

# TÜRK HUKUKU VE İSLAM HUKUKU'NDA BORCUN GECİKTİRİLMESİNİN BİR TÜRÜ OLARAK “BORÇLU TEMERRÜDÜ”

Öğr. Gör. Mehmet Şakir ARVAS



İKSAD  
Publishing House

**TÜRK HUKUKU VE İSLAM HUKUKU'NDA BORCUN  
GECİKTİRİLMESİNİN BİR TÜRÜ OLARAK**

**“BORÇLU TEMERRÜDÜ”**

**Öğr. Gör. Mehmet Şakir ARVAS**



Copyright © 2022 by iksad publishing house

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, distributed or transmitted in any form or by

any means, including photocopying, recording or other electronic or mechanical methods, without the prior written permission of the publisher, except in the case of brief quotations embodied in critical reviews and certain other noncommercial uses permitted by copyright law. Institution of Economic Development and Social

Researches Publications®

(The Licence Number of Publicator: 2014/31220)

TURKEY TR: +90 342 606 06 75

USA: +1 631 685 0 853

E mail: iksadyayinevi@gmail.com

www.iksadyayinevi.com

It is responsibility of the author to abide by the publishing ethics rules.

Iksad Publications – 2022©

**ISBN: 978-625-8213-83-6**

Cover Design: İbrahim KAYA

October / 2022

Ankara / Türkiye

Size = 16x24 cm

## ÖNSÖZ

İslam Hukuku'nun “Muamelat” kısmında dağınık bir şekilde yer alan ve Türk Borçlar Kanunu'nun ise 117 vd. maddelerinde düzenlenen, “borçlunun temerrüdü”nün ele alındığı bu çalışmada, borçlunun temerrüdü konusu, tarih boyunca İslam Devletleri tarafından kabul edilen İslam Hukuk Sistemi ile günümüz Kara Avrupa'sı Hukuk Sistemi arasında karşılaştırmalı olarak değerlendirilmektedir. Bu kapsamda borçlunun borcu geciktirmesinin bir türü olan temerrüt halinde alacaklıya getirilen imkânların yasal düzeyde tespiti ve borca aykırılık teşkil eden diğer haller, iki hukuk sistemi arasında mukayeseli olarak ele alınmaktadır. Buna ek olarak aynı konunun sınırları dâhilinde her iki hukuk sistemi arasında genel bir karşılaştırma yapılmıştır.

Bu çalışmanın muhteva ve şekil bakımından güçlenmesinde her türlü yardım ve desteklerinden ötürü Doç. Dr. İkrâm ORAK'a, Dr. Öğr. Üyesi Ramazan KORKUT'a, Öğr. Gör. Abdullah YOLCU'ya, Arş. Gör. Dr. Fatih AYDIN'a teşekkürlerimi sunar, talebeliğimin her aşamasında fikrî ve ilmî açıdan yetişmemde her zaman birinci sırada yer alan muhterem pederim ve hocam Übeydullah ARVAS'a atfederek kendisine saygı ve teşekkürlerimi arz ederim.

Mehmet Şakir ARVAS



## İÇİNDEKİLER

	Sayfa No
<b>ÖNSÖZ</b> -----	<b>i</b>
<b>İÇİNDEKİLER</b> -----	<b>III</b>
<b>GİRİŞ</b> -----	<b>1</b>
<b>BİRİNCİ BÖLÜM</b> -----	<b>3</b>
<b>BORÇ VE TEMERRÜT KAVRAMLARINA GENEL BİR BAKIŞ</b> -----	<b>3</b>
<b>1.1. BORÇ (DEYN) KAVRAMI</b> -----	<b>3</b>
1.1.1. Borcun Unsurları-----	5
1.1.1.1. Borçlu-----	5
1.1.1.2. Alacaklı-----	5
1.1.1.3. Edim-----	6
1.1.2. Borcun Çeşitleri-----	8
1.1.2.1. Kazaen-Diyaneten Borç-----	8
1.1.2.2. Mutlak Borç-Şartlı Borç-----	9
1.1.2.3. Peşin Borç-Sürelî Borç-----	10
1.1.2.4. Basit Borçlar- Müşterek Borçlar-----	10
1.1.3. Borcun Kaynağı-----	11
1.1.3.1. Türk Hukukunda-----	11
1.1.3.2. İslam Hukukunda-----	13
<b>1.2. TEMERRÜT KAVRAMI</b> -----	<b>19</b>
1.2.1. Kavram-----	19
1.2.2. Çeşitleri-----	22
1.2.2.1. Borçlu Temerrüdü-----	22
1.2.2.2. Alacaklı Temerrüdü-----	25
<b>İKİNCİ BÖLÜM</b> -----	<b>29</b>
<b>BORÇLU TEMERRÜDÜ VE SONUÇLARI</b> -----	<b>29</b>
<b>2.1. BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI</b> -----	<b>29</b>
2.1.1. Muaccel Olan Borcun İfa Edilmemesi-----	29
2.1.2. İhtar-----	32
2.1.2.1. Genel Olarak-----	32
2.1.2.2. İhtarın Gerekmeyeceği Haller-----	34
2.1.2.3. Şekil-----	37
2.1.3. İfanın Mümkün Olması-----	37
2.1.4. Alacaklı Tarafın İfayı Kabule Hazır Bulunması-----	40

2.1.5.Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi-----	41
<b>2.2. BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI-----</b>	<b>51</b>
2.2.1.Genel Sonuçlar-----	51
2.2.1.1.Gecikme Tazminatı-----	52
2.2.1.2.Kaza Halinde Oluşan Zarardan Sorumluluk -----	53
2.2.2.Para Borçlarında-----	58
2.2.2.1.Temerrüt Faiz Talebi-----	60
2.2.2.2.Aşkın (Munzam) Zarar -----	64
2.2.3.Karşılıklı Sözleşmelerde-----	67
2.2.3.1.Süre (Mehil)Verme -----	67
2.2.3.3.İfadan Vazgeçip Müspet Zarar Tazmini-----	71
2.2.3.4.Sözleşmeden Dönüp Menfi Zarar Tazmini-----	73
<b>ÜÇÜNCÜ BÖLÜM -----</b>	<b>75</b>
<b>BORCUN ÖDENMEMESİNE BAĞLANAN DİĞER</b>	
<b>SONUÇLAR-----</b>	<b>75</b>
<b>3.1. İSLAM HUKUKUNDA-----</b>	<b>75</b>
3.1.1.Haciz-----	75
3.1.2.Hacr -----	76
3.1.2.1.Delilik (Cünun) -----	77
3.1.2.2.Çocukluk(Sıba) -----	78
3.1.2.3.Sefihlik(İsaf, Kötü İdare, Lekeli Hayat)-----	78
3.1.2.4.Borç(Deyn) -----	78
3.1.3.Hapis-----	79
3.1.4.Seyahatten Men -----	82
3.1.5.Mülazeme (Yakın Takip)-----	83
3.1.6.Borçlunun Çalıştırılması-----	84
<b>3.2. TÜRK HUKUKUNDA -----</b>	<b>84</b>
3.2.1.Aynen İfa, İfa Davası Ve Cebr-i İcra-----	85
3.2.2.Tazminat Davası-----	91
3.2.3.Sözleşmeden Cayma (Dönme)-----	94
3.2.4. Borca Bağlanan Özel Bir Sonuç: “Faiz”-----	99
<b>SONUÇ-----</b>	<b>103</b>
<b>KAYNAKÇA-----</b>	<b>106</b>

## KISALTMALAR

<b>AY</b>	1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
<b>AYM</b>	Anayasa Mahkemesi
<b>Bkz.</b>	Bakınız
<b>C.</b>	Cilt
<b>Çev.</b>	Çeviren
<b>Dn.</b>	Dipnot
<b>E.</b>	Esas
<b>E.T</b>	Erişim Tarihi
<b>İBK</b>	İsviçre Borçlar Kanunu
<b>K.</b>	Karar
<b>m.</b>	Madde
<b>Nşr</b>	Neşreden
<b>Parg.</b>	Paragraf
<b>s.</b>	Sayfa
<b>T.</b>	Tarih
<b>TBK</b>	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
<b>TDV</b>	Türkiye Diyanet Vakfı
<b>TMK</b>	Türk Medeni Kanunu
<b>Ty</b>	tarih yok
<b>Vd.</b>	Ve devamı
<b>Y.</b>	Yargıtay
<b>YHD</b>	Yargıtay Hukuk Dergisi
<b>YHGK</b>	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
<b>YİBGK</b>	Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu
<b>Yy</b>	Yayın yok





## GİRİŞ

Türk Hukuku'nda ve İslam Hukuku'nda borçların ihtiyari olarak herhangi bir cebri icra ile karşılaşmaksızın ödenmesi sözleşmenin yerine getirilmesi prensibinin sonucu olarak ortaya çıkar. Hukuk sistemleri anılan ilkeye ahde vefa ilkesi demişlerdir. Buna karşılık her toplumda borcunu ödememekte direnen borçluların var olacağı gerçeği karşısında alacağın devlet gücüyle tahsili yoluna gidilmesi esası, neredeyse tüm hukuk sistemlerince kabul edilmiştir. İslam Hukuku'nda da Hz. Peygamber (s.a.v)'in ifaya gücü yettiği halde borcunu yerine getirmeyen borçlunun bu vaziyetinin cezalandırılmasını helal kılacağı yönündeki hadisi, hem kendi zamanında hem sonraki zamanlarda çeşitli cebri icra müeyyidelerinin tartışılmasına ve otoriteler tarafından uygulanmasına yol açmıştır. Mesela Hz. Peygamber'in Muaz b. Cebel adındaki sahabenin iflasına karar verdikten sonra mallarına haciz koymuş ve bu malları satarak satıştan elde ettiği paraları alacaklılara ödemiştir. Alacaklılara dağıtılan para her birinin kendisi açısından alacak miktarının 5/7'sine denk gelebilmiştir. Bir başka hadiste alacaklılara hitaben; "Ne bulursanız onu alın, size bundan başka bir şey yok" buyurduğu nakledilmektedir. Tüm bu uygulamalar ile bugün Modern Hukuk'ta iflas denilen hukuksal kurumu anımsatacak bir hukuki çareye işaret edilmiştir.

Borca aykırılığın bir türü olarak ortaya çıkan ve Türk Borçlar Kanunu'nun 117 ile 126. maddeleri arasında düzenlenen borçlunun temerrüdünün meydana gelmesindeki temel düşünce borcun zamansal bakımdan gecikmiş olmasıdır. Borcun geç ifa edilmesi kavramı temerrüt ile bütünüyle aynı olmasa da onunla çoğu zaman özdeş kullanıldığı vâkidir. Her geç ifanın temerrüt sayılamayacağı gerçeği bir tarafa, ifada gecikilmemiş olmasına rağmen temerrüt hükümlerinin uygulama alanı bulabileceği durumlar da mevcuttur. Borçlu temerrüdüne bağlı olarak ortaya çıkan sonuçların tespit ve değerlendirmesi yapılırken alacaklı-borçlu arasındaki hakkaniyet dengesini yakalamak hedeflenmelidir. Kastedilen şudur: Borçluyu maddi cezalarla mali açıdan borcunu iyice yerine getiremeyecek duruma sokmak çare olamayacağı gibi alacaklıya alacağını tahsil hususunda sınırsız bir alan açacak hukuki çareler aramak da aynı şekilde hakkaniyetli olmayacaktır.

Bu çalışma İslam Hukuku ile Türk Hukuku'nu borçlunun temerrüdü hususunda karşılaştırırken İslam Hukuk sisteminin ilahi iradenin tezahürü olma noktasındaki dogmatikliğini bir avantaj kabul etmiş ve ideal yaklaşıma beşeri hukukun öngördüğü çareleri de dikkate alarak ulaşmaya çalışmıştır.

Bu çalışma, zikredilen girişten sonra, üç bölüm ve sonuç kısmından oluşmaktadır.

Birinci bölümde, İslam hukuku eserlerinin tasniften yoksun olması dikkate alınarak Modern hukuk kavramlarının İslam hukukunda hangi konu başlığı altında ele alındığının tespitini sağlamak amacıyla kavramsal analize ayrılmıştır. Borcun unsurları ve borç çeşitleri ele alındıktan sonra her iki hukuk sisteminde borcun kaynaklarının ne olduğu incelenmiştir.

İkinci bölümde borçlunun temerrüdünün şartları olan ve yasada açıkça yer alan muacceliyet ve ihtarla birlikte, yasada açıkça yer almasa da doktrin ve uygulamada genellikle kabul gören diğer şartlar, karşılaştırmalı olarak ele alındıktan sonra; borçlu temerrüdünün sonuçları, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun konuya dair sistematığıne uygun şekilde ele alınmıştır. Temerrüdün genel sonuçları olan gecikme tazminatı ve kaza sorumluluğu incelendikten sonra, karşılıklı borç içeren sözleşmeler ve para borçları açısından meydana gelen sonuçlar yine İslam Hukuku ile karşılaştırılarak ele alınmıştır.

Üçüncü bölümde ise Türk Hukuku ve İslam Hukuku açısından ayrı başlıklarda ele alınmak üzere özelden borçlu temerrüdüne genelde ise borcun gecikmesine bağlanan diğer yaptırımlar incelenmiştir. Özellikle İslam Hukuku'nda ayrıntılı olarak ele alınan ve borçluya hapis cezasının uygulanabilirliği, uygulanmasının kabulü halinde bu hapsin tipik hapis cezası mı yoksa tazyik hapsinden mi ibaret olduğu konuları üzerinde durulmuş, son olarak da İslam Hukuku'nda kesin ifadelerle yasaklanan faizin borçlu açısından bir yaptırım olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusuna değinilmiştir.

Sonuç kısmında çalışmaya konu olan temerrüd bahsine bütüncül bir yaklaşımla göz atılmakta, temerrüd konusu hakkında önem arz edebilecek eksiklikler ve sorunlara dair açıklamalara yer verilmektedir.

## BİRİNCİ BÖLÜM BORÇ VE TEMERRÜT KAVRAMLARINA GENEL BİR BAKIŞ

### 1.1. BORÇ (DEYN) KAVRAMI

Mecelle'nin ifadesiyle deyn, "kişinin zimmetinde sabit olan borç"<sup>2</sup> anlamındaki fıkıh terimi olarak bilinmektedir.

Sözlükte mastar olarak; "ödünç almak, ödünç vermek, emir ve itaat altına almak, ceza veya mükâfatla mukabelede bulunmak", isim olarak ise; "ödünç, satılan malın bedeli (semen) ve hazırda bulunmayan şey" mânalarına gelen "Deyn" (الدين) kelimesi, terim olarak da kişinin zimmetinde sabit olan borçları ifade eder. Kur'an'da beş yerde geçtiği bilinen "deyn" ifadesinin yakın ilişki içinde olduğu ve etimolojik açıdan kendisiyle aynı kökten türeyen "borçlanmak" anlamındaki "tedâyün" mastarı da Kur'an'da bir defa geçmektedir.<sup>3</sup> Kuran'ın mezkur kullanımlarına bağlı olarak alacaklıya dâin borçluya medîn ve medyün denmektedir. Hanefî Fıkhı'ndaki yaygın kanaate göre zimmette sabit olan deynin malî-hukukî bir borç olması mümkün olduğu gibi başka türden bir borç olması da mümkündür. Bu anlamda kişinin ibadet maksadıyla ifa etmesi gerekirken ifa etmediği namaz, oruç, hac gibi dinî borçlar da deyn kapsamına alınmaktadır. Nitekim Peygamber Efendimiz (s.a.v), hadiste oruç borcu için de deyn kelimesini kullanmıştır.<sup>4</sup>

Deyn'in Türkçe karşılığı olan "borç" kelimesi, Türkçede "bir veya birden fazla şahsa ya da müesseseye karşı yerine getirilmesi gereken yükümlülük, vecibe" ve "geri verilmek üzere alınan para veya eşya" diye tarif edilmektedir.<sup>5</sup> Diğer bir ifadeyle "geri verilmek üzere alınan veya ödenmesi kabul ve taahhüt edilen para yahut şey", deyn olarak ifade edilmiştir.<sup>6</sup>

Modern literatürde üç farklı anlamda kullanılan "borç" terimi, en geniş anlamıyla iki veya daha fazla kişi arasında birini diğerine veya her ikisini birbirine karşı bir edimde (eda) bulunmakla yükümlü kılan hukuki bağıdır. Sözü edilen edim yükümlülüğü, tek taraf üzerindeyse tek taraflı, her iki tarafın üzerindeyse iki taraflı borç ilişkisi söz konusudur. "Borç" kavramı en dar manasıyla para borçlarına karşılık gelir.<sup>7</sup> Tüm anlamlarını içerecek şekilde klasik Arapçada yerleşmiş bir borç tanımı mevcut değildir. Muasır hukukçular bu anlamda "müceb", "iltizam", "teklif", "taahhüd", "vecibe", "vacib" veya

<sup>2</sup>Mecelle-i ahkam-ı Adliye, m.158.

<sup>3</sup>Kur'an-ı Kerim, Bakara, 2/282.

<sup>4</sup>Mehmet Âkif Aydın, "Deyn", TDV İslâm Ansiklopedisi, TDV Yayınevi, İstanbul 1994, c.9, s.266.

<sup>5</sup>Mehmet Doğan, Büyük Türkçe Sözlük, Pınar Yayınları, İstanbul, 2009, s. 177.

<sup>6</sup>İlhan Ayverdi, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, Kubbealtı Neşriyat, 2011, c.1, s.399.

<sup>7</sup>Fahrettin Atar, İslam İcra ve İflas Hukuku, M.Ü İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 1990, s.47, Mecelle m.158.

“deyn” kelimelerini kullanmaktadırlar. Şu var ki “*deyn*” kavramı genel olarak "borç" anlamında kullanılıyor ve aynı kökten türeyen dain "alacaklı", medin ve medyûn da "borçlu" anlamını taşıyor ise de özelde, “zimmette mevcut para ve misli eşya borçlarını” da ifade etmekte ve “ayn”ın zıddı olarak da kullanılmaktadır. Bunlarla beraber “mültezim, mültezemün leh” kelimeleri de sırasıyla borçlu ve alacaklı kavramlarına karşılık gelecek şekilde kullanılmaktadır.<sup>8</sup>

Modern Hukukta dar anlamda borç ilişkisinde ele alınan “borç” kavramından kastedilen geniş anlamdaki borç ilişkisinden doğan bir tek alacak hakkını veya bir tek edim yükümlülüğünü içermektedir. Bu anlamda bir kira sözleşmesinde kiralayanın bir aylık kira parası alacağı ve buna karşılık kiracının da yalnızca bir aylık kira parası borcu dar anlamda borç kavramına denk düşer.<sup>9</sup> Borç kavramına bir başka yaklaşım borç ilişkisinin içeriğini oluşturan edim yükümleri, giderim yükümleri ve iade yükümlerinden her biri ile ilgilidir. Bu yaklaşım anılan yükümlerden her birini borç olarak kabul eder.<sup>10</sup>

Yukarıda en genel tanımıyla işaret edilen zimmette borç doğuran sebepler taşıdıkları özellikler bakımından üç kısımda incelenir: Hukuk normları, irade beyanına dayanan hukuki işlemler ve kişilerden sadır olan hukuki fiiller. Zimmet kavramı ise Kuran-ı Kerim’de “Onlar hiçbir müminin yakınlık veya ahdini gözetmezler. İşte aşırı gidenler bunlardır”<sup>11</sup> ayetinde kelime manasında kullanılmışken, ıstılahi açıdan şahsi hakları elde etmeye, borçların ifası noktasında yetkili kılınmaya yarayan hukuki sıfat olarak kabul edilir.<sup>12</sup>

Tüm bu kavramsal yaklaşımlardan hareketle denilebilir ki Borçlar hukukunda “deyn” kavramı, geniş ve özel olmak üzere iki anlama sahiptir. Geniş anlamda borç, alacaklı ve borçluyu hukuken birbirine bağlayan hukuki bağ –ki bu borç ilişkisi olarak da bilinir- şeklinde tarif edilmesinin yanında herhangi bir sebepten dolayı borçlunun zimmetinde sabit olup şahsın yapması gereken şey olarak da tanımlanabilir. Sözü edilen “sebeplere” Allah hakkından da (kamu hakkı) kaynaklanıyor olabilir (namaz, zekât gibi borçlar), kul hakkından da kaynaklanıyor olabilir.(para veya misli eşya borcu).Gösterdiği bu iki yönlü özellikten olacak ki borçları, Allah’a olan borç ve insanlara olan borç diye ikili bir tasnife tabi tutanlar da mevcuttur.<sup>13</sup>

<sup>8</sup> Mehmet Âkif Aydın, "Borç", **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınevi, İstanbul 1992, c.6, s.285 vd.

<sup>9</sup> Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin yay, Ankara 2012, s.21-22.

<sup>10</sup> Hüseyin Hatemi, Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s.10

<sup>11</sup> **Kuran-ı Kerim**, Tevbe, 9/10

<sup>12</sup> Nuri Kahveci, **Mukayeseli İslam Borçlar Hukuku (Şirketler ilaveli)**, Hikmetevi yay, İstanbul 2016, s.49

<sup>13</sup> Fahreddin Atar, **İslam İcra ve İflas Hukuku**, Yıldızlar Matbaacılık, İstanbul, 1990, s.46.

Borç ilişkisinin taraflarından yalnız birinin diğerine karşı yerine getirmekle mükellef olduğu şeyi ifade etmesi bakımından borç kavramının bu tanımında işaret edilen şey "edim"dir. Bu edimler, vermek, yapmak ya da yapmamak şekillerinde belirir ve borç ilişkisinin konusunu teşkil ederler. Esasen kastedilen şey burada din, ahlak ve kanunun herhangi bir şahsa yüklediği yükümlülüklerden başkası değildir.<sup>14</sup> Doktrinde ifade edildiği gibi herhangi bir sosyal ilişkinin borç ilişkisi olarak kabul edilebilmesi ve buna bağlı olarak da Borçlar hukukunun konusunu oluşturabilmesi için biri taraflara diğeri borcun konusuna ait olmak üzere iki unsura ihtiyaç vardır. Taraflara ilişkin unsurlar alacaklı ve borçlu iken, borcun konusuna ilişkin unsurdan kasıt ise edimdir.<sup>15</sup>

### **1.1.1.Borcun Unsurları**

#### **1.1.1.1.Borçlu**

Borçlu, edimi yerine getirmekle yükümlü olan kişiye denmektedir. Diğer bir ifadeyle muayyen bir mükellefiyetle yükümlü olan şahsa denir. İslam hukukunda borçlu için medîn, medyûn, garîm, matlûb, mükellef ve mültezim kelimeleri kullanılmaktadır.<sup>16</sup>

Her borç ilişkisinde mutlaka bulunması gereken borçlu taraf, esasen borç ilişkisinin pasif süjesini de oluşturan ve kendisinden, borç ilişkisinin konusundan ibaret olan edimin ifası istenen kişidir. Bu yönüyle borç sahibi olabilmek, gerçek kişilerde tam ve sağ doğmakla, tüzel kişilerde ise yasal şekilde kurulmuş olmakla kazanılan hak ehliyetinin varlığı gerektirir.<sup>17</sup>

#### **1.1.1.2.Alacaklı**

Alacaklı, kendisine karşı bir edimde bulunulacak olan şahıstır. İslam hukukunda alacaklı için sâhibü"d-deyn, sâhibü"l-hakk, rabbu"d-deyn, dâin, garîm, ehlü"d-deyn, mültezemun leh ve tâlib kelimeleri kullanılmaktadır.<sup>18</sup>

Alacaklı, borç ilişkisinin aktif süjesini teşkil etmekle beraber borcun konusu olan edimin ifasını talep yetkisine sahiptir. Şu halde hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler yasanın kişilik başlangıcı, diğer bir ifade ise hak ehliyetinin başlangıcı için kabul ettiği şartları taşımakla alacaklı sıfatını taşıyabilirler. Satım sözleşmesinin alacaklı kavramıyla ilgisi diğer tüm

---

<sup>14</sup> Atar, **İslam İcra ve İflas Hukuku**, s.47.

<sup>15</sup> Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.1.

<sup>16</sup> Aydın, "Borç", **TDV İslâm Ansiklopedisi**, c.6, s.285 vd.

<sup>17</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.3

<sup>18</sup> Aydın, "Borç", **TDV İslâm Ansiklopedisi**, c.6, s.285 vd.

sözleşmelerden farksızdır. Yine alacaklı kavramı ile alıcı kavramlarını birbirine karıştırmamak gerekir. Alıcı yalnızca satım sözleşmesinin alacaklı veya borçlu tarafıdır. Alacaklı ise kira, vekalet, kefalet, kredi vb. birçok sözleşmenin tarafı olabilen kişidir.<sup>19</sup>

### 1.1.1.3.Edim

Kısaca “borç ilişkisinin konusu” şeklindeki edim tanımlamasında borcun konusundan maksat, alacaklının ifa talep etme yetkisini haiz olduğu buna karşılık borçlunun da ifa mükellefiyetinin bulunduğu davranış biçimleridir. Bir başka ifadeyle alacaklının borçludan elde etmek hakkına sahip bulunduğu davranış, borcun konusunu teşkil etmektedir. Edim, bir şeyi vermeye, yapmaya ya da yapmamaya ilişkin olabilir. Bu ayrım Roma Hukuku’ndan bu yana yapılmaktadır. Bazı hukukçular verme ve yapma edimlerini olumlu(müspet) edim başlığı ile; yapmama edimini de olumsuz(menfi) edim başlığı ile incelemektedir.<sup>20</sup> Edim, özünde taraflara sağlanan yarardan ibarettir. Borçlunun alacaklı lehine meydana getirmek istediği yarar, maddi bir nitelik taşıyabileceği gibi manevi nitelikli bir menfaat de olabilir. Aradaki borç ilişkisinin türü hakkındaki tartışma bir tarafa bırakılırsa herhangi bir müzik konserinde de bir edim söz konusu olup manevi niteliktedir.<sup>21</sup> Borç ilişkilerini kategorize eden Doktrinde ifade edildiği gibi, verme yapma ve yapmama şeklinde kabul edilen edim çeşitlerinin yalnızca “yükümlülük borç ilişkileri” açısından geçerli bir ayrım olabileceğini kabul eder.<sup>22</sup>

İslam Hukuku’nda da benzer bir tasnifle borcun konusunun; belirli bir meblağ, para veya misli mal ödemek şeklinde deyn edimi ile ifade edildiği görülmektedir. Bunun yanında belirli bir şeyin bizzat kendisini teslim etmek ayn edimine karşılık gelmekte; belirli bir şeyi yapmanın karşılığında müspet edim kavramı kullanılmakta ve belirli bir şeyi yapmamak, terk etmek, imtina etmek ise menfi edim kavramıyla ifade edilmektedir.<sup>23</sup>

Ayn, belirli ve tespit edilebilir bir şeydir. Mesela bir at, bir sandalye ve benzeri şey aynıdır. Haliyle borcun konusu da ifade edilen malların şahsen ve bizzat teslimidir. Mesela, gasp, vedia, kira menfaat temliki, eşyanın teslimi, hayvanın muhafazası gibi birtakım hukuki muamelelerden veya haksız fiillerden doğan durumlarda bu muamelelere veya haksız fiile konu olan malların iadesi veya teslimi ayn borcunu ifade eder. Örneğin Hanefi

<sup>19</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.2

<sup>20</sup> Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku’na Giriş**, Filiz yayınları, İstanbul 2008, s.35-37

<sup>21</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.96

<sup>22</sup> Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.8

<sup>23</sup> Mustafa Ahmed ez-Zerka, **el-Fıkhü'l-İslâmî Fî Sevbihî'l-Cedfid (el-Medhal)**, Dımaşk 1958, c.1, s.73.

Fıkhî'nda, ayn borçlanmalarında teslimin peşinen yapılması şart kılınp herhangi bir vade ile beraber zikredilmesi caiz görülmemiştir. Bu husus sadece zimmetteki borcun ertelenmesinin mümkün olmasından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple satılan malın hemen teslim edilmesi gerekir. Mebî'nin teslimin belli bir zamana ertelenmesi yani modern ifadeyle geciktirici şarta bağlanması caiz ve sahih değildir.<sup>24</sup>

Bir diğer edim deyn edimidir. Bu edim türü, ayn ediminin karşıtı olarak bilinir. Bu kavramın alacaklı açısından bulduğu karşılık sözleşmeye konu olan malın bir haktan veya alacaktan ibaret olduğu, borçlu açısından bulduğu karşılık ise bir borç ve yükümlülüğten ibaret olduğudur. Daha açık ifadeyle deyn, borçlunun zimmetinde sabit olup ödemeyi kabul ve taahhüt ettiği nakit(para) veya misli mal borcu olarak bilinir. Misli maldan da kastedilen benzerinin çarşı veya pazarda ölçü tartı vb. aletle alınabilen türden mallardır.<sup>25</sup>

Edimin bir başka türü de iş sözleşmesine konu olan iş edimi olarak bilinir. Daha teknik ifadeyle iş edimi,iş sözleşmesinde tarafların yerine getirmeyi taahhüt etikleri davranış biçimlerinin hukuksal karşılığı olarak tanımlanır. İşçinin işverene karşı yerine getirmeyi taahhüt ettiği hizmet edimi veya İslam Hukukunda ecr-i müşterek adıyla bilinen sanat erbabının yerine getirmeyi taahhüt ettikleri edimler de bu türdendir. Öte yandan iş sözleşmelerinde deyn borçlanmasının yanında ayn borçlanmasından da söz edilebilir. Bu ayırım yerine getirilmesi gereken edimin belli bir şahıs tarafından gerçekleştirilmesine veya sadece işin gerçekleşmesi şartına bağlı kılınmasına göre belirlenir. Birinci ihtimalde edimin belli şahıslarca yerine getirilmesi şart koşulur, bu muayyen edimdir. Diğer ihtimalde edimin yerine getirilmesi işin gerçekleşmesine bağlı kılınır, bu da gayr-ı muayyen edim, yani deyndir. Bu vesileyle kavramların muğlak kalmaması açısından belirtmeliyiz ki İslam hukukunda siparişe satım sözleşmesi üzerine çalışan bir kimsenin malzemeyi kendisinin sağladığı biliniyorsa ecr-i müşterek'ten söz edilir ki bu durumda meydana gelen akdin ismi icare akdi olarak bilinir. Malzeme sözleşmenin diğer tarafı olan sanatkar tarafından karşılanıyorsa sani'(sanatkar) ifadesi tercih edilmektedir ki bu halde de meydana gelen sözleşme istisna' akdi olarak bilinir. Her iki akdin farklı statülerde değerlendirildiği de fikhî bir gerçektir.<sup>26</sup>

Sözleşmelerin taraflara yüklediği yükümlülüğü yerine getirirken olumlu bir davranışı ifa edecek şekilde borcun ödenmesi, işçinin işini yapması, satılan

<sup>24</sup> Atar, **İslam İcra ve İflas Hukuku**, s.50-51.

<sup>25</sup>Zerka, **el-Fıkhü'l İslami Fi Sevabihi'l Cedid (el-Medhal)**, s.171.

<sup>26</sup> Rahmi Yaran, **İslam Hukukunda Borcun Gecikmesi**, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul 1997, s.18.



malın bizzat kendisinin veya bedelinin teslimi gibi edimler müspet (olumlu) edim olarak adlandırılırken, vedia akdi kapsamında mala dokunmamayı, rehin akdi kapsamında râhinin izni olmadıkça rehinli malı kullanmamayı, kira akdi kapsamında malı kullanım amacı dışında kullanmamayı, ortaklık anlaşması kapsamında ortaklardan birinin malı başka bir ortağın aleyhine kullanmamasını gerekli kılacak şekilde tarafları olumsuz bir davranıştan men edecek şekildeki edimler de menfi edim olarak adlandırılmaktadır. Başka bir ifadeyle sözü edilen davranış biçimlerinin tümü terki istenen davranış biçimleridir.<sup>27</sup>

Modern Hukukta “LexCommisaria Yasağı” adıyla bilinen ve rehin alacaklısının rehinli malı satmak suretiyle alacağını karşılamasından ibaret olan bu yasağın, söz konusu hukuki imkanın taraflardan biri olan rehin alacaklısını menfi bir edime zorlaması aynı hukuki düşünceden ileri gelmektedir.

Öğretide borcun unsurlarından olan alacaklı, borçlu ve edim unsurlarına ek olarak, hukuki fiilin ilgili olduğu şey denilen “borcun mahalli” ve borç ilişkisi (obligatio) neticesinde yapılması gereken fiil şeklinde bilinen “borcun mevzuu” şeklinde iki unsur daha eklendiğine de rastlanmaktadır. Sözelimi karz akdinde ödünç alan borçlu, ödünç veren kişi alacaklı olarak nitelenirken, “vadesi geldiğinde borcu ödemek” fiili mastar haliyle “borcun mevzuu” olarak kabul edilmektedir. Aynı düşünceyle borçlunun yükümlülüğü borç; eda edilmesi gereken şey ise “borcun mahalli” olarak tanımlanmaktadır.<sup>28</sup>

## 1.1.2. Borcun Çeşitleri

### 1.1.2.1. Kazaen-Diyaneten Borç

Batı hukuk sisteminde bir yaptırım ile desteklenen ve yerine getirilmediğinde cebrî icraya konu olabilen borçlara “medenî borçlar”, hukuk tarafından bir yaptırıma tabi tutulmayan, ifası tamamen borçlunun iradesine terk edilen borçlara da “tabii borçlar” denir. Bu taksimin İslam Hukukundaki karşılığı “kazâen borç-diyâneten borç” ayrımıdır.<sup>29</sup>

Yargısal anlamda ödenmesine ilişkin herhangi bir yasal desteğin olmadığı ancak dinin ödenmesini teşvik ettiği birtakım borçlar vardır ki, bunlara diyaneten borç denir. Örneğin zamanaşımına uğramış bir borcunun yargısal anlamda borcunu ödemeye zorlanması yasal zeminden yoksunken, dini anlamda borcunu ödemesi teşvik edilir ki bu anlamda tabii borçlu kabul edilir. Başka açık bir örnek Hanefi Fıkıhında kadının çocuğunu

<sup>27</sup> Atar, **İslam İcra ve İflas Hukuku**, s. 50, Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.102.

<sup>28</sup> Kahveci, **Mukayeseli İslam Borçlar Hukuku**, s.50

<sup>29</sup> Aydın, "Borç", **TDV İslâm Ansiklopedisi**, c.6, s.285 vd.

emzirmesiyle ilgilidir. Buna göre kadının çocuğunu emzirmeye zorlanması yargısal anlamda (kazaen) bir borç sayılamazken, dini anlamda kadının çocuğunu emzirmesi bir vazife olarak addedilir. Yine benzer şekilde Hanefî Fıkhî hırsıza had cezası uygulandığı zaman, çaldığı malı itlaf etmiş olması veya malın zayı olmuş olmasının onu tazmin yükümlülüğü altına sokmayacağı düşüncesindedir. Ancak zikredilen bu durumun özellikle malı çalınan açısından yol açacağı haksızlık, yargısal olarak yukarıda varılan sonucun aksine diyaneten borç kapsamında tazmin edilmesi gerektiği belirtilerek bertaraf edilmiştir.<sup>30</sup>

Türk Hukuku'nda borç ilişkilerinin tamamı yukarıda bahsedilen bağlamda "medeni borçlar"dan ibarettir. Borç ilişkilerinin taraflara getirdiği bazı yükümlülüklerin bulunması elbette kaçınılmazdır. Bu yükümlülükler tarafların iradesinden veya sözleşme dışındaki borç kaynaklarından kaynaklanmıyorsa zaman zaman objektif iyiniyet ilkesi, gereği doğruluk ve güven kurallarından da ortaya çıkarılabilir.<sup>31</sup> Böyle olmakla birlikte borç ilişkisinin özü itibarıyla ortaya çıkardığı yükümlülük, borcun niteliğini İslam Hukuku'ndakine benzer şekilde soyut ve manevi alana itmekte tamamen maddi anlamda değerlendirmektedir.

### 1.1.2.2.Mutlak Borç-Şartlı Borç

Bir borç ilişkisi,(obligatio) herhangi bir şartın gerçekleşmesine bağlı kılınmamış ve herhangi bir süre ile takyid edilmemişse basit borçtan veya kesin, şartsız ve mutlak borçtan bahsedilir. Kesin olarak gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen hadiselerle bağlanan veya belirlenmiş şartlara bağlanan borçlar söz konusu ise şartlı borçtan söz edilir. Satım akdi sebebiyle doğmuş bir borç ilişkisinde akit, satıcı ile alıcı arasında kurulmuş olur ve hükümlerini doğurur. Satıcı bedeli, alıcı ise malı teslim alır ve akit tamamlanır. Bütün bunlar herhangi bir kayıt, şart ve müddete bağlı olmaksızın akdin gerektirdiği icap ve kabul beyanlarından hemen sonra meydana gelir.<sup>32</sup> Modern Hukukta hukuksal işlemlerde karşılaşılan koşul kavramı özü itibarıyla belirsizlik barındırır. Bu ihtimalde hukuki işlemin kurulması veya hükümlerinin uygulanabilmesi ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan olaylara bağlanmakta ve koşula bağlı bir hukuki işlem ile karşı karşıya kalınmaktadır. Örneğin Belediye İmar Planında değişiklik

---

<sup>30</sup> Hayrettin Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, İz Yayıncılık, İstanbul, 2003, c.2, s.572-573.

<sup>31</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.26

<sup>32</sup> Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, c.2, s.574-575.

yapıldığında inşaata başlayacağını belirten bir yüklenici(taşeron) borç ilişkisini, doğup doğmayacağı belirsiz bir olaya bağlamaktadır.<sup>33</sup>

### 1.1.2.3. Peşin Borç-Sürelî Borç

Hükümlerini hemen akit sonrasında doğuran sözleşmelerden peşin (muaccel) borç doğarken, ileride meydana gelecek bir olaya veya olaylar dizisine bağlanan veya böyle olaylarmeydana geldiği anda borç ilişkisinin hükmünü düşüren borçlardan ise sürelî (müccel) borç doğar. Birbirleriyle benzerlik arz eden şartlı borçlarla sürelî borçlar arasındaki fark şöyle izah edilir: Şarta bağlı borçlarda, akdin konusu olan şartın meydana gelip gelmeyeceği kesin değilken ve akdin hüküm doğurması böyle bir olaya bağlanmışken, sürelî borçların bağlı bulunduğu olayın ileride meydana geleceği kesindir ve akdin hüküm doğurması kesinlik arz eden bir hadiseye bağlanmıştır. Bir kira sözleşmesi imzalanırken kiralama süresinin iki ay sonrasında başlatılması durumunda akdin bağlayıcılığı sözleşmenin imzalandığı ve tarafların irade beyanlarının uyuştugu andan itibaren söz konusu olur. Bu sebeple taraflardan biri bu sözleşmeyi feshedemez. Ancak doğal olarak meydana gelen kira sözleşmesi hükümlerini hemen değil iki ay sonra doğurmaya başlar.<sup>34</sup> Taraflardan birinin borcun ifasını borç doğduktan kısa bir süre içinde değil de belirli veya belirsiz bir süre geçtikten sonra talep edebilmesi söz konusu ise vadeli borçtan söz edilir. Aksi halde peşin borcun varlığı kural olarak kabul edilir. Vadeye bağlı borçlarda ifa zamanını anlatmak için vade ibaresi kullanılır<sup>35</sup>

Hizmet sözleşmesinin konusunu oluşturan edimin sürekli bir edim olduğu göz önüne alınarak yukarıda bahsedilen sürelî borç ile karıştırılmamalıdır. Zira hizmet sözleşmesinde işçi devamlı olarak iş görme edimini yerine getirmeyi üstlenmiştir. Buradaki süreklilik edimin yerine getirilmesinde bir kesintisizlikten ziyade davranış biçiminin fiili ve hukuki bir bütünlük içinde uzun bir zamana yayılması anlamındadır.<sup>36</sup> Başka bir ifadeyle sürekli borçlar borç ilişkisi devam ettikçe her an ifa edilmektedir.<sup>37</sup>

### 1.1.2.4. Basit Borçlar- Müşterek Borçlar

Borcun hukuksal sebebinin aynı olduğu borç ilişkilerinde tarafların yani alacaklı veya borçlunun birden fazla olması müşterek borç olarak nitelendirilir. Nitekim Mecelle’de müşterek borç “İki yâ ziyâde kimselerin bir kimse zimmetinde olan alacakları, sebab-i vâhiddin nâşî ise ikisi beyninde

<sup>33</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.732

<sup>34</sup> Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, c.2, s.581.

<sup>35</sup> Yaran, **İslam Hukuku’nda Borcun Gecikmesi**, s.14

<sup>36</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.107

<sup>37</sup> Özer Seliçi, **Borçlar Kanunu’na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s.8

şirket-i mülk ile müşterek bir deyn olur. Ve eğer sebep müttahid olmaz ise deyn dahi müşterek olmaz.”<sup>38</sup> diye ifade edilmektedir. Yani borç ilişkisinde aynı hukuki sebeple birden fazla borçlu veya alacaklı mevcut ise müşterek borçtan söz edilir. Sözü edilen müşterek bora konu hukuksal sebep; akitten, mirastan ve ortaklaşa sahip olunan bir malın üçüncü bir şahıs tarafından telef edilmesinden doğabilir. Payları belirlenmeden üzerinde ortak oldukları bir malın satımı durumunda ortakların her biri bedelde de ortaktır. Aynı gerekçeyle bir kimse, ortaklık konusu malın telef olmasına sebep olursa söz konusu haksız fiilden doğan borç da müşterek kabul edilir. Yine varislere alacaklı muristen kalan alacaklar külli halefiyet gereği müşterektir. Bunun yanında borçlu ve alacaklı tek kişiden meydana geliyorsa veya borcun sebebi farklı ise ortada müşterek olmayan basit bir borç vardır. Mecelle’de de basit borç “iki kişi bir kimseye başka başka akçe ikraz etseler her biri başka başka alacaklı olup, müstakrizin bu deynleri ikisi beyninde müşterek olmaz”<sup>39</sup> diye ifade edilmektedir. İki kişi ortaklaşa sahip oldukları bir malı, kendilerine düşen paylarının bedelini ayrı ayrı tespit eder veya birbirinden bağımsız olarak satarlarsa bu satıştan doğan borç basit bir borçtur ki her biri üzerine ayrı ayrı hukuksal sonuçlar doğar. Şu halde müşterek borcun hükmü şöyle tespit edilir: Ortak ve pay sahibi alacaklılardan her biri borçludan, kendi payına düşen miktarı istemek ve almak hakkına sahip olacaktır. Diğer alacaklının payına düşen kısmı ise onun vekili olmadıkça isteyeme ve teslim ala hakkına sahip değildir. Ancak müstakil alacaklılardan birisinin teslim aldığı payda diğer alacaklıların hisseleri oranında rücu hakları vardır. Basit borcun hükmü de şöyle açıklanabilir: Her alacaklı, ortaklık gereği borçludan alacağını ayrı ayrı talep etme hakkına sahip olacaktır. Her bir ortağın da alacağına mahsûben aldığı miktar kendine aittir. Aynı borçlunun diğer alacaklısının bu kısımda talep edilebilir bir payı mevcut değildir<sup>40</sup>

### 1.1.3. Borcun Kaynağı

#### 1.1.3.1. Türk Hukukunda

Borcun Kaynağı denildiğinde genel anlamda borcun dayandığı hukuki sebep (istinad noktası), özelde ise borç doğuran hukuki ilişki ifade edilmektedir. Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümler kısmının “Borç İlişkisinin Kaynakları” başlığını taşıyan birinci bölümünde üç tane borç kaynağına ilişkin hükme yer verilir: Sözleşmeden doğan Borç İlişkileri (TBK 1-48), Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri (TBK 49-76), Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri (TBK 77-82). Anılan borç kaynaklarının dışında kanunun öngördüğü başka borç kaynakları da

<sup>38</sup> Mecelle, m. 1091.

<sup>39</sup> Mecelle, m. 1095.

<sup>40</sup> Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, c.2, s.588-589.

bulunmaktadır. Kanunun Hısımlık ilişkilerine bağlı olarak öngördüğü nafaka borçları ve vekâletsiz iş görmeden doğan borçlar (TBK m.526 vd.) örnek gösterilebilir. Borçlar Kanunu'nda öngörülen bu üç kaynağa rağmen “kanundan doğan borçlar” adıyla bir diğer borç kaynağının da varlığı kabul edilmektedir. Sözelimi boşanma durumunda yoksulluğa düşen ve diğer eşten daha az kusurlu olan tarafın hak kazanabildiği yoksulluk nafakası doğrudan kanundan kaynaklanan bir borçtur.<sup>41</sup> Eren, borç kaynaklarının üçlü bir tasnifinin yapılmasının zoraki ve yapay bir tasnif olduğunu belirttiikten sonra ikili bir ayrıma gidilmesi gerektiğini, bunların “hukuki işlemde doğan borç ilişkileri” ve “doğrudan kanundan doğan borç ilişkileri” nden ibaret olduğunu kabul eder.<sup>42</sup>

Borcun kaynaklarına bir başka yaklaşım şudur: Borç ilişkilerini verme yapma ve yapmama borcunu doğuran borç ilişkileri(akit), zararı gidermeyi amaçlayan borç ilişkileri(sorumluluk borç ilişkileri) ve iade borcu doğuran borç ilişkileri şeklinde ele almak gerekir. Buna göre kanundan doğan borç ilişkileri giderim borcu doğuran borç ilişkilerinin bir alt ayrımında yer alır. Bir diğeri haksız fiil borç ilişkisidir.<sup>43</sup>

Sözü edilen borç kaynakları veya bazı kaynaklarda tercih edilen kullanıma göre “borcu doğuran sebepler”<sup>44</sup> borcun doğumunda kişinin iradesinin rolüne göre değişkenlik arz eder. Sözleşmeden ve haksız fiilden doğan borçlarda irade etkin iken, sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlarda iradenin herhangi bir etkisi yoktur. Bundan hareketle doktrinde “borcun doğumunun iradeye dayanması halinde, doğan borç” ve borcun doğumunun iradeye dayanmaması halinde doğan borç” şeklinde bir ayrıma gidildiği görülmektedir.<sup>45</sup>

Sözleşmeden ve haksız fiillerden borcun doğmasına ilişkin irade;ilkinde, sözleşme tarafının arzu ettiği sonucun ortaya çıkmasını sağlarken, ikincisinde hukuka aykırı sonucun gerçekleşmesini sağlamaktadır. Ayrıca haksız fiilde bulunmak suretiyle ortaya çıkan hukuka aykırı durumun maddi ve manevi anlamda tazmin yükümlüğünü doğurması iradenin bir başka yönden tezahürüdür.<sup>46</sup>

<sup>41</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.37

<sup>42</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.115

<sup>43</sup> Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.7

<sup>44</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.115

<sup>45</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.34-35

<sup>46</sup> Tufan Ögüz, **Borçlar Hukuku**, Anadolu Üniversitesi yay, Eskişehir, 2015, s.7

### 1.1.3.2.İslam Hukukunda

İslam hukukunda borca bakış konusunda genel kabul gören bir anlayışın olduğunu söylemek imkansızdır. Hemen hemen her fikhî meselede olduğu gibi borcun kaynakları konusunda da üzerinde sözbirliği edilen bir ayırım mevcut olmadığından bir taksim ve tasnif problemiyle karşılaşmaktayız.

Günümüzde bir kısım İslam hukukçuları, İslam hukuku açısından borcun kaynaklarını ikiye ayırmayı uygun görmüşlerdir ve eserlerindeki tasnifi buna göre yapmışlardır. Bunlara göre borcun kaynakları "hukuki tasarruf" ve "hukuki vakiadan" ibarettir.<sup>47</sup> Burada hukuki tasarruftan kastedilen daha çok iradeye atfen akid ve tek taraflı irade; hukuki vakiadan kastedilen ise iradeden ziyade hukuken anlamı olan bir fiili bir duruma atfen başlıca öldürme ve yaralama, hırsızlık, yol kesme, itlaf, gasp, gerekmeveni verme ve sebepsiz zenginleşme gibi durumlardır. Klasik Hukuk sisteminde mezkur ayırma benzer şekilde borç doğuran tasarrufların sözlü ve fiili tasarruflar olarak ikiye ayrıldığı da görülmektedir. Şu var ki bazı İslam hukukçuları yaşadıkları ülkelerdeki pozitif hukuka paralel şekilde ve onun etkisinde kalarak daha ayrıntılı bir ayırım yapmış ve borcun kaynaklarını tek taraflı hukuki işlem, akid, haksız iktisap, haksız fiil ve kanun olmak üzere beşe ayırmışlardır.<sup>48</sup> Sözü edilen bu beşli ayırım izaha muhtaçtır:

**1-Tek Taraflı Hukuki İşlem:** Herhangi bir hakkın doğumunun veya hukuki ilişkinin; ortaya çıkarılması, değiştirilmesi, devredilmesi veya ortadan kaldırılması tek bir irade beyanıyla mümkün oluyorsa buna tek taraflı hukuki işlem denir. Vasiyetname bunun en tipik örneği olmakla beraber tüm iptal ve fesih beyanları bu kapsamdadır.<sup>49</sup>

Tek taraflı irade beyanı, İslâm Hukukunda oldukça geniş bir uygulama alanına sahiptir. Vakıf, kefâlet, cuâle, taahhüd, vaad, nezir, vasiyet ve belli şartlarla hibe ve ariyet gibi hukûkî işlemler, tek taraflı irade beyanıyla gerçekleşen ve borç doğuran durumlara örnek olarak gösterilebilir.

Maliki fakihler, Cermen Hukukunda benzeri görüldüğü üzere tek taraflı irade beyanını genel bir borç kaynağı olarak görürler. Örneğin onlar herhangi bir yasal sözleşme akdetmeden bir başkasına bir şey verme veya yapma şeklindeki edimlerden birini gerçekleştirmeyi taahhüt eden bir kimseyi –ki buna İslam Hukukunda iltizam denir- bu taahhüdünün kendisi için bağlayıcı olduğunu ve bu taahhütten de ancak ölüm veya iflasla kurtulabileceğini

<sup>47</sup>Zerka, *el-Fıkhü'l İslami Fi Sevabihi'l Cedid (el-Medhal)*, s.101

<sup>48</sup> Aydın, "Borç", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, c.6, s.285 vd.

<sup>49</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.165

söylerler.<sup>50</sup> Yine aynı mezhebin hukukçularının sözleşmelerde icabın bağlayıcılığı hususundaki görüşleri tek taraflı irade beyanının borcun kaynağı olarak görmelerinin sebebidir. Diğer mezheplerde sözleşmenin bir tarafından sadır olan icap, fikhen kendisini karşı tarafın kabulüne kadar muhayyer kılar.<sup>51</sup> Maliki fıkıh alimlerinin icaptan dönülmesini sözleşmenin tarafları aynı yerde bulunduğu sürece mümkün görmedikleri de bilinmektedir.

Benzer şekilde bir kimsenin bir başkasına bir edimde bulunmayı taahhüt ettikten sonra söz konusu taahhüdün yani vaat edilen durumun karşısındaki kimseye bir yükümlülük getirmesi ihtimalinde taahhüt eden, vaat ettiği şeyi yerine getirmekle mükellef olur. Fıkıhta “Cuale” adıyla bilinen akit örneği zikredilen durumu barındırmaktadır. Kaçak kölesini veya hayvanını yakalayıp sahibine teslim edene bir ödül vermeyi vaad eden kimse, işin görülmesi durumunda taahhüdüyle bağlı olduğundan vâdedilene ödemekle yükümlüdür. Cuale örneğinde de tek taraflı iradeden borç doğması ödül üzerine iş yapan kimsenin yapılan vaatten haberdar olmadığı durumlarda ortaya çıkar. Normalde Cuale’de vaat edilen ödülü almak kastıyla harekete geçen bir kimsenin zımni kabulünden hareketle bir akitten söz edilebilirse de ödül vaat edildiğinden habersiz şekilde ödüle bağlanan fiili gerçekleştiren kimsenin varlığı durumunda tek taraflı iradeden borç doğduğu açıktır. Bu durumu Hanefiler dışındaki fakihlere hasretmek gerekir. Çünkü onlar, ödüle bağlanan fiili durumu gerçekleştirene vaad edilen mükafatın değil nasla tespit edilmiş bedelin (40 dirhem) ödenmesi gerektiğini kabul ederler ki bu durumda borcun kaynağı tek taraflı irade olmaktan çıkmakta ve nassa dayandırılmaktadır.<sup>52</sup>

**2-Akid:** Karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının hukuki bir sonucu ortaya çıkarmaya dönük işleme dönüşmesi akit veya sözleşme olarak nitelendirilir. En az iki kişiye ihtiyaç bulunmakla birlikte sözleşmenin daha çok tarafı da bulunabilir. Kısaca Modern Hukukta sözleşme düşüncesinin özü irade açıklamalarının karşılıklı değişiminden ibarettir.<sup>53</sup>

İslam Dinin doğuşundan evvel onun doğduğu topraklardaki sosyal gerçekliklerin bir tezahürü olarak önceden beri uygulanagelen bir hukuk düzeni ve akit yapma anlayışı ve adeti vardı. İslamiyet, “Ey iman edenler, akitlere riayet ediniz”<sup>54</sup> ve “Sözünüzü tutunuz, çünkü sözün hesabı verilecektir”<sup>55</sup> gibi naslarla akdi İslam hukuku çerçevesinde tekrar ele almış

<sup>50</sup> Hayrettin Karaman, **Ana Hatlarıyla İslam Hukuku**, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2011, c.3, s.37.

<sup>51</sup> Mecelle, m.183.

<sup>52</sup> Aydın, "Borç", **TDV İslâm Ansiklopedisi**, c.6, s.285 vd.

<sup>53</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.166

<sup>54</sup> **Kur'an-ı Kerim**, Maide, 5/1

<sup>55</sup> **Kur'an-ı Kerim**, İsra, 17/ 34

ve toplumda bir vakıa olan ve sık sık tekrarlanan bu hukuksal muameleyi tanımlıdır. İstisnai durumlar hariç tutulursa kuruluşunda herhangi bir hukuki şeklin öngörülmediği, örneğin resmi bir makamın onayına ihtiyaç duymayan ve tamamen karşılıklı irade beyanlarının uyuşmasıyla meydana gelen bir kavram olarak tanımlanagelmıştır. <sup>56</sup> Dolayısıyla akdin meydana gelişindeki esas nokta "irade" dir.

Tarafların irade beyanlarının bir araya gelmesiyle teşekkül eden ve hukuki sonuç doğurucu bir işlem olan akid, hukuk tarihinde önceleri kayda değer bir borç kaynağı değilken bu tip hukuki işlemlerin çoğalması sonucu borcun en önemli kaynaklarından birisi haline gelmiştir. Mecelle akdi, "Tarafeynin bir hususu ittizam ve taahhüt etmeleridir ki icap ve kabulün irtibatından ibarettir" <sup>57</sup> şeklinde tarif etmektedir. Hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde olduğu üzere İslam hukukunda akid serbestliğinin esas olduğunu söylemek gerekir. Tabii olarak akit serbestiyetine sınırsız şekilde bir alan tanımak, hukukun temel kuralları, (faiz gibi) veya açıkça hukuk düzeninin yasak kıldığı malları akde konu etmek gibi sınırlamaları görmezden gelmek anlamına gelecektir ki İslam hukuku bu tür akitleri tanımaz ve hukuken sakat görür.<sup>58</sup>

O halde akitlerin konusu hukuk düzeni tarafından yasaklanmamış, genel ahlak ve adaba aykırılık taşıyor ve kamu düzenini de sarsmayacak nitelikte olmalıdır ki meşru olabilsin. Aksine hukuk düzenini, kamu düzenini, genel ahlak ve adabı ihlal eden akitler hukuk dünyasında sonuç doğurmazlar. Bu düşüncenin sonucu olarak meşru ve gayr-ı meşru (memnu') akit ayrımı yapılmakta ve memnu' akde de sözü edilen yasakları ihlal ettiğinden; yapıldığında kurulmaması, batıl olması ve hukuki hükümlerini doğurmaması şeklinde yaptırımlar öngörülmektedir.<sup>59</sup>

**3-Haksız İktisap (Sebepsiz Zenginleşme):**İslam hukukunda sebepsiz zenginleşmenin genel bir borç kaynağı olduğuna açıkça rastlanmamaktadır. Bu durum İslam Hukuku'nun genel bir borç nazariyesine sahip olmayışının doğal sonucudur. Bununla birlikte müstakil sebepsiz zenginleşme hallerinden birçoğunun iade veya tazmin borcu doğurduğu görülmektedir.<sup>60</sup> Haksız iktisapta fiil kasten, yahut ihmal ve tedbirsizlik sonucunda meydana gelmiş, ancak şahıs bu fiilin hukuki bir sonuç doğurmasını istememiştir. Burada

<sup>56</sup> Karaman, **Ana Hatlarıyla İslam Hukuku**, c.3, s.41

<sup>57</sup> **Mecelle**, m.103.

<sup>58</sup> Aydın, "Borç", **TDV İslâm Ansiklopedisi**, c.6, s.285 vd.

<sup>59</sup> Karaman, **Ana Hatlarıyla İslam Hukuku**, c.3, s.44

<sup>60</sup> Aydın, "Borç", **TDV İslâm Ansiklopedisi**, c.6, s.285 vd.



kanun devreye girmiş, haksızlık ve zararı önlemek, telafi etmek için haksız fiil borç kaynağı kılmıştır.<sup>61</sup>

İslam hukukunda iade veya tazmin borcu doğuran haksız iktisap halleri çeşitlidir.

a-Borçlu olduğu zannedilerek yapılan ödeme iade borcu doğurur. Daha önce ödenmiş olmasına rağmen borcun yanlışlıkla ikinci defa ödenmesi veya asıl borçlu tarafından ifa edilen borcun kefil tarafından da ikinci kez ödenmesi bunun örneklerindedir. Bu durumda mükerrer ödemelerin iade borcu doğurduğu hususunda bir tartışma yoktur.<sup>62</sup>

b- Haksız iktisabı korumama düşüncesiyle ecr-i misil ödenmesini gerekli kılan durumlar Mecelle’de belirtilmiştir. Örneğin bir ücret konuşulmadan çalışanın hak kazandığı, bir müste’cir yani kiracının bir araziyi kiralaması halinde ürünün sözleşme süresi içinde olgunlaşmadığı ihtimalinde arazisini belirli bir süre geç teslim alan mal sahibinin hak kazandığı ve herhangi bir hukuki sebeple fasid olmuş kira akitlerinde yine mal sahibinin hak kazandığı ecr-i misil adıyla uygun bir ücretin takdir edilmesi hep haksız iktisabı önleme düşüncesinden kaynaklanır.<sup>63</sup>

c- Karışma ve birleşme hali olarak bilinen hukuki kurumda da aynı düşünceyle haksız iktisap engellenmiştir. Mesela toprak kayması, heyelan gibi herhangi bir kast olmaksızın iki bahçenin birleşmesi, altın gibi değerli bir şeyin tavuk ve benzeri bir hayvan tarafından yutulması gibi örneklerde değeri çok olanın az olana bir bedel karşılığında sahip olması bu olayların haksız iktisap teşkil etmesi ve bir taraf aleyhine malvarlığında meydana gelen hukuksuz eksilmeyi önleme düşüncesiyledir.<sup>64</sup>

d-Modern Hukukta taşkın yapı olarak bilinen durumlarda da haksız iktisabın önüne geçmek amaçlanır. Mecelle’nin 902 vd. maddelerinde konu örnekleriyle birlikte ele alınmış ve özetle; başkasının arsasına geçerli bir hukuki sebep olmaksızın inşaat yapan veya ağaç diken kimsenin belirli şartlarla malzeme ve ağaç parasına hak kazanması, belirli durumlarda arsa bedelini vererek ona sahip olması veya bir kimsenin kovanlarıyla beraber başka birinin arılarını gasbetmesi durumunda gasbedenin, arıların kendi nezdinde olduğu müddetçe yaptıkları bala hak kazanması vb. durumlar haksız iktisabın borç doğurduğunun örneklerindedir.<sup>65</sup>

<sup>61</sup> Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, c.2, s.453

<sup>62</sup> Karaman Hayrettin, **Ana Hatlarıyla İslam Hukuku**, c.3, s.186

<sup>63</sup> **Mecelle**, m. 563, 526 ve 568.

<sup>64</sup> **Mecelle**, m. 902.

<sup>65</sup> **Mecelle**, m. 903- 906.

e- Bir diğer husus Fıkıhta “Fuzulinin tasarrufu” olarak bilinen Modern Hukukta da “yetkisiz temsilcinin yaptığı işler” başlığıyla incelenen husustur. İslam hukuku esas itibariyle bir yabancıнын yetkisiz olarak temsilini bir borç kaynağı saymamakla beraber, asilin yetkisiz olan birinin gerçekleştirdiği hukuki fiil icazet vermek suretiyle geçerli kılabileceğini içerir.<sup>66</sup> Genel olarak yetkisiz temsilcinin hukuksal işlem yapmak suretiyle meydana gelen neticenin butlan olduğunu söyleyenlerin yanında bir de söz konusu sözleşmenin geçerliliğini mümkün kılacak şekilde bir yol mevcuttur. O da sözleşmenin karşı tarafına kazandırılan menfaatin değerlendirilmesidir. O halde karşı tarafa sözleşme ile bir menfaat sağlayan yetkisiz temsilcinin sağladığı bu menfaatin izin veya icazet yerine geçmek suretiyle sözleşmeyi geçerli kılabileceğini düşünen Fakihler, fuzulinin yani yetkisiz temsilcinin yaptığı masrafları geri isteyebileceğinden de hareketle karşı taraf aleyhine bir borcun doğduğunu savunmuşlardır. Meydana gelen bu borcun kaynağının da haksız iktisap olduğu âşikardır.<sup>67</sup>

**4- Haksız Fiil:** Kişiler arasında borcun doğumuna yol açan diğer bir kaynağın da haksız fiil olduğu açıktır. Türk Borçlar Kanunu'nun da 49-76. Maddeleri arasında düzenlenen haksız fiilden doğan borçların temelinde hukuk düzeninin hoş görmediği ve cevaz vermediği zarar doğurucu eylem ve davranışlar yatmaktadır. Ortada bir zarar varsa ve kusur atfedilebiliyorsa da tazmin yükümlülüğü gündeme gelecektir ki haksız fiilden doğuran şey de budur.<sup>68</sup> Aynı şekilde haksız fiillerin İslam hukukunda da bir borç kaynağı teşkil ettiği klasik kaynaklardan anlaşılmaktadır. Bu hususta ya akitlerin taraflarının edimlerin yerine getirmemiş olmalarından kaynaklı bir borç doğumu veya taraflardan birinin fiilinin diğerine zarar vermesi neticesinde ortaya çıkan cürmî sorumluluktan ortaya çıkan borçtan söz edilir.<sup>69</sup>

Bir kimsenin hukuk düzeninin izin vermediği şekilde başka birinin vücut bütünlüğüne veya malvarlığına yönelik doğrudan ya da dolaylı olarak zarar veren fiilinden ibaret olan haksız fiil, açıkça borç doğurmaktadır. Öldürme, yaralama fiilleri, vücut bütünlüğüne yönelmeleri açısından belli şartlar dahilinde kısas ile cezalandırılırken; anılan şartların meydana gelmemiş olması ihtimalinde mağdura veya yakınlarına diyet adı altında bir bedel ödenir. Hatta Nasslarda bildirildiği üzere mağdurun veya yakınlarının kısas cezasının uygulanmasından vazgeçmeleri halinde tekrar mali bir bedel olan diyetten söz edilir. Malvarlığına yönelik haksız fiiller genellikle sözleşmenin

<sup>66</sup>Schacht Joseph, An Introduction to Islamic Law, Oxford University Pres, 1964, s. 159.

<sup>67</sup> Karaman, **Ana Hatlarıyla İslam Hukuku**, c.3, s.188-189.

<sup>68</sup> Fatih Bilgili-Ertan Demirkapı, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Dora Yayıncılık, Bursa, 2014, s.108 vd.

<sup>69</sup> Karaman, **Ana Hatlarıyla İslam Hukuku**, c.3, s. 194

ihlalden meydana gelir. Ancak bazen ceza hukuku anlamında suç kabul edilip had cezasına çarptırılan bir kimsenin aynı zamanda malvarlıksal anlamda bir tazmine mecbur edildiği de görülmektedir. Mezheplerin farklı görüşleri bulunmakla birlikte hırsızın hırsızlık fiilinden dolayı çarptırıldığı had cezasının yanı sıra çaldığı malı ya iade veya tüketmişse tazmin yükümlülüğünün bulunduğu savunulmuş olması bu cümledendir. Hırsızın elinde bulunan malı iade etmesi gerektiğindeki ittifak, hırsızın elinden çıkan malın ise İmamŞafii ve Ahmed b. Hanbel' e göre değerinin tazmin edilmesi gerektiği yönündeki kanaatlerihaksız fiilden borç doğduğunu teyit eder mahiyettedir. Hanefi Fıkıhçıların da hırsıza had cezası uygulandıktan sonra ayrıca çalınan malın tazmin edilmesi gerekmediği kanaatinde olduklarını belirtelim.<sup>70</sup>

İslam Hukuku'nun belki de en ayrıntılı ve sınıflandırılarak incelenen konulardan birinin haksız fiiller olduğunu belirtmek gerekir. Bu hususta genel kaideler koyulmuş ve bunlar Mecelle'de "külli kaideler" ismiyle ilk yüz maddede bütün hukuksal işlemlere uygulanabilecek ilke mahiyetinde düzenlemeler şeklinde şöyleyer almıştır: "Zarar ve mukabelebi'z-zarar yoktur" (19.madde) ; "Zarar izale olunur" (20.madde) ; "Bir zarar kendi misliyle izale olunmaz" (25.madde) ;"Zarar bi - kaderi' l- imkan def olunur" (31.madde) ; "Zarar kadim olmaz" (7.madde). Zikredilen küllî kaideler haksız fiillerin hukuk düzeni tarafından korunmadığını haksız fiillerin genel olarak korunmadığını ve borcun kaynakları arasında en önemli yeri işgal ettiğini göstermektedir.

**5-Kanun:** Esasen bir şeyi vermek yapmak veya yapmamak şeklinde tezahür eden edimler ya akit ve hukuki muamelelerden veya tek taraflı iradeden doğarlar. Yani bu tür edimlerin meydana gelmesine sebep olan şey hukuki tasarruflardır. Ancak bununla birlikte başkaca hukuk sistemlerinde borcun kaynakları arasında kanun da sayılmıştır. Dolayısıyla bu düşünceden hareketle öyle bazı hukuksal muameleler söz konusu edilebilir ki tarafların iradesi değil kanunun öngördüğü bir zorunluluk arka planda yer alır.<sup>71</sup> Diğer taraftan haksız iktisap(sebepsiz zenginleşme) ve haksız fiilin borç doğurmasının arkasında, esasen Şâriin iradesine dayandığı fikri yatmaktadır ki bununla kastedilen kanundur. Anılan iki borç doğurucu kaynağın dolaylı olarak kanundan kaynaklanıyor olması düşüncesinden başka sırf Şâriin emrinden (kanun) kaynaklı bazı borçların doğabileceği de savunulmuştur ki bu durumlarda tarafların iradesi tamamen devre dışı olmakla birlikte sözü edilen borçlar tarafların herhangi bir hukuksal davranış biçimlerinden de kaynaklanmaz. Sözü edilen durumlarda kaynak yalnızca kanun olmakla

<sup>70</sup> Aydın, "Borç", TDV İslâm Ansiklopedisi, c.6, s.285 vd.

<sup>71</sup>Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, c.2, s.452.

birlikte bu durumun en güzel örneğini mer'i hukukta da ifade edildiği üzere hukuken bakmakla yükümlü olunan kimselere olan nafaka borcu oluşturur.<sup>72</sup>

Doktrinde bir görüş, "Kanundan Doğan Borçlar" başlığıyla ele aldığı konuyu sadece yukarıda sözü edilen dolaylı yoldan kanunun kaynak kılındığı haksız iktisap ve haksız fiil gibi durumlara hasretmiş ise de<sup>73</sup> bakmakla yükümlü olunan belirli yakınlarla ödenmesi gereken nafaka borcunun herhangi bir hukuksal muameleden kaynaklanmadığı, aksine tümüyle ve yalnızca kanun niteliğindeki ilahi emirden kaynaklandığı kabul edilmelidir.

## 1.2. TEMERRÜT KAVRAMI

### 1.2.1.Kavram

Aslı arapça olan temerrüt kelimesi "مرد" kök kelimesinden türetilmiştir. "Temerrüt" kelimesi ise Arapça ifadesiyle masdar kalıbında kullanılmış olup sözlük anlamıyla "haddi aştı, kibirlendi, direndi" gibi anlamlarda kullanılmıştır.<sup>74</sup> Osmanlıcada da kullanılan bu sözcük "dik başlılık, inat ve direnme" anlamlarında kullanılmıştır.<sup>75</sup>

Kuran-ı Kerim'de açıkça bu kelimeye yer verilmemiş ise de bu kelimeyle benzer anlamlara sahip ve aynı kökten türeyen çeşitli kelimelerin kullanıldığı görülmektedir. Örneğin Tevbe Suresinin 101. Ayet-i kerimesinde "Çevrenizdeki bedevîlerden birtakım münafıklar vardır. Medine halkından da münafıklıkta direnenler var ki sen onları bilmezsin"<sup>76</sup> buyurulmakta ve ayette geçen "direnenler" kelimesi "مردو" kelimesiyle ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu kullanımın sözlük anlamıyla paralellik gösterdiği söylenebilir.

Borç ilişkisinin en temel amacının ifanın gerçekleşmesi olarak kabulü halinde alacaklı taraf, kendisine borçlu tarafından taahhüt edilmiş olan edimin yerine getirilmesiyle tatmine kavuşur. Borçlu taraf açısından ise borç yerine getirilmiş ve borçtan kurtulma denilen hadise meydana gelmiş olur. Böylece borç yerine getirilmedikçe teknik anlamda sorumluluk bitmiş olmaz ve dolayısıyla borçtan kurtulma gerçekleşmez. Sonuçta borç sona erince borç ilişkisinin de son bulacağı şüphesizdir. Gerekli yükümlülük borçlu tarafından

<sup>72</sup> Aydın, "Borç", TDV İslâm Ansiklopedisi, c.6, s.285 vd.

<sup>73</sup>Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, c.2, s.452 vd.

<sup>74</sup>Ebü'l-Fadl Muhammed b. Mükerrrem b. Ali el-Ensari İbn Manzur, **Lisan-ul Arab**, Darü Sadır, Beyrut, 1414, "MRD" maddesi.

<sup>75</sup>Ferit Develioğlu, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat**, Aydın Kitabevi, İstanbul, 2013, s.1288

<sup>76</sup>**Kuran-ı Kerim**, Tevbe, 9/101

yerine getirilmeyince de sözü geçen sonuçlar doğmamakla birlikte ortada artık bir “borcun ifa edilmemesi”, bir başka deyişle “ademi ifa” vardır.<sup>77</sup>

Yargıtay’ın “temerrüt olayı, ifa etmeme ve ifadan kaçınma şeklinde ortaya çıkan iradi bir davranıştır” şeklindeki tanımında borçlunun davranış biçimi merkeze alınmıştır.<sup>78</sup> Borçlunun borcunu ödememekteki direnimi(inadı) veya aynı şekilde alacaklının alacağını almamakla gösterdiği direnim bir başka temerrüt yaklaşımıdır.<sup>79</sup> Modern Hukukta en bilinen tanımıyla borçlanılan edimin zaman unsuru yönünden ifasının gerçekleşmemiş olması temerrüt kavramını açıklar. Tanımdaki zaman vurgusu ve kusur ile ilgili herhangi bir açıklamanın yer almaması, temerrütü özellikle “kusurlu ifa imkansızlığı” ve “kusursuz ifa imkansızlığı” gibi diğer bazı borca aykırılık hallerinden ayırt etmek amacını taşır.<sup>80</sup> Borçlar Kanunu’nun temerrüde ilişkin hükmü ise şu şekildedir: “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.” (m.112) Hükmün lafzından da anlaşılacağı üzere ifa etmeme kavramı temerrüde göre daha geniş kapsamlı olduğundan öncelikle onun anlaşılmasında fayda vardır.

Gerçekten temerrütün terim anlamına ilişkin bir açıklamadan önce borca aykırılık veya alacak hakkının ihlali şeklinde de tarif edilen “ifa etmeme” kavramından bahsedilmelidir. Kaynağı önemli olmaksızın aradaki borç ilişkisine uygun olmayacak şekilde gerçekleşen her türlü davranış ifa etmeme kavramına karşılık gelir. Şu halde bütün borca aykırı davranış biçimleri ifa etmeme kavramının kapsamına dahildir. Doktrinde genellikle kabul edildiği üzere borca aykırılığın üç şekli vardır: İlk olarak borca konu olan şey imkânsız hale gelmiştir. Satım konusu hayvanın teslimden önce ölmüş olması örneğinde olduğu gibi. Tabii bu noktada imkansızlığın akit esnasında veyahut sonradan meydana gelmesi, son ihtimalde ise borçlunun kusurunun araştırılmasına ilişkin bulgular hükümleri de farklılaştıracaktır. İkinci olarak borcun ifası mümkün olduğu halde çalışmamızın da konusunu teşkil eden borçlunun borcunu ödememekteki ısrarıdır. Son olarak da gereği gibi ifa etmeme şeklinde beyan edilen kötü ifadır ki bu ihtimalde mevcut bir ifanın varlığından söz edilmekle beraber ifanın borç ilişkisinde belirlendiği

<sup>77</sup>Kahveci, **Mukayeseli İslam Borçlar Hukuku**, s.254

<sup>78</sup>Yargıtay HGK, T. 28.11.1990, E.1990/11-88, K.1990/591; Yargıtay HGK, 13.11.1991, E.1990/11-303, K. 1991/567, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi:01.12.2018)

<sup>79</sup>Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin yay, Ankara 1992, s.899

<sup>80</sup>Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1090

gibi gerçekleşmemesi söz konusudur.<sup>81</sup> Tüm bunlardan anlaşılmaktadır ki borcun ifasında meydana gelen her gecikme temerrüt olarak kabul edilmemekte, her şeyden önce geciken ifanın imkan dahilinde olması şart koşulmaktadır. Bununla birlikte de gecikmenin temerrüt vasfını taşımasının birtakım başka şartları da vardır.<sup>82</sup>

Özetle, geniş anlamda kullanılan borcun ifa edilmemesinin üç farklı şekilde ortaya çıktığı söylenebilir:

- 1- Kusurlu imkansızlık: borcun ifasının borçlu tarafın kusuruyla imkansızlaştığı ihtimaldir ki borcun ifasının gerçekleşmemesine sebep olan şey budur.
- 2- Borcun gereği gibi ifa edilmemesi: Borç yerine getirilmiş olmakla gereği gibi ifa edilen bir borç söz konusu değildir.
- 3- Borçlunun temerrüdü :Borcun ifası imkan dahilinde olmasına karşın bu ifa gecikmiş olmakla beraber borçlunun ayrıca bir de direnime şeklinde bir davranış biçimi mevcuttur.<sup>83</sup>

Görüldüğü gibi temerrüt kavramı ifa etmemenin özel bir görünümü olarak incelenmekte, söz konusu direnime çoğunlukla borçlu açısından borcun ifası mümkün iken zamanında yerine getirilmeyen ifa şeklinde tarif edilir. Alacaklı açısından da bu kavram, kendisine borçlu tarafından tam ve doğru şekilde yapılan ifayı haklı bir sebep olmaksızın kabulden kaçınması şeklinde kullanılmaktadır.<sup>84</sup>

Doktrinde bir görüş borcun ifa edilmemesine kavramsal yaklaşımdan hareketle temerrüt şeklinde ayrı bir kuruma ihtiyaç bulunmadığı yönündedir. Bu tespit, kusura dayanan veya objektif bir imkânsızlık sebebiyle ortaya çıkan ifa etmeme kavramlarının, bir üst başlık olarak değerlendirilen “borcun ifa edilmemesi” kavramının kapsamını oluşturmaya yeterli görüldüğü düşüncesine dayanmaktadır. Böylece temerrüdün kanuni düzenlemeyi gerektirecek bir kurumsal yönü bulunmamaktadır.<sup>85</sup>

<sup>81</sup> Selahattin Sulhi Tekinay, **Borçlar Hukuku**, İÜ yay, İstanbul 1979, s. 671-675, Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1027,1051, Ahmet Cemal Ruhi, **Sözleşmeler Hukuku**, Seçkin yay, Ankara 2013, Cilt 1, s.59

<sup>82</sup> Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000, s.286

<sup>83</sup> Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta yay, İstanbul 2000, s.275

<sup>84</sup> Şaban Kayıhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin yay., Ankara 2016, s.292

<sup>85</sup> Henry Bovay, “**Temerrüdün Esası**”, çev. Zahir İmre, İÜHFM, c.12, s.2-3, 1946, ss.765-804, s.803

### 1.2.2.Çeşitleri

Gerek içerik gerekse sonuçları bakımından birbirinden farklılık arz eden alacaklı ve borçlu temerrüdü kavramlarına kısaca değinmekte fayda vardır:

#### 1.2.2.1.Borçlu Temerrüdü

İslam Hukuk literatüründe kullanılmayan temerrüt kelimesi klasik İslam hukuku eserlerinde ya doğrudan sözlük anlamıyla veya hakimin mahkemeye davet emrine rağmen bu emre uymamakta direnme anlamıyla kullanılmıştır.<sup>86</sup>Anılan husus 9 Haziran 1295 tarihli(22 Haziran 1879) Osmanlı Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye Kanunu'nun 141 ve devamı maddelerinde açıkça belirtilmiştir. Şöyle ki;

Madde 141: “Mahkemeye gelmemesi mevani-i sahihadan neş’et eylediğine mahkemece zehâb olunmayan veyahut mazeret-i meşruasından mahkemeyi haberdar etmeyen veyahut verilen mehlinin kızâsında dahi mahkemeye gelmeyen, mütemerrit addolunur.”

Madde 142 : “ mahkemeye gelmekten temerrüt ve imtina etmiş olan taraf müddei olduğu halde....” şeklindeki kanuni beyanlardan da anlaşılacağı üzere mahkemenin usulüne uygun davetine rağmen gitmemeyi ifade edecek bir kullanım mevcuttur.

Borcun ödeme zamanında ödenmeyerek geciktirilmesi Arapça' da "matl" kelimesiyle de ifade edilmektedir. Bu kelime, yerine getirilmesi hak edilmiş olan herhangi bir şeyin yapılmasının engellenmesi anlamında çok geniş bir manaya sahiptir. Öyle ki karı kocanın birbirleri üzerindeki hakları veya yönetenlerle yönetilenlerin karşılıklı haklarının yerine getirilmemesi de bu kapsamda değerlendirilmiştir.<sup>87</sup> “Mümatele” şeklindeki kelimenin de sıklıkla fıkıh kitaplarında bu anlamda kullanıldığı görülür. Kavram hakkında doktrindeki bir görüş şu minvaldedir: “Mümatele, borcu borcun vadesini bugün yarın diye uzatıp tehire bırakmaktır. Böyle hareket eden bir borcuya medyun-i mümatil denir. Borcunu edaya muktedir olduğu halde tehir edip duran kimse demektir. Metal de bir şeyi, mesela borcu uzatıp durmaktır ki bir zarurete mebni olmayınca zulüm sayılır.”<sup>88</sup> Başka bir görüş, mümatalenin bugünkü hukukta temerrüde karşılık geldiğini belirtirken, iki kavram arasındaki irtibata dikkat çekmektedir.<sup>89</sup> Diğer bir görüşün, “ödeme imkânı

<sup>86</sup> Rahmi Yaran, **İslam Hukukunda Borçlunun Gecikmesi**, s.59

<sup>87</sup> Hüseyin Esen, “İslam Hukuku Açısından Borcun Geciktirilmesi Halinde Uygulanabilecek İşlemler” **Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, c.2, s.10

<sup>88</sup> Ömer Nasuhi Bilmen, **Hukuk-ı İslamiye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu**, Bilmen yayınevi, İstanbul 1970, c.7, s.269

<sup>89</sup> Atar, **İslam İcra ve İflas Hukuku**, s.63

bulduğu halde borcunu ödemeyen şahsın bu davranışına temerrüt denir”<sup>90</sup> şeklindeki tanımından da anlaşılıyor ki; çağdaş İslam hukukçularının da temerrüt kavramını artık doğrudan kullandıkları ve bu kullanımın modern hukukla tamamen uyumlu olduğu sonucuna varılabilir.

Baştan belirtmek gerekir ki Türk Hukuku geniş anlamda borcun yerine getirilmemiş olmasına “ifa etmeme” ismi vermekte ve “borçlu temerrüdü”nü ise bunun bir alt başlığı şeklinde incelemektedir. Borcun kaynağı önemli olmaksızın her türlü borç ilişkisinde borcun yerine getirilmemiş olması ifa etmeme şeklinde incelenmektedir.<sup>91</sup> Gerçekten bu tasnifin yapılmasının zorunlu olduğu kabul edilmelidir. Zira ifanın mümkün olup olmaması, ihtarın gerekli olup olmayacağı şeklindeki birtakım şartlar bunu zorunlu kılmaktadır. Borçlar Kanunu konuyu şöyle ifade etmiştir. “Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır.” (m.117)

Borçlunun temerrüdü bir borç ilişkisinin yalnızca borçlusu açısından ortaya çıkar. Bu ilişkide her iki taraf da borçlu sıfatını haiz ise temerrüt her iki taraf söz konusu olabilecektir. Her iki tarafın borçlu kabul edildiği sözleşmelerden kasıt tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Bu açıdan her iki tarafa da borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanması gündeme gelecektir.<sup>92</sup>

Anılan maddeye göre borçlu temerrüdünün oluşumu için borcun muaccel olması ve alacaklının ihtarda bulunması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerektiği açıktır. Hükmün ikinci fıkrası ileride değinileceği üzere bazı hallerde ihtarı şart olmaktan çıkarmıştır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, ihtarın şart olmadığı durumlar tahdidi değildir.<sup>93</sup>

Gecikme ve temerrüt kavramlarının birbirinden farklı kavramlar olduğunu da belirtelim. Temerrüdün sıradan bir gecikme olmadığı, gecikmeye

<sup>90</sup> Karaman, **Ana Hatlarıyla İslam Hukuku**, c.3, s.69

<sup>91</sup> Selahattin SulhiTekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s.758

<sup>92</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.658

<sup>93</sup> Mustafa Göktürk Yıldız, “**Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları**”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2017, s.4



birtakım hukuki sonuçlar bağlanmasıyla oluşan hukuki bir kurum olduğu bilinmelidir.<sup>94</sup> Temerrüdün nitelikli bir gecikme olduğu da bir başka kabuldür.<sup>95</sup> Muaccel olması gereken borcun temerrüt için şart kılınmış olması gerçeği ile beraber ifa zamanı gelmiş olmasına rağmen borçlunun özel bir savunma mekanizması ile ifadan kaçınabilme ihtimali bulunuyorsa temerrüdün gerçekleşmeyeceğini de belirtelim. Bahse konu olan kaçınma ile kastedilen örneğin; ödemelik def'i veya zamanaşımı def'i gibi yasal yollardır.<sup>96</sup> Salt ifa zamanının geçirilmiş olması temerrüt anlamına gelmediği için zamanında ödenmeyen borcun varlığı bir başka ifadeyle “gecikmiş ifa”nın bulunması temerrüdü doğurmaz.<sup>97</sup>

Türk hukukunda borçlunun temerrüdü kavramına yaklaşım tarzı özellikle sonuçları bakımından İslam Hukukundaki yaklaşımın tamamen dışında bir görüntüye sahiptir. Söz gelimi doktrinde bir görüşe göre “borçlu temerrüdü(direnmesi), ifanın sonradan mümkün bulunması koşulu altında, borçlunun borcunu zamanında ifa etmemesi sonucu içine düştüğü sorumluluk durumudur.”<sup>98</sup> Bir başka görüş, temerrüdü; “borçlunun ifa etmekten kaçınmayacağı muaccel ve mümkün bir edimi zamanında yerine getirmedeği için alacaklının ihtarına maruz kalması ve bu suretle gerçekleşen sorumluluk sebebi” şeklinde tarif eder. Bir başka tanım, ifası mümkün olduğu halde vadesi gelmiş bir borcun borçlu tarafından zamanında ifa edilmemesi şeklindedir.<sup>99</sup> O halde Türk Hukukunda borçlu temerrüdü yalnızca ifanın imkan dahilinde olduğu hallerde geçerli olup, söz gelimi borçlunun kusuru sonucu imkansız hale gelmiş bir borç söz konusu ise burada temerrütten değil “ifa etmeme”den bahsedilecektir. Temerrüt durumunda hala bir ifa imkanı vardır ve ancak bu artık bir gecikmiş ifa görüntüsüne bürünür.<sup>100</sup> Doktrindeki başka bir görüş de, borca aykırı şekilde geç ifa edilen edimin temerrüt anlamına geldiğini belirttikten sonra kusurlu ifa imkansızlığından farklı olarak temerrüde düşülen borcun ifa imkanının halen mevcut olduğunu kaydederek temerrüt halinin geçici bir durum arz ettiğini kabul eder.<sup>101</sup> Son olarak borçlu temerrüdünün taraflar arasındaki borç ilişkisinden doğan yan yükümlülüklerin

<sup>94</sup> Nami Barlas, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul 1992, s. 127

<sup>95</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.285 vd.

<sup>96</sup> Tan Tahsin Zapata, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Savaş yay, Ankara 2013, s.198

<sup>97</sup> Halil Akkanat, **İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü**, Prof. Dr. M. Kemal OĞUZMAN'ın Anısına Armağan, Beta yay, İstanbul 2000, ss. 1-50, s.2

<sup>98</sup> Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976, c.1, s.904

<sup>99</sup> Abdülkerim Yıldırım, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin yay, 6. Baskı, Ankara 2017, s.307

<sup>100</sup> Turgut Akıntürk, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri**, Beta yay, Ankara 2012, s.127

<sup>101</sup> Bilgili, Demirkapı, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.164, Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.88

ihlali şeklinde ortaya çıktığı da bir diğer kabuldür.<sup>102</sup>Tüm bu yaklaşımlar borçlu açısından ortaya çıkan temerrüdü, “ifanın zamanı bakımından gerçekleşen ihlal” merkezinde ele almıştır.<sup>103</sup>

Kavramsal bakımdan borçlu temerrüdüne en kısa ve öz yaklaşım ise “ifadaki nitelikli gecikme” şeklindedir. Başka bir ifadeyle borçlunun borcu yerine getirmemede nitelikli direnimi şeklinde ifade edilmiştir.<sup>104</sup>

### 1.2.2.2.Alacaklı Temerrüdü

Gereği gibi yapılan ifanın kabulünden yahut eksiksiz ve doğru bir ifanın meydana gelebilmesi için yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan geçerli bir hukuki sebebi olmadığı halde kaçınan alacaklı tarafın bu tavrı borçlunun borcunu yerine getirmesine engel oluşturacaktır. Şu halde alacaklının anılan şekildeki ifayı kabulü ve ifa açısından lüzumu bulunan hazırlık fiillerinin gerçekleştirilmesi ifa şartı olarak kabul edilmektedir.<sup>105</sup>Borç ilişkisinin borçlusu tarafından uygun bir ifa teklifi yapılmış olmasına rağmen, haklı bir sebebi bulunmadığı halde söz konusu ifa teklifini kabul etmeyen alacaklı temerrüde düşmüş olmaktadır.<sup>106</sup> Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede kendi edimini eksiksiz bir şekilde yerine getiren borçlu doğal olarak karşı taraftan da karşı edim talep eder. Alacaklının temerrüdünün bir hukuki kurum olarak kabulünün dayandığı düşünce budur.<sup>107</sup>

İslam Hukukunda alacaklı muaccel olan bir borcu ifa teklifini haklı bir sebep göstermeksizin reddedemez. Bazen borçlunun vadesinden önce ödeme isteğine karşılık alacaklının bu ifayı reddetme yetkisinin bulunup bulunmadığı hususu tartışılmış ve kural olarak “vade”nin borçlu açısından bir hak teşkil ettiği ve eğer isterse bu hakkından vazgeçebileceği kabul edilmiştir.<sup>108</sup> Borçlu erken yaptığı ifada indirim de yapamadığı gibi bunun sulh yoluyla alacaklı ile

<sup>102</sup> H. Tamer İnal, **Borca Aykırılık Dönme ve Fesih**, Seçkin yay, Ankara 2014, s.343

<sup>103</sup> Işık Nazıkoğlu, “**Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü**”, AÜHFD, Sayı:1, Cilt.8, 1951, ss.658-684, s.662, Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku**, c.1, s.903, Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1089.

<sup>104</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.470, Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s.215

<sup>105</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1090

<sup>106</sup> Geniş bilgi için bkz.:N.Koç, **İsviçre-Türk Hukuku'nda Alacaklının Temerrüdü**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1992.

<sup>107</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 647

<sup>108</sup> Muhammed b. Ahmed eş-Şirbini el-Hatib, **Muğni-l Muhtac**, Kahire 1958, c.2, s.116.

yapılması da mümkün değildir. İslam hukukundaki faiz yasağı bu duruma engel teşkil etmektedir.<sup>109</sup>

Vadenin alacaklı lehine olduğu durumlar da mevcuttur. Mesela İslam hukukunda kısaca “para peşin mal veresiye satım” şeklinde tarif edilen selem akdi ile kurban bayramından bir hafta önce teslim edilmek üzere satıma konu olan hayvan vadesinden önce teslim edilirse ek bir masraf ortaya çıkarabileceği için söz konusu alacağın vadesinde teslim edilmesi alacaklının lehinedir. Yine aynı sözleşme kapsamında örneğin, taze hurma veya et satın alan bir kimse belirlenen tarihte bu malları taze bir şekilde yemek istiyor olabilir. Yani selem akdine konu olan mal,(müslemünfih) ileri bir tarihte ihtiyaç duyulacak ve bu sebeple de depolama masrafı gibi bir masrafı gerektirecek türden olabilir. Dolayısıyla alacaklının bu türden alacağı kabul etmemekte menfaatinin bulunduğu dikkate alınırsa vadenin kendisi açısından bir hak olduğu kabul edilecektir.<sup>110</sup> Bu son durumda ifadan imtina eden alacaklı açısından temerrüt durumunun oluşmayacağı kabul edilmektedir.

Baştan belirtelim ki alacaklıdan kaynaklı sebeplerle borcun yerine getirilmemesi yalnızca alacaklının temerrüdü şeklinde ifade edilen hukuki kurumdan ibaret değildir. Söz gelimi alacaklının ölümü durumunda mirasçılarının bulunamamış olması ihtimali veya alacaklının fiil ehliyetinin kaybı durumlarında<sup>111</sup> alacaklının temerrüde düşmesine benzer bir görüntü ortaya çıksa da alacaklı temerrüdünden kastedilen şey salt alacaklının alacağını alamaması değil bilakis ifadan kaçınması ve bu konuda kasıtlı davranmasıdır.

Borcun zamanında yerine getirilmemesinin sebebi bizzat alacaklı veya ondan kaynaklı bir durum ise alacaklı temerrüdünden söz edilir.<sup>112</sup> Borçlar Kanunu'nun alacaklı temerrüdüne ilişkin hükmü şöyledir: “Yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur. (m.106)” Madde metninden anlaşılacağı gibi, alacaklı temerrüdünde alacaklının kendisine borçlanıldığı şekliyle teklif edilen veya muaccel yahut ifa kabiliyeti bulunan bir alacağın haklı bir sebep gösterilmeksizin reddedilmesi söz konusudur.<sup>113</sup>

<sup>109</sup>Şirbini, **Muğni-I Muhtac**, c.2, s.179. Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmedİbn-ü Kudame, **el-Muğni**, Beyrut 1983, c.4, s.174

<sup>110</sup>İbnü Kudame, **el-Muğni**, c.4, s.346, Şirbini, **Muğni-I Muhtac**, c.2, s.116.

<sup>111</sup> Yıldırım, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.289

<sup>112</sup> Esen, **İslam Hukuku Açısından Borcun Geciktirilmesi Halinde Uygulanabilecek İşlemler**,s.10.

<sup>113</sup> Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s.64.

Bir satım sözleşmesinde alıcının satıma konu malı teslim almaktan kaçınması, kira sözleşmesinde kiracının kiraya konu malı teslimden kaçınması, iş sözleşmesinde işçi işe hazır halde bulunmasına rağmen işverenin işin başlaması için gerekeni yapmaması gibi durumlarda alacaklı tarafın haklı bir sebebi mevcut değilse temerrüde düşmüş sayılacaktır.<sup>114</sup>

Alacaklının kendisine sunulan ifa teklifini haklı sebep göstermeksizin kabulden kaçınması yahut ifanın yerine gelmesi için gerekli hazırlıkları yapmaması<sup>115</sup> şeklinde kapsamlı bir tarif yapılabilir. Böylece alacaklının katılımının gerekli olmadığı yahut alacaklı tarafından herhangi bir hazırlık faaliyetine ihtiyaç duyulmayan hallerde alacaklı temerrüdünden söz etmek de mümkün olmayacaktır. “Yapmama borçları” bu duruma örnek teşkil etmektedir.<sup>116</sup>Söz gelimi işçinin işverene karşı “rekabet etmeme borcu”nun edimi yapmama şeklinde ortaya çıkmaktadır. Burada alacaklı konumunda bulunan işverenin herhangi bir faaliyetine gerek duyulmadan işçinin bu borcu yerine getirmesi zorunluluğu bulunduğundan alacaklı temerrüdünden söz etmek mümkün değildir.

Alacaklı temerrüdü, tek tarafın borçlu bulunduğu veya karşı tarafın borcunu ödemiş olması dolayısıyla tek tarafın borçlu kaldığı durumlarda borç ihlali anlamına gelmez. Alacaklının ifanın gerçekleşmesini sağlamak için birtakım hazırlık işlemlerine gerek yoksa ifaya hazır vaziyette bulunduğunu göstermesi veya beyan etmesi yeterli olacaksa, alacaklı açısından bir “yükleni”nin varlığından söz edilemez.<sup>117</sup>

Yukarıdaki tariften hareketle alacaklı taraf ya kendisine hukuka uygun şekilde yerine getirilen ifadan imtina ettiğinde yahut alacaklının yerine getirmesi gereken bir yasal yükümlülüğü yerine getirmekten kaçındığında mütemerrit kabul edilmektedir. Temerrüt hangi yolla gerçekleşirse gerçekleşsin her iki halde de iki temel şarttan söz etmek gerekir. Alacaklının ifadan kaçınma hali ve kaçınmanın haklı bir sebebe dayanmıyor olması.<sup>118</sup> Konumuz alacaklının temerrüdü olmadığından genel hatlarıyla şartlarına değinmekle yetineceğiz.

---

<sup>114</sup> Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s.64

<sup>115</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.270, Tunçoğlu, **Türk Borçlar Hukuku**, c.1, s.756

<sup>116</sup> Zapata, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.165

<sup>117</sup> Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.239

<sup>118</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.270

### - Koşulları

Edimin gereği gibi borçlu tarafından ifa edilmiş olması ilk şarttır. Bundan miktar ve nitelik bakımından ifa teklifi ile borçlanılan edim arasında tam uygunluğun bulunması gerektiği kastedilir. Örneğin, borcun tamamının faiziyle birlikte teklif edilmesi, teklifin yapıldığı yer ve zamanın doğru yapılmış olması gibi hususların dikkate alınması gerekir. Bir başka husus borcun bizzat borçlu tarafından yerine getirilmesi gerekip gerekmediğidir. Şahsen ifanın şart koşulduğu durumlarda tam ve doğru ifa kapsamında borcun yalnızca borçlu tarafından ifasının teklif edilmesi gereğinde tartışma yoktur. Böyle bir şartın yokluğunda borçlu dışında bir kişinin de ifayı yerine getirmesi ve alacaklının bu ifayı reddetmesi durumunda da alacaklının temerrüdü gerçekleşecektir.<sup>119</sup>

Alacaklının borçlu veya üçüncü kişi tarafından yapılan tam ve doğru ifayı kabulden imtina etmiş olması diğer bir şarttır. Bu çerçevede alacaklı tarafından ifanın kabulü açısından gerekli hazırlık çalışmalarının yapılmaması da temerrüde düşmesi bakımından ifayı kabulden kaçınma şeklinde değerlendirilecektir. Örneğin; seçimlik borç doğuran bir sözleşme yapılmış olması ihtimalinde seçim hakkına sahip kılınan alacaklı tarafından herhangi bir seçimde bulunulmaması ya da senede bağlı bir alacağın bulunması ihtimalinde ifa sağlanmış olduktan sonra söz konusu senedi iade etmekten kaçınması gibi durumlarda da alacaklının anılan husustan dolayı temerrüdünün gerçekleşeceğine hükmedilir.<sup>120</sup>

Gereği gibi yapılan bir ifanın alacaklı tarafından reddedilemeyeceği daha önce belirtildi. Aksi halde alacaklının reddi haklı bir sebebe dayanacak ve temerrüt durumu oluşmayacaktır. Sözgelimi iş sözleşmesinde işverenin gerekli malzemeyi temin etmeyip kendi üzerine düşen hazırlık faaliyetlerini başlatmamış olması alacaklı konumunda bulunan işverenin temerrüdüne sebep olsa da işçinin bu ihtimalde yine de ücrete hak kazandığı kabul edilmelidir.<sup>121</sup> Alacaklının haklı bir sebebe dayanmadan ifayı kabulden imtina etmesinde kusurun varlığının aranmadığını da belirtmek gerekir. Baskın görüş alacaklı temerrüdünde kusurun aranmayacağı yönündedir.<sup>122</sup>

<sup>119</sup> Bilgili, Demirkapı, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler.**, s.178, Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1013.

<sup>120</sup> Bilgili, Demirkapı, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler.**, s.179, Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1015

<sup>121</sup> Ali Bardakoğlu, **İslam Hukukunda İşçi ve İşveren Münasebetleri**, Ensar yay, İstanbul 1986, s.226

<sup>122</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.273, Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1015

## İKİNCİ BÖLÜM BORÇLU TEMERRÜDÜ VE SONUÇLARI

İlk bölümde kısaca sözlük ve terim anlamlarına değindiğimiz "temerrüt kavramının yalnızca terim anlamını tekrar ederek borçlunun temerrüdüne dair açıklamalara geçeceğiz. Borçlu temerrüdü; *"İfaya gücü yettiği halde vadesi gelmiş ve ifası mümkün olan bir borcun alacaklı tarafından talep edilmesine ve alacaklının yapılacak ifayı kabul etmeye de hazır olmasına rağmen zamanında ifa edilmemesi"* şeklinde tarif edilebilir.

### 2.1. BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI

Doktrinde bir görüş borçlu temerrüdünün şartlarını kısaca İstenebilirlik (Muacceliyet), istisnalar dışında İhtar, giderim talebi bakımından kusur ve borca aykırı davranışı ortadan kaldıran haklı bir geciktirme sebebinin olmayışı şeklinde sayar.<sup>123</sup> Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarından da şu şartların arandığı anlaşılmaktadır: Mümkün olan bir ifa, muaccel bir borç, uygun bir ihtar, alacaklının mütemerrit olmaması ve borçlunun herhangi bir def'i hakkına sahip bulunmaması.<sup>124</sup> Biz doktrinde kanuna da uygun şekilde kabul edilen şartları sıralayacağız.

#### 2.1.1. Muaccel Olan Borcun İfa Edilmemesi

Hukuken talep edilebilir bir borçtan bahsetmek için muacceliyet şarttır. Muacceliyet, borçludan yerine getirmesi gereken edimin talep ve dava edilebilir oluşunu ifade eder.<sup>125</sup> Bundan aynı zamanda alacaklının alacak hakkının hukuken var olmasının sonucu olarak talep hakkının mevcudiyetinin gerekli oluşu da kastedilir. Bu sebeple muaccel olmayan alacağın talebi de söz konusu olamayacağından böyle bir talebin mahkemeye sunulması da red ile karşılaşacaktır.<sup>126</sup>

Burada işaret edilmesi gereken bir husus, İslam hukukunun vadeli muamelelere olan bakışıdır. Söz gelimi satım sözleşmesine ilişkin olarak borç anlamında hem mebiin(satıma konu mal) hem de semenin(bedel) aynı anda

<sup>123</sup>Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.256

<sup>124</sup> Yargıtay HGK, T. 23.06.2010, E.2010/19-255, K.2010/347, Yargıtay HGK, T. 28.09.2011, E. 2011/19-498, K. 2011/572, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 01.12.2018)

<sup>125</sup> Ayşe Havutçu, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini**, İzmir 1995, s.24, Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1092, Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.252.

<sup>126</sup>Abdunnasır Tevfik el-Attar, **Nazariyyetü'l Ecel Fi'l İltizam Fi'şşeriatil-İslamiyyeVe'l-Kavanini'l-Arabiyye**,Matbaatü's-Seade, ty, s.247

vadeye bağlanması caiz görülmemiş<sup>127</sup> olmakla birlikte, semen borcunun akit sırasında veya daha sonra karşılıklı rıza ile tehir edilmesi(ertelenmesi) caizdir.<sup>128</sup>Mecelle'ye göre sözleşmenin geçerli olarak kurulması için semenin ödenmesi gerekli değildir. Semen tecili veya vadelere taksim edilmesi mümkündür (m.245,246).<sup>129</sup> Bu durum iş, kira, icare ve karz akitlerinde de tartışılmış ve çoğunlukla vadeye bağlamanın bu akitler açısından da mümkün olduğu görüşü benimsenmiştir. Ancak ariyet, vedia sözleşmeleri açısından vadenin öngörülmesi pratikte herhangi bir sonuç doğurmamakta ve önem arz etmemektedir. İstisna akdi açısından da konu şöyle bir özellik gösterir: Bir görüş istisna akdinin doğasından kaynaklanan özellikle malın teslimi konusundaki vadenin dolayısıyla da akdin sanatkar açısından bağlayıcı olmadığını ileri sürer. Bunu da siparişi alan sanatkarın mazeretsiz bir şekilde vazgeçebilmekle birlikte eseri meydana getirip başkasına satma hakkına da sahip olduğu kabulüne dayandırır. Bunlara göre söz konusu akit alıcı tarafından görülüp beğenildikten sonra sanatkarı bağlar. Daha baskın olan ve kabul gören bir başka görüş ise akdin başlangıçtan itibaren sanatkarı bağladığını ancak alıcıyı görüp beğendikten sonra bağlayabileceği şeklindedir. Hanefi mezhebi hukukçularından Ebu Yusuf ise akdin baştan beri her iki taraf için bağlayıcı olduğunu belirtmekle birlikte Mecelle'de de yer alan görüş budur. Bu görüş bugünün şartlarında kabule değer ve çağdaş hukukçularca da savunulan bir görüştür.<sup>130</sup>

Tüm bunlar borçlunun temerrüdünün ilk şartı olan “borcun muaccel olması” şartına matuf açıklamalar olmakla birlikte bahse konu muacceliyetin ancak vadeli borçlar açısından söz konusu olabileceği gerçeği karşısında İslam hukuk sisteminin vade kavramına bakışını kısaca özetlemiş olduk.

Borçlunun temerrüdü veya yeni benimsenmeye başlanan ifadesiyle “borçlunun direnimi”, geniş anlamda borcun ifa edilmemesinin bir türü olarak ortaya çıkar. Bir başka ifadeyle borçlunun temerrüdü, borca aykırı davranış hallerinden biridir. Temerrütten söz edebilmek için ifanın imkan dahilinde olması ile birlikte ifa zamanı gelmiş olmasına rağmen (alacağın muacceliyeti) borcun ödenmemiş olması şarttır. İmkansız hale gelmiş olan borca ilişkin mütemerrit bir borçludan söz edebilmek de böylece mümkün değildir. Muacceliyet şartı, ifa zamanı yani alacaklının ifayı isteyebilme gününün gelmiş olmasını ifade eder. Şu var ki borcu ödemekten kaçınmanın yasal görüntülerinden zamanaşımı veya ödemezlik def'i gibi yollarla borcunu

<sup>127</sup> Hayreddin Karaman, **İslam Hukukuna Göre Alışverişte Vade Farkı Ve Kâr Haddi**, İslami İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, İstanbul, 1987, s.23

<sup>128</sup>Mecelle, m.245,246.

<sup>129</sup> Numan Tekelioğlu, “Mecelle’de Ve Türk Borçlar Kanunu’nda Satım Sözleşmesinin Kurulması Ve Unsurları” **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2017, Sayı 2, c.25, s.510

<sup>130</sup> Yaran, **İslam Hukuku’nda Borcun Gecikmesi**, s.99-105

ödemekten kaçınan borçlunun temerrüde düşmesinden de söz etmek mümkün değildir. Bu yasal imkanların fiilen kullanılması gerektiğinin de temerrüdü önleme açısından şart olduğunu da belirtelim.<sup>131</sup> Borcun muaccel hale gelmesi açısından alacaklının hazırlık faaliyeti niteliğinde bazı davranış biçimlerinde bulunması gerekli ise bunlar yerine getirilmediği müddetçe temerrütten söz edilemeyecektir.<sup>132</sup>

Borcun ifasının gecikmesine bağlı olarak ortaya bir şart olarak çıkan ifa zamanının gelmiş olmasından anlaşılan şey, alacaklının borcun ifa edilmesini talep yetkisine sahip olacağını anı ifade etmektedir. Mamafih borcun muaccel olmasına bağlı olarak yapılan ifa talebinin bir defi ile karşılaşması durumunda temerrüt söz konusu olmayacaktır. Fakat şunu da belirtmek gerekir ki temerrüdü önleyen şey defi hakkının mevcudiyeti değil onun kullanılmasıdır. Temerrüde düşüldüğü an söz konusu borç zamanaşımına uğramış ise veya temerrüt anında ödemezlik definin şartları gerçekleşmiş ve kullanılabilir durumda ise sözü geçen zamanaşımı ve ödemezlik defileri daha sonraki bir zamanda kullanılmış olsa bile temerrüdü baştan itibaren önlemiş olacaktır. Bölünebilir edimlerde ifa edilmeyen kısımlar açısından borçlunun temerrüde düşürülmesine ve dolayısıyla temerrüt hükümlerinin de bu kısımlar açısından uygulanmasına engel bir durum yoktur.<sup>133</sup>

Borçlunun borcu ifa etmemede kusuru araştırılmaz. Asli edimlerin yanında yan edimler açısından da temerrüdün gerçekleşmesi söz konusudur. Ancak yan yükümlerin yerine getirilmemesinde temerrüt meydana gelmeyip bu hal sadece tazminata vücut verecektir.<sup>134</sup> Borçlu taraf, temerrüdünün gerçekleşmesi noktasında kusursuz olmakla beraber zararın meydana gelmesi hususunda kusurlu durumda ise, borcun ifasında meydana gelen zarardan sorumluluğunun doğup doğmayacağı konusunda kanunda açık bir hükmün bulunmadığını da belirtmek gerekir.<sup>135</sup>

Kural olarak her borcun doğumuyla birlikte muaccel olduğu gerçeği ile beraber bazen ya tarafların aralarında kararlaştırdıkları bir süre ile ya da borcun doğasından bir süre sonra ifasının gerekebileceği gibi bir nedenle ifasının daha sonra gerçekleşebileceği malumdur. Sözü edilen hallerde

<sup>131</sup> Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler.**, s.297-298, Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1092

<sup>132</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.658

<sup>133</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.287

<sup>134</sup> Bilgili, Demirkapı, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.164

<sup>135</sup> Şeref Ertaş, "Borçların İfası İle İlgili Yeni Borçlar Kanunu'nun Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu(3-4 Haziran 2011) **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, c.3, s.309.



müeccele bir borç niteliği arz edecek olan borç ilişkisi bahsedilen süre geçmedikçe yahut vade dolmadıkça temerrüde sebep olmaz. Aynı düşünce ile geciktirici şartta bağlı borçlarda şartın meydana gelmesi hem ilgili borcun muacceliyetinin hem de buna bağlı olarak temerrüdünün şartı olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>136</sup>

## 2.1.2.İhtar

### 2.1.2.1.Genel Olarak

İfanın talep edilmesi şeklinde ya da ihtar başlığıyla müstakil bir konunun İslam hukukunda tartışılmadığını belirtelim. Ancak birtakım borç ilişkilerinde borçluya karşı alacaklının tavrının biraz daha müsamahalı olduğundan hareketle ifanın sağlanmasının ayrı bir taleple gerçekleştirilmesi gerektiği düşünülmüştür. Sözelimi karz akdi bakımından baskın görüş vade koymanın hüküm doğurmayacağı yönünde olduğundan alacaklının talebi olmadıkça bu durum borcun gecikmesine bir rıza olarak değerlendirilir. Bundan hareketle de temerrüdün gerçekleşmesi ancak ihtardan sonra ifanın halen gerçekleşmemesi şartına zımnen de olsa bağlanmış olmaktadır.<sup>137</sup>

İslam hukukunun ihtarın şart olup olmadığına ilişkin, bir başka ifadeyle alacaklının talebinin gerekli olup olmayacağına dair şu örnek fikir verecektir: *“Açlık veya susuzluktan ölmek üzere olup başkasına ait yiyecek veya içeceği ihtiyaç duyan kişi, sahibinden o yiyecek veya içeceği istese ve sahibi de zaruri ihtiyacından fazla olduğu halde ona bunu vermese mütemerrit sayılır. O kişi, bu sebeple ölürse tazminat öder. Fakat bir istekte bulunmadan açlıktan ölse diğer kişi her ne kadar günahkar olsa da tazminat ödemez.”*<sup>138</sup>

Kefalet sözleşmesinde; hak sahibi hakkını kefilden istediği zaman, kefilin borçtan kurtulabilmesi asıl borçludan ifayı gerçekleştirilmeyi talep etmesiyle mümkündür. Şafii Mezhebi tarafından kabul edilen baskın görüşe göre, borç asıl borçludan istenmediği müddetçe, kefil asıl borçludan ifayı gerçekleştirme talebinde bulunamaz.<sup>139</sup> Görüldüğü gibi müstakilen değinilmiş olmasa da kefalet sözleşmesinde alacaklı konumunda bulunan hak sahibinin asıl borçludan talebinden söz edildiğine göre temerrüt için gerekli olan ihtar şartının “alacaklının talebi” şeklinde ele alındığı anlaşılabilmektedir.

Alacaklının rızası bulunmadığı halde borçlu zimmetindeki mal ve haklar ile, belli bir vadeye bağlanmış ve ne zaman ödeneceği belirlenmiş olan borçların ifasının sağlanması alacaklı tarafından yapılacak herhangi bir ifa

<sup>136</sup> Kayıhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.292

<sup>137</sup> Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s.108

<sup>138</sup>İbü Kudame, **el- Muğni**, c.9, s.580-581.

<sup>139</sup>Şirbini, **Muğni-l Muhtac**, c.8, s.513

talebine bağlı kılınmamıştır. Sözgelimi ariyet sözleşmesi kapsamında elde tutulan ariyete konu mal, iş bitiminde mal sahibinin talebi olmaksızın iade yükümlülüğünü kendiliğinden yerine getirecektir. Aksi halde herhangi bir vadeye bağlanmayıp ödeme günü ya da daha geniş ifadesiyle edimin yerine getirileceği zamanın belirlenmediği mal veya zimmet borçlarına ilişkin ifalar talebe bağlı kılınmıştır. Talep gerçekleştirilmedikçe ifaya mecburiyetten söz edilemez. Vedia kapsamında elde tutulan malın teslimi bu şekildedir.<sup>140</sup> Özetle sözü geçen durum borcun vadeli veya peşin belirlenmiş olmasına göre belirlenir. Vadeli borçlarda, süresinden önce ifa talebi söz konusu olamaz iken, ariyet ve vekalet benzeri bağlayıcı (lâzım) olmayan akitler bakımından borçlunun açık ve kesin zararına sebep olmamak şartıyla edimin ifasının talebi istenildiği zaman yapılabilir.<sup>141</sup>

Son olarak İslam Hukuku'nda yukarıda da değinilen özellikle karz/borç sözleşmesindeki kabulden (vadenin hükümsüz kabul edilmesi) hareketle alacaklı tarafından borç talep edilmediğinde borçlunun borcu geciktirme hakkının bulunduğu gibi bir durumun ortaya çıkabildiği ve bunun alacaklının bu yöndeki zımnî rızasının varlığından kaynaklandığı şeklinde bir temel prensibin varlığı kabul edilmektedir. Böyle olunca borcun ifasındaki gecikmeler borçlunun temerrüdü olarak nitelendirilmeyip, alacaklının talebi yani ihtarıyla temerrüdün gerçekleşebileceği şeklinde bir sonuca ulaşılmaktadır.<sup>142</sup>

Türk hukuku bakımından konu yasal düzeyde herhangi bir boşluk içermeyecek ölçüde açıktır. Türk Borçlar Kanunu'nda ihtara ilişkin hüküm şu şekilde yer almaktadır: "Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer." (m.117) Yine bu maddeden anlaşıldığına göre temerrüdün gerçekleşmesi borcun muaccel olma anına değil ilke olarak ihtarın yapılmasına bağlanmaktadır.<sup>143</sup> İhtarın borç muaccel olduktan sonra yapılmış olması kanunun lafzından anlaşılmaktadır. İhtar, alacaklının alacağını elde etmesi gayesine matuf borçluya yaptığı ifa çağrısı olup hüküm doğurmaya başladığı an temerrüt anı olarak değerlendirilir.<sup>144</sup> Şu var ki ihtarı düzenleyen hüküm emredici nitelikte değildir. Tarafların ihtarı bir şart olmaktan çıkarmaları sözleşmeden doğan borçlarda mümkündür. Bunun yanında açıkça belirlene ifa günü, ifa günü belirleme yetkisinin açıkça taraflardan birine verilmesi, ihtarın somut şartlarda gereksiz olması ve borcun haksız fiilden

<sup>140</sup> Karaman, **Ana Hatlarıyla İslam Hukuku**, c.3, s.226.

<sup>141</sup> Halit Çalış," Borçlar Hukuku", **İslam Hukuku El Kitabı**, Grafiker yay, Ankara 2015, s.441

<sup>142</sup> Kahveci, **Mukayeseli İslam Borçlar Hukuku**, s.265

<sup>143</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1093,

<sup>144</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.287

doğması gibi durumlarda istisnaen ihtara gerek olmadığı kabul edilmektedir.<sup>145</sup>

Doktrinde ihtarın temerrüde düşürme amacıyla yapılmasının şart olmadığı, ya da alacaklı tarafından yapılan ifa çağrısının temerrüde sebep olacağını önceden bilinip bilinmediğinin önem taşımadığı bu yönleriyle de söz konusu ihtarın hukuki bir işlem değil, hukuki işlem benzeri olduğu savunulmaktadır.<sup>146</sup> Kastedilen alacaklının içeriği önemli olmaksızın borca ilişkin bütün beyanlarının temerrüde düşürecek şekilde ihtar sayılacağı olmayıp, ifayı içeren beyanların yer aldığı taleplerin ihtar niteliği taşıyabileceği hususudur.<sup>147</sup> İhtar, karşı tarafa muacceliyet ve ifa vurgusu ile bildirildiğinde gerekli ve yeterli hukuksal karşılığını bulmuş olur.<sup>148</sup> Ayrıca ihtara konu edilen ifa talebi ile borç arasında uygunluk aranır. Sözelimi borç miktarından az olan ifa talepleri talep edildiği kadar temerrüde sebebiyet verirken, borç miktarını aşan talepler borç miktarının tamamının temerrüdünü sonuç verir.<sup>149</sup>

### 2.1.2.2.İhtarın Geremediği Haller

Konusu para veya benzeri zimmete taalluk eden bir borç ilişkisinde alacaklının talebinden evvel ödeme zorunluluğunun bulunmadığı genellikle kabul edilir. Hatta belirli bir mal olması halinde dahi kural olarak derhal iade gerekmemektedir. Ancak sahibinin rızası dışında elde bulundurulan bir mal söz konusu ise yahut belirli bir sürenin sonunda teslimi gerekli olan bir malın mevcudiyeti mevzubahis ise bu durumlarda ifanın talebe bağlı olarak gerçekleştirilmesi söz konusu değildir. Sözelimi ariyet sözleşmesi kapsamında elde bulundurulan malın iş görüldükten sonra sahibine iadesi için talep beklemeye ihtiyaç yoktur.<sup>150</sup> Yine İslam hukukunda alacaklının talebi beklenmeden derhal ifası gereken borçlarda zamanla borçlu ölüm veya unutmaya gibi bir sebepten ötürü borcu yerine getiremezse borcun kaynağına bakılır. Borç gasp gibi bir sebepten ortaya çıkmışsa borçlu günahkar olur. Buna karşılık karz veya satım sözleşmesi gibi bir hukuki sebepten

<sup>145</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.661-663

<sup>146</sup> Ali Naim İnan, Özge Yücel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yay, Ankara 2014, s.36, Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.288, Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1094, Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.252,

<sup>147</sup>Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1094.

<sup>148</sup> İnan, Yücel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.619

<sup>149</sup>Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.288

<sup>150</sup> Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, c.2, s.542.

kaynaklanmışsa borçlu günahkâr olmamakla birlikte her iki ihtimalde de iade ile yükümlüdür.<sup>151</sup>

Alacağın talep edilmesinin borçluyu temerrüde düşürmesi açısından şart oluşuna ilişkin İslam Hukuku'nda bir diğer çarpıcı örnek de şudur: Kişinin kendi mülkiyetinde inşa ettiği bir duvarın umuma açık ve herkesçe kullanılan bir yola meyletmek suretiyle yıkılma tehlikesi barındırması durumunda, herhangi bir yıkım talebi olmadan yıkılması ve mal ve can kaybına sebep olacak düzeyde bir zarar meydana getirmesi halinde aksi görüşte olanların varlığı ile birlikte tazmin sorumluluğunun ortaya çıkmayacağı savunulmuştur. Buna karşılık herhangi bir kimseden yıkım talebi yapılmış olmasına rağmen duvar yıkılmayıp daha sonradan herhangi bir zarar meydana getirmişse tazminatın gerekeceği kabul edilmiştir. Söz konusu duvar birinin veya birden fazla kişinin özel mülkiyet yahut müşterek mülkiyetine doğru yıkılma tehlikesi barındırmışsa bu durumda talep hakkı söz konusu maliklere aittir.<sup>152</sup>

Türk Borçlar Kanunu “Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer.” (m.117/1) şeklindeki hükmüyle borçlu temerrüdü için ihtarı şart kıldıktan sonra ihtara gerek bulunmayan halleri ikinci fıkrada düzenlemiştir.

■ *Borcun ifa edileceği gün birlikte belirlenmiş ise ihtara gerek yoktur.* Bu düzenleme kaynağını Roma Hukuku'nda “Dies Interpellat Pro Homine” şeklinde ifade edilen ve “*tarih insan yerine ihtar eder*” anlamına gelen esastan alır. Borçlunun kesin bir tarih belirlenmiş olması ihtimalinde ihtara lüzum bulunmadan ifayı gerçekleştirmesi gerektiği gibi, vadenin kesin bir tarih dışında borçlunun net bir şekilde hesaplayabileceği türden bir tarih olarak kararlaştırıldığı hallerde de aynı sonuçlar doğar. İfa zamana yayılmış ve belirli bir süre boyunca ifa şart koşulmuş ise söz konusu sürenin son gününde dahi ifa gerçekleşmezse temerrüt gerçekleşecektir. Sözelimi “1 Ocak 2013 günü”, “2018 Mayıs ayı içinde”, “20 gün içinde” veya “sözleşmenin imzalanmasından on gün içinde” gibi vadeler öngörülmüşse sürenin sonuncu gününde borcun ifa edilmemesi halinde temerrüt ihtara gerek görülmeden gerçekleşir. Taraflarca kararlaştırılmayıp da kanun tarafından belirlenen vade söz konusu ise, tartışmalı olmakla birlikte temerrüdün gerçekleşmesi için ihtarın şart koşulması gerektiği kabul edilmektedir. Kısaca temerrüt ihtarı, genel olarak kanun hükümleri çerçevesinde herhangi bir

<sup>151</sup>Zeynüddin b. İbrâhîm İbn-ü Nüceym, **el-Eşbah ve'n-Nezair**, Darü'lKütüb'İlmiyye, Beyrut, 2016, c.1 s.303.

<sup>152</sup>İbnüKudame, **el-Muğni**, c.9, s.571-573

vadeye bağlanmayan ve buna bağlı olarak da derhal muaccel olan borçlarda gerekli olmaktadır.<sup>153</sup>

■ *Sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse ihtara gerek yoktur.* Buna göre sözleşme esnasında taraflar ifanın gerçekleştirileceği günü bir ihbarda bulunmak suretiyle karşı tarafa bildirme hakkını iki taraftan birine bırakmış olabilirler. Bu ihtimalde söz konusu sözleşmeye dayanan hak kendisine verilen taraf, diğer tarafa ifa gününü bildirmekle temerrüdün, ayrıca bir ihtara gerek kalmaksızın gerçekleşmesine sebep olur.<sup>154</sup> Bazı kaynaklarda “ihtarın yerini tutan durumlar”<sup>155</sup> başlığıyla kastedilen haller esasen genellikle kullanılan “ihtarın gerekli olmadığı haller” ile aynıdır.

■ *Haksız fiilden doğan borçlarda fiilin işlendiği tarih aynı zaman temerrüde düşülen tarihtir.* Bu halde de ihtara gerek yoktur. Haksız fiilden zarar görenlerin korunmasının amaçlandığı bu durumda da ihtara gerek duyulmadığı hususu eskiden uygulamada yer almakta iken 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nda açıkça hüküm altına alınmıştır.(m.117/2)<sup>156</sup>

■ *Sebepsiz zenginleşme durumunda da zenginleşmenin gerçekleştiği tarih temerrüde düşülmüş olur.* İhtar şart değildir. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu durumlarda bu kuralın uygulanmadığını da söylemek gerekir.<sup>157</sup>

Kanun metninde açıkça yazılmamış olmakla beraber ihtar yapmanın dürüstlük kuralı bağlamında beklenmeyeceği hallerde de ihtara gerek kalmadan temerrüdün gerçekleşeceği de kabul edilmektedir. Örneğin, borçlunun ifa zamanını her zaman bilmek zorunda olduğu haller böyledir. Bunun yanında borcunu ifa etmeyeceğini açıkça beyan eden borçluya da ihtar gerekli değildir. Tarafların ihtar yapılmayacağını sözleşmede kararlaştırmış olmaları durumunun yanı sıra bir malı gasp veya hırsızlık gibi hukuka aykırı bir sebeple elinde bulunduran birine yahut borçlunun yapılan ihtarın kendisine ulaşmasını engelleyici birtakım davranışlarda bulunması durumlarında ihtarın faydasız olacağı açıktır. Tüm bunlar dürüstlük esasına dayanmaktadır.<sup>158</sup>

<sup>153</sup>Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.290, Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1096

<sup>154</sup> Kayıhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.292

<sup>155</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.661

<sup>156</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.663, Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.253

<sup>157</sup> Kayıhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.306, Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.253

<sup>158</sup>Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.290, Bilgili, Demirkapı, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.165, Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.253

### 2.1.2.3.Şekil

Genellikle kabul edildiğine göre ihtar herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Borç ilişkisinin şekle bağlı bir hukuki işlem olması bu hususta bir fark meydana getirmez. Hemen belirtelim ki Ticaret Kanunu'nda konu ile ilgili özel bir düzenleme mevcuttur. Buna göre, TTK 18/3 uyarınca tacirler tarafından yapılan sözleşmelerde temerrüt ihtarının noter, iadeli taahhütlü mektup, telgraf veya güvenli elektronik imza yoluyla gerçekleştirilmesi şarttır. Baskın kanaate göre de bu şekiller, geçerlilik şekli olarak kabul edilmektedir.<sup>159</sup>

İhtar ile amaçlanan durumun borçludan ifayı gerçekleştirmesini istemek ve ifayı kabule hazır olduğunu bildirmek olduğuna göre borçluya açılan dava veya başlatılan icra takibi kapsamında tebliğ edilen ödeme emri de ihtar olarak kabul edilir. Böylece ihtarın herhangi bir şekle bağlı olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Yazılı veya sözlü olarak yapılmasında herhangi bir sakınca yoktur.<sup>160</sup> Aynı zamanda iharda herhangi bir ispat şeklinin de aramadığı kabul edilmekte, bu durum ihtarın hukuki işlem olmaktan ziyade “hukuki işlem benzeri” bir irade açıklaması olduğu yönündeki kabule bağlanmaktadır.<sup>161</sup>

İhtarın borçluya yapılmış olması, başka bir deyişle alacaklının alacağını talep etmesinin şart oluşunda, buna bağlı olarak yapılması gereken ihtarın herhangi bir şekle bağlı olmadığı konusunda tartışma yoktur. İhtar şekle bağlı olmadığı gibi hesap özeti, fatura vb araçlar da ihtar yerine geçmeyecektir.<sup>162</sup>

### 2.1.3.İfanın Mümkün Olması

Temerrüde sebep olacak bir ifanın yerine getirilebilir olması başka bir ifadeyle mümkün olması şarttır. İfa imkansızlığı olarak da bilinen hallerde temerrüt söz konusu olmayıp bu imkansızlığın sözleşme esnasında ortaya çıkması durumunda akit batıl olacak ve bu halde artık ifa imkanının halen devam edebileceği, yani sonraki imkansızlığın bulunmayışı ele alınacaktır.<sup>163</sup>

Alıcı tarafından teslim alınmadan henüz satıcıda iken veya ikisinin kararıyla üçüncü bir kişide iken telef olan mal ile ilgili artık alıcı tarafından ifa talebinde bulunulamayacağından temerrüt söz konusu olmaz. Meydana

<sup>159</sup>Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.289, Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1095, Havutçu, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazimini**, s.27

<sup>160</sup>Kayihan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.305

<sup>161</sup>Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.659

<sup>162</sup>Bilgili, Demirkapı, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.165

<sup>163</sup>Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s.105

gelen telef doğal afet ile veya satıcının kusuru ile gerçekleşmişse borç düşer, ödenmişse iade alınır. Alıcının kusuru söz konusu ise bu halde bedel borcu aynen devam eder. Bir üçüncü kişinin kusuru ile telef durumunda ise alıcının seçimlik yetkisi vardır. Ya sözleşmeyi feshedip bedel ödemez, ödemişse iade talebinde bulunur, ya da sözleşmeyi devam ettirip üçüncü kişiden zararını tazmin eder.<sup>164</sup>

İfa imkansızlığının temerrüdün de ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde gerçekleşmesi İslam Hukuku'nda birçok sözleşme açısından ayrı ayrı ele alınmıştır. Kira sözleşmesi kapsamında bir kimsenin malını taşıırken vasıtanın(söz gelimi yük hayvanının ölümü veya hastalanması) sürekli veya geçici olarak hizmet gücünü yitirmesi durumunda ifa talebi ortadan kalkar. Aynı şekilde gidilen yolun ulaşma kapanması ihtimalinde de temerrütten söz edilemez. Bu ihtimalde her iki taraf da fesih hakkına sahip olur. Yine sütanne ile yapılan sözleşmede süt verme gücünü kaybedecek derecede hasta olan annenin temerrüde düşmesi söz konusu değildir. Tüm bu örneklerde temerrüdün gerçekleşmesi söz konusu olmayıp akdin feshinin yanı sıra meydana gelen zararın hakkaniyet ölçüsünde tazmini yoluna gidilmesi söz konusudur.<sup>165</sup>

İslam hukukunda “borçlunun ifaya kadir olması” şeklindeki başlığı da biz burada değerlendireceğiz. Zira ifanın mümkün olması ilk etapta borcun konusuna ilişkin açıklamaları düşündürse de borçlunun ifaya muktedir olup olmadığı da temerrüt açısından özellik arz etmektedir.

Borcun konusu belli bir meblağı ödeme şeklinde ise ödemenin gerçekleşebileceği kadar maddi imkânın mevcudiyeti, kişisel edim borcu niteliğinde bir işi yapmaktan ibaret ise bu halde de yeterli beden sağlığına sahip olmak gerekir. Dolayısıyla ödeme zamanı geldiğinde hiçbir ödeme gücü bulunmayan bir kimse açısından ödemeye zorlamadan söz edilemeyeceği gibi borçlu temerrüdü de gündeme gelmeyecektir.<sup>166</sup> Nitekim Kuran-ı Kerim'de “borçlu darda ise eli genişleyinceye kadar ona mühlet verin. Bilmiş olsanız borcu bağışlamanız sizin için daha hayırlıdır.”<sup>167</sup> buyrulmaktadır. İslam hukuk literatürü bakımından bu ayetin açık beyanı bağlamında birçok İslam bilgini borcu ödemeye gücü yetmeyen kimseden ifanın talep edilmesini “haram” olarak nitelemişlerdir.<sup>168</sup>

<sup>164</sup> Bilmen, **Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu**, c.6, s.53.

<sup>165</sup> Bilmen, **Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu**, c.6, s.202,211, İbnKudame, **el-Muğni**, c.4, s.29-30.

<sup>166</sup> Atar, **İslam İcra ve İflas Hukuku**, s.65.

<sup>167</sup> el-Bakara 2/280.

<sup>168</sup> Kahveci, **Mukayeseli İslam Borçlar Hukuku**, s.264

Borçlar Kanunu'nda açıkça yer almamış olmakla birlikte Doktrinde hakkında görüş birliği bulunan şartlardan biri de ifanın imkansız olmamasıdır. Objektif imkansızlığın temerrüde engel olacağı oybirliği ile kabul edilirken subjektif ifa imkansızlığının temerrüde engel olup olmayacağı hususu tartışmalıdır.<sup>169</sup> Bu halde dahi temerrüdün gerçekleşeceği kabul edilmekle beraber,<sup>170</sup> temerrüdün sadece objektif ifa imkansızlığının bulunduğu durumlarda oluşabileceği genellikle savunulmaktadır.<sup>171</sup>

Borçlunun mütemerrit kılınabilmesinin yolu ifanın imkan dahilinde olmasıdır. Bir başka ifadeyle borçlu tarafından vadesinde ödenmemiş olmasına rağmen halen mümkün olmasıdır. Hatta mümkün ifa, temerrüdün en sade tarifinde yer aldığından doğal şart olmaktadır. <sup>172</sup>Mütemerrit duruma düşmeden önce ifanın herhangi bir sebeple imkansız hale gelmesi halinde temerrütten söz edilemez. Aksi durumda temerrüt sonrası imkansız hale gelen bir borçtan söz ediliyorsa, bu halde de temerrüt hükümlerinin uygulanmasına herhangi bir mani yoktur. Burada önemli olan bir diğer nokta da borcun imkansızlığının başladığı anın temerrüdün sona erdiği an olduğu ve buna bağlı olarak imkansızlık hükümlerinin uygulanması gerektiği gerçeğidir.<sup>173</sup>

İfanın imkan dahilinde olup olmaması tatbik edilecek hükümleri de belirleyeceği için özel bir öneme sahiptir. Borcun imkan dahilinde olmamasının zamanı da uygulanacak hükümleri değiştirir. Şöyle ki; muaccel olmadan önce imkansız hale gelen borca ilişkin temerrüt hükümlerinin uygulanması söz konusu değildir. Borçlu temerrüde düştükten sonra borç imkansızlaşırsa bu ana kadar geçen süre için temerrüt hükümleri uygulanacaktır. Borcun imkansız hale geldiği andan itibaren imkansızlık hükümleri uygulama alanı bulacaktır. <sup>174</sup> Eklemek gerekir ki edimin mümkün olup olmadığı hususunda taraflar arasında meydana gelen uyuşmazlıkta aynen ifayı talep eden alacaklı tarafın ifanın halen mümkün olduğu hususunu da ispat yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilir.<sup>175</sup>

---

<sup>169</sup> Yıldız, "Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları", s.68

<sup>170</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1526

<sup>171</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1092

<sup>172</sup> Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1977, , c.2 s.240, Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.299, Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1092, Oğuzman,Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.284, Havutçu, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini**, s.24,

<sup>173</sup> Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.299

<sup>174</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.292

<sup>175</sup> Kemal Dayınlarlı, **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 2008, s.62



### 2.1.4. Alacaklı Tarafın İfayı Kabule Hazır Bulunması

Alacaklı temerrüdü olarak bilinen alacaklının borçlu veya onun yetkili temsilcisi tarafından yapılan edimi kabul etmede yahut edimi kabul noktasında kendisine düşen hazırlık faaliyetlerini gerçekleştirmede üzerine düşeni yapmaması durumunda borçlu temerrüdü oluşmaz. Şu halde alacaklı tarafın ifayı kabule hazır bulunması şarttır.<sup>176</sup>Hemen belirlenmelidir ki bu şart ifa için alacaklının katılımının gerektiği durumlarda ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; borçlunun kusursuzluğunu sağlayan olayın ortadan kalktığını bilen veya bilmesi gereken alacaklının ifayı kabule hazır olduğunu bildirecek bir ihtar ihtiyacı vardır.<sup>177</sup>

Alacaklının seçim muhayyerliği bulunan durumlara kısaca değinmekte fayda vardır. İslam hukukunda en fazla üç maldan birinin alacaklı tarafından seçilme hakkının bulunduğu ve Ebu Hanife'ye göre üç günü geçmemesi gereken, Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise belli olmak şartıyla bu süreyi de aşması mümkün olabilen satım şeklinde anılan seçim hakkının alacaklı tarafından kullanılmaması ihtimalinde diğer tüm temerrüt şartları gerçekleşse bile borçlunun temerrüdü gerçekleşmeyecektir.<sup>178</sup> Söz gelimi bir terzi ile yapılan sözleşme kapsamında alacaklının kumaşı teslim etmemesi temerrüde engeldir. Ecir-i has (belli zamanda belli bir işi yapması için tutulan işçi) taraflarca belirlenen zamanda kendi üzerine düşeni yapmaya hazır iken, alacaklı taraf ondan herhangi bir talepte bulunmazsa veya söz konusu işin ifası için gerekli hazırlıkları (örneğin malzeme temini gibi) yerine getirmezse borç ifa edilmiş kabul edileceği için temerrüt iddiasında bulunulması da söz konusu değildir.<sup>179</sup>

Borç ilişkisinde alacaklı tarafa düşen herhangi bir hazırlık faaliyeti ve benzeri bir yükümlülük varsa bunları alacağın ifasından önceki bir zamanda tamamlaması şarttır. Aksi halde borçlunun borcunu geciktirmiş olması temerrüde sebep olmaz.<sup>180</sup> Esasen bu durum Borçlar Hukuku'nda temel ilke mahiyetindeki bir kimsenin kendi üzerine düşen edimi yerine getirmediği karşı taraftan edimini yerine getirmesini bekleyemeyeceği ilkesinin bir uzantısı olarak da kabul edilebilir.

<sup>176</sup>Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku**, c.1, s.911-912.

<sup>177</sup> Yıldız, “**Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları**”, s.56

<sup>178</sup>Ebu'lHasen Ali b. EbiBekr b. Abdilcelil el-Ferğani el- Merğinani, (ö.593/1197), **el-Hidaye şerhu Bidayeti'l Mübtedi, el-Mektebetü'l İslamiyye**, ty, c.3, s.31.

<sup>179</sup> Abdullah b. Mahmud b. MevdudMevsili, (ö.683/1284) **El-İhtiyar LiTa'lili'l Muhtar**, el-Matbaatü't-Teavüniyye, Ofset basım (Modern Prodüksiyon Basımevi,1981), c.2, s.154.

<sup>180</sup>Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku**, c.1, s.365

Borçlar Kanunu'nda ayrıca belirtilmemiş olsa da alacaklının edimi kabule hazır olması tartışmasız bir şarttır. Tarafların kararlaştırdığı vade geçmiş olsa bile alacaklı mütemerrit durumda ise borçlu temerrüdü meydana gelmez. Yine aranılacak borçlarda alacaklının gerekli ihtarı yaptıktan sonra alacağını almaya gelmemesi halinde kendisi temerrüde düşeceği için borçlu taraf temerrüde düşmüş olmaz.<sup>181</sup> Buna karşılık verilecek olan şey, alacaklıya veya onun yetkili temsilcisine arz edilmesi mümkün olmayan bir şey ise yahut borçlunun kusuru dışında alacaklının şahsında herhangi bir şekilde bir tereddüt meydana gelmişse borçlunun temerrütten kurtulmasının yolu söz konusu şeyi tevdi etmesidir. Aksi halde anılan vadenin geçmesi temerrüt sonucunu doğuracaktır.<sup>182</sup> Alacaklının edimin ifasını kabulde hazır olması gereğinin yanında borçlunun da ifadan kaçınma hakkı mevcut olmamalı, bir başka ifadeyle borçlunun borcunu ifa etmemesi genel hükümlere göre borca aykırı bir davranış olarak kabul edilmeye uygun olmalıdır.<sup>183</sup> Özetle borçlunun temerrüde düşmüş olup olmadığının tespiti, alacaklının da mütemerrit durumda olup olmadığının tespiti ile netleşecektir.<sup>184</sup>

### 2.1.5. Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi

Asıl borç ilişkisini sonlandıran tüm sebeplerin borçlu temerrüdünü de sona erdirdiği genellikle kabul edilmektedir. İfa, takas, ibra, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi veya diğer herhangi bir sebeple borcun sona ermesi halinde, borçlu temerrüdü de bu andan itibaren ortadan kalkacaktır. Yine borcun kısmen sona erdiği hallerde temerrüt açısından da sonuç kısmidir.<sup>185</sup> İstisnaen borçlunun kısmen ifayı gerçekleştirme yetkisinin bulunduğu ve alacaklının da bu ifayı kabule mecbur olduğu haller sözleşmeden, edimin niteliğinden, dürüstlük kuralından veya kanundan kaynaklanabilir. Sözgelimi sözleşmede borçluya kısmi ifa yetkisinin verilmesi mümkündür.<sup>186</sup>

Temerrüt halindeki borçlunun borcunun sona ermesinin normal, beklenen ve ümit edilen en doğal şekli, hukuki anlamda geçerli kabul edilebilecek bir *ifadır*.<sup>187</sup> Borcun ifa edilmesi, borçluya yükümlülük olan edimi gereği gibi yerine getirmesi ile gerçekleşerek borcu sona erdirir ve

<sup>181</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.293, Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1097

<sup>182</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.293.

<sup>183</sup> Kemaledin Birsen, **Borçlar Hukuku Dersleri**, İÜ yayınları Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1967, s.497, Bilgili, Demirkapı, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.165.

<sup>184</sup> Yıldız, "Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları", s.59

<sup>185</sup> Haluk Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, Vedat yay, İstanbul 2010, s.481

<sup>186</sup> Yıldız, "Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları", s.266

<sup>187</sup> İrfan Baştuğ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstiklal Matbaası, İzmir 1977, s.263

borçluyu yükümlülükten kurtarır.<sup>188</sup> İslam Hukuku'na göre, mesela bir çocuktan(sabî) gasp yoluyla elde edilen şeyin çocuğa iade edilmesi, bahse konu çocuğun alıp-verme konusunda yeterli olmaması halinde ifa olarak kabul edilmemektedir. Yine kısıtlı çocuk (kasır), deli veya sefeh gibi nedenlerle hakkında kısıtlılık kararı alınmış olanlara yapılan ifalar da keza geçerli değildir.<sup>189</sup> Alacaklının mefkud (gaib) olduğu durumlarda da borçlu tarafından alacaklının nafaka borçlusu olduğu kişilere yapılan ifa da bu hususta herhangi bir mahkeme kararı bulunmaması halinde geçerli olmamaktadır.<sup>190</sup> Ariyet sözleşmesinde ise ariyet alan tarafın sözleşmeye konu şeyi ariyet veren tarafın aile fertlerinden birine de teslim etse ifa geçerli kabul edilir. Hatta sözgelimi sözleşmenin konusunun hayvan olması halinde söz konusu hayvanın ariyet verene ait ahıra konulması ifa olarak kabul edilmektedir.<sup>191</sup>

İfa, iki temel neticeye yöneliktir; bir taraftan alacaklıyı borç ilişkisi çerçevesinde hak ettiği edim alacağına ulaştırırken, diğer taraftan borçlu tarafın yükümlülüğünü de ortadan kaldırarak borcu sona erdirir.<sup>192</sup> Hukuki bir işlemin veya bizzat kanunun kaynaklık ettiği bir borcun konusu olan verme yapma ve yapmama edimlerini borç ilişkisine uygun şekilde borçlu yahut üçüncü bir kişinin önceden taahhüt ettikleri şekliyle yerine getirmelerine ifa adı verilmektedir.<sup>193</sup> Bu kapsamlı ifa tanımından hareketle borcun sona ermesi açısından Türk Hukuku'nda da durum, İslam Hukuku'na nazaran değişiklik arz etmez. Borçlu temerrüde düştükten sonra borcunu ifa ederse borçla birlikte temerrüt de sona erer. Hatta borçlu taraf edimi ifa ederken yaşanan gecikme yüzünden tazminat tutarıyla birlikte alacaklıya ifayı arz ederse alacaklı bu ifayı kabul etmek zorundadır.<sup>194</sup> Borçlunun borcunu ifa etmesiyle son bulan temerrüt haline rağmen kural olarak, temerrüdün sona erdiği ana kadar meydana gelen zararlar(gecikme faizi, geçmiş günler faizi vb.) alacaklı tarafından talep edilebilecektir.<sup>195</sup>

Usulüne uygun olarak yapılan bir *ifa teklifi* de temerrüdü sona erdiren bir diğer haldir. Böyle bir ifayı alacaklının kabulden kaçınması kendi temerrüdünü doğuracağı için borçlu temerrüt halinden kurtulacaktır. İslam Hukuku'nda alacaklının kendisine usulüne uygun olarak yapılan ifa teklifini reddetme hakkı bulunmamaktadır. Ya kabulü veya borçluyu ibra etmesi talep

<sup>188</sup>Bovay, *Temerrüdün Esası*, s.786.

<sup>189</sup> Yaran, *İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi*, s.110

<sup>190</sup>Merğınani, *el-Hidaye*, c.2, s.181

<sup>191</sup>Mevsili, *El-İhtiyar LiTa'lili'l Muhtar*, c.3, s.58

<sup>192</sup> Rona Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, Filiz yay, İstanbul 2009, s.7

<sup>193</sup>Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, s.7, Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.758

<sup>194</sup>Oğuzman, Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.294

<sup>195</sup> Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.300

edilir. Her ikisini de kabul etmeyen alacaklı artık borçludan alacağını talep etme hakkınsa sahip değildir. Çünkü bu ihtimalde hakim borçludan borç miktarının tamamını teslim alır ve böylece temerrüt hali son bularak borçlu borcundan kurtulur. Hakimin borç miktarını teslim alması ifa olarak değerlendirilmekte ve ifanın reddedildiği tarih ile hakimin ifayı kabul ettiği tarih arasında durmuş kabul edilen borç için arada geçen süre açısından da temerrüdün son bulduğu kabul edilmektedir.<sup>196</sup> Belirli bir malın teslimini konu alan borçlarda sözelimi gasp yoluyla elde edilen bir malda, borçlunun ifaya katılması gerekli olmayıp bu halde dahi borca konu şeyin teslimi(alacaklının yanına bırakılması) alacaklı tarafından kabul edilmek zorundadır. Alacaklı kabul etmese bile bu şekildeki bir teslimde de borçlu borçtan kurtulabilecektir. Borçlunun ifaya katılmasının zorunlu kabul edildiği durumlara ilişkin alacaklı tarafından gerçekleştirilen ifanın reddi yönündeki davranış biçimi borçlu temerrüdünün sona ermesini engellemez.<sup>197</sup> Gereği gibi yerine getirilmeyen ifayı alacaklının reddetme hakkının bulunduğu tartışma yoktur. İslam hukukçuları borcun gereği gibi yerine getirilmesi üzerinde önemle durmuşlar ve bazı hukukçular tarafından borcun konusundan daha fazla veya daha iyi nitelikte olsa dahi alacaklının ifayı ret hakkının bulunduğunu savunmuşlardır.<sup>198</sup> Vadesi gelmiş olan borcun bir kısmının ifası şeklinde bilinen kısmi ifanın da alacaklı tarafça kabulünün zorunlu olmayacağı kabul edilmektedir.<sup>199</sup> Türk Hukuku açısından gecikme faizi vb kalemleri de içine alarak gerçekleştirilen usulüne uygun ifa teklifi temerrüdü sona erdirecektir.<sup>200</sup> Usulüne uygun şekilde yapılan ifa teklifinin alacaklı tarafından reddedilmesi halinde söz konusu reddin haklı bir sebebe dayanıp dayanmaması da ayrıca önem arz eder. Alacaklı tarafın haklı bir sebebi olmadığı halde ifayı reddetmesi kendi temerrüdüne sebep olacağından borçlunun borcu sona ereceği gibi temerrüt hali de son bulur. Alacaklının ifayı reddetmesinde haklı bir sebebinin bulunması borçlunun usulüne uygun şekilde yaptığı ifa teklifinin temerrüdü sona erdireceği sonucunu değiştirmemekte, bu hal olsa olsa alacaklı temerrüdüne engel olmaktadır.<sup>201</sup>

***İfanın imkansızlaşması***, temerrüdün şartlarından biri olan ifanın mümkün olmasının uzantısı olarak ortaya çıkmakta ve temerrüdü sona erdiren sebepler arasında yer almaktadır. İfa mümkün olduğu müddetçe gecikme söz konusu olabileceği için herhangi bir sebeple imkansız hale geldiğinde borçlunun temerrüdü de doğal olarak sona erecektir. Satım sözleşmesinde satıma konu malın tesliminden evvel telef olması temerrütten sonraki bir

<sup>196</sup> Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s.111

<sup>197</sup> Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s.112

<sup>198</sup> Şirbini, **Muğni-l Muhtac**, c.2, s.115-116

<sup>199</sup> Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s.112

<sup>200</sup> Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.300

<sup>201</sup> Oğuzman, **Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 294

zamanda gerçekleşmişse temerrüt hali de sona erer. Yine belirli bir araç ile taşımayı konu alan kira sözleşmesinde taşıma aracının telef olması halinde de aynı durum geçerlidir. Temerrüdün sona erdiği an telefin meydana geldiği andır. Ancak şu var ki borcun geciktiği anları kapsayacak şekilde meydana gelen zararların talep hakkının saklı tutulması da bir zorunluluktur.<sup>202</sup>

İmkansızlık sözleşmenin doğduğu esnada gerçekleşebileceği gibi, sözleşme kurulduktan sonra da meydana gelebilir. İlk ihtimalde başlangıçtaki imkansızlık, ikinci ihtimalde ise sonraki imkansızlıktan söz edilir. Başlangıçtaki imkansızlığın sözleşmenin butlanı sonucunu doğuracağı, başka bir deyişle konusu imkansız bir sözleşmenin hukuk dünyasına hiçbir sonuç doğurmayacağı açıktır.<sup>203</sup> Sözleşme kurulduktan sonraki aşamada meydana gelen imkansızlıkta kusur ayırımı yapmak gerekir. Borçlunun söz konusu imkansızlıkta kusuru bulunmuyorsa kusursuz imkansızlık, aksi halde kusurlu imkansızlıktan söz edilir. İlkinde borç ve borç ilişkisi sona ermesine rağmen, ikinci ihtimalde borç sona ermez. Temerrüdün sona ermesi açısından değerlendirilen imkansızlık türü, kusursuz imkansızlık olup, bu ihtimalde borçlunun kusuru dışında gerçekleşen bir durum mevcuttur. Bu durum sözgelimi beklenmeyen hal veya mücbir sebep olabilir.<sup>204</sup> Özellikle borcun imkansız hale gelmesi gibi ifa dışında herhangi bir sebeple borcun sona ermesi halinde alacaklı ifadan vazgeçip tazminat talep ederse temerrüt de bu andan itibaren sona erecektir. Sözleşmeden dönme seçeneğinin kullanılması durumunda ise borç ilişkisinin baştan itibaren ortadan kalktığı kabul edilecek, diğer ihtimallerden farklı olarak temerrüdün o ana kadar doğmuş sonuçları da talep edilemeyecektir.<sup>205</sup> Daha önce belirtildiği üzere borçlunun temerrüdünde kusurlu ifa imkansızlığından farklı olarak, borcun ifa edilebilmesi halen mümkündür. Bu noktada borçlunun kusurlu olması temerrüt halinde aranan bir unsur olmadığı gibi şart da değildir.<sup>206</sup>

İleride temerrüde bağlanan sonuçlardan biri olarak da ayrıca ele alınacağı üzere alacaklı tarafından *ifadan vazgeçip tazminat talep etme veya sözleşmeden dönme hakkı* şeklinde tezahür eden seçimlik haklardan birini tercih etmesi durumu da temerrüdü sona erdiren sebepler arasındadır. Seçimlik hakka konu olan tazminat seçeneğinin kullanılması halinde borçlu bu tazminatı da geciktirirse bu durumda asıl borçtan kayıtsız ve bağımsız şekilde yeni bir temerrüt durumu ortaya çıkar. Zira tazminat hakkının kullanılması ile birlikte asıl borca ilişkin temerrüt sona ermiş ve adeta borç yenilenmiş gibidir.<sup>207</sup> Alacaklı tarafın tazminat talep etme seçeneğini

<sup>202</sup> Yaran, *İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi*, s.112

<sup>203</sup> Akıntürk, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri*, s.137

<sup>204</sup> Kahveci, *Mukayeseli İslam Borçlar Hukuku*, s.271

<sup>205</sup> Oğuzman, Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.194

<sup>206</sup> Bilgili, *Demirkapı, Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.164

<sup>207</sup> Yaran, *İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi*, s.112-113

kullanması halinde temerrüt de bu andan itibaren sona erecektir. Sözleşmeden dönme seçeneğinin kullanılması durumunda ise borç ilişkisinin baştan itibaren ortadan kalktığı kabul edilecek, diğer ihtimallerden farklı olarak temerrüdün o ana kadar doğmuş sonuçları da talep edilemeyecektir.<sup>208</sup>

Modern Hukuk anlamında takas olarak bilinen ancak karşılığı İslam hukuk literatüründe *mukâssa* olarak tanımlanan hukuki kavram, içeriği itibarıyla temerrüdü sona erdiren sebeplerden bir diğeridir.

En bilinen tarifıyla mukâssa, bir kimsede bulunan talep edilebilir alacağın yine aynı kişiye olan borca karşılık mahsuplaşma yöntemidir. Cins, vasıf, vade, kuvvet yönünden bir olan deyn borçlarında meydana gelen takasa cebri takas denir ve bu tip takasta sonraki borcun doğmasıyla birlikte takas meydana gelmiş olur. Anılan sıfatlardan birinin farklı olduğu takas türüne ise ihtiyari takas denmekte ve bu takas türünde takasın meydana geldiği an tarafların rızalarının belirginleştiği andır. Sözelimi miktar farklılığı söz konusu olduğunda az olan kısım diğer borçtan düşecektir.<sup>209</sup> Nafaka borcu ile ilgili olarak, kocasına borçlu olan kadının bu borcunu ondan olan nafaka alacağına takas etmesi için kocasının rızasına ihtiyaç vardır. Bu hususta Maliki mezhebi hukukçularının önemli bir kısmına göre bir kimsenin kendi borçlusundan mal satın alması halinde bu sözleşmeden kaynaklanan borç miktarı alacağı ile cins ve vasıf bakımından eşit ise alacaklının talebi halinde takasa hükmedilmelidir.<sup>210</sup> Karşılıklı şekilde yapılan iki farklı selem akdi kapsamında tarafların birbirlerine aynı kalite ve vasfa sahip, vadesi de aynı olmak üzere buğday borçlanmak suretiyle gerçekleştirdikleri takas caiz görülmemiştir.<sup>211</sup> Takasın karşılıklı olarak hem alacaklı tarafta hem de borçlu tarafta bulunan şahısların iki ayrı borçtan en azı lehine bir hesaplaşma yöntemine gitmeleri şeklinde de tafsili bir tanımı yapılmaktadır. Sadece karşılıklı edim doğuran borçlarda mümkün olabilen takasta arta kalan borcun ödenmesi şart olup, az olan borç tutarında borç sona ermiş ve buna bağlı olarak da temerrüt durumu da sonlanmış olur. Takasın bir alışveriş emniyeti sağlaması, tarafları birden fazla ifadan kurtarıp hukuki muameleyi basitleştirmesi, borç külfeti ve masrafları ortadan kaldırması yönlerinden faydaları mevcuttur. Takasa konu olan şeylerin cins ve vasıf bakımından bir olması gerekir ki aksi halde takasın mümkün olabilmesi karşılıklı rıza dahilinde mümkün olabilecektir. Ayrıca takasa konu borçların her ikisinin de

<sup>208</sup>Oğuzman, Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.194

<sup>209</sup> Muhammed b. Emin b. Ömer(ö.1252/1836) İbnü Abidin, *HaşiyetüReddi'l Muhtar*, İstanbul 1984, c.7, s.265-266, el-Attar,*Nazariyyetü'l Ecel Fi'l İltizam Fi'sseriatil-İslamiyyeVe'l-Kavanini'l-Arabiyye*, s.252,

<sup>210</sup> Yaran, *İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi*, s.113

<sup>211</sup> Muhammed b. Ahmed es-Serahsi, (ö.483/1090), *el-Mebcut*, İstanbul 1982-83, c.12, s.168

muaccel olması gerekir. Karşılıklı rıza ile bu son şart da esnetilebilir.<sup>212</sup> Türk Hukuku'nda da takasın başlıca dört şartı vardır. Bunlar müteakabiliyet(borçların karşılıklı olması), mümasalet(borçların benzer olması), muacceliyet(borçların vadesinin gelmiş olması) ve takas açıklamasında bulunmuş olmasıdır.<sup>213</sup> Son şart dışında mutlak şekilde İslam hukukuyla uyum gözlenmektedir. Tek taraflı bir hukuki işlem olup herhangi bir şekil şartına bağlanmayan takas beyanının yanında Türk Borçlar Kanunu'nun 144. maddesinde bazı alacakların takasa konu olabilmesi de karşı tarafın rızasına bağlanmıştır. Bu alacaklar; tevdi edilen bir şeyin geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar, haksız olarak alınmış veya hile ile alıkonulmuş eşyanın iadesine veya bedeline ilişkin alacaklar ve nafaka, iş ücreti gibi borçlu ve ailesinin bakımı için mutlak surette zorunlu bulunan özel niteliğe sahip olduğundan doğrudan alacaklıya verilmesi gereken alacaklar olarak belirlenmiştir.<sup>214</sup>

Sulh, tarafların karşılıklı rızalarıyla aralarındaki anlaşmazlığı ortadan kaldırmak üzere icap ve kabul ve beyanıyla gerçekleştirilen bir akit çeşididir.<sup>215</sup> İslam Hukuk Literatüründe birincil kaynak konumundaki Kuran-ı Kerim'de de "*sulh daha hayırlıdır*"<sup>216</sup> şeklindeki ayetin beyanı, ilgili tüm hukuki görüşlere ilham kaynağı niteliğindedir. Kaynağını Mecelle'de; karşılıklı rıza ile ihtilafı ortadan kaldıran bir akit olup, icap ve kabul ile mün'akit olur"<sup>217</sup> şeklinde ifade edilen *sulh sözleşmesi* de borcu ve buna bağlı olarak borçlu temerrüdünü de ortadan kaldıran bir sebeptir. Bir kimse başkasının zimmetindeki alacağının bir miktarı üzerine sulh olsa alacağının bir kısmını almış, kalanından borçluyu ibra etmiş olur.<sup>218</sup> Ka'b b. Malik adlı sahabe Abdullah b. Ebi Hadred'den alacağını talep edince aralarında yükselen sesler üzerine durumdan haber olan Hz. Peygamber (s.a.v) Kab b. Malik'ten alacağının yarısından vazgeçmesini istemiş, o da bunu kabul etmiş ve böylece Abdullah b. Ebi Hadred borcun yarısını ödeyerek borcu sona erdirmiştir.<sup>219</sup> İslam hukukçuları bu hadiste geçen durumun kazai bir nitelik taşımadığı ancak bir sulhe davet niteliğinde olduğu konusunda fikir birliği içindedirler. Öte yandan Mecelle'de sulhün muaccel bir alacağın ertelenmesi yönünde de mümkün olabileceği konusunda; bir kimse muaccel olan alacağını tehir etmek

<sup>212</sup> Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, c.2, s.551-552

<sup>213</sup> Kayıhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.379

<sup>214</sup> Kayıhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.380

<sup>215</sup> Fahrettin Atar, "Sulh", **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınevi, İstanbul 2009, c.37, s.481 vd.

<sup>216</sup>en-Nisa, 4/128.

<sup>217</sup>**Mecelle**, m. 1531.

<sup>218</sup>**Mecelle**, m.1552.

<sup>219</sup> Ebu AbdillanMuhammed b. İsmail el-Buhari(ö.256/870), **Sahih'u-l Buhari**, Nşr. Mustafa Dîb el-Buğa, Beyrut/1990, "*Sulh*", 10.

üzere sulh yapsa muacceliyet hakkını ıskat etmiş(düşürmüş) olur ”<sup>220</sup> şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Bu halde yeniden belirlenen vade tarihi gelmedikçe talep hakkı söz konusu olmaz. Taksitlendirmenin söz konusu olduğu durumlarda ise taksitlerden birinin ödenmemesi halinde diğer taksitlerin de muaccel olacağı konusunda bir anlaşma varsa, bu anlaşma gereği borcun tamamı muaccel hale gelir.<sup>221</sup> Borcun sulh yoluyla sona erdirilmesinde alacaklı ve borçlu tarafların herhangi bir mağduriyet yaşamamalarına ayrıca önem vermek gerekir.<sup>222</sup> Özellikle alacağının belli bir kısmından vazgeçen alacaklıya mali açıdan mağduriyet yaşatılmaması gerekir.<sup>223</sup>

Türk Borçlar Kanunu’nda ayrıca düzenlenmeyen sulh sözleşmesi Borçlar hukukunun genel ilkelerinden biri olan akit serbestisi çerçevesinde yapılabilmektedir. Bu sözleşme unsurları kanunda düzenlenmediği için sui generis (nevi şahsına münhasır) bir sözleşme olup, hukukun birçok dalında uygulama alanı bulmaktadır. Genellikle kabul edildiği üzere sulh sözleşmesi için mevcut bir hukuki ilişkinin varlığı, uyuşmazlık veya tereddüdün bulunması ve son olarak karşılıklı fedakarlıklarda bulunulması gibi unsurlar aranmaktadır. <sup>224</sup> Türk Hukuku’nda sulh sözleşmesine benzer nitelikte ikale anlaşması, ibra sözleşmesi, davadan feragat, davayı kabul gibi kurumlar mevcut ise de unsurları bakımından farklılıklar mevcuttur.

Sözlükte “arındırmak, aklamak, temize çıkarmak, yükümlülükten kurtarmak ” gibi anlamlarda kullanılan **ibra**, aynı kökten türeyip gerek ibra gibi bir hukuki işlem sonucu gerekse başka bir sebepten dolayı ulaşılan suçsuzluk borçsuzluk veya yükümlülükten kurtarma gibi durumlar için kullanılan beraet kavramıyla yakından ilişki içindedir. Yine evli olanların karşılıklı olarak tüm hak ve borçlarından feragat etmeleri anlamında kullanılan “mübaree” de bu köktendir. Fıkhi anlamda ise, başkasının zimmetinde veya nezdinde bulunan bir hakkın veya alacağın herhangi bir karşılık beklemeksizin bu hak veya alacaktan vazgeçilmesi şeklinde anlaşılmaktadır. Borç ilişkisini sona erdirmesi bakımından ibra, uyuşmazlığı dava konusu olmaktan da çıkarmaktadır. Bu münasebetle ibra eden tarafa “mübri”, ibranın karşı tarafına “mübre”, ibra işleminin konusuna da “mübreün minhü” denilmektedir.<sup>225</sup>

<sup>220</sup>Mecelle, m. 1553.

<sup>221</sup> Muhammed b. Ali Haskefi, (ö.1088/1677) **ed-Dürrü’l Muhtar**, İstanbul 1984, c.4, s.533.

<sup>222</sup> Mustafa Kelebek, **İslam Borçlar Hukuku ve Ebu Yusuf’un Öncelikleri**, Ensar yayınları, İstanbul 2014, s.278

<sup>223</sup> Kahveci, **Mukayeseli İslam Borçlar Hukuku**, s.272

<sup>224</sup><https://bugrapalabiyik.com/wp-content/uploads/2017/05/Sulh-Sözleşmesi.pdf> (18.01.2019)

<sup>225</sup> H. Yunus Apaydın, “İbra”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınevi, İstanbul 2000, c.21, s.263 vd.



İbra-i iskat ve ibra-i istifa diye ikiye ayrılan ibra kurumu da başlı başına borcu ve buna bağlı olarak borçlu temerrüdünü sona erdiren sebepler arasında kabul edilmiştir. Borcu son a erdiren sebep olarak kastedilen ibradan maksat ibra-i iskattir ki, bu tür ibrada; alacaklı başka birinde bulunan alacağından tamamen vazgeçmek veya bir miktar indirim yapmak suretiyle onu borçtan arındırır. İbra-i istifa ise, alacaklının alacağını tahsil ettiğini beyan konusundaki itirafı veya ikrarıdır.<sup>226</sup> İbra işleminin hukuki anlamda geçerli kabul edilebilmesi için karşı tarafın(borçlunun) kabulüne ihtiyaç duyulmaz. Ancak borçlunun itiraz etmemesi gerekir. Aynı mecliste bulunmaları durumunda ibrayı kabul etmeyen borçlu ibrayı geçersiz kılar ve borç aynen devam eder.<sup>227</sup>Bu yönüyle ibra tek taraflı bir hukuki işlem olarak kabul edilir.<sup>228</sup> İslam Hukuku'nda boşanması gerçekleşmemiş olmasına rağmen kocasını nafaka vb gibi konularda ibra eden kadının durumu türünden henüz doğmamış borcun ibrası geçersizdir ve bu halde kadının nafaka talep hakkı baki kalır. Alacaklı tarafın borçluyu borcun bir kısmı için ibra ederken geri kalan kısmın belli bir vadede ödenmesini ibranın şartı olarak belirlemesi aksi halde ibra edilen kısmın da aynen borç olarak devam edeceğini belirtmesi geçerli kabul edilmiştir. <sup>229</sup> İsviçre Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olmasına rağmen onun tercümesi niteliğindeki818 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yasal düzeyde düzenlenmemiş olsa da 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 132. Maddesinde açıkça düzenlenen ibra sözleşmesi gerek eski kanun döneminde gerekse yeni kanun döneminde Türk Hukuku'nda sıklıkla karşılaşıldığı gibi uygulanmasının önüne geçilememiştir. <sup>230</sup> Genellikle kabul edilen tanıma göre Türk Hukuku'nda ibra, borcun doğmasından sonraki bir zamanda, tarafların ayrıca bir sözleşme yapmak suretiyle borcun konusunu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaları anlamına gelmektedir. İslam Hukuku'nun aksine ibra bir sözleşme olup tek taraflı bir hukuki işlem değildir. Bu yüzden, ibra sözleşmesinde borçlunun muvafakati aranır.<sup>231</sup> Bir borç ilişkisinde alacaklının vazgeçme hakkı borçlunun muvafakatine bağlandığı için borcun sona ermesi için mutlaka bir ibra sözleşmesi yapılmalıdır. <sup>232</sup> İbranın şekli konusunda yapılan ibra işleminin akitte değişiklik yaptığını düşünen bazı hukukçular, ibraya sebep olan hukuki işlemle aynı şekle tabi olması gerektiğini savunmuşlardır. Buna karşılık ibranın değişiklik anlamına gelmeyeceğini savunan hukukçular ibranın herhangi bir şekil şartına bağlanmaması gerektiğini kabul etmişlerdir. Şekil şartı aransa dahi, bu şartın alacaklının beyanı açısından yeterli kabul edilecek ve borçlunun kabulü bu şekle bağlanmayacaktır. Borçlunun zimni kabulü de geçerli kabul edilmekte, ancak

<sup>226</sup> Mecelle, m. 1536, Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s.114-115

<sup>227</sup> Mecelle, m.1568.

<sup>228</sup> Kahveci, **Mukayeseli İslam Borçlar Hukuku**, s.267

<sup>229</sup> Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s.115.

<sup>230</sup> Kahveci, **Mukayeseli İslam Borçlar Hukuku**, s.267

<sup>231</sup> Akıntürk, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri**, s.129

<sup>232</sup> Kahveci, **Mukayeseli İslam Borçlar Hukuku**, s.267

borçlunun susmasının kabul olarak değerlendirilmesi en azından ibrayı öğrenmiş olmasına bağlıdır.<sup>233</sup> Her sözleşmede olduğu gibi ibra sözleşmesinde de öneri, kabul ve bunlar arasındaki uygunluk şarttır. İcap ve kabul açık veya örtülü olabilecektir.<sup>234</sup> Söz gelimi alacaklı kısmi ifayı kabulü gerçekleştirirken borçlunun yanında borç senedini yırtıp atarsa kalan kısmın ifası gerçekleşmediği halde, ibranın örtülü gerçekleştiği kabul edilir.<sup>235</sup> İbra sözleşmesi aynı zamanda bir tasarruf işlemi niteliğinde olduğu için alacaklının tasarruf yetkisinin bulunması son derece önemli olmaktadır. Örneğin, müflis alacaklı veya ehliyeti bulunmayan alacaklı ibra sözleşmesi yapamaz.<sup>236</sup> Kısmi ibra gerçekleştirilmişse alacaklı tarafın borcun ibra sözleşmesinin kapsamı dışında kalan kısmının ifasını talep etmesi mümkündür.<sup>237</sup> Yine tasarruf işlemi olmasının uzantısı olarak ibra, geçerli bir hukuki sebebe dayanmak zorundadır. İbra ile birlikte asıl borca bağlı olarak faiz, rehin, cezai şart gibi yan yükümlülükler de sona erer.<sup>238</sup> Aynı haklar ve yenilik doğuran haklarda hak sahibinin genel kuralın aksine tek taraflı irade beyanıyla vazgeçme yönündeki iradesinin geçerli bir ibra sonucunu doğuracağını da belirtmekle yetinelim.<sup>239</sup>

Son olarak borcu ve buna bağlı olarak borçlu temerrüdünü sona erdiren sebeplerden biri de ***alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı şahısta birleşmesidir.*** Bir kimse bir borcun hem alacaklısı hem borçlusu olamayacağından borç sona erer. Söz gelimi alacaklılık ve borçluluk herhangi bir miras ilişkisinin uzantısı olarak ortaya çıkarsa, daha açık ifadeyle borçlu alacaklısına mirasçı olursa bahse konu alacak, miras kapsamında intikal edeceği için borç sona ereceği gibi borçlu da temerrütten kurtulmuş olur.<sup>240</sup> Alacaklının ölüp tüm malvarlığının veya bir kısmının borçlusuna kaldığı durumlarda, kiracının kira sözleşmesi kapsamında oturduğu eve miras ya da bağışlama yoluyla sahip olduğu durumda,<sup>241</sup> kiracının kiraladığı malı satın alması gibi durumlarda alacaklı ve borçlu sıfatı aynı kişide birleşmekte ve borç sona ermektedir.<sup>242</sup> Alacaklı ve borçlu sıfatının aynı şahısta birleşmesinin kabulü külli halefiyet veya cüzi halefiyet yoluyla gerçekleşir. Külli halefiyette alacaklı veya borçlu taraf diğer tarafa mirasçı olmakta ve borç ile beraber borç ilişkisi bu şekilde

<sup>233</sup>Öğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.417

<sup>234</sup> Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.400-401

<sup>235</sup> Kayıhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.370

<sup>236</sup> Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.401

<sup>237</sup> Kayıhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.371

<sup>238</sup> Bilgili, Demirkapı, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.186

<sup>239</sup> Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.325

<sup>240</sup> Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s.117

<sup>241</sup>**Mecelle**, m. 442, 668, Ali Haydar Efendi, **Dureru'lHukkamŞerhuMecelleti'lAhkam**, Beyrut 2003, c.3, s.317.

<sup>242</sup>İbnüKudame, **el-Muğni**, c.6, s.47

sona ermektedir.<sup>243</sup> Cüzi halefiyet ise kira sözleşmesi örneğinde kiracının kira kapsamında elinde bulundurduğu şeye satın alma yoluyla sahip olması şeklinde ortaya çıkar. Alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı şahısta birleştiğinin kabul edilebilmesinin bir başka şartı da alacağın bizzat kendisinin bütünüyle borçluya geçmesi gerekli olup, alacak üzerindeki herhangi bir hakkın borçluya geçmesi ile bu sıfatlarının borçluda birleştiği iddia edilemez.<sup>244</sup> Türk Hukuku'nda da borcu erdiren sebeplerden biri olarak kabul edilen birleşme, borçla birlikte ferî'lerini (faiz, kefalet, rehin vb.) de sona erdirir. Alacak hakkı ve borç bir kimsenin malvarlığında değil de ilgili bulunduğu ayrı malvarlıklarında beraber bulunursa bu durumda birleşmeden söz edilemez. Sözgelimi alacaklı ölür, borçlu ile birlikte başka mirasçılar da alacaklıya mirasçı konumunda bulunurlarsa, alacak hakkı iştirak halinde bütün pay sahiplerinin sahip olduğu terekede yer aldığından, dolayısıyla borçlunun malvarlığına alacak hakkından ziyade tereke üzerinde bir hak dahil olacağından alacaklı ve borçlu sıfatları borçluda birleşmez. Buna karşılık, söz gelimi alacaklı ve borçlunun evlenip mal ortaklığı rejimini kabul ettikleri durumlarda iki sıfat birleşmiş olur ve borç da sona erer.<sup>245</sup> Alacaklı ve borçlu sıfatları aynı kişide birleşse bile üçüncü kişiler açısından herhangi bir olumsuz durum meydana gelmez. Mesela birleşmeye konu alacak üzerinde herhangi bir rehin veya intifa hakkının kurulduğu durumlarda, bu haklar birleşmeden sonra da kullanılabilir. Örneğin intifa hakkı kurulmuşsa bu hakkın sahibi faiz talep hakkına sahip iken, rehin hakkı sahibi de rehin kapsamında sahip olduğu hak ve yetkileri kullanmaya devam eder.<sup>246</sup> Özellikle bir kimsenin borçlu veya alacaklı olduğu işletmeyi satın alması şeklinde cüzi halefiyet yoluyla gerçekleşen birleşmelerin sonradan ortadan kalkması durumunda (işletmeyi devralmaktan vazgeçme) alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı tarafta birleşmesiyle sona eren borç yeniden doğar ve buna bağlı yükümlülükler de yeniden oluşur.<sup>247</sup> Türk Borçlar Kanunu'nun 135/III. maddesinde ipotekli borç senedi ya da irad senedinde temin edilen alacağın yahut kıymetli evraka bağlı alacağın borçlu tarafından iktisabının alacağı sona erdirmeyeceği ve bu durumun birleşmenin borcu sona erdirmeye özelliğinin bir istisnası olarak ortaya çıktığını belirtmektedir. Bu belgelerin kredi kolaylığı sağlayıcı belgeler olduğu bu hususta etkilidir. Söz gelimi alacaklı bu belgeleri devrederek ödünç sağlayabilir. Borçlu ve alacaklı sıfatlarının anılan yolla birleşmesinin gerçekleşmesi geçici bir nitelik gösterdiğinden borç sona ermez. Bu aşamada

<sup>243</sup> Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, c.2, s.561

<sup>244</sup> Kahveci, **Mukayeseli İslam Borçlar Hukuku**, s.270

<sup>245</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.425

<sup>246</sup> Kayıhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.373

<sup>247</sup> Kayıhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.373-374

zamanaşımı da durur. Bir başka istisnai durum da alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesinin geçmişe yönelik hüküm doğurmasıdır.<sup>248</sup>

## 2.2. BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI

### 2.2.1. Genel Sonuçlar

Genel olarak borçlu temerrüdünün borçlu açısından yol açtığı başlıca iki sonuç; gecikme tazminatının ödenmesi ve temerrütten sonraki bir zamanda meydana gelen zararlardan sorumluluk şeklindedir. Gerek tazminatın gerekse gecikmiş ifanın istenmesinde, ifa talebinin bir özelliği yoktur. Alacaklının ifa talebi temerrüde bağlanan bir sonuç olmayıp muaccel olan bütün alacakların doğal sonucudur.<sup>249</sup> Gerçekten Türk Borçlar Kanunu konu ile ilgili; “temerrüde düşen borçlu temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararları gidermekle yükümlüdür.”(m.118) şeklindeki ifadeyle temerrüdün genel sonuçlarına işaret etmiş bulunmaktadır.

Borçlu temerrüdünün para borçları açısından ve karşılık edim içeren sözleşmeler açısından sonuçları birbirinden farklı ve daha ayrıntılıdır.<sup>250</sup> Öncelikle tüm borçlar açısından meydana gelen sonuçlara değinmek gerekir. Bu vesileyle belirtmek gerekir ki, yukarıda belirlenen iki sonuç dışında Borçlar Kanunu borçlu temerrüdüne başka sonuçlar bağlanmamıştır. Sözgelimi alacaklı tarafından genel olarak temerrüt sebebiyle sözleşmeden dönme hakkının veya ifadan vazgeçip tazminat talep etme hakkının kullanılması söz konusu değildir. Zira bu imkanlar, genel olarak değil yalnızca karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından borçlu temerrüdü gerçekleşirse mevcut olabilmektedir.<sup>251</sup> İslam Hukuku'nda belirtilen tasnife fıkıh kitaplarında rastlanmamakla birlikte, borçlunun borcunu geciktirmesine bağlı olarak doğacak sonuçlara genel olarak işaret edilmiş ve tartışılmıştır.

Modern Hukukta borçlu temerrüdüne bağlanan sonuçlar genellikle kabul edildiği şekliyle her türlü borç açısından doğurduğu sonuçlar kastedilerek “Genel Sonuçlar” başlığıyla; karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler kastedilerek de “Özel Sonuçlar” olarak incelenmektedir.<sup>252</sup>

---

<sup>248</sup> Bilgili, Demirkapı, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.188

<sup>249</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.372-373

<sup>250</sup> Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s. 117

<sup>251</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.373

<sup>252</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1099

### 2.2.1.1.Gecikme Tazminatı

Arapça (d m n) kökünden türetilen tazminat kavramı, daha çok damân veya tadmîn(tazmîn) sözcükleriyle kullanılmaktadır. Mecelle’de “bir şeyin misliyattan ise mislini, kıyemiyattan ise kıymetini vermektir”<sup>253</sup> şeklinde ifade edilmiştir. Kuran’da sözleşmenin yerine getirilmesi (el-Bakara 2/177; el-Maide 5/1), başkalarının mallarına zarar verilmemesi (el-Bakara 2/188), yapılan haksızlıklara karşı bir cezanın takdir edilmesi(el-Bakara 2/194) gibi konular önemle işlenir. Hz. Peygamber de borç ve edimlerin ifası, kişilere veya mallara verilen zararların misliyle veya bedeliyle karşılanması konusunda titizce durmuş ve bu hususta “zarar verme ve zarara zararlar karşılık verme yoktur”<sup>254</sup>, “kazanç sorumluluğa göredir”<sup>255</sup>, “kişi aldığı geri verinceye kadar ondan sorumludur”<sup>256</sup> gibi ilke mahiyetinde hadisleri nakledilmiştir.

Genel olarak İslam Hukuku’nda özellikle tedvin faaliyeti ile birlikte daman sözcüğü, “şahsi ve mali kefalet, borcun nakli, bir borç veya ifayı üstlenme, beden veya mala verilen zararın karşılanması, zilyetlik veya akitten doğan mali sorumluluk” gibi anlamlarıyla kullanılmıştır. Tüm farklı tarif ve kullanımlar ile birlikte “kişinin zimmetinin ödenmesi gereken bir borçla yüklü olması” şeklinde bir daman tanımı yapılabilir.<sup>257</sup> İslam Hukuku’nda tazminata konu olan malın müstakil varlığı ve dini-hukuksal açıdan değer taşıması şarttır. Sözelimi domuz, şarap gibi mallar dini açıdan herhangi bir değer taşımadığından, tazminata da konu olmaz. Maldan elde edilen menfaatin tazminata konu olup olamayacağı hususu da tartışılmıştır. Özensiz kullanım sonucu malı zarara uğratan kiracının, keza kiraladığı elbiseyi yırtan kullanıcının verdikleri zarar müstakil ve söz konusu mallar hukuken değer taşıyan mallar olduğundan tazmin edilmelidir.<sup>258</sup>

Türk Hukuku’nda tazminat, zarar gören(mağdur) tarafa, gördüğü zararın karşılanması ve bunun ondan giderilmesini amaçlayan şey veya miktarı karşılamaktadır.<sup>259</sup> Bir başka ifadeyle alacaklının borcun geciktirilmesinden kaynaklanan zararı gecikme zararı, bu zararın giderilmesi amacıyla borçlunun ödediği tazminat meblağına da gecikme tazminatı adı verilmektedir.<sup>260</sup> İki türlü incelenen tazminat aynen ve nakden tazminat şeklinde ayrılır. Aynen tazmin, tazmini gerektiren fiil oluşmadan önceki hali

<sup>253</sup>Mecelle, m. 416.

<sup>254</sup>İbnMace,*Ahkam*, 17

<sup>255</sup>İbnMace, *Ticaret*, 43

<sup>256</sup> Ebu Davud, *Büyu*, 90

<sup>257</sup> Hamza Aktan, “Daman”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınevi, İstanbul 1993, c.8, s.450

<sup>258</sup> Karaman, **Anahatlarıyla İslam Hukuku**, c.3 s.168

<sup>259</sup>Tekinay, **Borçlar Hukuku**, s.469.

<sup>260</sup> Eren **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1102

yeniden gerçekleştirilmeyi hedefler. Yanan otomobilin yerine aynısının temini, yıkılan duvarın eskisi gibi imarı, kırılan camın aynısının yerine takılması gibi örnekler aynen tazmin örnekleridir. Zararın meydana geldiği malda oluşan iktisadi anlamdaki kaybın para ile giderilmesini hedefleyen nakden tazmine ise yakılan bir makine veya elbisenin yerine bedellerinin para olarak karşılanması örnek gösterilebilir. Özetle malvarlığı ilk ihtimalde hem içerik hem bedel noktasında, ikinci ihtimalde ise yalnızca bedel ile ilgili zarar meydana gelmeden önceki haline döndürülmüş olmaktadır.<sup>261</sup>

Borçlar Kanunu'nda temerrüde düşen borçlunun temerrüde düşmekte kusuru bulunmadığını ispat etmediği sürece borcun gecikmiş şekilde ifa edilmesinden kaynaklanan zararlarını alacaklı lehine karşılamak zorunda olduğu açıkça belirtilmiştir.(m.118) Gerek ifa ile birlikte gerekse ifadan ayrı bir dava ve talep konusu yapılabileceği kabul edilmektedir. Bu talep ifanın temerrütten sonra gerçekleştirildiği durumlarda dahi yapılabilmektedir. Burada tazmini söz konusu olan zarar müspet zarar şeklinde adlandırılmakta ve alacaklının malvarlığının temerrütten önce ifa gerçekleşseydi göstereceği durum ile geciktirilmiş olan ifa neticesinde arz edeceği durum arasındaki farka karşılık gelmektedir. Bu kapsamda gecikme tazminatına sebep olan bazı zarar kalemleri şöyledir: Borçlunun bir makineyi teslimde gecikmesi sonucu alacaklının başka birinden kiraladığı makinenin kira tutarı, alacaklının kiralamak zorunda kaldığı depo masrafı, geciken borçlu yüzünden alacaklının ödemek durumunda kaldığı tazminat kalemleri, alacaklının malı başkasına satmak amacıyla aldığı ihtimalde gecikme yüzünden değeri düşen malın düşük fiyatla satım bedeli arasındaki fark, kira geliri sağlayan malın geç tesliminde temerrüt sürelerinin kira bedelleri, mahrum kalınan kazanç gibi kalemler gecikme tazminatı kapsamında talep edilebilir.<sup>262</sup>

### 2.2.1.2.Kaza Halinde Oluşan Zarardan Sorumluluk

İslam Hukuku eserlerinde sözleşmenin yerine getirilmesini imkansız kılan mücbir sebepler için “semavi afetler” ifadesine rastlanmakta, bu ifadeden önceden fark edilmesi mümkün olmayan beklenmedik durumlar, meydana geldiğinde de kaçınılması imkansız olan olaylar kastedilmiştir. Kurt sürüsünün saldırısı, yangın, geminin batması, otoritenin emri veya çıkardığı kanun, yük taşıyan aracın kaza sonucu yok olması, kuraklık, susuzluk, bulaşıcı hastalıklar vb. durumlar “semavi afetler” e örnek gösterilebilir. Zararın meydana gelmesi anılan sebeplerden herhangi birinden kaynaklanmışsa borçlunun kusuru söz konusu olamayacağından sorumluluğundan da söz edilemez. Örneğin at kiralayan şahıs atı normal

<sup>261</sup>Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku**, c.1, s.149, Tekinay, **Borçlar Hukuku**, s.469

<sup>262</sup>Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.373-374

şekilde kullanırken beklenmedik bir halden ötürü at ölürse tazminat sorumluluğu gerekmeyecek, keza geminin batması örneğinde de gemi sahibi taşıdığı malların tazminat sorumluluğunu yüklenmeyecektir.<sup>263</sup> Doktrinde bir görüşe göre; “kazadan dolayı sorumluluk” kavramı, İslam Hukukçularının “daman” olarak tartıştıkları kavram ile aynıdır.<sup>264</sup> Sözgelimi “karz akdinde karz lehtarı açısından daman mümkün değildir. Ancak kendisine vacip olan bir şeye muhalefet ederse damin olur.”<sup>265</sup> şeklindeki açıklamadan da anlaşıldığına göre daman kavramı belirtilen anlamlarıyla kullanılmıştır.

Satım sözleşmesinde satıma konu malın mülkiyeti akdin kurulmasıyla birlikte alıcıya geçer ve satıcı taraf bu teslimden kaçınmaz. Ancak burada tartışılan konu teslimden önce ve sonra malın telef olması arasında herhangi bir farkın olup olmayacağıdır. Hanefi ve Şafii mezhebi fıkıhçıları, satıma konu mal, belirli bir şey olsa da teslimden önce zayi olursa hasar satıcı tarafa ait olur. Zira mal henüz bir nevi mülkiyet hakkının mevcudiyeti bakımından satıcıdadır. Bu ihtimalde alıcının bedel ödeme borcu sona erer. Ödemeyi gerçekleştirmişse de iade talep eder. Anlaşılan o ki temerrüt olmasa bile akit ile beraber mülkiyet alıcıya geçse dahi kaza sorumluluğu satıcıda kalmaya devam eder.<sup>266</sup> Mecelle’de bu durum şöyle ifade edilmiştir: “Mebi’ kable-l kabzbayi’in yedinde telef olsa, müşteri hakkında bir şey terettüp etmeyip zararı bayi’aaid olur.”<sup>267</sup>

Bazı İslam Hukukçuları satım sözleşmesine konu olan malın misli mal olmaması ihtimalinde sözleşmenin kurulmasıyla birlikte kazadan doğan sorumluluğun da alıcı tarafa geçeceğini savunmuşlar ve bu düşünceyle herhangi bir telef olma durumunda hasara alıcının katlanması gerektiğini öne sürmüşlerdir. Başka bazı Hukukçular da Türk Hukuku’nda incelenen parça borcu-nevi borcu ayırımına paralel şekilde görüş beyan etmişler, keyli (miktarı hacim ölçüsüyle belirlenen buğday gibi mallar) ve vezni (miktarı ağırlık ölçüsüyle belirlenen un gibi mallar) malların belirli olmak şartıyla akdin kurulmasıyla alıcının sorumluluğuna dahil olacağını, belirli olmamaları halinde ise satıcının sorumluluğunda kalmaya devam edeceğini savunmuşlardır.<sup>268</sup> İsbetli olan görüş, muayyen malların teslimini konu alan satım sözleşmelerinde akit ile birlikte mülkiyetin geçişini kabul eden ve aynı zamanda satıma konu malın teslimine hazır vaziyette bulunan satıcının varlığı halinde kaza sorumluluğunun da akit ile birlikte alıcıya geçtiği yönündeki

<sup>263</sup> Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, c.3 s.172

<sup>264</sup> Yaran, *İslam Hukuku’nda Borcun Gecikmesi*, s.118

<sup>265</sup> İbrâhîm b. Muhammed b. Ahmed el Beycuri, *ŞerhuAlametu’lİbnü’lKasımı’lGuzzi Ala Metni Şeyh EbiŞucca’*, Daru’lKutubu’lİlmiyye, 1971 Beyrut, c.2 s.41

<sup>266</sup> Şirbini, *Muğni-l Muhtac*, c.2, s.65-66

<sup>267</sup> *Mecelle*, m. 293

<sup>268</sup> Ebu’lVelid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed İbnüRüşd (595/1199), *Bidayet’ü-l Müctehid ve Nihayet’ü-l Muktesid*, İstanbul 1985, II/154-155

görüştür. Sorumluluğun satıcıda olduğu ihtimal onun teslimde temerrüde düştüğü ihtimal olmalıdır. Bu görüşün temeli belirli olan malın tesliminin gecikmesinde satıcının herhangi bir kusurunun bulunmadığına, belirli bir andan sonra malın artık satıcıda bulunmasının vedia kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin kabulüne dayanır. Bu kabul Mecelle’de “bir şeyin nef’i damanı mukabelesindedir” şeklinde ifade edilen kaidenin uzantısı olarak akdin kurulmasıyla birlikte malda meydana gelen artışın alıcıya ait olduğunun kabulü ile de zıtlasmaktadır. Söz konusu artış alıcıda ise hasar sorumluluğunun da yukarıda anılan durumların gerçekleşmesi halinde alıcıya geçmesi hakkaniyete daha uygun görünmektedir. Nitekim Hanbeli mezhebinde de, mülkiyetin nakli sonucunu doğuran bir sözleşmeden sonra sözleşmeye konu malın tesliminden kaçınılması durumunda haklı bir sebebe dayanmayan kişi malı gasbeden mesabesindedir. Böylece hasar sorumluluğu ondadır. Ancak kendisi teslim hazır olduğu halde malın teslim alınmaması ihtimalinde kendisi sorumluluk altında değildir. Sözleşmeye konu malın belirli olmaması hali bu kuraldan istisna edilmiştir.<sup>269</sup>

Vedia, ariyet ve icare gibi akitlerde mülkiyet sahibinin karşı tarafa teslim ettiği malın artık emanet hükmünde olduğunu kabule bağlı olarak haklı bir gerekçe olmadan malikin iadesini istediği malı iade etmeyen sözleşme lehtarları temerrüde düşmüş kabul edilirler ve bu andan itibaren söz konusu mal kendi kusurları olmadan telef olsa dahi hasar sorumluluğu satıcı tarafta değil kendilerinde olacaktır. Mislen veya bedelen tazmin etmeleri gerekecektir.<sup>270</sup> Ariyet sözleşmesinde de ariyete konu malı emanet olarak kabul edenler iadesi istenen ariyet konusu malı teslim etmeyi gasıb sayarlar. Mecelle de bu durumu “Muir, ariyeti talep ettikde, müsteirin hemen red ve teslimi lazım gelir. Ve bila özr tevkif veya tehir edip de ariyet telef ya zayi olsa yahut kıymetine noksan gelse zamin olur.”<sup>271</sup> şeklindeki beyanıyla teyit etmektedir. Yine kira sözleşmesine ilişkin olarak da Mecelle; “icarenin inkızasında me’cur, kemakan müste’cir yedinde vedia gibi emanet kalır. Binaenaleyh icare münkazi olduktan sonra müste’cir me’cur’u istimal edip de telef olsa zamin olur. Kezalik icarenin inkızasında âcir malını talep edip de müste’cir vermeyip, imsak ettikten sonra ol mal telef olsa zamân lazım gelir.”<sup>272</sup> Bu hükümden de anlaşıldığı üzere kira sözleşmesinin süresi sona erince kiracı kiraya konu malı teslimle mükelleftir. İade veya teslim talebine rağmen kiracının teslimden kaçınması halinde kendisi açısından temerrüt gerçekleşir ve kendisinde o ana kadar emanet olarak bulunan mal kiracının kusuru dışında olsa dahi helak olursa kiracı tazminat borcu altında

<sup>269</sup> Yaran, **İslam Hukuku’nda Borcun Gecikmesi**, s.119

<sup>270</sup> Merğınani, **el-Hidaye**, c.3, s.215, İbnüKudame, **el-Muğni**, c.7, s.289.

<sup>271</sup> **Mecelle**, m. 825.

<sup>272</sup> **Mecelle**, m 606.



kalır.<sup>273</sup>Teslim görevinin kime ait olduğu konusunda tarafların serbestçe kararlaştırma yetkisinin bulunduğunu kabul etmek, böyle bir kararın taraflarca verilmediği ihtimallerde örf'e göre iadenin kime ait olması gerektiğinin tespit ve tayinini gerçekleştirmek bu belirlemeye göre de temerrüt durumunun meydana gelip gelmediğinin ve temerrüt oluşmuşsa ne zaman başlayacağını tespitini yapmak en doğru çözüm yolu olacaktır.<sup>274</sup>

Türk Hukuku'nda Borçlar Kanunu'nun da açıkça ifade ettiği üzere borçlu taraf kazara vukua gelecek zararlardan sorumlu tutulmaktadır. (m.119/1) Temerrüde düşen borçlu borca aykırı davranmasının beklenmedik sonuçlarından ve ifanın kendi kusuru olmadan imkansız hale gelmesinden sorumlu tutulacaktır. Bu vaziyet temerrütten itibaren hasar sorumluluğunun borçlu tarafa geçmesi şeklinde de anılmaktadır. Borçlunun sorumlu olduğu bu durumdan kurtulabilmesi de yine Borçlar Kanunu'nda gösterilmiştir.(m.119/2) Ya temerrüde düşmesine yol açan borca aykırı davranışta kusursuzluğunu ispat etmeli veya borca aykırı davranış ile meydana gelen zarar arasında uygun bir illiyet bağının kurulmadığını ispat etmelidir. Birinci durumun ispatında borçlunun kazanın edime uğramasında kusuru bulunmadığını anlatmaya çalışması değil, temerrüde düşmekteki kusursuzluğunu ispat etmesi aranır. Yoksa onun kazayı önleme bakımından yaptığı önleyici faaliyetler önemsizdir. İkinci noktanın ispatından anlaşılması gereken ise; borçlunun temerrüde düşmeden önce borcunu ifa etmesi ihtimalinde dahi sonradan meydana gelen zararın borcun konusuna yine de isabet edecek olmasıdır. Burada edimi imkansızlaştıran şeyin olağanüstü hal veya mücbir sebep kapsamında değerlendirilecek bir durumdan kaynaklanması doğacak sonuçlar bakımından herhangi bir fark oluşturmaz. Aynı düşünceyle borçlunun kusur araştırması da yapılmaz. Hatta önceden sözleşmede borçlunun hafif kusurlardan sorumlu tutulmayacağı yönündeki kayıt da önem taşımaz. Buna karşılık borçlunun temerrüde düşmesinde kusuru bulunmazsa sorumluluğu da doğmaz. Aynı durum olağanüstü hal veya mücbir sebebin edimin imkansızlaşmasında değil de borçlunun temerrüde düşmesinde etkili olduğu hallerde de geçerlidir.<sup>275</sup>

Borçlu temerrüt halindeyken meydana gelen ve malın telef olmasına sebep olan kaza ile, gerektiği gibi ifa yapılsaydı dahi alacaklıda bulunan mala yine de isabet edeceği öngörülen kazanın aynı kazalar olması gerekip gerekmediği hususu tartışmalıdır. Somutlaştırmak gerekirse; sözgelimi borçlu malı teslim etmeyip temerrüde düştükten sonra çıkan yangında mal telef olup

<sup>273</sup>İbnüKudame, **el-Muğni**, c. 4, s.367, Bilmen, **Hukuk-ı İslamiye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu**, c.6, s.228.

<sup>274</sup> Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s.121

<sup>275</sup>Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.377, Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1105

da, gereği gibi ifa ile mal artık alacaklı nezdinde bulunduktan sonra yine aynı yangının alacaklının evini de yakıp söz konusu mala da isabet edeceği hususu ispat edilirse sorumluluk borçlu lehine ortadan kalkacaktır. Buna karşılık alacaklı nezdinde bulunan malın yangında değil de sonradan çıkan su baskınında yanacağını ve malın yine de telef olacağını ispatı borçlu açısından sorumluluğu kaldırmaz.<sup>276</sup> Borçlar Kanunu; “beklenmedik hal sebebiyle doğacak zararlardan” (m.119/1) şeklindeki lafızla umulmayan halleri, beklenmeyen durumları veya zarar verici olay ya da durumları, temerrüde düşen borçlunun sorumluluğu açısından zikretmiştir. Burada sözü geçen zarar edime ilişkin zarardır ki bu zarar, ya edimi tamamen yok edici rol oynar, ya da edimin nitelik veya değer bakımından kaybına yol açar. Meydana gelen bu zararların başka sebeplerden kaynaklandığını, harici sebeplerin kendi sorumsuzluğunu gerektirdiğini öne süren borçlu dinlenmez. Zira onun kusuru da bu noktada önemsizdir. Edimin imkansız hale gelmesinde borçlunun kusuru sorumluluğu açısından değerlendirmeye alınmaz. Tabii tüm bu açıklamalar borç ilişkisinin konusunun parça borcu olduğu durumlar için geçerli olup, cins(nevi) borçları açısından herhangi bir imkansızlıktan söz edilemez. Çünkü bu hususta ilke mahiyetinde “genus non perit” şeklinde “nevi telef olmaz” kuralı caridir.<sup>277</sup>

“Kurtuluş beyyinesi” olarak bilinen ve borçluya sorumluluktan kurtulma imkanı getiren haller yine kanunda açıkça gösterilmiştir.(TBK m.119/2) Bunlardan biri olağanüstü hal durumudur. Bir tanıma göre olağanüstü hal, “borçlunun kusuru olmaksızın meydana gelen sözleşme yapılırken görülemeyen ve borca aykırı davranışa kaçınılmaz bir şekilde sebep olan olay”ı ifade eder. Bu halin mütemerrit borçluyu sorumluluktan kurtarabilmesi için sözleşme yapıldığı esnada görülemez, fark edilemez düzeyde olması gerekir.<sup>278</sup>

Mücbir sebep ise, (force majeure) “dış kuvvetlerin sonucu olan borçlunun işletmesiyle bağlantılı bulunmayan, önceden görülemeyen kaçınılmaz ve mutlak bir şekilde objektif olarak borcun ifasını engelleyen yani borca aykırı davranışa sebep olan olaydır.”<sup>279</sup> Bu tanımdan hareketle her mücbir sebebin aynı zamanda bir olağanüstü hal teşkil ettiğini ama aksinin her zaman söylenemeyeceğini kabul etmek gerekir. Mücbir sebepte meydana gelen olayın nitelik ve şiddet bakımından olağanüstü hale nazaran daha objektif ve mutlak bir durumu karşıladığı görülür. Örnek vermek gerekirse, borçlunun kusuru olmaksızın fabrikada çıkan yangın, kazan patlaması, su

<sup>276</sup>Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.377

<sup>277</sup> Kayıhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.309

<sup>278</sup>Kayıhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.309

<sup>279</sup> Kayıhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.309-310.

borularının patlaması sonucu su baskını gibi durumlar olağanüstü hal olarak kabul edilirken; yıldırım düşmesi, deprem, şiddetli fırtına, savaş, grev, ithal yasağı gibi durumlar da mücbir sebep olarak nitelendirilebilir.<sup>280</sup>

“*Beklenmedik hal*” başlığıyla incelenen ve borca aykırı davranışın genel sonuçları bağlamında ele alınan bu kavram ile kastedilen esas itibariyle hem olağanüstü haller hem de mücbir sebeplerdir. Temerrüdün meydana gelmesinden sonraki bir zamana denk gelen olayın ister mücbir sebepten isterse olağanüstü halden kaynaklansın borçlunun sorumluluğu açısından herhangi bir fark oluşturacağı kabul edilmektedir. Sözgelimi temerrütten sonra eser sözleşmesinin diğer tarafı olan terzinin felç olması örneğinde sorumluluğun devam edeceği açıktır. Bu durum ifayı da gecikme tazminatını da engellemez.<sup>281</sup> Borçlar Hukuku’nda genel kural olan “kusur sorumluluğu” ilkesinden yasa koyucu borçlunun temerrüdüne ilişkin olarak ayrılmış ve kusursuz sorumluluk hallerinde dahi doğacak zararlardan mütemerrit borçlunun sorumlu olacağını düzenlemiştir.(TBK m.119/1) Yabancı para üzerinden gerçekleştirilen bir satım sözleşmesinde vade tarihi ile ödemenin fiilen gerçekleştirildiği gün arasında paranın değerinde meydana gelen iktisadi değer azalması sebebiyle alacaklının uğradığı zarar mütemerrit borçlu tarafından anılan düşünceyle karşılanmalıdır. Temerrütten sonraki bir zamanda meydana gelen mücbir sebep ile olağanüstü halde dahi sorumluluğun devam edeceği kuralına şu iki istisnanın getirildiği ve sorumluluğun borçlu açısından son bulacağını görmekteyiz:

- Borçlunun temerrüde düşmede hiçbir kusuru olmadığını ispatı,
- Borcun zamanında ifası ihtimalinde dahi, meydana gelen kazanın alacaklıda bulunan mala yine de isabet edeceğinin ispatı.<sup>282</sup>

### 2.2.2.Para Borçlarında

Vadesi geldiği halde ödenmeyen borcun geciktirilmesinde alınan borca nispeten daha fazla bir ödemede bulunulması şeklindeki davranış biçimi İslam Hukuku’nun faiz yasağıyla karşılaşır. Bu yüzden öncelikle en temel kaynakların(Kuran ve sünnet) faize ilişkin görüşü ve İslam hukukçularının paraya dair kanaatlerine değinmek gerekir.<sup>283</sup> İslamiyet de kapitalizmdesine benzer anlayışla sermayenin potansiyel nemaya sahip olduğunu kabul etmekle beraber zekat ibadetinde malın artıcı (nami) vasfının bulunması gerektiği ile bu hususu kurumsallaştırmıştır. Kapitalizmden ayrılan yönü ise, sermayenin

<sup>280</sup> Kayıhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.310

<sup>281</sup> Bilgili, Demirkapı, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.169

<sup>282</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.418-419, Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.245, Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 927.

<sup>283</sup> Yaran, **İslam Hukuku’nda Borcun Gecikmesi**, s.179

borç olarak verilir verilmez ona faiz tahakkuk ettirme gerekliliği kabulünün aksine sermayeye tahakkuk ettirilen potansiyel nemanın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin önceden kestirilmesinin mümkün olmadığı, gerçekleşeceği kesin olarak bilinse bile tutarının ne olacağı belirsiz olması gibi kabullere dayanmasıdır. Zira henüz nema ortaya çıkmadan kesin hüküm koyarak kazancın tahakkuk ettirilmesi ödünç alanla veren arasında belirsiz ve adaletsiz bir bölüşüme sebep olmaktadır. Sözelimi kredi sözleşmesinde kar veya zarar oranlarının önceden belirsizliği karşısında, faiz oranlarının baştan itibaren net bir şekilde belirli olması, kredi kullanımından elde edilen neticenin taraflar arasında adil ve dengeli bölüşüm imkanını ortadan kaldırmakta ve hangi taraf olursa olsun bir tarafın zararını diğer tarafın karına bağlı olarak ortaya çıkarmaktadır. İslam dininde faiz yasağının sebebi esas itibariyle bu olmalıdır.<sup>284</sup> Kuran-ı Keim’de de “Eğer tövbe eder faizden vazgeçerseniz ana paranız sizindir. Böylece ne haksızlık etmiş olursunuz, ne de haksızlığa uğramış olursunuz.” şeklindeki ayet-i kerime ile faizin iki taraftan biri için haksızlığa sebep olacağı vurgusu yapılmıştır. Konu ile ilgili şu hadis de ticari nitelikli hukuki işlemlerde taraflar arasındaki hak ve borç noktasında dengenin korunmasını ortaya çıkan zararın paylaşılması gerektiğini emreder: Bir ağacın meyvesini satan kimse meyve henüz toplanmadan bir afete maruz kalırsa müşterisi olan kardeşinden parasını almasın; Müslüman kardeşinizin parasını neye karşılık alacaksınız ki?.”<sup>285</sup> Baştan belirlenen faizin türü önemsenmeksizin Kuran ve Sünnet tarafından topyekün yasaklanmaktadır. Bileşik veya basit faiz, anaparaya baştan eklendiği kararlaştırılan veya geciken borca tanınan yeni vadenin kararlaştırıldığı sırada belirlenen, kredinin üretim veya tüketim amacıyla yapılmasına binaen konulmuş olan, düşük veya yüksek miktarda olan, reel veya nominal, pozitif veya negatif türden olan, tarafları zengin, fakir, şahıs ya da kurum olan tüm faiz çeşitleri açısından faiz yasağı caridir.<sup>286</sup> Özellikle faiz oranının enflasyon oranının altında belirlendiği bir borç ilişkisinde sermaye miktarı ile faiz toplamının vadenin sonu geldiğinde, vadenin başındaki değerden daha az mal veya hizmet satın alacak düzeye düşmüşse bu durum negatif faiz olarak değerlendirilmekle birlikte yasak kapsamındadır. Esas itibariyle bir taraf için fazlalık şeklinde ortaya çıkan faiz bu taraf lehine pozitif bir değer ifade etse de karşı taraf açısından negatif bir değeri karşılar. İslami hukukunda iki taraftan herhangi biri lehine veya aleyhine dengeyi bozan muameleler faiz kapsamındadır ve yasaktır. Bir akit türü olmaları bakımından karz-ı hasen veya satım akdi gibi hukuki işlemlerde borcun gecikmesine bağlı

<sup>284</sup> İsmail Özsoy, “Faiz”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, TDV Yayınevi, İstanbul 1995, c.12, s.118.

<sup>285</sup>İbn Mace, *Ticaret*, 33.

<sup>286</sup> Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, c.2, s.224, Özsoy, “Faiz”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, c.12, s.119.

olarak ortaya çıkan enflasyon farkı miktarındaki kayıp negatif faiz olarak algılanmamalıdır. Böyle bir ihtimalde meydana gelen zararın karşılanması gerektiği konusunda görüş birliğinin bulunduğu söylenebilir. İslam dininin karşılıklı borç ilişkilerinde gözettiği adil, dengeli ve hakkaniyetli bölüşüm ilkesini etkin ve uygulanabilir hale getirecek birtakım önlemlerin alınması gerektiği gerçeği karşısında, özellikle paranın enflasyon artışına bağlı olarak kaybettiği değeri koruyucu politikaların geliştirilmesini, paradaki değer kaybı ve enflasyon farkını ortadan kaldırmaya dönük önleyici ve koruyucu tedbirlerin alınmasını faiz konusunun dışında tutmak ve tartışmak gerekir.<sup>287</sup>

Türk Hukuk sisteminde para borcu cins borcunun özel bir çeşidi olarak kabul edilirken diğer bir görüşe göre ise parça-cins borcu ayrımının dışında kalan üçüncü ve özgün bir “değer sağlama borcu” olarak kabul edilmektedir. Sözleşmelerde asli edim yükümlülüğü olarak ortaya çıkan para borcu haksız fiil tazminatının doğrudan konusunu teşkil eder. Temsil ettiği değer bakımından değil de bir mal olarak belirlendiği durumlarda para bir parça borcu haline gelir. Sözelimi bir zarf içinde emanete bırakılmış para esas itibarıyla miktar bakımından bir para borcu değil parça borcudur. Öte yandan kasadaki paranın vasiyet edilmiş olması ihtimalinde de parça borcu söz konusudur. Zira ölüm anında kasada para yoksa ifası gerekli bir para borcu da yoktur.<sup>288</sup>

Modern Hukukta İslam Hukuku'nun aksine bileşik faiz gibi istisnalar dışında yasal düzeyde faiz yasağı söz konusu olmayıp para borçlarında borçlu temerrüdünün iki özel sonucundan biri olarak ortaya çıkmaktadır. Temerrüt faizi ve bu faizi aşan (munzam) ek zararın karşılanması şeklinde ele alınmaktadır.<sup>289</sup>

### 2.2.2.1. Temerrüt Faiz Talebi

Hız Peygamber dönemine bakıldığında iki çeşit faiz(riba) talebi ile karşılaşmaktayız. O dönemde borçlu olan biri alacaklısına borcunu vadesinde ödeyemediğinde alacaklısı borcu ödemesi veya vade uzatıp arttırması konusunda tercih hakkı sunuyordu. Ribe-d-düyun, Ribe'l-cahiliyye, veya ribe'n-nesie gibi isimlerle İslam Hukuku kitaplarında yer bulan faiz türü budur. Bu tür faizin ayet<sup>290</sup> ve hadislerde<sup>291</sup> açıkça lanetlendiği görülmektedir. Diğer taraftan bir hadiste açıkça ismi belirtilen altın, gümüş, buğday, arpa, hurma ve tuz gibi maddelerin alışverişine kendi cinsleriyle değişimi halinde

<sup>287</sup> Özsoy, “Faiz”, TDV İslam Ansiklopedisi, c.12, s.119.

<sup>288</sup> Oğuzman, Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.223

<sup>289</sup> Yıldız, “Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları”, s.103

<sup>290</sup> *Kuran-ı Kerim*, Bakara, 2/275, 278.

<sup>291</sup> Buhari, “*Büyu*”, *Sahih'u-l Buhari*, 25, Müslim, *Müsakat*, 106, Ebu Davud, *Büyu*, 4.

hem miktar hem bedel eşitliği, farklı cinsle değişimi halinde ise yalnızca bedel eşitliği aramaktadır.<sup>292</sup> Azınlık bir görüş aksini iddia etse de İslam hukukçularının büyük çoğunluğu kıyas yoluyla sayılan altı tür malın hükmünün diğer mallara ilişkin olarak da geçerli olduğu görüşündedirler. Hükmün bu şekilde genişlemesi hükme esas teşkil eden ve yine ya ayet ve hadislerde açıkça belirtilen illet(hükmün konuluş gayesi) ortaklığından ya da fıkıh usulü esasları çerçevesinde tespit edilen illet bulgularının aynı olmasından kaynaklanır.<sup>293</sup>

Alacaklıya ait bir miktar anaparanın borçlu nezdinde kaldığı sürenin kararlaştırılan süreyi aştığı durumlarda aşılan süre kadar alacaklının uğradığı zararın tazmini şeklinde tanımlanan temerrüt faizine, geçmiş günler faizi de denilmektedir. Bu faizin talep edilebilmesi için alacaklı açısından zararının ispatı şart olmadığı gibi borçlu açısından kusursuzluk ispatının temerrüt faizi ödeme konusundaki sorumluluğuna bir etkisi de bulunmamaktadır. Temerrüde düşülen günü izleyen günden başlamak üzere işleyen temerrüt faizi ifanın gerçekleştiği güne kadar devam eder. Bu süre zarfında temerrüt faiz oranlarında meydana gelen değişiklikler kapsadıkları süreler açısından ayrı ayrı ele alınarak değerlendirilir.<sup>294</sup>

Temerrüt faizi hususunda ihtiyaç gereği Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu'na göre özel kanun niteliğinde olan 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizi Hakkında Kanun kabul edilmiştir. Bu kanunun da 4489 sayılı kanunla değiştirilmiş 2. maddesi, sözleşmede aksi belirtilmedikçe geçmiş günler için Kanun'un 1. maddesinde yer alan orana göre temerrüt faizinin ödenmesini zorunlu kılmıştır. Bunun yanında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, sözleşme ile belirlenecek olan yıllık temerrüt faiz oranının, yukarıda zikredilen mevzuat hükümlerinde yer alan oranların yüzde yüz fazlasını aşamayacağını kabul etmekle borçluyu fahiş faiz oranları karşısında koruma altına almayı hedeflemiştir.<sup>295</sup>(m.120/2)

İslam Hukuku bakımından nominal faizin enflasyon hızının üstünde olduğu durumlarda reel faizin pozitif, altında olduğu durumlarda ise reel faizin negatif olduğu görülmektedir. Yani borç miktarına eklenen nominal faiz ile beraber elde edilen tutar alacaklıya ödendiğinde bu tutarın alım gücü, borçlanma günündeki anaparanın alım gücünden daha düşük olduğunda negatif faiz ortaya çıkmaktadır ki Hanefi mezhebinin ilk alimlerinden Ebu

<sup>292</sup> Buhari, "Büyu", **Sahih'u-l Buhari**, 74,76,77, Müslim, *Müskat*, 75-101, Ebu Davud, *Büyu*, 12,13,18.

<sup>293</sup> Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s.180-181

<sup>294</sup> Bilgili, Demirkapı, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.169-170.

<sup>295</sup> Bilgili, Demirkapı, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.169-170.

Yusuf'a atfedilen bir görüşe göre bu faizin cevazına hükmedilir. Hanefi, Şafii, Henbeli ve Maliki mezheplerinin neredeyse tüm fıkıhçıları para borçlanmalarında ve özellikle karz akdinde paranın değer kaybı durumlarına bağlı olarak ortaya çıkan negatif faiz şeklinde beliren faiz türünün de açık naslar karşısında caiz olmadığı görüşündedirler. Ebu Yusuf'a atfedilen görüş ise onun başlangıçtaki görüşünün aksine ikinci görüşü olarak bilinir ve günümüz kredi işlemlerine ilişkin teşmil edilmeye çalışılsa da iyice irdelendiğinde söz konusu içtihadın boşanmış veya kocası ölmüş bir kadının müeccel mehir borcuyla ilgili olduğu anlaşılacaktır. Bu fetvanın karz akdi hakkında geçerli olmadığı, Hanefi mezhebinin karz akdinde vadenin belirlenmesini bile doğru görmemelerinden anlaşılabilir. Buna karşılık mehir borcu, gasp sebebiyle ortaya çıkan borç, borçlunu kasten geciktirmekle kâra geçeceğini düşünen borçlunun borcu gibi borç türlerinde Ebu Yusuf'un zikredilen fetvasının alacaklı-borçlu açısından adaletli ve zulmü önleyici bir rol oynadığı apaçıktır. Tekraren belirtmek gerekir ki parada yaşanan değer kaybının negatif faiz adı altında anaparaya yansıtılarak borçludan tahsile kalkılması karz sözleşmesinin doğası gereği mümkün değildir.<sup>296</sup>

Türk Borçlar Kanunu şu hükmü içermektedir: “Faiz veya irat borcunu ya da bağışladığı bir miktar parayı ödemekte temerrüde düşen borçlu, icra takibine girildiği veya dava açıldığı günden başlayarak, temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür.” (m.121/1)

3095 sayılı Kanuni Faiz Ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'unda; adi işlerde belli bir miktar paranın ödenmesinde gecikerek temerrüdü gerçekleşen borçlunun, sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmamak kaydıyla yıllık %9 oranında faiz ödemek durumunda kalacağı düzenlenmiştir (m. 2/1). Öte yandan aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ticari nitelikli hukuksal işlemlerde Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nın önceki yıl 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı kanuni faiz oranından (%9'dan) fazla ise arada sözleşme bulunmasa dahi temerrüt faiz oranı zikredilen oran üzerinden talep edilebilmektedir. Temerrüt faizinin sözleşmede kanundakinden farklı olarak belirlenmesi de mümkündür. Sözleşmede herhangi bir temerrüt faizinin kararlaştırılmadığı hallerde sözleşmede anapara faiz oranının temerrüt faizi olarak da uygulanabilmesi için akdi faiz oranı olan %9'dan yüksek olması gerekir.<sup>297</sup>

Bir başka husus da anapara faizi veya irat borcu ya da bağışladığı bir miktar paranın tediyesinde temerrüde düşen borçlunun icra takibine veya davaya maruz kaldığı günden başlamak üzere temerrüt faizi ödemek zorunda

<sup>296</sup> Beşir Gözübenli, “İktisadi ve Ticari Hayata Dair Fıkhi Problemler”, **İslam Hukuku El Kitabı**, s.737

<sup>297</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.379.

kalmadır. Sözgelimi Mehmet'in Aslıhan'a 01.01.2018'de 15.000 TL tutarında verdiği ödünç paraya ilişkin aralarındaki sözleşmede bir yıl sonra 01.01.2019'da %20 faiziyle birlikte 18.000 TL şeklinde ödeneceği kararlaştırılmışsa; vadesinde ödenmeyen anapara kısmı olan 15.000 TL'ye 02.01.2018 tarihinden itibaren temerrüt faizi işletilebilecek, buna karşılık 3.000 TL tutarındaki %20'lik faiz meblağına aksi sözleşmede kararlaştırılmamış olmak kaydıyla bu kısma ilişkin ya icra takibinden veya mahkemede dava açma tarihinden itibaren temerrüt faizi talep edilebilecektir.<sup>298</sup> Temerrüt faizine ayrıca temerrüt faizi yürütülemeyeceği de kanunun açık hükümlerindedir (TBK 121/3). Temerrüt faizine ilişkin talep hakkının saklı tutulmadığı durumlarda sadece asıl borcun ödenmesi alacaklı tarafından kabul edilmişse, faiz talep hakkının düşeceği de yasada açıkça belirtilmiştir (TBK 131).

Kanuni Faiz Ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'a sonradan eklenen 3678 sayılı Kanun'un 30/4-a maddesi ile devlet bankaları tarafından yabancı para ile açılmış 1 yıl vadeli mevduata uygulanan faiz oranının temerrüt faizi olarak uygulanacağı düzenlenmiştir. Sözleşme ile tarafların zikredilen orandan daha yüksek ya da daha düşük bir oran kararlaştırmaları da mümkündür. Sözleşmede kararlaştırılmayan durumlarda ise sözleşmedeki anapara faiz oranının temerrüt faizi olarak da uygulanabilmesi için söz konusu bankaların 1 yıl vadeli mevduatlara uyguladıkları faiz oranından yüksek olması şarttır. Aksi halde yani kararlaştırılan kapital faiz oranı daha düşükse temerrüt faizi olarak uygulanacak olan oran mevduat faiz oranıdır.<sup>299</sup>

Türk Ticaret Kanunu'nunda da ticari işlerde temerrüt faizinin serbestçe kararlaştırılabildiği belirtilmiş olmakla birlikte (TTK m. 8), Borçlar Kanunu'nun ilgili maddesinde (m. 120/2) yer alan üst sınırın adı işlerdeki temerrüt faizine ilişkin olarak değerlendirildiği, ticari işlerde böyle bir üst sınırın söz konusu olmayacağı kabul edilmektedir.<sup>300</sup> Tüketicinin korunması kapsamında mevcut olan yasal düzenlemeler saklı olup, anılan yasalara aykırı şekilde düzenlenen faiz hükümleri yok hükmündedir.<sup>301</sup> Örnek vermek gerekirse, 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 2824 sayılı Kanunla değiştirilmiş şekline göre kendi payına düşen genel gider veya avans miktarını ödemede temerrüde düşen malik aylık %5 oranında gecikme faizi ödeyecektir.(Kat Mülkiyeti Kanunu m. 20/2). Yine eski 1475 sayılı İş Kanunu'nun halen yürürlükte bulunan hükmüne göre kıdem tazminatının

<sup>298</sup> Bilgili, Demirkapı, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.170-171

<sup>299</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.380-381.

<sup>300</sup> Haluk Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta yayımevi, İstanbul 2011, s.251, Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.497

<sup>301</sup> bkz. Türk Ticaret Kanunu 8/3 ve 4. Fıkralar.



ödenmesinde temerrüde düşülmesi sebebiyle ödenmesi gereken temerrüt faiz oranı, ödenmeyen süreye göre mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı olarak belirlenmiştir. <sup>302</sup> (1475 sayılı İş Kanunu m. 14).

Ülkelerin ekonomik durumları çerçevesinde belirlenen adi yasal faiz oranı %9-12 civarında seyrederken, ticari işlere özgü faiz oranları son yıllarda %17.75-19 dolaylarında belirlenmektedir. <sup>303</sup>

Temerrüt faizi alacağı fer'i bir alacaktır. Bu yüzden bu faiz, kural olarak temerrüt anından itibaren veya istisnai durumda icra takibi yahut mahkemede dava açıldığı andan itibaren işlemeye başlarsa da alacaklının talebi bulunmadığı müddetçe hakim re'sen borçluyu bu faizi ödemeye mahkum etme yönünde karar veremez. <sup>304</sup>

#### 2.2.2.2. Aşkın (Munzam) Zarar

İslam Hukuku'nun özellikle Borçlar Hukuku dalına ilişkin büyük ölçüde taksim ve tasnif problemi mevcuttur. Müstakil şekilde aşkın zarar başlığıyla bir konu ele alınmış değildir. Ancak çok geniş bir külliyata sahip olan İslam Hukuku bilginleri konuyu farklı başlıklar altında ele alsalar da içerik itibariyle özellikle menfaatin tazmini yahut mahrum kalınan kar konularına eğilirken konuya ışık tutacak açıklamalarda bulunmuşlardır.

Genellikle kabul edildiği üzere İslam Hukuku'nda tazminata konu olan malın mütekavim mal (faydalanılması helal olan ve iktisadi bir değer taşıyan mal) türünden olması şarttır. Hanefi mezhebi bilginleri menfaat kavramını sözleşmeye konu olmadığı sürece mal saymadıklarından söz gelimi bir gasbedenin malı elinde bulundurduğu süreler için bazı istisnalar dışında tazminat ödemesi gerektiğini kabul etmezler. <sup>305</sup> Yetim malı, vakıf malı ve gelir getirmek maksadıyla elde bulundurulmuş mal bu kuraldan müstesnadır. <sup>306</sup> Diğer mezhepler ise aksi görüştedir. Hanefilerin köle insanın iş gücünü sözleşmeye konu olmadıkça değerli görmedikleri, buna bağlı olarak sözcümlü sözleşim gasbedilen kölenin zorla çalıştırılmasından dolayı herhangi bir tazminat yükümlülüğünün ortaya çıkmayacağı şeklindeki görüşlerinin günümüzde anlaşılması hayli zor görünmektedir. Benzer şekilde bir hayvanı şehir dışına gidişte binek olarak kullanmak üzere kiralayan kimsenin bu hayvanla şehir dışına çıkmaması ve bineği hiç kullanmaması durumunda kira bedelini ödemesi gerekmediği kanaatindedirler. Örnekleri çoğaltmak mümkündür. Bir

<sup>302</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.381-382.

<sup>303</sup> Kayıhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.313

<sup>304</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.383-384, Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1102

<sup>305</sup> Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s.140.

<sup>306</sup> **Mecelle**, m. 596.

şeyin mevcudiyeti kabul edildiğinde aynıyla tazmininden söz ediliyorsa tüketildiği zaman da tazmin edilmesi gerekir.<sup>307</sup> Menfaatin daha sonradan Mecelle'yi şerheden Ali Haydar Efendi'nin teklifiyle mütekavvim mal kategorisine Şafii mezhebinin görüşü doğrultusunda dahil edildiği görülmektedir. Bu durum "menfaatler âyan gibi mütekavvimdirler. Buna göre bir kimse diğerinin taşınır veya taşınmaz bir malını kullansa veya kullanılmasına engel olsa emsal ücretini vermesi gerekir"<sup>308</sup> şeklindeki Mecelle hükmünden anlaşılmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında sözgelimi bir kira meselesinde kira bedelinin geciktirilip de temerrüde düştüğü durumlarda İslam Hukuku bakımından malın alacaklının elinde bulunmadığı süreler için hükmedilmesi gereken ve menfaat kaybına bağlı olarak ortaya çıkan ve temerrüt faiziyle –ki İslam Hukuku'nda temerrüt faizinden söz edilememektedir- karşılanamayacak düzeydeki aşkın zararın karşılanmaması adalet ve insaf düsturlarından uzaktır. Bu hususta Şafii mezhebi emsal ücretle tazmin yoluna gitmektedir. Şafii mezhebinin sözgelimi gasıbın gasbettiği şeyin emsal kirasını mal sahibine ödemesi gerekliliği ile beraber bu maldan menfaat elde etmiş olup da bu menfaatin emsal kira bedelini aştığı durumlarda mal sahibine tercih hakkının verilmesi gerektiği ve ayrıca malı gasbedilenin bu süre içinde gasptan kaynaklı tüm zararlarının karşılanmasının zorunlu olduğu<sup>309</sup> yönündeki görüşünün, Türk Hukuku'nda tartışılan aşkın zarar kalemiyle büyük ölçüde benzerlik içinde olduğu söylenebilir. Mecelle'de yapılan değişikliklerle daha çok haksız fiil, kira ve gasbedilen mala ilişkin açıklamalar yer alsa da sözleşmeden doğan borçlarda da muayyen mal borçları açısından –mesela sözleşmeye konu malın teslim edilmemesi halinde- aynı açıklamalar geçerli kabul edilmelidir.<sup>310</sup> İslam Hukuku açısından problem bir taraftan temerrüt durumunda alacaklının zararlarını karşılamaya dönük imkan arayışları iken diğer taraftan faiz yasağı ile karşı karşıya gelme riskidir. Yaran, deyn borçlarında borçlu temerrüdünün gasp olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşe katılmakta ve bu durumun Hz peygamberin (s.a.v) zulüm olarak nitelediği deyn borçlarındaki temerrüdün bir gereği olduğunu savunmaktadır. Temerrüdün alacaklı açısından alacağından istifadeyi engelleyen bir kurum olduğu da açıktır. Sonuç olarak temerrüt sebebiyle meydana gelen zararın karşılanmasında faiz konusundaki çekinceleri

<sup>307</sup> Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s.142-143

<sup>308</sup> Mehmet Erdoğan, **İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi**, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul 1990, s.161.

<sup>309</sup> Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s.145

<sup>310</sup> Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s.173

gerçekten ortadan kaldıracak bir yöntemin bulunması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>311</sup>

Türk Borçlar Kanunu'nun aşkın zararı açıkça düzenlediği görülmektedir. Gerçekten Kanun'un ilgili maddesinde alacaklının temerrüt faiziyle karşılanamayacak düzeyde bir zararının varlığı halinde borçlu tarafın söz konusu aşkın zararın meydana gelmesinde kendi kusuru bulunmadığını ispat etmediği müddetçe bu zararı da karşılaması gerektiği açıkça belirtilmiştir.(m. 122). Temerrüt faizinden farklı olarak aşkın zararı ispat mükellefiyeti alacaklı açısından da mevcuttur. Sözelimi alacaklı kendi alacağı zamanında ödenmediği için başka birinden temerrüt faizinden daha yüksek oranda ödünç almak zorunda kaldığını ispat edebilir. Yine alacaklı alacağının zamanında ödenmemesini gerekçe göstererek başka bir sözleşmeye taraf olduğunu ve bu sözleşme kapsamında cezai şart ödemek zorunda kaldığını ispat edebilir.<sup>312</sup>Kısaca temerrüt faizini aşan zarar aşkın veya munzam zarar olarak nitelendirilir. <sup>313</sup> Borçlar Kanununun aşkın zararı düzenleyen maddesi kapsamında alacaklının munzam zararını talep edebilmesi, uğradığı zarar tutarını ve buna bağlı olarak zararı ortaya çıkaran somut olayın varlığını ispata bağlanmıştır.<sup>314</sup> Yargıtay'ın da konu ile ilgili bir görüşü şöyledir:

“ .....Mahkemece yapılacak iş davalının temerrüde düştüğü 28.10.1988 tarihinden bu davanın açıldığı tarihe kadar geçen zaman zarında her yıl itibariyle gerçekleşen yıllık enflasyon artış oranı, mevduat ve devlet tahvillerine verilen faiz oranlarını, TL karşısında döviz kurlarını gösteren listeyi ilgili resmi kurumlardan araştırmak hususunda uzman bilirkişi düşüncesinden de yararlanmak suretiyle davacı alacaklının maruz kaldığı asgari zarar miktarını kanunun ilgili hükmü de dikkate alınmak suretiyle tespit etmek, bulunan zarar miktarından davacının icrada tahsil ettiği temerrüt faizini mahsup ederek bakiyesine davacının munzam zararı olarak hükmetmekten ibarettir.”<sup>315</sup> Alacaklının borcun zamanında ödenmemesi sebebiyle uğradığı zararın temerrüt faiziyle karşılanamayan kısmı şeklinde tarif edilen munzam zarar, ülkemizdeki gibi paranın değerinin çok hızlı değişkenlik arz ettiği yerlerde, enflasyon oranlarının yüksek seyirde olması da göz önüne alınarak alacaklıyı korumaya dönük bir kurum olarak görülmektedir. Yabancı para borçlanmalarında para birimlerinde meydana

<sup>311</sup> Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s.174

<sup>312</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.384

<sup>313</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1106

<sup>314</sup> Hasan Ayrancı, **Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar**, Savaş Yayınevi, Ankara 2006, s.141 vd.

<sup>315</sup> Yargıtay 13. HD, E.1996/9985, K.1997/810, T. 13.02.1997; Kazancı İçtihat Bankası.

gelen değer kaybının da bir sonucu olarak alacaklının uğradığı zararı karşılamak aşkın zarar tazminini ayrıca zorunlu kılan durumlardandır.<sup>316</sup>

### 2.2.3.Karşılıklı Sözleşmelerde

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının diğer borçlarda olduğu gibi ifayı isteme, ifa ile birlikte temerrüt tazminatı talep etme veya ifadan vazgeçip zararının bütünüyle tazmin edilmesini talep etmenin yanında en çok karşılaşılan sözleşmeler olan satım ve kira akitlerine özgü olarak İslam Hukuku bakımından tanınan sözleşmeyi feshetme ve hapis hakkı şeklindeki imkanları da mevcuttur. Irak ve Suriye Medeni Kanunlarında da karşılıklı edimleri havi akitlerde bir tarafın ifadan kaçındığı durumlarda karşı tarafa akdi feshetme ve bunun yanında fesih mecburiyetine bağlı olarak ortaya çıkan tazminatı ödeme zorunluluğu getirdiklerini belirtelim.<sup>317</sup>(Irak Medeni Kanunu m.177, Suriye Medeni Kanunu m. 158).

Türk Hukuku'nda da süre verme, aynen ifa ile beraber temerrüt tazminatının ödenmesini isteme, ifadan vazgeçip zararın tümüyle karşılanması isteme ve nihayet sözleşmeden dönme gibi imkanlar mevcuttur.<sup>318</sup>

#### 2.2.3.1.Süre (Mehil)Verme

Kuran-ı Kerim'de borcunu ödeme güçlüğü içinde bulunan fakir kimseye süre tanınması gerektiği açıkça ifade edilmektedir.<sup>319</sup> Hadis kitaplarında da ödeme zorluğu içindeki borçluya süre tanınması, kısmen ya da tamamen borçtan vazgeçmek suretiyle affedilmesi yönünde birçok hadise rastlanmaktadır.<sup>320</sup>“*Kim bir yoksul kimseye vade tanırrsa veya borcunda indirimde bulunursa Allah onu kendi gölgesinde gölgelendirir*”,<sup>321</sup> “*Kim bir yoksula vade tanırssa vade tanıdığı için her gün için bir sadaka elde eder. Vade dolunca tekrar vade tanırssa her gün bir öncekinin bir misli kadar sadaka el de etmiş olur*”<sup>322</sup>, “*Kıyamet gününde Allah'ın kendisini gamlarından kurtarması kimi sevindirecekse, bir yoksula nefes aldırısın(süre tanısın) yahut onda bulunan alacağında indirim yapsın*”<sup>323</sup> şeklindeki

<sup>316</sup> Bilgili, Demirkapı, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.172, Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1107-1108

<sup>317</sup> Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s.194

<sup>318</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.387-388

<sup>319</sup> **Kuran-ı Kerim**, Bakara, 2/280

<sup>320</sup> Buhari, “*Büyu*”, **Sahih'u-l Buhari**, 16,17,18, Müslim, *Büyu*, 6, Tirmizi, *Büyu*, 67, Nesai, *Büyu*, 104.

<sup>321</sup> Tirmizi, *Büyu*, 67.

<sup>322</sup> İbnüMace, *Sadakat*, 14.

<sup>323</sup> Müslim, *Müsakat*, 32

hadislerden de anlaşılacağı üzere İslam Hukuku'nun en temel iki kaynağı olan Kuran ve Sünnet borçluya süre verme hususunda açık hükümlere yer vermişlerdir.

Hız Peygamber'in(s.a.v) borcunu karşılayacak derecede mal bırakmadan ölen kişilerin borçlarını devletin mali imkanlarının elverdiği ölçüde hazineden karşıladığı şeklindeki uygulamasına da rastlanmaktadır.<sup>324</sup> Birtakım İslam hukukçuları ödeme güçlüğü içinde bulunan borçluya mehil (süre) vermenin bir görev olduğunu, diğer birtakım hukukçular ise böyle bir durumda olduğu bilinen borçludan alacağın talep edilmesinin ayetin açık hükmünden yola çıkarak haram olduğu sonucuna varmışlardır.<sup>325</sup>

Türk Hukuku bakımından temerrüde düşen borçlunun borcunu yerine getirmeye davet niteliği taşıyan süre tayini, alacaklının seçimlik haklarından olan sözleşmeden dönme veya ifa yerine tazminat talep edebilme imkanlarını kullanabilmesi bakımından şarttır. Borçluya tanınan son imkan olan bu sürenin tayini ile beraber süre boyunca borçlu açısından kazadan sorumluluk, gecikme tazminatı yükümlülüğü de devam etmektedir. Kural olarak söz konusu sürenin tanınması mütemerrit borçluya yönelik yapılırsa da, ihtarin bu mehili kapsayacak şekilde yapılması da mümkündür. Borçlar Kanunu'nun süre vermeye ilişkin hükmü, sürenin "uygun bir süre" olmasını şart koşmuştur (m. 123). Bununla kastedilen Medeni Kanun'un dürüstlük kuralına uygun, borçlunun borcunu ifasına imkan verecek derecede geniş bir sürenin verilmesidir. (MK m. 2)<sup>326</sup> İfa hazırlığına başladığı bilinen borçlu tarafa süre verilirken, ifayı gerçekleştirebilmesi adına somut olayın şartları, tarafların menfaatlerini uyuşturacak dengeler ve yerine getirilmesi gereken edimin niteliği göz önünde bulundurulurken nesnel ölçülerin tercih edilmesi Medeni Kanun'un dürüstlük kuralına riayet edilmesi gerektiği yönündeki hükmüne uygun düşecektir.<sup>327</sup>

Yine kanunun lafzına göre söz konusu süreyi alacaklı tanıyabileceği gibi hakim de tayin edebilir ki bu ihtimalde sürenin uygunluğu konusunda bir tartışma önlenmiş olur. Tacirler hariç tutulursa asıl borcun kaynaklandığı sözleşme şekle bağlı olsa bile mehil tayini için herhangi bir şekil zorunluluğu yoktur. Söz konusu süre içerisinde borcun ifası borçluyu temerrütten kurtaracağı gibi temerrüde bağlı sonuçları da ortadan kaldırır.<sup>328</sup>

<sup>324</sup> Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s.55

<sup>325</sup> Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s.54

<sup>326</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.390

<sup>327</sup> Barlas, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, s.119

<sup>328</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.390-391

Bazı durumlarda belirtilen ek sürenin verilmesi gereksiz görülmektedir. Alacaklı süre verilmesinin gereksiz olduğu durumlarda sözleşmeden dönme veya ifa yerine tazminat talep etme imkanlarını doğrudan kullanabilecektir. Bu haller şunlardır:<sup>329</sup>

■ Borçlunun içinde bulunduğu tutum veya durumundan kendisine süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa, söz gelimi ifası uzun bir hazırlık evresini gerektiren durumlarda borçlunun hiçbir hazırlığı yoksa süre vermek anlamsızdır.

■ Borçlunun temerrüde düştükten sonra gerçekleştireceği ifa alacaklı açısından faydasız kalmışsa, söz gelimi lokantadan bir ziyafet için sipariş edilen yemekler ziyafete yetiştirilememişse, yahut sipariş edilen gelinliğin düğüne yetiştirilmemesi durumlarında da süre vermek anlamsız olmaktadır.

■ Taraflar aralarındaki sözleşmede kesin bir vade belirlemek suretiyle borcun bu vadede ödenmesini kesin olarak kararlaştırmışlarsa yine süre vermek gereksiz görülmektedir.

Anılan bu durumlarda ek süre aranmadan alacaklının seçimlik haklarını kullanabilmesi için borçluya bildirimde bulunması gerekmektedir. Belirtmeliyiz ki bu bildirim derhal yapılması hususunda doktrinde tartışma mevcuttur. Bir görüşe göre borçlu temerrüde düşer düşmez alacaklının ifadan vazgeçtiğini borçluya bildirmesini şart koşmak, böyle bir bildirim yapılmadığı takdirde alacaklının ifayı kabul etmek zorunda kalacağı anlamına gelir ki bu tarz bir yaklaşım süre vermenin gereksiz olduğu durumları düzenleyen kanun hükmünün ruhuyla bağdaşmaz. Bu sebeple sayılan hallerde borçlu temerrüde düştüğü anda alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanmış sayıldığı kabul edilmelidir.<sup>330</sup> Bu tartışmalara rağmen kural olarak Borçlar Kanunu'nda belirtildiği üzere alacaklının seçimlik haklarından herhangi birini kullanmaması durumunda aynen ifa ve gecikme tazminatı seçeneğini tercih ettiği kabul edilmektedir (m. 125/1).<sup>331</sup>

### 2.2.3.2. Aynen İfa Ve Gecikme Tazminatı

İslam Hukuku'nda borcun vadesi geldiğinde ifanın gereği gibi gerçekleştirilmesi esastır. Borçlunun haklı bir sebep olmaksızın ifadan kaçınması söz konusu olamaz. Aksi halde mahkeme kanalıyla ifaya zorlanması mümkün görülmüştür.<sup>332</sup> Hatta bu hususta mahkemelerin yanında

<sup>329</sup>Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.406-407, Bilgili, Demirkapı, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.173

<sup>330</sup>Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.408-409, Bilgili, Demirkapı, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.173.

<sup>331</sup> Bilgili, Demirkapı, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.172

<sup>332</sup> Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s.123

muhtesip adıyla adliyelerde görevli memurların da yetkili oldukları bilinmektedir.<sup>333</sup>

Sözleşmeye konu edimin muayyen bir malın teslimi olması halinde borçlunun söz konusu malı teslimden kaçınması halinde onun teslimine zorlanacağı konusunda şüphe yoktur. Borcun konusu zimmet borcu yani deyn borcu olup da ödeme gücü bulunduğu halde ödemeyen borçlunun mallarının satılacağı ve kendisinin satışa zorlanacağı kabul edilmektedir. Satmaktan kaçınırsa mahkeme kanalıyla satılır. Öte yandan karz akdi kapsamında borçlanılan malın piyasadan çekilmesi ihtimalinde de kıymet takdir edilmesi ve bu bedelin ödenmesi gerektiği konusunda tartışma yoktur. Nafaka borcu açısından ise; kadının nafakasını temin etmek zorunda olan erkeğin bu borcu geciktirilmesi halinde görüş ayrılığı vardır. Hanefi mezhebi hukukçuları bu durumda geciktirilen erkeğin zimmetinde borç olarak kalabilmesi için aralarında daha önceden bir anlaşma veya mahkeme kararının bulunmaması koşuluna bağlarlar. Diğer mezhepler aksi görüşte olup nafakanın daima erkeğin zimmetinde yer aldığını kabul ederler.<sup>334</sup> Ecir-i has olarak adlandırılan şahsi edimli ve daha çok yapma borcu doğuran borç ilişkilerinde de ifadan kaçınılması durumunda borçlu tarafın ifaya zorlanacağı kabul edilmektedir. Söz gelimi başkasına ait olan bir duvarı veya binayı yıkan kimse aynısını yapmak mümkün ise aynen ifa kapsamında yapmak zorundadır. Aynen ifa mümkün değilse tazmin yoluna gidilir. Şafii, Ebu Hanife, Ebu Sevr, Davud ez-Zahiri gibi alimler bu görüştedirler.<sup>335</sup> Yapmama edimini konu alan borç ilişkilerinin doğası gereği yalnızca tazminat doğurduğu açıktır. Söz gelimi kadının kocasına veya kocanın karısına evlenmemesini şart koşarak herhangi bir şey vermesi halinde, sonradan bu anlaşmaya aykırı şekilde gerçekleşen evlilikten geri dönülemeyeceğine göre bu durumun yaptırımını alınan şeyin iadesidir. Diğer taraftan kiracının kiraya konu şeyi kararlaştırılan yerin dışına çıkarması, vedia kapsamında eldeki mala haksız fiil ile zarar verilmesi gibi yapılmaması gereken davranışların yapılması halinde temerrüt gerçekleşir ve tazminat yükümlülüğü meydana gelir.<sup>336</sup>

Türk Borçlar Kanunu'nun temerrüdün sonuçlarına ilişkin düzenlemesi, mütemerrit borçludan istenecek olan aynen ifa ve gecikme tazminatı talebi için herhangi bir zaman öngörmemiştir (m.118). Asıl borcun bağlı olduğu zamanaşımı süresi içerisinde bu imkan daima vardır. Yukarıda zikredilen ek sürenin verilmesinin alacaklının bu hakkını kullanması bakımından bir önemi

<sup>333</sup> Fahrettin Atar, **İslam Adliye Teşkilatı**, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1979, s.172

<sup>334</sup> Atar, **İslam İcra ve İflas Hukuku**, s.164 vd.,Merğınani, **el-Hidaye**, c.2, s.41-42, Mevsili, **El-İhtiyar Li-Ta'lili'l Muhtar**, c.4, s.6-7, Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s.123-125

<sup>335</sup> Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s.127-128

<sup>336</sup> Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s.131-132.

yoktur. Alacaklı bu süreyi tanısa da tanımasa da her zaman aynen ifa ile beraber gecikme tazminatı talebinde bulunabilecektir.<sup>337</sup> Bu husus temerrüdünün gene sonuçlarında da anlatıldığı için ve herhangi bir özellik arz etmediği için tekrar ayrıntıya girmiyoruz.

### 2.2.3.3.İfadan Vazgeçip Müspet Zarar Tazmini

İslam Hukuku bilginlerinin önemli çoğunluğu asıl borcun aynen ifası mümkün olduğu sürece tazminata hükmedilemeyeceğini ve buna bağlı olarak talep edilemeyeceğini savunurlar. Zamansal açıdan meydana gelen değer kayıpları çok incelenmiş olmasa da mekan farklılığı sebebiyle malın değerinde meydana gelen değer kayıplarının tazmini tartışılmıştır. Sözelimi gasbedilen mala gasbedildiği yerin dışındaki bir yerleşim yerinde rastlandığında alacaklıya seçimlik olarak malın bütünüyle kıymetinin tazmin ettirilmesi ve malın gasbedildiği mekana avdet ettirilip orada iadesinin sağlanması şeklinde haklar tanınır.<sup>338</sup> Yine gasbedilmiş mal mevcut olmakla birlikte piyasadaki ekonomik dalgalanmalar dışında malda meydana gelen değer kaybının tazmin edilmesi gerektiği, piyasada o malın kıymetinin objektif ölçülerle düşmüş olması ihtimalinde ise herhangi bir tazmin yoluna gidilmesine gerek olmadığı da kabul edilmektedir.<sup>339</sup> Bunun yanında ödemeye muktedir olmasına rağmen borcunu ödememekte ısrar eden borçlu açısından borca konu maldaki değer kayıpları(fiyat bakımından) tazmin edilmek zorundadır.<sup>340</sup> Şafii mezhebinde kıymetin bütünüyle tazmini konusunda aynen ifanın alacaklı açısından anlamsız hale gelmiş olması şartıyla mümkün hatta gerekli olduğu yönünde açıklamalara rastlıyoruz. Gerçekten Şafiilere göre bir kimse çölde başkasına ait suyu gasbetse veya itlaf etse bir nehrin kenarında veya şehir merkezinde mislini iade etmek suretiyle tazmin yoluna gidemez. Çöldeki kıymetini tazmin etmesi şarttır.<sup>341</sup>

İslam Hukukçularının büyük çoğunluğu borcun konusunun asliyle ifa edilmesi imkan dahilinde olduğu müddetçe tazminat talep edilemeyeceğine hükmetmişlerse de bu durumun İslam Hukukunun başka bazı imkanları kullanılarak bertaraf edilmesi günümüzde bir zorunluluk halini almıştır. Özellikle mevsimler arasındaki ciddi oranda fiyat farklılıkları bazen ifayı anlamsız kılabilmekte, zararlara yol açabilmektedir. Sözelimi aralık ayında teslim edilmesi gereken domates, biber gibi sebzelerin temmuz ayında teslimi için bir kimseye hak tanımak veya ocak ayında gasbedilen yaz meyvesini

<sup>337</sup> Kayıhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.317-318

<sup>338</sup>Şirbini, **Muğni-l Muhtac**, c.2, s.277, 283, 284.

<sup>339</sup>İbnüKudame, **el-Muğni**, c.5, s.400, 420-421, Merğınani, **el-Hidaye**, c.3, s.13, Şirbini, **Muğni-l Muhtac**, c.2, s.284.

<sup>340</sup> Atar, **İslam İcra ve İflas Hukuku**, s.69

<sup>341</sup>Şirbini, **Muğni-l Muhtac**, c.2, s.282.



temmuz ayında misli ile ifa etmeye fırsat tanımak adalet anlayışından uzak görünmektedir. Bu gibi hallerde alacaklının temerrüde düşen borçlunun aynen ifa talebini reddetmek suretiyle satım günündeki veya gasp ihtimalinde gasp günündeki değerinin tazmini yoluna gidilebilmelidir.<sup>342</sup>

Türk Borçlar Kanunu, alacaklının ifadan vazgeçip zararını karşılatma yoluna gidebileceğini de açıkça düzenlemiştir. (m.112) Buna göre sözleşmeden umulan gereği gibi ifanın veya edimin yerini tazminat seçeneği almış olmaktadır. Alacaklı tarafından aynen ifanın reddi yoluna gidilmesi borçlunun kusuru ile bağlantısız iken müspet zararın tazmininin talep edilmesi borçlunun kusurunun mevcudiyetine bağlanmıştır. Temerrüt halindeki borçlu karine olarak kusurlu sayılsa da temerrüde düşmeden kusursuzluğunu ispatlayabilen borçluya tazminattan kurtulma yolu getirilmiş ve böylece ona kurtuluş beyyinesi sunma imkanı verilmiştir.<sup>343</sup>

Aynen ifadan vazgeçip müspet zararını talep eden alacaklının bu seçeneği kullandığını derhal borçluya bildirmesi ayrı bir yasal zorunluluktur.<sup>344</sup>

Belirtmeliyiz ki tazminat talebindeki kusur ispatı alacaklının üzerinde değil kusursuzluğunu ispat noktasında borçlunun üzerindedir.<sup>345</sup> Borçlunun temerrüde düşmemiş olduğu ihtimalde alacaklının malı satmak suretiyle malın değer kazanmasından istifa imkanı bulunduğu kesin olarak ispat edilirse alacaklının mahrum kaldığı bu kazanç da tazminat kalemlerinden biri olarak talep edilebilecektir.<sup>346</sup> Hemen belirtelim ki İslam Hukuku'nda da bu husus tartışılmıştır. Alacaklı alacağını vadesinde alsaydı yatırım yaparak kar elde edecek ve kazanç sağlayacak idiye ve bu durum kesin olarak sübut buluyorsa söz konusu zararın da karşılanması, “zararın izalesi ve haksızlığın engellenmesi” şeklindeki temel prensipleriyle uyum sağlayacaktır. Aksi durumda yani sözü edilen kar sağlama veya kazanç elde etmenin bir ihtimal olarak kalması halinde İslam'daki faiz yasağıyla karşılaşmış olur.<sup>347</sup> Türk hukukunda ifasına başlanmış borç ilişkileri açısından artık aynen ifadan vazgeçip tazminat seçeneğine gidilemeyeceği ve bunun yanında bu seçeneğin kullanılması halinde sözleşmenin ortadan kalkmayıp yalnızca içerik itibarıyla değişikliğe uğrayacağını belirtelim.<sup>348</sup>

<sup>342</sup> Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s.176.

<sup>343</sup> Kayıhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.318.

<sup>344</sup> Bkz. Türk Borçlar Kanunu 125/2.

<sup>345</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.395

<sup>346</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.396

<sup>347</sup> Karaman, **Ana Hatlarıyla İslam Hukuku**, c.3, s.170-171.

<sup>348</sup> Bilgili, Demirkapı, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.163, Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.397.

#### 2.2.3.4.Sözleşmeden Dönüp Menfi Zarar Tazmini

İslam Hukuku'nda sözleşmenin fesih yoluyla ortadan kaldırılmasından ziyade özellikle borcun ifa edilmemesinin bir sonucu olarak borçlunun hapsine geniş yer vermiştir.<sup>349</sup> Hanefi mezhebinin borcun geciktirilmesine sözleşmeyi feshetme şeklinde bir yaptırım bağlanmasını kabul etmeyişlerinin temelinde ifanın halen imkan dahilinde oluşudur. Gerçekten onlara göre ifa hukuken bir an için bile olsa imkansızlaşırsa sözleşmeyi feshetme hakkı o zaman doğacaktır. Maliki mezhebine göre ise bir satım sözleşmesinde akdin fesih hakkı sözleşme kurulurken satıcının malı teslimde temerrüde düşmesi halinde alıcıya verilen haktır. Onlara göre sözleşmede öncelikle yerine getirilmesi gereken edim semenin (bedelin) ödenmesidir. Satıcının satıma konu malın zayi olduğu yönündeki iddiası müşteri tarafından tasdik edilmediği müddetçe alıcı ister sözleşmeyi fesheder, isterse satıma konu malı tazmin yoluna gider.<sup>350</sup> Şafii mezhebi hukukçuları arasında tartışma olmakla birlikte mezhepte esas olan görüşe göre satım sözleşmesi kurulduğu anda her iki taraf da edimlerini yerine getirmeye zorlanırlar. Semen borcu olan taraf iflas nedeniyle ödeme güçsüzlüğüne düşerse satıcının sözleşmeyi fesih hakkının bulunduğu kabul edilmektedir. Müflis olmadığı halde ödemeyi gerçekleştirmek için ihtiyaç duyduğu malı sefer mesafesinden daha az uzakta bulunan borçlu açısından borcunu ödeyinceye dek hacr (kısıtlılık) kararı alınması gereklidir. Daha uzak bir mesafede olması durumunda ise satıcının bekleme zorunluluğu olmaksızın sözleşmeyi feshetme hakkı vardır.<sup>351</sup> Hanbeli mezhebinde fesih hakkı mesafe önemli olmaksızın satıcı açısından mevcuttur.<sup>352</sup> Satıma ilişkin sözleşmenin feshini tercih eden tarafın ayrıca bir tazminat talep edip edemeyeceği konusunda bir açıklamaya rastlanmamaktadır. Kira sözleşmesinde temerrüt durumu dışında birçok sebeple sözleşmenin feshedilebildiği görülmektedir. Tüm bu fesih halleri ile beraber ayrıca bir tazminat sorumluluğundan bahsedilmemiş olması gerçekte bir zararın meydana gelebileceği gerçeğini değiştirmez. Ani bir kararla yapılan fesih, karşı tarafın bazı masraflar yaptıktan sonraki bir zamana denk gelmişse fıkıh kitaplarında tesebbüb sebebiyle ortaya çıkan tazminat sorumluluğunun bu durumda da uygulanacağı kabul edilmelidir. Bu imkan aynı zamanda fesih hakkını kullanan taraf açısından da illiyet bağı bulunmak kaydıyla geçerli olmalıdır.<sup>353</sup>

Borçlar Kanunu'nda belirtildiği üzere alacaklı aynen ifa veya ifadan vazgeçip müspet zararın tazmini seçeneklerinin yerine sözleşmeden dönmeyi

<sup>349</sup> Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, c.2, s.440-441

<sup>350</sup> Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s.195

<sup>351</sup> Şirbini, **Muğni-I Muhtac**, c.2, s.74-75

<sup>352</sup> İbnüKudame, **el-Muğni**, c.4, s.270

<sup>353</sup> Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s.202

tercih etmekle beraber menfi zararını da talep edebilmektedir (m.125/2). Bu hakkın kullanılması ile beraber her iki taraf açısından da ifa yükümlülüğü sona erer ve taraflar yerine getirdikleri edimlerin iadesini ileri sürebilirler. Borçlunun bu ihtimalde de kurtuluş beyyinesi sunmak suretiyle menfi zararı karşılamaktan kurtulma imkanı mevcuttur. Meğer ki borçlu temerrüde düşmekte kusurlu bulunsun. Yine kanunun açık hükmü karşısında bu seçeneği tercih eden borçlu bu durumu derhal karşı tarafa bildirmek zorundadır.<sup>354</sup> Sözleşmeden dönmenin yanında alacaklıya talep hakkı verilen menfi zarardan kasıt, alacaklının sözleşmenin hiç kurulmamış olması veya sonradan ortadan kalkmış olmasından kaynaklı, sözleşme hiç kurulmasa veya sözleşmeden dönülmeseydi alacaklının uğramayacak olduğu zararı karşılamaktadır.<sup>355</sup> Bu zararın kapsamına dönülen sözleşmenin sağlıklı bir şekilde kurulmasını sağlamak için yapılan masraflar, sözleşmenin gereğinin yerine getirileceğine olan inançtan kaynaklı alacaklı tarafından yapılan harcamalar vb. girmektedir.<sup>356</sup>

İslam Hukukundan farklı olarak sözleşmeden dönme ileriye değil geçmişe dönük hüküm doğurmaktadır. Diğer taraftan İslam Hukuku ile uygunluk içinde olduğu diğer husus ifasına başlanmış borç ilişkilerinde görülen farklılıktır. Türk Hukukunda sürekli borç ilişkilerinde temerrüt durumunda sözleşmeden dönme yerine sözleşmenin feshi yoluna gidilebiliyorken İslam hukukunda ifasına başlanmış borç ilişkilerinde ifanın sağlanması ve bu hususta borçlunun cebri yoluna gidilmesi dışında bir imkânın bulunmadığı anlaşılmaktadır.

<sup>354</sup> Kayıhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.319

<sup>355</sup> Bilgili, Demirkapı, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.172

<sup>356</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.403

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM BORCUN ÖDENMEMESİNE BAĞLANAN DİĞER SONUÇLAR

### 3.1. İSLAM HUKUKUNDA

#### 3.1.1.Haciz

Mecelle'de haczin tanımı esasen hâcr kelimesine getirilen tarifile belirlenmiş bulunmaktadır. "Bir şahs-ı mahsus, tasarruf-ı kavliyyesinden men" şeklinde tanımlanan haciz bu yönüyle şahsın hukuk dünyasında sonuç doğurmaya dönük faaliyetlerin yasaklanması anlamında kullanılmıştır. Yine 998. maddede; "Medyûnun kudreti var iken, deyninin edasında mümâtele eylediği, nezd-i hâkimde zâhir olup da, dâinleri dahi malı satılarak deyninin te'diyesinin hâkimden talep ettiklerinde, hâkim anı hacr eder" şeklindeki ifadeden de açıkça anlaşılacağı üzere hâcr ile kastedilenin aslında hacz olduğu ortaya çıkmaktadır.<sup>357</sup> O halde haciz; para borcunu ödemeyerek temerrüde düşen borçlu hakkında onun malvarlığından borç miktarına tekabül edecek miktar veya kıymetteki bir kısmına, borçluyu ifaya zorlama veya sözü edilen malvarlığının ilgili kısmını "cebri icra" yoluyla sattırıp borcun ödenmesini mümkün kılmak amacıyla alacaklı lehine devletin yetkili organları aracılığıyla hukuken el konulmasını ifade eder.<sup>358</sup> Hanefi Mezhebinin kurucusu Ebû Hanîfe, borçluya yönelik bir yaptırım olarak haciz kurumunu kabul etmez. Ona göre, "Borçlunun malı varsa, hâkim o mal üzerinde tasarrufta bulunamaz. Borçluyu süresiz olarak hapseder ki, malını satsın ve borcunu ödesin. Bunu, alacaklılar haklarını alsınlar ve zulüm önlensin diye yapar"<sup>359</sup> Diğer mezhep mensuplarından olan İslam Hukukçuları, şartlarında küçük farklılıklar öne sürmüş olmak şartıyla ödeme gücü bulunan borçlunun borcunu ödememesi durumunda mallarına haciz konulabileceğini kabul ederler.

Haciz ve buna bağlanan sonuçlar gerek nâsslarda gerekse klasik fıkıh kitaplarında yalnız sözlük anlamında kullanılmış, terminolojik olarak eski kitapların Kitab-ûlbuyu, kitab-û't-teflis, kitab-û'l müflis, bab-û'lhacr gibi kısımlarında ele alınmıştır. Bazı kitaplarda da "borçlunun hacri ve malının satılması" bağlığıyla işlendiği de görülmektedir. Belirtelim ki haciz konusunda ortaya çıkan içtihatlar, nassların yeterince açıklık taşıması sebebiyle genel olarak tarihi süreç içerisinde İslam toplumunda borçluya karşı

<sup>357</sup>Mecelle, m. 941 ve 998.

<sup>358</sup> Fahrettin Atar, "Haciz", TDV İslâm Ansiklopedisi, TDV Yayınevi, İstanbul 1996, c.14, s.518 vd.

<sup>359</sup>Merğînânî, el-Hidâye,c. 3, s.285.

ihtiyaç odaklı tutumlar, mahkemelerce benimsenen istihsana dayalı çözümler konuya bugünkü bakışı şekillendirmektedir.<sup>360</sup>

### 3.1.2.Hacr

Hacrin sözlük anlamı “men etmek” demektir. Şer’i anlamı ise “*bir kimseyi mali tasarruflarından yasaklamaktır*”. “*ve keza la yesihhu islamuhuma*” ifadesiyle kendisine mallarının teslim edilmesinin de sahih olmadığı kabul edilmektedir. Mesela çocuğun ve mecnun (akli yeterliliği olmayan)’un tasarrufları geçersizdir. Bunların tasarrufları velileri tarafından yapılır. Velileri de şeriatte baba, baba yoksa baba tarafından dede olarak belirlenmiştir.<sup>361</sup>

Kısıtlama, yasaklama, engel olma, el koyma, haciz, sınırlama, - alıkoyma, gözaltına alma-, yetkisini sınırlama gibi anlamlarda kullanılan kelimenin son altı manası daha çok “ala” harfi cerri ile kullanıldığında ortaya çıkar.<sup>362</sup>

Üzerinde ittifak edilen tarif olarak hâcr, bir şahsı belli sebeplerden ötürü kavli tasarruflarından men etmektir. Tanımdaki "belli sebepler", hacr'i gerektiren sebeplerdir. "Kavli tasarruflardan men etmek" tenmaksat ise, hacredilen (mahcur) kimsenin akit ve sözleşmede bulunmasının engellenmesidir. Mahcur'un yaptığı akit ve sözleşmeler geçerli değildir. Bunlardan dolayı aleyhine hiçbir hukuki sonuç doğmaz. Yani kavli tasarrufları hükümsüzdür; fakat mahcur'un fiili tasarruflarından aleyhine herhangi bir hüküm doğabilir. Sözgelimi mahcur bir küçük, birisinin bir malını telef etse bu, onun malından tazmin edilir.<sup>363</sup>

İmam Malik’e göre mahcuriyet sebepleri altı tane olup, bunlar; küçüklük, sefeh, kölelik, müflislik, hastalık ve evlilikten ibarettir.<sup>364</sup>

Şafii Fıkıhçılardan Şeyh Muhammed Emin Erbilli de Tenvir-u'l Kûlub’unda “Hacr”in lügat ve şer’i manasını verdikten sonra ikili bir taksime giderek şöyle der: “*Hacr, iki çeşittir : İlk mahcurun aleyhin (kısıtlanan kimsenin) maslahatı esas alınarak ortaya çıkar ki buna örnek olarak çocukluk veya cûnun hali gösterilebilir. İkinci olarak mahcurun aleyhin (kısıtlının) dışındakilerin maslahatı esas alınarak ortaya çıkar ki bu duruma örnek*

<sup>360</sup> Atar, "Haciz", TDV İslâm Ansiklopedisi, c.14, s.518 vd.

<sup>361</sup> Ebü'l-Abbas Şihabüddin Ahmed b. Lü'lü' İbnü'n-Nakib el-Mısri, *Umdetü's-Salik ve Uddetü'n-Nasik*, Mektebet-u Seyda', 1428, s.222.

<sup>362</sup> Kadir Güneş, *El-Mu'cem Arapça-Türkçe Sözlük*, Mektep yay, İstanbul, 2013, s.204.

<sup>363</sup> İbnü Abidin, *Haşiyetü Reddi'l Muhtar*, c.7, s.97.

<sup>364</sup> İbnRüşd, *Bidayet-ülMüctehid ve Nihayet-ülMuktesid*, Dar-ülKitab-ullİlmiyye, Lübnan 2010, s.245.

*olarak “gurema”yı koruma düşüncesiyle müflisi kısıtlamak gösterilebilir. Aynı şekilde hastanın hacri varisleri korumak için, kölenin hacri efendisini korumak için ve mürtedin hacri de Müslümanları korumak için kabul edilmiştir.”<sup>365</sup>*

İslam hukukçuları tarafından ittifakla kabul edilen hacr sebepleri şunlardır: Çocukluk (sabavet, sığar), delilik (cünun), bunaklık (ateh), kölelik (rikk), umuma zarar verme (zarar-ı amm), ölüm hastalığı (maraz-ı mevt). Bunlara karşın İslam hukukçularının ittifak etmediği bazı hacr sebepleri de bulunmaktadır: Sefihlik (sefeh, sefahet), aptallık (beleh, belahet, gaflet), borç (deyn).<sup>366</sup> İmam Ebu Hanife ve bazı diğer imamlar son üç sebepten dolayı hacrin gerekmediğini ileri sürmektedir. Tüm bu sebeplere kısaca değinelim:

### 3.1.2.1.Delilik (Cünun)

Temyiz kudretini ortadan kaldıran bir durum olarak bilinen akıl bozukluğu bulunan kimselerin tek başlarına hukuki işlem yapamayacakları bir yasal temsilciye ihtiyaç duyacakları açıktır. Bu hal üzere kaldığı sürece mecnunun malı kendisine verilmez. Mal üzerinde tasarruf yetkisi bulunan, mecnunun Şerî velisidir.<sup>367</sup>

Mecnun; mecnûn-ı mağlûb” ve “mecnûn-ı gayr-i mağlûb” olmak üzere ikiye ayrılır. Birincisini “akıl yokluğu” olarak, ikincisini de “akıl zayıflığı” olarak belirtmek mümkündür. Modern Hukuk ifadesiyle; ayırt etme gücünden sürekli yoksunluk ve ayırt etme gücünden geçici yoksunluk şeklinde de tarif edilebilir. Temyiz kudreti hiç bulunmayan mecnun-ı mağlubun sözlü tasarrufları geçerli kabul edilmez. Sözgelimi boşaması, azat etmesi, ikrarı, hibe etmesi, sadaka vermesi ve vasiyeti kabul etmesi de sahih ve geçerli olmaz. Yaptığı satım sözleşmesi de geçerlilik kazanmaz; hatta sonradan icazet verilerek dahi bu işlemlerinin geçerli kılınması mümkün olamamaktadır. Tüm bu yaptırımların altında yatan düşünce “ehliyet yokluğu”dur. Zira İslam Hukukunda ehliyet bir işlemin “in’ikad” (kurucu unsur) şartı olarak belirlenmiştir. Ehliyetin de birincil şartı akıl sağlığının tam ve yerinde olmasıdır.(Ayırt etme gücü)<sup>368</sup>

Gayr-i mağlup mecnun ise (ma'tuh, ayırt etme gücünden geçici yoksunluk) satım sözleşmesinden doğacak hukuki sonuçları anlayabilecek

<sup>365</sup> Şeyh Muhammed Emin Erbili eş-Şafii, **Tenvir-û'İkûlub fi MuamelatiAllam-û'lĞuyub**, Mısır, Mekatib-i Şehire,1384, s.290

<sup>366</sup> Abdulkadir Şener, “İslam Hukuku'nda Hacr”, **Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, c.16, s.347.

<sup>367</sup>İbnü'n-Nakib el-Mısri, **Umdetü's-Salik ve Uddetü'n-Nasik**, s.222

<sup>368</sup> Apaydın, "Hacir", **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınevi, İstanbul 1996, c.14, s.513 vd.

durumda olduğundan onun yaptığı hukuki tasarruflara bağlanan hukuksal sonuçlar, temyiz gücü bulunan fakat hukuken çocuk olan kimselerin yaptığı işlemlere bağlanan hukuksal sonuçlarla aynıdır.<sup>369</sup>

### 3.1.2.2.Çocukluk(Sıba)

Modern Hukuk'ta "küçüklük" olarak ifade edilen terim, temyiz kudreti bulunan ve bulunmayan ayırımına tabidir. Mecelle bir cümle ile mümeyyiz ve mümeyyiz olmayan çocuğu tanımlamıştır. Buna göre "Sağir-i gayr-i mümeyyiz: Satmayı ve almayı kavramayan yani bey'in mülkiyeti giderdiğini ve satın alınan mülkiyeti sağladığını bilmeyen ve onda beş aldanmak gibi gabn-i fahiş olduğu zahir olan bir gabni, gabn-i yesirden temyiz ve tefrik edemeyen çocuk olup, bunları temyiz eden çocuğa mümeyyiz çocuk denir."<sup>370</sup> Mümeyyiz olmayan çocuk mal ve tasarruflardan men hususunda mağlup mecnun gibi olup velisi izin verse bile sırf yarar getirenler de dahil olmak üzere hiçbir sözlü tasarrufu, bu arada boşaması, azat etmesi, ikrarı caiz değildir. Alım satımı in'ikad etmez, dolayısıyla icazet verilerek bu işlemlerin geçerli kılınması söz konusu değildir. Hibe, sadaka ve vasiyeti kabul etmesi de sahih olmaz.<sup>371</sup>

### 3.1.2.3.Sefihlik(İsaf, Kötü İdare, Lekeli Hayat)

Terim olarak sefeh, "akıl ve şer'in gereğine aykırı şekilde malın tebzir ve itlafı" olarak tanımlanmıştır. Mecelle'nin tanımı de buna uygundur. Buna göre "Sefih; malını beyhude yere sarf ile ve masarifinde tebzir ve israf ile zayi ve itlaf eden kimsedir. Ebleh ve sadedil olmak hasebiyle kar ve temettu' yolunu bilemeyip de ahz u i'tasında aldanagelen kimseler dahi sefih addolunur."<sup>372</sup>

### 3.1.2.4.Borç(Deyn)

Ebu Hanife dışındaki mezhep imamlarına göre borç da hacr (kısıtlılık) sebebi olarak kabul edilir. Borç sebebiyle hacir, alacaklıların korunması düşüncesine dayandığı için hakim borçluyu hacir altına alması alacaklıların talebi ile mümkündür. Bazı âlimler hacir kararının hüküm doğurabilmesi için borçluya ulaşmasının da şart olduğunu söylemişlerdir.<sup>373</sup>

<sup>369</sup>Mecelle, m.978.

<sup>370</sup>Mecelle, m.943.

<sup>371</sup> Apaydın, "Hacir", TDV İslâm Ansiklopedisi, TDV Yayınevi, c.14, s.513 vd.

<sup>372</sup>Mecelle, m.946.

<sup>373</sup> H. Mehmet Günay, "İslam Hukuk Doktrininde Hapis Müessesesi ve Mahpuslara Yapılacak Muamele" *Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, c.8, s.5, Mecelle, m. 941 ve 998, Yaran, *İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi*, s.177

Mahcurları, doğrudan doğruya hacredilenler ve kadı'nın, hükmü ile hacredilenler olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür: Doğrudan doğruya mahcur olanlar: Küçükler, deliler, bunaklar (ateh), köleler, ölüm hastaları. Kadı'nın hükmü ile mahcur olanlar: Sefiler, aptallar, borçlular, umuma zarar verenler. Kadı, bunların hacr'ine vicahen(tefhim, yüzüne karşı) karar verebileceği gibi, gıyaplarında da karar verebilir. Fakat hacr kararının mahcure yani hakkında kısıtlılık kararı verilen kişiye tebliğ edilmesi zorunludur. Kendisine hacr kararı tebliğ edilmeyen böyle bir kimse mahcur sayılmaz. Bir başka ifadeyle kararın bildirilmesinden önceki akit ve sözleşmeleri muteberdir. Ayrıca, hacr kararının sebebiyle birlikte halka ilan edilmesi de bir gereklilik olarak kabul edilmiştir.<sup>374</sup>

### 3.1.3.Hapis

Sözlükte "alıkoymak, engellemek" anlamına gelen habs kelimesi örfi kullanımda "bir şahsı, bir canlıyı veya eşyayı bir yere kapatmak, bir süre alıkoymak", hukuk dilinde ise "sanık veya suçluyu belli bir mekanda cebren alıkoymak" anlamına taşır ve hürriyeti bağlayıcı cezaların en temel şekli olarak bilinir. Hapis cezasının infaz edildiği yere "habs, mahbes"; hapsedilen kişiye de "mahbus" denilir. Ayrıca "hapsetmek" anlamındaki secn kökünden sicc kelimesi haphishane; secin veya mescun kelimeleri de mahpus karşılığında kullanılmaktadır. Bunun yanında İslam'ın ilk dönemlerinde esir kelimesinin mahpus anlamında da kullanıldığı ve yalnızca savaş tutsaklarını ifade etmek üzere Abbasi döneminden itibaren kullanılmaya başlandığı görülür.<sup>375</sup>

İslam hukukunda borcunu ödememekte ısrar eden borçlu için öngörülen hacir, haciz gibi cebri icra tedbirlerinin yanında ifaya zorlamak maksadıyla hapisten de söz edilir. Ancak hapis ilk olarak malı olup da borcunu ödemeyen veya malının olup olmadığı hakkında bilgi sahibi olunmayan borçlu için tartışılmıştır. Buna karşılık ödeme gücü bulunmayan borçlunun hapsedilemeyeceğinde İslam hukukçuları görüş birliği içindedir. Bu görüşün temelinde; "Eğer borçlu darlık içindeyse eli genişleyinceye kadar ona mühlet vermek gerekir" mealindeki ayetin<sup>376</sup> ve bu durumdaki borçluya yardımcı olunmasını ve süre verilmesini öğütleyen hadislerin açık ifadeleri, ayrıca böyle bir hapsin alacaklı lehine bir sonuç doğurmayacağı ve borçlu için adeta zulüm olacağı düşüncesi yatar. Alacaklının elinde bu durumda borçluyu

<sup>374</sup>Mecelle, m. 961.ve 962.

<sup>375</sup> Ali Bardakoğlu, "Hapis", **TDV İslâm Ansiklopedisi**, TDV Yayınevi, İstanbul 1997, c.16, s.54 vd., Metin Hülagu, **İslam Hukuku'nda Hapis Cezası**, Rey yayıncılık, Kayseri 1996, s.6

<sup>376</sup>**Kur'an-ı Kerim**, Bakara, 2/280.



şahsen takip etme ve borçlunun ödeme gücüne kavuşmasını bekleme imkanı vardır.<sup>377</sup>

Hız Peygamber'in konu hakkındaki en meşhur sözü şudur: “Ödeme gücü olduğu halde borcunu geciktiren ayıplanmayı ve ukubeti hak eder”.<sup>378</sup> İlk dönem İslam Hukukçularından Süfyân b. Saîd b. Mesrûk es-Sevrî (h.97-161), Veki b. el-Cerrâh (h.127-197) ve İbn'ul-Mübârek (h.118-181) hadiste geçen “*ukubet*” kavramını hapis cezası şeklinde anlamışlardır. Doktrindeki bör görüşe göre bu anlayış doğru değildir. Borçlunun borcunu geciktirmenin cezası hapis cezası olamaz. Bu düşünce borçlunun, alacaklının bizzat şahsını değil malını alıkoymasından kaynaklanır. Dolayısıyla borçlunun gösterdiği davranış biçimi ile alacağı hapis cezası arasında herhangi bir benzerlik bulunmamaktadır.<sup>379</sup>

Klasik İslam Hukuku eserlerinde, hakim tarafından borçlunun kefil göstermesi istenip de borçlunun bunu reddetmesi halinde, alacaklıya borçluyu şahsen takip etme hakkı tanınabileceğine rastlanmaktadır. Bunu yaparken borçlunun temel hak ve hürriyetlerine aykırı davranışta bulunmak da açıkça yasaklanmıştır. Adı geçen şahsen takip yöntemi, İslam hukukçularınca yumuşak bir yaptırım ve son çare olarak nitelendirilir. Diğer taraftan Hz. Ali, Ebu Hüreyre ve Ömer b. Abdülaziz gibi ilk dönem fakihlerinin borçlunun hapsedilmesi yerine alacaklısı için çalışmasını yönündeki içtihatlarını, alacaklının İslam öncesi dönemdekini andırır şekilde borçlu üzerinde kölelik benzeri bir hak kurması olarak değil borçlunun çalışıp kazanmasına ve böylece borcunu ödemesine imkan verme olarak algılamak gerekir.<sup>380</sup>

Ödemeye gücü bulunduğu halde ödemeyen borçlu açısından Hanefi ve Hanbeli fakihleri, böyle bir geciktirmeyi Hz. Peygamber'in cezayı gerektiren bir davranış ve zulüm olarak nitelendirmesinden hareketle bu kimsenin hapsedilmesini mümkün ve caiz görürler. Ancak Ebu Hanife borçlunun borcunu ödeyinceye kadar hapsedilebileceği, fakat ne olursa olsun onun rızası dışında malının cebren haczinin ve satılmasının doğru olmayacağı, Ebu Yusuf ve İmam Muhammed ise bu borçlunun ödemeye zorlama amacıyla belirli bir süre hapsedilebileceği yine ödemezse malının haczedilerek satılabileceğini savunmuşlardır. Görüldüğü üzere Ebu Hanife ile iki talebesi arasındaki ortak nokta hapsin tipik değil tazyik hapsi niteliğinde olması gereği iken, ayrıldıkları nokta hapsin ifaya yaramaması halinde haciz ve satışın mümkün olup olmayacağı hususudur. Maliki, Şafii ve Zahiri fakihleri, bu durumdaki

<sup>377</sup> Bardakoğlu, "Hapis", **TDV İslâm Ansiklopedisi**, c.16, s.54 vd.

<sup>378</sup> Buhari, **İstikrad**, 13, Nesai, **Büyu**, 100.

<sup>379</sup> Abdülaziz Bayındır, “Faizsiz Sistemde Ödemeyi Geciktiren Borçluya Uygulanacak Maddi Ceza”, **İSAM Dergisi**, c.8, s.345.

<sup>380</sup> Bardakoğlu, "Hapis", **TDV İslâm Ansiklopedisi**, c.16, s.54 vd.

borçlunun hapsedilmesini caiz görseler bile buna gerek duymadan mallarının haciz ve satış suretiyle paraya çevrilip alacaklının alacağından bundan karşılanabileceğini kabul etmişlerdir.<sup>381</sup>

Müflis borçlu için ise, Ebu Hanife'den başka diğer bütün hukukçular, müflis borçlunun hapsini kabul etmezler. Onlara göre, müflis borçlu hacredilir ve mallarına haciz konularak satılır ve satıştan elde edilen paralar alacaklılar arasında alacakları oranında taksim edilir.<sup>382</sup>

İslam hukukçuları, borçlunun borcu için hapsedilebileceğini prensip itibarıyla kabul etmişlerdir. Borçlunun hapsedilmesi birtakım şartların bulunmasına bağlıdır. Borçlunun hapsedilmesi için gerekli şartlar, üç ana başlık altında incelenmektedir: Borç ile ilgili şartlar, borçlu ile ilgili şartlar, alacaklı ile ilgili şartlar.

**Borç ile ilgili şartlara bakılacak olursa;** borcun miktarı önemli bir kıstastır. Borcun az ya da çok olmasından dolayı borçlunun hapsine karar verilip verilemeyeceği İslam hukukçuları tarafından tartışılmıştır. Ancak miktar konusunda mutabakata rastlanmamıştır. Kimi kaynaklarda borcun miktarının bir dirhem ve ondan az olması borçlunun hapsedilmesine kâfi bir sebep teşkil etmektedir. Kimi kaynaklarda ise, danik<sup>383</sup> miktarındaki bir borçtan dolayı, borçlunun hapsedilebileceği kaydedilir. Karafi ve İbn Ferhun adlı hukukçular az miktardaki borçtan dolayı borçlunun uzun süre hapsedilemeyeceğini, borçlunun uzun süreli hapsinin caiz olmayacağını, cezaların ağırlığı ve hafifliği suçların ağırlığı ile orantılı olması gerektiğini, hapsin de ağır bir ceza olduğunu ileri sürmüşlerdir.<sup>384</sup>

Borçla ilgili şartlardan bir diğeri de borcun konusuna ilişkindir. Borcun konusu ayn ya da deyn olabilir. Ayn borcundan ötürü hapis söz konusu olabilir. Örneğin, gasp edilen malın teslimi durumlarında bu hüküm geçerlidir.<sup>385</sup>

**Borçlu ile ilgili şartlara bakılacak olursa,** borçlunun hapis cezası alabilmesi için öncelikle muktedir olması gerekmektedir. Çok az farklılıkla tüm mezheplerde kudreti olduğu halde mallarını saklayan ya da kaçırınlar

<sup>381</sup> Bardakoğlu, "Hapis", TDV İslâm Ansiklopedisi, c.16, s.58 vd.

<sup>382</sup> Atar, **İslam İcra ve İflas Hukuku**, s.240.

<sup>383</sup>Danik: Bir dirhem in altıda biri miktarındaki ölçü birimi.

<sup>384</sup> Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s.207, Hülagu, **İslam Hukuku'nda Hapis Cezası**, s.50

<sup>385</sup> Atar, **İslam İcra ve İflas Hukuku**, s.244-246.

hapsedilirler. Malı olduğu bilinen muktur ve müflis borçlular hapsedilmezler.<sup>386</sup>

Borçlunun temerrüt hali de hapis cezası alabilmesi için bir kriterdir. Buna göre, Hanefî fikhında hakim borçluya borcunu ödemesi için mühlet tanır. Ancak bu süre zarfında borçlu borcunu ödemez ve temerrüde düşerse hâkim onun hapsine karar verir.<sup>387</sup>

Bunlardan başka, akrabalık durumu da borçlunun hapsedilmesi için bir kriterdir. Borçlu olan kişi anne, baba, dede, nine ise bunlar fûru'una olan borçlarından dolayı hapsedilmezler. Ancak fûru akraba ise, usulüne olan borcundan dolayı hapsedilebilmektedir.<sup>388</sup>

Borçlunun akıl baliğ olması gerekmektedir. Mahcur çocuk, haksız fiilinden dolayı meydana gelecek tazminat borcunu ödemek üzere hapsedilmez. Onun yerine baba veya vasisi hapsedilebilir. Akıl hastalarının borçları için hapsedilmeyeceği kaynaklarda geçmektedir.<sup>389</sup>

**Alacaklı açısından kabul edilen tek şart;** hâkimden borçlunun hapsedilmesini istemektir. Alacaklı böyle bir istekte bulunmaz ise hâkim onu re'sen hapsedemez.<sup>390</sup> (taleple bağlılık ilkesi)

### 3.1.4.Seyahatten Men

Alacaklı muaccel bir alacağını borçlusundan talep edebileceği gibi, bu borçluyu borcuna karşı rehin bırakmadıkça veya birini kefil göstermedikçe seferden alıkoyabilir.<sup>391</sup>Müaccel borçlarda henüz ödeme müddeti gelmeden borçlu sefere çıkmak ister ve seyahat, ödeme müddetinin ötesine taşacak kadar uzun olursa borcun ödeme zamanı gelince alacaklı hakkını alacak kimseyi bulamayacak ve alacağını talep edemeyecektir. Borcuna karşılık rehin bırakmak veya kefil göstermek gibi teminat da mevcut değilse alacaklı hakime müracaat ederek borçluyu seferden men edebilir.<sup>392</sup> Ancak bu konuda farklı görüşler vardır:

<sup>386</sup>Serahsi, **El-Mebcut**, c.24, s.157, İbnüKudame, **el-Muğni**, c.4, s.452, Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, c.2, s.534.

<sup>387</sup>Merğınani, **el-Hidaye**, c.3, s.285.

<sup>388</sup> Atar, **İslam İcra ve İflas Hukuku**, s.247, İbnü Abidin, **HaşiyetüReddi'l Muhtar**, c.7, s.391

<sup>389</sup> Atar, **İslam İcra ve İflas Hukuku**, s.246-250.

<sup>390</sup> Günay, ““**İslam Hukuk Doktrininde Hapis Müessesesi ve Mahpuslara Yapılacak Muamele**”, s.6.

<sup>391</sup> Ali Haydar, **Dureru'l Hukkam Şerhu Mecelleti'l Ahkam**, c.2, s.110.

<sup>392</sup>**Mecelle**, m. 656, İbnü Abidin, **Haşiyetü Reddi'l Muhtar**, c.3, s.582, Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, c.2, s.537, Atar, **İslam İcra ve İflas Hukuku**, s.270

İmam Şafii ve bu mezhebe mensup fakihlerin çoğunluğuna göre, vadesi gelmemiş borcu talep hakkı olmadığı gibi, alacaklının kefil isteme ve bunu istihsal etmediği müddetçe borçluyu seyahatten alıkoyma hakkı mevcut değildir.<sup>393</sup>

Maliki ve Hanbeli mezhebi fakihleri ile Şafii fakihlerine göre borçlunun avdetinden önce ödeme vadesi geliyorsa alacaklıya varlıklı birini kefil göstermeden yahut borcunu karşılayacak değerinde bir rehin bırakmadan seyahat hürriyeti kısıtlanabilir. Eğer yolculuk savaş ve benzeri tehlikeli maksatla yapılıyorsa bu takdirde vade dolmadan önce avdet edilecek kadar kısa müddetli de olsa alacaklı teminat almadan seyahate izin vermeyebilir; çünkü bu yolculukta ölüm tehlikesi vardır ve hak zayii olabilecektir.<sup>394</sup>

Hanefilerde ise alacaklı bu durumda seyahatten men edilemez. Ancak peşine düşüp takip edilebilir. Mecelle ise şöyle söylemektedir: “Müeccelen medyun olan kimse kalbe hulül’ül ecel aher diyara gidecek olup da dayini hakime müracaatla andan kefil istedikte kefil vermeğe mecbur olur.”<sup>395</sup>

Tüm bu tartışmalara konu edilen borca karşılık rehin bırakmak veya kefil göstermek kurumları modern hukuktaki “ihtiyati tedbir” den başkası değildir. Gerçekten borçlunun vade öncesi borca aykırı tutum ve davranışlarını yargı yoluyla tespit edip teminat edinmekten ibaret olan ihtiyati tedbir kurumu sözü edilen tartışmalara işaret etmektedir.

### 3.1.5.Mülazeme (Yakın Takip)

İslam hukukunda alacaklının borçluyu şahsen takip etmesine mülazeme denir. İslam hukukçuları alacaklının, muayyen hukuki esaslar dâhilinde borçluyu şahsen takip ederek alacağını isteyebileceğini kabul etmişlerdir. Hakim, belirli bir müddet zarfında hapisanede tuttuğu borçlunun malının bulunmadığını anlayınca onu tahliye eder. Peki borçlunun önceden yoksul olduğu anlaşılan veya hapisaneden yoksul olduğu için tahliye edilen borçluyu alacaklısı şahsen takip edebilir mi? Ebu Hanife’ye göre, alacaklı, hapisaneden yoksul olduğu için tahliye edilen borçluyu şahsen takip edebilir.<sup>396</sup>

Bir görüşe göre de “Alacaklı için el ve dil vardır.” hadisinde “el” den kasıt mülazemedir.<sup>397</sup> Ayrıca borçlu, tahliye edildikten sonra her an bir mal

<sup>393</sup> Yaran, *İslam Hukuku’nda Borcun Gecikmesi*, 178.

<sup>394</sup>İbnüKudame, *el-Muğni*, c.4, s.506-507.

<sup>395</sup>*Mecelle*, m. 656.

<sup>396</sup>Merğınani, *el-Hidaye*, c.3, s.286-287.

<sup>397</sup>İbnüKudame, *el-Muğni*, c.4, s.501.

kazanabilir. Bu kazandığı malı satar ve bundan alacaklı da haber almaz. Alacaklı, borçluyu takip ederek onun ihtiyacından fazla olan kısmını alabilir. Ancak, Maliki, Şafii, Hanbeli ve Zahirî mezheplerinde bu tarz uygulamalar kabul görmemektedir.<sup>398</sup>

### 3.1.6. Borçlunun Çalıştırılması

İslam hukukçuları yoksul olduğuna karar verilen borçlunun işçi olarak çalıştırılıp çalıştırılmayacağını tartışma konusu yapmışlardır. İmam Malik, Ebu Hanife, İbn Cerir et-Taberi gibi hukukçular yoksul borçlunun işçi olarak çalıştırılmayacağını savunmuşlardır. Çünkü bir kişi ticaret yapmaya zorlanmayacağı gibi, işçi olarak da çalışmaya zorlanamaz.<sup>399</sup> Yukarıda değinildiği üzere borçlunun, konunun ayrıntılarında ihtilaflar bulunmakla beraber her türlü borçtan ötürü hapsedilebilmesi konusunda ittifak vardır. Hapsedilen borçlunun dövülemeyeceği, bağlanamayacağı, alacaklının önünde aşağılanamayacağı, başkası için zorla çalıştırılmayacağı da kabul edilmiştir.<sup>400</sup>

## 3.2. TÜRK HUKUKUNDA

Borçlar Kanunu, temerrüde düşen borçluya karşı alacaklının sahip olduğu seçimlik hakları açıkça düzenlemiştir (m. 118-125). Bunların bir kısmı genel sonuçlar şeklinde diğer bir kısmı karşılıklı sözleşmeler açısından meydana gelen ek sonuçlar şeklinde ele alınır. İfa ile birlikte gecikme tazminatı, aşkın zarar, beklenmedik halden meydana gelen sorumluluktan doğan zararın talepleri genel bağlamda ele alınan sonuçlar iken, karşılıklı borç doğuran akitler açısından şu seçenekler düzenlenmiştir;

- Aynen ifayı talep ve gecikme (temerrüt) tazminatı talep etmek
- Aynen ifayı derhal reddetmek suretiyle sözleşmenin gereğinin yerine getirilmemesinden kaynaklı müspet zararı istemek (ifaya olumlu olan menfaati tazmin ettirmek)
- Sözleşmeyi feshetmek suretiyle akdin hükümsüz kalmasından ortaya çıkan menfi zararı tazmin ettirmek.

<sup>398</sup> Atar, **İslam İcra ve İflas Hukuku**, s.266-267.

<sup>399</sup> Atar, **İslam İcra ve İflas Hukuku**, s.268.

<sup>400</sup> Ali Haydar, **Dururu'İHukkamŞerhuMecelleti'İAhkam**, c.2, s. 649; Yaran, **İslam Hukuku'nda Borcun Gecikmesi**, s. 205-207.

İkinci veya üçüncü seçimlik hakların kullanımı halinde müspet veya menfi zarar kalemleri talep edilirken hem fiilen meydana gelen zarar hem de yoksun kalınan kâr istenebilmektedir.<sup>401</sup>

Borçlu Temerrüdü'nün sonuçlarının gerek Borçlar Kanunu çerçevesinde gerekse Doktrinde kabul edilen tasnif bağlamında "genel sonuçlar" ve "karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından meydana gelen sonuçlar" şeklinde incelenmesi artık yerleşik hale gelmiştir. Burada ele alınacak olan hususlar, söz konusu klasik tasniften öte İslam Hukuku'nda borçlu temerrüdüne bağlanmış ancak Türk Hukuku'nda yer yer farklı kavramlara denk düşen konulara değinecektir.<sup>402</sup>

### 3.2.1. Aynen İfa, İfa Davası Ve Cebr-i İcra

**Aynen ifa talebi**, Borçlar Kanunu'nun ilgili maddesi çerçevesinde temerrüde genel olarak bağlanan bir sonuç olmanın yanında "*her zaman talep edilebilen*"<sup>403</sup> bir hukuki çaredir. (m. 118.) Konusu, yeteri kadar benzerlerinden ayırt edici özellikleriyle öne çıkan ve ferdi nitelikleriyle de ifaya konu olan edimin yerine getirilmesi aynen ifa kavramını karşılar.<sup>404</sup> Borçlu temerrüdünün borcu sona erdirmedeği gerçeği karşısında temerrüde rağmen devam eden borç, talep ve ifa edilebilirlik niteliklerini yitirmez. Temerrüdün meydana gelmesinde borçlunun kusurunun bulunup bulunmaması önemli olmaksızın aynen ifanın talep edilebileceği kabul edilmektedir. Şu var ki edim imkansız hale gelmediği müddetçe anılan kabul geçerlidir. İfanın zaman bakımından gecikmesi anlamındaki borçlunun içinde bulunduğu temerrüt halî, ifa mümkün olduğu sürece alacaklının aynen ifa talebini de mümkün kılar.<sup>405</sup>

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde aynen ifa talebinde bulunabilen alacaklı karşı tarafa bir mehil(süre) vermek suretiyle ek iki imkana daha sahiptir. Bunlarda yukarıda da değinildiği üzere ifadan vazgeçip müspet zarar tazmini ve sözleşmeyi feshedip menfi zarar tazmini şeklinde ortaya çıkmaktadır. Şu var ki bu süreyi vermek aynen ifanın açıkça gerçekleşmeyeceğinin önceden bilinebilir olması halinde yahut ifanın alacaklı açısından artık faydasız kaldığı ihtimalde anlamsız olacaktır.<sup>406</sup>

<sup>401</sup> İbrahim Kaplan, **Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)**, İmaj Yayınevi, Ankara 2012, s.144.

<sup>402</sup> Kaplan **Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)**, s.143.

<sup>403</sup> Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.256.

<sup>404</sup> Bilal Aybakan, "İfâ", **TDV İslâm Ansiklopedisi**, <https://islamansiklopedisi.org.tr/ifa> (06.12.2018).

<sup>405</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1098,1102, Kaplan, **Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)**, s.259,

<sup>406</sup> Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.259.

Aynen ifayı gerçekleştirecek şekilde edimin eksiksiz icrası temerrüdü sona erdirir. Zira edimin tam olarak ifası gecikmeye dayalı olarak ortaya çıkan zarar kalemlerini ortadan kaldırmaktadır.<sup>407</sup> Aynen ifanın üçüncü bir kişi tarafından yerine getirilmesi borçluya bütünüyle isnat edilebilecek türden ise temerrüdü sona erdirdiği kabul edilmektedir.<sup>408</sup>

Borçlar Kanunu'nun temerrüdün genel sonucu olarak düzenlediği ve alacaklıya seçimlik olarak tanıdığı "aynen ifa" imkanı sözleşmelerde temel bir ilke mahiyetinde kabul edilen "ahde vefa" ilkesine dayanır.<sup>409</sup> Aynen ifanın tarihsel temelleri klasik dönem Roma'ya uzanmaktadır. Klasik dönemde daha ziyade temerrüde bağlanan sonuç tazminat şeklinde ortaya çıkarken, zamanla ekonomik anlamda köklü bir değişime uğrayan yapı, hukuk dünyasını da etkilemiş ve tazminat yaptırımı yerini aynen ifaya bırakmıştır.<sup>410</sup> Doktrinde aynen ifanın borç ilişkisinde muacceliyetin doğal sonucu olup, temerrüde bağlanan bir sonuç olmaması gerektiği yönündeki görüş<sup>411</sup> haklı bir gerekçeye dayansa da teorik olarak temerrüde düşülmüş olması, ifasında gecikilen borcun sona ermesi anlamına gelemeyeceği için muacceliyetle başlayan aynen ifayı talep etme yetkisi, temerrüde düşülme sonrasında da devam edeceğinden isabetsiz görülmüştür.<sup>412</sup>

Yapma ve yapmama edimlerinin ifası bakımından aynen ifanın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hususunda tartışma vardır. Bir yaklaşım bu tür edimleri yerine getirmemek şeklinde ortaya çıkan borca aykırılığın genellikle imkansızlık olarak tezahür ettiğini kabul eder ve Borçlar Kanunu'nun 113. maddesinde vurgulanan hususun aynen ifa talebine karşılık gelemeyeceğini savunur. Bu görüşü savunanlar sözgelimi yapmama borcu doğuran borç ilişkisi kapsamında herhangi bir davranış biçiminin gerçekleştirilmeyeceği noktasında verilen taahhüdün gri bir alanı yoktur. Bu taahhüt ya yerine gelmiştir, böylece borca uygun davranılmıştır veya taahhüt ihlal edilmiştir, buna bağlı olarak da aynen ifa imkanı ortadan kalkmıştır.<sup>413</sup>

Yapma borcuna aykırılık halinde masrafı borçluya ait olmak şartıyla alacaklının kendisine veya bir üçüncü kişiye edimin yerine getirilmesine ilişkin izin alabileceğini düzenleyen TBK 113. madde hükmü genel

<sup>407</sup> Mahmut Kizir, **Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi**, Adalet yayınları, Ankara 2012, s.158

<sup>408</sup> Kizir, **Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi**, s.128

<sup>409</sup> Ece Baş, "Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu", **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Cilt 8, Özel Sayı, 2013, ss.623-655, (18.01.2019), s.625

<sup>410</sup> Baş, "Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu", s.628.

<sup>411</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.496.

<sup>412</sup> Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.920.

<sup>413</sup> Herdem Belen, **6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh)**, Beta, İstanbul 2014, s.263-264.

niteliktedir. Hükme göre alacaklıya verilen bu yetki mahkeme iznine tabi tutulmuştur.<sup>414</sup>

Yapmama borçları bakımından da ilke olarak aynen ifanın talep edilebileceği kabul edilse de BK 113. maddenin konu ile ilgili verdiği imkan aynen ifa talebinden ziyade ihlalden ortaya çıkan zararların tazminine işaret eder. İcra İflas Kanunu, bir işin yapılmamasına dönük mahkeme ilamının borçluya tebliği üzerine borçlu tarafından gerçekleştirilen ilama mugayir davranış biçiminin İİK 343. maddesinde yer alan cezayı gerekli kılacağı hususu ile bildirilmesi gerektiğini düzenlemiştir (İİK m. 113). Tazyik hapsini düzenleyen madde bir cezalandırma biçimidir.(İİK m.343). O halde sözü geçen ilam hükmünün mahkemeden alınması aynen ifada bulundurma amacını sağlamamaktadır.<sup>415</sup>

Son olarak özellikle yapma borçları açısından ortaya çıkan ve borçlunun kişisel (şahsi) ediminin bulunduğu hallerde üçüncü bir kişinin ifası da mümkün olmadığına göre aynen ifa talep etme imkanı da bulunmayacak ve imkansızlık hükümlerine göre talepte bulunmak gerekecektir.<sup>416</sup>

**İfa;** sözlükte "bir şeyi tam yapmak, eksiksiz vermek; sözünde durmak, gereğini yerine getirmek" anlamlarında kullanılmıştır. Gerek fihki gerekse modern literatürlerde sözlük anlamına paralel şekilde dinî mükellefiyetlerin veya zamanla borçlanılan edimin önceden belirlenen şekilde yerine getirilmesi olarak tanımlanır.<sup>417</sup> **İfa davası;** muaccel ve mümkün olan bir borcun alacaklı tarafından yargı makamlarını vasıta kılarak talep edilmesi anlamına gelir. Belirtmek gerekir ki bu davanın açılması için borçlunun temerrüt halinde olması şart değildir. Temerrüt gerçekleşmişse ifa ile beraber uğranılan zararın da talebi mümkün olmaktadır. Bu halde artık borçlunun borcunu ödemeye zorlayan bir mahkeme ilamından söz edilecektir.<sup>418</sup> Zikredilen anlamıyla ifa davası açmak, esasen aynen ifa talebinin mahkeme yoluyla gerçekleştirilmesine karşılık gelir. Ancak ifa davası açmak için temerrüdün şart olmadığı göz önünde alınırsa aynen ifa ile ifa davasını ayırmak gerekecektir.

Prensip olarak ifa mümkün olduğu sürece alacaklının tazminat veya sözleşmeden cayma talepleri yerinde değildir. Ne var ki alacaklı, temerrüt ve

---

<sup>414</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.671.

<sup>415</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.673

<sup>416</sup> Gizem Kılıç Öztürk, **Borçlar Hukuku'nda Borçlunun Temerrüdü**, Seçkin yay, Bursa 2016, s.83

<sup>417</sup> Bilal Aybakan, "İfâ", TDV İslâm Ansiklopedisi, TDV Yayınevi, İstanbul 2000, c.21, s.498 vd.

<sup>418</sup>Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.259



kusur şartı bulunmadan açılabilen ifa davasını borçluya yöneltmek yerine tazminat talep ettiğinde borçlu tarafın, ifanın hala mümkün olduğunu ileri sürerek ispat etmesi halinde tazminata mahkum olması söz konusu değildir.<sup>419</sup>

İfa davasının açılmasını, borçlu temerrüdünün şartlarından olan “alacaklının ihtarı” bağlamında değerlendirecek olursak; bu davanın ihtar niteliği taşıyacağı kabul edilmektedir.<sup>420</sup> Ancak ihtarın ifa davası açmak suretiyle sağlandığı durumlarda dava dilekçesinin borçlunun kendisine gönderilmesi gerekmektedir.<sup>421</sup>

İfa davasının temerrüdün genel sonuçlarından olan aynen ifanın talep edilmesinin hukuksal yolu şeklinde anlaşıldığı konusunda tartışma yoktur. Sözgelimi taşınmaz satım vaadinde bulunan satıcı ifa zamanı gelmiş olmasına rağmen taşınmazın mülkiyetini alıcıya geçirmekten imtina edince alıcının aynen ifa talebine yanaşmayan satıcı aleyhine mahkemeye başvurmak suretiyle onun iradesinin yerine geçecek bir yargısal iradenin temin edilmesi zorunlu hale gelir ve böylece bu örnekte açılan tapu iptal ve tescil davası anılan amaca hizmet eder.<sup>422</sup> Yapma konulu edimlerin ifasında da yine mahkemeden aynı edimin yerine getirilmesini sağlamak amacıyla dava açılabilecektir. Bu hususta açılan davalarda her türlü masraf ve giderlerin borçlu tarafından karşılanması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>423</sup>

Son olarak aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatının da talep edilebileceği, bu iki talebin eş zamanlı yapılmasının bir zorunluluk olmadığı hatta gecikmiş ifadan sonraki bir zamanda da tazminat talep edilebileceği ve bu hak kullanılırken önceden bir ihtirazi kayıt düşülmüş olmasının şart olmadığını da belirtmek gerekir.<sup>424</sup> İfa davası açarak aynen ifanın sağlanması için borç ilişkisinin konusunun mümkün olması gerektiğini de ekleyelim.

Mümkün bir borcun ifa edilmesi imkan dahilinde olduğu sürece ifa davasına konu olmak suretiyle temerrüdün genel sonucu olan aynen ifayı sağlayacağını belirttik. Doktrindeki bir görüşe göre bu davaya “aynen ifa davası”<sup>425</sup> denir. Bunun dava yoluyla ileri sürülmesi ile elde edilen mahkeme

<sup>419</sup>Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.318.

<sup>420</sup> Yıldız, “**Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları**”, s.36

<sup>421</sup> Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, c.2, s.234.

<sup>422</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.670-671

<sup>423</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.671

<sup>424</sup>Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.386, Sümeyra Çetin, “**Borçlu Temerrüdünün Sonuçları**”, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s.24

<sup>425</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 615.

ilamı cebr-i icra imkanı da vermiş olmakta ve borçlu aleyhine ilamlı bir icra takibi başlatılma imkanı bulunmaktadır.<sup>426</sup>

**Cebr-i İcra** sözlükte “hukuka aykırı davrananları zorla kurallara uydurma,zorlama”<sup>427</sup> anlamında kullanılırken; hukuk literatüründe bir borçlunun borcunu ödememekte ısrar etmesi veya mahkeme tarafından açıklanmış hükme uygun davranmaması sonucunda, borcun yahut mahkeme ilamının gereğinin devlet tarafından zorla icra edilmesi işlemdir.

Borçlar Kanunu’nun; “Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir” şeklindeki hükmü (m.113/1), İcra İflas Kanunu’nda yer alan;

“Bir işin yapılmasına mütedair ilam icra dairesine verince icra memuru 24 üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri tebliği suretiyle borçluya ilamda gösterilen müddet içinde ve eğer müddet tayin edilmemişse işin mahiyetine göre başlama ve bitirme zamanlarını tayin ederek işi yapmağı emreder.

Borçlu muayyen müddetlerde işe başlamaz veya bitirmez ve iş diğer bir kimse tarafından yapılabilecek şeylerden olur ve alacaklı da isterse yapılması için lazım gelen masraf icra memuru tarafından ehli-vukufa takdir ettirilir. Bu masrafın ilerde hükme hacet kalmaksızın borçludan tahsil olunup kendisine verilmek üzere ifasına alacaklı muvafakat ederse alınıp hükmolunan iş yaptırılır. Muvafakat etmezse ayrıca hükme hacet kalmadan borçlunun کافی miktarda malı haciz ile paraya çevrilerek o iş yaptırılır.

İlam, bir işin yapılmamasına mütedair olduğu takdirde icra dairesi tarafından ilamın hükmü borçluya aynı müddetli bir emirle tebliğ olunur. Bu emirde ilam hükmüne muhalefetin 343 üncü maddedeki cezayı müstelzim olduğu yazılır.

(Ek son fıkra: 17/7/2003-4949/9 md.) Bir işin yapılmasına veya yapılmamasına dair olan ilâm hükmü yerine getirildikten sonra borçlu, ilâm hükmünü ortadan kaldıracak bir eylemde bulunursa, mahkemeden ayrıca hüküm almaya gerek kalmadan, önceki ilâm hükmü tekrar zorla yerine getirilir”(İİK m.30/1) şeklindeki hükümle birlikte değerlendirildiğinde ilgili hükümlerin cebr-i icra niteliği taşıyıp taşımadıkları hususunda görüş birliğine varılamamıştır. Bir kısım yazarlar bu hükümlerde yer alan ve alacaklıya

<sup>426</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1099.

<sup>427</sup>[http://www.sozluk.adalet.gov.tr/Cebr-i icra](http://www.sozluk.adalet.gov.tr/Cebr-i%20icra), (18.01.2019)

tanınan imkanın cebr-i icra niteliği taşıdığını savunmuşlardır. Buna gerekçe olarak, BK 113/1 madde hükmünün açıkça borçlu tarafından ifa edilmeyen edim karşısında hakimi vasıta kılmak suretiyle masraflar da borçlu tarafa ait olmak üzere alacaklıya üçüncü bir kişiye işi yaptırmak için talep hakkı verdiğini düzenlediğini gösterirler.<sup>428</sup> Başka bir takım yazarlar İİK 30.madde hükmünün her ne kadar sırf borçlu tarafından yerine getirilebilecek borçlarda tazyik hapsini öngördüğünü düzenlese de borçlunun borcunu ifa etmediği ihtimalde ifanın gerçekleşmesi de mümkün olmayacak ve cebr-i icra imkanı da kalmayacaktır. Onlara göre Borçlar Kanunu'nun 113. ve İcra İflas Kanunu'nun 30. Maddeleri özel bir tazminat şekli olup, anılan maddelerden, “borçlunun borcunu ifa etmemesi yüzünden alacaklının uğradığı zararın ne şekilde giderileceği” şeklindeki soruya “masraf borçluya ait olmak şartıyla işin başkasına gördürülmesi vasıtasıyla” şeklinde bir cevap çıkmaktadır.<sup>429</sup> Anılan tartışmada Doktrindeki bir görüş de, BK 113. madde değerlendirmesinde, “cebr-i icra” kavramını kullanmadan şu değerlendirmelerde bulunur: *“İlgili hüküm borçlunun borcunu yerine getirmemesi halinde alacaklıya onun yerine geçip ifada bulunma yetkisini tanımamıştır. Alacaklının bu yetkiye sahip olabilmesi için “kendisine bu konuda izin verilmiş olması” gerekir. Bu izin mahkeme tarafından verilecektir. Bunun sonucu olarak borçlu yapma borcunu yerine getirmedeği takdirde alacaklı mahkemeye başvurarak borçlu yerine borcun kendisi tarafından ifasına izin isteminde bulunmalıdır. Bu mahkeme borcun ifa edileceği yer mahkemesidir görevli mahkeme de Asliye Hukuk mahkemesidir.”*

Yargıtay da bir kararında arsa sahipleri ile yüklenici arasında gerçekleştirilen kat karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında yüklenicinin inşaatı yarıda bırakması sonucu arsa sahibi konuyu yargıya taşımış, mahkemeden söz konusu inşaatın yükleniciye isabet eden bazı bağımsız bölümlerin satışına izin verilmesini, bundan hasıl olan parayla yarıda kalan inşaatın tamamlanması için yüklenici adına ifada bulunma yetkisinin kendisine verilmesini talep etmiş ve bu talep yerel mahkemece kabul görmüştür. Temyiz üzerine Yargıtay ilgili dairesi, inşaatın imar yasalarına uygun yapıp yapılmadığının tespiti, söz konusu talebin karşılanması için kaç adet bağımsız bölümün satılması ve değerlerinin tespiti gerektiğinden bahisle bozmuştur.<sup>430</sup>

<sup>428</sup>Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 921-922

<sup>429</sup>Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.322

<sup>430</sup> Yargıtay 15 HD. 07.07.2010, E.2009/3432, K.2010/3905, (**Yargıtay Kararları Dergisi**, Eylül 2010)

### 3.2.2. Tazminat Davası

Borçlunun borcu yerine getirmediği veya getiremediği tüm halleri (alacaklı ve borçlu temerrüdü, imkansızlık, ifa güçlüğü, sözleşmenin müspet ihlali) içine alacak şekilde genellikle tercih edilen kavram “ifa engelleri” kavramıdır.<sup>431</sup> Tazminat davasının bir hukuki sonuç olarak bağlandığı hallere değinmeye çalışacağız.

Borçlar Kanunu'nun “Giderim borcu” başlığı altında düzenlenen hükmüne göre sözü edilen zararın giderilmesi, borcun ifa edilmemesine genel bir sonuç halinde bağlanmıştır (m. 112). Hükme göre borçlu tarafından hiç veya gereği gibi yerine getirilmeyen borcun alacaklı açısından meydana getirdiği zararın giderilmesi yasal zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Doktrinde bu dava “giderim davası” olarak da anılır.<sup>432</sup>

Borçlar Kanunu'nun borca aykırılığa ilişkin olarak getirdiği bu genel hüküm her ne kadar maddenin lafzından anlaşılmasa da yalnızca sözleşmeden doğan borca aykırı davranış biçimlerine özgüdür. Haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya borçlu temerrüdü gibi borca aykırılığın özel görünüm biçimleri olarak ortaya çıkan diğer hallerde özel hükümler mevcut olduğundan ilk adımda 112. madde hükmüne gidilemez.<sup>433</sup>

Alacaklının Borçlar Kanunu çerçevesinde iki halde tazminat davası açma imkanı mevcuttur:

- Borçlunun kendi kusuruyla borcu geciktirmesi ve borçlu temerrüdü hali,
- Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ile bağımsız bir yapmama ediminin ihlali

Gerçekten zikredilen durumların varlığı halinde kanunun açık hükmü gereği alacaklının bu durumların meydana gelmesine bağlı olarak uğramış olduğu zararın giderilmesi gerekir.<sup>434</sup> Kusur, zararın tazmini için şart koşulmuştur. Borcun ifa edilmemesinde ve özel bir aykırılık hali olarak

<sup>431</sup>Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s.11, Ayşe Havutçu, “İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, c.9, s. 317 vd.

<sup>432</sup>Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1025, Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.857, Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.324.

<sup>433</sup>Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.618.

<sup>434</sup>Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.405, Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.325, Kaplan, **Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)**, s.140 vd.

bilinen sonraki ifa imkansızlığında borçlunun kusurunun olmaması onu sorumluluktan kurtarmaktadır. Borçluya bir kurtuluş beyyinesi getirilmiş olmakla ifa etmemede kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat imkanı tanınmıştır.<sup>435</sup>

Borcun yerine getirilmemiş olması halinde alacaklının ifa imkansızlaşmadığı sürece tazminat talebinde bulunması söz konusu olmamalıdır.<sup>436</sup> İfa imkansızlığı, borcun cebri icra yoluyla dahi tahsilinin mümkün olmaması şeklinde tarif edilebilir.<sup>437</sup> Konunun alacaklı açısından dürüstlük kuralı çerçevesinde ele alınarak saptanması en doğrusu olacaktır.<sup>438</sup> İmkansızlığın cebr-i icra ile açıklamayan dolayısıyla cebr-i icra ile tahsili mümkün olmayan bir takım alacakların ifa imkansızlığı olarak algılanamayacağını savunan yazarlar da vardır. Bu görüş savunucuları olaya borçlu açısından yaklaşmakta ve borçlu borcu yerine getirebilecek durumda ise imkansızlığın ortadan kalktığını kabul etmektedirler. Şu halde alacaklının borcu sağlayabilip sağlayamamasının, imkansızlığın ortaya çıkması noktasında değeri yoktur.<sup>439</sup> İfanın imkansızlığını ispat yükümlülüğü borçluya aittir. Buna bağlı olarak tazminat davasının davacısı olan alacaklı taraf, borcun imkansız hale geldiğini, bu yüzden uğradığı zararın giderilmesini istediğini ispat etmek zorunda kalmayacaktır. Borçlu temerrüdünün iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından ortaya çıkan sonuçlarından biri de tazminattır ki bu tazminata da borcun yerine getirilmemesine bağlı olarak açılan tazminat davasına ilişkin hükümler uygulanacaktır.<sup>440</sup> Borcun yerine getirilmemesinin temerrüt ve imkansızlık hallerinden hangisinin unsurlarını taşıdığı o unsur yönünden belirlenen hükümlere göre çözüme kavuşturulacaktır.<sup>441</sup> Tartışmalı olmakla birlikte culpa in contrahendo sorumluluğu olarak bilinen; sözleşme esnasında veya öncesinde dürüstlük karinesinden hareketle kabul edilen sorumluluk türünün de BK 112 kapsamında tazminata sebep olabileceği savunulmaktadır.<sup>442</sup> Tazminat istemini doğuran buna bağlı olarak da tazminat davasının açılmasına sebep olan tüm durumlarda zararın meydana gelmiş olması gerekir.<sup>443</sup>

<sup>435</sup> Cengiz Koçhisarlıoğlu, “Karine ve Borçlar Kanunu’nun 96. Maddesindeki kusur karinesi”, **Yargıtay Dergisi**, c.10, s.272 vd.

<sup>436</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.324.

<sup>437</sup> Kemal Oğuzman, **Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre (İş) Akinin Feshi**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955, s.15.

<sup>438</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.296.

<sup>439</sup> Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.396, Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1036 vd.,

<sup>440</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.325.

<sup>441</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.309.

<sup>442</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.311 vd.,

<sup>443</sup> Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku**, c.1, s.806, Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.426.

Bir başka husus Borçlar Kanunu'nun 112. maddesinin kusur konusunda bir karine getirmiş olmasıdır. Gerçekten maddede geçen “borçlu kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat edemedikçe” ifadesinden, bir taraftan borçlu açısından kusurun aranması gerektiği diğer taraftan kusurlu olduğunun da karine olarak kabulü sonucuna varılmaktadır.<sup>444</sup> Sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlu maddeye göre evvela bu karineyi çürütmelidir.<sup>445</sup>

Temerrüt dışında meydana gelen borca aykırılığın sonucu olarak tazminat davasının açılmasına ilişkin genellikle Borçlar Kanunu ve doktrin yaklaşımından hareketle şunlar söylenebilir:

İlk olarak ya ifa imkansız hale gelmiştir ve borç bundan dolayı ödenememektedir yahut borcun gereği gibi ifa edilememesi söz konusudur ki bu durum kötü ifa olarak adlandırılır. Her iki halde de sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk türü mevcuttur. İfanın imkansız oluşu da borçlunun kusuruna göre bir ayrıma tabi tutulmuştur. *Kusurlu ifa imkansızlığı* olarak da bilinen durumlarda; mücbir sebep, kast ya da ihmal, beklenmedik olaylar, sorumluluğunun genişleyip daralması açısından özel düzenlemeler (TBK 294), haksız fiilde sorumluluğu genişletici düzenlemeler (TBK 51, TBK 114), alacaklının ortak (müterafik) kusuru, borçlunun ayırt etme gücünün kusurlu veya kusursuz şekilde kaybının imkansızlığın oluşmasındaki rolü ve tacirler açısından basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü gibi hususlar ya sorumluluğun oluşmasını engellemede ya da uygulanacak yaptırımında indirim yapılmasında etkin rol oynarlar. Genellikle kabul edildiği üzere bir olayda borçlunun sorumluluğuna hükmedilebiliyorsa ifadaki imkansızlık borcu sona erdirmez, yalnızca içeriği değiştirir ve giderim borcu doğurur. Buna karşılık kusursuz ifa imkansızlığı denilebilecek durumlarda objektif imkansızlıkta (idare mahkemesinin inşaat ruhsatını ve ilgili imar planındaki değişikliği iptal etmesi gibi) borcun sona erdiği, subjektif imkansızlıkta ise konu ile ilgili görüş birliği bulunmamakta, borçlu açısından imkansız hale gelse bile üçüncü bir kişi tarafından ifanın halen mümkün olmasının imkansızlığı ortadan kaldıracığı görüşü ile birlikte karşılıklı akitler bakımından bir tarafın borcu kendisinin tamamen sorumsuz olduğu bir olay sebebiyle imkansız hale gelmişse borcun sona ereceği savunulmuştur.<sup>446</sup>

Diğer taraftan kötü ifa olarak anılan ve borcun gereği gibi (kararlaştırıldığı şekliyle) yerine getirilmemesi anlamına gelen durumlarda olumlu (müspet) zararın karşılanması gerektiği yasal dayanağa sahiptir.

<sup>444</sup> Tandoğan **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.421 vd, Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku**, c.1, s.815, Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1065.

<sup>445</sup>Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.344 vd.

<sup>446</sup>Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.233 vd.

Müspet zarar, sözleşmeye uygun bir borç ifası söz konusu olsaydı alacaklının o andaki durumu ile şimdiki durumu arasındaki mali farktan ibarettir. Bu durumda talep edilen ve tazminat davasına konu olan zarar, imkansızlık nedeniyle açılan tazminat davası ile aynı hükümlere tabi olmaktadır. Özellikle satım sözleşmelerinde meydana gelen ayıplı mal teslimlerinde Borçlar Kanunu'nun getirdiği kötü ifa hükümlerinin yanı sıra Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde konuya ilişkin özel hükümlerin bulunduğu ve bu kanundan doğan hakların saklı olduğu unutulmamalıdır.<sup>447</sup>

### 3.2.3.Sözleşmeden Cayma (Dönme)

Sözleşmeden dönmenin hukuksal bakımdan doğurduğu etkiler Alman Hukuku'nda çok eskiden, İsviçre-Türk Hukuku'nda ise daha yakın bir geçmişten bugüne farklı tartışmalar meydana getirmiştir. Borçlar Kanunu'nun karşılıklı borç doğuran (snallagmatik) borcun ifa edilmemesine bağladığı üç genel sonuçtan biri olan sözleşmeden dönme hakkı özünde yenilik doğuran bir irade beyanında bulunmak suretiyle alacaklıya sözleşme bağından kurtulma imkanı vermektedir. Sözleşmeden dönme ile sözleşmenin feshi kavramı arasındaki ince fark, sözü edilen kurtuluşun kapsadığı zaman dilimi noktasında ortaya çıkar. Dönme, ani edimli sözleşmelerde akdin kurulduğu andaki duruma dönmeyi amaçlarken, fesih ileriye etkili olarak sözleşmenin taraflarını menfi etkilerden kurtarıcı rol oynar.<sup>448</sup> Her ikisi de esasen taraflardan birinin tek taraflı irade beyanında bulunarak aradaki sözleşme ilişkisini sona erdirmeye hakkı olarak tanımlanmaktadır.<sup>449</sup>

Sözleşmeden dönmenin borçluya bildirilmesi tartışmalı olmakla birlikte bozucu yenilik doğuran bir işlemdir. Bozucu yenilik doğuran işlem olması itibarıyla var olan bir ilişkiyi ortadan kaldırmaktadır. Buna göre karşı tarafa yöneltilmekle birlikte hüküm doğurucu niteliğe sahiptir. Sözleşmenin herhangi bir tarafı hak sahibi olmasının sonucu olarak geçerli bir sözleşmeyi tek taraflı bir irade açıklaması ile ve geçmişe etkili olmak üzere sona erdiriyorsa, bu durum “*dönme*” olarak tanımlanmalıdır.<sup>450</sup>

Türk Hukukunda dönme kavramının genellikle sözleşmeyi geçmişe etkili olacak şekilde ortadan kaldırmayı amaçladığı, fesih kavramının ise sözleşmeyi ileriye dönük sona erdirmeyi amaçladığı kabul edilir ve bu

<sup>447</sup>Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.248 vd.

<sup>448</sup> Turgut Öz, “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Etkisi”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, c.13,s.131-132.

<sup>449</sup>Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.368.

<sup>450</sup> Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin yayıncılık, İstanbul, 1992, c. 1, s.1472.

anlamlarıyla kullanılır.<sup>451</sup> Sürekli edim doğuran sözleşmelerin dönme hakkının kullanıldığı ana kadar icra edilmiş olan kısımlarının iadesi hem pratik değildir hem de adil olmaktan uzaktır.

Sözleşmeden dönme kurumu, TBK 125. maddesi kapsamında borçlu temerrüdüne, 98. maddede ifa güçsüzlüğüne, yasanın 111. maddesinde diğer ifa engelleri olarak düzenlenen durumlara, TBK 235. maddede ise satıcı lehine bir hak vermek suretiyle alacaklının temerrüdüne sonuç olarak bağlanmıştır. Sözleşmeden dönme, anılan durumlara sonuç olarak bağlanmış olmakla birlikte dönmenin sonuçlarının ne olacağına ilişkin düzenleme, yalnızca borçlu temerrüdü halinde var olan dönme hakkına ilişkin kanun maddesinde görülmektedir. Diğer hallerde ise niteliklerine aykırı düşmedikçe temerrüde bağlanan dönme yaptırımını onlar açısından da uygulama alanı bulacaktır.<sup>452</sup>

Kusurlu imkansızlık nedeniyle edimin ifasının gerçekleşmediği durumlarda (ademi ifa) sözleşmeden dönme imkanı Borçlar Kanunu'nda tanınmamıştır.<sup>453</sup> Durum böyle olmakla beraber kendi kusurlu eylemi ile aldığı malı iade edemeyecek duruma getirenler açısından dönme hakkının kullanılamayacağı görüşünün mutlak olarak uygulanamayacağı,<sup>454</sup> somut olayın koşulları göz önüne alınarak kullanılan sözleşmeden dönme hakkının dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmesine her defasında ihtiyaç bulunduğu kabul edilmelidir.<sup>455</sup> Bu düşünceden hareketle dönme hakkının birtakım özel düzenlemelerden yahut dürüstlük kuralından faydalanarak kullanıldığı durumlarda meydana gelen sonuçların ileriye etkili olması gerektiği genel kabulü ile birlikte<sup>456</sup> istisnalar mevcuttur. Bir taraftan ölünceye kadar bakma sözleşmesi gibi, dönme hakkını düzenleyen özel düzenleme gereği geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılan bir sözleşme ile karşı karşıya kalınmakta iken; diğer taraftan eser sözleşmesi gibi ani edimli olmasına karşın ileriye etkili feshe imkan veren sözleşmeler ile de karşılaşılmaktadır.<sup>457</sup>

<sup>451</sup> Turgut ÖZ, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, Kazancı Yayınevi, İstanbul 1989, s.252.

<sup>452</sup> Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.347 vd., ÖZ, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, s.32.

<sup>453</sup> Kayıhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.296.

<sup>454</sup> Oğuzman, ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.369,

<sup>455</sup> ÖZ, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, s.252.

<sup>456</sup> Seliçi, **Borçlar Kanunu'na göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, s.132 vd. , ÖZ, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, s.26, Oğuzman, ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.370.

<sup>457</sup> Kenan Tunçomağ, “Evvelki ve Şimdiki Hukukumuzda Göre Ölünceye Kadar Bakma Akdi”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, c.2, s.175 vd., Seliçi,



Doktrinde ifade edildiği üzere sözleşmeden dönme imkanı, borç ilişkilerinin hiç veya gereği gibi ifa edilmediğinde alacaklının tazminat talebi gibi güçlüklerle karşılaşmak ve uğraşmak yerine akitten bütünüyle kurtulma yönündeki ihtiyacını tatmin etmeye yönelik bir kurumdur. Hatta bazen alacaklının kendi edimini kendi menfaati açısından daha üstün ve değerli görmesi de onu bu imkanı kullanmaya sevk eder.<sup>458</sup>

Sözleşmeden dönme hakkının tarafların serbest iradeleriyle kararlaştırdıkları durumlarda kullanılacak olan dönme hakkının meydana gelen sonuçları geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmayacağı yönündedir. İradî dönme hakkı şeklinde de tarif edilen bu hususun sözleşmede kararlaştırılmış olması taraflara karşılıklı olarak tasfiyeyi sağlama borcu yüklemektedir.<sup>459</sup>

Alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanırken kanunun açık hükmü gereği (TBK 125/3) kendi edimlerini yerine getirmekten kurtulacak, önceden ifa ettiği edimlerin iadesi konusunda talepte bulunabilecek, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe de sözleşmeden dönerek sözleşmenin ortadan kalkmış olmasına bağlı olarak meydana gelen zararlarını da (menfi zarar) isteyebilecektir. Şu halde sözleşmeden dönünce yalnızca menfi zararın talebini mümkün kılan kanun hükmü emredici olmayıp tarafların kendi aralarında dönme halinde müspet zararın da talep edilebileceği hususunu kararlaştırmaları söz konusu olabilecektir.<sup>460</sup>

Alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanınca daha önceden ifa ettiği edimlerinin iadesini dayandıracığı yasal dayanak sebepsiz zenginleşme hükümleridir. Sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak ifa talebinde bulunan alacaklı tarafın tabi olduğu zamanaşımı süresi sebepsiz zenginleşme kapsamında talep etme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten itibaren iki yıl, herhalde talebin doğduğu andan itibaren ise on yıl olarak anlaşılmaktadır. Ancak bazı yazarlar, sözü geçen sebepsiz zenginleşmenin Borçlar Kanunu 77 vd anlamında tipik bir sebepsiz zenginleşme olarak kabul edilemeyeceğinden

---

**Borçlar Kanunu'na göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, s.119, Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, s.119.

<sup>458</sup>Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.372.

<sup>459</sup>Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 372, Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, s.31.

<sup>460</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.708, Vedat Buz, **Borçların İfası ve İfa Edilmemesi**, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, Oniki levha yayınları, İstanbul 2012, s.106.

hareketle yine Kanun'un 146. Maddesinde belirtilen on yıllık genel alacak zamanaşımına tabi olması gerektiğini savunmaktadırlar.<sup>461</sup>

Alacaklının sözleşmeden dönmeyi tercih etmesi borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olmasına bağlanmamıştır. Borçlunun temerrüde düşmede kusursuzluğunu ispat etmesinin alacaklının dönme hakkını kullanma noktasında bir rolü yoktur. Ancak sözleşmeden dönmekle birlikte menfi zararın da eş zamanlı talebinde borçluya kusursuzluğunu ispat etmek suretiyle bu zararı karşılamaktan kurtulma imkanı getirilmiştir.<sup>462</sup>

Sözleşmeden dönmenin tek taraflı bir beyanla karşı tarafa varmasıyla hukuki sonuçlarını doğuracağı ve böylece alacaklı tarafın da bu andan itibaren edimini yerine getirme borcundan kurtulacağı kabul edilmektedir.<sup>463</sup>

Sözleşmeden dönmenin hukuki işleme etkisi yahut hukuki sonuçları başlığı altında incelenen ve birtakım teoriler şeklinde görünen yaklaşımlara kısaca değinmekte fayda vardır:

**Klasik dönme teorisi;** sözleşmeden dönme ile birlikte hukuki ilişkinin baştan itibaren ortadan kalkacağını, tarafların önceden birbirlerine ifa ettikleri edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında iadeye konu olacağını savunur. Bu düşünceye göre sözleşmeden dönme bozucu yenilik doğuran bir hak olmakla borçlandırıcı işlemi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırırken, tasarruf işlemi mahiyetindeki kazandırıcı işlemlerin aynı etkisi devam eder. Borçlandırıcı işlemin geçersiz olması kazandırıcı işlemi de sebepten yoksun bırakacak ve böylece daha önceden yerine getirilen edimler sebepsiz bir zenginleşmeye sebep olacaktır. İade talebinin dayandığı temel budur.<sup>464</sup>

**Yasal borç ilişkisi teorisi;** sözleşmeden dönme üzerine ortaya çıkan iade borcunun dayandığı hukuki düşünce BK 125/3 hükmü bağlamında kanuni bir borç ilişkisinin varlığının kabulüdür. Gerçekten bu görüşte olanlara göre geçmişe etkili olarak ortadan kalkan borç ilişkisi yeni ve yasal zemini

<sup>461</sup> Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara 1998, s.236-237, Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.532,

<sup>462</sup> Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.709, Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.386.

<sup>463</sup> Birsen, **Borçlar Hukuku Dersleri**, s.517, Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1120, Baştuğ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.280, Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.964.

<sup>464</sup> Gülgün Anık, "Borçlu Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, c.1, s.225, Öz, "Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Etkisi", s.133 vd., Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.504, Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.387.

bulunan bir borç ilişkisinin doğumuna sebep olmakta ve buna bağlı olarak tarafların bu yeni borç ilişkisi çerçevesinde birbirlerinden talep edebilecekleri şahsi hakları gündeme gelmektedir. O halde geçmişte tarafların yerine getirdikleri edimler geçersiz bir hukuksal zeminde ifa edilmiş olmadığından sebepsiz zenginleşmeye dayandırılması doğru olmamakla birlikte yasal bir borç ilişkisinin uzantısı olarak tarafların iade taleplerine sebepsiz zenginleşme hükümleri yalnızca kıyasen uygulanacaktır. Bu görüşün zamanaşımına ilişkin kabulü de genel alacak zamanaşımı süresi olan on yıllık süredir. Pratik bakımdan klasik dönme teorisinden ciddi bir farklılık taşımamakla birlikte zamanaşımı süresi ve talep edilecek tazminatın yalnızca müspet zararı kapsayabileceği hususlarında ondan ayrılır.<sup>465</sup>

*Aynı etkili dönme teorisi;* klasik teoriden farklı olarak geçmişe etkili olarak ortadan kalktığı kabul edilen borçlandırıcı işlemin yanında tasarruf işleminin de dönme ile birlikte etkileneceğini, böylece sözleşmeden dönme kurumuna aynı bir etki niteliği atfetmektedir. Bu düşünceden hareketle gerek henüz ifası gerçekleşmemiş edimler gerekse yerine getirilmiş edimler geçmişe etkili olarak ortadan kalkmakta ve mülkiyetin karşı tarafa intikal etmemiş olması gerçeği karşısında istihkak davası açılmak suretiyle iade talebinin gündeme geleceği kabul edilmektedir. Bu davanın herhangi bir süresi olmamakla birlikte maddi edimler bu yolla, diğer talepler ise sebepsiz zenginleşme hükümlerinden faydalanılarak talep edilmelidir.<sup>466</sup>

*Yeni dönme teorisi* olarak bilinen yaklaşıma göre ise, geçmişe veya ileriye etkili olacak şekilde ortadan kalkan bir borç ilişkisinden söz edilememekle birlikte değiştirici yenilik doğuran bir hakkın doğumu söz konusu olur ve buna bağlı olarak sözleşmenin geçerliliğine dokunulmadan onun bir tasfiye ilişkisi haline geldiği kabul edilir.<sup>467</sup> Geri verme borcu konusunda bu yaklaşım kanundan değil doğrudan sözleşmenin kendisinden bir borcun doğduğunu kabul ederek bunun bir akdi davaya konu olacağını benimsemiştir.<sup>468</sup> Henüz yerine getirilmemiş edimler açısından ise bir taraftan bunların dönme ile ortadan kalkacağı<sup>469</sup> diğer taraftan devamlı bir def'i hakkı sağlayacağı savunulmaktadır.<sup>470</sup> Geri verme borcu on yıllık zamanaşımına tabi

<sup>465</sup>Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.532, Buz, **Borçların İfası ve İfa Edilmemesi**, s.119-121, Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.387, Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.968.

<sup>466</sup>Buz, **Borçların İfası ve İfa Edilmemesi**, s.121, Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1122, Anık, "Borçlu Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme", s.225-226.

<sup>467</sup>Anık, "Borçlu Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme", s.226, Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.261, Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1120.

<sup>468</sup>Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.261.

<sup>469</sup>Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.1121.

<sup>470</sup>Rona Serozan, **Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimleri Geri Verme Yükümü**, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Seçkin, Ankara 2004, s.199.

olup bu ihtimalde sebepsiz zenginleşme kuralları değil BK m. 112 vd. uygulanır. Dönme ile birlikte ortadan kalkan bir borç ilişkisinden söz edilemeyeceğine göre müspet zararın istenmesi mümkün olacaktır.<sup>471</sup>

### 3.2.4. Borca Bağlanan Özel Bir Sonuç: “Faiz”

Türk Hukuku'nda faiz ödeme yükümlülüğünün borçlunun borç ilişkisinden kaynaklı edimini yerine getirmesi ile değil, tam olarak ifa veya alacaklı tarafın temerrüde düşmesiyle ortadan kalkacağı kabul edilmektedir. Bu yükümlülük, alacaklı alacağına zamanında ulaşıyorsa elde edeceği menfaatin temin edilmesine yönelik genel kuraldan kaynaklanmaktadır. Faiz yükümlülüğünün borçlu üzerinde her geciken borç açısından talep edilebilir nitelikte olduğu gerçeği bu düşünceye dayanır.<sup>472</sup>O halde İslam Hukuku'nun aksine Türk Hukuku'nda faiz ödeme yükümlülüğü bir borç ilişkisinde potansiyel olarak peşinen kabul edilen ve geç ifaya bağlanan ilk sonuçtur. Nitekim Borçlar Kanunu'nun ilgili hükmü açıkça “temerrüt faizi” başlığını taşımış (m. 120), doktrinde temerrüdün sonuçlarının tasnifi hususunda “para borçlarında temerrüt sonuçları” ve “karşılıklı yükümlülük içeren sözleşmelerde temerrüdün sonuçları” şeklinde ikili ayrımı ortaya çıkarmıştır. Şu halde faiz yaptırımına ilişkin tüm açıklamalar anılan tasnif ışığında para borçları açısından gündeme gelen temerrüt faizini ele almaktadır.

Para borcunun borçlusu, alacaklının söz konusu paradan mahrumiyetinin karşılığını sözleşmesel ya da kanuni zorunluluk sonucu ödemek zorunda kalabilir. Borçlunun karşılamak zorunda olduğu bu miktar faiz olarak isimlendirilir. Alacaklı kendisine ödenmeyen meblağdan, parayı istemeye yetkili olduğu halde ödenmemiş olmasının sonucu olarak mahrum kalır ve faiz sırf bu mahrumiyetin karşılığı olarak ortaya çıkar. Bu yüzden para borçları ile faiz arasında çok sıkı bir ilişki vardır.<sup>473</sup> Ekonomik anlamda sermayenin herhangi bir hukuki işleme konu olmakla sağladığı gelir faizi karşılar.<sup>474</sup>

Yan edim yükümlülüklerinden biri olan faiz fer'i bir alacak hakkı sağlar ve asıl alacağı genişletir. Fer'i hak ancak asıl alacağa bağlı olarak var olup devam edebildiğine göre faiz borcu da varlığını ve devamını asıl alacağa borçludur. Sona erme bakımından da asıl alacağın son bulmasıyla son bulacaktır. Zamanaşımı, devir, teminat vb hükümlerde de durum değişmez.<sup>475</sup>

<sup>471</sup> Anık, “Borçlu Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme”, s.226.

<sup>472</sup> Kızır, **Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi**, s.173.

<sup>473</sup>Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.217, Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.978, Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.312, Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.308.

<sup>474</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.978.

<sup>475</sup> Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.979.

Yukarıda bahsedildiği gibi Türk Borçlar Hukuku'nda faiz, para borçları ile çok sıkı bir ilişki içinde bulunmakta ve taraflar sözleşmede kararlaştırmış olmasalar dahi faiz borcunun doğabileceği açıkça anlaşılmaktadır (m.120). Ahlaki açıdan tereddütle karşılanan sözcülemi 100 olarak verilen paranın 120 olarak iadesi, hem On Emirde, hem de Kuran-ı Kerim'de gerek faizle ödünç verme gerekse satıştan elde edilen kazanç veya kâr şeklinde kabulü şiddetle kınanmış ve yaptırıma bağlanmıştır. XIX. yüzyılın ikinci yarısında batıda Marksizm akımı eleştirel bir düşünce üreterek faizi Materyalist Dünya Görüşü bağlamında ele aldı. Diğer taraftan İran'da Bahailik adıyla ortaya çıkan klasik anlayışların hayli ötesinde düşüncelere sahip olan din, İslam Dini'nin faiz yasağının yürürlükten kalktığı savundu. Altın para sistemi ile kağıt para arasında bir ayırım yapılmasının zorunlu olduğu, 100 altına karşılık 105 altın vermenin gerçekte faiz olgusuna denk düştüğü kabul edilse de enflasyon oranının %60 olduğu bir ülkede önceki yıl 100 bin lira alan bir kimse bu yıl 140 bin lira ödese de esasen iadeyi eksik gerçekleştirmiş olacağı, bu örnekteki faizin 160 bin liranın üstüne çıkan ödemeler ile ortaya çıkabileceği savunulmuştur.<sup>476</sup>

Alacaklının borcun gecikmesi sebebiyle zarara uğramış olması ve buna bağlı olarak temerrüt(gecikme) faizi talep edebilmesi şeklinde bir sebep-sonuç ilişkisi mevcut değildir. Gerçekten alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa dahi faiz talep etme hakkı yasal dayanağa sahiptir. Zikredilen illiyet bağının ve zararın mevcudiyeti ile bu husustaki ispat yükümlülüğünün alacaklıdan alındığı bir gerçektir. Esasen Kanun'un buradaki hareket noktası paranın her zaman gelir getirici rolü ve temerrüdün her hal ve şartta zararı meydana getireceğinin kabulüdür.<sup>477</sup> Hukukumuzda temerrüt faizini düzenleyen en genel hüküm 04.12.1984 tarih ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'dur. Bu kanunda yer alan; "bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için belirlenen yıllık %9 oranında (Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişki Kanun m. 1)<sup>478</sup> temerrüt faizi ödemeye mecburdur" şeklindeki düzenlemeye göre, alacaklıya zararın mevcudiyeti ve miktarının ispatı noktasında herhangi bir yükümlülük getirmeden yıllık yüzde dokuz temerrüt faizi talep etme imkanı getirilmiştir.<sup>479</sup> (Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişki Kanun m. 2)

<sup>476</sup>Hatemi, Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, s.217-218.

<sup>477</sup> Kızır, **Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi**, s.174, Yargıtay İBĞK da 20.10.1989 tarih ve E.1988/4 ve K.1989/3 sayılı kararında da bu esastan hareket etmiştir. Karar metni şu şekildedir: "Yukarıda açıklandığı gibi kamulaştırma bedeli mal sahibinin para alacağı halinde dönüşmekte olup, "para her zaman kullanılması mümkün ve temettü getiren bir meta olduğundan, geç ödenmesi halinde zararın vücudu muhakkaktır". Bu zararı kısmen karşılayacak olan faizi isteyebilmek için ayrıca zararın ispat zorunluluğu yoktur." (Sinerji İçtihat ve Mevzuat Programları)

<sup>478</sup> Bakanlar Kurulu'nun 19.12.2005 tarih ve 2005/9831 sayılı kararı (Bkz. 30.12.2005 tarih ve 26039 sayılı Resmi Gazete)

<sup>479</sup> Şahin Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler**, Sayram yayınları, Konya 2011, s.34-35.

Tüm bu açıklamalardan sonra Modern Hukuk ile İslam Hukuku'nun "faiz" yaklaşımının dayandığı temellerden kısaca bahsetmekte fayda görüyoruz. Tüm faiz teorileri faizin iktisadi hayatın vazgeçilemez bir unsuru olduğu ve vücudu inkar edilemeyen bir olgu haline geldiği konusunda görüş birliği içindedirler. Neredeyse tüm ülke yasalarında yer alan faiz anlayışının hareket noktası kapitalist yaklaşımın sermayede bulunan potansiyel nemanın, bu sermaye ödünce konu olur olmaz gerçek nemaya dönüştüğü kabulünün zorunlu olduğu algısına dayanır. Bu tespite göre, sermayede potansiyel olarak bizzat var olan nema unsuru, faizin de talep edilmesini muhakkak şekilde zorunlu kılar. Buna karşılık İslam Hukuk sistemi sermayede bizatihi bulunan potansiyel nemayı kabul etmekle birlikte bunun gerçekte ortaya çıkıp çıkmayacağına önceden kestirilmemesi, kestirilse bile miktarı konusunda mutlak bir belirsizliğin var olduğu gibi düşüncelerle sermayeye en baştan mücerret bir kazanç bağlamaz. O halde sermayede potansiyel olarak var olan nema unsuru hakkında en baştan verilen kesin hüküm, buna bağlı olarak da ödünç ilişkisinin tarafları arasında meydana gelen bölüşümdeki isabetsizlik faizin kesin olarak yasaklanmasının sebebi olarak telakki edilmelidir. Nitekim "eğer tövbe eder, faizden vazgeçerseniz anaparanız sizindir. Böylece ne haksızlık etmiş ne de haksızlığa uğramış olursunuz"<sup>480</sup> şeklindeki Kuran ayeti zikredilen adaletsiz ve dengesiz bölüşüme işaret etmiştir.<sup>481</sup>

Negatif faiz olarak da bilinen ve faizin kararlaştırıldığı bir ödünç ilişkisinde sermaye ve faiz miktarının toplamının ödünç süresinin sonunda ilk haldekinden daha az mal veya hizmet satın alabilmesi şeklinde tarif edilen faiz türünün tipik faiz olarak algılanmaması gerektiği konusundaki görüş, pozitif faiz-negatif faiz ayrımı yapar ve ikisine aynı hükümlerin uygulanmaması gerektiğini ileri sürer. İslam Hukuku'nun faiz yasağında gözettiği denge unsurundan hareket edilirse pozitif faiz de negatif faiz de aynı hükme tabidir. Zira faiz, yalnızca faiz veren açısından zarar doğuran bir niteliğe sahip değil aynı zamanda alan açısından da zarar doğurucu vasfa sahiptir. Ekonomi bilimi açısından enflasyon oranının üstüne çıkan fazlalık, tek başına İslam Hukuku'nda yer alan faize karşılık gelmez. Enflasyon oranının altında kalacak şekilde kararlaştırılan faiz oranı taraflarca bilerek konulmuşsa bir taraf açısından lehe doğacak sonuç diğer taraf açısından aleyhe sonuç doğuracaktır. Bu yasaktır. Buna karşılık satım gibi bir hukuki ilişkiden doğmak kaydıyla borcun geciktirilmesi sebebiyle ortaya çıkan kayıp bir zarar kalemi olarak değerlendirilmemeli ve negatif faiz olarak kabul edilmemelidir. Anılan ihtimalde ortaya çıkan zararın giderilmesi hususunda İslam hukukçuları ittifak halindedir.<sup>482</sup> Buna karşılık çağımızdaki bazı İslam Hukukçuları klasik anlayışta paranın tanımını da dikkate alarak borcun

<sup>480</sup>Kuran-ı Kerim, Bakara, 2/279.

<sup>481</sup> Özsoy, "Faiz", TDV İslâm Ansiklopedisi, c.12, s.110.

<sup>482</sup>Gözübenli, "İktisadi ve Ticari Hayata Dair Fikhi Problemler", s.712.

geciktirildiği süre boyunca paranın değeri, bir başka ifadeyle alım gücünde meydana gelen değişimleri faiz kavramıyla bütünüyle ilgisiz görürler. Borçların dengiyle ödenmesi gerektiği ilkesinden yola çıkan bu görüş sahipleri, anılan ilkedeki “*denklik*” unsurunun tespitinin ancak paranın alım gücünün tespiti ile tezahür edeceğini, alım gücünün düşmesi sonucu borca konu paranın aynı rakamsal meblağ üzerinden ödenemeyeceğini, hatta bu durumun borcu haklı bir sebep dahilinde geciktirenler açısından da geçerli kabul edilmesi gerektiğini savunmuşlardır. Oysa İslam Hukuku’nun konuya yaptırım bağlamında yaklaşması yalnızca borcunu haksız şekilde geciktirenler açısından ele alınmakta, ödeme gücü olmadığı halde borçluya herhangi bir yaptırımın öngörülemediği Kuran-ı Kerim’de açıkça dayanak bulmaktadır.<sup>483</sup>

Türk Borçlar Hukuku’nda da borcun gecikmesine yasal zeminde sonuç bağlanırken “temerrüt faizi” ve gecikme tazminatı” ayrı ayrı ele alınmıştır. Enflasyonun paranın satın alma gücünde meydana getirdiği değişim ve buna karşı birtakım hukuki çarelerin aranması, İslam Hukuk düşüncesinde açıklık ve hakkaniyet unsurlarının gereği olup yukarıda zikredilen ayırmda “gecikme tazminatı” kapsamında zararın giderilmesi amacını taşıyan bir tedbir olarak algılanmalıdır.

---

<sup>483</sup> Bayındır, “Faizsiz Sistemde Ödemeyi Geciktiren Borçluya Uygulanacak Maddi Ceza”, s.335.

## SONUÇ

Borç konusunda hukuk sistemlerinin hedeflediği ilke, her ne kadar borcun yerine getirilmesi (ifa edilmesi) esasına dayalı ise de, borçlanma ve borcun yerine getirilmemesi de bir o kadar kaçınılmaz bir olgudur. Dar anlamda borçlunun zamansal bakımdan geç ifası şeklinde tanımlanan borçlu temerrüdü, anılan gerçekliğin sonucu olarak hukuk düzenlerince kabul edilmiş ve birtakım yaptırımlar öngörülmüştür. Borcun yerine getirilmemesinde gösterilen direnç Türk ve İslam Hukuku'nda da ele alınmış ve borçlu açısından kabul edilen yaptırımlar ortak noktalar barındırmakla beraber borçluya ve borçlanmaya yaklaşım tarzından kaynaklı ciddi farklılıklar da göstermiştir. Şu var ki borçlunun borcunu yerine getirmemesinin onun açısından meydana getireceği yaptırımlar ile alacaklının gerekliliği arasında hakkaniyetli bir dengenin sağlanması diğer tüm borca aykırı davranış biçimlerinde olduğu gibi borçlu temerrüdünde de temel hareket noktası olmuştur.

Türk Borçlar Kanunu'nunda borçlu temerrüdünün genel sonuçları başlığıyla sayılan hususlar, gecikme tazminatı ve beklenmedik halden sorumluluk olarak belirlenmiştir (m. 118 vd.). Gecikme tazminatı, temerrüde düşmeden kusuru bulunmadığını ispat etmediği sürece aynen ifa talebi ile birlikte borcun geç ifasından kaynaklı olarak alacaklı nezdinde meydana gelen zararın giderilmesi gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Diğer taraftan temerrüt hali devam ederken beklenmedik olayların meydana gelmesi sonucu edimin yok olması veya kötüleşmesi söz konusu olduğunda borçlunun anılan husustan sorumlu olacağı esası kabul edilmiştir. Ancak burada borçluya bir kurtuluş karinesi imkânı da getirilmiştir. Borçlu temerrüde düşmede kusurunun bulunmadığını yahut borcu zamanında yerine getirseydi dahi beklenmedik olayın yine vuku bulacağını ispat etmekle sorumluluktan kurtulabilmektedir.

Niteliği itibariyle para borcunda temerrüde düşmenin meydana getireceği sonuçlar farklılık arz etmektedir. Bu hususta da yasa metni iki farklı sonuca işaret etmektedir. İlk borçluyu, geç ifanın potansiyel zararı peşinen meydana getirdiği düşüncesinden hareketle temerrüt faizine mahkûm etmekte, ikinci olarak da anılan faizin alacaklı açısından oluşan zararın tümünü karşılayamaması halinde aşkın zarar adıyla ikinci bir talep imkânı sunmaktadır. Temerrüt faizinin talebi hususunda temerrüde düşmede kusurun hiçbir rolü bulunmazken, aşkın zarar talebinde borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olmadığını ispatlayamamış olması şart kılınmıştır.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından da yine kanun metninin açıkça içerdiği üzere öncekilere nazaran daha geniş imkanlarla karşılaşılmaktadır. Bunlar alacaklının aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı talebi, müspet zararın giderilmesini isteme ve sözleşmeden dönüp menfi zarar



talebinden ibarettir. Aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı talebi, temerrüdün tüm borç ilişkileri açısından uygulanabilir karaktere sahip olmasının bir sonucudur. İki ve üçüncü imkânların kullanımını ise, öncelikle borçluya uygun bir ek süre verilmiş olması, bu süre sonunda halen ifa gerçekleşmemişse alacaklının hangi imkâna başvuracağını borçluya bildirmesi şeklindeki prosedüre tabidir.

İslam Hukuku'nda öncelikle borçlunun ödeme gücü açısından bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Tüm somut, nesnel ve hakkaniyetli değerlendirmeler sonucunda borcunu ödemeye gücü yetmediğine kanaat getirilen borçlu açısından herhangi bir yaptırımın öngörülemeyeceği ve ona süre tanınması gerektiği, Kuran-ı Kerim'in açık beyanıyla sabittir. Bununla beraber İslam dini, ödeme gücü olduğu halde borcunu ödemeyen zengin kimseyi zulmetmekle itham etmekte, onu ifaya zorlayacak yaptırımlara başvurulmasını da meşru görmektedir. Ödeme gücü olduğu halde ödememekte ısrar edip temerrüde düşen borçlu açısından ise tazminata konu olan malın müstakil varlığı ve dini-hukuksal açıdan değer taşınması şartıyla gecikme tazminatı, her sözleşme açısından ayrı sonuçlara ulaşmak kaydıyla beklenmedik halden sorumluluk, istisnalar bulunmakla beraber aynen ifa mümkün olmamak şartıyla tazminat, özellikle Şafii Mezhebi açısından değer kaybının giderilmesi, edimin yerine getirilmesinde imkansızlık bulunması şartıyla sözleşmenin feshi ve buna bağlı olarak kabul edilen tesebbüb tazminatı, hacr (borçlu hakkında kısıtlama kararı alınması), hapis cezası, seyahatten men, haciz, borçlunun çalıştırılması ve mülazeme (yakın takip) gibi yaptırımlar öngörülmüştür. Zikredilen tüm bu yaptırımlar Mecelle'de ifade edildiği şekliyle "zarar izale olunur" külli kaidesine dayanmaktadır.

Genel olarak Türk hukuku ile İslam hukuku arasında doğrudan veya dolaylı olarak borcun gecikmesine bağlanan haciz, tazminat, fesih ve tazyik türünden olmak kaydıyla hapis gibi yaptırımlarda ortaklık gözlemlenirken; mülazeme (yakın takip), hacir, borçluyu çalıştırma ve seyahatten men gibi yaptırımlar açısından farklılıklar bulunmaktadır. Şu var ki anılan farklılaşmanın temeli her iki hukuk sisteminin faize bakış açılarından kaynaklanmaktadır. İslam Hukuk Sistemi, geciken borca ve buna bağlı olarak borçluya yaptırımlar öngörürken, sistemin dolaylı yollardan alacaklı lehine karşılıksız ve sebepsiz bir malvarlığı artışı sağlayacak kazanımların önüne geçmek kastıyla da son derece hassas davrandığı, her bir yaptırımı değerlendirirken faiz yasağını göz ardı etmediği görülmektedir. Sistemin aynı zamanda enflasyon, paranın değer kaybı gibi gerçeklikleri de göz önünde bulundurduğu gözlemlenmektedir. Bu sayede zararı izale yolları açık bırakılmıştır.

Diğer taraftan borcun yerine getirilmesinin en üst düzeyde sağlanması temel hedef iken, var olan yaptırımların zikredilen hedefe ne ölçüde hizmet ettiği tartışmaya değer bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözgelimi tazyik hapsinin Türk Hukuku açısından en son çare olarak gündeme gelmesi

ve bununla beraber salt borçtan kaynaklı tipik hapis cezasının söz konusu olamayacağı, Anayasa'da açıkça yer alan "*hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.*" (m. 38/7) şeklindeki hükümden kaynaklanmaktadır. Buna karşılık İslam Hukuk ekolleri içerisinde borçlunun mallarına haciz konulmasına karşı çıkan Hanefi Mezhebi, borçlunun ilk etapta tazyiken hapsedilebileceği yönünde görüş beyan etmişlerdir.

Borçluya uygulanacak yaptırımların öncelik sırası konusunda da iki hukuk sistemi arasında farklılıklar görülmektedir. İslam Hukuku'nda edimin yerine getirilmesi mümkün olduğu müddetçe temerrüt halinde gecikme tazminatının gündeme gelmeyeceği prensip olarak kabul edilmekte iken, Türk Hukuku'nda temerrüdün gerçekleşmesiyle birlikte aynen ifaya ilaveten gecikme tazminatı talep edilebilmektedir.

Tüm bunlara ek olarak İslam hukuku açısından zekatın kurumsal yönü, sadaka türünden teberru olarak bilinen ve çalışmamızın da İslam Hukuku açısından özünü oluşturan Bakara suresinin 280. ayetindeki, "*eğer tasadduk etseniz, bu sizin için daha hayırlıdır*" (Bakara, 2/280) şeklindeki ifadenin borçluyu ibra etme borçlu açısından somut hale gelmiş hukuksal çarelerdir.

İslam Hukuku, geleneksel fikhî yaklaşımları değişen ve gelişen şartlara uyarlama konusunda kayıtsız kalmamış, borcunu ödemedi temerrüde düşen borçluya kazai ve inzibati(düzenleyici, sınırlayıcı) tedbirler almaktan, gerekli görüldüğünde borçlunun tasarruflarını kısıtlayıcı çözümler ortaya koymaktan çekinmemiştir. Özellikle konusu para olan satım akitlerinde parada meydana gelen değer artışı ve değer kayıplarının, sözleşmenin iptali yerine semenin kıymetinin ödenmesi yoluyla çözüme kavuşturma gerekliliğinin kabul edilmesi, borç ve tazminat sorumluluğunun tartışıldığı çağları aşan içtihatlarla konu edilmesi İslam Hukuk sisteminin de dinamik yapısını ortaya koymaktadır.

## KAYNAKÇA

- Akıncı, Ş. (2011). Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Sayram yayınları, Konya.
- Akıntürk, T. (2012). Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri, Beta yay, Ankara.
- Akkanat, H. (2000). İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü, Beta yay, İstanbul.
- Aktan, H. (1993). "Daman", TDV İslam Ansiklopedisi, TDV Yayınevi, İstanbul.
- Anık, G. "Borçlu Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, c.1, ss. 214-236.
- Apaydın, H. Y.(1996). "Hacir", TDV İslâm Ansiklopedisi, TDV Yayınevi, İstanbul.
- Apaydın, H. Y. (2000). "İbra",TDV İslam Ansiklopedisi, TDV Yayınevi, İstanbul.
- Atar, F. (1990). İslam İcra ve İflas Hukuku, Yıldızlar Matbaacılık, İstanbul.
- Atar, F. (2009). "Sulh", TDV İslâm Ansiklopedisi, TDV Yayınevi, İstanbul.
- Atar, F.(1979). İslam Adliye Teşkilatı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara.
- Atar, F.(1996). "Haciz", TDV İslâm Ansiklopedisi, TDV Yayınevi, İstanbul.
- Aybakan, B.(2000). "İfâ", TDV İslâm Ansiklopedisi, TDV Yayınevi, İstanbul.
- Aydın, Mehmet Â.(1994). "Deyn", TDV İslâm Ansiklopedisi, TDV Yayınevi, İstanbul.
- Aydın, Mehmet Â.(1992). "Borç", TDV İslâm Ansiklopedisi, TDV Yayınevi, İstanbul.
- Ayrancı, H.(2006). Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar, Savaş Yayınevi, Ankara.
- Ayverdi, İ.(2011). Misalli Büyük Türkçe Sözlük, Kubbealtı Neşriyat.

- Bardakoğlu, A. (1986). İslam Hukukunda İşçi ve İşveren Münasebetleri, Ensar yay, İstanbul.
- Bardakoğlu, A.(1997), "Hapis", TDV İslâm Ansiklopedisi, TDV Yayınevi, İstanbul.
- Barlas, N.(1992). Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul.
- Baş, Ece, "Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu", Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, c.8, ss.623-655.
- Baştuğ, İ.(1977). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstiklal Matbaası, İzmir.
- Bayındır, Abdülaziz, "Faizsiz Sistemde Ödemeyi Geciktiren Borçluya Uygulanacak Maddi Ceza", İSAM Dergisi, c.8, ss.51-70.
- Belen, Herdem, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh), Beta, İstanbul.
- Bilgili, F. ve Ertan D.(2014). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Dora Yayıncılık, Bursa.
- Bilmen, Ömer N.(1970). Hukuk-ı İslamiye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen yayınevi, İstanbul.
- Birsen, K.(1967). Borçlar Hukuku Dersleri, İÜ yayınları Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- Bovay, H. "Temerrüdün Esası", çev. Zahir İmre, İÜHFM, c.12, ss.765-804.
- Buhari, Ebu Abdillah Muhammed b. İsmail el-Buhari (1990). (ö.256/870), Sahihu'l Buhari, Nşr. Mustafa Dib el-Buğa, Beyrut.
- Buz, V.(2012). Borçların İfası ve İfa Edilmemesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, Oniki levha yayınları, İstanbul.
- Buz, V.(1998). Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara.
- Çetin, S.(2011). "Borçlu Temerrüdünün Sonuçları", yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

- Dayınlarlı, K.(2008). İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları,Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara.
- Develioğlu F.(2013). Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Aydın Kitabevi, İstanbul.
- Doğan, M.(2009). Büyük Türkçe Sözlük, Pınar Yayınları, İstanbul.
- Ebu Davud, Süleyman b. el-Eş'as (ö.275/888), Sünenü Ebi Davud, Nşr. Muhammed Muhyiddin Abdulhamid, Daru İhyai's-sünneti'n nebeviye, ty.
- El Attar, Abdunnasır Tevfik, Nazariyyetü'l Ecel Fi'l İltizam Fi'şşeriatil-İslamiyyeVe'l-Kavanini'l-Arabiyye,Matbaatü's-Seade, Kahire, ty.
- El Beycuri, İbrâhîm b. Muhammed b. Ahmed.(1971). Şerhu Alametu'l İbnü'lKasımı'l Ğuzzi Ala Metni Şeyh Ebi Şucca', Daru'lKutubu'lİlmiyye, Beyrut.
- El-Buhari, Ebu Abdillah Muhammed b. İsmail(1990). (ö.256/870), Sahih'u- l Buhari, Nşr. Mustafa Dîb el-Buğa, Beyrut.
- El- Merğınani, Ebu'lHasen Ali b. EbiBekr b. Abdilcelil el-Ferğani, (ö.593/1197), el-Hidaye şerhu Bidayeti'lMübtedi, el-Mektebetü'l İslamiyye, Beyrut, ty.
- El-Mısri, Ebü'l-Abbas Şihabüddin Ahmed b. Lü'lü' İbnü'n-Nakib.(1428). Umdetü's-Salik ve Uddetü'n-Nasik,Mektebet-u Seyda', Beyrut.
- Ed. Türcan T.(2015). İslam Hukuku El Kitabı, Grafiker yay, Ankara.
- Efendi, Ali H.(2003). Dureru'l Hukkam Şerhu Mecelleti'l Ahkam, Beyrut.
- Erbili, Şeyh Muhammed Emin eş-Şafii.(1384). Tenvir-û'l Kûlub fi Muamelati Allam-û'l Ğuyub, Mekatib-i Şehire, Mısır.
- Erdoğan, M.(1990). İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul.
- Eren, F.(2012). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin yay, Ankara.
- Ertaş, Ş. "Borçların İfası İle İlgili Yeni Borçlar Kanunu'nun Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, c.3, ss.309-319.

- Esen, H. "İslam Hukuku Açısından Borcun Geciktirilmesi Halinde Uygulanabilecek İşlemler" Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, c.2, ss.9-46.
- Es-Serahsi, Muhammed b. Ahmed.(1982). (ö.483/1090), el-Mebcut, İstanbul.
- Eş-Şirbini, Muhammed b. Ahmed el-Hatib(1958). Muğni-l Muhtac, Kahire.
- Ez-Zerka, Mustafa Ahmed(1958). el-Fıkhü'l-İslâmî Fî Sevbihi'l-Cedîd (el-Medhal),Dımaşk.
- Feyzioğlu, Feyzi N.(1977). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- Güneş, K.(2013). El-Mu'cem Arapça-Türkçe Sözlük, Mektep yay, İstanbul.
- Günay, H. Mehmet, "İslam Hukuk Doktrininde Hapis Müessesesi ve Mahpuslara Yapılacak Muamele", Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, c.8, ss.35-62.
- Haskefi, Muhammed b. Ali(1984). (ö.1088/1677) ed-Dürrü'l Muhtar, İstanbul.
- Hatemi, H. Ve Gökyayla, E.(2012). Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Havutçu, A.(1995). Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir.
- Havutçu, Ayşe, "İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, c.9, ss.319-341.
- Hülagu M.(1996). İslam Hukuku'nda Hapis Cezası, Rey yayıncılık, Kayseri.
- İbn Abidin, Muhammed b. Emin b. Ömer(ö.1252/1836), (1984). Haşiyetü Reddi'l Muhtar, İstanbul.
- İbn Kudame, Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed (1983). El-Muğni, Beyrut 1983.
- İbn Mace, Ebu Abdillan Muhammed b. Yezid (ö.273/886), (1981). Sünenü İbni Mace, yy, İstanbul.

- İbn Manzur, Ebü'l-Fadl Muhammed b. Mükerrerrem b. Ali el-Ensari. (1414). Lisan-ulArab, Darü Sadır, Beyrut.
- İbn Nüceym, Zeynüddîn b. İbrâhîm, el-Eşbah ve'n-Nezair. (2016). Darü'lKütüb'İlmiyye, Beyrut.
- İbn Rüşd, Ebu'l Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed (595/1199), (1985). Bidayet'ü-l Müctehid ve Nihayet'ü-l Muktesid, İstanbul.
- İnal, H. T.(2014). Borca Aykırılık Dönme ve Fesih, Seçkin yay, Ankara.
- İnan, Ali N. ve Özge Y.(2014). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yay, Ankara.
- Joseph, S.(1964). An Introduction toIslamic Law, Oxford University Pres.
- Kahveci, N.(2016). Mukayeseli İslam Borçlar Hukuku (Şirketler ilaveli), Hikmetevi yay, İstanbul.
- Karahasan, Mustafa R.(1992). Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin yayıncılık, İstanbul.
- Karaman, H.(2003). Mukayeseli İslam Hukuku, İz Yayıncılık, İstanbul.
- Karaman, H.(1987). İslam Hukukuna Göre Alışverişte Vade Farkı Ve Kâr Haddi, İslami İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, İstanbul, 1987.
- Karaman, H.(2011). Ana Hatlarıyla İslam Hukuku, Ensar Neşriyat, İstanbul.
- Kaplan, İ.(2012). Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler), İmaj Yayınevi, Ankara.
- Kayıhan, Ş.(2016). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin yay., Ankara.
- Kelebek, M.(2014). İslam Borçlar Hukuku ve Ebu Yusuf'un Öncelikleri, Ensar yayınları, İstanbul.
- Kılıçoğlu, A.(2011). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Kızır, M.(2012). Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi, Adalet yayınları, Ankara.

- Kocayusufpaşaoğlu, N.(2008). Borçlar Hukuku'na Giriş, Filiz yayınları, İstanbul.
- Koç, N.(1992). İsviçre-Türk Hukuku'nda Alacaklının Temerrüdü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- Koçhisarlıoğlu, Cengiz, "Karine ve Borçlar Kanunu'nun 96. Maddesindeki kusur karinesi", Yargıtay Dergisi, c.10, 272-286.
- Mevsili, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud, (ö.683/1284). (1981). El-İhtiyar Li-Ta'lili'l Muhtar, el-Matbaatü't-Teavüniyye, Ofset basım (Modern Prodüksiyon Basımevi).
- Müslim, Ebu'l Huseyn Müslim b. El-Haccac, (ö.261-874), (1955). Sahihu'l Müslim, Nşr. Muhammed Fuaf Abdalbaki, Kahire.
- Nomer, H.(2011). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta yayınevi, İstanbul.
- Nazikoğlu, Işık, "Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü", AÜHFD, Cilt.8, ss.658-684.
- Nesai, Ebu Abdurrahman Ahmed b. Şuayb b. Ali en-Nesai, (ö.303/915), (1991). Sünen'n-Nesai, yy, Beyrut.
- Oğuzman, K. Ve ÖZ, T.(2000). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Oğuzman, K.(1955). Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına göre (İş) Akdinin Feshi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul.
- Öğüz, T.(2015). Borçlar Hukuku, Anadolu Üniversitesi yay, Eskişehir.
- Öz, Turgut, "Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Etkisi", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, c.13, 131-172.
- Öz, T.(1989). İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Yayınevi, İstanbul.
- Özsoy, İ.(1995). "Faiz", TDV İslam Ansiklopedisi, TDV Yayınevi, İstanbul.



- Öztürk, Gizem K.(2016). Borçlar Hukuku'nda Borçlunun Temerrüdü, Seçkin yay, Bursa.
- Ruhi, Ahmet C.(2013). Sözleşmeler Hukuku, Seçkin yay, Ankara.
- Reisoğlu S.(2000). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta yay, İstanbul.
- Seliçi, Ö.(1977). Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- Serozan, R.(2009). İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Filiz yay, İstanbul.
- Serozan, R.(2004). Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimleri Geri Verme Yükümü, Seçkin, Ankara.
- Şener, Abdulkadir, "İslam Hukuku'nda Hacr", Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, c.16, ss. 331-347.
- Tandoğan H.(2010). Türk Mesuliyet Hukuku, Vedat yay, İstanbul.
- Tekelioğlu, Numan, "Mecelle'de Ve Türk Borçlar Kanunu'nda Satım Sözleşmesinin Kurulması Ve Unsurları" Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.25, ss.485-521.
- Tekinay, S.(1979). Sulhi, Borçlar Hukuku, İÜ yay, İstanbul.
- Tekinay, Selahattin S.(1993). Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU, Atilla ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Tirmizi, Ebu İsa Muhammed b. İsa et-Tirmizi, (ö.279/892), Sünenü't-Tirmizi, Nşr. İzzet Abid, el-Mektebetü'l-İslamiyye, İstanbul, ty.
- Tunçomağ, K.(1976). Türk Borçlar Hukuku, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976.
- Tunçomağ, Kenan, "Evvelki ve Şimdiki Hukukumuzda Göre Ölünceye Kadar Bakma Akdi", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, c.2, ss.165-179.
- Yaran, R.(1997). İslam Hukukunda Borcun Gecikmesi, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfi Yayınları, İstanbul.
- Yılmaz, E.(1992). Hukuk Sözlüğü, Yetkin yay, Ankara.

- Yıldız, Mustafa G.(2017). "Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Yıldırım A.(2017). Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin yay, 6. Baskı, Ankara.
- Zapata, Tan T.(2013). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Savaş yay, Ankara.
- Yargıtay 15 HD. 07.07.2010, E.2009/3432, K.2010/3905, (Yargıtay Kararları Dergisi, Eylül 2010)

## İNTERNET KAYNAKLARI

- Yargıtay 13. HD, E.1996/9985, K.1997/810, T. 13.02.1997; Kazancı İçtihat Bankası.
- Yargıtay HGK, T. 28.11.1990, E.1990/11-88, K.1990/591; Yargıtay HGK, 13.11.1991, E.1990/11-303, K. 1991/567, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi:01.12.2018)
- Yargıtay HGK, T. 23.06.2010, E.2010/19-255, K.2010/347, Yargıtay HGK, T. 28.09.2011, E. 2011/19-498, K. 2011/572, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 01.12.2018)
- <http://www.sozluk.adalet.gov.tr/Cebr-i icra>, (18.01.2019)
- <https://bugrapalabiyik.com/wp-content/uploads/2017/05/Sulh-Sözleşmesi.pdf>  
(18.01.2019)





**IKSAD**  
Publishing House



**ISBN: 978-625-8213-83-6**