oluyordu⁸. Zamanla borçlu kendisini rehin olarak sorumluluk altına koymuş ve giderek borçlunun bizzat kendi sorumluluğu tabii telakki edilmiştir⁹. Bugün modern hukukta borcu olan sorumludur ilkesi vardır. Bu nedenle bugün bir borç altına giren sorumluluktan kurtulacağına dair karar olmadıkça sorumludur¹⁰. Ayrı bir muameleye gerek yoktur.

İlk devirlerde borçlu, şahsı ile sorumluydu. Bu sorumluluk sırasıyla öldürme, kölelik, özel hapis ve resmi hapis şeklinde uygulanıyordu¹¹. Hem şahıs ile sorumluluk içinde uygulamanın müsbet gelişmesi hem de malvarlığı ile sorumluluğa geçiş sosyal, iktisadî, kültürel alanda ve medeniyetteki gelişmelere paralel olmuştur.

⁵ Ergin, s.17-18; Gözübenli, s.4.

⁶ Ergin, s.18-19; Gözübenli, s.4.

⁷ Rado, Roma Hukukunda Cebri İcra Usullerinin İnkişafı, İHFD, X, 230; Roma Hukuku, s.8, Karaman, Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, İstanbul, 1987, II, 20.

⁸ Koschaker, s. 186.

⁹ Karaman, II, 20.

¹⁰ Koschaker, s. 186.

Çünkü hukuk medeniyetle beraber doğar, beraber gelişir ve beraber zail olur. Her hukuk sistemi kaideler şeklinde ortaya konan medeniyettir; başka bir ifadeyle, her hukuk, belirli bir devirde, belirli bir toplumda hakim olan içtimai, ruhi ve iktisadi şartların mahsulüdür¹².

Öldürme şeklinde icra edilen şahıs ile sorumluluktan başlayıp, sınırlı malvarlığı ile sorumluluğa kadar gelişen bir hukuk anlayışını ve uygulama şekillerindeki bu gelişmeyi anlatmak isteriz. Bunu yaparken ilk kanun maddeleri olarak bize ulaşan Hammurabi kanunlarını incelemeyi uygun bulduk. Sonra bugün Batı kaynaklı bütün hukuk sistemlerine tesiri büyük olan Roma hukukunu konumuz açısından araştırmayı gerekli gördük. Daha sonra da yaptığımız inceleme İslam hukuku ile ilgili olduğundan, İslam hukukunun doğduğu zamanda Cahiliyye toplumunun bu konudaki anlayışını ortaya komaya çalıştık. En sonunda ulaşılan noktayı da bugün ülkemizde uygulanan pozitif hukuku inceleyerek tespit etmeye çalıştık.

B) HMMURABİ KANUNLARINDA BORÇLUNUN SORUMLULUĞU

Hammurabi kanunlarını incelediğimizde, verilen maddi zararların aynı şekilde tazmin edildiğini fakat borçlunun sorumluluğunun hem malvarlığı ile hem de şahıs ile olduğunu görmekteyiz. Mesela kölelere yapılan cismani zararlardan dolayı, sahiplerinin iş kaybına uğrayabilecekleri için tazminat verileceği¹³, hayvanların vereceği zararlardan dolayı sevk ve idaresi altında olanın tazminat vereceği¹⁴ hükümleri vardır. Tarafların akitlerin icaplarına riayet etmelerine büyük önem verilmiş, taahhütlerin ifa edilmemesinden doğacak zararlardan buna sebebiyet verenlerin mesul olacağı belirtilmiştir¹⁵. Kiralanan hayvanların ölüm, sakatlanması durumunda sorumluluğun ne olacağı belirlenmiştir. Bu sorumluluk mislini veya kıymetinin yarısını verme şeklindedir¹⁶.

¹¹ Rado, Cebri İcra, s. 229; Karaman, II, 20.

¹² Arsal, Sadri Maksudi, Umumi Hukuk Tarihi, İstanbul, 1944, s.3.

¹³ Okandan, Recai, Hammurabi Mecellesi, İHFD, XVII, 300.

¹⁴ Hammurabi Mecellesi md. 250-251.

¹⁵ Okandan, s.300.

¹⁶ Okandan, s.304.

Hammurabi mecellesi alacağın rehinle temin edilmesi usulünü de kabul etmiştir. Menkul veya gayri menkullerin alınan borç para karşılığında rehin edilmeleriyle ilgili hükümler bulunur. Borçlu borcunu ödemediği takdirde bu rehinlerin haczedilip, satılması istenebilir. Yine Mecelle, borcun teminatı olmak üzere kefaleti de kabul etmiş, alacaklının hukukunun kefaletle temin olunabilmesini mümkün kılmıştır¹⁷.

Alacaklı borcunu ifa etmeyen borçlunun şahsı aleyhinde takibatta bulunabilirdi. Borcunu ödemeye muktedir olduğu halde ödemeyen veya ödememek hususunda mütemerrid olan borçludan zarar ve ziyan isteyebilir. Borcunu ödemekten aciz olan borçlusunu borç kölesi sıfatıyla sattırabilirdi. Hatta kölelik daimi olmamak şartıyla, borçlunun karısına, çocuklarına da sirayet ederdi. Esarete giden aile fertleri üç yıl çalıştıktan sonra dördüncü yıl hür olurlardı. Bu aile fertlerini köle alan alacaklı kötü davranışlarından da sorumlu tutulurdu¹⁸.

Yine kanunda, su akacak şekilde su bendini zayıf yapan kimsenin zarar ve ziyandan sorumlu olacağı, hububatı zarar görenlere, hububatı tediye edeceği, eğer tediye edemezse malvarlığı ile beraber borç esiri sıfatıyla satılacağı ve satış hasılatının da zarar görenlere verileceği¹⁹ hükümlerini de bulabiliriz.

Hapis cezası galip ihtimale göre hükümet tarafından tatbik edilmiyordu. Özel bir şekilde ifa ettiriliyordu. Çünkü kanun hükümetin muvafakatı olmaksızın borç yüzünden kimseyi hapis edene ceza öngörüyor²⁰.

Borç yüzünden yapılacak takibat ancak insanlara yönelik idi. Mesela çift sürmeye tahsis edilen öküzün haczi yasaktı²¹.

Bulunan birkaç mektupta, borçlunun. Borcunu ödemediği takdirde, kralın tarifesi gereğince, angarya işlerinde çalışacağı belirtiliyor. Yaşlı olanlar ve çocuklar angarya işlerinde çalıştırılmazlardı²². Demek ki borç için çalıştırma da söz konusu oluyordu.

¹⁷ Okandan, s.305-306.

¹⁸ Galaniti, Avram, Hammurabi Kanunu, İstanbul, 1925, s.73; Okandan, s.305.

¹⁹ Hammurabi Mecellesi, md., 53-54.

²⁰ Galaniti, s.73.

²¹ Galaniti, s.73.

²² Galaniti, s.74.

C)ROMA HUKUKUNDA BORÇLUNUN SORUMLULUĞU

Roma hukukunun ve özellikle Borçlar hukuku bölümünün modern hukuklar üzerindeki tesiri büyüktür. Borçlar hukuku Romalılar zamanında, zamanına kadar olabilecek en gelişmişlik düzeyine yükselmiştir. Bu üstünlük modern zamanların başında Batı Avrupa'sı memleketlerinin hukuki hayatının Roma hukukuna doğru meyletmesinin sebebidir. Avrupa hukuki eksikliklerini bu hukuk ile karşılamıştır²³. Dolayısıyla bugünkü Avrupa hukukunun menşe, Avrupa milletlerinin örfi hukuku ve Roma hukukudur. Biz de her ne kadar Asyalı kökten gelen bir millet isekte tarihi ve coğrafi şartlar gereği Avrupa hukukunu almak durumunda kalmışız. Bu yüzden Avrupa hukukunu ve tarihini bilmek önem kazanmıştır²⁴. İşte konumuzla alakalı olarak Roma hukukunda sorumluluk uygulamalarını, kuvvet kullanım konusunda şahısların serbest olduğu düzenlemeden kuvvetin devlet tarafından uygulanmasına kadar bir süreçte inceleyeceğiz.

Roma hukukunun, ilk zamanlarında, oldukça uzun bir süre, devlet ferdin kullanacağı kuvveti tanzim etmiştir. Devlet fertlerin fertlerle olan ihtilafına tarafların kuvvet kullanıp kullanmayacağını, kullanacaklarsa nasıl kullanacaklarını kontrol etmekle yetindi. Bu da adaleti gerçekleştirmek için değil, düzeni sağlamak içindir. İlk devirlerde krallar daha sonraki devirlerde magistralar (rehber) ihtilafi inceler, taraflardan birinin kuvvet kullanmasını haklı görürse, belirli bir usul ile buna izin verirdi²⁵.

Roma hukukunda kuvvetin kullanılmasında şahsın serbest olmasından, devletin kuvveti kullanmasına doğru müspet bir gelişme görüldüğü gibi borçlunun şahıs ile sorumluluğundan mal varlığı ile sorumluluğuna doğru bir süreç izlendiği de görülmektedir. Tabii ki sorumlu borçlunun şahsı ise cebri icra borçlunun şahsı üzerinde bir icradır. Sorumlu olan borçlunun malvarlığı ise cebri icra malvarlığı üzerinde cereyan eder²⁶. Borçlunun şahsı üzerindeki uygulamanın da zaman geçtikçe

²³ Rado, Roma Hukuku, s. 1.

²⁴ Arsal, s.30.

²⁵ Umur, Ziya, Roma Hukuku, İstanbul, 1967, s. 191.

²⁶ Rado, Cebri İcra, s.230

hafiflediğini görmekteyiz. Bu hafiflemeye plebs (hiçbir hakkı olmayan sınıf) sınıfının asilzade sınıfı ile yaptıkları mücadelenin katkıları vardır²⁷.

Roma hukukundaki bu gelişmeyi başlıca üç safhaya ayırmak mümkündür: Eski ius civile devri, Pretor hukuku devri ve İmparator Hukuku devri²⁸.

1)Eski İus Civile Devri: Bu usul başlangıçta uygulanmış çok zalim bir uygulamadır. Borcunu Magistra önünde ikrar eden veya mahkum olan borçluya ödemesi için 30 gün süre verilirdi. Bu süre içinde ödemezse alacaklı onu bulduğu yerde yakalar, gerekirse zorla magistranın önüne götürürdü. Burada alacaklı borcu olduğunu, borcun kaynağını, miktarını ve borcun ödenmemiş olduğunu söyledikten sonra borçlu üzerine elini koyardı. Borçlu yine ödemeye direnir, bir başkası da borcu ödeyerek veya itiraz ederek borçluyu savunmazsa magistra, bu durumda, alacaklıya borçluyu hakimiyeti altına almaya izin verirdi. Bundan sonra alacaklı borçluyu kendi evine götürür ve zincire vurarak 60 gün süreyle hapsedebilirdi. Zincirin ağırlığı kanuna göre en çok 15 libre (yaklaşık 7,5 kg.) olabilirdi. Alacaklı 60 günlük hapis müddeti boyunca, borçlu ile alacaklı anlaşmaya varamazsa pazar kurulan günlerde üç kez ard arda forum yada comitium'a götürerek, magistra önünde, borcun miktarını ilan etmek zorundaydı. Bu ilanın amacı borçluyu kurtaracak kişilere onu duyurmaktı. Pazar kurulan üçüncü günü anlaşma sağlanmaz, borç ta ödenmezse, alacaklı borçlu üzerinde mutlak bir hak kazanıyordu. Alacaklı artık borçlusunu isterse öldürebilir, isterse Roma dışında, Tiber nehrinin karşı yakasında köle olarak satabilirdi. Hatta alacaklıların sayısı birden çok ise, öc alma duygusuyla borçlunun ölüsünü parçalayarak, alacakları oranında bölüşebilirlerdi²⁹. Bu usule "Manus Injectio" deniliyordu³⁰.

Roma toplumunda avam sınıfını asilzadelere karşı korumak gayesiyle oluşan XII. Levha Kanunlarında böyle hükümlerin bulunması garip gelmektedir³¹. Ancak bu Roma'ya özgü değil, hukuk tarihi ilkel çağlarda bir çok ülkede bu

²⁷ Rado, Cebri İcra, s.232

²⁸ Rado, Roma Hukuku, s.19.

²⁹ Parçalanma konusunda farklı görüşler için bk. Rado, Cebri İcra, s.236.

³⁰ Arsal, s.269; Rado, Cebri İcra, s.232-237; Roma Hukuku, s.19; Umur, s.224-225; Karadeniz-Çelebican, Özcan, Roma Hukuku, Ankara, 1986, s.326-327.

³¹ Rado, Cebri İcra, s.237

uygulamaların olduğunu gösterir³². Mesela Cermen hukukunda da borçlunun vücudunun parçalanması olayı vardır³³.diğer taraftan Roma'daki bu uygulamalar ne kadar acı olursa olsun, yine de borçluyu alacaklının sınırsız, öd alma duygusunun eline bırakılma zamanına göre bir aşamadır. Çünkü ne yapılacağı bellidir. Borçlu için bir takım garantiler veriyor. Öc alma duygusu kanunla sınırlandırılıyor. Alacaklının borçluya el koyması magistra önünde oluyor. Borçluya ödenmesi için müddetler veriliyor. Borçluyu kurtaracak kimselere imkan tanınıyor. Kendisine vurulacak zincirlerin ağırlığı ve yiyeceği meselesi kanunla tespit ediliyor³⁴. Bütün bunlar tamamen hukuki icra usullerinin geçerli olduğu zamana göre bir aşamadır. Bu uygulamalar da giderek yumuşamıştır.

M.Ö. 313-326 yılları arasında çıkan bir kanunla borçluyu öldürme, zincire vurma ve köle olarak satma uygulamaları kalkmıştır. Fakat şahıs üzerindeki icra devam etmiştir. Borçlu alacaklı yanında kalarak, çalışıyordu. Hatta çalışmalarıyla borçlarını ödediği kabul edilerek bir süre sonra serbest bırakılıyordu. Bu aşamaya kadar gelindi³⁵. Fakat bu dönemde malvarlığına yönelik sorumluluk anlayışına gelinemedi.

2) Pretor Hukuku Devri: Roma hukukunun diğer sahalarında olduğu gibi, icra sahasında da pretorlar önemli yenilikler yapmışlardır. Roma hukuku tarihinde ilk defa borçlunun malvarlığına yönelik icrayı başlatmışlardır³⁶. Fakat şahsa yönelik sorumluluk ve icra tamamen ortadan kalkmamıştır. Ancak manus injectio usulündeki borçluyu öldürme, köle olarak satma tamamen ortadan kalkmıştır³⁷. Borçlunun şahsı üzerine icra yanında, malvarlığına yönelik icraya da M.Ö. 118 yılında Rutilius rurfus adlı pretor, ilk olarak başlamıştır³⁸. Malvarlığına yönelik icra başlangıçta saklanan, gaib olan ve mirasçı bırakmadan ölen borçlularda uygulanmıştır. Daha sonra mahkum olunan ve ikrar edilen bütün borçlulara karşı uygulamış ve şahsa yönelik icranın yerine geçmiştir³⁹.

³² Karadeniz, s.327.

³³ Rado, Cebri İcra, s.237.

³⁴ Rado, Cebri İcra, s.237; Karadeniz, s.328.

³⁵ Arsal, s. 269; Rado, Cebri İcra, s. 237; Roma Hukuku, s. 19; Umur, s. 225; Karadeniz, s. 328.

³⁶ Rado, Roma Hukuku, s. 19.

³⁷ Rado, Cebri İcra, s. 237.

³⁸ Karadeniz, s. 350.

³⁹ Rado, Cebri İcra, s. 238; Roma Hukuku, s. 19; Karadeniz, s. 350.

Pretorlar tarafından hukuk sahasına konulan bu malvarlığına yönelik icra, alacakları tatmin edecek kadar malın üzerinde tatbik edilmiyordu. Borçlunun bütün malvarlığı üzerinde tatbik ediliyordu. Bu uygulama halen Türk Hukuku'nda da uygulanan iflas yoluyla takib gibidir⁴⁰. Çünkü iflas halinde de borçlunun bütün malvarlığı icraya muhataptır. Bu usulün uygulanmasında iki safha vardır⁴¹. Önce alacaklı veya alacaklılar isteğiyle borçlunun bütün malları haczedilerek alacaklılara verilir. Bu durum, hacizden bütün alacaklıların haberi olsun diye ilânlar yoluyla duyurulur. Bu işlemden sonra 30 günlük bir müddet verilir. Bu müddet içinde diğer alacaklıların olup olmadığı ortaya çıkar. Bu 30 günlük müddet bittikten sonra alacaklılar pretor kararıyla haczedilen malları satmak üzere aralarından birini seçerlerdi. Satış açık artırma usulüyle yapılırdı. Fakat verilen kıymetler malların değil, borçların tutarıydı. Alacakların en yüksek oranını ödemeyi teklif edene satılırdı. Mesela alıcılardan biri alacakların % 50'sini, diğeri % 60'ını ödemeyi teklif ediyorsa, % 60'ını ödemeyi teklif edene satılır. Borçlunun tüm malvarlığını satın alan bu şahıs, malvarlığının tümüne külli halef gibi sahip olmasına rağmen, alacaklılara, borçlardan sadece taahhüd ettiği miktarını öderdi⁴².

Bu usul şahsa yönelik icra yanında hafifleme olarak görülüyor. Fakat alacağın miktarı ne olursa olsun, borçlunun bütün malvarlığı haczedilerek toptan satılmaktadır. Yine borçlunun bütün malvarlığı haczedilmesine rağmen şerefsiz sayılması çok ağır hükümlerdi. Bu dönemde, Augustus zamanında yapılan bir kanunla, borçlu malvarlığının tümünü kendi isteğiyle alacaklılarına terketmek suretiyle şerefsizlikten de kurtuluyordu⁴³.

3) İmparator Hukuku Devri: Bu devirde yavaş yavaş mallar üzerinde yeni bir icra usulü gelişti. Bu usule göre borçlunun tüm malvarlığı üzerinde bir icra değil, alacaklıları tatmin edecek miktarın hacziydi. Bu bazı özel hallerde uygulanmaya başladı. Extra ordinem muhakeme usulü döneminde ise normal bir uygulama haline

⁴⁰ Rado, Cebri İcra, s. 238; Roma Hukuku, s. 20; Karadeniz, s. 350.

⁴¹ Rado, Cebri İcra, s. 238.

⁴² Rado, Cebri İcra, s. 238-239; Roma Hukuku, s. 20; Umur, s. 284-286; Karadeniz, s. 351.

⁴³ Rado, Cebri İcra, s. 239; Roma Hukuku, s. 20; Karadeniz, s. 351.

geldi. Daha önceleri icra bir cezalandırma mantığıyla yapılıyordu. Şimdi alacaklıya, elde edemediği alacağını temin etme maksadıyla yapılıyordu⁴⁴.

Bu dönemin önemli bir gelişmesi de, adaletin dağıtılmasında özel hakim ve mahkemelerin yerini Devlet memuru hakim ve Devletin mahkemelerinin almasıdır⁴⁵. Mahkumiyet kararlarının zorla yerine getirilmesi de devletin fonksiyonları ve görevleri arasına girmiş olmasıdır⁴⁶. Bu dönemde borçluluğa mahkum olan bir üst mahkemeye itiraz etmezse hüküm 10 gün sonra kesinleşiyordu. Eğer bir üst mahkemeye itiraz edip, orada da mahkum olursa artık icra davası açma hakkı doğuyordu. İcraya ikrar ya da kesinleşmiş mahkumiyetten iki ay sonra başlanıyordu. Iustinionus zamanında bu müddet dört aya çıkmıştır. Eğer belli bir malın alınıp verilmesi ise yetkili organ onu alıp verirdi. Eğer para borcu ise borçlunun ödeme gücü araştırılırdı. Eğer gücü yetiyorsa borcunu ödeyecek miktarına, rehin olarak icra memurlarınca el konulurdu. İki ay içinde yine ödemezse bu rehin mallar satılarak alacaklılara ödenirdi. Borçlu ödemekten aciz ise, borçlunun tüm malvarlığının fiili hakimiyeti alacaklılarına devredilirdi. Devir tüm alacaklılarına olurdu. Bu fiili hakimiyet 2 veya 4 ay (aynı şehirde alacaklıların olup olmamasına göre) sürerdi. Bu süreden sonra pretor mallarının satışına izin verirdi. Mallar patakende olarak satış fiyatı üzerinden, açık artırma ile satılır, icra memurları tarafından alacaklılara payları nisbetinde dağıtılırdı⁴⁷.

Fakat malvarlığının tümünü alacaklılara teslim etmekten kaçınan, saklayan ve borçlarını ödemekten aciz olan borçluya karşı şahıs üzerinde icraya girişebilirdi. M.S. 388 yılında çıkan bir kanunla özel hapishaneler yasaklandığından devletin hapishanelerine konuluyordu. Özel hapishanelerde borçlusunu hapseden ağır bir amme suçu işlemiş sayılırlardı⁴⁸. Fakat devlet güçlerinin zayıflığından dolayı, bazı ailelerin, özellikle Mısır'da hükmün ağırlığına rağmen özel hapishanelere borçlularını koydukları bilinmektedir⁴⁹.

⁴⁴ Rado, Roma Hukuku, s. 21.

⁴⁵ Rado, Cebri İcra, s. 239.

⁴⁶ Karadeniz, s. 262.

⁴⁷ Umur, s. 316; Karadeniz, s. 363.

⁴⁸ Umur, s. 317; Karadeniz, s. 363.

⁴⁹ Umur, s. 317.

Roma hukukunun 12. Levha kanunlarında imparatorluk devrine kadar, yaklaşık on asır süren inkişafı, gelişmesi seyrinde sorumluluğun, şahıs ile sorumluluktan başlayıp, malvarlığı ile sorumluluğa doğru bir gelişme arzettiğini görmekteyiz. Sorumluluk anlayışındaki bu gelişmeye paralel olarak uygulamalarda da aynı gelişmeyi takib etmekteyiz. Bütün uygulama örneklerini Roma hukuk tarihinde görmemiz mümkündür. Başlangıçta öldürme hatta borçlunun ölüsünü parçalama, köle olarak satabilme hükümleri bulunmakta idi. Malvarlığı ile sorumluluk anlayışına tamamen sahip değillerdi. Şahsa yönelik icralar devletin (magistra) kontrolünde yapılıyordu. Fakat cezaları veren özel kişilerdi, yani alacaklılardı.

Zaman geçtikçe öldürme ve köle olarak satma hükümleri kaldırıldı. Çalıştırılma ve bazı durumlarda malvarlığı ile sorumluluk anlayışına geçildi. Bu inkişafın son merhalesinde artık, malını saklayan, tümünü alacaklılara teslim etmeyen ve borcunu ödemekten aciz olan borçlulara uygulanan umumi (devlet) hapisanesine konması, dışında şahsa yönelik icra kalmadı. Artık “sorumlu borçlunun malvarlığıdır” anlayışına gelindi.

D) CAHİLİYYE DEVRİNDE BORÇLUNUN SORUMLULUĞU

Cahiliyye devrinde de, zamanının diğer milletlerinde tatbik edildiği gibi şahıs ile sorumluluk yaygındı. Bu devirde devlet kuvveti cebri icraya muktedir olmadığı için kuvvetli insanların borçlarını vermediklerini öğreniyoruz. Bu ve benzeri sebeplerden hılfu'l-fudul gibi toplumda düzeni sağlayacak, bugünün ifadesiyle sivil toplum örgütü diyebileceğimiz bir teşkilat kurulmuştur.

Sumâli adında bir yabancı, Ubeyy b. Halef adlı Mekke'nin ileri gelenlerinden birisine mallarını satmıştı. Alacağını alamadı. Bu alacağını hılfu'l-fudul teşkilatının yardımıyla aldı. Yine Arâş'lı bir yabancından mallarını satın alan Ebu Cehil borcunu ödememişti. Hz. Peygamber'e (SAV) risaletinden sonra müracaat ederek, alacağına kavuşmuştur⁵⁰.

⁵⁰ Hamidullah, Muhammed, İslam Peygamberi, (trc. Salih Tuğ), İstanbul, 1993, I, 53, 54.

Cahiliyye devrinin ileri gelen bazı insanların borçlarını ödememe durumu yanında, borçlarını ödemeyenlere çok ağır ceza olarak kölelik tatbikatı yapıldığını da görmekteyiz⁵¹.

Cahiliyye devrinde ödeme gücü olmayan borçlular köle olarak satılıyordu. Bu uygulama, Kur'an-ı Kerim'de: "Eğer borçlu darlık içinde ise, eli genişleyinceye kadar ona mühlet vermek gerekir..."⁵² buyurularak kaldırılmıştır. Dolayısıyla bu ayet bazı alimlerce bu hükmü nesheden bir ayet olarak kabul edilmiştir⁵³.

Bu dönemde ödeme imkânı olmayanlara uygulanan borçlunun satılması ve dolayısıyla köleleştirme uygulamasının kaldırılması İslâmın insanlığa kazandırdığı bir yenilik ve ilerlemedir⁵⁴.

İnsanları borca batık hale getiren sebeplerin başında faiz gelmektedir. Hatta ilkçağda faiz esareti diye bir terim vardı. Bu devirlerde, fahiş oranlarla kabartılan bileşik faiz hesaplarının altından kalkmayarak özgürlüklerini kaybedenlere deniliyordu⁵⁵. Bu durumun cahiliye devrinde de olduğunu bize Kur'an-ı Kerim haber veriyor: "Ey iman edenler kat kat artırılmış faiz yemeyin"⁵⁶. Burada kastedilen bileşik faizdir. Bu devirde borcun vadesi gelince alacaklılar borçluya ya borcu ödersin yahut artırırsın teklifleri sunardı⁵⁷. Ödemeyince borç kat kat olup birikiyordu. Malı kökünden alıp götürecekti bir hal alıyordu.

Sonuçta borçlunun ödeyemeyeceği bir miktar olunca da köle olarak satılıyordu⁵⁸. Yine köle olarak borçluyu satma durumuna sokan borç kaynağının biri de kumar idi. Kumar borcunu ödememek sebebiyle Ebu Leheb'in As b. Hişam'ı köle yaparak develeri güttürdüğü kaydedilmektedir⁵⁹.

⁵¹ Mahmasani, Subhi, en-Nazariyyatü'l-Amme li'l-Mücebât ve'l-Ukûd fi'ş-Şeriatü'l-İslamiyye, Beyrut, 1972, II, 510; Zeydan, Abdülkerim, İslam Hukukuna Giriş, (trc. Ali Şafak), İstanbul, 1985, s. 71.

⁵² el-Bakara, 2/280.

⁵³ Kurtubî, Ebu Abdillah Muhammed b. Ahmed el-Ensari, el-Camiu li Ahkâmi'l-Kur'an, Mısır, 1967, III, 371.

⁵⁴ Aşûr, M. Tahir, İslam Hukuk Felsefesi, (trc. Vecdi Akyüz ve Mehmet Erdoğan), İstanbul, 1988, s. 118.

⁵⁵ Gözübenli, s. 5.

⁵⁶ Âl-i İmran, 3/130.

⁵⁷ İbn Kesir, İmaduddin Ebu'l-Fida İsmail ed-Dimeşk, Beyrut, 1979, I, 331.

⁵⁸ Kurtubî, III, 371; Mahmasani, II, 510.

⁵⁹ Corci Zeydan, Medeniyyet-i İslamiyye Tarihi, (trc. Zeki Meğamiz), İstanbul, h. 1329, IV, 37.

Borç ödemeleri çok önemli bir problem olacak ki mesela Hz, Peygamber ile Taifliler arasında yapılan anlaşmada konu olmuş ve anlaşmaya dahil edilmiştir. Rehinle te'minat altına alınmış borçlar hiçbir şekilde faize tabi tutulmayacak. Borçlular hemen ödeme gücüne sahip iseler derhal ödeyecekler. Eğer ödeme gücü yoksa gelecek yıl cumâdâ-l ula ayında ödeyecektir. Ödeyecek durumda olup ödemeyenler faiz suçu işlemiş olurlar. Te'minat altına alınmamış borçlar, vadesi gelince ödenmezse, borçlu faiz suçu altına girer. Ukaz'dan başka bir gün vadesi gelen bir kimse, rehinli borcunun sadece aslını Ukaz'da vermesi gerekir⁶⁰.

Demek ki, bu devirde hem rehinli hem rehinsiz (adi) borçlar söz konusudur. Vadesinde ödenmeyen borçlar için faiz işlemektedir. Rehin verme durumunda ödeme imkanının olmaması halinde, ana paranın verilmesi borcun ödenmesi için yeterlidir. Bu anlaşma maddeleri bize cahiliye devrine ait bilgi veriyor. Fakat o döneme göre ilerleme var. Çünkü kölelikten bahis yoktur. Artık İslam onu kaldırmıştır.

E) POZİTİF TÜRK HUKUKUNDA BORÇLUNUN SORUMLULUĞU

İlk çağlarda bir borcun üstlenilmesi anlamına gelen borç muamelesi ile sorumluluk doğuran sorumluluk muamelesi ayrı ayrı idiler⁶¹. Fakat bugün modern hukukta borcu olan sorumludur ilkesi vardır. Bu nedenle bugün bir borç altına giren sorumluluktan kurtulacağına dair karar almadıkça sorumludur⁶². Ayrı bir sorumluluk muamelesine gerek yoktur.

Hukuk tarihinde, öldürme, kölelik, özel ve resmi hapis şeklinde uygulanan şahıs ile sorumluluk anlayışı artık terkedilmiştir. Tarihi gelişim sonunda modern Borçlar Hukuku şahıs ile sorumluluk yerine malvarlığı ile sorumluluk esasını kabul etmiştir⁶³.

Malvarlığı ile sorumlulukta alacaklı alacağını borçlunun sadece malvarlığından almak hakkına sahiptir. Bu sorumlulukta, borçlunun bütün

⁶⁰ Hamidullah, I, 500, 501.

⁶¹ Tunçomağ, Kenan, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1969, I, 23.

⁶² Koschaker, s. 186.

⁶³ Fezyioğlu, Feyzi Necmettin, Borçlar Hukuku, (Genel Hükümler), İstanbul, 1976, I, 21.

malvarlığına veya bu malvarlığının belli bir kısmına ait olmasına göre şu iki kısma ayrılır⁶⁴:

Bunlardan birisi sınırsız malvarlığı sorumluluğudur. Eğer alacaklı, borçlunun malvarlığının tümü üzerinde alacağını elde etme imkanına sahip ise, bu durumda sınırsız malvarlığı sorumluluğu söz konusudur. Bu sorumluluğa şahsî sorumluluk⁶⁵ da denir⁶⁶. Türk İİK, borçlunun zarurete veya yoksulluğa düşmemesi gibi insanî düşünceler ile bazı malların haczedilmeyeceğini veya kısmen haczedilebileceğini kabul etmiştir. Bu istisnalar dışında, prensip borçlunun bütün malvarlığı ile sorumluluğudur⁶⁷.

Malvarlığı ile sorumluluğun diğer bir şekli ise sınırlı malvarlığı sorumluluğudur. Eğer borçlu malvarlığının belli bir kısmı ile sorumlu ise bu durumda sınırlı sorumludur. Mesela bir anonim şirket ortağının sorumluluğu sınırlıdır. Sadece şirkete koyduğu sermaye ile sorumludur⁶⁸.

Sınırlı sorumlulukta sadece belli bir mal ile sorumluluk ve malvarlığının belli bir kategorisi ile sorumluluk diye iki kısımda incelenir. Belli bir mal ile sorumluluğa, başkasının borcu için malını rehin olarak veren kimsenin sorumluluğu örnektir. Burada rahin rehnettiği mal ile sorumludur. Borçlu borcunu ödemediği takdirde rahinin diğer mallarına el uzatılamaz⁶⁹.

Malvarlığının belli bir kategorisi ile sorumluluğa ise mal birliği ve mal ortaklığı rejimlerinde evli kadın üçüncü şahıslara karşı olan bazı borçlarından dolayı sadece mahfuz mallarıyla sorumlu olması örnektir. Mahfuz mallar ise malvarlığının belli bir kategorisidir⁷⁰.

Türk hukuk sisteminde borçlunun sorumluluğu konusunda bu kadar bilgi vermekle yetiniyoruz. Daha sonra, yeri geldikçe, karşılaştırmalı bilgiler verilecektir.

⁶⁴ Tunçomağ, I, 23; Feyzioğlu, I, 21.

⁶⁵ Bu terim, alacaklıya borçlunun şahsına el koyma hakkı veren şahıs ile sorumluluk terimiyle karıştırılmamalıdır. Malvarlığının bir kısmı ile değil tümü ile sorumluluğu ifade eder. (Tunçomağ, I, 24; Feyzioğlu, I, 11).

⁶⁶ Tunçomağ, I, 23; Feyzioğlu, I, 21.

⁶⁷ Feyzioğlu, I, 21; Tekinay, Selahattin Sulhi, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1979, s. 21.

⁶⁸ Feyzioğlu, I, 21.

⁶⁹ Tunçomağ, I, 24; Tekinay, s. 22.

⁷⁰ Tekinay, s. 22.

BİRİNCİ BÖLÜM
GENEL OLARAK BORÇ-BORÇLU VE SORUMLULUK

I) BORÇ KAVRAMI

A) BORCUN TARİFİ

Borç terimi hukuk dilinde üç anlamda kullanılır⁷¹. Diğer taraftan bu terimi birisi borç ilişkisi, diğeri borç şeklinde taksim ile hukukçular incelemiştir⁷².

1-Geniş Manada Borç: En az iki kişi arasında mevcut olan ve onlardan birini (borçluyu), diğesine (alacaklıya) karşı bir edimde bulunmak zorunda bırakan hukuki ilişkidir⁷³. Buna borç ilişkisi de denir⁷⁴. Alacaklının istemekte haklı olduğu, borçlunun da yerine getirmek zorunda olduğu şeylerin tümünü içine alır⁷⁵. Mesela Borçlar Hukuku derken kastedilen bu anlamdır. Yine akitten doğan borçlar,haksız fiilden doğan borçlar denirken bu anlam kastedilir⁷⁶. Mecelle'nin 262.maddesinde konu edinilen borç da bu anlamdadır⁷⁷. Bu anlamıyla borca Roma hukukunda obligatio denir⁷⁸

2-Dar Manada Borç : Prestation anlamında olan borç; bir borç ilişkisindeki taraflardan yalnız birinin diğesine karşı yerine getirmekle mükellef olduğu şeyi ifade eder⁷⁹.

“Satıcı, satılan şeyi alıcıya teslim etme borcu altındadır” derken bu anlamda borcu kastederiz. Bu borç ilişkisi anlamındaki borç kavramının yarısını ifade eder. Mecelle'nin 657.maddesindeki borç bu anlamdadır⁸⁰.

3-En Dar Manada Borç: Dette karşılığı olup yalnızca para borçlarını ifade eder. Türkçe'de borç kelimesi genellikle bu manada kullanılır. Mesela falan kimseye

⁷¹ Feyzioğlu, I, 15; Karaman, II, 15; Atar, Fahrettin, İslam İcra ve İflas Hukuku, İstanbul, 1990, s. 40; Aydın, M. Akif, “Borç”, DİA, VI, İstanbul, 1993, s. 289.

⁷² Tunçomağ, I, 16; Tekinay, s. 6; Oğuzman Kemal-Öz, M.Turgut, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1995, s. 3.

⁷³ Tunçomağ, I, 16; Tekinay, s. 6; Oğuzman-Öz, s. 3.

⁷⁴ Tunçomağ, I, 16; Feyzioğlu, I, 16.

⁷⁵ Feyzioğlu, I, 15; Karaman, II, 15.

⁷⁶ Tekinay, s. 6; Aydın, Borç, s. 285.

⁷⁷ Aydın, Borç, s. 285.

⁷⁸ Rado, Roma Hukuku, s. 4; Feyzioğlu, I, 15.

⁷⁹ Tunçomağ, I, 16; Feyzioğlu, I, 25; Tekinay, s. 17; Karaman, II, 15; Atar, s. 47.

⁸⁰ Aydın, Borç, s. 285.

şu kadar borcum var dediğimiz zaman bu anlamıyla borcu kastederiz⁸¹. Mecelle'nin 252.maddesindeki borç bu anlamdadır⁸².

Misal olarak bir satım akdini ele alırsak, bu akid, satıcıya malın teslimi, alıcıya bedelini ödeme vecibesini yüklüyor. Birinci manada borç bunların hepsini kapsamaktadır. Yalnızca bir tarafın, satıcının teslimi veya alıcının bedel ödemesini ifade için kullanılacak borç terimi ikinci manada kullanılır. Alıcının satıcıya ödeyeceği parayı (semen) kastederek ifade edilecek borç ise üçüncü anlamda kullanılır⁸³.

Fransız borçlar hukukunun tesirinde kalan yeni Arap hukukçulardan bazıları, borcun iki taraftan birine *crediteur* karşılığı "dain", diğerine *débiteur* karşılığı "medin" borç için de "deyn" terimlerini kullanmışlardır⁸⁴.

Bu kelimeler daha kolay, açık ve kısa olmasına karşılık, konusu iş ve menfaat olan veya konusu manevi değer ve vazifeler olan mükellefiyetler bakımından İslam hukukunun gelenek ve ıstılah sistemine uygun düşmediği şeklinde tenkid edilmiş. Dain yerine, mültezem leh ve talib. medin yerine, mültezim, matlûb ve mükellef. deyn yerine ise iltizâm, teklif, uhde, vecibe⁸⁵ terimleri kullanılır.

B) BORCUN UNSURLARI

Borcun alacaklı, borçlu, borcun mahalli, borcun konusu ve borç olmak üzere beş unsuru vardır.

- 1- **Alacaklı:** Bir borç ilişkisinde, bu ilişige dayanarak bir şeyi istemek hakkına haiz olan tarafa alacaklı denir⁸⁶.
- 2- **Borçlu:** Aradaki borç ilişkisi sebebiyle bir şey yapmakla mükellef olan tarafa borçlu denir⁸⁷
- 3- **Borcun Mahalli:** Taahhüt edilen ve fiilin ilgili bulunduğu şeye borcun mahalli denir.

⁸¹ Feyzioğlu, I, 15; Karaman, II, 15; Atar, s. 47.

⁸² Aydın, Borç, s. 285.

⁸³ Karaman, II, 16.

⁸⁴ Karaman, II, 16.

⁸⁵ Zerka, Mustafa Ahmed, el-Fıkhü'l-İslam fi' Sevbihi'l-Cedid, Dımeşk, 1968, III, 82-83.

⁸⁶ Tunçomağ, I, 2.

4- Borcun Konusu: Yapılması gereken, taahhüt edilen fiile (borç münasebetinin neticesine) borcun konusu denir.

5- Borç: Taahhut ve mükellefiyetin bizzat kendisine denir.

Borcun unsurlarını bir misal ile açıklayalım: Ödünç (karz) akdinden doğan bir borçta ödünç alan “borçlu”, ödünç veren “alacaklı”, borcu ödemek “borcun konusu”, borçlunun ödeme mükellefiyeti “borç”, edası gereken mal, para vb.de borcun mahallidir⁸⁸.

Borcun unsurları, modern hukukçulara göre alacaklı, borçlu ve edim olmak üzere üçtür⁸⁹.

C) BORCUN KONUSU: EDİM

Borcun unsurlarından olan Borcun konusu, yani “edim”, işlediğimiz konuda sıkça geçecek bir kavram olacağından ayrıntılı işlenmesi ihtiyacını hissettik.

Edim, alacaklının borç ilişkisine dayanarak istemek hakkına sahip bulunduğu ve borçlunun da yerine getirmekle mükellef tutulduğu şeydir⁹⁰. Edim müsbet veya menfi olacağı gibi diğer bir taksime göre de ayn, deyn ve iş edimi diye çeşitlere ayrılır.

1-Müsbet ve Menfi Edim

Borcun konusu bazen müsbet, bazen de menfi olur. Müsbet edimden maksat borcu ödemek, işinin işi yapması, satılan malın ve bedelinin teslimi gibi yapılması, yerine getirilmesi istenen edimlerdir.

Menfi edimden maksat ise, emanetçinin emanete dokunmamayı, rahinin izni olmadıkça rehni kullanmamayı, kiracının kiraladağı şeyi normal olmayan bir şekilde kullanmamayı, ortaklardan birinin ortak malı, diğerinin zararına olacak şekilde kullanmamaya borçlanması gibi terki, yapılmaması istenen edimlerdir⁹¹.

⁸⁷ Tunçomağ, I, 2.

⁸⁸ Zerka, III, 52; Karaman, II, 17; Atar, s. 49.

⁸⁹ Tunçomağ, I, 2; Feyzioğlu, I, 16.

⁹⁰ Tunçomağ, I, 2; Feyzioğlu, I, 18.

⁹¹ Karaman, II, 23, 24; Atar, s. 50.

Müsbet edim, borçlunun bedenî veya fikrî gücü ile yerine getirilecekse şahsî borçtan; malvarlığından yerine getirilecekse maddî borçtan bahsedilir. Şahsî borçların borçlunun şahsiyetine tecacüz edecek bir nitelikte ve derecede olmaması aranır. Çok kere edim hem şahsî, hem de maddî nitelik taşır. Alım satım akdinde, malın teslimi ve mülkiyetinin nakli malvarlığından yerine getirilirken, borçlunun bir hukuki muamele yapması da gerekir.

Menfi edim kaçınma tarzında ise kaçınma borcundan, katlanma tarzında olursa katlanma borcundan söz edilir. Kaçınma borcu daha çok şahsî, katlanma borcu maddî nitelik taşır. Rekabet etmeme kaçınma borcuna, arazisinden bir şahsın geçmesine engel olmama, katlanma borcuna örnek teşkil eder.

Bir borç ilişkisinde müsbet ve menfi edimlerin bir arada bulunması mümkündür. Mesela kira akdinde kiralayan kira konusu malı kiracıya teslim etmek ve kiracının da bu malı kullanmasına katlanmak edimleriyle yükümlüdür⁹².

İslam hukukunda kaçınma ve terk şeklindeki edimler daha çok kanunun getirdiği umûmî medeni vecibeler ile, borçların umumi neticeleri içinde bahis mevzuudur. Ancak bir kimsenin medeni hakkı olan, şer'an caiz olan bir iş ve tasarruftan, bir bedel karşılığında yapılacak akitle kaçınması bunları yapmamayı taahüt etmesi, yani menfi edimin akit konusu olması başta Hanefiler olmak üzere cumhur tarafından caiz görülmemiştir. Batı hukukunda genellikle muteber ve bağlayıcı olan bu nevi akitler, İslam hukukunda muteber görülmemiştir. Akde bağlı borçlarda menfi edimler, akdin umumi neticeleri ve gerekleri icabı muteber olabilir; bunların ayrıca açıklanması gerekmez. Mesela emanetin kullanılmaması, kiracının, kiraladığı şeyi normal olmayan bir şekilde kullanmaması ve ortaklardan birinin, diğerinin zararına olacak şekilde ortak malı kullanmaması gibi. Ancak bir kimsenin alacağı bedel karşılığında ikinci şahsın menfaatine olarak iş yerini kapatması, açmaması, alım-satımı terketmesi... caiz görülmemiştir⁹³.

Kanaatime göre bu konu akitle ilgili şart konusuyla alakalıdır. Burada bir tarafın faydasına bir şart vardır. İş yerini kapatmak, alım-satımı terk etmek gibi.

⁹² Oğuzman-Öz, s. 6.

⁹³ Molla Hüsrev, Durreru'l-Hükkam fi şerhi Ğureri'l-Ahkam, İstanbul, 1300,II, 217; Karaman, II, 24; Aydın, Borç, s. 186.

Hanefiler akdin gereğinin dışında bir tarafa menfaat sağlayan bütün şartları, bazı istisnalar tanıyarak, akdi bozucu olarak değerlendirirler⁹⁴.

Malikî mezhebinde ise, bu şekildeki bazı akitler caizdir. Mesela açık artırma ile yapılan satımlarda, satın almak isteyenlerden birisi, rakiplerinden birkaçı ile bir meblağ karşılığında anlaşması ve onların artırmadan çekilmelerini sağlaması caiz görülmüştür. Fakat tüm rakipleriyle anlaşıp tek kalması-satıcının zararına olduğu için-caiz görülmemiştir⁹⁵.

2-Ayn, Deyn ve İş Edimi

a) Ayn Edimi

Ayn, muayyen ve müşahhas olan şeydir. Mesela, bir hane, bir at, bir sandalye, meydanda mevcut bir yığın buğday ve bir miktar akçe hep a'yandandır⁹⁶. Bu durumda borcun konusu, muayyen şeyin bizzat teslimidir. Alım satım akdinde mebiin teslimi, gasbedilen malın sahibine geri verilmesi, kiralanan şeyin kiracıya, müddeti bitince sahibine teslimi gibi edimler, ayn edimleridir. Bu şekildeki edimlerin tesliminin Hanefî mezhebine göre vadeye bağlanması caiz değildir. Ancak zimmetteki borcun te'cili ve tehiri mümkündür⁹⁷.

Alım-satım akdinde mebiin tesliminin belli zamana te'cil edilmesi caiz değildir. Böyle şart koşulursa bu akid fasit olur⁹⁸. Fakat mebiin belli bir yerde teslim edilmesinin şart koşulması halinde orada teslim edilmesi lazımdır⁹⁹. Ayn borçlarında prensip tesliminin te'cil edilmemesi olmakla beraber ihtiyaç ve örfe binaen istisna akitleri caiz görülmüştür. Halbuki bu akit, malın yapılmasına kadar geçecek bir zamandan sonra teslimi esasına dayanır¹⁰⁰.

⁹⁴ Zerkâ, I, 515; Ayrıca bazı istisnalar şunlardır: 1-Şer'an cevazı belirtilen şartlar. Hıyaru's-şart gibi, 2- Akde uygun şart. Satıcının kefil ve rehin istemesi gibi, 3-Şer'an muteber örf haline gelen şart. Satıcının, sattığı malı taşınması gibi. Zerkâ, I, 515-516.

⁹⁵ Huraşî, Ebu Abdillâh, eş-Şerh ala Muhtasar-ı Seyyid Halil, Beyrut, ts., V, 83; Adevi, Ali, el-Hâşiye, Beyrut, ts., V, 83; Karaman, II, 24; Aydın, Borç, s. 286.

⁹⁶ Mecelle, md.159.

⁹⁷ Atar, s. 51.

⁹⁸ el-Fetevâ'l-Hindiyîye, Mısır, h.1310, III, 143.

⁹⁹ Mecelle, md. 287.

¹⁰⁰ Karaman, II, 26.

İslam hukukunda, kural, borç münasebetlerinde borçlunun borcunu aynen, taahhüt ettiği şekilde ifa etmesidir. Aynının verilmesi mümkün olduğu müddetçe yerini tutan şey yani bedeli verilmez. Bu kuralın mecellede genel kaide olarak yer aldığını görürüz. “Aslın ifası kabil olmadığı halde bedeli ifa olunur”¹⁰¹. Görüldüğü gibi aynen ifa mümkün olmadığı zaman bedeli ile ifa edilir. Bir borcun aslını, aynını ifa etmeye eda, bedelini ifa etmeye kaza denir. Mesela; Gasbedilen mal, kıyemî bir mal ise aynen geri verilir. Aynen verilmesi mümkün değilse kıymeti ödenir. Gasbedilen mal mislî mal olup, tüketilmişse çarşı pazarda mislî varsa misli ödenir. Aksi halde kıymeti ödenir. Bu durum diğer borçlarda da geçerlidir¹⁰².

b)Deyn Edimi

Deyn, zimmette sabit olan şeydir¹⁰³. Fıkıhçılar deyni, borçlunun ödemeyi taahhüt ettiği nakit veya borçlunun zimmetinde bulunan misli eşya yani tartılabilen, ölçülebilen, sayılabilen eşya karşılığı kullanırlar¹⁰⁴. Mesela karz yoluyla alınmış nakit, bir deyn olduğu gibi istihlak edilen herhangi misli eşya da sahibine karşı müstehlikin zimmetinde sabit bir deyndir. Yine bir akdin karşılığı olup meydana mevcut olmayan nakit, sayılabilen misli eşya deyn olduğu gibi meydana mevcut olan paranın ve misliyattan bir şeyin, mesela bir yığın buğdayın taksimden evvel muayyen bir miktarı da deyn kabilindedir¹⁰⁵.

Yine, bey, istihlâk veya başka bir sebeple zimmete sabit olan hükmi bir maldır¹⁰⁶ şeklinde tanımlanan deyn eda edilmesi bakımından iki kısma ayrılır. Mühletsiz peşin olan borç. Buna ed-deynu’l-muaccel denir. Müddete bağlanmış vadeli borç. Buna ed-deynu’l-müeccel denir.

Ödeme vadesi gelen ed-deynü’l-müeccel, ed-deynu’l-hall vadesi hulul etmiş borç da denir¹⁰⁷. el-Eşbâh ve’n-Nezair¹⁰⁸de bulunan tanıma göre deyn hükmi mal olarak vasıflandırılmıştır. Yani deyn, alacaklının borçlunun zimmetinde bulunan

¹⁰¹ Mecelle, md. 53.

¹⁰² Atar, s. 51.

¹⁰³ Mecelle, md. 158.

¹⁰⁴ Zerka, III, 71; Karaman, II, 25.

¹⁰⁵ Bilmen, Ömer Nasuhi, Hukukî İslamiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul, ts., VI, 11.

¹⁰⁶ İbn Nüceym, Zeynuddin b. İbrahim, el-Eşbah ve’n-Nezair, Dimeşk, 1983, s. 31.

¹⁰⁷ Bilmen, VI, 11.

¹⁰⁸ İbn Nüceym, s. 31.

alacağıdır. Bu sebeple alacaklı, deyn üzerinde bazı tasarruflarda bulunabilir. Çünkü bir yönden alacaklının mülkiyetinde sayılır. Mesela alacaklı, borçlusundaki deyni ona bağışlayabilir. Bir kişi, malının üçte birini vasiyet etse, kişinin deyn ve ayn malı varsa, tercih edilen görüşe göre deyn vasiyete dahil olur¹⁰⁹.

Fıkıh bilginleri deyn borçlanmalarında bizzat borç ile talep unsurunu birbirinden ayırmışlardır: Kefalet, havâle, ibrâ, takas ve borcun te'cili konularında bu ayırımın açık izleri vardır. Havale, borcu ödeme edimini bir zimmetten diğerine nakleder. Kefalet, yalnız talep bakımından kefilin zimmetini, borçlunun zimmetine ekler. Takas muamelesi, karşılıklı olarak borçları düşürmez, yalnızca borcun talebine mani olur. Taraflardan biri borcu ibra etse, karşı taraf hakkı olan alacağı talep edebilir. Borcun te'cili, zimmetteki borca dokunmaksızın yalnızca vadesi gelmedikçe talebi önler¹¹⁰.

Cebri icra tedbirleri ağırlıklı şekilde deyn edimlerinde söz konusudur. Takip talebinin konusu ile cebri icra konusu aynıdır. Yani nukut ve misli maldır. Mesela borçlunun borcu para ise ve parası da varsa, borç misli eşya ise ve misli eşya da varsa takip talebinin konusu ile cebri icra konusu aynı olur. Bu durumda cebri icra organları alacaklının talebi üzerine, borçlunun borcu cinsinden olan malı (para veya misli eşya) haciz sonucunda alacaklıya öder¹¹¹.

c) İş Edimi

İş edimleri sayılamayacak kadar çoktur. Mesela bir işçinin akit konusu olan işi yapmayı borçlanması, ariyet alanın aldığı şeyi aldığı yere götürüp teslim etmeyi borçlanması, gasbedenin, gasbettiği şeyi, gasbettiği yerde teslim etmeyi borçlanması gibi. İş borçlanması da bir yandan ayn, bir yandan deyn edimi sözkonusu olabilir. Mesela gasbedilen malın, aynen gasbeden tarafından, gasbettiği yerde teslim edilmesi bir ayn edimidir. Aynı zamanda iş edimidir. Aynen teslimi ayn edimi, istenilen yere (gasbedilen yere) ulaştırılıp teslim edilmesi ise iş edimidir. Yine semen

¹⁰⁹ Zerka, III, 169; Atar, s. 53.

¹¹⁰ Zerka, III, 71-72; Karaman, II, 25; Atar, s. 53.

¹¹¹ Atar, s. 54.

teslimi edimini bir yandan teslim yönüyle iş edimi, semenin nukud olması bakımından da deyn edimi olduğunu görürüz¹¹².

D) BORCUN KAYNAKLARI

1- Kaynak Kavramı

Borcun kaynağından maksat borcun kendisinden doğduğu hadise, fiil ve davranıştır¹¹³. Borç kaynakları denilince borçların meydana gelmesine sebep olan hayat hadiseleri anlaşılması¹¹⁴ gerektiği de belirtilmiştir. Kaynak kavramı daima “borç nereden doğmuştur?” sorusuna cevap verir. Satın ile satın alan arasındaki borcun kaynağı satım akdidir. Bir kimsenin malını itlaf edenin tazminat borcunun kaynağı haksız fiildir. Babanın çocuğuna nafaka borcunun kaynağı kanundur¹¹⁵.

İslam Hukukçularına göre borcun kaynağı, borcun sebebidir. Bu iki kavram ile kastedilen aynı şeydir. Borcun iki tarafını borcun mevzuuna bağlayan, yani iki taraf arasında borç münasebetini doğuran sebep-kaynak, bütün kavli ve fiili tasarrufları ve hukuka göre borç doğuran her şeyi içine alır. Mesela satım akdi tarafları akdin mevzuuna bağlayan bir hadisedir ve kavli tasarruftur. Bir başkasının malını itlaf etmek bir fiili tasarruftur. İtlaf eden ile mal sahibini borcun mevzuuna bağlamıştır ki o da malın tazminidir. Batı hukuklarında ise sebep başka manalarda kullanılır. Bu da kazandırıcı muamele ile varılmak, ulaşılmak istenen hukuki gayedir¹¹⁶.

2-Batı Hukukunda Borç Kaynakları

Borç kaynaklarının tasnifi bakımından Roma hukuku ile modern hukuk arasında sıkı benzerlikler olduğundan dolayı¹¹⁷ Roma hukukundan başlamayı uygun bulduk. Üç tasnif şekli vardır: İlk iki tasnif Gaius’a aittir. O da:”Her borç ya bir akitten veya bir haksız fiilden doğar” şeklinde akit ve haksız fiilin kaynak kabul edildiği tasniftir. Bu tasnif tarzına aşağı yukarı bütün hukuk sistemlerinde rastlanır. Fakat bu iki kaynak, bir kimseyi başkasına karşı borçlandırabilecek bütün hadise ve

¹¹² Zerkâ, III, 72-73; Karaman, II, 26; Atar, s. 54.

¹¹³ Zerkâ, III, 84; Karaman, II, 26.

¹¹⁴ Rado, Roma Hukuku, s. 42; Oğuzman-Öz, s. 33.

¹¹⁵ Zerkâ, III, 85; Karaman, II, 26.

¹¹⁶ Zerkâ, III, 52-53, 84-85; Karaman, II, 18-19, 26.

imkânları kaplamağa yeterli değildir. Daha sonra bu tasnife “diğer sebeplerden” şeklinde bir kaynak daha eklenmiştir. Justinionus’un *Institutiones*’inde üçüncü ve diğerlerine göre daha geniş bir tasnif vardır. “Akitten, akit benzerlerinden haksız fiilden, haksız fiil benzerlerinden doğarlar”. Bu tasnifte tatmin edici değildir, akit benzeri, haksız fiil benzeri kaynaklar ne akittir ne de haksız fiildir. Ancak bunlarla akit ve haksız fiil arasında bir yakınlık ve benzerlik görülmüştür. Bu kavramların hukuki bakımdan büyük bir değeri olmamakla beraber günümüze kadar geldiğini görüyoruz. Fransız medeni kanununda böyle bir tasnif bugün de bulunmaktadır¹¹⁸.

Fransız ve İtalyan kanunları borç kaynaklarını akit, akit benzeri, haksız fiil, haksız fiil benzeri ve kanun olmak üzere, Roma hukukuna benzer, beşli tasnifi benimsemişlerdir. Fakat bu tasnif, hukukî hadise ile hukukî tasarrufu birbirine karıştırmak ve hukukî tasarrufu sakatlamakla eleştirilmiştir¹¹⁹. Yine bu taksim vehme dayanmakla tenkid edilmiştir¹²⁰.

Yeni Fransız hukuku eski taksimi yıkarak, onun yerine yeni beşli taksim getirmiştir, akit, tek taraflı irade, haksız fiil, sebepsiz iktisap ve kanun¹²¹.

Görüldüğü gibi borç kaynakları çeşitli açılardan gruplandırılabilir. Biz borcun doğumunda iradenin rolü bakımından yapılan tasnif üzerinde duracağız. Buna göre borç kaynakları, borç ilişkisinin doğumunun iradeye bağlı olduğu haller ve iradeye bağlı olmadığı haller olmak üzere iki ana gruba ayrılır. Her iki grupta kendi içersinde alt gruplara ayrılır.

Borcun doğumunun iradeye dayanması halinde doğan borç: Ya bu iradenin arzu ettiği sonucun meydana gelmesi şeklinde olur ki, buna hukukî muameleden doğan borç denir. Tek taraflı hukuki muameleden doğan borçlar da varsa da bu açıdan en önemli borç kaynağı akitlerdir. (Vakf, vasiyyet, ibra tek taraflı hukuki muameledir. Alım satım, kira vb.ise akittir).

Borç iradenin kusurlu olması dolayısıyla başkasına verilen zararı tazmin borcu doğurması şeklinde olur ki buna da haksız fiilden doğan borç denir. Bu borcu

¹¹⁷ Rado, Roma Hukuku, s. 42.

¹¹⁸ Rado, Roma Hukuku, s. 42-44; Feyzioğlu, I, 28.

¹¹⁹ Ayrıca geniş bilgi için bk. Karaman, II, 27.

¹²⁰ Zerkâ, III, 86.

doğuran kaynak haksız fiildir. Fakat başkasına verilen zararı tazmin hususunda kusur aramayan sorumluluk halleri de vardır. Bunlar da bugün haksız fiil içinde değerlendirilir.

Borcun doğumunun iradeye dayanmaması halinde doğan borç da ya bir şahsın malvarlığının diğer bir şahsın malvarlığı aleyhine, haklı bir sebep olmaksızın zenginleşmesi yüzünden doğar ve bu sebepsiz zenginleşmenin bertaraf edilmesi gayesini güder ki buna sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar, kaynağa sebepsiz zenginleşme denir. Ya da borç doğrudan doğruya kanunun yüklediği bir mükellefiyet şeklinde tezahür eder. Aile hukukunda nafaka borcu böyledir. Böyle borçların kaynağı kanundur.

Bu son grupta “borcun kaynağı kanundur” ifadesi sanki diğer borç kaynaklarının dayanağı kanun değildir şeklinde bir anlamaya neden olabilir. Halbuki bütün borç kaynakları dayanaklarını kanunda bulur. Son gruptaki borç kaynaklarının özelliği kanunun öngördüğü vakıaların diğer üç gruptan hiçbirine girmemesidir¹²².

Bu tasnif teorik açıdan düşünülünce yapılabilecek iyi bir tasniftir¹²³. Bizim Türk Borçlar kanunu borçların kaynakları hususunda bütün ihtimalleri kapsayan mükemmel bir tasnif yapmaya belki lüzum görmemiş, daha çok pratik bir düşünce ile hareket etmiştir. Borçların teşekkülü başlığı altında borç kaynaklarını ard arda birinci fasılda akitten doğan borçları (B.K. md.1.40), ikinci fasılda haksız fiilden doğan borçları (B.K. md.41-60)işlemiştir. Üçüncü fasılda sebepsiz iktisaptan doğan borçları (B.K. md. 61-66) işlemiştir. Vekaletsiz iş görmeden doğan borçlar, tek taraflı hukuki muamelelerden doğan borçlar, kararlardan doğan borçlara ise Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu ve Medeni Kanunun çeşitli hükümlerinde yer verilmektedir¹²⁴.

3-İslam Hukukunda Borç Kaynakları

Klasik fıkıh kitaplarında bugünkü manada borçlar nazariyatına ve sistematığıne rastlamak mümkün değildir. Fıkıh kitaplarında aynî hak ve borçların

¹²¹ Karaman, II, 28.

¹²² Oğuzman-Öz, s. 33-34.

¹²³ Tekinay, s. 35.

¹²⁴ Tekinay, s. 34; ayrıca bk. Oğuzman-Öz, s. 35.

bütün kaynakları bulunmakla beraber bunlar bölüm başlıkları olarak ele alınıp tertip edilmemiştir¹²⁵.

Çağdaş İslam hukuku nazariyatçıları ise her biri genellikle kendi ülkelerindeki mevzuatı esas alarak kaynakları tasnif etmişlerdir. Mesela Mahmasanî¹²⁶ Lübnan borçlar hukukunun taksimi olan “kanun, gayrı meşru kazanç, mübah olmayan muameleler, kanunî muameleler” dördlü tasnifi zikredip, bu taksimi açıkladıktan sonra bu tasnife gelinceye kadar geçen bir tarihi gelişimden bahsetmektedir. Ayrıca Mahmasanî İslam hukukçularının bütün kaynakları tek bir terim altında toplamış olduklarından bahsediyor. O da “Hukuki tasarruflar” terimidir. Bu terimi şöyle açıklıyor: Borç doğuran ve seri netice bağlanan her ameldir. Hukukî tasarrufları da kavli ve fiilî olarak iki kısma ayırıyor. Kavli tasarruf akit ve vakf, nezr, izinden sonra fuzulinin tasarrufu gibi benzer diğer tasarruflar. Fiilî tasarrufu da başkasının malını itlaf, gasb gibi tazminata sebep olan fiiller olarak değerlendiriyor. Bu tasnifi de Lübnan kanununda bulunan tasnifle karşılaştırıyor.

Yine çağdaş İslam hukukçu Ahmed ez-Zerkâ¹²⁷ borç doğuran kaynakları, “akit, tek taraflı irade, zararlı fiil, faydalı fiil ve kanun” olarak beşli bir tasnif olarak verdikten sonra Abdurrezzak Ahmed es-Senhurî¹²⁸’den naklen bir tasnif zikretmektedir. O da kaynakların hukuki olaya¹²⁸ ırca edildiği bir tasniftir. Hukuki olaylar genelden özele olmak üzere tabii veya ihtiyarî olur. İhtiyarî olaylar da maddi fiil¹²⁹ veya hukuki tasarruf olur. Hukukî tasarruflarda tek taraflı veya çok taraflı olur.

Bu tertibin, borç kaynaklarına tatbikini de şu şekilde yapmıştır.

Komşuluk, akrabalık, hastalık gibi tabii olaylar üzerine borç terettüb eder. Bu borçlar doğrudan kanuna dayanır. Kaynağı da kanundur.

İhtiyarî olaylar ise, iki kısma ayrılır. Birincisi hukukî tasarruftur. İster vakıf gibi tek taraflı, ister alım-satım akdi gibi çok taraflı olsun bunların kaynağı da hukuki tasarruftur.

¹²⁵ Karaman, II, 28; Aydın, Borç, s. 286.

¹²⁶ Mahmasanî, I, 31-34, Buradaki “şer’î” kelimesini “hukukî” diye tercüme ettik.

¹²⁷ Zerkâ, III, 86-92.

¹²⁸ Senhurî, “Şer’î vakıa”, “Zerka ise kanuni vakıa” terimlerini kullanıyorlar. Bu terimi Türkçe’ye “hukuki olay” diye tercüme ettik.

¹²⁹ Senhurî ve Zerkâ’nın kullandığı “a’mal” kelimesini fiil olarak tercüme ettik.

İhtiyari olayların ikinci kısmı ise maddi fiillerdir. Bunlarda iki alt gruba ayrılır. Başkasına zarar veren yasak fiiller. Bunlar zarar tazminini gerektirir. Nefsi ve malı itlaf gibi. Bu borcun kaynağı da doğrudan zarar veren maddi fiildir. Diğeri ise, birisinin, başkasının emriyle onun borcunu ödemesi, birisi birşeyi satın aldıktan sonra, satın aldığı şeyin başkasının malı olduğunu anlaması, borç kendisinin diye ödemesi sonra durumu anlaması durumlarında olduğu gibi sebepsiz olarak birisinin zenginleşmesi karşılığında birinin fakirleşmesi durumu borç kaynağıdır. Burada kaynak meşru fiildir.

Böylece borç kaynakları, akit, tek taraflı irade, haksız fiil, faydalı fiil ve kanun olmak üzere beş gruba ayrılır. Akit ve tek taraflı irade hukukî tasarruf içinde değerlendirilmiştir. Haksız fiil ve faydalı fiil maddi fiilleri oluşturmuştur. Maddi fiiller ile hukukî tasarruflar ihtiyari olayları oluşturuyor. Kaynağı doğrudan kanun olanlar ise tabii olayları oluşturur.

Hukukçu Vehbe Zuheylî¹³⁰ ise borç kaynaklarını, din, akit, tek taraflı irade, faydalı fiil ve haksız fiil olmak üzere beşli bir tasnif şeklinde zikretmiştir.

Türk modern hukukçuları ile İslam hukukçularının borçların kaynakları tasniflerini zikrettikten sonra gördük ki tasniflerde bir birlik yoktur. Çok çeşitli tasnifler yapılmıştır. Ama tasniflerin ortak noktaları da yok değildir. Hem bu ortak noktaları içinde barındıran hem de karışıklığa meydan vermeden kolayca anlaşılabilir bir tasnifi Abdullatif Muhammed Âmir¹³¹, Akit, tek taraflı irade, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve kanun olmak üzere tasnif etmiştir. Bizimde tercih ettiğimiz tasnif budur.

E- BERCUN İFASI VE İFA ETMEME

İfa borcun gayesidir¹³². Her borç münasebetinin tabii ve umumi hükmü, borçlunun mükellef bulunduğu edimi ifa etmesi, yerine getirmesinden ibarettir. Bu mükellefiyet, hem tek taraflı, hem karşılıklı akitlerde geçerlidir. Kanun veya hukuki muameleden doğan her borcun kaynağının gerektirdiği üzere ifası ve mevcut olan

¹³⁰ Zuheylî, Vehbe, İslam Fıkah Ansiklopedisi, (trc. Heyet), V, 23.

¹³¹ Abdullatif, Muhammed, ed-Düvün ve Tevsikuha, Kahire, 1984, s. 17.

¹³² Tunçomağ, I, 373.

hukukî bağın böylece ortadan kalkması gerekir¹³³. İfa, borcu sona erdiren sebeplerden biri olmasına rağmen, borcun hükümleri bölümünde işlenmiştir. Çünkü borcu sona erdiren diğer sebepler borçlanılan şeyler alacaklıya verilmediği takdirde borç ilişkisini bitirirler. İfa borçlanılmış şeyin alacaklıya verilmesidir. Bu şekilde de münasebeti bitiren bir sebeptir¹³⁴. Diğer bir ifade ile ifa, borcun normal bir şekilde sona ermesini sağlar¹³⁵.

İfanın gerçekleşmesinde çeşitli unsurlar rol oynar. Bunlar: Borçlu, alacaklı, borcun konusu, zaman ve yerdir¹³⁶.

İslam hukukunda borç münasebetlerinde mümkün olduğu müddetçe borçlunun, borcunu, kendi rızasıyla, zamanında, aynen ve taahhüdüne uygun ifa etmesi esastır. Bu esas mecelle'nin 53.maddesinde şöyle ifade edilmiştir:”Aslen ifası kaabil olmadığı halde bedeli ifa olunur”. Aslın ifasına edâ, bedelin ifasına kazâ denir¹³⁷.

Genellikle borçlular borçlarını kendi rızalarıyla öderler. Fakat borçlular arasında borçlarını kendi rızalarıyla ödemeyenler de çıkabilir. Kaynağı ne olursa olsun, borç yerine getirilmez veya borç münasebetine uygun bir ifa gerçekleşmezse “ifa etmeme”den bahsedilir. O halde “ifa etmeme” terimi, her türlü borca aykırılık hallerini içine alan bir genişliğe sahiptir¹³⁸.

¹³³ Karaman, II, 531.

¹³⁴ Tunçomağ, I, 273.

¹³⁵ Tekinay, s. 1581.

¹³⁶ Oğuzman-Öz, s. 183.

¹³⁷ Eda ve kaza terimleri hakkında bilgi verelim: Eda: İfası vacib olan şeyin aynını yerine getirmeye denir. Üç çeşittir: 1-Mahza kâmil eda: Meşru vasıfların tümünü kapsayan eda demektir. Gasbedilen malın aynını teslim. Alım-satım akdinde mebiin teslimi gibi. 2-Mahza kasır eda: Meşru vasıflardan bir kısmını kapsayan edadır. Misal mutlak bir alım-satım akdinde eski ayıba sahib olan mebiin teslimi. 3-Kazaya benzeyen eda: Bir yönüyle kazaya benzer. Misal: Başkasının hayvanını fuzulî olarak satmak gibi. Bu akit hayvan sahibinin iznine mevkuf olarak sahihtir. Fuzulî malı sahibinden satın alarak teslim eder. Malın aynını müşteriye teslim etmesi yönünden edadır. Mülkiyetin değişmesi yönünden kazadır. Kaza: İfası vacib olan şeyin misliyattan ise mislini, kıyemiyattan ise kıymetini ifa etmeye denir. Dört kısma ayrılır: 1-Kamil makul misliyle kaza: Mâna ve şekil olarak benzerliğini aklın kavradığı şeyin teslimi. Gasbedilen malın, misliyattan ise misliyle tazmin edilmesi. 2- Kasır makul misliyle kaza: Benzerliğini noksan olarak aklın kavradığı şeyin teslimi. Misal: Gasbedilen malın, kamil makul misliyle kazanın imkansız olduğu halde, kıymetiyle tazmin edilmesie gibi. 3-Gayri makul misliyle kaza: Benzerliği akıl ile idrak edilemeyen şeyin teslimi. Kısasın mal ile kazası gibi. 4- Edaya benzeyen kaza: Bir yönüyle edaya benzer. Bir kadın vasıfları belli olmayan altın bilezik mehri ile evlenmişse, koca altın bileziğin kıymetini verince bu ifa edaya benzeyen kaza olur. (Şakıru'l-Hanbeli, Usulu'l-Fıkhi'l-İslami”, Suriye, 1948, s. 72-78).

¹³⁸ Tekinay, s. 671.

Borçları ifa etmeme kavramına, borçlunun temerrüdü, ifa imkansızlığı ve kötü (ayıplı) ifa girer¹³⁹. Aslolan, borcun zamanında aynen ifasıdır. Fakat ifa gerçekleşmediği de olur. Bu durumda borçlunun şahsi veya malı cebri icraya konu olur. Bu konuyu genişçe inceleyeceğiz.

II-BORÇLU KAVRAMI

A)BORÇLUNUN TANIMI

Borçlu, alacaklı ile aralarındaki borç ilişkisi sebebiyle bir şey yapmakla mükellef olan tarafa denir¹⁴⁰.

B)BORÇLUNUN SORUMLULUĞU

Borçlunun, borcunu kendi isteği ile ve zamanında yerine getirmesi halinde -normal olarak- onun herhangi bir sorumluluğu söz konusu değildir. Fakat borçlu ifa durumunda bulunduğu edimi, vadesinde yerine getirmez veya anlaşma şartlarına uygun surette eda etmezse, alacaklının hakkını zorla elde etmesine imkan verilmesi gerekir. Bu imkanın tanınması, borçlu yönünden, onun sorumluluğunun ifadesidir. Borç ve sorumluluk birbirinin peşinden giden iki kavramdır. Borcun yerine getirilmediği anda sorumluluk ortaya çıkar¹⁴¹.

C)BORÇLUNUN MALİ DURUMU

İslam hukuku kaynaklarını incelediğimizde, borcunu ifa etmeyen bütün borçlulara aynı muamelede bulunulduğunu görmüyoruz. Borçluların malî durumu dikkate alındığını görüyoruz¹⁴². Cebri icra tedbirleri kişinin malî durumuna göre uygulanıyor¹⁴³. Bu uygulamalarla ilgili konuları incelediğimizde borçluların, malî durumlarına göre, ödeme gücü olan muktadir borçlu, ödeme gücü olmayan musır borçlu ve ödeme gücü olup olmadığı bilinmeyen, imkansızlığını iddia eden borçlu diye üç gruba ayırmak mümkündür.

Bu üç grup borçluya göre, cebri icra tatbikatları değişiklik gösterir¹⁴⁴.

¹³⁹ Oğuzman-Öz, s. 280-302.

¹⁴⁰ Tunçomağ, I, 2.

¹⁴¹ Feyzioğlu, I, 7-18.

¹⁴² Kasanî, VII, 173; İbn Rüşd, II, 324; İbn Kudame, IV, 488.

¹⁴³ bk.tez metni s. 54 vd.

¹⁴⁴ II. Bölümde, Borçlunun şahsı ile, malvarlığı ile sorumluluğu bölümünde ayrıntılı bilgi verilecektir.

Prof. Dr. Abdulkadir Şener¹⁴⁵, borçluları malî durumlarına göre, malî durumu iyi olup, borcunu vermek istemeyen ve sallayıp duranlar, müflis yani malî borcuna denk veya borcundan daha az olanlar ve mu'sır (ödeme imkânı olmayan) olup, ellerinde hiçbir şeyi olmayan borçlular olmak üzere üç gruba ayırıyor.

III-SORUMLULUK KAVRAMI

A)SORUMLULUĞUN TANIMI

Sorumluluğun Arapça karşılığı olan mes'uliyet, S.E.L kökünden türetilmiş, mazlum ve benzerlerinin haklarından dolayı istenilen şey¹⁴⁶, bir işin sonucu ve bir şeye terettüb eden netice¹⁴⁷ yine muâheze (karşıdaki kişiyi ayıplayıp, tenkid etmek) ve mücâzat (iyi veya kötü davranışın karşılığı suçların cezası, kabahatları cezalandırma) manalarını ifade eden bir sınaî masdardır¹⁴⁸. Kur'an-ı Kerim'de, aynı kökten gelen kelimelerin bu manayı ifade ettiklerine birkaç misal verelim: "...Allah'a andolsun ki, iftira etmekte olduğunuz şeylerden mutlaka sorguya çekileceksiniz"¹⁴⁹. "...Yaptıklarınızdan mutlaka sorumlu tutulacaksınız"¹⁵⁰. "... Uydurup durdukları şeylerden kıyamet günü mutlaka sorguya çekileceklerdir"¹⁵¹. "De ki, bizim işlediğimiz suçtan siz sorumlu değilsiniz, biz de sizin işlediğinizden sorulacak değiliz"¹⁵².

Günlük konuşma dilinde sorumluluk çeşitli anlamlara gelir. Meselâ sonuçları bakımından önemli bir görevi yüklenmek anlamında "falan işin sorumluluğunu ben taşıyorum" denir. Üstlenilen işin veya görevin gereklerini bilmek, hissetmek ve bu gereklere uygun olarak hareket etmek anlamında "sorumluluk şuuruna sahip olmak veya sorumluluk duygusuyla hareket etmek" denir. Nihayet sorumluluk bir başarısızlığın veya kötü bir davranışın sonuçlarına katlanma gereğini anlatır¹⁵³.

¹⁴⁵ Şener, Abdulkadir, "İslam Hukukunda Hacr", AİFD, XXII, 1978, s. 339.

¹⁴⁶ Ebu Sa'di Ceyb, el-Kamusu'l-Fıkhî Lüğaten ve Istılahen, Dimeşk, 1982, s.162.

¹⁴⁷ İbrahim Enis ve Arkadaşları, el-Mu'cemu'l-Vasıt, Tahran, ts., I, 413. Ayrıca parantez içleri için bk. Şafak, Ali, Hukuk Terimleri Sözlüğü, Ankara, 1992, muâheze ve mücâzat md.

¹⁴⁸ Ali el-Hafif, el-Mes'uliyetü'l-Medeniyye fi'l-Mizani'l-Fıkhî'l-İslamî, Mecellü'l-Buhûs ve'd-Dirasâti'l-Arabiyye, Kahire, 1973, s. 83.

¹⁴⁹ en-Nahl, 16/56.

¹⁵⁰ en-Nahl, 16/93.

¹⁵¹ el-Ankebût, 29/13.

¹⁵² Sebe, 34/25.

¹⁵³ Tekinay, s. 17.

Lügat manası ve günlük dilimizde kullanılan manalarını belirttiğimiz sorumluluk hukuk dilinde, birbirinden farklı iki anlama gelmektedir¹⁵⁴.

1- "...DEN Sorumluluk": Bir kişinin hukuk düzeninin koymuş olduğu genel davranış kurallarına veya özel bir hukukî ilişki –mesela sözleşme- ile yüklendiği bir borca aykırı davranan şahsın, bu davranışı ile verdiği zararı tazmin etme yükümlülüğünü ifade eder.

Genel davranış kurallarına aykırılık halinde haksız fiil sorumluluğundan; borca aykırılık halinde, borca aykırı davranıştan sorumluluk veya sözleşmeye aykırılık halinde akdî sorumluluktan bahsedilir¹⁵⁵. Haksız fiil sorumluluğuna akit dışı sorumluluk da denir¹⁵⁶. Bu sorumluluk tazminatın da kaynağıdır¹⁵⁷.

Biz sorumluluğun bu anlamı üzerinde durmayacağız. Sadece, bu kadar işaret etmekle yetineceğiz.

2- "...İLE Sorumluluk": Bu sorumluluğun tanımı şöyle yapılmıştır.

"Alacaklının hakkını elde edebilmek için el koyacağı malvarlığının hukukî durumuna sorumluluk denir"¹⁵⁸. Bu tanım sorumluluğu borçlunun malvarlığının hukukî durumu olarak tanımlamıştır.

"Borçlunun malvarlığına el koyabilme iktidarını ifade eden sorumluluğa "ile sorumluluk" denir"¹⁵⁹. Bu tanım sorumluluğu alacaklının borçlunun malvarlığına el koyma iktidarı olarak tanımlamıştır.

"İle sorumluluk" borcunu tam veya gereği gibi yerine getirmeyen borçlunun malvarlığına alacaklının yetkili devlet organları aracılığıyla el koyması durumunu ifade eder¹⁶⁰. Bu tanımda el koyma durumu olarak tanımlamıştır.

Sorumluluk, bir şahsın veya bir aynın bir borcu te'min etmesidir¹⁶¹. Bu tanımdaki şahıs, borçlunun kendisi veya kefildir. Ayn ise rehindir. Borcu ödenmediği

¹⁵⁴ Feyzioğlu, I, 19; Tekinay, s. 17; Eren, II, 2, Oğuzman-Öz, s. 13.

¹⁵⁵ Tunçomağ, I, 268, 269; Feyzioğlu, I, 441; Tekinay, s. 17; Eren, II, 2; Oğuzman-Öz, s. 14.

¹⁵⁶ Eren, II, 2.

¹⁵⁷ Feyzioğlu, I, 441; Eren, II, 2; Oğuzman, s. 14.

¹⁵⁸ Tunçomağ, I, 22.

¹⁵⁹ Tekinay, s. 21.

¹⁶⁰ Eren, II, 2.

¹⁶¹ Koschaker, s. 185.

zaman alacaklı şahsa ve ayna el uzatabilir. Yukarıdaki tanımlar, sorumluluğu icra yönünden ele almış, tanımlamışlardır. Bu tanım ise borcun teşekkülü anındaki teminat olması bakımından ele almıştır.

Zira sorumlu olan neyse cebri icrada ona yönelik olur¹⁶². Sorumlu olan şahıs ise icra şahsa yönelik olur. Malvarlığı ise malvarlığına yönelik olur.

Sorumluluğu hem teminat hem de borçlunun malvarlığına el koyma şeklinde tanımlayan Prof. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz'ün tanımı şöyledir:

“Borçlunun malvarlığının borcunun teminatını teşkil etmesi ve borcunu ifa etmemesi halinde borçlunun malvarlığına başvurularak alacağın zorla (cebri icra yolu ile) yerine getirilme imkanına “...ile sorumluluk” denilir¹⁶³.

Bu tanım sorumluluğu teminat ve malvarlığına el koyma şeklinde, diğerlerinden daha kapsamlı, ortaya koymuştur.

Klasik İslam Hukuku kaynaklarında sorumluluk (mesuliyet) terimi kullanılmamaktadır. “...Den sorumluluk” karşılığı olarak daman¹⁶⁴, garamet¹⁶⁵ gibi terimler kullanılır. Çağdaş İslam hukuku alimleri¹⁶⁶ sorumluluk (mesuliyet) terimini kullanırlar.

“...ile sorumluluk” anlamında sorumluluk terimini de klasik fıkıh kitaplarında göremeyiz. Fakat sorumluluk uygulamalarının çeşitli başlıklar altında

¹⁶² Rado, Cebri İcra, s. 230.

¹⁶³ Oğuzman-Öz, s. 13.

¹⁶⁴ Ali el-Hafif, s. 83; Aktan, Hamza, “Daman” maddesi, DİA, VIII, İstanbul, 1993, s. 451.

¹⁶⁵ Ali el-Hafif, s. 83; Bardakoğlu, Ali “Garamet” maddesi, DİA, XIII, İstanbul, 1996, s. 359.

¹⁶⁶ Hasebullah, Hasan, es-Şeriatu'l-İslamiyye ve'l-Kanunu'l, İngiliz, Mecelletü'l-Ezher, Kahire, 1976, s. 7; Senhurî, Abdurrezzak, Mesadru'l-Hak fi'l-Fıkhı'l-İslami, Kahire, 1967, VI, 138 vd.; Huseynî, Abdulatif, el-Mes'uliyetü'l-Medeniyye, Beyrut, 1987, s. 104 vd.

işlendiğini görmekteyiz. Mesela. Kitabu'l-Mûdâyenet¹⁶⁷, teflis¹⁶⁸, iflas¹⁶⁹, hacir¹⁷⁰, hapis¹⁷¹, müflis¹⁷² gibi.

Biz klasik fıkıh kitaplarında bu başlıklar altında incelenmiş olan ve modern Borçlar hukukunda "...ile sorumluluk" diye tanımlanan konuları daha sonra ayrıntılı olarak ele alacağız. Şimdi bu kadar işaret etmekle yeteniyoruz.

B) SORUMLULUĞUN HUKUKİ DAYANAĞI

1- Kur'an-ı Kerim

Bizim incelediğimiz sorumluluğun Arapça karşılığı olan mesu'liyet teriminin kökünden türetilmiş çeşitli kelimeler Kur'an-ı Kerim'de bulunmaktadır¹⁷³. Fakat bu ayetlerde "kişilerin yaptıkları şeylerin bir karşılığının olacağı" anlatılmaktadır. Bu anlam ise bizim işlediğimiz konuyla teknik olarak ilgili değildir. Ancak şu bakımdan ilgili olabilir. Borcu ifa etmemek iyi bir davranış değildir. Hukuka aykırı bir davranıştır. Bu davranış, karşılıksız kalmamalıdır. Belirttiğimiz ayetler vb. Bu sonucun, hukukî dayanağı olmaya elverişlidir.

Diğer taraftan Kur'an-ı Kerim'den, borçların ifa edilmesinin gerektiğine dair ayetleri şöyle sıralayabiliriz.

"Allah size, mutlaka emanetleri ehline vermenizi ve insanlar arasında hükmettiğiniz zaman adaletle hükmetmenizi emreder..."¹⁷⁴. Bu ayeti, Kurtubî ahkâmın anası olarak değerlendiriyor ve hükmün, ayetin sebebi nüzuluna has olduğunu savunanlar olduğunu fakat bütün emanetler konusunda umum ifade ettiği konusunda icma olduğunu belirtiyor¹⁷⁵. Cassas da umum ifade ettiğini ve bütün

¹⁶⁷ Tahavî, Ahmed b. Muhammed b. Sellame, el-Muhtesar, Kahire, h. 1370, s. 95.

¹⁶⁸ Şafii, Ebu Abdillâh, Muhammed b. İdris, el-Ümm, 1968, III, 179.

¹⁶⁹ İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed b. Said, el-Muhalla, Mısır, 1969, VIII, 638; İbn Rüşd, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed, Bidayeti'l-Müctehid ve Nihayeti'l-Müktesid, 1975, II, 324; Bacî, Ebu'l-Velid Süleyman b. Halef, el-Endülüsî, el-Münteka Şerhu Muvatta, Beyrut, 1983, V, 81.

¹⁷⁰ Serahsî, Şemsü'l Eimme Ebu Bekir, Muhammed b. Ebi Sehl, Beyrut, ts.,163; Kasanî, Alaüddin, Bekr b. Mes'ud, Bedaiu's-Senai fi Tertibi'l-Şerâi, Beyrut, 1982, VII, 169.

¹⁷¹ İbn Hazm, VIII, 624; Serahsî, XX, 88; Merginani, Burhaneddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebi Bekr, el-Hidaye Şerhu Bidayeti'l-Mübtedi, İstanbul, 1991, III, 104.

¹⁷² İbn Kudame, Ebu Muhammed b. Abdillâh b. Ahmed el-Muğni, Beyrut, 1972, IV, 455.

¹⁷³ Mesela: en-Nahl, 16/56, 93; el-Ankebût, 29/13; Sebe, 34/25; el-Enbiya, 21/23.

¹⁷⁴ en-Nisa, 4/58.

¹⁷⁵ Kurtubî, V, 256.

mükellefiyetleri kapsadığını belirtiyor¹⁷⁶. Ayrıca emanet, sahibinin izniyle alınan veya menfaat için sahibinin izniyle alınan herşey diye de tanımlanmıştır¹⁷⁷. Bu açıklamalardan anlaşılın borçların da emanet olarak değerlendirileceği ve ifa edilmelerinin gerektiğidir.

“Ey iman edenler akitleri ifa ediniz...”¹⁷⁸.

Buradaki akitler, ister şahıs ile olsun, ister Allah ile olsun borç doğuran bütün akitleri kapsar¹⁷⁹. Bu ayet akitlerin ifasınının, nedbine delil yoksa, vucubuna delildir¹⁸⁰.

“...Anlaşma yaptığınız zaman, Allah’ın ahdini yerine getirin ve Allah’ı üzerinize şahit tutarak, pekiştirdikten sonra yeminleri bozmayın...”¹⁸¹.

Bu ayetin de, lisanla akdedilen ve insana borç yükleyen herşey konusunda umum ifade ettiğii kabul edilmektedir¹⁸². Ayet-i kerimeye göre borçlar, Allah’ı üzerine şahit tutarak yaptığımız ahitlerin sonucudur. Borçlar mutlaka ödenmelidir.

“Yine onlar (o mü’minler) ki, emanetlerine ve ahitlerine riayet ederler”¹⁸³.

Emanet ve ahd, dünya veya din işi olsun; söz olsun, fiil olsun insanın yüklendiğii herşey demektir. Bu insan ilişkisinin ve vaadlerinin hepsini kapsar¹⁸⁴. Tabii olarak borçlar da bu “herşey” içindedir. Böylece borçları ifa etmeyi Allah Teala mü’minin vasfı olarak belirtmiş oluyor.

Kur’an-ı Kerim’de anlaşmazlıkların Allah’a ve Rasülü’ne götürüleceğii, arzularla çözümlenemeyeceğii belirten ayetler vardır. Buradan hareketle, borçların zamanında ifa edilmemesinden dolayı vuku bulacak anlaşmazlıkların da Kur’an ve Sünnet hakemliğinde çözümleneceğii sonucuna ulaşırız. Burada Allah’ın hakimliğii, onun ayetlerine, Rasüüllah’ın hakemliğii de onun sünnetine ve halifelerine müracaat

¹⁷⁶ Cassas, Ebu Bekr Ahmed b. Ali er-Razî, Ahkamu’l-Kur’an, Beyrut, 1985, II, 207.

¹⁷⁷ İbn Arabi, Ebu Bekr Muhammed b. Abdillâh, Ahkamu’l-Kur’an, Beyrut, 1967, I, 449.

¹⁷⁸ el-Maide, 5/1.

¹⁷⁹ Kurtubî, VI, 32; Elmalılı, Hamdi Yazır, Hak Dini Kur’an Dili, İstanbul, 1982, III, 1548.

¹⁸⁰ Cassas, II, 527, 528; Kurtubî, VI, 31; Elmalılı, III, 1547.

¹⁸¹ en-Nahl, 16/91.

¹⁸² Kurtubî, X, 169.

¹⁸³ el-Mü’minun, 23/8.

¹⁸⁴ Kurtubî, XII, 107.

etmektir¹⁸⁵. Bu görevi bugün mahkemeler yapabilir. Biz bu konuyla alakalı ayetleri şöyle sıralayabiliriz:

-“Ey İman edenler! Allah’a itaat edin. Peygamber’e ve sizden olan ulüemre (idarecilere) de itaat edin. Eğer bir hususta anlaşmazlığa düşerseniz, Allah’a ve Ahiret gününe gerçekten inanıyorsanız, onu Allah’a ve Resul’e götürün, bu hem hayırlı, hem netice bakımından daha güzeldir¹⁸⁶.

Buradaki anlaşmazlık, mü’minler arasında, mü’minlerle ulüemir arasında olabilir¹⁸⁷. Böylece hem şahsa karşı, hem de devlete karşı olan borçların ödenmemesi halinde, vuku bulacak anlaşmazlığın Allah’a ve Rasulüne götürüleceği gereği ortaya çıkıyor.

-“Hayır, Rabbine andolsun ki aralarında çıkan anlaşmazlık hususunda seni hakem kılıp, sonra da verdiği hükümden içlerinde hiçbir sıkıntı duymaksızın (onu) tam manasıyla kabullenmedikçe iman etmiş olmazlar...”¹⁸⁸. Bu ayette anlaşmazlığın Rasûlullah’a götürülmesi emrediliyor.

Kur’an-ı Kerim’de malî durumu kötü olan borçluya mühlet verilmesi gerektiğini belirten ayet de vardır:

“Eğer (borçlu) darlık içinde ise, eli genişleyinceye kadar ona mühlet vermek (gerekir)...”¹⁸⁹.

Bu ayetin hükmünün, yani ödeme gücü olmayan borçluya mühlet vermenin gerektiği, faiz borçlarına has olduğu yönünde İbn Abbas ve Şurayh gibi alimlerin görüşü vardır. Fakat, Ebu Hüreyre, Mücahid, Hasan ve bütün fakihlere göre bütün borçlar konusunda umum ifade eden bir ayettir¹⁹⁰. Kurtubi’ye göre bu ayet borçluya karşı alacaklının mütâlebe hakkının sübutuna, borçlunun rızası olmaksızın malından, alacaklının almasının caiz olduğuna ve borçlu, imkanı olduğu halde, ödemekten imtina etmesi halinde zalim olacağına delildir. Çünkü “ana para sizindir” buyuruyor. Bu ana parayı mütalebe hakkını sabit kılar. Mütalebe hakkında olunca borçlu için

¹⁸⁵ Elmalılı, II, 1378.

¹⁸⁶ en-Nisa, 4/59.

¹⁸⁷ Elmalılı, II, 1378.

¹⁸⁸ en-Nisa, 4/65.

¹⁸⁹ el-Bakara, 2/280.

¹⁹⁰ Razî, Fahreddin, et-Tefsîru’l-Kebir, III, 110; Kurtubî, III, 372.

borcunu ödemekten başka çare olmadığı ortaya çıkar¹⁹¹. Böylece bu ayetin hem zamanında ifanın gerektiğine, hem de malî durumu kötü olana mühlet vermenin gerektiğine delâlet ettiğini görüyoruz.

Yine Kur'an-ı Kerim'de borçlulara zekattan pay verilmesi¹⁹² zikredilerek, yardım edilmesi, gereğine dikkat çekiliyor.

Sonuç olarak şöyle diyebiliriz: Kur'an-ı Kerim'de borçların ödenmesi gerektiği, ödenmemesi halindeki anlaşmazlığın kaza mercilerine götürülmesinin gerektiği ve nihayet borçlunun malî durumu kötü ise ona mühlet vermenin ve ona yardım etmenin gerektiği hükümleri vardır.

2-Hadisler

Hadislerde ise konuyla alakalı daha detaylı bilgiler/hükümler vardır. Bu hadisleri şu şekilde sınıflandırabiliriz.

Hz. Peygamber, ümmeti borç konusunda sakındırmıştır. Tabiki borç sosyal bir ihtiyaçtır. Bugün borçla alış-veriş yapmak eskiye nazaran daha yaygındır¹⁹³. Fakat ödeyemeyecek kimselerin borçlanması da ümmet arasında nizaya sebep olduğu bir gerçektir. Kanaatimce sakındırılan borçlanma da budur. Kamil Miras'ta sakındırmanın sebebini bizatihi borç değil, borca tereddüp eden bir sürü gâile olarak açıklıyor¹⁹⁴. Mesela: Hz. Aişe (RA) Peygamberimizin her namazdan sonra şöyle dua ettiğini rivayet ediyord: “-“Ya Rab! Günahın, borçtan sana sığınırım”. Hz. Aişe “- Ya Rasülullah! Hiçbir şeyden istiâzeniz (sakınmanız), borçtan istiâzeniz kadar çok olmadı” demiş de Rasülullah: “Kişi borçlandığı zaman, konuşunca yalan söyler. Va'deder ve va'dini yerine getirmez”, buyurmuştur¹⁹⁵.

¹⁹¹ Kurtubî, III, 371.

¹⁹² et-Tevbe, 9/60.

¹⁹³ Atar, s. 74 (Zerka, “Mumatale” Mecelletü Ebhâsi'l-İktisadi'l-İslâmî, 1985'den naklen).

¹⁹⁴ Miras, Kamil, Sahih-i Buhârî Muhtasar-ı Tecrid-i Sarih Tercümesi ve Şerhi, Ankara, 1984, VII, 286.

¹⁹⁵ Buhârî, Ebu Abdillâh el-Muğîre, es-Sahih, İstanbul, ts., Ezan, 149.

Muğire b. Şu'be (RA)'den şöyle rivayet edilmiştir: Resulüllah (SAV) buyurdu ki: "Allah size analara isyanı, kızları diri diri defni, verilecek borcun verilmemesini, verilmeyen bir şeyin alınmasını haram kıldı"¹⁹⁶.

Seleme b. Evka'dan şöyle rivayet edilmiştir: Biz Nebi (SAV)'ın huzurunda oturuyorduk. Bir cenaze getirildi. Cenaze sahiplerine, Resulullah (SAV) ölünün borcu olup olmadığını sordu. Hayır cevabını alınca da, dünyalık bırakıp bırakmadığını sordu. Yine hayır cevabı verilince, cenaze namazını kıldı.

Sonra yine bir cenaze getirip, cenaze namazını kılmasını istediler. Rasulüllah (SAV)'ta yine ölenin borcunun olup olmadığını sordu. Evet cevabını alınca, bir dünyalığı olup olmadığını sordu. Üç dinar mal bıraktığını öğrenince cenaze namazını kıldı.

Daha sonra üçüncü bir cenaze getirildi. Dünyalık bırakıp bırakmadığını sorunca, bırakmadığını söylediler. Borcunu sorunca da üç dinar borcu olduğunu öğrendi. Bunun üzerine Rasulüllah (SAV): "Arkadaşınıza namaz kılınız", buyurdu. Bunu duyan Ebu Katade "Ya resulellah! Onun cenaze namazını kılınız, ben ona kefilim" dedi. Peygamberimiz'de (SAV) cenaze namazını kıldı¹⁹⁷

Rasulüllah'ın (SAV) borçlu olan kimsenin üzerine cenaze namazı kılmamasının sebebi, ümmeti hayattayken borcu ödemeye teşvik etmek olarak açıklandığını görüyoruz. Ayrıca Resulüllah'ın bu uygulaması İslamın ilk devirlerine mahsus bir uygulamadır. Daha sonra fetihler sonucu elde edilen ganimetlerle beytülmalın gelirlerinin artmasıyla Resulüllah borçlu ölenlerin borçlarını ödemeyi bizzat kendisinin üzerine aldığı, ifa ettiğini ve cenaze namazını kaldığı bilgileri bize gelmiştir. Ebu Hüreyre'den rivayet edilmiştir ki: Resulüllah'a (SAV) borçlu cenaze getirildiği zaman, "ödeyecek mal bıraktı mı?" diye sorardı. Eğer ödeyecek mal bırakmışsa namaz kılardı. (Bırakmamışsa) "arkadaşınızın namazını kılın" diye buyururdu. Fetihleri Allah nasib edince: "Ben müminlere kendilerinden daha

¹⁹⁶ Buhari, İstikraz, 19.

¹⁹⁷ Buhari, Havalât, 3.

yakınım. Herhangi bir mü'min ölürken borç bırakırsa, onu ödemek bana aittir. Mal bırakırsa, bu da veresesinindir"¹⁹⁸ buyurdu¹⁹⁹.

Rasülüllah, borçların zamanında ifa edilmesine ve güzel ifaya büyük önem vermiştir. Bu hususu birçok hadislerinde görmemiz mümkündür. Bunlardan birkaçını sıralayalım:

Ebu Hureyre'den rivayet edilmiştir ki: Resülüllah'a, bir bedevi husumetle gelerek, devesini istemişti. Ashab bu bedeviye kavlen ve fiilen haddini bildirmek istemişlerse de Rasülüllah (SAV): "Bu adamı bırakınız, her hak sahibinin, hakkını isteme hakkı vardır" buyurmuş, sonra da devesi yaşında bir deve veriniz, diye emretmiş. Ashab: Ya Rasülellah! O yaşta deve bulamıyoruz. Ancak onun devesinden daha değerli bir yaşta deve vardır, demişlerdir. Bunun üzerine Rasülüllah (SAV): "Bunu veriniz. Sizin en hayırlınız borcunu en güzel şekilde ödeyeninizdir"²⁰⁰ buyurmuştur.

Sevban (ra)'den rivayet edildiğine göre Rasülüllah (SAV): Her kim üç şeyden: Kibirden, ganimet malına hıyanetten, borcundan uzak olarak ölürse cennete dahil olur²⁰¹.

Ebu Zerr el-Gıfârî (ra)'den rivayet edilmiştir ki, ben bir seferde Nebi (SAV) ile beraber bulundum. Dönüşte Rasülüllah (SAV) Uhud Dağı'nı görünce: "Benim için Uhud'un altın olmasını, ondan (mesela) bir dinarın üç günden fazla yanımda beklemesini arzu etmem. (O) bir dinarı (da) ben, yalnız borç ödemek için hazırlamak isterim" buyurdu..."²⁰².

"Ariyet yerine verilecek,kefil tazmin edecek ve borç ödenecektir"²⁰³.

"El, aldığı kadar ödeyinceye kadar mesuldür"²⁰⁴.

¹⁹⁸ Müslim, Ebu Hüseyin Müslim b. Haccac en-Neysaburî, es-Sahih, İstanbul, 1955, Feraiz, 4; Ebu Davud, Süleyman b. Eş'as es-Sicistanî el-Ezdî, es-Sünen, Beyrut, ts.,Buyu', 8.

¹⁹⁹ Miras, VII, 70, 71; Erdoğan, Mehmet, İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi, İstanbul, 1990, s. 83.

²⁰⁰ Buhârî, İstikraz, 4; Ebu Davud, Buyu', 10.

²⁰¹ Tirmizî, Ebu İsa Muhammed b. İsa b. Servet, es-Sünen, Beyrut, ts.,Siyar, 21; İbn Mace, Ebu Abdillan Muhammed b. Yezid el-Kazvini, es-Sünen, Sadakat, 12.

²⁰² Buhârî, İstikraz, 3.

²⁰³ Tirmizî, Bûyu,39; İbn Mace, Sadakat, 9.

²⁰⁴ Tirmizî, Buyu', 39.

Yine Peygamberimizin (SAV) hadislerinde borcunu ödemeye niyet edenlere Allah'ın kolaylık vereceği müjdesini vermektedir. Bunlardan birkaçını sıralayalım:

Ebu Hüreyre'den rivayet edilmiştir ki, Nebi (SAV) şöyle buyurdu: "Her kim halkın malını ödemek niyetiyle alırsa, Allah o kimseye ödemeyi müyesser kılar. Her kim de halkın malını itlaf etmek kasdıyla alırsa, Allah telef ettirir"²⁰⁵.

-Hz. Aişe (RA)'den rivayet edilmiştir ki²⁰⁶: Aişe (ra) bir kere borç almış da kendisine Ey mü'minlerin annesi! Ne cesaretle borçlanıyorsun? Ödeyecek malın yoktur, denilmiş. Hz. Aişe (ra): Ben her zaman Rasülüllah'ın (as): Borcunu ödemek niyyetinde bulunan hiçbir kul yoktur ki, elbet ona Allah tarafından yardım olur" buyurduğunu işittim²⁰⁷.

Abdullah b. Cafer'in istidane alışkanlığı varmış. Bunun sebebi kendisinden sorulduğunda, Abdullah: Ben, Resulüllah (SAV)'ın: "Borçlu ödeyinceye kadar Allah, borçlu ile beraberdir" buyurduğunu işittim, diye cevap vermiştir²⁰⁸.

Ebu Ümame (ra)'dan rivayet edildiğine göre, Resülüllah (SAV): "Her kim gönlünde ödemek niyyeti olarak borçlanırsa sonra borcunu ödeyemeden ölürse Cenab-ı Hak onun borcundan vazgeçer de alacaklısını dilediği ıvazı vererek razı eder. Her kim de bir borç borçlanırsa gönlünde ödeme arzusu bulunmayarak ölürse, Cenab-ı Hak kıyamet gününde bu borçludan gariminin hakkını alır"²⁰⁹ buyurmuştur.

Peygamberimiz borcunu gücü yetmediği için ödemeyen borçluya mühlet veren ve yardım eden kimseleri de övmüş ve müjdelemiştir. Mesela:

Cabir b. Abdilllah'dan rivayet edilmiştir ki Resülüllah (SAV): -"Satarken, alırken, alacağını talep ederken, borcunu edâ ederken sehâ (ve suhulet) gösteren kimseye Allah rahmet eylesin" buyurdu²¹⁰.

²⁰⁵ Buhârî, Zekât, 18; İstikraz, 2; İbn Mace, Sadakât, 11.

²⁰⁶ Hakim'in bu rivayeti, Ebu Hüreyre hadisini açıklar niteliktedir.

²⁰⁷ Hakim, Ebu Abdilllah Muhammed b. Abdilllah en-Neysaburi, el-Müstedrek, Beyrut, 1990, II, 26. bk. Miras, VII, 272.

²⁰⁸ İbn Mace, Sadakât, 10; Darimî, Ebu Muhammed b. Abdilllah b. Abdirrahman b. Fadl, es-Sünen, byy., ts., Buyu', 55.

²⁰⁹ Hakim, II, 28.

²¹⁰ Buhârî, Buyu', 16.

Huzeyfe b.Yeman'dan rivayet edildiğine göre, Nebi (SAV) şöyle buyurdu: "Sizden evvel geçen milletlerden (semahatli) bir kişi ölmüştü. Melekler karşılayarak, dünyada bir hayır işledin mi? diye sormuşlar. Bu kişi: Ben halka mal satardım. Hadimlerime: Fakir borçluya mühlet verin, zengin borçluya da müsamaha ediniz, şeklinde emrederdim, diye cevap vermiş. Bunun üzerine Cenab-ı Hak onu affetti"²¹¹.

Ebu Katâde'den rivayet edilmiştir ki, Rasûlullah (SAV): "Kıyamet günü zorluklarından Allah'ın kendisini kurtarmasını isteyen kimse, sıkıntı ve acz halinde olan borçluya mühlet versin yahut alacağından(kısmen veya tamamen) vazgeçsin"²¹² buyurdu.

Peygamberimiz ödeyebilecek güçte olan kimsenin borcunu ödememesini de zulüm olarak değerlendiriyor. Mesela: "Zengin borçlunun borcunu geciktirmesi zulümdür."²¹³

-"Ödeme gücü bulunan bir kimsenin, borcunu ifa etmeyip geciktirmesi (zulüm ve haksızlıktır; bu davranış, onun) kınanmasını ve cezalandırılmasını helal kılar"²¹⁴.

Bu hadislerin incelenmesinden çıkan sonuç şudur: Peygamberimiz (SAV) ödenmeyecek borçtan insanları sakındırmıştır. Zamanında ödenmeye niyet edilen borçların ödenmesine Allah Teala'nın yardım edeceği müjdesini vermiştir. Ve nihayet borcunu ödemeye çalışan fakat ödeme gücü olmayan borçluya da mühlet verilmesini tavsiye etmiştir. Bütün bu uyarı ve tavsiyelerinin yanında borcunu ödeme gücüne sahip olupta borcunu ödemeyen kimsenin bu hareketini de zulüm olarak değerlendirmiştir.

Hukukî dayanak olarak icma ve ictihadları ikinci bölümde inceleyeceğimiz için burada incelemeyi uygun bulmadık.

²¹¹ Buhârî, Buyu', 17, 18.

²¹² Müslim, Musakât, 6.

²¹³ Ebu Davud, Buyu', 9.

²¹⁴ Buhârî, İstikraz, 13; Ebu Davud, Akdiyye, 29.

C) SORUMLULUĞUN ÖNEMİ VE GAYESİ

Borç münasebetleri insanlık tarihi kadar eskidir. Borçlar, normal hallerde borçlunun iradesi ile ifa edilir. Ancak toplumlarda borçluların borçlarını savsakladığı veya ifa etmediği zamanlarda hep var olagelmıştır. İşte bu durumlarda borcun ödenmesi, sadece borçlunun kendi iyi niyetine bırakılmış olsaydı, alacaklının durumu çok kararsız ve zayıf olurdu. Bu sebepten, alacaklıya alacağını zorla ele geçirmek imkanının tanınması zaruridir; alacaklı borçluya ait herhangi bir şey üzerine el koyabilmeli ve hakkını zorla elde edebilmelidir. İşte alacaklının hakkını elde edebilmek için el koyacağı malvarlığının hukuki durumuna sorumluluk denir²¹⁵.

Diğer taraftan borçların ödenmemesi toplumun huzurunu da ihlal eder. Çünkü insanlarda hak bildikleri şeyi kendi kendine korumak arzusu insiyakidir. Bir kimse kendine ait malı elinden çıkarmak istemez. Başkasının eline geçince de zorla almak ister. İşte fertlerin, haklarını elde etmek için kendi ellerinde bulunan kuvveti kullanmalarına ihkak-ı hak veya hususi himaye sistemi denir²¹⁶. İhkakı hak şeklinde hakkını alan fert lüzumsuz tazyik vasıtasına müracaat edeceği için ve didia ettiği hakkın mevcut olduğu da kesin olmadığından dolayı toplum düzenini ve huzurunu bozar²¹⁷.

Yine alacaklı korunmazsa ülkede kredi imkanları azalır. Bu azalma ekonomik düzeni bozar. Ülkede borçlarını vermemenin kolayını bulanların çoğalmasa umumi menfaatler namına tehlikelidir. Borçlunun taahhütleri ölü halde kalmamalı , alacaklı azami bir kolaylıkla alacağını alabilmelidir²¹⁸. Aksi halde borç verecek insan bulmak zorlaşır. Gerek ticari hayatta gerekse ticari hayatın dışında günlük hayatta borç şeklindeki yardımlaşma zaafa uğrar. Bu durum toplum dayanışmasına ve kaynaşmasına da zarar verir.

Borçlunun malvarlığının borcunun teminatını teşkil etmesi ve borcunu ifa etmemesi halinde borçlunun malvarlığına başvurularak zorla yerine getirilme imkanı anlamındaki sorumluluk, bir yandan, alacaklının, kendi güç ve kuvveti, kendinin seçeceği bir icra vasıtasıyla zorla hakkını almanın önüne de geçiyor. Diğer taraftan

²¹⁵ Tunçomağ, 22, 23.

²¹⁶ Umur, s. 189.

²¹⁷ Belgesa.y, s.5.

borçlunun gücü yettiği halde, borcunu ödemeyerek alacaklıyı zarara uğratması önleniyor. Ayrıca borcun ödenmemesi durumunun yaygınlaşmasını önleyerek toplum dayanışma ve huzurunun sürekliliğini koruyor.

Böylece borcun sukûtnun ve borç ilişkisinin sona ermesinin en tabii yolu olan ifanın gerçekleşmesini sağlıyor.

Sorumluluk borcun müeyyidesidir. Borcunu ödemeyen borçlu bu müeyyideye çarpar. Alacaklı da bu sayede hakkını almak imkanına kavuşur²¹⁹. Demek ki, sorumluluğun gayesi alacaklının alacağına kavuşmasıdır.

D) BORÇ-SORUMLULUK İLİŞKİSİ

Borç ile sorumluluk ilk dönemlerden bu tarafa beraber anılan iki kavramdır. Bunlar çok eski devirlerde ayrı ayrı muamelelerde tesis ediliyorlardı²²⁰. Sorumluluk, alacaklıya, kendisine yabancı olan hukuk alanına el uzatmak hakkını tanıdığından, bu muamelenin, sorumluluğun doğumu için şekle bağlı bulunması icab ediyordu. Fakat modern hukukta, bugün “bir borç altına giren, sorumluluktan kurtulacağı kararlaştırılmış olmadıkça sorumludur²²¹, anlayışı hakimdir. Yani ayrı bir muameleye gerek olmadan her borcun –tabii borçlar hariç-²²² sorumluluğu vardır.

Borçlunun, borcunu kendi isteğiyle ve zamanında yerine getirmesi halinde -normal olarak- onun herhangi bir sorumluluğu söz konusu değildir. Fakat borçlu ifa durumunda edimi, vadesinde yerine getirmez veya anlaşma şartlarına uygun şekilde eda etmezse, alacaklının hakkını zorla elde etmesine imkân verilmesi gerekir. Bu imkânın tanınması borçlu yönünden, onun sorumluluğunun ifadesidir. Borç ve sorumluluk, birbirinin peşinden giden iki kavramdır. Borcun yerine getirilmediği anda sorumluluk ortaya çıkar. Borç ilişkisinin müeyyidesi sorumluluktur. Borçlu ve borçlunun sorumluluğu kavramları birbirinden ayrılmayan, birbirini tamamlayan iki kavramdır. Borcunu zamanında ve tam olarak yerine getirmeyen borçlu sorumluluk dediğimiz bu müeyyideye çarpar²²³.

²¹⁸ Belgesay, I, 7.

²¹⁹ Feyzioğlu, I, 49.

²²⁰ Rado, Roma Hukuku, s. 8.

²²¹ Koschaker, s. 186.

²²² bk. tez metni, s. 43 vd.

²²³ Feyzioğlu, I, 17, 18, 19.

Hatta sorumluluk, borcun o kadar tamamlayıcısıdır ki borç ve sorumluluk her zaman bir arada bulunur ve bu yüzden borç çoğu zaman sorumluluk kelimesi ile ifade olunur²²⁴.

Yine Alman Cermanistlerinin araştırmalarının sonucunda ortaya konulan nazariyeye göre, borç, borç ve sorumluluk denen iki unsurdan ibarettir. Borç borçlunun bir şey eda edeceğini, alacaklının eline bir şey geçeceğini gösterir. Sorumluluk ise borç eda edilmediği zaman ne olacağını bildirir²²⁵.

Burada Prof. Türkan Rado'nun borç-sorumluluk ilişkisine dikkat çeken bir yorumunu zikretmek istiyoruz. Rado, Roma hukukunda bulunan "Borç (obligatio) öyle bir hukuki bağıdır ki onunla sitemizde cāri olan hukuk mucibince, bir kimseye karşı bir şeyi ifa ile mükellef tutuluruz" şeklindeki tanımı izah ederken şöyle diyor: "Bu metinde dikkat nazarını çeken taraf, borcun mecazi bir mâna ile borçluyu alacaklıya bağlayan bir hukuki bağa, zincire benzetilmesidir. Esasen obligatio kelimesinin aslı rapletmek, bağlamak manasına gelen ligare'dir. En eski devirlerden beri borç mefhumu Romalıların zihninde bir bağ, daha doğrusu iki kişinin birbirine bağlanması fikrini uyandırmıştır. Nitekim borcun ifası için kullanılan solvere ve solutio kelimeleri de asıllarında bir bağın, bir düğümün çözülmesi manasını taşımaktadır. Borç münasebeti borçluyu alacaklıya bağladığı gibi, borcun ifası da bu baği çözmekte, borçluyu kurtarmaktadır. Borç münasebetinin mecazi bir mana ile bir zincire benzetilmesinde Roma'nın eski devirlerinde alacaklıların borcunu ödemeyen borçlularına vurdukları zincirin hatırasını aramak belki de yersiz olmaz"²²⁶.

Roma hukukunda zincire vurma vb. uygulamalar, şahıs ile sorumluluk uygulamalarıydı. Borcunu ödemeyen bu sorumluluk uygulamasına çarpıyordu. Çağdaş hukuklarda da borç tanımlanırken "bağı" kavramı kullanılmaktadır. Demek ki, sorumluluk uygulaması olan zincire, bağa vurma, borç tanımını bile şekillendirmiştir. Hatta obligatio (borç) bağlamak manasında olduğu için, bu zincire vurma uygulaması borç kavramına obligatio (borç) olarak ad olmuştur.

²²⁴ Tunçomağ, I, 22, 23.

²²⁵ Koschaker, s. 184.

²²⁶ Rado, Roma Hukuku, s. 5.

Diğer taraftan bazı hukukçular borcun menşeinin haksız fiil sorumluluğu olduğunu savunurlar. Buna göre ibtidaî devirlerde bir gruba mensup bir ferde karşı bir suç işlendiği zaman, bu gruba mensup fertler tarafından suç işlendiği zaman, bu gruba mensup fertler tarafından suç işleyene sınırsız bir intikam alma durumu söz konusu oluyordu. Bu durumu önlemek için daha sonra diyet usulüne geçildi. Bu suretle suçun intikam neticesinden kurtulmak isteyen suçlu veya grubu bir karşılık vermek mükellefiyeti altına girmiş oluyordu²²⁷.

Bu nazariyeyi ileri sürenlere göre sorumluluk borcun menşeidir.

Borç ile bir bütün olan, onu tamamlayan bir kavram olan sorumluluk “şahıs ile sorumluluk” ve “malvarlığı ile sorumluluk” olarak iki tarzda uygulanmıştır. Bu açıdan İslam Hukukundaki uygulamayı II.bölümde inceleyeceğiz.

E)SORUMLULUĞU OLMAYAN BORÇLAR

Borçlu borcunu kendi isteğiyle ödemezse, yerine getirmezse, alacaklı ona karşı dâva açabilir ve bunun sonunda cebri icra yoluyla borçlunun malvarlığına el koyabilir. Normal olanı budur. Fakat bazı borçlar ifası sadece borçlunun isteğine bırakılmıştır. Borçluya karşı, alacaklı, devletin cebir vasıtalarına başvurma yetkisine sahip değildir. Böyle borçlara Roma hukukunda “tabii borç” adı verilir. Fakat Medeni borcun karşılığı olarak “eksik borç” terimini kullanmak daha doğru kabul edilmiştir²²⁸. Bu borçlarda alacaklıya cebri icra hakkı yoktur. Borcun ifası ancak borçlunun kendi ihtiyarı ile olur²²⁹. Mesela, kumar ve bahis, Borçlar Kanunu 504/I.ci maddesine göre, bir alacak hakkı doğurmaz. Buna karşı 505/II.maddeye göre gönül rızasıyla ödenmiş olanlar geri alınamaz. Borçlar Kanunu 63/II.md.’sinde ahlâki bir görevi yerine getirmek için verilen şeylerin geri alınamayacağı yazılıdır. Burada da alacak hakkının olmadığı açıktır. Yeğenin amcasına nafaka vermesi bir örnektir. Nafaka vermeğe zorlayan bir yükümlülük yoktur. Verirse de geri isteyemez. Zamanaşımına uğramış alacaklar da eksik borç hükmündedir. Alacaklı cebri icra ile alamaz. Ödenirse geri istenmez²³⁰.

²²⁷ Rado, Roma Hukuku, s. 7.

²²⁸ Tunçomağ, I, 25, 26.

²²⁹ Mahmasani, II, 534.

²³⁰ Tunçomağ, I, 26, 27, 28; Tekinay, s. 23-28.

Roma hukukunda var olan bu tabii borç kavramı daha sonraki, Roma hukuku tesirindeki hukuklara da geçmiştir²³¹. Bu arada, kavramın eksik borç tabiri ile Türk Borçlar hukukunda da yer aldığını²³² görmekteyiz.

Roma hukukunda, modern hukuklarda ve Türk hukukunda var olan bu tabii borç kavramı İslâm hukukunda bir kavram ve nazariye olarak bulunmamaktadır. Fakat İslâm hukukunda bulunan kazaî ve diyanî hüküm ayrımı sonucunda benzer neticeye ulaşılmıştır²³³.

İslâm hukuku ilahi bir hukuktur. Kazâ ve diyanetle alakalı prensipleri ihtiva etmektedir. İslâm hukukçuları bir meseleyi incelerken kazaî ve diyanî yönlerini beraber incelerler. İki yönden de benzer neticeye ulaşırlarsa, içtihatlarında mutmain olurlar. Farklı neticelere ulaşırlarsa bu durumu da açıklarlar. Diyanet yönüne uyararak fetva vermekten de sakınmazlar²³⁴.

İslâm, her fiile dünyevî ve uhrevî olmak üzere iki karşılık koymuştur. Dünyada yaptığının karşılığını görmeyen veya eksik görenin, ahirette mutlak adaletle karşılaşacağı inancını yerleştirmiştir. İslâm hukukunun bu özelliğinden dolayı, verilen hükümde uhrevî karşılık yer alırsa buna “diyanî hüküm”; dünyevî karşılık yer alırsa buna da “kazaî hüküm” denir. Yani dünyevî sonuçlar ihtiva ediyorsa diyanî hüküm denir²³⁵.

Diyanî hükümler genel olarak helal, haram, farz, caiz gibi teklifi hükümlerle ifade edilirken, kazaî hükümler ise sahih, fasid, bâtıl gibi vaz’î hükümlerle ifade edilirler. İslâm hukukunu, beşeri hukuklardan ayıran en önemli özelliklerden birisi de hükümlerin helal-haram gibi diyanî yanının da bulunmasıdır. İslâm hukukunda, muamalatla ilgili her fiil ve tasarruf helal veya haram vasıflarından birini taşır. İslâm hukukunun bu özelliğinden dolayı hükümler kazaî hüküm, diyanî hüküm diye iki kısma ayrılır²³⁶.

²³¹ Mahmasanî, II, 535.

²³² Tunçomağ, I, 25, 26.

²³³ Mahmasanî, II, 536.

²³⁴ Mahmasanî, II, 531.

²³⁵ Yaylalı, Davut, “İslâm Hukukunda Kazaî-Diyanî Hüküm Ayrımı”, Yayınlanmamış Makale, s. 1.

²³⁶ Yaylalı, s. 2-5.

Kazaî hükmü verene kadı (hakim), bu işe de kaza, Diyanî hüküm verene müftü, bu işe de fetva terimlerinin kullanıldığını²³⁷ söyleyebiliriz.

İslâm hukukunda var olan kazaî hüküm ile diyanî hüküm ayırımını kısaca izah ettikten sonra bu ayırımın Roma ve Batı hukukunda var olan tam borç-eksik borç veya sorumluluğu olan borç-sorumluluğu olmayan borç ayırımına neticeleri bakımından nasıl benzediğini izah edelim.

Roma hukuku ve tesirindeki diğer hukuklarda, borçlar, borçlunun ihtiyarıyla ifa edilmediği takdirde, alacaklı devlet kuvvetiyle zorla alacağını elde edebilir. Bu borçlara tam borç denir. Bir de borçlu kendi ihtiyarıyla ifa etmediği zaman, alacaklının devlet kuvvetiyle zorla alacağını elde etme imkanı olmayan borçlar vardır. Bunlar edası sadece borçlunun ihtiyarına bırakılmış borçlardır. Bunlara da eksik borçlar veya tabi borçlar denir. Bu ayırımda temel kriter, borç ifa edilmeyince, alacaklının devlet kuvvetiyle zorla alacağını elde edebilme imkanının var olup, olmamasıdır.

İslam hukukunda kazâ ile fetva arasında bazı farklar vardır. Fakat konumuz yönünden fetva ile kazâ arasındaki bağlayıcılık farkı önemlidir. Fetva bir diyanî hükmü bildirme ve bilgilendirme olduğu için hukuken bağlayıcı değildir. Fetva gereği amel edilmezse cebir, zor kullanılmaz. Gereği zorla yerine getirilmez. Kaza ise bağlayıcıdır. Kazaî hüküm, muhatabı tarafından yerine getirilmezse, devlet eliyle zor kullanılarak gereği yaptırılır²³⁸.

Yine fetva bir bilgilendirme olduğu için, resmi memur olmayan ilim adamları tarafından da verilir. Gereğini yapmak da muhatabın ihtiyarına kalmıştır. Kaza görevi ise bir kamu görevidir. Kamu otoritesi tarafından görev verilen kimseler tarafından yerine getirilir. Gereğinin yapılması için de devlet eliyle zor kullanılır²³⁹.

Bağlayıcılık ve ifa edilmemesi durumunda devlet eliyle zor kullanılarak yerine getirilip getirilmemesi bakımından, Roma ve tesirindeki diğer hukuklarda bulunan tam ve eksik borç ile İslâm hukukundaki kazâî hüküm ve diyanî hüküm ayırımları sonuçları bakımından birbirine benzediğini görmekteyiz. Tam borç

²³⁷ Berki, Ali Himmet, *İslam Şeriatinde Kaza*, Ankara, 1962, s. 9; Yaylalı, s. 5.

²³⁸ Bilmen, I, 253; Yaylalı, s. 5.

(sorumluluğu olan borç) ifa edilmemesi halinde devlet kuvvetiyle alacaklının elde edeceği borçtur. Kazaî hüküm de devlet kuvveti ile elde etme söz konusudur. Eksik borç (sorumluluğu olmayan borç) borçlu tarafından ifa edilmediği halde, devlet kuvvetiyle zor kullanarak elde etme imkânının olmadığı borçtur. Yani ifası sadece borçlunun ihtiyarına bırakılan borçtur. Diyanî hükümde dinî bağlayıcılık var, hukukî bağlayıcılık yoktur. Gereği yapılmayınca, zor kullanılma imkanı yoktur.

Netice olarak, İslam hukukunda sorumluluğu olan-sorumluluğu olmayan borç ayırımının olmadığı, fakat sonuçları itibarıyla kazaî hüküm-diyanî hüküm ayırımının benzer netice verdiğini söylüyoruz. Şimdi konuyla ilgili birkaç örnek verelim:

İslam hukukunda zaman aşımına uğramış bir alacak hakkında biri kazaen diğeri diyaneten olmak üzere iki hüküm vardır. Alacaklarda kazaen zaman aşımı on beş yıldır²⁴⁰. Alacak üzerinden bu müddet geçince, alacaklı dâva açamaz. Fakat diyaneten ne kadar süre geçerse geçsin, borçlu borcunu ödemedikçe borçtan kurtulamaz²⁴¹. Fakat alacaklı zaman aşımından sonra bu alacağı, elde etmek için dava açamaz. Devlet eliyle zorla elde edemez.

Zaman aşımına uğramış borç, borçlu tarafından kendi ihtiyarıyla ödenirse veya böyle bir borç ikrar edilirse, ödeme ve ikrar sahihtir²⁴². Bu izahın Türk hukuk sisteminde nazariyesi olan eksik borçların ifaya zorlanmayacağı bilinerek ödenirse bağış olmaz, sebepsiz zenginleşme davasıyla geri istenemezler²⁴³ açıklamasına benzediğini görmekteyiz.

Hanefilere göre, hırsız şer'i hadle cezalandırıldığı zaman, itlaf etmesi halinde çalınan malı tazmin etmesi gerekmez. Bu hüküm kazaen verilen hükümdür. Diyaneten hüküm, hırsız tarafından mal sahibinin hakkında noksanlık meydana getirildiğinden dolayı tazmin gereklidir²⁴⁴. Fakat şer'i had uygulanan hırsız itlaf ettiği, çalınan malın tazmin borcunu kendi isteğiyle verirse, geri isteyemez ve bu

²³⁹ Berki, s. 9.

²⁴⁰ Mecelle, md. 1660.

²⁴¹ Mahmasanî, II, 537; Yaylalı, s. 4.

²⁴² Mahmasanî, II, 537.

²⁴³ Tunçomağ, I, 26.

²⁴⁴ İbn Hümmam, IV, 263; Mahmasanî, II, 537.

ödeme bağıшта sayılmaz. Yalnız alacaklı, bu alacağını almak için dava açamaz, devlet kuvvetiyle alacağını elde edemez.

Hanefilere göre, annenin çocuğunu emzirme mecburiyeti yoktur. Buna kazaen zorlanamaz. Fakat diyaneten emzirme anneye müstehaktır. Bundan dolayı, koca çocuğu emzirmesi için anneyi kiralarsa ücret verilmez²⁴⁵. Burada annenin diyaneten gerekli olan emzirmeye karşılık ücret almasının sahih olmaması, tabii borcun edasını istemenin sahih olması gibidir²⁴⁶.

İslam hukukçularının çoğuna göre mücerred va'd diyaneten –uhrevî sorumluluk bakımından- bağlayıcıdır. Fakat kazâen –Dünyadaki sorumluluk bakımından bağlayıcı değildir²⁴⁷. Mücerred bir va'dde bulunan şahıs va'dini yerine getirmeye zorlanamaz. Bu kendi ihtiyarına bağlıdır.

Bir insan, diğere benim üzerimde olan bütün haklarını helal et dedi. O da bunu yaptı ve onu ibra etti. Eğer hak sahibi onun üzerinde olan hakları biliyorsa kazaen ve diyaneten borçlardan kurtulur. Eğer üzerinde olan hakları bilmiyorsa kazaen borçlardan kurtulur. Diyaneten borçlardan kurtulamaz. Bu durumda borçlu borcunu kendi ihtiyarıyla öderse ödeme geçerli olur. Ödediğini geri isteyemez²⁴⁸. Tıpkı tabii borcun ödenmesinde geri istenemeyeceği gibi.

Hanefi Mezhebine göre, muhtac olan babanın, gaib olan büyük çocuğunun malını, ihtiyacını giderecek kadar satması caizdir. Fakat nafaka borcunun dışında mallarını satması caiz değildir. Bunu yaparsa kazaen tazminat vardır. Diyaneten yoktur²⁴⁹.

Bu örneklerden anlaşılıyor ki sorumluluğu olmayan, eksik borç, tabii borç diye isimlendirilen kavramlar İslam hukukunda yoksa da, bazı borçlar vardır ki bunları elde etmede, devlet kuvvetine başvurup, zorla elde edilme imkanı yoktur. Bunlar diyaneten ödenmesi gereken borçlardır. Bu borçlar, modern hukuktaki eksik borç veya tabii borç diye isimlendirilen borçlara, zorla elde etmenin mümkün olmaması açısından, benzemektedir.

²⁴⁵ Merginani, II, 37, 45.

²⁴⁶ Mahmasani, II, 538.

²⁴⁷ Mahmasani, II, 538; Karaman, II, 43.

²⁴⁸ Kadıhan, el-Fetevâ'l-Hâniye, Mısır, h. 1310, III, 87.

²⁴⁹ Mahmasani, II, 538.

İKİNCİ BÖLÜM
İSLAM HUKUKUNA GÖRE BORÇLUNUN MALVARLIĞI VE
ŞAHİS İLE SORUMLULUĞU



I-BORÇLUNUN ŞAHSI İLE SORUMLULUĞU

İslam hukukunda aslolan borçların, borçlunun kendi istek ve arzusuyla ifa edilmesidir. İslamın ilkeleri bunu amirdir²⁵⁰. İslam bir taraftan insanın kendi isteğiyle borcunu ifa etmesini isterken, diğer taraftan da bu öğütle yetinmeyerek borcunu ödemeyenin –eğer ödeme imkanı varsa- devlet eliyle zor kullanarak ödemesinin sağlanması yoluna gitmiştir²⁵¹.

Şimdi borcu ödemeyi sağlamaya yönelik bu şahıs ile sorumluluk uygulamalarına geçmeden önce şahıs varlığı kavramını inceleyelim. Daha sonra da uygulamalara geçelim.

A)ŞAHIS VARLIĞI KAVRAMI

Şahıs varlığı, malvarlığının dışında kalan, değeri para ile ölçülmeyen haklara denir²⁵². Bunlar para ile ölçülemezler, başkasına devredilemezler, şahsa bağlıdırlar. Miras yoluyla geçmezler, şahsın ölümüyle son bulurlar. Bunları ancak şahsın kendisi kullanır. Bunlara yapılan saldırı manevi tazminat gerektirir. Şahıs varlığı haklarının tümü şahsın manevi varlığını oluşturur²⁵³.

Hayat hakkı, beden bütünlüğü hakkı, sağlık hakkı gibi şahsın beden varlığıyla ilgili hakları şahıs varlığına girer. Yine hürriyet, özel hayatın gizliliği, şeref ve haysiyet hakları gibi şahsın manevi varlığı ile ilgili hakları da şahıs varlığı haklarına girer²⁵⁴. Bunların yanında kamu hukukunun konusu olan seçme ve seçilme hakkı, devlet memuru olma hakkı da şahıs varlığı hakkına girer²⁵⁵.

Şahsın hukuku, Aile hukukunun şahıslara tanıdığı hakların çoğunluğu şahıs varlığı haklarıdır²⁵⁶.

²⁵⁰ el-Maide, 5/1; en-Nahl, 16/91; el-Mü'minun, 23/8; Buharî, İstikraz, 4.

²⁵¹ Âmir, s. 111.

²⁵² Gözübüyük, A. Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Ankara, 1993, s. 147.

²⁵³ Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Medenî Hukukun Umumi Esasları, İstanbul, 1948, s. 283; Gözübüyük, s. 147.

²⁵⁴ Gökmenoğlu, Hüseyin Tekin, İslamda Şahsiyet Hakları, Ankara, 1996, s. 75-134.

²⁵⁵ Gökmenoğlu, s. 75.

²⁵⁶ Velidedeoğlu, s. 277.

Hukukta malvarlığı ve şahıs varlığı hakları ayrımının uygulamadaki önemi bilhassa borç ilişkilerinde borçlunun sorumluluğunda kendini gösterir²⁵⁷. Bu nedenle biz malvarlığı hakları ile şahıs varlığı haklarından bahsettik.

Eski devirlerde, bir borç ilişkisinde borçlu borcundan şahsı ile sorumluydu. Alacaklı borcunu vermeyen borçluyu, öldürmek ve hatta alacaklılar birden çok ise her biri bir parçasını almak hakkına sahiptiler²⁵⁸. Burada şahıs varlığı haklarından olan hayat hakkına yönelik bir sorumluluk vardır.

Yine eski devirlerde borçlunun köle olarak satılması uygulamalarını da²⁵⁹ görmekteyiz. Bu durumun ise şahıs varlığı haklarından olan hürriyet hakkına yönelik bir sorumluluk uygulamasıdır. Yine hürriyet hakkına yönelik olarak özel ve resmi hapsi de zikretmeliyiz²⁶⁰. Bu hapis uygulaması uzun süre devam etmiştir²⁶¹.

Bugün artık borçlunun sorumluluğu denilince malvarlığı ile sorumluluk akla gelir. Bu da borçlunun malının haczedilmesi şeklindedir. Ülkemizde uygulanan icra hukukunda istisnai durumlarda hapis ile tazyik öngörülmüştür²⁶².

Hukukta şahıs varlığı²⁶³ kavramını inceledik. Şimdi İslam hukukundaki cebri icra uygulamalarına geçebiliriz. Burada cebri icra uygulamalarını inceleyerek sorumluluğu tespit etmeye çalışacağız. Çünkü borç ilişkisinde sorumlu olan borçlunun şahsı ise cebri icra borçlunun şahsı üzerinde bir icra olur. Sorumlu olan borçlunun malvarlığı ise cebri icra malvarlığı üzerinde cereyan eder²⁶⁴.

B)HAPİS

1)Hapis Kavramı

Sözlükte “alıkoymak, engellemek”²⁶⁵ anlamına gelen habs kelimesi, örfi kullanımda “bir şahsı, bir canlıyı veya bir eşyayı bir yere kapatmak, bir süre

²⁵⁷ Velidedeoğlu, s. 282.

²⁵⁸ Arsal, s. 269; Velidedeoğlu, s. 282; Umur, s. 224, 225.

²⁵⁹ Arsal, s. 269; Umur, s. 224, 225.

²⁶⁰ Tunçomağ, 23.

²⁶¹ Belgesay, I, 115; Velidedeoğlu, s. 282.

²⁶² İİK md. 76, 331, 337, 338, 340, 344 gibi.

²⁶³ “Şahıs ile Sorumluluk” terimi kullanıldığı için bizde sorumluluk ile birlikte kullanınca bu şekilde kullanacağız (Tunçomağ, I, 23).

²⁶⁴ Rado, Cebri İcra, s. 230.

²⁶⁵ İbn Manzur, Ebu Fadl, Cemalüddin Muhammed Lisānu'l-Arab, Beyrut, 1968, VI, 44.

alıkoymak”, hukuk dilinde ise “sanık veya suçluyu belli bir mekanda cebren alıkoymak şahsi hürriyetini kısıtlamak” anlamını taşır. Tanımda da belirtildiği gibi, hürriyeti kısıtlayıcı bir cezadır. Habs ve mahbes bu cezanın infaz edildiği yere denir. Mahpus ise hapsedilene denilir. Secn kökünden gelen siccin hapishane, secin, mescun ise hapsedilen kişi için kullanılır²⁶⁶.

İslam hukuk literatüründe hapis gerek idari ve ihtiyati tedbir gerekse ceza amaçlı olsun, kişi hürriyetinin bağlanması ifade eden genel bir terimdir. Modern hukukta hapsin kapsamı daha dar tutulmuştur. Bunun dışında kalan kısıtlamalar “göz altına alma, müşahade altına alma, tutuklama” gibi terimlerle ifade edilmiştir²⁶⁷.

Hapis, uygulama maksadı göz önünde bulundurulduğunda ihtiyati tedbir ve ceza şeklinde iki ana bölüme ayrılabilir. İhtiyati hapis, suçlu olup olmadığı sabit oluncaya kadar sanığın, cezası infaz edilinceye kadar suçlunun, borcunu ödeyinceye kadar borçlunun veya dışarıdan gelecek tehlikelere karşı korunması amacıyla bir şahsın geçici bir süre tutuklanmasıdır. Hapis cezası ise suç sabit olduktan sonra yargı kararıyla suçlunun hapsedilmesini ifade eder²⁶⁸.

2)Hapsin Hukukî Dayanakları

İslamın ilk dönemlerinde zina suçuna had cezası olması hapsin meşruiyetine delildir²⁶⁹. Çünkü Allah Teala “kadınlarınızdan fuhuş yapanlara karşı aranızdan dört şahit getirin. Eğer şahitlik ederlerse o kadınları ölüm alıp götürünceye yahut Allah onlara bir yol açıncaya kadar evlerde hapsedin”²⁷⁰ buyuruyor. Bu ayetin en-Nur 24/2 ayeti ve hadislerle neshedildiği tartışması vardır²⁷¹.

Allah Teala eşkiyalık ve yol kesme suçunu işleyenlere uygulanması ön görülen cezaları “öldürülmeleri, asılmaları, el ve ayaklarının çaprazlama kesilmesi, yahut buldukları yerden sürülmeleri”²⁷² şeklinde sıralıyor. Buradaki nefyetmeden muradın sürgün ve hapis olduğu başta Hanefiler olmak üzere fakihlerce kabul

²⁶⁶ Bardakoğlu, Ali, “Hapis” maddesi, DİA, XVI, İstanbul, 1997, 54.

²⁶⁷ Bardakoğlu, Hapis, s. 54.

²⁶⁸ Bardakoğlu, Hapis, s. 55-56.

²⁶⁹ Serahsi, XX, 88.

²⁷⁰ en-Nisa, 4/15.

²⁷¹ İbn Hazm, VII, 627; Bardakoğlu, Hapis, s. 55.

²⁷² el-Maide, 5/33.

edilmektedir²⁷³. Bu ayetin hapis cezasını da içerdiği şeklindeki yorumda ilk dönemlerdeki sürgün cezasının Hülefa-yi Râşidîn döneminin ortalarından itibaren yerini giderek hapis cezasına bırakmış olmasının ve bu uygulamanın yaygınlık kazanmasının önemli ölçüde payı vardır²⁷⁴.

Resulullah (SAV), borçtan dolayı Cüheyneli bir şahsı hapsedmiştir²⁷⁵.

Hz. Peygamber “ödemeye gücü yeten borçlunun borcunu geciktirmesi onun kınanmasını ve cezalandırılmasını helal kılar”²⁷⁶ buyurmuştur. Bu hadiste geçen cezalandırma (ukubat) uygulamanın etkisiyle özellikle Tabiin fakihlerinden itibaren genelde suçlunun hapsedilmesi şeklinde anlaşılmıştır²⁷⁷.

Sahabe, Tabiin, fukaha hapsin caiz olduğunda birleşmişlerdir. Hz. Ömer’in Safvan b. Ümeyye’nin evini hapisane olarak kullanılmak üzere satın aldığı²⁷⁸ görmekteyiz. Yine Hz. Ali iki tane hapisane yaptırdığı birine Nafi, diğerine Muhayyes diye isim verdiği²⁷⁹ de biliniyor. Hz. Peygamber ve Hz. Ebu Bekir döneminde ise hapisane olarak kullanılan özel yerler olmamakla beraber mescid, dehliz gibi kapalı mekanlarda ve bağlama şeklinde hapis uygulamaları da vardır²⁸⁰.

Kur’an-ı Kerim’de açıkça hapis cezası öngörülmemekle beraber açıkça yasaklamanın olmaması, Hz. Peygamber, Ashab ve Tabiin de uyguladıkları için hapis, kitap, sünnet ve icma ile meşrudur görüşü yaygındır²⁸¹.

3)Hapsin Gayesi

İslam hukukunda meşru olan hapis, ceza veya ihtiyati tedbir olarak uygulanır. İhtiyati hapsin, töhmet ve borç şeklinde ifade edebilecek iki ana sebebi vardır.

²⁷³ Serahsî, XX, 88; Zeyleî, Fahreddin Osman b. Ali; Tebyinu’l-Hakaik Şerhu Kenzü’d-Dekaik, Beyrut, ts., IV, 179.

²⁷⁴ Bardakoğlu, Hapis, s. 55.

²⁷⁵ Beyhakî, Ebu Bekr Ahmed b. Hüseyin b. Ali es-Sünenü’l-Kübrâ, Haydarabad, h. 1346, VI, 49; Serahsî, XXIV, 165.

²⁷⁶ Buhârî, İstikraz, 13; Ebu Davud, Akdiyye, 29; İbn Mace, Buyu’, 100.

²⁷⁷ Ebu Davud, Akdiye, 29; Bardakoğlu, Hapis, s. 53.

²⁷⁸ Buhârî, Husumat, 8; Mahmasanî, II, 513.

²⁷⁹ Serahsî, XX, 88; Zeyleî, IV, 180.

²⁸⁰ Zeyleî, IV, 179; Mahmasanî, II, 513.

²⁸¹ İbn Abidin, Raddü’l-Muhtar ala’d-Dürri’l-Muhtar, Beyrut, ts.,IV, 313; Zeyleî, IV, 79; Mahmasanî, II, 513; Bardakoğlu, Hapis, 55.

İhtiyati hapsi haklı kılan sebeplerin başında, bir kimsenin suçlu olduğu yönünde tatminkar bir iddia ve karinenin bulunması, suçun mahiyetinin ve araştırılma sürecinin da sanığı hapsedmeyi gerektirecek boyutta olması durumu gelir. bunun uygulamaları İslam hukuk tarihinde çoktur. Buna töhmet sebebiyle hapis, ihtiyati hapis, muvakkat hapis denilir. Ceza hukukunu değil yargılama hukukunu ilgilendirir²⁸².

Diğer bir ihtiyati hapis sebebi de borçtur. İslam hukukunda borcunu ödemekten kaçınan kişiyi ifaya zorlayıcı bir yöntem olarak haptisten söz edilir. Fakat bu hapis ceza değil ifayı temin için bir tazyik aracıdır.

Çünkü İslam hukukunda şahsi hakların ihlali halinde suçun bu ihlale denk bir ceza ile cezalandırılması ilkesi malî hakların ihlalinde daha titizlikle korunur. İhlal edilen malî hakkın aynı şekilde ifa veya tazmin edilmesi aranır. Bu sebeple borçluya uygulanacak hapis bir ceza değil ifayı sağlayacak bir tedbir olması gerekir²⁸³.

Eğer İslam hukukunda borç sebebiyle hapis, ceza olarak verilmiş olsaydı, ödeme imkanı olmayan borçlu da hapsedilirdi. Halbuki hukukçular, bu borçluların hapsedilmeyeceği hususunda ittifak etmişlerdir. Allah Teala “Eğer borçlu darlık içindeyse eli genişleyinceye kadar ona mühlet vermek gerekir...”²⁸⁴ buyuruyor. Fakihler hapsin yine borcu ödemeye vesile olduğu için meşru kılındığına dikkat çekiyorlar. Borçluyu hapsedmenin şartlarının birinin de ödeme kudreti olduğunu görüyoruz²⁸⁵.

Hapis müddeti konusunda kaynaklarda ki tartışmalar da hapsin borçlunun malî durumunun araştırılmasıyla alakalı olduğunu²⁸⁶ göstermektedir.

Borçlunun hapsinin gayesi kişiyi tasarruflardan ve meşguliyetlerden uzaklaştırarak, sıkıntı içine sokup, borcu ödemeye zorlamaktır²⁸⁷. Bu da yargılama sonucunda suça karşılık verilen cezadan daha çok ifaya zorlamak için bir vesiledir.

²⁸² Bardakoğlu, Hapis, s.57.

²⁸³ Bardakoğlu, Hapis, s.58.

²⁸⁴ el-Bakara 2/280

²⁸⁵ Kasanî, VII, 173; Âmir, s.115.

²⁸⁶ Serahsî, XX, 90; Merginani, III, 104; Kasanî, VII, 173.

²⁸⁷ Âmir, s.114

İslam hukuk literatüründe ki borçlunun hapsedilmesi konusunu incelediğimizde hapsin, ya muktedir borçluyu ödemeye zorlama yada borçlunun ödeme gücünün olup olmadığını araştırmak için yeterli zamanı kazanma şeklinde iki gayesinin olduğunu²⁸⁸ görmekteyiz.

4) Borçlunun Hapsedilmesi

İslam hukukunda ihtiyati tedbir olarak kabul edilen hapis, borçlunun malî durumu ile yakından ilgilidir. Borcunu ifa etmeyen borçlu ya ödeme kudretine sahip muktedir borçludur, ya ödeme gücünün olup olmadığı belli değildir, ya da ödeme gücü yoktur. Şimdi bu durumlara göre hapis konusunu inceleyelim.

a) Ödeme İmkânı Olmayan Borçlu

Ödeme gücü olmayan borçlunun hapsedilmeyeceği konusunda İslam hukukçuları görüş birliği içindedirler. Bu ittifak “Eğer borçlu darlık içerisindeyse eli genişleyinceye kadar ona mühlet vermek gerekir...”²⁸⁹ ayeti kerimesine dayanır.

Daha önce zikrettiğimiz; ödeme imkanı olmayan borçlulara mühlet verme ve yardım etmeyi tavsiye eden hadisler²⁹⁰ de bu durumdaki borçluların hapsedilmeyeceğini gösterir.

Ayrıca hapis alacaklıya yapılan zulmü, borçluyu ifaya zorlayarak, defetme gayesine matuftur. Halbuki ödeme gücü olmayınca hapsinde bir faydası olmaz. Aksine borçluya zulümdür. Hapis borcu ödemeye vesile olduğu için meşru kılınmıştır, yoksa bizzat meşru değildir²⁹¹.

Durumu belli olmayıp ta hapsedilen borçlu da imkansızlığı öğrenilince derhal salıverilir²⁹².

Bu durumda İslam hukukunda, alacaklının borçluyu bizzat takip etmesi diye tanımlanabilecek mülâzeme teriminden bahsetmek gerekir.

Ebu Hanife'ye göre alacaklı ödeme imkanı olmayan borçluyu şahsen takip edebilir²⁹³. Çünkü Hz. Peygamber “Hak sahibi için el ve dil vardır”²⁹⁴

²⁸⁸ İbn Kudeme, IV, 502; Makdisî, Şemsuddin Ebu'l-Ferec Abdurrahman b.Ömer, eş-Şerhu'l-Kebir, Beyrut 1972, IV, 459; Bardakoğlu, Hapis, s.58.

²⁸⁹ el-Bakara 2/280.

²⁹⁰ bk. Tez Metni, s. 35 vd.

²⁹¹ Kasanî, VII, 173.

buyurmuştur. Burada el ile kastedilen mülazemedir, dil ile kastedilen ise yargıya baş vurmaktır²⁹⁵. Yine Peygamberimiz “alacaklı için söz hakkı vardır”²⁹⁶ buyurmuştur. Bu takibin amacı, borçlunun ihtiyaçtan fazla gelirin alacaklı tarafından alınmasıdır. Bu özelliğin, günümüzdeki borçlu olan memurun maaşının haczedilip, ihtiyaç fazlası olan kısmın alacaklıya verilmesi uygulamasına benzetildiğini²⁹⁷ görüyoruz. Fakat mülâzeme teriminin içeriğinde borçlunun evinin önüne kadar uzanan bir yakın takip vardır. Bugün borçlu memur maaşıyla alakalı örnek, mülâzeme ile benzer yani kazançtan ihtiyaç fazlasının alacaklıya verilmesidir. Yoksa şahsen takip söz konusu değildir.

Mülazemeyi Hanefilerden Züfer kabul etmez. Ona göre Allah Teala “Eğer borçlu darlık içindeyse eli genişleyinceye kadar ona mühlet vermek gerekir...”²⁹⁸ buyuruyor. Burada Allah’ın bekletmesi vardır. Allah’ın bekletmesinin olduğu yerde mülâzeme hakkı olamaz²⁹⁹. Serahsî bu görüşe şöyle cevap veriyor: Bekleme ödeme imkanını elde edinceye kadar sürer. Bu zamanın da ne zaman olacağı belli değildir, her zaman olabilir. Öyleyse takip edilir. Evinin ihtiyaçları dışındaki malı ve kazancı olursa alınır³⁰⁰.

İbn Kudame de ödeme imkanı olmayan borçlunun ödemesini beklemenin-İlgili ayet gereği-vacip olduğunu, aksinin yani takip etmenin (mülâzeme) haram olduğunu belirtiyor. Fakat muktedir borçlu ödemekten kaçınırsa ise mülâzeme hakkı vardır³⁰¹.

Maliki, Şafii ve Hanbeli hukukçular da mu’sır olan borçluyu mülâzeme (şahsen takip) hakkının olmadığını savunurlar³⁰². Ancak ihtiyaç fazlası malı olduğu hakime bildirilerek, borcunu ödemesi sağlanır.

²⁹² Serahsî, XX, 89; Kasanî, VII, 173; Merginani, III, 105.

²⁹³ Serahsî, XX, 89; Kasanî, VII, 173; Merginani, III, 286.

²⁹⁴ Dârekutnî, IV, 232.

²⁹⁵ Merginani, III, 286

²⁹⁶ Buhârî, İstikraz, 13.

²⁹⁷ Atar, s.235.

²⁹⁸ el-Bakara, 2/280.

²⁹⁹ Merginani, III, 287.

³⁰⁰ Serahsî, XX, 89.

³⁰¹ İbn Kudame, IV, 501-502.

³⁰² İbn Kudame, IV, 501-502; Nevevî, XIII, 269, Zeylei, IV, 181; Mahmasanî, II, 514; Atar, s.235.

b)Ödeme İmkânı Olan Borçlu

Ödeme imkânı olan borçlunun hapsedilmesi konusunda mezheplerin farklı görüşleri vardır. Bir kısmı ödemeyi sağlamak için sırf hapis aracını kullanır. Bir kısmı hapsedilemeyeceğini kabul eder. Bir kısmı öncelik sırasını başka vasıtalara verir. İşte bu durumları mezheplere göre inceleyeceğiz.

b₁)Hanefi Mezhebine Göre

Bir şahsın borçlu olduğu yargı önünde beyyine veya ikrar ile sabit olunca, borçluya ödemesi emredilir. Hemen hapsedilmez. Yargının ödeme yönündeki emrinden sonra ödemez ise o zaman borçlu hapsedilir. Bir kısım hukukçu ikrar suretiyle borç yargı tarafından tespit edilirse, ödeme zamanı verilir, hemen hapsedilmez görüşündedirler. Çünkü borçlu, alacağın kendisine bağışlandığını iddia edebilir. Bir kısım hukukçu da beyyine suretiyle yargı tarafından tespit edilen borçların ödenmesi için zaman tanınır, ikrar için tanınmaz demişlerdir. Çünkü borçlu daha önce borcumu bilmiyordum. Şimdi sabit oldu, ödeyeceğim diyebilir³⁰³.

Hem ikrar ile hem de beyyine ile sabit olan borçtan dolayı borçlunun hemen hapsedilmesi, gösterilen gerekçeler müvacehesinde, uygun değildir. Borç mahkeme tarafından kesinleştikten sonra ödeme zamanı verilip hapsedilmesi uygun görülmektedir.

Hanefi hukukçuların hapsedilmek için şartlar aradıklarını görmekteyiz. Bunlar borcun acil olması, vadeli olmaması, borçlunun ödeme imkanının olması ve borcunu ödemeyip savsaklaması, alacaklının da borçlunun hapsini talep etmesidir³⁰⁴.

Bu şartlara uygun, ödeme imkânı olmadığını da iddia etmeyen, yargı tarafından borcu sabit görülen borçlu borcunu ödemiorsa, muktedir ve mütemerrid borçludur. Bu borçlu Hanefilere göre hapsedilir. Ebu Hanefi'ye göre borcunu ödeyinceye kadar haptisten çıkarılmaz³⁰⁵. Ebu Hanefi'ye göre borçlunun malı hakim tarafından satılıp, alacaklılarına verilemez. Fakat Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre

³⁰³ Serahsî, XX, 88; Merginani, III, 104; İbn Hümmam, Kemalüddin, Muhammed b. Abdülvahid es-Sivasi, Şerhu Fethi'l-Kadir, Beyrut, ts., VII,279; İbn Abidin, IV, 315; el-Baberti, Ekmeluddin Muhammed b. Mahmut, Şerhu'l-İnaye (Şerhu Fethi'l-Kadir ile birlikte) III, 278.

³⁰⁴ Kasani, VII, 173; Âmir, s.115.

³⁰⁵ Serahsî, XX, 89.

borçlunun malı hakimler tarafından satılıp alacaklılara verilir. Bu müddet zarfında hapsedilir³⁰⁶.

Hanefiler borç sebebiyle hapsin meşruluğuna delil olarak şu hadisleri gösterirler “Ödeme imkanı olan bir kimsenin borcunu ödemeyip geciktirmesi (savsaklaması) haksızlıktır. Bu savsaklama onun kınanmasını ve cezalandırılmasını helal kılar³⁰⁷”. Bu hadise göre muktedir borçlunun borcunu savsaklaması halinde ceza helal olur. Hapiste bir cezadır³⁰⁸.

Yine Peygamberimiz “zengin borcunu savsaklaması zulümdür”³⁰⁹ buyuruyor. Ödeme imkanı olan muktedir borçlunun borcunu ödemekten kaçınması zulüm olarak açıklanmıştır. Bunu yapan da zalimdir. Zalim ise hapsedilir³¹⁰.

b₂) Maliki Mezhebine Göre

Maliki mezhebine göre, ödeme imkanı olan muktedir ve mütemerrid borçlunun malları hakim tarafından satılarak değeri alacaklıya verilir. Eğer malı ifaya yeterli değilse ödemesine hükmedilir ve borçluya hacir konulur, hapsedilmez. Bu konuda Malik’in delili Muaz hadisidir³¹¹. Resulullah Muaz b. Cebel’in iflasına karar verdikten sonra mallarına haciz koyup sattı ve alacaklılarına ödedi³¹².

Yine bu konuda ikinci delil de Said b. el-Hudri hadisidir³¹³. Resulullah, satın aldığı mallarda zarar eden ve borca batan bir adamın iflasına karar verdi ve bu kişiye sadaka verilmesini istedi. Fakat malı borcunu ödemeye yeterli olmadı. bunun üzerine alacaklılara “bulduğunuzu alınız, bunun dışında bir şey yoktur” buyurdu³¹⁴.

Bu hadislerin ikisi de hacri işaret etmektedir. Bundan dolayı muktedir borçlunun hapsedilmeyeceğine delil olarak gösterilmiştir. Çünkü Hz. Peygamber hapis değil hacir uygulaması yapmıştır.

³⁰⁶ Tahavî, s.96; Serahsî, XX, 88; Makdisî, IV, 458.

³⁰⁷ Buharî, İstikraz, 12; Ebu Davud, Akdiyye, 29; İbn Mace, Sadakat, 18.

³⁰⁸ Kasanî, VII, 173.

³⁰⁹ Neseî, Buyu’, 100.

³¹⁰ Mahmasanî, II, 513.

³¹¹ İbn Rüşd, II, 324.

³¹² Şevkânî, Muhammed b. Ali, Neylü’l-Evtar Şerhu Münteka’l-Ahbar, Mısır, ts., V, 275, 276; Beyhakî, VI, 48-50.

³¹³ İbn Rüşd, II, 324.

³¹⁴ Müslim, Musakat, 4.

İmam Malik'e göre mallarını saklayan muktedir borçlu, malları ortaya çıkınca veya borcunu ödeyinceye kadar, durumunu araştırmak veya ödemeye tazyik için hapsedilir³¹⁵.

Maliki hukukçulardan Karafî'ye göre, hakimin ifayı temin edebileceği haklarda yani muktedir borçlunun borcu sebebiyle hapsi caiz değildir. Eğer ödemedi kaçınırsa, malı olduğu da bilirse, borç miktarı malı alınıp, satılır ve borcu ödenir. Hapis caiz değildir. Rehin olsun veya olmasın malı, evi veya eşyası satılır. Çünkü hapiste zulmün devamı vardır. Zulüm hak sahibinin hakkına kavuşmamasıdır. Hapiste bu durum sürüp gider. Fakat olan malı satılıp, borç ödenirse zulüm biter. Malı olup ta, ödemekten kaçınan borçluya karşı ifa konusunda aciz kalınırsa, bu durumda hapsedilir³¹⁶. Malını saklamayan zengin borçlu hapsedilmez³¹⁷.

b₃) Şafii Mezhebine Göre

Şafii mezhebine göre, malı olan muktedir borçlunun borcunu ödeyecek kadar malı satılarak, alacaklılarına ödenir, hapsedilmez³¹⁸.

Eğer borçlu ödeme imkanına sahipse, alacaklı alacağını isteme hakkı vardır. Eğer yine ödemekten kaçınırsa, hakim bilinen malını satarak, alacaklılara borcunu öder. Şafiilere göre Hz. Ömer'in uygulaması buna delildir. Hz. Ömer halka şöyle hitap etti: "Ey insanlar borçtan sakınınız. Çünkü evveli üzüntü sonu ise kavgadır. Cüheyneli Üseyfi iyi hesap etmeden ve bedelini ödemedi veresiye alış-veriş yaptı. Sonunda borca batık hale geldi. Haberiniz olsun, onun mallarını borçlarına karşılık satıp, alacaklılarına dağıtacağım. Ondan alacağı olan, sabahleyin gelip alsın". Mallarını saklayan muktedir borçlu ise, ödemeye yetecek malını verinceye kadar hapsedilir³¹⁹. Bu konu da Şafiiler ile Malikiler benzer görüştedirler³²⁰.

³¹⁵ Malik b. Enes, el-Müdevvenetü'l-Kübra, Beyrut, ts., V, 204.

³¹⁶ Karafî, Şihabüddin, Ebu'l-Abbas Ahmed b. İdris, es-Sinhaci, el-Furuk, Beyrut, ts., IV, 80.

³¹⁷ Bacî, II, 82.

³¹⁸ Şafii, III, 189; Müzcnî, Ebu İbrahim İsmail b. Yahya, byy., 1968; el-Muhtasar, II, 223.

³¹⁹ Nevevî, Ebu Zekerriya Muhyiddin b. Şeref, el-Mecmu Şerhu'l-Mühezzeb, byy., ts., XIII, 269.

³²⁰ İbn Rüşd, II, 324.

b₄) Hanbeli Mezhebine Göre:

Hanbeli mezhebine göre, borçlu hakime şikayet edildiğinde, ikrar veya delil ile borç ispat edilinceye kadar hakim şikayeti dikkate almaz. Borç sabit olduktan sonra, borçlunun malî durumuna bakılır. Eğer borcunu ödeyecek malı varsa, hakim ödemesini emreder. Emirden sonra borcunu ödemekten kaçınırsa hapsedilir. Eğer ödememe durumu devam ederse, hapiste devam eder. Hakim borcunu öder, ödeme için malı satılacaksa, hakim malını satıp borcunu öder³²¹.

Yine Ahmed b. Hanbel'e göre, hakim tarafından emredildikten sonra borcunu ödemeyen muktedir borçlu hapsedilmeyi ve ağır söze muhatap olmayı hak etmiştir. Çünkü Peygamberimiz "Ödeme imkanı olup ta ödemekten kaçınan zengine ceza ve kınanma helal olur"³²² buyuruyor.

Bu hadiste bulunan ukubatı, borçlunun hapsi diye ırdı kelimesi ise borçluya ağır söz söylenebilmesi helaldir diye açıklanmıştır³²³.

Hanbeli mezhebinin, muktedir borçlu ödemesi istendikten sonra ödemediği durum da, hakim tarafından malının satılıp, borcunu hakim ödemesi şeklinde özetlenebilecek görüşü, Ebu Yusuf ve Muhammed'in görüşüne benzer³²⁴.

b₅) Zahirî Mezhebine Göre

Zahirîlere göre borç, ikrar ve beyyine ile sabit olunca borçlunun bulunan malı satılır, alacaklılara verilir. Asla hapsedilmesi caiz değildir. ancak borç ile mal varlığı aynı cinsten ise satılmadan bölüştürülür. Ancak bu şekilde "Ey iman edenler! Adaleti titizlikle ayakta tutan...olun..."³²⁵ buyruğuna uyulur. Ayrıca "zengin savaştığı zulümdür"³²⁶ hadisinin gereği de budur³²⁷. Yine bu mezhepte hapsetmek hem borçluya, hem alacaklıya zulümdür. Zira alacaklı bir an önce alacağına kavuşmak ister, hapis ise buna engel olur³²⁸.

Bu mezhebin hukukçuları, genel olarak hapsin meşruluğuna delil kabul edilen, ayet ve hadisleri de gerek değişik yorumlarla, gerekse sübutu konusundaki

³²¹ İbn Kudame, IV, 488; Âmir, s. 114.

³²² Buhârî, İstikraz, 213; Ebu Davud, Akdiye 29; İbn Mace, Sadakat, 18.

³²³ Makdisî, IV, 458.

³²⁴ Makdisî, IV, 458.

³²⁵ En-Nisa, 4/135, benzer manada el-Maide, 5/8.

³²⁶ Ebu Davud, Büyü, 9.

³²⁷ İbn Hazm, VIII 624.

değişik yaklaşımlarla hapsin meşruluğuna delil olarak kabul etmiyor. Mesela zina yapan kadının evde hapsedileceği hükmünü koyan ayetin³²⁹ neshedildiğini kabul ediyorlar. Yine Peygamberimizin töhmet sebebiyle hapsedilmesi³³⁰ hadisini de zayıf olarak değerlendiriyorlar³³¹.

Borç sebebiyle hapsin olamayacağına delil olarak Resulullah'ın borca batmış bir kişiye yardım için sadaka verilmesini emretmesini verilen sadakalarında borcunu ödemesi için yeterli olmadığını görünce "Olanı alınız, size bundan başka bir şey yoktur"³³² buyurmasını gösteriyorlar. Onlara göre bu hadis, borçlunun elinde olan malın alınması dışında hiçbir şey yapılmayacağına delildir³³³.

Yine Peygamberimizin Muaz b. Cebel'in malını satarak alacaklılarına borcunu ödediğini³³⁴ belirten hadisi de delil gösterirler. Hz. Ömer'in Üseyfi'nin borca düşmesinden dolayı malını satıp alacaklılarına dağıtmasını³³⁵ delil olarak gösterirler.

Zahirilerin "zengin borçlunun borcunu savsaklaması zulümdür"³³⁶ hadisini hapsedmemeye delil göstermesi³³⁷ enteresandır. Çünkü diğer mezhepler bunu hapsin meşruluğuna delil sayıyorlar. Zahiriler, hapsin borcun ödenmesini geciktirdiği iddiasıyla, borç sebebiyle hapsi zulüm olarak değerlendiriyorlar.

c)Ödeme İmkânı Olup Olmadığı Belli Olmayan Borçlu

Ödeme gücünün bulunduğu fakat malını gizlediği yönünde tatminkar bir karine ve bir kanaat bulunması halinde mütemerrid borçlunun hapsedileceği hukukçular tarafından genel kabul görmüştür. Malı olduğu takdirde borcunu ödemeyen borçlunun hapsi temelde onu ödemeye zorlama, kısmen de cezalandırmaya yönelikken burada bir yandan borçluyu doğru beyanda bulunmaya, dolayısıyla ödemeye zorlama, diğer yünden de borçlunun durumunu araştırmayı

³²⁸ İbn Hazm, VIII, 624-626.

³²⁹ en-Nisa, 4/15.

³³⁰ Beyhakî, VI, 49; Serahsî, XXIV, 165.

³³¹ Bu ve bunun gibi deliller için bk. İbn Hazm, VIII, 626-628.

³³² Müslim, Musakat, 4.

³³³ İbn Hazm, VIII, 627.

³³⁴ Şevkanî, V, 275; İbn Hazm, VIII, 627.

³³⁵ Serahsî, XXIV, 164; İbn Hazm, VIII, 629.

³³⁶ Ebu Davud, Büyu, 9.

tamamlama amacına yöneliktir. Araştırma sonucunda borçlunun ödeme gücü olduğu anlaşılırsa, muktedir borçluya uygulanan hükümler uygulanır. Eğer ödeme gücünün yokluğu anlaşılırsa ödeme imkanını olmadığı halindeki hüküm uygulanır³³⁸. Şimdi mezheplerin yaklaşımlarını inceleyelim.

c₁)Hanefi Mezhebine Göre:

Hanefilere göre, ödeme imkanı olmadığını iddia eden borçlu, alacaklılar tarafından varlıklı olduğu ispatlanırsa hapsedilir³³⁹.

Borçlunun ödeme gücünün olup-olmadığına bir delil yoksa, yani ne borçlu, ne alacaklı iddialarını delillendiremezlerse, hakim araştırma yapmak için hapseder. Zengin olduğunu anlarsa borcunu ödeyinceye kadar hapsi devam eder. Ödeme imkanının yokluğunu öğrenince hapisten çıkarır³⁴⁰.

Ödeme imkanının yokluğunu iddia eden borçlunun borcu, satılan malın bedeli gibi elde bulunan mal karşılığında zimmetine geçen ve mehir-kefalet gibi akitten kaynaklanan bir borç ise hapsedilir. Çünkü malların elinde olması varlığına delildir. Eğer gücü yetmeseydi borçlanmazdı. Bunların dışındaki sebeplerden kaynaklanan borçtan dolayı hapsedilmez³⁴¹.

Bazı hukukçular, ıvazlı akitlerde alacaklının iddiası kabul edilerek borçlu hapsedilir. İvazsız akitlerde ise borçlunun imkansızlık iddiası kabul edilir, hapsedilmez derler. Hapsedilir görüşünde olanlar, eğer ödeme gücü olmasaydı iradesiyle akit yapmazdı. Akit yaptığına göre ödeme gücü vardır yorumunu yapıyorlar. Hapsedilmez görüşünde olanlar ise asıl olan yokluktur. Mali bir karşılığı da olmadığı için asıl olana itibar edilir derler³⁴².

Eğer borç itlaf sebebiyle sabit olmuşsa borçlunun imkansızlık iddiası kabul edilir, hapsedilmez³⁴³.

³³⁷ İbn Hazm, VIII, 630.

³³⁸ Bardakoğlu, Hapis, s.58.

³³⁹ Merginani, III, 104; Zeylei, IV, 180.

³⁴⁰ Kasani, VII, 173.

³⁴¹ Merginani, III, 104; Kasani, VII, 174; Zeylei, IV, 180.

³⁴² Serahsi, XX, 89; Kasani, VII, 174.

³⁴³ Serahsi, XX, 89; Kasani, VII, 174.

Bir kısım hukukçu da borçlunun kıyafetine bakılarak karar verilir demişlerdir. Eğer kıyafet zengin kıyafetiyse zengin sayılır, fakir kıyafetiyse fakir sayılır demişlerdir³⁴⁴.

Durumu araştırılmak üzere hapsedilen borçlunun zengin olduğu anlaşılırsa, Ebu Hanife'ye göre borcunu ödeyinceye kadar hapiste kalır. Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre bir müddet kalır, sonra malı satılarak borcu ödenir. Eğer ödeme imkanının yokluğu anlaşılırsa hemen hapisten çıkarılır³⁴⁵. Fakat bu araştırma süresi ne kadardır? Bunun cevabını arayalım. Hanefi kaynaklarında araştırma süresi konusunda farklı süreler vardır. İki ay³⁴⁶ veya daha çok³⁴⁷, bir, iki yada üç ay³⁴⁸, iki yada üç ay³⁴⁹, bir veya dört aydan altı aya kadar³⁵⁰ gibi süreler verilmiştir. Bunun dışında sürenin hakim taktirine bırakılmasının daha iyi olacağı görüşü de ileri sürülmüştür³⁵¹.

Bu süreleri dikkate aldığımızda en az bir ay, en çok altı aylık bir müddet söz konusudur. Bu müddet içinde ödeme imkanının varlığı yada yokluğu anlaşılmazsa hapisten çıkarılır. Çünkü hapis malî durumu belli etmek içindir. Bu müddetlerde durumun açıklığa kavuşması için yeterlidir³⁵².

c₂)Maliki Mezhebine Göre:

Maliki hukukçularından Baci, imkansızlığını iddia eden borçlu için üç durum olacağını belirtiyor. Bunlar malının olduğu bilinen, malının olmadığı bilinen- bu iki durum daha önce işlendi. Ve bir de malının olup-olmadığının meçhul olması durumudur. İmam Malik'e göre, imkansızlık iddiasında bulunan borçlu, eğer durumu bilinmiyorsa hapsedilir. Çünkü böyle olan insan malını kaybedebilir. Diğer taraftan imkansızlığı iddia etmek, borçlu olduğunu ikrara terstir. Çünkü borcun bedelini

³⁴⁴ Kasanî, VII, 174.

³⁴⁵ Tahavî, 96; Serahsî XX, 88; Kasanî, VII, 173.

³⁴⁶ Serahsî, XX, 89.

³⁴⁷ Serahsî, XX, 90.

³⁴⁸ Kasanî, VII, 173.

³⁴⁹ Merginani, III, 104.

³⁵⁰ Merginani, III, 104.

³⁵¹ Merginani, III, 104.

³⁵² Kasanî, VII, 173.

almıştır. Bu da imkan sahibi olmasını gerektirir. Halinin zahiri, iddiasına terstir. Bu sebepten durumunun açıklığa kavuşması için hapis hane şarttır³⁵³.

Ödeme imkanı meçhul olan borçluların hapis müddeti, borç miktarı az olanlarda on beş gün, borç miktarı orta olanlarda iki ay, borç miktarı çok olanlarda dört aydır³⁵⁴.

c₃)Şafii Mezhebine Göre:

Şafiilere göre, imkansızlığını iddia eden borçlu, bunu ispat etmelidir. Hapsedilinceye kadar bir delil getirirse hapsedilmez. Aksi halde hapsedilir³⁵⁵. İmkansızlığını iddia eden borçlunun, eğer durumu belli değilse, ya yokluğunu ispat edinceye ya da alacaklı imkansızlığını ikrar edinceye kadar hapsedileceğini bütün Şafii hukukçular kabul ederler³⁵⁶.

Şafiilere göre, durumun açıklığa kavuşması için, hapis müddetinin belli bir üst sınırı yoktur. Hakimin takdirine kalmıştır³⁵⁷.

c₄)Hanbeli Mezhebine Göre:

Hanbelilere göre, ödeme imkanının yokluğunu iddia eden borçlu, zahirde malı yoksa ve alacaklılarda bu iddiayı te'yid ederse hapsedilmez, beklenir. Çünkü yokluk belirlenmiştir. Bu durumda hapsin bir faydası yoktur. Fakat borçlunun imkansızlık iddiasını alacaklı yalanlarsa, söz yeminle birlikte alacaklıdır. Alacaklı, yemin ettiği halde borçlu, imkansızlığı ispat edinceye kadar hapsedilir³⁵⁸. Mezhepten başka bir görüşe göre alacaklı yemin etmez. Çünkü ispat davacıya, yemin davalıya aittir³⁵⁹.

Hanbelilerde herhangi bir süre sınırlaması yoktur.

³⁵³ Bacı V, 81

³⁵⁴ Bacı, V, 81.

³⁵⁵ Şafii, III, 189; Müzenî, II, 223.

³⁵⁶ İbn Rüşd, II, 334; Karafî; IV, 79.

³⁵⁷ Müzenî, II, 223.

³⁵⁸ İbn Kudeme, IV, 502,503; Makdisî, IV, 459.

³⁵⁹ İbn Kudeme, IV, 504.

c5)Zahiri Mezhebine Göre

Zahirilere göre, imkansızlığını iddia eden borçlu, eğer borcu alış-veriş veya akit sebebiyle ise yokluk sabit oluncaya kadar hapsedilir. Eğer yokluğu belli olursa, gizli malı olmadığına yemin ederek hapisten çıkabilir. Eğer bu borç nafaka, mehir, daman, cinayet sebebiyle sabit olmuş ise imkansızlığına yemin etmesiyle söz, boçlunun olur ve hapsedilmez. Ta ki alacaklının, malı olduğunu ispat edinceye kadar. Zahirilerde hapis için belli bir müddet yoktur³⁶⁰.

5) Pozitif Türk Hukukunda Borçlunun Hapsi

Türk İcra Kanunu'nda, 1929 yılına kadar borç için hapis vardı³⁶¹. 1925 tarihli icra muvakkat kanunu borçlarını ödeme imkanı olduğu ispatlanan fakat görünürde malı bulunmaması sebebiyle alacak cebren tahsil edilmeyen borçlunun hapis ile tazyikini caiz görüyordu. 1927 yılında yapılan tadil ile kısa bir müddet içinde, borçlarını ödemeyenler iktidarlarını ispata lüzum olmadan hapsedilmelerini kabul etmişti³⁶².

Bugün borç için hapis, İİK'da kaldırılmıştır. Fakat borçlunun mal varlığına yapılacak müracaatı müessir kılmak için, hapis bazı hallerde istisnai ve ikinci derecede olmak üzere hukukumuzda kabul edilmiştir³⁶³.

Hapisle tazyikin söz konusu olduğu durumlara gelince, mal beyanında bulunmayı temin için hapis öngörülmüştür. İİK'na göre, "Mal beyanında bulunmayan borçlu, alacaklının talebi üzerine beyanda bulununcaya kadar icra tetkik mercii hakimi tarafından bir defaya mahsus olmak üzere hapisle tazyik olunur. Ancak bu hapis üç ayı geçmez"(md.76). Ayrıca alacaklısını zarara sokmak kastıyla mevcudunu eksilten borçlular için hapis cezası (md.331). Aczine kendi fiiliyle sebebiyet veren veya vasiyetin fenalığını bilerek ağırlaştırılan borçlunun cezası (md. 332). Mal beyanı için gelmeyenlerin ve beyanda bulunmayanların ve istenen malı teslim etmeyenlerin cezası (md.337), hakikate muhalif beyanda bulunanların cezası (md.338), beyandan sonra mal ve kazançta olan artışı bildirmeyen borçlunun cezası

³⁶⁰ İbn Hazm, VIII, 630, 631.

³⁶¹ Belgesay, Mustafa Reşit, İcra ve İflas Hukuku, İstanbul, 1945, I.202.

³⁶² Belgesay, I, 115 ve202 .

(md.339), borçlunun ödeme şartını ihlali halinde ceza (md.340), nafaka hükmüne uymayanların cezası (md.344) hafif hapis cezasıdır.

Yukarıda örneklerini sunduğumuz gibi Türk İİK'nda hapis cezaları vardır. Fakat bu kanunlar okunduğu zaman, bu cezaların haciz yoluyla alacaklının alacağına kavuşmasını sağlayan tali hükümler olduğu görülür.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, İİK'nda esas cebri icra tedbirleri haciz, iflas ve rehinin paraya çevrilmesidir³⁶⁴. Hapis, bunların yapılmasında yardımcı olacak şekilde kabul edilmiştir. Bu kabul ile hapis, cebri icra tedbiri de sayılmamıştır. Hapis uygulaması vardır diye şahıs ile sorumluluktan da söz edilmemiştir. Sorumluluğun mal varlığı ile olduğu kaydediliyor³⁶⁵.

Yine Türk Ticaret Kanununa göre “ibraz süresi içerisinde veya üzerinde yazılı keşide tarihinden önce, 4.maddeye göre ibraz edildiğinde yeterli karşılığı bulunmaması sebebiyle kısmen de olsa ödenmeyen çeki keşide eden kişiler bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır” şeklindeki düzenleme ile karşılıksız çek düzenlemek hapis sebebi sayılmıştır (Çek Kanunu md.16)³⁶⁶.

6)Genel Bir Mukayese ve Değerlendirme

İslam hukukunu incelediğimizde borç sebebiyle hapis olduğuna K. Kerimde delil olacak bir ayet yoktur³⁶⁷. Hadislerde ise peygamberimizin borç sebebiyle hapis uygulaması rivayetine rastlayamadık. Sonraları hapsin meşruluğuna delil diye yorumlanan hadis vardır³⁶⁸. Bu hadiste geçen ceza kelimesi uygulamanın da etkisiyle özellikle Tabiin hukukçulardan itibaren genelde muktedir borçlunun hapsedilmesi şeklinde anlaşılmıştır³⁶⁹. Yine Hz. Peygamber'in borç sebebiyle hapsettiği şeklindeki

³⁶³ Kuru Baki, İcra ve İflas Hukuku, Ankara, 1965, I, 3; Postacıoğlu İlhan E, İcra Hukuku Esasları, İstanbul, 1967, s.7.

³⁶⁴ Postacıoğlu, s.7.

³⁶⁵ Kuru, I, 3; Postacıoğlu, s.7; Tunçomağ, I, 22,23; Feyzioğlu,I, 20.

³⁶⁶ Tekinalp, Ünal ve Çamoğlu, Ersin, Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuat, İstanbul, 1998, s.812

³⁶⁷ en-Nisa 4/15 ve el-Maide 5/33, ayetleri borç sebebiyle değil, genel olarak hapsin meşru olduğuna delil kabul edilebilir.

³⁶⁸ Buhâri, İstikraz, 13; Ebu Davud, Akdiyye 29; Nesei, Buyu', 100.

³⁶⁹ Bardakoğlu, Hapis, 58.

hadisin de³⁷⁰ konumuz olan hapisle alakası olmadığı, buradaki hapis şehirde tutmadır, şeklinde yorum vardır³⁷¹.

İslam hukukçuları hapsi, ihtiyati tedbir olarak değerlendirmişler. Ceza hukukundaki anlamıyla asli ceza olarak değerlendirmemişler. Kaynaklarımızda ilgili konuları araştırırken bu kanaate vardık.

İslam hukukunda hapsin bir ihtiyati tedbir olarak bulunması ile Türk hukuk sisteminde var olan borçlunun hapsi konularını karşılaştırdığımızda şöyle bir durum ortaya çıkar:

İslam hukukunda hapsin gayesi, muktedir olan borçluyu ödemeye zorlamak için tazyiktir. Hanefilerde önce hapsedilir. Ebu Hanife'ye göre ödeyinceye kadar hapis devam eder. Ebu Yusuf, Muhammed ve Hanbelilere göre ise bir müddet hapsedildikten sonra hakim tarafından malları satılıp, borcu ödenir. Maliki, Şafi ve Zahirilere göre ise önce hapsedilmez. Hakim tarafından malları satılır, borçları ödenir. Eğer muktedir borçlu malını saklar ise, o zaman hapsedilir. Zahirilere göre hapsedilmez.

Bu uygulamada, Maliki, Şafi ve Zahirilerin tatbikatı Türk İcra İflas kanunu ile paraleldir. Çünkü (md.331)'e göre gizlemek hapis cezasını gerektirir. Gizleme olmayınca, normal olan iki uygulamada da haciz yoludur. Hanefiler ile Hanbelilerin uygulaması ise saklama olmadan da hapis olduğu için farklıdır.

İslam hukukunda hapsin ikinci gayesi de imkansızlığını iddia eden, fakat ispatlayamayan borçlunun malî durumunun ortaya çıkmasıdır. Bu durumda hapis uygulanması mezheplerin hepsinde vardır. Malı olduğunu ispat etme şartı aramadan, araştırma maksadıyla hapsedilme vardır.

Bu uygulama yani araştırma maksadıyla hapis uygulaması İİK'nde yoktur. Burada var olan mal beyanı vermeme, hakikate uygun mal beyanı vermek konusundaki hapis cezaları ilk bakışta benziyorsa da incelendiğinde farklı oldukları görülüyor. Çünkü mal beyanı vermemek, malının olup yada olmamasıyla ilişkili değildir. Sadece hacze esas olacak malların bildirilmesidir. İslam hukukunda ise

³⁷⁰ Beyhaki, VI, 49; Serahsi, XXIV, 165.

³⁷¹ İbn Hazm, VIII, 626.

malım yoktur, diyor, fakat isbat edemeyince araştırmak için hapsediliyor. Bu hakikate aykırı mal beyanına da benzemiyor. Çünkü hapsedilmesi imkansızlık iddiasının yalan olmasının tesbitine dayanmıyor. İmkansızlığı isbat edemeyince hapsediliyor.

Bu farklılıkların yanında, iki hukuk sisteminde de hapsin, haczi gerçekleştirmek için yani borcun ödenmesi için bir tazyik aracı olmasıdır. Aslolan borcun ödenmesidir. Alacaklının alacağına kavuşmasıdır. Eski hukuk sistemlerinde ise borcunu ödemeyince ceza olarak hapis uygulanıyordu.

Avrupa devletlerinde borç sebebiyle hapis uygulaması 19.asrın yarısından sonra tamamen kalkmıştır³⁷². Bunun anlamı tüm dünyada borç sebebiyle hapis uygulanıyordu. İslam hukukçuları bu dönemlerde ve daha önceleri borç için hapsi, bir tazyik aracı olarak kullandılar. Şimdi bu uygulama istisnaları dışında kalktı. Borç için hapiste açık bir nass olmadığından borç ödemeleri başka bir araçla sağlanabiliyorsa hapis uygulanmayabileceği dile getirilebilir. Çünkü hapsin gayesi ödemeyi sağlamaktır.

Borç için hapis konusunda, konuyla ilişkili çağdaş İslam hukukçuları³⁷³, Mahmasanî'nin bir değerlendirmesini³⁷⁴ naklederek, günümüzdeki bakışı yansıtıyorlar. Biz de bu yaklaşımla konuyu bitireceğiz. Mahmasanî günümüzde pek az istisnası dışında borç sebebiyle hapsin kaldırıldığını kaydettikten sonra bunun sosyal ve ticarî ahlaka bağlı bulunması gerektiğini, bir yerde borcun ifa edilmemesi, hakların zayı olması veya uzun zaman sürüncemede kalması yaygınlaşırsa, o zaman bu cebir vasıtasının kullanılması gerektiğini, ahlak ve emniyetin hakim olduğu zaman ve yerlerde ise –bir kısım İslam müctehidlerinin de benimsediği üzere- bu vasıtasının kullanılmasına gerek kalmayacağını ifade ediyor. Bu sebeple borçlunun takip ve borcun tahsil imkanlarının geliştiği, ticarî ahlak ve hukuk düzeninin iyi olduğu toplumlarda borcun ödenmemesi hapis sebebi olmaktan çıkabileceği, farklı İslam hukukçularının görüşlerini de değerlendirerek söylenebilir.

³⁷² Kuru, I, 3.

³⁷³ Karaman, II, 536; Atar, s. 240; Bardakoğlu, Hapis, s. 58.

³⁷⁴ Mahmasanî, II, 515, 516.

C) BORÇLUNUN SEYAHATTEN MEN'İ

Bir şahsın istediği zamanlarda seyahat edebilmesi seyahat hürriyetinin bir sonucudur. Borçlu olan kişinin borcu sebebiyle bu hakkına kısıtlama konulabilir mi? Yani seyahatine engel olunabilir mi? Bu hususta kaynaklarımızda farklı görüşler bulunmaktadır.

Alacaklı, vadesi gelmiş alacağından dolayı, borçluyu, rehin bırakmadıkça veya kefil göstermedikçe, seyahatten men' edebilir³⁷⁵. Vadeli borçlarda seyahatten men'in olup olamayacağı ihtilaflıdır.

Şafii'lerin çoğunluğuna göre, vadeli borcu isteme hakkı olmadığı gibi böyle borçtan dolayı seyahatten alıkoyma hakkı da yoktur. Borcun vadesi dönüşten önce olsun, sonra olsun; yolculuk nereye olursa olsun farketmez³⁷⁶.

Maliki, Hanbeli ve bazı Şafiilere göre, seyahatten dönme zamanından önce borcun vadesi geliyorsa, varlıklı birini kefil göstermeden veya borcu karşılayacak yeterli rehni bırakmadıkça, seyahate çıkmaktan alıkonulabilir³⁷⁷. Borcun vadesi dönüş zamanından sonra ise bu duruma ilişkin iki görüş vardır.

Birincisi, borcun vadesi seyahatten sonra, yolculuk da savaşa ise kefil göstermedikçe veya rehin bırakmadıkça alıkoyma hakkı vardır. Çünkü bu seyahatte can tehlikesi vardır, canların sunulması vardır. Hakkın kaybolma ihtimali büyüktür. Eğer seyahat savaş dışında ise alıkoyma hakkı yoktur. Çünkü hakkın kaybolma ihtimali zayıftır. Kısa yolculuklar böyledir.

İkincisine göre, borcun vadesi seyahatten sonra ise alıkoyma hakkı vardır. Çünkü borçlunun seyahatten dönüşü vade zamanında olacağı kesin değildir, açık değildir. Hakkın kaybolma ihtimali vardır. Dolayısıyla alıkoyma hakkı da vardır³⁷⁸.

Hanefilere göre, alacaklılar, borçluyu vadesi gelmemiş borçtan dolayı seyahatten men edemezler. Ancak onu takip edebilirler. Hanefilere göre alacaklı için el ve dilin dışında bir yaptırım yoktur. El, mülazame, dil ise mahkemeye davâ

³⁷⁵ Ali Haydar, Düreru'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, Beyrut, ts, III, 691.

³⁷⁶ Nevevî, XIII, 269; İbn Kudame, IV, 506-507; Makdisî, IV, 457.

³⁷⁷ İbn kudame, IV, 506-507; Makdisî, VI, 457.

³⁷⁸ İbn kudame, IV, 507; Makdisî, VI, 457.

etmektedir³⁷⁹. Ebu Yusuf istihsan metoduna dayanarak, zevcenin bir aylık nafaka te'mini için seyahatten önce kocasından kefil isteyebileceği hükmün varmıştır. Bu fetva takib eden hukukçular tarafından bütün alacaklara teşmil edilmiştir. Uygulamalarda bu yönde yapılmıştır. Borçluyu takibin (mülâzeme) masraflı bir iş olduğunu, belki de takib ederken harcayacakları, alacaklarından daha çok olacağı mülâhazasıyla takipten vazgeçerek kefil göstermeyi aksi halde seferden alıkoymayı daha isabetli bulmuşlardır³⁸⁰. Mecellede de bu fetva esas alınarak "Müeccelen medyun olan kable hulûlil-ecel ahar diyara gidecek olup da daini hakime müracaatla andan kefil istedikte kefil vermeğe mecbur olur"³⁸¹ şeklinde bir düzenleme yapılmıştır.

D)BORÇLUNUN ÇALIŞTIRILMASI

İslam hukukçuları, ödeme imkânı olmayan borçlunun çalıştırılıp çalıştırılmayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Hanefi, Malikî ve Şafii hukukçular çalıştırılmayacağı görüşündedirler³⁸². Hukukçular, borçlu için meşru cezaların dışında, zaid ceza ve hacir çeşidi olarak değerlendiriyorlar³⁸³. Ödeme imkanından mahrum olanlar, bu imkana kavuşuncaya kadar bekleme konusunda bütün hukukçuların ittifakı olduğu vurgulanıyor³⁸⁴. Nihayet borcun amele (çalışmaya) değil, zimmete taalluk ettiğini³⁸⁵, dolayısıyla borç için çalıştırılmayacağını savunuyorlar.

Bu görüşleri destekleyen deliller şunlardır:³⁸⁶

"Eğer borçlu darlık içindeyse, kolaylığa ulaşıncaya kadar mühlet vermek gerekir" ayeti³⁸⁷ ödeme imkanı olmayan borçluya mühlet vermeyi gerektirir.

³⁷⁹ Tahavî, s. 97; Merginânî, III, 286; Mevsilî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud, el-İhtiyâr'li Ta'lîlî'l-Muhtar, İstanbul, 1987, II, 99.

³⁸⁰ İbn Abidin, IV, 394; Mahmasanî, II, 517.

³⁸¹ Mecelle, md.656.

³⁸² Serahsî, XX,90; Bacî, V, 82; Kasanî, VII, 174; İbn Kudame, IV, 498, 499; İbn Rüşd, II, 334.

³⁸³ Serahsî, XX, 90.

³⁸⁴ İbn Rüşd, II, 334.

³⁸⁵ Bacî, VI, 82.

³⁸⁶ İbn Kudame, IV, 498.

³⁸⁷ el-bakara, 2/280.

Yine Hz. Peygamber (SAV): Borçlunun alacaklarına "...ne bulursanız alınız, size bundan başka bir şey yoktur"³⁸⁸ buyurmuştur. "Bundan başka bir şey yoktur" ifadesiyle, olan malını almak dışında çalıştırmanın da olamayacağını gösterir.

Hz. Ömer'in uygulamasında da, borçlunun malını satıp, alacaklılarına paylaşırma vardır³⁸⁹. Eğer çalıştırma olsaydı, bu uygulama da yapılırdı.

Zahirilere göre, borç nafaka, mehir, daman ve cinayet sebebiyle olmuş ise, alacaklı borçlunun ödeme imkanını isbat edinceye kadar hapsedilemez, çalıştırılır³⁹⁰. Bu çalıştırma yoksul borçlunun çalıştırılması değil, durumu açıklığa kavuşmamış borçlunun, kendisinin yoksul olduğunu iddia etmesi halindeki uygulamadır.

Ömer b. Abdilaziz çalışmaya zorlanacağı görüşündedir³⁹¹.

Hanbeli mezhebinde, sanat sahibi olmayan borçlunun çalıştırılmayacağı konusunda ittifak vardır. Sanat sahibi olan borçlunun çalıştırılıp çalıştırılmayacağı ihtilaflıdır. Bir kısım hukukçuya göre çalıştırılmaz, bir kısmına göre çalıştırılabilir³⁹².

Görüldüğü gibi ödeme imkanı olmayan borçlunun çalıştırılacağını, Zahiriler, borç nafaka, mehir, daman ve cinayetten kaynaklanıyor ise hapsedilmeksizin ve alacaklı varlığını isbat edinceye kadar caiz görüyorlar. Hanbelilerin bir kısmı ise sanat sahibi yoksul borçlu için kabul ediyorlar. Diğer bütün hukukçular çalıştıramayacağı görüşündedirler.

II-BORÇLUNUN MALVARLIĞI İLE SORUMLULUĞU

A)MALVARLIĞI KAVRAMI

Malvarlığı (mamelek), bir kimsenin para ile ölçülebilen haklarının ve borçlarının tümüdür³⁹³. Bir şahsın malvarlığı denildiği zaman, o şahsın iktisadî değer taşıyan eşyalar üzerindeki hakları, alacakları ve borçlarının tümü akla gelmelidir. Malvarlığı şahıstan şahısa değişir. Bir kısım insanların malvarlığı geniş olurken, bir kısmının ki ise dar olabilir. Borcu, alacak ve mevcut mallarından çok ise malvarlığı

³⁸⁸ Müslim, Musakât, 4.

³⁸⁹ Serahsî, XXIV, 164.

³⁹⁰ İbn Hazm, VIII, 631.

³⁹¹ İbn Kudame, IV, 499; İbn Rüşt, II, 334.

³⁹² Atar, s.269.

³⁹³ Velidedeoğlu, s. 278; Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı, Ankara, 1987,s. 213; Gözübüyük, s. 147

pasiftir. O kişi de iflas halindedir³⁹⁴. Bir kişinin malvarlığı günün şartlarına göre artıp ya da azalabilir. Malvarlığı başkasına devredilebilir ve miras yoluyla geçebilir³⁹⁵.

Miras hukuku, aynî haklar ve borçlar hukuku kısımlarının şahıslara tanıdığı hakların çoğu malvarlığı haklarıdır³⁹⁶.

Eğer sorumluluk, şahsın iktisadi değer taşıyan varlığına yönelik ise malvarlığı ile sorumluluktan bahsedilir.

İslam hukuku kaynaklarını incelediğimizde aslolanın, malvarlığı ile sorumluluk olduğunu görmekteyiz. Şahıs ile sorumluluk uygulamaları, bir tazyik olarak kullanılmıştır. Asla esas değildir. Biz burada esas olan malvarlığı ile tatminin nasıl gerçekleştiğini ve yöntemlerini işleyeceğiz.

Bu yöntemleri araştırırken İslam hukuku ile Türk Modern İcra-İflas hukukunda, hedefleri, bir olan, kapsamı genişlik-darlık bakımından farklı olan iki ayrı terim gördük. Bunlar hacir ve haciz kavramlarıdır.

Modern İcra-İflas hukukunda bulunan haciz “kesinleşmiş bir icra takibinin konusu olan muayyen bir para alacağının ödenmesini temin için, bu yolda talepte bulunan alacaklı lehine, söz konusu alacağı karşılayacak miktar ve değerdeki borçluya ait mal ve haklara icra memurunun beyanı ile hukukun el konulması”³⁹⁷ şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımın kapsamında, borca tekabül edecek kıymette olan malları üzerinde borçlunun tasarruf yetkisini kaldırmak ve bu malları paraya çevirerek alacaklının hakkını vermek bulunmaktadır³⁹⁸.

Hacir ise “insanı malındaki tasarruftan alıkoymaktır”³⁹⁹ diye tanımlanmıştır. İslam hukukçuları, borçlunun, muktedir olduğu halde borcunu ödemediği veya müflis olduğu takdirde, alacaklılar tarafından hakimden, hacredilmesi ve mallarının satılarak alacaklarının ödenmesini isteyebileceğini, hakim de buna uyacağını kabul ediyorlar⁴⁰⁰.

³⁹⁴ Velidedeoğlu, s. 278.

³⁹⁵ Gözübüyük, s.147.

³⁹⁶ Velidedeoğlu, s. 278.

³⁹⁷ Kuru, s. 192.

³⁹⁸ Postacıoğlu, s. 6.

³⁹⁹ İbn Kudame, IV, 508.

⁴⁰⁰ Bilmen, VII, 294.

Bu kısa izahtan, iki kavramın kapsamında da borçlunun, borçlarını karşılayacak kadar malları üzerinde tasarruf yetkisinin kaldırılacağı ve borçların ödenmesi için malların satılacağı vardır. Fakat İslam hukukunda borçları karşılayacak miktar malı değil, tüm malları üzerindeki tasarruf yetkisi kalkar⁴⁰¹.

Ayrıca Modern İcra-İflas hukukunda haciz ile iflas ayrı ayrı işlenmiştir⁴⁰². İslam hukuku kaynaklarında bu ayırım yoktur. Ya hacir başlığı altında, ya da iflas-teflis-müflis başlığı altında iki kavramın muhtevası işlenmiştir⁴⁰³.

Biz, konuyu Mecelle⁴⁰⁴ ve Çağdaş İslam hukukçu Senhuri⁴⁰⁵, ninde yaptığı gibi “hacir” genel başlığı altında bir tasnifle işleyip, sonunda bir karşılaştırma yapacağız.

B)HACİR

1-Hacir Kavramı

Hacir, lügatte menetmek⁴⁰⁶, tazyik⁴⁰⁷, haram⁴⁰⁸ manalarına gelir. Hukuk ıstılahında ise hacir, “insanı malındaki tasarruftan menetmektir”⁴⁰⁹. “Kavlî tasarrufun nefazından menetmektir”⁴¹⁰. Bir şahsı mahsus tasarruf-u kavlisinden men’dir”⁴¹¹ şeklinde tanımlanmıştır. Malî kaydıyla, malî olmayan tasarruflar; kavli kaydıyla da fiilî tasarruflar hariç tutulmuştur. Tasarruftan menedilen şahsa mahcur denilir⁴¹².

Hacir, “kişinin kendi yararını korumak” ve “başkalarının yararını korumak” sebebiyle konulan hacir olmak üzere iki çeşittir. Çocuk, mecnun ve sefihe konulan hacir kendi yararınadır. Alacaklıların hakkını korumak için müflise, malının üçte birinden fazla teberrudan dolayı varislerin hakkını korumak için hastaya ve

⁴⁰¹ bk. tez metni, s. 78 vd.

⁴⁰² Kuru, s. 4; Üstündağ, Saim, İflas Hukuku Dersleri, İstanbul, 1975, s. 1.

⁴⁰³ Şafii, III, 179; Serahsî, XXIV, 164; Bacî, V, 81; İbn Kudame, IV, 508.

⁴⁰⁴ Mecelle, md.998-1002.

⁴⁰⁵ Senhuri, V, 99.

⁴⁰⁶ Serahsî, XIV, 157; İbn Kudame, IV, 508; Makdisî, IV, 495; İbn Manzur, IV, 167; Ebu Ceyb, s. 77; Bilmen, VII, 267.

⁴⁰⁷ İbn Kudame, IV, 508; Makdisî, V, 455; Bilmen, VII, 267.

⁴⁰⁸ Bilmen, VII, 267.

⁴⁰⁹ İbn Kudame, IV, 508; Makdisî, IV, 455.

⁴¹⁰ İbn Abidin, V, 89.

⁴¹¹ Mecelle, md. 941.

⁴¹² Mecelle, 941; Bilmen, VII, 267.

mürtehinin hakkını korumak için râhine konulan hacir ise başkalarının yararını korumağa yöneliktir⁴¹³.

2-Hacir Sebepleri

Ebu Hanife'ye göre hacrin üç sebebi vardır: Delilik, çocukluk ve kölelik⁴¹⁴. Fakat başka bir rivayette, sadece bilgisizce fetva veren ve insanlara kaçamak yolları öğreten (mâcin) müftü, cahil doktor ve kendisine ait devesi ve bunu satın alacak malı olmadığı halde deve kiraya veren sermayesiz nakliyeciye (el-Mükâri'l-Müflis) hacir uygulanacağı görüşünde olduğu bildiriliyor⁴¹⁵. İlk bakışta göze çarpan bu çelişkiyi gidermek için sonradan gelen Hanefi hukukçular yorumlar yapmıştır. Mesela Kadıhan, hacrin sebeplerini kamuya zarar, borç, sefeh-tebzir olarak açıklamış, belirtilen özelliklerdeki müftü, doktor ve müflisin kamuya zarar sebebiyle hacredildiği yorumunu yapmıştır⁴¹⁶. Kasanî ise bu üç kişiye konulan hacrin hakiki hacir olmadığını, yani tasarrufun nâfiz olmasına engel olan şer'i mana olmadığını öne sürmüş ve bu yorumunu şu gerekçeye dayandırmıştır. Hacirden sonra müftünün isabetli fetvası caizdir. Hacirden önceki hatalı fetva geçerli değildir. Ebu Hanife burada hakiki hacri kasetmemiştir. Bu, men'etme, hacir değil, emir bi'l-ma'ruf nehiy ani'l-münker kabilindedir. Dolayısıyla bu iki söz arasında bir tenaküz yoktur⁴¹⁷. Mecelle'nin yorumu da aynıdır⁴¹⁸.

Ebu Yusuf, Muhammed, Şafii'ninde aralarında bulunduğu hukukçuların çoğunluğuna göre, hacir sebepleri, delilik, çocukluk, kölelik, sefeh, tebzir ve borçluluk durumlarıdır⁴¹⁹. İmam Malik ise hacir sebeplerine ölümle sonuçlanan hastalık ve zevcelik durumlarını da ekliyor⁴²⁰.

3-Borç Sebebiyle Hacir

Borç sebebiyle hacri Ebu Hanife kabul etmez. Ebu Hanife dışındaki Hanefiler ve diğer mezhepler kapsamı değişik olsa da borcu hacir sebebi sayarlar.

⁴¹³ İbn Kudame, IV, 508; Makdisî, IV, 455, 456.

⁴¹⁴ Kasanî, VII, 169.

⁴¹⁵ Serahsî, XXIV, 157; Kasanî, VII, 169.

⁴¹⁶ Kadıhan, III, 633, 634.

⁴¹⁷ Kasanî, VII, 169.

⁴¹⁸ Mecelle, md. 964.

⁴¹⁹ Kasanî, VII, 169.

⁴²⁰ İbn Rüşd, II, 319.

Borç için haciri kabul edenlerin ve etmeyenlerin delilleri vardır. Şimdi bunları sıralayalım:

a) Borç Sebebiyle Hacri Kabul Etmeyenlerin Delilleri:

Hacir ile ehliyetin yok olması durumu vardır. Bu da kişiyi diğer canlılar mertebesine indirir. Bu durum özel bir zararı def etmek için caiz değildir⁴²¹. Bu zarar malî zararın üstündedir. Daha aşağı olan zararı defetmek için daha zararlı olanı ikame edemeyiz. Bu zarar hapis ile defedilir⁴²². Nitekim Peygamberimiz de Cüheynelî bir şahsı borcunu ödeyinceye kadar hapsedmişti⁴²³. İbn Hazm bu hadisin mürsel olduğunu, sahih olsa bile, bu şahsın ganimetleri kaçırmamasından korkulduğu için hapsedildiğini, kastedilen hapsin olmadığını savunuyor⁴²⁴.

Hakim borçlunun yerine geçerek malını satamaz. Çünkü Allah Teala: “...Birbirinizin malını karşılıklı rıza olmaksızın aranızda haksız yere yemeyiniz...”⁴²⁵ buyuruyor. Hakim borçluya hacir koyarak, malını satması durumunda, bu satışta rıza olmadığı açıktır. Bu durumda ayetin hükmüne aykırıdır.

Yine Rasulüllah “Gönül rızası olmaksızın müslümanın malı helal olmaz”⁴²⁶ buyuruyor. Borçlu, hakimin malını satmasını da gönlü hoş karşılamaz. Bu iki nassa göre hakimin hacir koyup malı satmaması gerekir⁴²⁷. Bu hadisi Muaz hadisiyle tahsis edildiği iddia edilmiştir⁴²⁸.

Telcie⁴²⁹ (muvazaalı akit yapma) ihtimali bir varsayımdır. Varsayıma dayanılarak, kavli yok saymak, malını satmak uygun değildir⁴³⁰.

⁴²¹ Merginanî, III, 285.

⁴²² Bâbertî, IX, 271; İbn Hümmam, IX, 271.

⁴²³ Beyhakî, VI, 49; Serahsî, XXIV, 165.

⁴²⁴ İbn Hazm, VIII, 626.

⁴²⁵ en-Nisa, 4/29.

⁴²⁶ Darekutnî, III, 26.

⁴²⁷ Serahsî, XXIV, 164.

⁴²⁸ Şevkanî, V, 276.

⁴²⁹ Telcie, Muvazaa, iki kişinin bir aktin kendi aralarında başka türlü yapması, başkalarına karşı ise bir başka türlü yapmış görünmeleri. (Şafak, s. 594); ayrıca bk. İbn Abidin, IV, 244.

⁴³⁰ Serahsî, XXIV, 163.

Borç ilişkisinde aslolan borcu ödemektir. Ödemenin tek yolu da malı satma değildir. Yardım, sadaka, borç istemede, ödemeye vesile olabilir. Bunun için hakim malı satma yolunu tayin edemez⁴³¹.

Muaz hadisiyle alakalı olarak, Muaz'ın kendisi mallarının satışını istemiştir. Borcunu ifa için Resülüllah'ta satmıştır. Muaz malı bereketli olsun diye Peygamberimizi satışa yetkili kıldı. Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre, borçluya öde diye emredilir, ödemeyince hacir konulup, malı satılır. Muaz'ın Peygamber'imizin böyle bir emrine karşı çıkacağı düşünülemez. Öyle ise bu hacir konulup, malın satılmasına delil olarak ileri sürülemez⁴³².

Meşhur Useyfi hadisinde de Ömer (RA) "alacaklıları arasında malını taksim edeceğim" dedi. Bu malın, borç cinsinden olmasına hamledilir. Useyfi bizzat kendisi de mallarının satılıp, borçlarının ödenmesini istemiş olabilir⁴³³.

b) Borç Sebebiyle Hacri Kabul Edenlerin Delilleri:

Bu deliller, aynı zamanda hacir konulmasının hukukî dayanağıdır.

Rasülullah (SAV) Muaz'ı malı üzerinde hacretti ve malını sattı, bedelini alacaklıları arasında, paylarına göre taksim etti⁴³⁴. Bu uygulama, borçlunun hacr edilebileceği ve mallarının satılabileceğini gösterir.

Yine Rasüüllah zamanında birisi borca batık hale geldi. Bunun üzerine Peygamberimiz: "Ona sadaka veriniz" buyurdu. Halk tasaddukta bulundu. Fakat borcunu, yapılan yardımlar karşılamayınca, Rasülüllah (SAV), alacaklılarına "ne bulursanız alın, size bundan başka bir şey yoktur" buyurdu⁴³⁵.

H. Ömer (ra) bir gün halka şöyle hitap etti: "Ey insanlar! Borçtan sakınınız; çünkü borcun evveli üzüntü, sonu kavgadır. Cüheyneli Üseyfi iyi hesap etmeden, veresiye alış-veriş yaptı. Sonunda borca battı. Haberiniz olsun, onun mallarını borçlarını ödemek için satıp, alacaklılarına dağıtacağım. Kimin onda alacağı varsa

⁴³¹ Serahsî, XXIV, 164.

⁴³² Serahsî, XXIV, 166.

⁴³³ Serahsî, XXIV, 167.

⁴³⁴ Beyhaki, VI, 48-50; Serahsî, XXIV, 164.

⁴³⁵ Müslim, Mukasat, 4.

sabahleyin gelsin, alsın”⁴³⁶.Bu uygulamaya sahabeden hiç kimse karşı çıkmamıştır⁴³⁷.

Borçlunun, malı dinar, borcu dirhem olup, birbirlerine karşılık satılmaları caiz olunca –buna kıyasen- diğer mallarında satılması caiz olur⁴³⁸. Burada borç sebebiyle hacri kabul etmeyen Ebu Hanife'nin verdiği hüküm⁴³⁹ makisun aleyh olarak alınıp, diğer mallarının da kendi cinsinin haricinde mal karşılığında satılabileceği neticesine varılıyor. Bunu kabul etmeyen Ebu Hanife'ye göre, dinar ile dirhem arasındaki farkla, diğer mallar arasındaki fark değişiktir. Dinar ile dirhem bir yönüyle tek cinstir. Zekatta birinin nisabı diğeriyle tamamlanır, hükmü buna delildir. Yine uruz, borç ödemek için satılmaz. Çünkü uruz satın aldığı şeyin mislini her zaman satın alamaz. Bu da zarar olur. Dirhem ile dinar arasında ise zarar olmaz. Çünkü ikisinin arasında fark fazla olmaz, araları açılmaz⁴⁴⁰. Bugün dinar (altın para) ile dirhem (gümüş para) arasında zamanla fark oluyor, araları açılıyor. Demek ki, bu yaklaşımla, artık bunlar ile de hakim birbirinin karşılığı olarak, borç ödeyemez.

4-Borç Sebebiyle Hacir Konulan Borçlular

a)Ödeme Gücü Olup, Borcunu Ödemeyen Borçlular

Hanefi mezhebinin dışındaki diğer hukukçulara göre müflis borçlunun dışındaki borçlulara hacr konulmaz. Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre alacaklıların haklarını dikkate alarak ödeme imkanı olan, muktedir, zengin borçlulara da hacir konulabilir⁴⁴¹. Farklı görüşte olan Hanifi hukukçular da vardır⁴⁴². Şafiilerde bir görüşe göre ise, iflas emareleri olan borçlular da hacr edilebiliyor⁴⁴³. Diğer bütün hukukçular hacrin iflasa bağlı olduğu görüşündedir. Mecelle İmameynin görüşünü kanun haline getirmiştir⁴⁴⁴.

⁴³⁶ Serahsî, XXIV, 164; İbn Hazm, VIII, 629; İbn Kudame, IV, 489; Nevevî, XII, 273.

⁴³⁷ Serahsî, XXIV, 164.

⁴³⁸ İbn Hazm, VIII, 624; İbn Kudame, IV, 489.

⁴³⁹ Serahsî, XXIV, 164.

⁴⁴⁰ Kasanî, VII, 174.

⁴⁴¹ Kasanî, VII, 169; İbn Hümmam, IX, 274.

⁴⁴² İbn Hümmam, IX, 274, 275.

⁴⁴³ Nevevî, XII, 278.

⁴⁴⁴ Mecelle, md.998.

b) Müflis Borçlular

Hanefi, Şafii, Maliki ve Hanbeli hukukçular –Ebu Hanife hariç- iflası hacir sebebi kabul ederler⁴⁴⁵.

Biz önce iflas konusunda bilgi vereceğiz. Sonra müflis borçlunun hacredilmesinin neticelerini mezheplere göre inceleyeceğiz.

İflas, lügatta, malı kalmamak anlamındadır. Malı tükenene de müflis denir⁴⁴⁶. Teflis, hakimin bir şahsın müflis olduğuna hükmetmesi, iflasını, ilan ve teşhir etmesidir⁴⁴⁷. İslam hukukçuları, iflas, teflis ve müflis tarifleri yapmışır.

İbn Rüşd, iflasın, “borcun borçlunun malından çok olması” veya “borçlunun kesinlikle bilinen malının olmaması” şeklinde iki anlamının olduğunu belirtiyor⁴⁴⁸. Maliki hukukçu Huraşî teflisi şöyle tanımlıyor:

“Teflis, hakimin, borçlunun ödemesi gereken borçlarını ödemekten acze düştüğü için, onun mallarını alacaklılar için çekip almaya hükmetmesidir”⁴⁴⁹.

Hanbelî hukukçu İbn Kudame müflisi şöyle tanımlamaktadır: “Müflis, malı olmayan, ihtiyaçlarını karşılayacak ödeme gücü olmayan kimsedir”. Yine İbn Kudame fukahanın örfünde “Müflis, borcu malından, gideri gelirinden çok olan kimsedir” şeklinde tarif edildiğini belirtiyor⁴⁵⁰.

Mecelle’de müflisi borcu malına eşit veya malından fazla olan borçlu şeklinde tanımlamıştır⁴⁵¹.

Ebu Hanife, iflasa hüküm verilemeyeceği görüşündedir. Çünkü Allah’ın malı gelip geçicidir. Malı olup olmadığını şahitler tam bilmezler⁴⁵². Dolayısıyla hayatta iflasa hüküm verilemez. Ebu Yusuf ve Muhammed’e göre iflas hükmü verilebilir. Mecelle bu görüşü kanunlaştırmıştır⁴⁵³.

⁴⁴⁵ Bacî, II, 82; Kasanî, VII, 169; İbn Rüşd, II, 319; Merginanî, III, 285; İbn Kudame, IV, 456.

⁴⁴⁶ İbn Manzur, VI, 166.

⁴⁴⁷ İbn Manzur, VI, 166.

⁴⁴⁸ İbn Rüşd, II, 324.

⁴⁴⁹ Huraşî, V, 263.

⁴⁵⁰ İbn Kudame, IV, 455-456.

⁴⁵¹ Bk.Mecelle, md.999; Bilmen, VII, 296.

⁴⁵² Merginanî, III, 286; İbn Hümmam, IX, 275.

⁴⁵³ Mecelle, md.999-1002.

Şimdi mezheplere göre müflis borçlunun hacir altına alınmasının neticelerini görelim:

5-Hacir ve Neticeleri

a-Hanefilere Göre Hacir ve Neticeleri

Ebu Hanife borç sebebiyle hacri kabul etmez. Bunu insanın ehliyetini heder edici bulur. Malını satıp, borçlarını ödeyinceye kadar hapis edilmesini savunur⁴⁵⁴.

Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre, borçlunun hacredilmesi iki şarta bağlıdır. Birincisi, borcun borçlunun malını kapsaması veya daha fazla olması, ikincisi ise alacaklıların hacir konulmasını istemeleridir. Hanefilerde sadece müflis borçluya hacir konulabileceğini, hacirin iflasa hüküm vermeye bağlı olduğunu savunan hukukçular da vardır⁴⁵⁵. Fakat Mecelle'de benimsenen⁴⁵⁶, muktedir borçlunun da hacredileceğidir⁴⁵⁷.

İkinci şarta gelince, hacir ile maksadın, alacaklıların haklarını korumak olduğu için onların talebi gereklidir. Hacir ancak alacaklıların talebi ile ve hakimin hükmü ile sabit olur⁴⁵⁸. Hakim, hüküm verirken hacir koyduğuna şahit yani hacrin ilanı, inkârı önlemek için gereklidir. Fakat sıhhatinin şartı değildir⁴⁵⁹.

Hanefilere göre, borçlunun hacir altına alınmasının hukuki neticeleri, tasarruftan men ve malının satılıp, değerinin alacaklıları arasında -paylarına göre- dağıtılması olmak üzere iki tanedir⁴⁶⁰.

a₁) Tasarruftan Men'

Borçluya hacir konulduğu zaman elinde olan mallardaki tasarrufu geçersiz olur. Hacirden sonra eline geçen mallarında tasarrufu geçerli olur⁴⁶¹. Çünkü hacir

⁴⁵⁴ Merginani, III, 285; Babertî, IX, 271; İbn Hüman, IX, 271.

⁴⁵⁵ İbn Hüman, IX, 274.

⁴⁵⁶ Mecelle, md.998.

⁴⁵⁷ Kasani, VII, 169; İbn Hüman, IX, 274, 275; Bilmen, VII, 295.

⁴⁵⁸ Serahsi, XXIV, 164; Merginani, III, 285.

⁴⁵⁹ Ali Haydar, IX, 644; Senhurî, V, 101; Bilmen, VII, 295.

⁴⁶⁰ Mecelle, md. 999; Senhurî, V, 102.

⁴⁶¹ Serahsi, XXIV, 163; Mecelle, md. 101; Bilmen, VII, 296.

alacaklıların hakkını korumak içindir. Onların hakları ise mevcut olan mallarıyla alakalıdır; sonradan elde ettikleriyle değil⁴⁶².

Borç sebebiyle hacir, borçlunun hacredilmesini sağlayan alacaklıların haklarını zayıf eden bütün tasarruflara te'sir eder⁴⁶³. Bu cümleden olarak, mahcurun hibesi, sadakası, ibrası ve vakfı geçerli değildir⁴⁶⁴. Yine değerinden düşük alım-satım da geçersizdir. Değerinde yapılan satışlar geçerlidir. Mehirde, mehr-i misilden daha fazlası hacirden sonraki malını bağlar. Alacaklılardan bazısına, diğerlerinin izni olmadan borç ödemelere de tesir eder. Hacir, o anda mevcut malları hakkında ikrarda bulunmasına da tesir eder, geçerli olmaz. Fakat bu ikrar hacirden sonraki malları hakkında geçerlidir⁴⁶⁵.

Mahcur borçlu, birisinin malını telef ederse, ikrar olmaksızın sabit olur. Hacir anındaki mevcut olan malından tazminat öder. Çünkü hacir kavli tasarruflar konusundadır. Telef ise fiili tasarruftur. Vadeli borçlar hacirle vadesiz hale gelmezler. Bu ancak ölümle olur⁴⁶⁶.

a2) Borçlunun Malının Satılması ve Alacaklılara Ödenmesi

Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre borçlunun malı satılabilir. Bedeli de alacaklıları arasında paylarına göre taksim edilir. Ashabın Hz. Ömer'in uygulamasına karşı çıkmamaları borçlunun malının satılıp, bedelinin alacaklılara taksim edilmesi konusunda ittifak ettikleri anlamına gelir⁴⁶⁷. Hukukçular borçlunun malını satıp borcunu ödememesi durumunu, hakim tarafından malın satılması ve alacaklılara ödenmesini gerektireceği yorumunu yaparlar⁴⁶⁸..

Hakim tarafından satılacak mallarda, bir satış sırası söz konusudur. Hakimin öncelik sırasını nükuta⁴⁶⁹ vermesi gerekir. Çünkü o bir tedavül aracıdır, aynından

⁴⁶² Senhurî, V, 102.

⁴⁶³ Mecelle, md. 1002; Senhurî, V, 102; Bilmen, XII, 295.

⁴⁶⁴ Tahavî, s. 97; Kasanî, VII, 174.; Senhurî, V, 102.

⁴⁶⁵ Merginani, III, 286; Ali Haydar, IX,650-651; Mecelle, md. 1001; Senhurî, V, 102; Bilmen, VII, 295-297.

⁴⁶⁶ Senhurî, V, 102.

⁴⁶⁷ Scrahsi, XXIV, 164.

⁴⁶⁸ Merginani, III, 285.

⁴⁶⁹ "Nükut, naktin cemi olup, altın ve gümüşten ibarettir", Mecelle, md. 130.

faýdalanılmaz. Onun satımı borçluya daha kolay gelir⁴⁷⁰. Bu konuda bir ayrıntıya dikkat çekmek isteriz: Tasarruftan men' ve borçlunun malının hakim tarafından satışına karşı çıkan Ebu Hanife dirhem ve dinarın birbirinin karşılığı olarak, borcun ödenmesi için satılabileceği görüşündedir. Ebu Hanife bu görüşüne istihsan deliline dayanarak ulaşıyor. Ona göre kıyasa göre tıpkı uruz gibi caiz değildir. İstihsan yönü şöyledir: Dinar ve dirhem bedel ve mal olma yönleriyle birdir. Görünüş olarak farklıdır. Bir olma yönleriyle hakim tasarruf edebilir. Farklılık yönüyle de alacaklının zorla alma durumu ortadan kalkar⁴⁷¹. Uruz (esya)da ise hem görünüş hem de mahiyet farklıdır⁴⁷².

Nükutun borcu karşılamadığı durumda, uruz⁴⁷³ (eşya) satılır⁴⁷⁴. Satışta kolaydan zora doğru gidilir. Uruzda da öncelik bozulmasından korkulanlara verilmelidir. Sonra bozulmayan uruz satılmalıdır. Uruzun satımı da borçlu için akarın satımından daha az zararlıdır⁴⁷⁵.

Uruzun borcu karşılamadığı durumda akara sıra gelir. Bu hayatı sürdürmek için gereklidir. Satışı ile borçlu zarara uğrar. Bundan dolayı zaruret olmadıkça satılmaz⁴⁷⁶.

Hanefilere göre, borçlunun bütün malları satılamaz. Borçlunun giyeceği bir takım elbisesi, bazı hukukçulara göre ise iki takım elbisesi,yıkayınca giyebileceği elbisesi bulunması için satılamaz görüşündedir⁴⁷⁷. Kıymetli elbisesi varsa, satılıp, bedeliyle daha ucuz fiyatla elbise satın alınacağı, bedelden arta kalanların alacaklılara verilmesinden de bahsedilmiştir. Çünkü borcu ödeme farzdır, güzel görünmekten daha iyidir⁴⁷⁸.

⁴⁷⁰ Zeylei, V, 200.

⁴⁷¹ Serahsi, XXIV, 175; Kasani, VII, 174; Merginani, III, 285; Borç, dirhem, malda dirhem ise alacaklının borçlunun rızası olmadan almak hakkı vardır. Hakim buna yardımcı olur. (Merginani, III, 285).

⁴⁷² Merginani, aynı yer.

⁴⁷³ "Uruz, araz'ın cem'i olup, nukut ve hayvanattan ve mekiylât ve mevzûnattan başka olan meta' ve kumaş emsali şeylerdir" Uruz hacr bölümünde, akarın dışındaki malları kapsayacak şekilde kullanılmıştır. bk. Merginani, III, 286; Mecelle, md. 131.

⁴⁷⁴ Merginani, III, 286; Zeylei, V, 200.

⁴⁷⁵ Zeylei, V, 200.

⁴⁷⁶ Zeylei, V, 200.

⁴⁷⁷ Merginani, III, 286; Zeylei, V, 200.

⁴⁷⁸ Zeylei, V, 200; Mecelle, md. 999.

Yine borçlunun oturabileceği bir ev satılamaz. Eğer değerli bir ev ise satılıp, yeterli olabilecek daha ucuz ev satın alınabilir⁴⁷⁹. Sanat aletleri, kitaplar, sergiler, mutfak ve ev eşyaları, erzaklar, binekler, borç sebebiyle satılıp satılmayacağı da tartışılmıştır.

Mahcur borçlunun malından, kendisine hanımına, küçük çocuğuna ve bakmakla yükümlü olduğu kimselere infak edilir. Çünkü bunların aslî ihtiyaçları, alacaklıların haklarından daha önceliklidir⁴⁸⁰.

İflas eden borçlunun elinde, sattığı aynî malını bulan kimse bu ayna karşı alacak hakkı bakımından, diğer alacaklılarla eşittir. Yani öncelik hakkı yoktur⁴⁸¹. Satıcının alış verişi fesh ve aynını bulduğu meta'ı geri isteme hakkı da yoktur.

b-Malikilere Göre Hacir ve Neticeleri

Maliki mezhebine göre, borcu malını kuşatan borçlunun üç hali vardır. İflastan önceki hali. Bu durumda ıvazsız tasarruflardan men' olur. Çünkü alacaklılarının zararı vardır. İkinci hali ise umumi iflas halidir. Bu alacaklıların hakimin hükmü olmaksızın, borçluya başvurmaları, onu hapsedmeleri ve alış-veriş ve tasarruflardan men etmeleridir. Üçüncü hal hususî iflastır. Bu halde, hakimin borçlunun iflası sebebiyle hacrine hükmedip, alacaklılarının yararına malına el koymasındır. Burada ilk iki halde hakimin hükmüne gerek yoktur. Alacaklıların zararına olan tasarrufları geçersizdir. Üçüncüde ise hakimin hükmü gerekir⁴⁸².

Üçüncü hal olan hususi iflas asıl bizim konumuzdur. Bu iflasta üç şart aranır. İlki alacaklı veya alacaklılar, borçlunun iflasını ve hacire karar verilmesini talep etmeleridir. Alacaklıların tümü veya bir kısmı iflası isteyebilir. Bir kısmı isteyince iflas gerçekleşirse, diğer alacaklılarda paylarını alırlar. Çünkü birisi için iflas, hepsi için iflas sayılır. İkinci şart ise sebebiyle iflas istenen borç ya aslen vadesiz olmalı, ya da vadesi gelmiş borç olmalıdır. Eşit olunca hacir olmaz, mezhepte diğer bir görüşe göre, vadesiz borçların ödenmesinden geriye kalan malın

⁴⁷⁹ Zeylei, V, 200; Mecelle, md. 999.

⁴⁸⁰ Merginani, III, 286; Mecelle, md. 1000; Bilmen, VII, 296; Senhurî, V, 205.

⁴⁸¹ Merginani, III, 286; Mecelle, md. 295.

⁴⁸² Senhurî, V, 107.

değeri vadeli borçları ödemeye yetmiyorsa bu şart gerçekleşmiş olur⁴⁸³. Eğer borçlu elinde bulunan malların hepsini öderse, gizlediğine ait bir ithamda yoksa hacir konmaz.

Malikilere göre, hususî iflas üzerine terettüb eden neticeler, borçluya hacir konulması ve malındaki tasarruflarından men' etmek, mallarının satılıp, alacaklılarına payları kadar taksim edilmesi, müeccel (vadeli) borçların acil hale gelmesi ve borçluya bir aynı satıp, bedelini almamışsa onun bizzat aynı isteyebilmesi şeklinde dört tanedir⁴⁸⁴. Şimdi biz bunları sırasıyla görelim:

b₁) Tasarruftan Men'

Malikî mezhebinde, iflasına hükmedilince malî tasarruflardan men' edilir⁴⁸⁵. Hacir, konulduğu zamandan mevcut olan mallarını kapsar. Hacre terettüb eden netice, borçluyu malî tasarruflardan men'dir. Bu malî tasarrufları teberru veya ıvazlı az ya da çok olsun men' edilir⁴⁸⁶. Alım-satım, kiralama⁴⁸⁷ az da olsa geçersiz olduğu gibi, hibe, sadaka, ibra ve vakfi da geçersizdir⁴⁸⁸.

Yine uzak olsun yakın olsun zimmetinde borç ikrarında bulunması da caiz değildir. Kesin delil bulunması durumu müstesnadır. Fakat muayyen bir malı ikrar konusunda ihtilaf vardır. Mesela, kıraz ve vedia. Mezhepte üç görüş vardır: Cevaz, men' ve üçüncü kıraz ve vedianın aslı olup olmaması arasında fark vardır. Eğer bunların aslı olduğuna kesin delil olursa, ikrar kabul edilir. Eğer kesin delil yok ise ikrar doğru kabul edilmez⁴⁸⁹.

Müflis mahcurun alacaklılarından bazısına, diğerlerinin haberi olmadan ödeme yapması konusunda, İmam Malik'ten iki görüş vardır. Birisi, diğerleri de buna dahil olur. Diğer görüş dahil olmazlar. Bu görüşler ödeme yapabileceği görüşünün tafsilatı. İkinci görüşe göre mahcurun aleyhtir, dolayısıyla ödeme tasarrufu geçersizdir. Diğer alacaklılardan izinsiz ödeme yapılamaz⁴⁹⁰.

⁴⁸³ Hürâşî, V, 265, 266.

⁴⁸⁴ Senhurî, V, 109.

⁴⁸⁵ Bacî, II, 82; İbn Rüşd, II, 324.

⁴⁸⁶ Senhurî, V, 109.

⁴⁸⁷ İbn Rüşd, II, 326.

⁴⁸⁸ Senhurî, V, 109.

⁴⁸⁹ İbn Rüşd, II, 326.

⁴⁹⁰ Bacî, V, 83.

b₂) Borçlunun Malının Satılması ve Alacaklılara Ödenmesi

Malikilerde hacir mevcut mallarını kapsar, hacirden sonraki mallarını kapsamaz. Mevcut malları satılıp, alacaklılara dağıtıldıktan sonra hacir, hakim kararına gerek olmadan, borçlunun gizlediği malı olmadığına yemin etmesi ile son bulur. Sonradan elde ettiği mallar için yeniden hacir konulur. Yeni hacir konuluncaya kadar tasarrufta bulunur⁴⁹¹.

Hakim müflis mahcurun mallarına el koyar, satar ve alacaklıları arasında paylaşır⁴⁹². Bu mallar akar, uruz ve misliyattan olabilir. Hatta başkasından alacakları da olabilir. Meyve gibi geciktirilmesi durumunda bozulmasından korkulan malların satışına öncelik verilir. Yine bakıma ihtiyaç duyulan hayvanların satışında da acele edilir. Akarı, elbise, madeni gibi uruzu ise daha fazla fiyat etmesi için müşteri huzurunda acele etmeden, hakim sonuna kadar araştırma yapıp, en fazla fiyat verene üç günlük bir muhayyerlikle satar. Bu bekletme iki ay sürebilir⁴⁹³.

Satılan malları hazır olanlar ve gaib olanlar birlikte paylaşırlar. Eğer hazır olanlar alırlarsa, gaib olanlar gelince onlara müracaat ederler⁴⁹⁴.

Borçlar misli, ayn; mekil ve mevzun gibi gayr-i misli olabilir. Eğer misli olursa malı da misli olursa alacaklılar da muayyen malları alabilirler. Eğer borçlar gayr-i misli olursa, borçlunun yanında da hayvan ve uruz varsa, alacaklı bunların bedelini alır⁴⁹⁵.

Maliki mezhebine göre, müflis mahcurun hayvanlarına, evlerine, arazilerine ve her türlü eşyalarına hacir konulup satılabilir⁴⁹⁶.

Borçlunun ev, elbise gibi zaruri ihtiyaçlarına hacir konulup satılamaz. Hatta bakmakla yükümlü olduğu kimselere de birer takım elbise bırakılır⁴⁹⁷. Bu elbiseler, giyilince namazın sahîh olacağı, kışın soğuğa yazın sıcağa karşı koruyucu olması gerekir. Eğer pahalı elbise varsa satılıp, ihtiyacı karşılayacak elbise alınabilir⁴⁹⁸.

⁴⁹¹ Senhurî, V, 111.

⁴⁹² Huraşî, V, 266.

⁴⁹³ Bilmen, VII, 298; Senhurî, V, 111.

⁴⁹⁴ Hürasî, V, 274.

⁴⁹⁵ Bacî, V, 86.

⁴⁹⁶ Bacî, V, 84, 85.

⁴⁹⁷ İbn Rüşd, I, 332; Bacî, V, 84.

⁴⁹⁸ Huraşî, V, 270.

Sanat erbabının değersiz aletleri satılmaz, fakat değerli ve sanatın icrasında zaruri olmayan aletler satılabilir. İslam ilimlerine ait kitapları satılmaz, diğer kitaplar satılabilir⁴⁹⁹.

Borçlunun kendisine ve bakmakla yükümlü olduğu kimselerin (karısı-küçük çocuğu gibi) borç bitinceye kadar nafakalarına da borç konulup satılamaz⁵⁰⁰.

b₃) Müeccel Borçların Hululu

Malikilere göre iflasla, müeccel borçlar acil hale gelir. İflas ölüm gibidir, zimmeti yok eder. Satılması gereken şeyler satılıp, borçlar ödenir⁵⁰¹. Fakat zimmetin yok olması lehine olan (borçlunun başkasından alacağı) borçlara aciliyet kazandırmaz. Sadece aleyhine olan (kendisinin borçlarına) aciliyet kazandırır⁵⁰². Hususî iflastan önceki iflas hallerinde borç aciliyet kazanmaz⁵⁰³.

b₄) Müflis Borçluya Satılan Ayn

Malikilere göre, bir şahıs bir mal satarsa, bedelini kabzetmeden müşteri iflas edince, sattığı malın aynını almaya daha çok hak sahibidir. Eğer satın alan ölmüşse, satıcı diğer alacaklılarla eşit hakka sahiptir⁵⁰⁴. İmam Malik bu konuda şöyle bir yorum yapar: İflas hükmünün verildiği zaman satılan ticaret malının kıymetine bakılır. Eğer satış bedelinden kıymeti daha az ise alacaklı malı almak ve diğer alacaklılarla bölüşüme katılmada serbesttir. Eğer satış bedelinden çok ya da eşit ise aynını alır⁵⁰⁵.

c) Şafilere Göre Hacir ve Neticeleri

Şafilere göre müeccel borçlardan dolayı hacir konulamaz. Çünkü bu borçlarda mütalebe hakkı yoktur ki hacir konulsun. Bu mezhebe göre, hacir konulabilmesi için borçlunun mallarının borçlarını ifa etmeye yeterli olmaması lazımdır. Bunun yanında iflas emareleri varsa da hacir konulabileceği bazı hukukçular tarafından savunulur. Bu emare gideri gelirinden çok değildir. Bu durum

⁴⁹⁹ Huraşî, V, 270.

⁵⁰⁰ Huraşî, V, 276; Bilmen, VII, 299.

⁵⁰¹ Bacî, V, 86; İbn Rüşd, II, 326.

⁵⁰² Bacî, V, 86.

⁵⁰³ Senhurî, V, 115.

⁵⁰⁴ Bacî, V, 81.

mallarına zarar verir, dolayısıyla alacaklıların haklarına zararlı olur. Bazı hukukçular ise hacir konulamaz, çünkü borçlarına karşılık malı vardır, derler.

Yine Şafiilere göre, hacir konulmanın iki şartı vardır. Birincisi izah ettiğimiz gibi borcun, maldan fazla olması yani borcu ödemeye yeterli olmaması ve iflas emarelerinin bulunmasıdır. İkincisi ise alacaklıların hacir konulmasını hakimden istemeleridir. Çünkü hacir alacaklıların yararına olmak üzere konulur. Bu iki şartın tabii neticesi de hacire hakimin karar vermesidir. Hacir kararında şahit bulundurmalarıdır ki muamele yapacaklar dikkatli olsun⁵⁰⁶.

Şafiilere göre konulan Hacirin, borçluyu malındaki tasarruflardan men', malının satılıp alacaklıları arasında paylarına göre taksimi ve borçluya bir aynı satıp, bedelini almamışsa, onun bizzat aynını isteyebilmesi olmak üzere üç neticesi vardır⁵⁰⁷. Şimdi bunları sırasıyla inceleyelim:

c₁) Tasarruflardan Men'

Şafii mezhebinde, hacir konulduğu zaman mevcut olan ve alışveriş, miras, vasiyyet, hibe, cinayet sebebiyle bundan sonra elde ettiği mallarını, başka bir hacir koymaya ihtiyaç duymadan, kapsar. Hacir ile borçlu malındaki tasarruflarından men' edilir. Bu tasarruflar, ıvazlı olsun, teberru olsun; az olsun, çok olsun fark etmez⁵⁰⁸. Bu konuda iki görüş vardır: Birincisi mevkuf ve sahihtir. Çünkü hacir, alacaklıların hakkından dolayı sabit olur. Tasarrufun sıhhatine zarar vermez, tıpkı hastaya konulan hacir gibi. Malın değer kazanmasıyla borçları ödemeye yeterli olursa sahih olur. Borçları ödemeye yeterli olmaz ise fesh olur. İkinci görüş sahih olmaz, batıldır. Çünkü hüküm ile sabit olmuştur⁵⁰⁹.

Mahcur olan müflis malını satsa, hibe veya vakf etse, kiraya verse bakılır: Eğer bunlar borcundan fazla kalırsa nâfiz olur, kalmaz ise lağv olur. Diğer bir görüşe göre derhal batıl olur⁵¹⁰.

⁵⁰⁵ İbn Rüşd, II, 327.

⁵⁰⁶ Nevevî, XIII, 277-281.

⁵⁰⁷ Senhurî, V, 120.

⁵⁰⁸ Senhurî, V, 120.

⁵⁰⁹ Şafii, III, 186; Nevevî, XIII, 282.

⁵¹⁰ İbn Kudame, IV, 489; Bilmén, VII, 300; Senhurî, V, 121 (Şirbini, Muğni'l-Muhtaç'tan naklen), II, 148.

Şafii'nin görüşüne göre, borçlunun hacirden sonra, bitinceye kadar, satışı, hibe, sadaka vb. tasarrufları merduttur. Şafii mezhebine göre, iflasına bağlı olarak hacir konulunca kişinin müeccel borçları acil hale gelmez. Ölünce müeccel borçları acil hale gelir⁵¹¹.

c₂) Borçlunun Mallarının Satılması ve Alacaklılara Ödenmesi

İmam Şafii'ye göre, borcunu ödemediği sabit olan borçlunun iflasına hüküm verilir. Sonra malı hesap edilerek satışa sunulur. Mümkün olan en yüksek fiyata satış infaz edilir⁵¹². Malların satışı pazarda yapılır. Çünkü pazar ehli malların gerçek değerini bilirler. Satış esnasında mal sahibi müflisin hazır olması müstehaptır. Satışa bozulması hızlı olan şeylerden başlanır. Yeterli olmaz ise sonra hayvanların satışı yapılır. Çünkü bunlar bakıma muhtaçtır. Ayrıca telef ihtimali yüksektir. Daha sonra akar'a sıra gelir. Bu satışlar bir yerde ise üç gün içinde yapılır⁵¹³.

Satıştan elde edilen bedeller, alacaklılar arasında paylarına göre bölüşülür. Bedellerin bölüşülmesinden sonra başka alacaklı ortaya çıkarsa, diğer alacaklılara müracaat eder, borcu kadarını onlardan almak üzere ortak olur. Mal satılıp , bedeli taksim edildikten sonra hacir sona erer. Diğer bir görüş, hakimin hükmü ile hacir kalkar⁵¹⁴.

Alacaklılar, borçluya, zengin yapmayacak kadar ve kendisine, ailesine yetecek kadar yiyecek, içecek bırakırlar. Elbise yazlık ve kışlık olmak üzere iki takım bırakılır. Eğer elbise pahalı ise, yeterli olabilecek daha ucuz elbise satın almak için satılır. Evi de satılabilir⁵¹⁵.

c₃) Müflis Borçluya Satılan Ayn

Şafii mezhebine göre, alacaklılar içinde, iflastan önce borçluya bir ayn satmış, bedelini de almamış, borçlunun yanında sattığı aynı, vasfi değişmemiş olarak bulan kimse aynını bırakıp, diğer alacaklılarla beraber bedellerden payını almak ile

⁵¹¹ Şafii, III, 187-188.

⁵¹² Şafii, III, 187.

⁵¹³ Şafii, III, 180, 186; Nevevî, XIII, 292, 293; Senhurî, V, 123.

⁵¹⁴ Senhurî, V, 123.

⁵¹⁵ Şafii, III, 179; Senhurî, V, 123.

akdi fesh edip, aynı almak arasında muhayyerdir⁵¹⁶. Çünkü Rasûlüllah “Kim bir ticaret malı satar, sonra satın alan iflas ederse ve yanında aynı bulursa, o diğer alacaklılardan daha çok hak sahibidir”⁵¹⁷.

Burada satıcının akdi feshetmesi, bazılarına göre hakimin izni ile olur. Bazılarına göre ise izne gerek yoktur⁵¹⁸.

d) Hanbelilere Göre Hacir ve Neticeleri

Hanbeli mezhebine göre, borçlunun malları, borcundan az ise ve borçları vadesiz ise hacir konulur. Hacir konulması için üç şart aranır. Birincisi borçlunun malının borçlarını ödemek için yeterli olmamasıdır. Aksi halde hacre ihtiyaç duyulmaz. Eğer ödemez ise, malları satılarak ödenir, hacir koymaya gerek yoktur. İkinci şart ise borçların vadesiz olmasıdır. Çünkü vadeli borçlarla, vade gelmeden mütalebe (isteme) hakkı olmaz ki hacir konulsun. Eğer borcun bir kısmı vadeli, bir kısmı da vadesiz ise malı da vadesiz kısmı ödemeye yeterli ise yine hacir konulamaz.

Üçüncü ise, hacir konulabilmesi için hakimden alacaklıların bunu istemesidir. Hakim ancak alacaklıların isteği ile hacir koyar. Çünkü hacir alacaklıların haklarını korumak için konulur. Bunun için onların istemesi şarttır⁵¹⁹.

İnsanların borçlu ile muamelelerinde dikkatli davranmaları için hacrin açıktan olması ve şahit bulundurulması müstehaptır⁵²⁰.

Hacirin bitişiyle alakalı iki görüş vardır: Birincisi malın taksimiyle biter. Çünkü hacir konulmasının sebebi ortadan kalkmıştır. Cunun halinin kalkması ile hacrin bitmesi gibi. İkinci görüş hakimin hükmü ile kalkar. Çünkü hüküm ile sabit olmuştur. Yine hüküm ile kalkar⁵²¹.

Hanbeli mezhebine göre, hacrin borçlunun malındaki tasarruftan men', malının satılıp, alacaklılarına taksim edilmesi ve borçluya aynı satan bayinin bedelini

⁵¹⁶ Nevevî, XIII, 278, 279.

⁵¹⁷ Buharî, 14; Darimî, Buyu', 51.

⁵¹⁸ Senhurî, V, 124.

⁵¹⁹ İbn Kudame, IV, 488, 489; Makdisî, IV, 463.

⁵²⁰ İbn Kudame, IV, 456; Makdisî, V, 463.

⁵²¹ İbn Kudame, IV, 501.

kabzetmeden bu aynın bizzat kendisini alabilmesi şeklinde üç neticesi vardır⁵²². Şimdi bunları sırasıyla görelim:

d₁) Tasarruflardan Men'

Borçlunun malındaki tasarruflardan men mevcut mallarını kapsar. Borçtan sonra elde edeceği mallar konusunda yeni hacre ihtiyaç vardır. Hacir konulduğunda malında yaptığı tasarruflar geçerli değildir. Eğer malını satarsa, hibe, vakıf, mehir gibi tasarruflarda bulunursa sahih değildir. Tıpkı sefih gibi tasarrufları geçersizdir. Çünkü hacir ile alacaklıların hakları borçlunun malının aynını bağlar. Alacaklıların hakları borçlunun zimmetine taalluk etmez. Bundan dolayı da eğer tasarruf satınalma, borç alma veya mesuliyet alma gibi zimmetinde olursa sahih olur. Çünkü borçlu tasarrufa ehildir, ancak onun hakkında hacir vardır. Hacir de malı ile alakalıdır, zimmetiyle değil. Fakat bu şekildeki zimmetiyle alakalı-alacaklılar diğer alacaklılara ortak olamazlar, çünkü onlar bu duruma rıza göstermişler, müflis olduğunu bilerek onunla muamelede bulunmuşlardır⁵²³. Müflis borçlu eğer bir borç ikrarında bulunursa sahih olmaz⁵²⁴.

Hanbeli mezhebine göre vade müflisin bir hakkıdır. Bu hak iflas sebebiyle hacir ile sakıt olmaz, tıpkı diğer haklar gibi vadeli borç canlılığa bağlıdır, aciliyet kazanmaz. Hanbeli Hukukçu İbn Kudame, "Biz ölümle borç aciliyet kazanır, hükmüne razı olmayız. Kabul edilse bile ölüm zimmeti yok eder, iflas yok etmez. Bundan dolayı iflasla aciliyet söz konusu değildir" der⁵²⁵.

Hanbelilere göre, ölüm ile borçlar aciliyet kazanmaz. Çünkü hacir ile alacaklıların hakları, borçlunun malı ile alakalı hale gelir. Bu durumda, borçlar, terekenin varislere intikaline mani' olur mu? Sorusu ortaya çıkar. Bazılarına göre mâ'ni değildir. Varisler eğer malda tasarruf ederlerse borcu ödemekle yükümlü olurlar. Bu durumda borcu ödemezlerse tasarrufları geçersiz olur. Bazılarına göre

⁵²² İbn Kudame, IV, 456; Makdisî, IV, 493 (Ayrıca alacaklıların hakları borçlunun malıyla ilgili olur, neticesi vardır).

⁵²³ İbn Kudame, IV, 489; Makdisî, IV, 463, 464.

⁵²⁴ İbn Kudame, IV, 490; Makdisî, IV, 464.

⁵²⁵ İbn Kudame, IV, 485.

borçlar terekenin nakline engel olur. Çünkü ayette “yapacakları vasiyyet ve borçtan sonra...”⁵²⁶ şeklinde sıra belirlenmiştir. Varisler borçtan sonra paylarını alırlar⁵²⁷.

d) Borçlunun Mallarının Satılması ve Alacaklılara Ödenmesi

Hanbelilere göre, hakim borçlarını ödemek için mahcurun mallarını satar, alacaklıları arasında taksim eder. Satışlar pazarda yapılır. Alacaklılar ve borçlunun hazır bulunması müstehaptır. Müflisin hazır bulunmasının, bedelin değerini bilip, zapdetmesi, malının değerini en iyi bilen olduğu, bulunması malına rağbetin çok olacağı, müşteriye sevimli geleceği ve borçlunun kalbinin mutmain olması gibi faydaları vardır.

Alacaklıların hazır bulunması da, satış onlar için olduğu, belki de kendileri de rağbet ederler, bundan dolayı malın değerinin artması, kalplerinin hoş olması, töhmetten uzak olması, aynını müflisin yanında bulan alır hükmünün gerçekleşmesi için fiaydalıdır.

Böyle olmakla beraber, borçlu ve alacaklılar hazır olmadan da satış yapılabilir⁵²⁸.

Hanbeli hukukçulara göre, satışa rehinden başlanır, mürtebine verilir. Kalanı diğer alacaklılara verilir. Yeterli olmaz ise çabucak bozulacak yiyecekler satılır. Çünkü bunların telefı kolaydır. Yeterli olmaz ise sonra hayvanlar satılır. Çünkü hem bakıma muhtaçtırlar hem de telef olabilirler. Bunlar da yeterli olmazlarsa ticaret ve ev eşyaları satılır. En son akarlara sıra gelir. Çünkü telefinden en az korkulacak bunlardır.

Borçlunun oturma ihtiyacı olduğu ev satılamaz. Yeterli elbise ve yiyecek malzemesi de satılamaz. Eğer birden çok evi varsa, oturma ihtiyacı fazlası satılabilir⁵²⁹.

⁵²⁶ en-Nisa, 4/12.

⁵²⁷ İbn Kudame, IV, 486, 487.

⁵²⁸ İbn Kudame, IV, 494; Makdisî, IV, 493.

⁵²⁹ İbn Kudame, IV, 495; Makdisî, IV, 495-498.

Satılan malların bedeli, alacaklı tek ise geciktirilmeden ödenir. Alacaklılar birden çok ise, mümkün olan en kısa zamanda taksim yapılarak ödenmelidir. Eğer taksime kadar malların korunmaya ihtiyacı varsa, koruyana da ödeme yapılır⁵³⁰.

d₃) Müflis Borçluya Satılan Ayn

Hanbeli mezhebine göre, bir ticaret malını satan şahıs, bedelini kabzetmeden satın alan şahsın iflas etmesi halinde sattığı aynı müflisin yanında bulursa, aynen geri alma hakkına sahiptir. Bayi isterse aynı alır, satışı fesheder. Diler ise bırakır, diğer alacaklılarla beraber taksime katılır. Bu seçim hakkı, aynın bedelinin değeriyle alakalı değildir. Bu hak Hz. Peygamber'in 'Kim malını iflas edenin yanında aynen bulursa o kimsenin onu almada öncelik hakkı vardır'⁵³¹ hadisine dayanır⁵³².

C) TÜRK İCRA-İFLAS HUKUKUNDA HACİZ VE İFLAS

Türk hukuk sisteminde, borcunu ifa etmeyen borçlunun malvarlığına el konulup, alacaklıların alacaklarına kavuşması iki yöntemle gerçekleşir. Cüzi icra (haciz) ve külli icra (iflas).

Cüzi icrada, borçlunun karşısında bir veya muayyen birkaç alacaklısı vardır. Borçlunun malvarlığındaki şeylerden bir veya bir kaç cebrî icranın konusunu teşkil eder. Bu şeylere, alacaklının alacağına kavuşması için el konulur. Bunlar paraya çevrilir ve bu para ile alacaklılar tatmin edilir. Geriye kalanda borçluya verilir.

Külli icrada ise borçlunun karşısında bütün alacaklıları vardır. Borçlunun haczi caiz bütün malvarlığı vardır. Malvarlığı paraya çevrilir ve alacaklıların tümü alacağını almadan geri kalan borçluya verilmez⁵³³.

Bu iki cebrî icra arasındaki esaslı farklar şöyledir. Cüzi icrada, borçlunun bir veya bir kaç alacaklısı, alacaklarını borçlunun malvarlığındaki bir veya birkaç şeyden almaya çalışmaktadır. Burada ne bütün alacaklılarının tatmini ne de bütün

⁵³⁰ İbn Kudame, IV, 495.

⁵³¹ Buharî, 14; Darimî, Buyu', 51.

⁵³² İbn Kudame, IV, 484.

⁵³³ Kuru, s. 4.

malvarlığının tasfiyesi söz konusu olur. Buna mukabil külli icrada bütün alacaklıları borçlunun malvarlığının tamamından tatmin edilirler⁵³⁴.

Cüzi icra (haciz) bütün alacaklılar hakkında uygulanır. Külli icra (iflas) ise kaideten tacirler için uygulanır⁵³⁵.

Şimdi bu iki icra usulü hakkında kısa bilgi verelim:

1)Haciz

Haciz, lügatte, iki şeyin arasını açmaktır⁵³⁶ hukuk ıstılahında ise “Haciz, kesinleşmiş, bir icra takibinin konusu olan muayyen bir para alacağının ödenmesini te'min için bu yolda talepte bulunan alacaklı lehine, söz konusu alacağı karşılayacak miktar ve değerdeki borçluya ait mal ve haklara icra memurunun beyanı ile hukuken el konulmasıdır”⁵³⁷

Haciz, ilamsız ve ilamlı olmak üzere iki şekilde yapılır. Para ve teminat alacaklarında ilamsız haciz, bunların dışındaki mallarda ise ilamlı icra söz konusudur. Para ve teminat alacakları ilamlı haciz yoluyla da olur⁵³⁸.

Haciz, yoluyla takip bir takip talebiyle başlar. Bu talep, borçlu tarafından itiraz olunmaz ise veya itirazı bertaraf edildikten sonra kesinleşir. Bunun üzerine, icra memuru borçlunun borcunu ödeyebilecek malını haczeder. Bu mallar icra dairesince alacaklının talebi üzerine paraya çevrilir. Elde edilen paralardan alacaklıya alacağı kadar ödeme yapılır⁵³⁹.

Türk İcra sisteminde alacaklı borçlunun mallarından, yani mallarının haczedilip, satılmasından elde edilen paralarla tatmin edilir. Fakat alacaklı borçlunun ne kadar malı olduğunu bilemez. Onun için borçlu hacizden önce mal beyanında bulunur. Bu beyanda bulunmayan ve yanlış beyanda bulunan borçlu hapis ile tazyik edilir⁵⁴⁰.

⁵³⁴ Kuru, s. 4; Üstündağ, s. 1.

⁵³⁵ Kuru, s. 4.

⁵³⁶ İbn Manzur, I, 333.

⁵³⁷ Kuru, s. 192.

⁵³⁸ Kuru, s.185.

⁵³⁹ Kuru, s. 94.

⁵⁴⁰ Kuru, s. 185, 186; Postacıoğlu, s. 250, 251.

Borçlu, borcunun ödeme emrinin kesinleşmesine rağmen ödemezse, alacaklının talebi ile takibe devam edilir. Yani borçlunun yeteri kadar malı haczedilip, paraya çevrilir, alacaklıya verilir. İcra sisteminin en önemli ana kaidesi, alacaklının para ile tatmin edilmesidir. Borçlunun malları alacaklıya alacağı karşılığında devredilmez.

İlamsız haciz yoluyla takibin ödeme emrinin kesinleşmesinden sonraki safhaları şunlardır:

- a) Haciz (İİK, md.78-105),
- b) Haczedilen malların paraya çevrilmesi (İİK, md. 106-137),
- c) Elde edilen paraların alacaklılara paylaşılması⁵⁴¹ (İİK, md. 138-144).

Ödeme emrinin kesinleşmesi üzerine, kendiliğinden haciz yapılmaz. Haciz alacaklı tarafından istenmelidir. Haciz talebinden en çok üç gün sonra başlamalıdır. Haciz yapılırken mahrumiyeti borçluya en az yük teşkil edecek, haczi ve paraya çevrilmesi en kolay olan mallardan başlamak gerekir. Buna tertip denir. Bu sıra çok açık değildir. İlk önce menkul mallar haczedilir. Bunlarda sıraya konular. Muhafazası ve satılması en kolay olanlar (para, altın, gümüş gibi) sonra mahrumiyeti en kolay olanlar haczedilmelidir. Menkuller yeterli olamaz ise gayri menkuller haczedilir. Bunlarda da aynı özelliklere dikkat edilir (Muhafaza, satılma, mahrumiyet gibi)⁵⁴².

Kaide olarak, malvarlığı, maddi bir değeri olan herşeyi borç için haczedilir. Malvarlığından olup, bir değeri olmayan mektup gibi şeyleri haczedilemez. Malvarlığındaki olanlar onun bir çeşit teminatıdır, haczedilebilir. Ancak bir takım insanî düşünceler, toplum düzeni için bir kısım malvarlığı haczedilmez. Burada hakim olan düşünce borçlunun ve ailesinin ekonomik hayatının devam etmesini sağlamaktır. Bu düşünce ile haczi caiz olmayanlar iki guruba ayrılır: Tamamen ve kısmen caiz olmayanlar⁵⁴³.

⁵⁴¹ Kuru, s. 191.

⁵⁴² Kuru, s. 192-199.

⁵⁴³ Belgesay, I, 267-270; Kuru, s. 225, 226.

Tamamen haczi caiz olmayanlar: Munhasıran şahsa bağlı olan haklar, manevi tazminat talepleri, ana babaların çocuk malı üzerindeki intifa hakkı gibi maddi hukuka göre kabili devir olamadıkları için haczedilemeyen mallar. Bir de özel kanunla haczi caiz olmayan ve İİK.md.82'ye göre haczi caiz olmayan şeyler vardır: Bunlar on iki kalem sayılmıştır. Borçlu ve ailesini zaruret haline düşürüp, yardıma muhtaç hale getirmemek için konulmuşlardır. Bunlardan devlet malı ve borçlunun lüzumlu eşyaları olarak özetlenebilir⁵⁴⁴..

Kısmen haczi caiz olmayanlara gelince; onlarda İİK md.83'e göre, maaşlar, ödenekler, her nevi ücretler, intifa hakları ve hasılatı, ilana müstenid olmayan nafakalar gibi malvarlığıdır⁵⁴⁵.

Bu özetlenen bilgiler ilamsız icra hakkındadır. Bir de ilamlı icra vardır. İlamsız icra sadece para ve teminat alacakları içindir. İlamlı icra ise hem para ve te'minat alacakları hem de bunun dışındaki, menkul teslimi, gayri menkullerin tahliye ve teslimi gibi icra konularının takib yoludur⁵⁴⁶.

Burada icra kararını mahkeme verir. Bu karar icra memuruna verilir. Memur borçluya icra emri gönderir. Yedi gün içinde ödenmesi istenir. Haciz alacaklı tarafından istendikten sonra ilamsız icra gibi devam eder⁵⁴⁷.

2-İflas

İflas lügatte, malı kalmamak anlamındadır⁵⁴⁸. Hukukçular ise iflası "külli icrayı bir başka deyişle kollektif tasfiyeyi hedef tutan bir cebri icra yoludur"⁵⁴⁹ diye tanımlarlar.

Bir borçlu hakkında iflasa karar verebilmek için iflas sebebi denilen bir olayın gerçekleşmiş olması gerekir. Ancak bu sebeple iflas yoluyla takibe tabi tutulur. Doktrinde iflas sebebi, maddi ve şekli iflas sebebi olarak ikiye ayrılır.

⁵⁴⁴ Belgesay, I, 282-298; Kuru, s. 226-230.

⁵⁴⁵ Kuru, s. 231.

⁵⁴⁶ Kuru, s. 355-378.

⁵⁴⁷ Kuru, s. 370.

⁵⁴⁸ İbn Manzur, VI, 166.

⁵⁴⁹ Üstündağ, s. 1.

Maddi İflas Sebebi: Borçlunun iflasını gerektiren olay borçlunun malvarlığı durumuna veya bir davranışa dayanırsa, öyle ki malvarlığı durumu veya bir davranış tarzı, alacaklının tam olarak tatminini şüpheli göründürecek önemdedir. Mesela borcu ödemekten acz gibi.

Şekli İflas Sebebi: Burada kanun tarafından tanzim edilmiş olan muayyen bir prosedürün başarılı olarak izlenmesi iflasın açılması için yeter sayılmıştır. Borçlunun malvarlığı ile ilgilenilmez burada. İtiraza uğramış bir ödeme emri iflasın açılması için gerekli şartı gerçekleştirmiş olur. Mesela Türk hukukunda borcunu ödemeye davet edilmesine rağmen, ödemede bulunmaması, ödeme kabiliyetini kaybetmesine kesin karine kabul edilerek iflasına karar vermeyi gerektirir⁵⁵⁰.

İflas yolları, takipli ve takipsiz iflas yolu olmak üzere ikidir. Mahkemeye gitmeden evvel ödeme emri göndererek iflas takibi yapılırsa bu takipli iflas yoludur. Eğer doğrudan mahkemeye giderek istenirse buna takipsiz iflas yolu ya da doğrudan iflas denir⁵⁵¹.

Alman hukukuna göre iflas kararıyla birlikte borçlunun malvarlığı alacaklıya geçer. Türk-İsviçre hukuk sistemine göre bu durumda geçmez. Borçlu iflas durumunda yine mal sahibidir. Alacaklılar sadece malvarlığının paraya çevrilmesinden sonra tatmin edilmek hususunda talep hakkına sahiptir⁵⁵².

Her ülkede iflasa tabi şahısların kimler olduğu farklı düzenlenmiştir. Fransa'da sadece tacirlerdir. Almanya'da bütün borçlulardır. Türk hukuk sisteminde tacirler ve özel kanunla düzenlenmiş tacir olmayan iflasa tabi olduğu belirtilen şahıslardır⁵⁵³.

İsviçre-Türk icra ve iflas kanunu şekli iflas sebebi yanında çeşitli maddi iflas sebepleri de tanımıştır. Bu sebeplerin birinin bulunmasıyla, takip yapmaksızın takipsiz iflas yoluna gidilir⁵⁵⁴. Bunu alacaklı, borçlu ve resmi merci isteyebilir.

⁵⁵⁰ Üstündağ, s. 2-4.

⁵⁵¹ Üstündağ, s. 5.

⁵⁵² Üstündağ, s. 6.

⁵⁵³ Üstündağ, s. 7. Ayrıca bk. İİK.md.43.

⁵⁵⁴ Üstündağ, s. 37- 38.

Borçlu ikametgahı yoksa, kaçarsa, hileli muamelede bulunursa veya teşebbüs ederse, mallarını saklarsa veya ödemeyi tatil etmişse alacaklı takipsiz iflasını isteyebilir⁵⁵⁵.

Borçlu aciz halini bildirerek iflasını isteyebilir⁵⁵⁶. Ayrıca res' en de iflas istenebilir⁵⁵⁷.

İflas, borçlu bütün alacaklılarının taleplerini geri aldıklarını gösterir belge gönderirse, bütün alacaklılara borcunu ödediğini belirten belge gönderirse ve konkordato⁵⁵⁸ tasdik edilirse mahkemece kaldırılır⁵⁵⁹.

İflas adî, taksiratlı ve hileli diye üçe ayrılır. Adi iflasın alacaklı açısından cezaî bir sonucu yoktur. Taksiratlı ve hileli iflasın cezaî sonucu vardır. Müflis medeni haklardan yararlanma ve bu hakları kullanma ehliyetini kaybetmez. Ekonomik hayatı devam ettirebilmek için masa dışı kalan⁵⁶⁰ mallarının idaresi için buna ihtiyaç vardır. Bunla beraber masaya dahil olan mallar üzerinde tasarruf ve idare yetkisini kaybeder. Bu malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi alacaklılara geçer⁵⁶¹. Borçlunun emeği karşılığı olan kazancı masaya girmez. Bu kazançlar müflisin ihtiyacını aşıya bile. Çünkü ihtiyacı karşılama tesbiti zordur. Bir de borçluyu çalışmaya teşvik edip, bu halde çıkmasını sağlamak gayesinden dolayı. Bir sebebi de malvarlığı ile sorumluluğun esas olması. Çalışma gücü ile sorumlu olmamasıdır⁵⁶².

D) İSLAM HUKUKUNDAKİ BORÇLUNUN HACRİ VE İFLASI İLE TÜRK HUKUKUNDA BULUNAN HACİZ, İFLAS TERİMLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

İslam hukukundaki hacir kavramı, Türk hukukundaki haciz ve iflas terimlerini kapsar. Şöyle ki, bütün mezhepler tarafından kabul edilen hacrin iki neticesi vardır. Birisi borçlunun tasarruflardan men'i diğeri ise borçlunun mallarının satılarak, elde edilen bedelin (paranın) alacaklılara dağıtılmasıdır.

⁵⁵⁵ İİK.md.177.

⁵⁵⁶ İİK.md.178.

⁵⁵⁷ İİK.md.180.

⁵⁵⁸ (Konkordato. Borçlarını ödemeyecek hale gelen bir tacirin alacaklıları ile yaptığı borçları ödeme anlaşması. Cebri sulh anlaşması. Burada alacaklıların en az üçte ikisinin kabulü şarttır ve alacaklılar alacaklarının bir kısmından vazgeçer. Şafak, s. 276)

⁵⁵⁹ İİK.md.182.

⁵⁶⁰ İİK.md.184.

⁵⁶¹ İİK.md. ve Ayrıca bk. Üstündağ, s. 49-50.

⁵⁶² Üstündağ, s. 52.

Türk hukuk sistemindeki haciz kavramının muhtevasında borca tekabül edecek kıymette olan malları üzerinde borçlunun tasarruf yetkisini kaldırmak ve bu malları paraya çevirerek alacaklının hakkını vermek bulunmaktadır.

Buradaki fark Türk hukukundaki hacizde borçlarını ödeyecek kadar mallarında tasarruftan men' edilir. İslâm hukukundaki hacirde ise bütün mallarında tasarruftan men' edilir. Bu fark İslam hukukunda, Hanifiler hariç, tek hacir sebebi iflas olmasıyla ilgilidir. Çünkü iflas borçlunun borcunun malına eşit veya daha çok olması şeklinde tanımlanır. Böyle olunca, hacir konulan borçlunun bütün malı borcu kadarı veya daha azı olacaktır. Bu durumda İslam hukukunda mahcur borçlunun bütün mallarında tasarruftan men' edilmesiyle, Türk hukukunda, borcu karşılığı mallarında tasarruf yetkisinin kaldırılması aynı anlamı ifade eder.

Türk hukuk sisteminde haciz, bir cüzi icra yoludur. Bir veya muayyen alacaklı vardır. Borçlunun malvarlığındaki şeylerden bir veya bir kaç icranın konusudur. Hacirde ise bütün alacaklılar ve satılması caiz olmayanlar hariç bütün malvarlığı icranın konusudur.

Bu açıdan hacrin Türk hukuk sisteminde yer alan iflasın muhtevasını da kapsadığını görürüz. Çünkü iflasta bütün alacaklılar lehine ve borçlunun bütün malvarlığının tasfiyesi vardır.

İslam hukukunda var olan iflas kavramı bizzat bir cebri icra yolu değildir. Haciz konulmanın, yani borçlunun malındaki tasarruflarından men' edilmesi, malının satılması ve alacaklılarına dağıtılmasının bir sebebidir. Diğer bir ifade ile iflas, İslam hukukunda borçlunun malî durumunu ifade eder. Türk hukukunda ise borçlunun malvarlığı durumu veya bir davranışının alacaklının tatminini şüpheli hale getirmesi gibi maddi sebep veya kanun tarafından tanzim edilen muayyen bir prosedürün başarılı uygulanması gibi şekli sebep ile uygulanan bir cebri icra yoludur.

Biz konuyu haciz, iflas ve hacir başlıklarıyla işleyebilirdik. Fakat bu tasnifi uygun bulmadık. Çünkü haciz ile hacir, alacaklıların ve borçlunun malvarlığının tümünü veya belli kısmını ilgilendirme bakımından hariç aynı unsurları içinde barındırıyor. Fakat böyle bir farkta olduğu için bu terimleri birbirinin yerine kullanamayız.

Diğer taraftan hacir, Türk hukukunda var olan cebri icra yolu iflasın da muhtevasını kapsıyor. Fakat ondan haciz kavramını da kapsayacak kadar, geniş bir muhtevaya sahip. Dolayısıyla iflasın hacir karşılığı olarak kullanılması da mümkün değildir.

Bu sebeplerden dolayı Mecelle ile Senhurî'nin de takip etmiş oldukları metodu kullanarak hacir başlığı altında incelemeyi uygun bulduk. Sonunda mukayese imkanı olsun diye Türk hukukundaki haciz ve iflas konularını kısaca anlattık. Bir de kısa mukayese yaptık.

E) REHNİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ

1-Rehin Kavramı

İnsanlar birisine borç verirken, geri ödenmesini de düşünürler. Bu yüzden alacaklarını teminat altına almak isterler. Bu teminatlardan biri şahsî, diğeri aynî teminattır. Kefalet şahsî, rehin ise aynî teminattır. Biz burada aynî teminat yani rehinden bahsedeceğiz.

Rehin, hem borçlu hem de alacaklı bakımından faydalıdır. Rahin bundan dolayı, alacağını elde etmekten emin olur. Kalbi huzurlu olur. Borçlu ise rehin sayesinde daha kolay borç bulabilir⁵⁶³. Biz rehni uzun olarak incelemeyeceğiz. Sadece borcun ödenmemesi durumunda rehnin cebri icraya konu alması açısından ele alacağız.

Rehin, bir malı ondan istifası (hakkın alınması) mümkün olan bir hak mukabilinde mahpus ve mevkuf kılmaktır. O mala merhun denildiği gibi rehin de denir⁵⁶⁴ şeklinde tanımlanmıştır. Merginanî ise rehni şöyle tanımlamıştır: “Rehin, ondan istifası mümkün olan bir hak –borç gibi- mukabilinde hapsedilen şeydir⁵⁶⁵”.

Rehinle birlikte şu terimlerin bilinmesinde zaruret vardır: Râhin, hakikaten veya hükmen borçlu olup, rehin veren kimsedir. Mürtehin, hak sahibi sıfatı ile rehin

⁵⁶³ Bilmen, VII, 5.

⁵⁶⁴ Mecelle, md.701.

⁵⁶⁵ Merginanî, IV, 126.

alan kimsedir. Rehin almak işine irtihan, rehin vermek, mahpus bulundurmaya ise terhin denir⁵⁶⁶.

Rehin, Kur'an-ı Kerim, sünnet ve icma ile sabittir. Kur'an-ı Kerim'de "Yolculukta olur da, yazacak kimse bulamazsanız (borca karşılık) alınmış bir rehin de yeterlidir..."⁵⁶⁷ buyurulmaktadır. Bu ayet hem seferde, hem de mukim iken rehinin meşruiyetine delildir⁵⁶⁸.

Sünnetten delil ise Hz. Peygamberimizin Medine'de bir yahudiden vadeli yiyecek aldığı ve mukabilinde zırhını rehin olarak bıraktığı şeklindeki uygulamadır⁵⁶⁹. Yine rehin uygulaması üzerinde icma da olmuştur⁵⁷⁰.

Rehin akdi icab ve kabul ile in'ikad eder. Kabz ile tamamlanır. Çünkü teberru akitlerindedir. Hibe, sadaka gibi onlarda kabz ile tamam olur. Malikilere göre ise mala mahsus bir akittir. Dolayısıyla alım- satım akdine benzer. İcab ve kabul ile tamamlanır⁵⁷¹.

Biz bu kadar bilgi vermekle yetiniyoruz. Rehnin cebri icraya konu olmasını incelemeye geçiyoruz.

2-Rehnin Cebri İcra Yoluyla Satılması

İslam hukukuna göre, rehni elinde bulunduran mürtehin, borcun vadesi gelince, ödenmemesi durumunda rehnin mülkiyetine sahip olamaz⁵⁷². Bu uygulama Cahiliyye devrinde varmış. Rasülullah (SAV): "Rehin borca karşılık kapatılamaz"⁵⁷³ buyruklarıyla bu uygulamayı kaldırdı.

Bir rehin akdi yapılıncaya, mürtehin, alacağını alıncaya kadar rehni elinde tutar. Rehin borcun tamamının karşılığıdır. Borcun bir kısmının ödenmesiyle rehin kısmen iade edilmez. Mürtehin isterse iade edilebilir⁵⁷⁴.

⁵⁶⁶ Mecelle, md.702, 703, 704; Bilmen, VII, 5.

⁵⁶⁷ el-Bakara, 2/283.

⁵⁶⁸ Merginani, IV, 127; Mevsili, II, 62; Ali Haydar, IV, 51; Bilmen, VII, 21.

⁵⁶⁹ Buhari, İstikraz, 2; Darimi, Büyü, 43.

⁵⁷⁰ Merginani, IV, 127; Mevsili, II, 63; Ali Haydar, IV, 51; Bilmen, VII, 22.

⁵⁷¹ Merginani, IV, 127.

⁵⁷² Serahsi, XXI, 66; İbn Rüşd, II, 231.

⁵⁷³ Malik b. Enes el-Muvatta, Beyrut, ts., Akdiyye, 9; Serahsi, XXI, 66; İbn Rüşd, II, 231.

⁵⁷⁴ Bilmen, VII, 35.

Rehin ve mürtehin diğerinin izni olmaksızın rehini satamaz⁵⁷⁵. Rahin satamaz, çünkü mürtehinin onu hapsetme, elinde tutma ve onunla talebinin ifasını sağlama hakkı vardır. Rahinin onu satması ve tasarrufu bu haklarını iptal eder, bu da caiz değildir. Mürtehin, rahinden izinsiz satarsa bu satış fuzulî olur. Çünkü onun mülkü değildir⁵⁷⁶.

Borcun eda vakti gelince, rahin edadan kaçınırsa hakim tarafından, rehni satıp, borcu ödemesi emredilir. Eğer kaçınırsa hakim rehni satıp, borcu öder⁵⁷⁷. Hakim rahini, rehni satmaya ve borcunu ödemeye zorlar. Bu zorlama karşısında rehni satması durumunda bu satım ikrah bey'i olmaz. Eğer bu zorlama karşılığında rehni satsa veya satmasa da başka bir para ile borcu ödemesi durumunda mürtehinin, kabul etmemek ve rehnin bedelini isteme hakkı yoktur. Yani rehinli borçlarda, ifa edilmemesi halinde rehnin satılması ve bedeliyle borcun ödenmesi tek yol değildir. Eğer rehin borçla aynı cinsten olursa mürtehin ondan alacağını alabilir⁵⁷⁸.

Mecelle Şarihi Ali Haydar Efendi, rehnin cebri icra yoluyla satışının usulünü şöyle açıklıyor: Mürtehin mahkemeye, rahinden alacağını iddia ederek ve rehnin satılmasını isteyerek müracaat eder. Borç ve rehnin varlığı sabit olunca, Mahkeme rehnin satılıp, borcun ödenmesine hükmeder. Bu hükmü ihtiva eden ilam rahine tebliğinden sonra icra dairesinin marifetiyle, usulüne göre rehni satılır⁵⁷⁹.

İslam hukukunda, iflas halinde, cebri icra yoluyla satışa, eğer var ise, rehinden başlanır. Mürtehin ödendikten sonra geri kalan olursa diğer alacaklılara ödeme yapılır⁵⁸⁰.

Rehin satılınca bedeli ya borçtan fazla olur, ya noksan ya da borçla eşit olur. Fazla olursa, fazlalık rahine verilir. Noksan olursa, kalan kısım rahinden istenir⁵⁸¹.

Rehnin hakim tarafından satılıp, alacaklıya ödenmesine rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip denir⁵⁸².

⁵⁷⁵ Mecelle, md. 756.

⁵⁷⁶ Ali Haydar, IV, 173.

⁵⁷⁷ Mecelle, md. 757.

⁵⁷⁸ Ali Haydar, IV, 173, 174.

⁵⁷⁹ Ali Haydar, IV, 174.

⁵⁸⁰ İbn Kudame, IV, 495.

⁵⁸¹ Kasani, VI, 148; Bacî, V, 225.

⁵⁸² Kuru, s. 261, 396.

III-BORÇLUNUN SORUMLULUĞU HAKKINDA GENEL BİR DEĞERLENDİRME

Tarih boyunca borçlunun sorumluluğu, şahıs ile ve malvarlığı ile olmuştur. Eski devirlerde borç ile sorumluluk ayrı muamelelerle tesis edilirmiş. Rehin veya rehine gösterilmek suretiyle sorumluluk tesis edilmiş. Daha sonra borçlu bizzat kendisini rehine olarak sorumluluk altına koydu. Bundan borç için kölelik safhasına geçildi. Borç için borçlunun şahsının sorumlu tutulmasının daha hafif şekli borç için hapistir. Bu da önceleri özel hapisti. Daha sonra resmi hapse geçildi. Nihayet en son safhada sorumluluk yalnız borçlunun malvarlığına inhisar ettirildi⁵⁸³.

İslam hukukunda borçlunun sorumluluğu malvarlığı iledir. Borç ilişkisinde, taraflar arasındaki ilişkide malî ilişkidir. Borç, borçlunun şahsını değil, malını bağlar. Prensip bu olmakla beraber, borçlunun malı gizlemesi veya işi yapmaması halinde ifa imkânsız hale geleceğinden dolayı, ifayı sağlamak için malvarlığı ile sorumluluğun yanında şahıs ile sorumluluğa da yer verilmiştir. Bu sebeple, İslam hukukunda borçluyu ifaya zorlamak üzere hapis ile tazyik meşru kabul edilmiştir⁵⁸⁴.

İslâm hukukunda esas olan borçlunun malvarlığı ile sorumluluğudur. Fakat alacaklının malvarlığı ile tatminini sağlamak için, ikinci derecede ve bir araç olarak kabul edilen şahıs ile sorumluluk uygulamaları da vardır. Bu uygulamalar bir tedbirdir. Yoksa ceza hukukundaki anlamıyla, tesbit edilen bir suçun karşılığında verilmiş bir ceza değildir. Bu uygulamalar, borcun ifası ile sona eriyorlar.

Birde ödeme imkanı olmayanlara, şahıs ile sorumluluk uygulamaları tatbik edilmiyordu⁵⁸⁵. Bu iki gerekçe ile diyebiliriz ki, eski devirlerde uygulanan şahıs ile sorumluluk ile İslam hukukundaki uygulamalar, hem amaç, hem çeşit, hem de sonuçları bakımından farklıdır.

Amaçları bakımından farklıdır. Çünkü tazyik aracı olarak kullanılıyor. Eski devirlerde ceza maksadı daha önceliklidir. Mesela öldürme, kölelik. Çeşit bakımından farklıdır. İslam hukukunda sadece resmi hapis vardır. Eski hukuklarda öldürme, kölelik, özel ve resmi hapis vardır. Sonuçları bakımından da farklıdır.

⁵⁸³ Tunçomağ, I, 23.

⁵⁸⁴ Zerka, III, 55; Karaman, II, 20, 21.

Çünkü İslam hukukunda borcun ifası ile hapis biter. Eski hukuklarda öldürülme vardır. Köle olunca, ödeme imkanı ve geri dönüşü yoktur.

İslam hukukundaki ifayı sağlamaya yönelik bir tazyik aracı olan uygulamalar, bugünkü Türk hukukunda bulunan, borçlunun malvarlığına yapılacak müracaatı müessir kılmak için bulunan hapse⁵⁸⁶ benzemektedir. Fakat İslam hukukunda borcunu ödeyinceye kadar hapis, bugünkü Türk hukukunda yoktur.

İslam hukukunda uygulanan cebri icra tedbirlerini göz önüne alarak, hukukçuların sorumluluğun mala mı yoksa şahsa mı yönelik olduğu konusunda ki görüşlerini şöyle özetleyebiliriz.

A)BORÇLUNUN SORUMLULUĞU MALVARLIĞINA YÖNELİKTİR

İslam hukukunda borçluluğun mahalli şahsın zimmeti, sorumluluğun mahalli ise borçlunun malıdır. Eğer borçlu ödemez ise malından ifa edilir. Buna zorlanır⁵⁸⁷. Ömer b. Abdilaziz hapsi kabul etmeyip, borçlunun serbest bırakılarak, borcunu ödemesi için çalışmasının daha iyi olacağını belirtiyor. Borç mevzunun, borçlunun şahsına değil, malına taalluk ettiği görüşündedir. Zahiriler, Leys b. Sad'de bu görüştedir⁵⁸⁸.

B)BORÇLUNUN SORUMLULUĞU, HEM MALVARLIĞI HEM DE ŞAHSINA YÖNELİKTİR

İslam hukukçularının çoğunun görüşleri bu yöndedir. Borçlunun malî durumunu araştırmak için hapsi meşru kabul ederler⁵⁸⁹.

Ödeme gücü olan borçlu, Ebu Yusuf, İmam Muhammed ve Hanbelilere göre, bir müddet hapsedildikten sonra ödemezse, hakim tarafından malı satılır⁵⁹⁰. Yani hapis ve hacir sırası vardır.

⁵⁸⁵ el-Bakara, 2/280.

⁵⁸⁶ Kuru, s. 3.

⁵⁸⁷ Zerka, III, 70.

⁵⁸⁸ İbn Hazm, VIII, 628-630.

⁵⁸⁹ Şafîî, III, 189; Serahsî, XX, 88; Kasanî, VII, 173; Bacî, V, 81; İbn Kudame, IV, 502-503.

⁵⁹⁰ Serahsî, XX, 88; Makdisî, IV, 458.

Malikiler ve Şafiiler ise muktedir borçlunun hapsedilmeyeceği, hakim tarafından mallarının satılıp alacaklılara verileceği görüşündeler. Ancak bunlara göre borçlu malını saklarsa, mallarını ortaya çıkarıncaya kadar hapsedilir⁵⁹¹.

Görüldüğü gibi cumhur hem hacri, hem de hapsi cebri icra tedbiri olarak kabul ediyorlar.

C)BORÇLUNUN SORUMLULUĞU ŞAHSINA YÖNELİKTİR

Ebu Hanife, aslolanın borçlunun malvarlığı ile borcunu ödemesi olduğunu kabul eder. Çünkü ona göre borcu ödenene kadar hapsedilir⁵⁹². Demek ki borcu ödemek asıldır. Bu da malvarlığı ile olur. Fakat Ebu Hanife, hacri borçlunun ehliyetini heder eden ağır bir durum olduğu gerekçesiyle kabul etmiyor. Hem tasarruflara kısıtlama, hem de malın hakim tarafından satılıp alacaklılara ödenmesini reddediyor. Ödeme imkanı olan borçlunun, borcunu ödeyinceye kadar hapsedileceği görüşündedir⁵⁹³.

⁵⁹¹ Malik, el-Müdevvenetü'l-Kübra, V, 201; Karafi, IV, 80.

⁵⁹² Serahsi, XX, 89.

⁵⁹³ Merginani, III, 285.

SONUÇ

İnsanlar hayatlarını sürdürebilmek için birbirleriyle ilişki içinde olmalıdırlar. Bu ilişki karşılıklı olarak bir şeyler almak-vermek şeklinde olur. İşte bu noktada borç ilişkisi ortaya çıkar. Bununla birlikte borçlunun sorumluluğu konusu gündeme gelir. Çünkü alacaklı durumda olanlar borcun ödenmesi için güvence isterler. Diğer bir ifade ile alacaklarını garanti altına almayı arzularlar.

İlk dönemlerde bu güvenceyi borç muamelesiyle beraber sorumluluk muamelesi yaparak sağlıyorlardı. Bu muamele rehin ya da rehine verilerek tesis edilirdi. Sonraları borçlu bizzat kendisini rehine olarak, sorumluluk altına koydu. Bundan borç için kölelik safhasına geçildi. Eski hukuklarda borçlunun öldürülmesi, köle olarak satılması, özel hapis ve resmi hapis gibi borçlunun şahsına yönelik uygulamalar olmuştur.

Bugün pozitif hukukta borç ve sorumluluk ayrı muameleler şeklinde yapılmamaktadır. Borç muamelesini yapan kimse sorumlu sayılır. Sorumlulukta malvarlığı iledir. Fakat malvarlığına yönelik cebri icrayı verimli kılmak için hapis uygulaması da istisnaî olarak vardır.

İslam hukukuna baktığımızda sorumluluğun malvarlığı ile olduğunu görürüz. Aslolan malvarlığı ile sorumluluktur. “Borçluluğun mahalli şahsın zimmeti, sorumluluğun mahalli ise borçlunun malıdır” ilkesi vardır. Fakat hapis, seyahatten men’ ve çalıştırma gibi şahıs ile sorumluluk uygulamaları da, borçluyu ifaya zorlamak için, bir tazyik olarak meşru kabul edilmiştir.

Kaynakları incelediğimizde, borçlunun hapsedilmesinin iki maksadı olduğunu görüyoruz: Borçluyu ödemeye zorlamak ve malının olup olmadığının ortaya çıkmasını sağlamak. Ödeme imkanı olmayan borçlu hiçbir mezhebe göre hapsedilmez. Durumu ortaya çıkması için hapsedilen borçlu, ödeme imkanının yokluğu ortaya çıkınca hemen tahliye edilir.

Bazı İslam hukukçuları ise hapis uygulamasına karşıdır. Borçlunun hapsi konusunda ittifak yoktur. “Borçlu borcunu ödeyinceye kadar hapsedilir” görüşünden, “hapis hem alacaklı hem borçlu için zararlıdır” anlayışına kadar değişen görüşler vardır.

Borçların ifa edilmesi veya ifa edilmemesi ticarî ahlakla da yakından ilgilidir. Bir de teknolojiadaki gelişmeler borçluların takibini kolaylaştırmıştır.

İslam hukukunda, borçlunun hapsedilmesinin gerektiğini belirten ayet olmadığı gibi, Peygamberimiz (SAV)’in açık, kesin ve tartışmasız kabul edilen bir uygulaması da yoktur. İslam hukukçuları da hapsi, borçluyu ifaya zorlamak ve malî durumunu ortaya çıkarmayı sağlayan bir ihtiyati tedbir olarak değerlendirmişlerdir. Bu sebeplerden dolayı, borçluyu ifaya zorlayacak ve borçlunun durumunu ortaya çıkarmaya yarayacak başka araç ve metodlar bulunursa hapis uygulaması yapılmayabilir.

Fakat sorumluluk uygulamaları konusunda dikkatli olmak gerekir. Ağır müeyyideler koymak, bugün artık ticaretin karşılıklı borçlanmalarla yapıldığı ortamda müteşebbis insanları zor durumda koyabilir. Bu da ticarî hayatı ve sosyal hayatı bozucu etki yapabilir. Çok hafif müeyyideler koymak da borç veren insanların güvencesini yok eder, borç vermek istemezler. Bu durumda da müteşebbis insanlar zarar görür. Sonuçta toplum düzeni bozulabilir. Burada orta yol iyi niyetli borçluların himaye edilmesi, kötü niyetli olanların ise ifa etmeleri için tazyik edilmesidir.

Kanaatimizce, İslam hukukunda iyi niyetli yani ödemek isteyen fakat imkanı olmayan borçluya, mühlet vermek ve yardımda bulunmak şeklinde himaye vardır.

Malı olup da borcunu ödemeyen borçlunun ise malı satılarak, borcunun ödenmesi yoluna gidilir. Eğer buna engel olursa, hapis uygulaması ile tazyik edilmek suretiyle kötü niyetli borçlu da himaye edilmez.

İslam hukukçularının çoğunluğu ödeme imkanı olmayan borçlunun çalıştırılmayacağı görüşündedirler. Hanbeliler, sanati olan borçlunun çalıştırılması konusunda iki farklı görüşe sahiptir. Emevi halifesi Ömer b. Abdilaziz çalıştırılabileceği görüşündedir.

Seyahatten men' konusunda, vadeli borcu olan borçlu kefil veya rehin bırakarak seyahata çıkabileceği konusunda ittifak vardır.

Malvarlığı ile sorumluluk uygulamaları İslam hukuku kaynaklarında hacir, iflas, teflis gibi başlıklar altında incelenmiştir. Ebu Hanife hariç bütün hukukçular, borçluya hacir konulacağı yani malındaki tasarruftan men' edileceği ve hakim tarafından malının satılıp, alacaklılarına borcunun ödeneceği konusunda, detayda bazı farklılıklar olmakla birlikte, ittifak etmişlerdir.

Biz mer'i Türk hukuk sisteminde bulunan haciz ve iflas kavramları ile İslam hukukundaki hacir kavramının kapsamlarının farklı olduğunu fakat maksat ve sonuçlarının aynı olduğu kanaatine vardık.

İslam hukukunda prensip malvarlığı ile sorumluluktur. Fakat muktedir borçlunun borcunu ifa etmemesi, malını saklaması gibi nedenlerle şahıs ile sorumluluk uygulaması olan hapis, borcu ifaya zorlamak ve borçlunun malî durumunu ortaya çıkarmak maksadıyla uygulanmıştır. Günümüzde borçlunun borcunu ifa etmesini sağlayacak ve borçlunun malî durumunu ortaya çıkaracak başka tedbirler bulunur ise hapis uygulamasına baş vurulmayabilir.

BİBLİYOGRAFYA

KUR'AN-I KERİM

- ADEVÎ, Ali, Hâşiye, (Huraşî ile birlikte), I-VIII, Beyrut, ts.
- AKTAN, Hamza, "Daman" maddesi, DİA, VIII, İstanbul, 1996.
- ALİ EL-HAFİF, "el-Mes'uliyetü'l-Medeniyye fi'l-Mizani'l-Fıkhî'l-İslâmî", Mecelletü'l-Buhûs ve'd-Diraseti'l-Arabiyye, Kahire, 1973.
- ÂMİR, Abdullatif Muhammed, ed-Düyûn ve Tevsikuha, Kahire, 1984.
- ARSAL, Sadrî Maksudî, Umumi Hukuk Tarihi, İstanbul, 1944.
- AŞÛR, M.Tahir, İslâm Hukuk Felsefesi, (trc. Vecdî Akyüz ve Mehmet Erdoğan), İstanbul, 1988.
- ATAR, Fahrettin, İslam İcra ve İflas Hukuku, İstanbul, 1990.
- AYDIN, M. Akif, "Borç" Maddesi, DİA, VI, İstanbul, 1992.
- BABERTİ, Ekmelüddin Muhammed b. Mahmut, (Ö. 786 h.), Şerhu'l-İnaye (Şerhu Fethi'l-Kadr ile birlikte), I-X, Beyrut, ts.
- BACÎ, Ebu'l-Velid Süleyman b. Halef el-Endülisi (Ö.494 h.), el-Münteka Şerhu Muvatta, I-IV, Beyrut, 1983.
- BARDAKOĞLU, Ali, "Garamet" maddesi, DİA, XIII, İstanbul, 1996.
- BARDAKOĞLU, Ali, "Hapis" maddesi, DİA, XVI, İstanbul, 1997.
- BELGESAY, Mustafa Reşit, İcra ve İflas Hukuku, I-II, İstanbul, 1945.
- BERKÎ, Ali Himmet, İslâm Şeriağında Kaza, Ankara, 1962.
- BEYHAKÎ, Ebu Bekr Ahmed b. Hüseyin b. Ali, (Ö. 458 h.), es-Sünenü'l-Kübrâ, I-X, Haydarabat, h. 1346.
- BİLGE, Necip, Hukuk Başlangıcı, Ankara, 1987.

- BİLMEN, Ömer Nasuhi, Hukuki İslamiyye ve İstilahâtı Fıkhiyye Kamusu, I-VIII, İstanbul, ts.
- BUHARÎ, Ebu Abdillâh Muhammed b. İsmail b. İbrahim el-Muğire (Ö. 256 h.), es-Sahih, I-II, İstanbul, ts.
- CASSAS, Ebu Bekr Ahmed b. Ali er-Razî, (Ö.370 h.), Ahkamu'l-Kur'an, I-III, Beyrut, 1985.
- CORCİ, Zeydan, Medeniyyet-i İslamiyye Tarihi, trc. Zeki Meğamiz, I-V, İstanbul, h. 1329.
- DÂREKUTNÎ, Ali b. Ömer (Ö. 385 h.) es-Sünen, I-IV, Beyrut, 1986.
- DARİMÎ, Ebu Muhammed b. Abdillâh b. Abdirrahman b. Fadl, (h. 255), es-Sünen, byy., ts.
- EBU CEYB, Sa'dî, el-Kamusu'l-Fikhî, Lügaten ve Istilahen, Dimeşk, 1982.
- EBU DAVUD, Süleyman b. Eş'as, es-Sicistanî, el-Ezdî, (Ö. 275 h.), es-Sünen, I-IV, Beyrut, ts.
- ELMALILI, Hamdi Yazır, Hak Dini Kur'an Dili, I-X, İstanbul, 1982.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), I-II, Ankara, 1986.
- ERGİN, Feridun, Para Politikası, İstanbul, 1975.
- FETEVA'L-HİNDİYYE, I-VI, Kahire, 1892.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin, Borçlar Hukuku (Umumi Hükümler), I-II, İstanbul, 1976.
- GALANİTİ, Avram, Hammurabi Kanunu, İstanbul, 1925.
- GÖKMENOĞLU, Hüseyin Tekin, İslâm'da Şahsiyet Hakları, Ankara, 1996.
- GÖZÜBENLİ, Beşir, Günümüz Faiz Problemleri "İslâm'da Faiz Yasağı ve Para Borçlarında Faiz" I, Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Erzurum, 1994.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Ankara, 1993.
- HAKİM, Ebu Abdillâh Muhammed b. Abdillâh en-Neysaburî, (Ö. 405 h.), el-Müstedrek, I-IV, Beyrut, 1990.

- HAMİDULLAH, Muhammed, İslam Peygamberi, (trc. Salih Tuğ), I-II İstanbul, 1993 .
- HAMMURABİ MECELLESİ, İHFD, XVII, 300.
- HASEBULLAH, Hasan, “eş-Şeriatu’l-İslamiyye ve’l-Kanunu’l-İngiliziyeye”, Mecelletü’l-Ezher, Kahire, 1976.
- HAYDAR, Ali, Dureru’l-Hükkam Şerhu Mecelleti’l-Ahkam, I-IX, Beyrut, ts.
- İBRAHİM ENİS VE ARKADAŞLARI, el-Mucemu’l-Vasit, Tahran, ts.
- HAKİM, Ebu Abdillan Muhammed b. Abdillan en-Neysaburi, (Ö. 405 h.), el-Müstedrek, I-IV, Beyrut, 1990.
- HURAŞİ, Ebu Abdillan, (Ö. 1101 h.), eş-Şerh ala Muhtasar-ı Seyyid Halil (Adevî’nin Haşiyesi ile birlikte), I-VIII, Beyrut, ts.
- HÜSEYNİ, Abdullatif, el-Mes’uliyetu’l-Medeniyye, Beyrut, 1987.
- İBN ABİDİN, Muhammed b. Emin b. Ömer, (Ö. 1252 h.), Raddü’l-Muhtar ala’d-Dürri’l-Muhtar, I-V, Beyrut, ts.
- İBN ARABİ, Ebu Bekr, Muhammed b. Abdillan, (Ö. 534 h.), Ahkamu’l-Kur’an, I-V, Beyrut, 1967.
- İBN HÜMAM, Kemalüddin Muhammed b. Abdilvahid es-Sivasî, (Ö. 861 h.), Şerhu Fethi’l-Kadir (Şerhu’l-İnaye ile birlikte), I-X, Beyrut, ts.
- İBN KESİR, İmaduddin Ebu’l-Fida, (Ö.1372 h.), Tefsîru’l-Kur’ani’l-Azim, I-IV, Beyrut, 1969.
- İBN KUDAME, Ebu Muhammed b. Abdillan b. Ahmed, (Ö. 630 h.) el-Muğnî, (Makdisî’nin eş-Şerhu’l-Kebir’i ile birlikte), I-XII, Kahire, 1972.
- İBN MACE, Ebu Abdillan Muhammed b. Yezid el-Kazvinî, (Ö. 275 h.), es-Sünen, I-II, Beyrut, 1975.
- İBN MANZUR, Ebu, Fadl Cemaluddin Muhammed, (Ö. 711 h.), Lisanu’l-Arab, I-XV, Beyrut, 1968.
- İBN NÜCEYM, Zeynuddin b. İbrahim (V. 970 h.) el-Eşbah ve’n-Nezair, Dimeşk, 1983.

- İBNİ HAZM, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed b. Said (Ö. 456 h.), el-Muhalla, I-XI, Mısır, 1969.
- İBNİ RÜŞD, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed el-Endüsi, (Ö. 595 h.), Bidayetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid, I-II, byy., 1975.
- KADİHAN, Fahreddin, Hasan b. Mansur el-Özcendî, (Ö. 592 h.), el-Fetevâ'l-Haniye (el-Fetevâ'l-Hindiyye ile birlikte), I-VI, Kahire, 1892.
- KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Özcan, Roma Hukuku, Ankara, 1986.
- KARAFÎ, Şihabuddin Ebu'l-Abbas Ahmed b. İdris es-Sinhacî, (V. 664 h.), el-Furuk, I-IV, Beyrut, ts.
- KARAMAN, Hayrettin, Mukayeseli İslâm Hukuku, I-III, İstanbul, 1987.
- KASANÎ, Alauddin Bekr b. Mes'ud, (Ö. 587 h.), Bedâiu's-Sanâi fi Tertibi's-Şerâi, I-VII, Beyrut, 1982.
- KOSCHAKER, Poul, Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, (Kitabı Yeniden Gözden Geçiren Kudret Ayiter), Ankara, 1975.
- KUDURÎ, Ebu'l-Hasan Ahmed b. Muhammed, (Ö. 428 h.), el-Muhtasar, İstanbul, ts.
- KURTUBÎ, Ebu Abdillâh Muhammed b. Ahmet el-Ensârî (Ö.671 h.) el-Camiu li Ahkami'l-Kur'an, I-XX, Mısır, 1967.
- KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku, I-II, Ankara, 1965.
- MAHMASANÎ, Subhi, en-Nazariyyatu'l-Amme li'l-Mücebât ve'l-Ukûd fi's-Şeriatil-İslâmiyye, I-II, Beyrut, 1972.
- MAKDÎSÎ, Şemsuddin Ebu'l-Ferec Abdurrahman b. Ömer, (Ö. 682 h.), eş-Şerhu'l-Kebir (el-Muğni ile birlikte), I-XII, Beyrut, 1972.
- MALİK B. ENES, (Ö. 179 h.), el-Muvatta, I-II, Beyrut, ts.
- MALİK B. ENES, (Ö. 179 h.), el-Müdevvenetü'l-Kübra, I-VI, Beyrut, ts.
- MECELLE-İ AHKAM-I ADLİYYE, İstanbul, 1985.

- MERGINANÎ, Burhaneddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebi Bekr, (Ö. 593 h.), el-Hidaye Şerhu Bidayeti'l-Mübtedî, I-IV, İstanbul, 1991.
- MEVSİLÎ, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud, (Ö. 683 h.), el-İhtiyâr li Ta'lili'l-Muhtar, I-V, İstanbul, 1987.
- MİRAS, Kamil, Sahih-i Buhârî Muhtasar-ı Tecrid-i Sarih, Tercümesi ve Şerhi I-XII, Ankara, 1984.
- MOLLA HÜSREV, Düreru'l-Hükkâm fi Şerhi Gureri'l-Ahkâm, I-II, İstanbul, h. 1300.
- MÜSLİM, Ebu Hüseyin Müslim b. Haccac en-Neysaburî, (Ö. 261 h.), es-Sahih, I-V, İstanbul, 1955.
- MÜZENÎ, Ebu İbrahim İsmail b. Yahya, (Ö. 264 h.), el-Muhtasar, (Şafii'nin el-Ümm'ünün kenarında), I-IV, byy., 1968.
- NEVEVÎ, Ebu Zekeriyya Muhyiddin b. Şeref (V. 676 h.), el-Mecmu' Şerhu'l-Mühezzeb, I-XX, byy., ts.
- OKANDAN, Recai G., "Hammurabi Mecellesi", İHFD, XVII, 300.
- PIROĞLU, Ünsal ve Alver, Cemil, İcra ve İflas Kanunu, (İçtihadlı-Gerekçeli), Ankara, 1991.
- POSTACIOĞLU, İlhan E., İcra Hukuku Esasları, İstanbul, 1967.
- RADO, Türkan, "Roma Hukukunda Cebri İcra Usullerinin İnkişafı", İHFD, X, 230.
- RADO, Türkan, Roma Hukuk Dersleri (Borçlar Hukuku), İstanbul, 1967.
- RAZÎ, Fahreddin (Ö. 6060 h.), et-Tefsiru'l-Kebir, I-XVI, Mısır, ts.
- REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku, Ankara, 1981.
- SENHURÎ, Abdurrezzak, Mesadiru'l-Hak fi'l-Fikhi'l-İslamî, I-V, kahire, 1967.
- SERAHSÎ, Şemsüleimme, Ebubekr Muhammed b.Ebi Sehl, (Ö. 483 h.), el-Mebcut, I-XXX, Beyrut, ts.
- ŞAFAK, Ali, Hukuk Terimleri Sözlüğü, Ankara, 1992.
- ŞAFİİ, Ebu Abdillan Muhammed b. İdris, (V. 204 h.), el-Ümm, I-IV, byy., 1968.

- ŞAKİRÜ'L-HANBELÎ, Usulu'l-Fıkhi'l-İslamî, Suriye, 1948.
- ŞENER, Abdulkadir, "İslam Hukukunda Hacr", AİFD, XXII, 1978.
- ŞEVKÂNÎ, Muhammed b. Ali, (V. 1250 h.), Neylü'l-Evtar Şerhu Munteka'l-Ahbar, I-VIII, Mısır, ts.
- TAHAVÎ, Ahmed b. Muhammed b. Sellame, (Ö. 321 h.), el-Muhtasar, Kahire, h.1370.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1979.
- TİRMİZÎ, Ebu İsa Muhammed b. İsa b. Servet, (Ö. 297 h.), es-Sünen, I-V, Beyrut, ts.
- TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Hukuku, I-II, İstanbul, 1969.
- UMUR, Ziya, Roma Hukuku, İstanbul, 1967.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, İflas Hukuku Dersleri, İstanbul, 1975.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, Medenî Hukukun Umumî Esasları, İstanbul, 1948.
- YAYLALI, Davut, "İslâm Hukukunda Kazaî Diyanî Hüküm Ayırımı", Yayınlanmamış Makale.
- ZERKÂ, Mustafa Ahmed, el-Fıkhu'l-İslamî fi Sevbihî'l-Cedid, I-III, Dimeşk, 1968.
- ZEYDAN, Abdulkerim, İslam Hukukuna Giriş, (trc. Ali Şafak), Ankara, 1985.
- ZEYLEÎ, Fahreddin Osman b. Ali (Ö. 1314 h.), Tebyinu'l-Hakaik Şerhu Kenzid-Dekaik, I-VI, Beyrut, ts.
- ZUHAYLÎ, Vehbe, İslam Fıkıh Ansiklopedisi, (trc. Heyet), I-X, İstanbul, 1991.

ÖZGEÇMİŞ

Mustafa Bilmiş, 1965 yılında Erzurum İli Tortum İlçesine bağlı Demirciler köyünde doğdu. İlkokulu köyünde, orta öğrenimini Ardahan ve Kars İmam-Hatip Liselerinde tamamladı. 1986 yılında Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'ne girdi. 1991 yılından beri Gölçük ve Erzurum İmam Hatip Liselerinde öğretmenlik yaptı. 1996 yılında Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde İslam Hukuku dalında Yüksek Lisans öğrenimine başladı. Halen Erzurum-Mecidiye İmam-Hatip Lisesi'nde öğretmendir.

