



# MECMUA

ULUSLARARASI SOSYAL BİLİMLER DERGİSİ

Bahar 2020, Yıl: 5, Sayı: 9, ss. 126-138

Doi Number: 10.32579/mecmua.697994

*Araştırma Makalesi / Research Article*

Yayın Süreci / Publication Process


Yükleme Tarihi: 04.03.2020 / Kabul Tarihi: 16.03.2020

Recep ÖZDEMİR \*

## İSLÂM HUKUKUNDA BORÇLARIN VE HAKLARIN İSPATINA YÖNELİK TEMİNATLAR <sup>1</sup>

### ÖZ

Hakların sınırlarının belirlenmesi, hakların kazanılmasının ve devredilmesinin genel esaslarının tayin edilmesi hukuk güvenliği açısından önemli olmakla birlikte, adaletin sürekliliği için yeterli değildir. Hukukî kuralların ve bu kurallardan hareketle oluşan hukukî kurumların mükemmel olması, adaletin kesintisiz şekilde toplumda varolmasını tek başına sağlayamamaktadır. Bu yüzden toplumsal düzeni sağlayan hukuk kurallarının bir kısmı hakların belirlenmesi, kazanılması, devredilmesi ve sona ermesine yönelik olurken diğer bir kısmı, belirlenen hakların teminat altına alınmasına yöneliktir. Hatta hukukî işlem gerektiren bütün tasarrufların temelinde, hakların teminat altına alınması düşüncesi vardır. İslam hukuku, haklar ve borçlarla ilgili önemli düzenlemelere yer vermiştir. Borç ilişkilerinden kaynaklanan şartlar teminat gerektirebilir. Bazı durumlarda alacaklıya, alacağına karşılık teminat isteme selâhiyetini doğrudan kanun tanıır. Borçlunun edimini kusursuz şekilde yerine getirmede kifâyetsizliğe düşmesi ya da mücbir sebeplerden dolayı yapılan bir sözleşmenin tamamlanmama olasılığı, teminat düşüncesinin temelini oluşturmaktadır. Borçlunun hüsn-ü niyeti, alacağın zimmete taalluku esnasında mevcut olması, gelecekte de var olmasını zorunlu kılmamaktadır. Alacaklı, bir erdem olarak borçlunun hüsn-ü niyetini önemsemediği alacağın eksiksiz şekilde elde edilmesi, ahlakî olmaktan çok hukukî bir durumdur. Alacaklı, alacağını objektif vasıtalarla garanti etmeyi tercih eder. Bu yüzden hukuk sistemlerinde, alacak haklarını garanti altına alma iradesinden doğan teminat vasıtaları ilke olarak hep varolagelmıştır. Bu düzenlemelerin bir kısmı

\*  Doç. Dr., Adıyaman Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Öğretim Üyesi, celoglu23@gmail.com

<sup>1</sup> Bu çalışma "İslam Borçlar Hukukunda Ayni Teminat, 2016" isimli doktora çalışmamızdan elde edilmiştir..



MECMUA

borç ilişkilerinin şekline yönelik olmasına karşın bir kısmı hakların ve borçların ispatına ve teminatına yöneliktir. İslam hukukunda yer alan teminatların genel anlamda aynı teminat, şahsi teminat ve ispata yönelik teminatlar olmak üzere üç kısma ayrılır. Bu çalışma ipotek, kitabet, şahitlik ve cezai şart şeklinde sıralanan, borçların ve hakların ispatına yönelik teminat vasıtalarını incelemeyi amaçlamaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** İslam Hukuku, Borç, Teminat Vasıtaları, Şahitlik, Cezai Şart

## PROVISIONS FOR PROVIDING PAYABLES AND RIGHTS IN ISLAMIC LAW

### ABSTRACT

Determining the boundaries of rights, determining the general principles of acquiring and transferring rights is important in terms of legal security, but it is not sufficient for the continuity of justice. The perfection of the legal rules and the legal institutions formed based on these rules cannot ensure the existence of justice in society in an uninterrupted manner. Therefore, some of the legal rules that provide the social order are for the determination, acquisition, transfer and termination of rights, while another part is for the guarantee of the determined rights. In fact, the idea of putting rights under guarantee is at the basis of all savings requiring legal action. Islamic law has included important regulations on rights and debts. Conditions arising from debt relationships may require a guarantee. In some cases, the law directly recognizes the creditor's claim to receive collateral in return for his receivable. The possibility of failure of a contract to be completed due to force majeure or the failure of the borrower to fulfill its performance flawlessly constitutes the basis of the guarantee. The intention of the borrower to be present at the time of receipt of embezzlement does not necessitate its existence in the future. Even if the creditor cares about the debtor's intention as a virtue, obtaining the receivables in full is a legal rather than moral. The creditor prefers to guarantee his receivables through objective means. Therefore, collateral means arising from the will to guarantee receivables in legal systems have always existed. While some of these arrangements are related to the form of debt relations, some are related to the proof and guarantee of rights and debts. Generally, the collaterals in Islamic law are divided into three parts as real collateral, personal collateral and proof of collateral. This study aims to examine the collateral means for the proof of debts and rights, which are listed as mortgages, inscriptions, witnesses and criminal conditions.

**Keywords:** Islamic Law, Debt, Collateral Vehicles, Witness, Criminal Charter

### Giriş

Borç ilişkilerine bakan yönüyle hukukun, genel anlamda, değişim ve güven olmak üzere iki temel işlevi vardır. İnsanlar, günlük yaşantılarını sürdürebilmek için, sürekli mal ve hizmet üretir, ürettiği malları devreder ve tüketirler. Hukuk sadece bu malları ve hizmetlerin değişim ve devretme vasıtalarını düzenlemekle yetinmez; ayrıca borç ilişkilerinde değişim ve devretmenin güven temelini oluşturur. Güven



temeli olmaksızın sadece tedâvül işleviyle donatılan hukuk, günlük yaşamda özellikle ticari hayatta yetersiz kalır. Bu yüzden en başta iş yaşamında güven mekanizmasının oluşturulması önem arz etmektedir. Malların ve hizmetlerin adaletli ve sağlıklı bir şekilde değişimi, teminat sağlayan vasıtaların oluşturulmasına ve düzenlenmesine bağlıdır. Bundan dolayı, hukuk düzeni tarafından sağlanan hakların güvence altına alınmasının temelini oluşturan teminat hukuku, bir ihtiyaç olarak hep var olagelmıştır.

Can ve mal güvenliği ile dokunulmazlığını merkezî bir konuma yerleştiren İslâm hukuku, hakların kazanılması ve devredilmesine yönelik hükümler vazetmesinin yanında hakları koruyan düzenlemelere de yer vermiştir (Onur, 2018:187). İslâm hukukunda hakların güvence altına alınması amacını güden teminat vasıtaları, ilgili yerlerde meseleler bağlamında dağınık bir şekilde ele alınmıştır. Klasik literatürde, batı menşeli hukuk sistemlerinde benzer bir branşlaşma olmadığı için, teminat vasıtaları sistematik bir tarzda işlenmemiş; zimmete taalluk eden şahsî teminatlara genel olarak kefâlet; ayna taalluk eden aynî teminatlara ise rehin bölümünde yer verilmiştir. Borçların ispatına yönelik olan teminat vasıtaları ise İslâm hukukun kaynaklarında genellikle geniş bir çerçevede ispat gerektiren bütün durumlar için kullanılmaktadır. Fukahanın kazuistik bir yöntemle genel anlamda borç ilişkilerini değerlendirmesi neticesinde oluşan ve “mu’âmelât” şeklinde üst bir kavramla ifade edilen fikhî birikim, modern hukukun ulaştığı ve şekillendirdiği aynı teminatlara ilke olarak yer vermekte; genel ilkelere aykırı olmamak kaydıyla bu alandaki gelişmelerin hukuk sistemi içerisinde yer almasına olanak sağlamaktadır.

#### A. Teminât Kavramı ve Çeşitleri

Teminat kavramı, en geniş anlamda, bir kimsenin başkasının karşısında bulunduğu tehlikeyi kendi üzerine almasını öngören, hedefi mevcut ya da muhtemel bir borcun ifâsını temin olan bütün sözleşme, akitler, tasarruflar ve hukukî sonuç doğuran durumları ifade etmek için kullanılmaktadır. İslam hukukçuları teminatı hukuki bir terim olarak tanımlanmamıştır. Çağdaş hukukçulardan Von Tuhr terim olarak teminatı, “borçlunun borcunu ifâ ve tediye etmemesi tehlikesine karşı alacaklıya tanınan garantiler” diye tanımlanmıştır (Von Tuhr, Andreas, 1983: II, 748; Tandoğan, 1987; II, 686, I/1, 5).

Teminatla, alacaklının teminat akdine dayanarak, borcun anlaşma gereğince ifâ edilmemesi tehlikesi karşısında alacağını başka şekilde temin etme imkânını elde etmesi anlaşılmaktadır. Teminat hedefine yönelmiş bir akitte, teminat verenle teminat alan, akdın tarafını oluşturmaktadır. Teminat alan tarafın, teminat gayesi güden akit ve hukukî işlem yoluyla kazandığı hakka dayanarak el koyabileceği mallara da teminat vasıtaları denir (Davran, 1972: 2).

Teminat yükümlülüğüne girildiğinde tehlikeyi deruhte etmek, daman altına girmek, tekeffül etmek, teminat vermek, alacağın teminini taahhüt etmek, doğacak zararı karşılamak gibi tabirler kullanılmaktadır (Tandoğan, 1987: II, 686).

Teminat düşüncesinin temelini oluşturan tehlike ya da riziko, “meydana gelmesi şüpheli olup, kaçınılan ve ekonomik bakımdan zararlı bir durumun meydana gelmesi veya beklenen ve ekonomik bakımdan faydalı bir durumun meydana gelmeme olasılığı” diye tanımlanabilir (Zeylaî, 1313: VI, 63; Tandoğan, 1987: II, 686; Beşer,



2006: 11, 16). Mesela satılan bir malın başkasına ait çıkması, kirası peşin ödenen evin yıkılması beklenen ekonomik faydanın oluşmaması sebebiyle bir tehlike oluşturmaktadır.

Teminatın illetini teşkil eden tehlike, asıl borçlunun borcunu ödememesi, kiracının kirayı ödemekten kaçınması gibi kişilerin fiillerinden kaynaklandığı gibi, yangın yüzünden malın yok olması, dolu sebebiyle tarladaki ürünün zayi olması gibi doğal afetlerden de kaynaklanabilir. Bu açıdan bakıldığında teminat sözleşmeleri, muhataralı sözleşmeler kapsamına girmekle birlikte muhataralı akitlerden daha geniş bir kavramsal çerçeveye sahiptir (Tandoğan, 1987: II, 686-687; Davran, 1972: 1).

Teminat vasıtalarının tarihi, insanlık tarihi kadar eskidir. Hamurabî kanunlarında alacak haklarının ispatına ve teminine yönelik bazı hükümler yer almakta; borcun yazılması ve alacağın temin edilmesi için borçlunun hapsedilmesinden, borca karşılık borçlunun kendisini, yakınlarını satmasından, borçlunun birinci derece yakınlarının borç sahibi tarafından zorla çalıştırılmasından bahsedilmektedir (Harper, 1904: 27, 39).

Teminat düşüncesinin köklü bir tarihe sahip olmasının nedeni, insanın varolduğu tarihten beri, yaşlılık, ölüm, işsizlik, iflas gibi durumlarla karşılaşması; bundan sonra da karşılaşmaya devam edecek olmasıdır. Bu açıdan teminatlar, kişiyi hemcinsleriyle yaptığı karşılıklı ticarî faaliyetlerin rizikosundan korumaktadır. Teminat vasıtalarının biriyle güvence elde eden bir kişi, hem kişilerin iradelerinden kaynaklanan kötü niyet tehlikesine hem de kişinin elinde olmayan tabii afetlere karşı alacak hakkını güvence altına almaktadır.

Teminatlar birçok yönden tasnife tâbi tutulmaktadır. Teminat vasıtaları, rehin, kefâlet gibi alacak hakkının eksiksiz şekilde temin edilmesi ve şahitlik, kitâbet gibi alacağın ispatını sağlaması açısından tasnif edildiği gibi; muhtevaya, fer'î olup olmamasına göre de tasnif edilmektedir. Teminat çeşitlerinin farklı şekillerde değerlendirildiği ve buna bağlı olarak farklı tasniflere tâbi tutulduğu görülmektedir. Çağdaş hukuk sistemlerinde teminat çeşitleri birkaç kategoride tasnife tâbi tutulmaktadır. Teminat belli bir şahsın zimmetini meşgul etmesi ya da belli bir aynın üzerinde gerçekleşmesine göre aynî ve şahsî olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Teminat ile teminatlı alacak arasındaki ilişkiye göre teminat çeşitleri ise fer'î teminat ve inançlı (fidüsyer) teminat olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Son olarak kanundan kaynaklanıp kaynaklanmamasına göre teminatlar mahiyeten ve ihtiyaren şeklinde iki kısma ayrılmaktadır (Davran, 1972: 4).

İslâm hukukunda teminat hukukuyla ilgili çalışmalarda teminat, beşerî hukukundakine benzer tasniflere tâbi tutulmaktadır. Buna göre, talep edilen edimin borçlunun zimmetini ya da belli bir malını ilgilendirip ilgilendirmemesi bakımından teminat, şahsî ve aynî teminat olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bazı hallerde teminat kaynağına göre ittifâkî ve kanunî olmak üzere ikiye ayrılmaktadır (eş-Şehânibe, 52-59) Tenâgû ve Senhûrî, teminat çeşitlerini beşerî hukuk sistemlerinin tertibine benzer şekilde aynî ve şahsî teminat olmak üzere iki kategoride ele almaktadırlar. Her ikisine göre, kefâlet şahsî teminatı oluşturmasına karşın, rehnu'r-resmî, hakku'l-ihtisâs, rehnu'l-hayâzî ve hukûku'l-imtiyazât ise aynî teminatı oluşturmaktadır (Tenâgû, 1996: 4-16). Mahmûd Sa'd da teminat çeşitlerini aynî ve şahsî olarak ikiye ayrılmaktadır. O, kefâleti şahsî teminat vasıtası olarak; er-Rehnu'l-



Hayâzî ve hakku'l-İmtiyâzî ise aynî teminat çeşidi olarak ele almaktadır (Mahmûd Sa'd, 1990: 72).

Teminat vasıtaları, Kıta Avrupası hukuk sisteminde genellikle şahsî ve aynî olmak üzere iki kısma ayrılır. Bir üçüncü kişi borçlu sıfatıyla alacaklı için bir teminat oluşturan kefâlet, şahsî bir teminat olarak; rehin gibi doğrudan bir aynın alıkonulmasıyla tesis edilen teminat ise aynî teminat olarak değerlendirilmektedir (Von Tuhr, 1983: I, 131; Tandoğan, 1987: II, 688; Umur, 1999: 314). Hem aynî hem şahsî teminat, genel olarak garantiye yönelik akitler (contrats de garantie) şeklinde tasnif edilmektedir.

Fıkıh literatüründe aynî ve şahsî teminat terimleri açık bir şekilde kullanılmamakla birlikte kefâlet ve rehlin ele alındığı bablarda teminat düşüncesine değinilmekte, sistematik bir tazda olmasa da şahsî teminat-aynî teminat ayırımına benzer bir sınıflamaya gidilmektedir (Serahsî, trs.: XIX, 35; Özer, 1997: II, 1039; Çalış, Hacak, 2007: 538).

## B. İspata Yönelik Teminat Vasıtaları

Teminat (tevsîk) vasıtaları borcun geri alınmasını veya ispatını sağlaması açısından genel olarak ikiye ayrılmaktadır. Buna göre aynî ve şahsî teminatlar alacağın elde edilmesini sağladığı için *et-Tevsîku'l-İstifâiyye* şeklinde; borcun inkârı halinde ispatını sağlayan, bey' bi'l-urbûn, cezaî şart, şehâdet ve kitâbetten oluşan teminat vasıtaları ise *et-Tevsîku'l-İsbâtiyye* diye isimlendirilmektedir (Helîl, 2001: 21-22). Bu çalışma ispata yönelik teminat vasıtalarını incelemeyi amaçlamaktadır.

### 1. Bey' Bi'l-'Urbûn (Kaparo/Pey Akçesi)

Sözlükte “pey akçesi, satım akdinin yapıldığı şart, ön ödeme, bağlanma parası” (Fîrûzâbâdî, 2005:114) manasına gelen ‘urbûn kelimesinin Arapça; “arabûn”, “urbân”, “urubun”, “rabûn”, “arbûn” şeklinde birçok telaffuz şekli mevcuttur. Kelime aslen Arapça değildir. Yunanca olan “arhabon”dan Arapçaya geçmiştir. Türkçeye de İtalyanca olan “caparra” kelimesinden “kaparo” şeklinde geçmiştir. Günümüz Türkçesinde ‘pey akçesi’ kavramıyla ifade dilmektedir (Feyyûmî, 1987: 152; San'ânî, 2011: II, 24; Zevkliler, 2001: 171; Kayıhan, 2012: 322; Bayındır, 2007: 156; Kılıçoğlu, 2009: 585; Onur, 2019: 334-336).

İslâm hukukunda bey' akdinde müşterinin ve icâre akdinde kiracının, akdi tamamlaması halinde toplam fiyattan düşülmesi, feshetmesi halinde ise akitten caymanın karşılığında yaptırım vasfı da taşıyan, bir hibe olarak mal sahibinde kalması şartıyla yaptığı ön ödeme olan bey' bi'l-'urbûn, henüz vücut bulmamış hukukî bir işlemde doğan zararın telafisinin teminatı kabul edilmektedir (İbn Abdilberr, 1967: 178-179; Ebû'r-Reyş, 1986: 9; Kallek, 2001: 339; Zevkliler, 2001:171).

Bey' bi'l-'urbûn, satım, icâre ve istisna' akdi yapan her iki taraf için oluşabilecek muhtemel zararların teminatını sağlamaktadır. Satım akdinde bayî' malın müşteri tarafından alıkonulmasından dolayı elde kalma ihtimaline karşılık teminat elde ederken, müşterî de hem daha iyi imkânların araştırılması hem de satın almak istediği



mala ilişkin maddî yetersizliğini gidermek için vakit kazanmaktadır. Satım akdi için geçerli olan bu durum, icâre ve istisnâ' akdi için de geçerlidir (Ebu'r-1986: 11; Masrî, 2000: 10).

Bey bi'l-'urbûnun istisna' akdinde sanatkâra yaptığı malla ilgili teminat sağladığı görülmektedir. Müşteriden sipariş alan sanatkâr, belli bir meblağı talep etmekte; bu meblağı emeğinin zay'î olmaması için teminat olarak saklamaktadır (Ebu'r-Reys, 1986: 11; Masrî, 2000: 10).

Bey bi'l-'urbûn, belli bir aynın üzerine kurulmadığı için aynî teminat vasıtaları arasında sayılmamaktadır. Bu işlem temelde bir hakkın veya borcun geri ödenmesinin ispatının teminatını sağlamaktadır.<sup>2</sup> 'Urbûn (kapora), niyet düzeyinde olan hukukî bir işlemin tamamlanmasının bir göstergesi, diğer bir ifadeyle akdin geçerli oluşunun delili ya da tamamlanmış hukukî bir işlemin gereğini yapmamanın cezası olarak verilen bir miktar nakittir. Akdi kesinleştirmenin göstergesi olarak verilen kapora, daha sonra satım akdi olması halinde semenden; kira akdi olması halinde ücretten düşürülmektedir (Von Tuhr, 1983: II, 773-774; Zevkliler, 2001: 171). Kesinleştirilmiş bir akitten caymanın cezası olan ve çoğu müçtehide göre câiz olmayan pişmanlık akçesiye, müşterinin mülkiyetine geçmektedir. Buna göre her iki durumda da aynî teminatın hâiz olduğu özellikler mevcut değildir (Nevevî, 2013: 293; Senhûrî, II, 87; Masrî, Refik Yunus, *Bey'ul-Urbun ve Ba'du Mesâili'l-Muhtesedeti fihi*, s. 10; Zevkliler, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 171).

Bey bi'l-'urbûnun aynî teminat vasıtaları arasında kabul edilmemesi, sadece mahiyetinden kaynaklanmamaktadır. Bunun yanında, bey bi'l-'urbunun şer'î hükmü, bu tasarrufu câiz görmeyenlere göre bir teminat vasıtası olarak ticarî faaliyetlerde kullanılmasının önünde bir engel teşkil etmektedir. " Resûl bey'u-urbân'dan men etti." (İmam Mâlik, *Buyu'* 31; İbn Mâce, *Ticarât* 22; Ebû Dâvud, *Urbân* 69; Bâcî, 1420: VI, 24.) hadisine göre bey' bi'l-'urbûn câiz değildir. Söz konusu rivayeti ve İslâm hukukun genel ilkelerini göz önüne alan müçtehitler bey bi'l-'urbûnun şer'î hükmü hususunda farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Çoğu müçtehide göre bey' bi'l-'urbun câiz olmamakla birlikte Abdullah b. Ömer, Nâfi' b. Abdülhâris, Mücâhid, Zeyd b. Eslem, Hasan-ı Basrî gibi sahabî ve tâbiîn âlimler ile genel olarak Hanbelî ulemasına göre kaporalı satış işlemi câizdir. Söz konusu işlemi câiz görenlerin delili, Nâfi' b. Abdülhâris'in, Safvân'ın evini hapisane olarak kullanılmak üzere Halife Ömer adına kaporalı olarak satın aldığını gösteren hadistir. Bu görüşe göre, akid tamamlanınca yapılan ödemenin fiyattan düşülmesi hususunun câiz olduğu noktasında sahâbenin sükûfî icmâi oluşmuştur (Nevevî, 2003: 293; İbn Cuzey, 2009: 407; Zurkânî, III, 94-95; Zuhaylî, 1997: V, 3435).

## 2. Kitâbet

Borçların geri ödenmesinde bir ispat vasıtası olarak değerlendirilen kitâbet (Kurtubî, 2006: IV, 430-431; Helîl, 2001: 22), borçlunun borcunu kabul etmemesi ya da borcun nevi, cinsi ve miktarı hususunda hataya düşmesi halinde, alacaklıya borcun ispatı hususunda teminat sağlamaktadır (Kurtubî, IV, 430-431; Helîl, 2001: 43;

<sup>2</sup> Roma hukukunda pey akçesi/ kapora daha çok bizzat borçlu tarafından verilen şahsî bir teminat olarak değerlendirilmektedir (Bkz. Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 314).



Abdulfettâh, 6.) Kitâbet, borçların ispatıyla ilgili müdâyene ayeti olarak bilinen Bakara sûresinin 282. ayetinde zikredilmektedir. İlgili ayet şu şekildedir: “

*“Ey iman edenler! Belirlenmiş bir zamana kadar bir borç ilişkisi kurduğunuzda bunu yazın. Aranızdan bir kâtip bunu adaletle yazsın. Kâtip Allah’ın kendisine öğrettiği gibi yazmaktan geri durmasın. Artık o yazsın, borçlu da yazdırsın; rabbi olan Allah’tan korksun ve borçtan hiçbir şeyi eksik bırakmasın. Eğer borçlu akılcı zayıf veya eksik yahut kendisi yazdıramaz durumda olursa velisi adaletle yazdırsın. Erkeklerinizden iki şahidi de tanık tutun. Şahitler iki erkek olmazlarsa, rıza göstereceğiniz şahitlerden bir erkekle -biri yanılırsa diğerinin ona hatırlatması için- iki de kadın olsunlar. Çağrıldıklarında şahitler gelmemezlik etmesinler. Borç küçük olsun büyük olsun vadesini belirterek onu yazmaktan üşenmeyin. Böyle yapmanız Allah katında daha adaletli, şahitlik için daha destekleyici ve şüpheye düşmemeniz için daha uygundur. Borç ilişkisinin, aranızda alıp vererek bitirdiğiniz peşin ticaret olması müstesnadır; onu yazmamanızda sizin için bir sakınca yoktur. Alış veriş yaptığınızda şahit tutun. Kâtip de şahit de zarar görmesin. Eğer bunu yapar da zarar verirseniz şüphesiz bu sizin yoldan çıkmanız demektir. Allah’tan korkun, Allah size öğretiyor, Allah her şeyi hakkıyla bilmektedir.”*

Ayetin kitâbetle ilgili kısmında yüce Allah (c.c.), belirli bir vâdeye kadar borç verildiğinde borcun borçlu tarafından ya bizzat yazılması ya da adaletli bir kâtibe yazdırılmasını emretmektedir. Borcun yazılmasında muhâtab borçludur. Borçlu akdi yazdırmakla yazdırmamak arasında muhayyer olmasına rağmen, yazdırması halinde borcu bütün yönleriyle tam yazdırması onun uhrevî bir sorumluluğudur. Ayete göre, borçlu, akılcı noksan, küçük ya da yazdırmaktan âciz bir kimse ise, velisi borcu yazma ya da yazdırma görevini üstlenir.

Ayete geçen kitâbet emrinin vücûbiyet ifade edip etmediği hususunda iki farklı görüş vardır. Zahirîler ve Taberi’ye göre ayette borçları yazılmasına ilişkin emir vücûbiyet ifade etmektedir. Abdullah b. Ömer, Ebû Musa el-Eş’arî, Muhammed b. Sîrîn, Ebû Kulâbe, Dahhâk, Cabir b. Zeyd, Mücâhid, Atâ b. Ebî Rabâh, İbn Cüreyc, İbrahîm Nehâî’nin içinde bulunduğu kalabalık bir gurup da bu görüşü benimsemektedir (Taberî, : 2005, III, 146; İbn Hazm,1352: VIII, 80). Zikrettiğimiz kişilerin dışında kalan fakihlere göre ise buradaki emir vücûbiyete değil, nedb ya da irşada delâlet etmektedir. Çünkü Bakara sûresi 283. ayetinde geçen “Biribirinize güvenirsiniz...” şeklindeki ibare emir sigasının vücûbiyet ifade etmesini engelleyen bir karine niteliğindedir (Cessâs, I, s. 583; Kurtubî, IV, 431; Râzî, 1981:VII, 114; Zeydân, 2012: 231; Şa’bân, 2007: 332; Pala, 348).

Alacağın teminat altına alınması için, başvuru vasıtalarından olan kitâbet, bir belge niteliğinde olup vadeli borçların geri ödenmesinin sağlanması için tanzim edilmektedir. Kitâbet vasıtasıyla vadeli borçların tespit edilmesi için tanzim edilen belge “ sak” diye isimlendirilir. Bu belgede borç veren ve alanın, babasının, dedesinin isimleri; borç alan ve verenin mâlî ve ahlakî durumları; borcun vadesi, miktarı, cinsi; borcun verildiği yerin adı; borç şahitler huzurunda verildiyse şahitlerin isimleri; borca karşılık rehin alındıysa rehlin miktarı ve cinsine ilişkin bilgiler yer almaktadır. Kitâbet yoluyla tanzim edilen ve resmi evrak niteliği taşıyan sak borçları ispatını sağlamakla birlikte borcun geri ödenmesinde rehinde olduğu gibi aynı teminat vazifesini yerine getirememektedir (Tahâvî, Şurû’-s-Sağîr II, s. 496).



Özellikle vadeli borçların ispatının sağlanması için belli vasıtalara ihtiyaç duyulduğu bir gerçektir. Zira insan tabiatı itibariyle unutmaya ya da başkasının hakkını bile bile zimmetine geçirmeye veya inkâr etmeye müsait bir yapıdadır. Ayrıca borcun miktarı, niteliği ve vadesiyle ilgili taraflar arasında ihtilaflar husule gelebilir. Bundan dolayı vadeli borçların yazılı bir belgeyle teminat altına alınması önem arz eden bir husustur.

Kitâbet, doğrudan borçların geri ödenmesini sağlayan bir teminat vasıtası olmaktan ziyade, borcu ispat vazifesi icra etmektedir. Klasik literatürde kitâbet, hem köleyle yapılan özel bir akit, hem de borçlu ile alacaklı arasında gerçekleşmiş bir borç ilişkisinin ispatını sağlayan bir yazılı belge olarak değerlendirilir. Mukâteb köleyle yapılmış akit anlamında kitâbet, köle ile efendisi arasındaki anlaşmanın ve borç ilişkisinin içeriğini ve varlığını ispat amacını güder (Mergînânî, III, s. 247; İbn Rüşd, s. 815). Daha genel anlamda kitâbet ise bütün borç ilişkilerini şamil yazılı belge anlamında kullanılmaktadır. Buna göre yazılı belgeyle borcun miktarı, vadesi, cinsi kayıt altına alınmakta; taraflardan herhangi birinin vefatı halinde yaşanabilecek olumsuzlukların önüne geçilebilmektedir. Bu açıdan bakıldığında kitâbetin, akdî sorumluluğun tesbit edilmesinde, önemli bir vazifeyi icra ettiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte kitâbet, belli bir ayna ilişkin olmadığı için aynı teminatlar; bir şahsın zimmetini ilgilendirmediği için şahsî teminatlar arasında yer almaması daha isabetli gözükmektedir.

Kitâbetin, hakların ispatında müstakil bir ispat vasıtası kabul edilip edilmeyeceği konusu olumlu ve olumsuz olmak üzere iki farklı yaklaşımda ele alınmaktadır. Yazının taklit edilmeye müsait olması, yazılı belge üzerinde oynama yapılabilmesi ve yazılı belgeyle asıl niyetin gizlenebileceğinden dolayı kitâbetin hâkim tarafından yargılama esnasında ispat vasıtası olarak kullanılmayacağı zikredilmektedir. Buna karşın kitâbetin Kur'ân'da (Bakara, 2/282) zikredilmesi ve sünnette (Buhârî, Vasâyâ 55; İbn Mâce, Ticârât 47) tatbik edilmesi sebebiyle ispat vasıtası olarak kullanılabilirliği şeklinde görüşler de vardır (İbnu'l Kayyim, 246; Hâmidî, 200-201).

### 3. Şahitlik

Müdâyene ayetinde, kitâbetle birlikte zikredilen borcun ispat vasıtalarından bir diğeri de şahitliktir (Kurtubî: IV, 440; Şafii Abdurrahman Seyyid Avaz, 4-5; Helîl, 22 ; Zuhaylî, 2002, 82). Ayette şahitlikle ilgili kısımda Allah şöyle buyuruyor:

*“Erkeklerinizden iki de şahit bulundurun. Eğer iki erkek bulunamazsa rıza göstereceğiniz bir erkek ile-biri yanılırsa diğerinin ona hatırlatması için- iki kadın (olsun) Çağrıldıkları zaman şahitler gelmemelik etmesin (Bakara, 2/282).*

Ayette geçen şahitliğin, kitâbeti destekleyen tâlî bir unsur şeklinde zikredildiği görülmektedir. Kitâbet işlemi yapılırken iki erkek şahidin ya da bir erkek, iki kadın şahidin bulundurulmasının istenmesi, yapılan kitâbet işleminin daha sağlam ve işlemin isbatının daha kolay olmasına yöneliktir.

Ayette geçen şahitliğin vacip mi mendup mu olduğu hususunda tartışma vardır. Genel kanaat ayetteki şahitliğin vacip değil tevsik ve maslahat gereği mendup olduğu yönündedir. Kitâbette olduğu gibi, Bakara sûresi 283. ayetinde geçen “Biribirinize





güvenirsiniz...” şeklindeki ibare şahitlikle ilgili emir sigasının vücubiyet ifade etmesini engelleyen bir karine niteliğindedir (Cessâs, I, 583; İbn Arabî, I, s. 341).

Şahitliğin meşru kılınmasının hikmeti, hakların korunmasıdır. Bu haklar içinde mâlî haklar olduğu gibi nikâh bağının ispatlanması gibi manevî haklar da bulunmaktadır. Bir ispat vasıtası olan şahitlik rehin gibi yalnızca mâlî haklara münhasır değildir.

Şahitlik de kitâbet gibi şahsî ve aynî teminat vasıtaları arasında yer almamaktadır. Şahitlik hem akitten kaynaklanmayan hem de satım, rehin akdi gibi akitlerden kaynaklanan hakları ispat vasıtası olmakla birlikte, belli bir kişinin zimmetini meşgul etmesi ya da belli bir mal üzerinde sabit olmaması bakımından, aynî ve şahsî teminat vasıtaları arasında yer almamaktadır (Âmir, 134).

#### 4. Cezaî Şart

“Cezaî şart” tâbiri, gerek hukukî düzenlemelerde gerekse doktrinde farklı terimlerle ifade edilmiştir. Türk hukuk sisteminde cezaî şart, *ceza şartı*, *akdi ceza*, *ceza koşulu* gibi terimlerle ifade edilmektedir (Zevkliler, 170; Eren, 1169; Uçar, 1993: 12; Bilgili, Demirkapı, 2013: 202; Kayıhan, 325; Kılıçoğlu, 589). Halen yürürlükte olan borçlar kanununda cezaî şart, “ceza koşulu” kavramıyla ele alınmıştır (T.B.K. 179).

Cezaî şartın tanımı, cezaî şartla hedeflenen gayeye göre farklılık arz etmektedir. Cezaî şartın ceza olma yönüne vurgu yapan tanım şu şekildedir: “*Üstlenilen edimin hiç veya gerektiği gibi ifâ edilmemesi durumunda, borçlunun alacaklıya karşı yerine getirmeyi taahhüd ettiği genelde para cinsinden ifade edilen edimdir* (Eren, 1169; Reisoğlu, 2000: 368).” Cezaî şart, sebebi ve konusu dikkate alınarak şu şekilde tanımlanmıştır: “*Borçlunun alacaklıya karşı sabit bir borcu ifâ etmemesi halinde ödemeyi kabul ettiği, ekonomik değeri bulunan hukukî işlem ile belirlenmiş bir edimdi* (Pekdemir, 2014: 130).”

Cezaî şart bir teminat sözleşmesi değil; asıl alacağı kuvvetlendirme amacı güden ve akde eklenen, teminat vasfı bulunan bir şart hükmündedir (Eren, 1169-1170).

Günümüzdeki ıstılahî anlamıyla cezaî şart, ilk dönem İslâm hukukçuları tarafından bilinen bir konu olmadığı için, erken dönem fıkıh kitaplarında cezaî şart konusu bağımsız şekilde incelenmemiştir. Cezaî şart kavramının ilk dönem fıkıh literatüründe ele alınmamasının sebebi, bu dönemde mahkemelerin etkin olması, insanların haklarını hâkim kararıyla daha rahat ve kısa sürede alabilme imkânına sahip olmasıdır (Pekdemir, 131).

Modern hukukun etkisiyle cezaî şart, günümüzde İslâm hukukuyla ilgili çalışmalarda ele alınmıştır. Sonuç itibarıyla, çağımızın özellikle ticareti ilgilendiren sorunlarına kayıtsız kalmayan İslâm hukukçuları cezaî şart konusunu ele alarak İslâm hukukundaki yerini tespit etmeye çalışmışlardır. Bunun yanı sıra cezaî şarta kanunî düzenlemelerde de yer verilmiştir. Bunun bir sonucu olarak 19. yüzyıldan itibaren, İslâm dünyasında cezaî şartla ilgili hukukî düzenlemelere rastlanmaktadır. 1860 tarihli Ticâret Kanun’unda ve 1879 tarihli Osmanlı Usûl-i Muhâkeme-i Hukukîyye Kanun’un da borcun gecikmesi durumunda alınacak tedbirler arasında cezaî şarta da yer verilmiştir (Pekdemir, 131).



Daha sonraki dönemlerde *el-Bendü'l-Cezâi*, *et-Ta'yînü bi'l-ittifâk*, *et-Ta'yînü'l-ittifâkî*, *et-Ta'vîzü'l-İttifâkî*, *el-Cezâu'l-İttifâkî*, *el-Cezâu'l-İsâi*, *el-Cezâu't-Teâgudî* gibi tâbirlerle Müslüman âlimler tarafından çeşitli eserlerde ele alınan ve Arap ülkelerinin kanunlarında yer verilen cezaî şartın, birçok amacı vardır (Yemenî, 2006 :18; Hamevî, 1997: 54; Neşvî, 2013: 73; Pekdemir, 132-133).

Cezaî şartın asıl amacı, borçluyu edimini ifâya zorlama ve edimin ifâ edilmemesinden doğan zararın önceden tespit edilmesilmesinin sağlanmasıdır (Akıntürk-Ateş Karaman, 163; Uçar, 12). Cezaî şart bazı hallerde, akitten dönme veya akdi feshetme amacına da hizmet etmektedir. Özetle cezaî şart, borç ilişkilerinde birçok işlevi sağlamaya yönelik farklı şekillerde ortaya çıkmaktadır. Fakat hemen şunu belirtelim ki, cezaî şartın bütün çeşitlerinde temel hedef, alacaklıya muhtemel zararlar karşısında güvence sağlamak ve bu güvencenin parasal bir değer olarak önceden belirlenmesidir (Akıntürk-Ateş Karaman, 164-165).

Sözleşmelere cezaî şartın konulmasının temel amacı alacakların teminat altına alınmasının sağlanmasıdır. Cezaî şart, tıpkı rehin ve kefâlet gibi, borçluyu edimi yerine getirmeye zorlayıcı bir unsur olmasının yanında, borcun ifâsını temine yönelmiş bir teminat vasıtasıdır (Hamevî, 277; Tandoğan, I/1, 5).

Cezaî şartın henüz doğmamış bir hakka karşılık önceden para cinsinden bir değerle tespit edilmesi yönüyle, belli bir aynın üzerinde tesis edilen aynî teminat vasıtalarından ayrılmaktadır. Aynî teminatın önemli özelliği olan “*aynî hak*”, sadece aynların üzerinde kurulduğu düşünüldüğünde, aynî hakkın gelecekte gerçekleşmesi muhtemel rizikolara karşı hak sahibi lehine tayin edilen muhayyel bir deyn alacağının üzerinde sabit olamayacağı aşikârdır. Bununla birlikte, alacaklının mâlî nitelikteki kesin ya da muhtemel alacaklarını şartların tahakkuk etmesine bağlı olarak -parasal bir değerle güvenceye aldığı için- cezaî şart da teminat vasıtaları arasında yer almaktadır.

## SONUÇ

Sosyal hayatı adalet prensibi çerçevesinde düzenleme amacı güden hukukun hakları belirleme ve dağıtma görevinin yanında hakları güvence altına alma görevi de vardır. Zira hakların sınırlarını nizaya açık kapı bırakmayacak şekilde belirleme, hakların dağıtımını sağlama, toplumda huzur ve güveni tek başına sağlamaya yetmiyor. Bundan dolayı hukuk düşüncesiyle birlikte teminat müessesesi hep var olagelmıştır.

İki dünya mutluluğunu temin etmeyi amaçlayan İslam hukuku gerek hakların tespiti ve dağıtımını gerekse teminat altına alınması hususunda önemli ve köklü ilkeler vaz etmiştir. İslam hukuku, hakların ve borçların objektif olarak tespitine önem veren bir hukuk sistemidir. İnsanın insan olması hasebiyle doğuştan sahip olduğu haklarının korunması İslam hukukunun temel esasını oluşturmaktadır. Çağdaş hukuk sitemlerinde aynî teminat ve şahsî teminat şeklinde ele alınan teminat hukuku İslam hukukunun klasik kaynaklarında ilke düzeyinde, rehin, kefalet, havale gibi başlıklar altında ele alınmıştır. İlgili başlıklar altında teminat hukukunun bütün meselelerine değinilmemekle birlikte çağdaş gelişmelere açık bir diyalektiğe kapı aralanmıştır. İslam hukuku bu yönüyle temel hükümler ortaya koymasının yanında bu konudaki bütün gelişmelere açıktır.



Hakların güvence altına alınmasına yönelik teminat vasıtalarının yansira hakların ispatına yönelik teminat vasıtalarına da yer verilmiştir. Özellikle ayetlerde şahitlik ve kitabete dair birçok hükme rastlamak mümkündür Bey' bi'l-urbun, şahitlik, kitabet ve cezai şart klasik ve modern kaynaklarda ele alınmış ispata yönelik teminat vasıtalarıdır. Klasik literatürde sadece ilgili teminat vasıtalarının işlenmesi kısıtlayıcı ve sınırlayıcı bir hüküm değildir. İslam'ın temel hükümleri ve insan hak ve hürriyetlerine aykırı olmamak kaydıyla bu konuda ortaya çıkan ve çıkabilecek gelişmeler İslam hukuku açısından değerlendirilebilir.

### Kaynakça

- Bâcî, Ebi Velîd Süleymân b. Half b. Said b. Eyyüb (1420). *Müntekâ Şerhu Muvattai Mâlik I-IX*, Dâru'l Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut.
- Bayındır, Abdulaziz (2007). *Ticaret ve Faiz*, Süleymaniye Vakfı Yayınları, İstanbul.
- Beşer, Faruk (2006). *Sosyal Riskler Sigorta ve İslâm*, Nun Yay., İstanbul.
- Bilgili, Fatih ; Demirkapı, Ertan (2013). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* Dora Yayınları, Bursa.
- Dalgın, Nihat (2010). *Gündemdeki Tartışmalı Dinî Konular I-II* Etüt Yayınları, Samsun.
- Ebü'r-Reyş, Muhammed İsmail, *Beyânu Mezahibi'l-Fukaha fî Akdi'r-Rehn*, Matbaatü'l-Emane, Kahire.
- Feyyûmî, Ahmed b. Muhammed b. Alî (1987). *Misbâhu'l-Münîr*, Mektebet'ul-Lübân, Beyrut.
- Fîrûzâbâdî, Mecuddîn Muhammed b. Ya'kûb (2005). *Kâmûsu'l-Muhît*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut.
- Hamevî, Üsâme (1997). *eş-Şartü'l-Cezâi ve Sultatü'l-Kâdî fî Ta'dilihi Dirâse Mukârene fî'l-Fıkhî'l-İslâmî ve'l-Kânûn*, Darü'l-Hayr, Dimeşk.
- Harper, Robert Francis (1904). *The Code of Hammurabi*, The University of Chicago Press, London.
- Helîl, Salih b. Osmân b. Abdi'l-Azîz (2001). *ed-Duyûn ve Tevsîkuha fî Fıkhî'l-İslâm*, Riyad.
- İbn Abdilberr, Ebû Ömer Yûsuf b. Abdullah en-Nemerî el-Endülisî (1967). *et-Temhîd I-XXVI*, Vezâretü Umumi'l-Evkâf ve's-Şuûni'l-İslamiyye, Mağrîb.
- İbn Cuzey, Ebû Kâsım Muhammed b. Ahmed el-Kelbî el-Gırnâtî el-Mâlikî (2009). *Kavânînu'l-Fıkhîyye fî Telhîsi Mezhebi'l-Mâlikiyye*, Nouakchott.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Alî b. Ahmed b. Saîd (1352). *Muhallâ I-XI*, İdâretü'l-Matbaâtü'l-Münîr, Kahire.
- İbnu'l Kayyim, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ebî Bekr b. Eyyüb el-Cevziyye. *Turuku'l-Hükmiyye fî Siyâseti Şer'iyye I-II*, Dâru'l-İlmi'l-Fevâid, Cidde.



- Kallek, Cengiz (2001). “Kaparo”, *DİA*, cilt: XXIV, İstanbul, s. 339-340.
- Kayıhan, Şaban (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara.
- Kılıçoğlu, Ahmet M (2009). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhankitabevi,
- Kurtubî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Ebî Bekr (2006). *el-Câmiu' li Ahkâmi'l-Kurân I-XXIV*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut.
- Mahmûd Sa'd, Ahmed (1990), *et-Te'minatü's-Şahsiyye ve'l-Ayniyye fi'l-Kanuneyn el-Mısri ve'l-Yemen: el-Kefale er-Rehni'l-Hayâzî*, Dârü'n-Nehdati'l-Arabiyye, Kahire.
- Masrî, Refîk Yunus (2000). *Bey'ul-Urbun ve Ba'du Mesâili'l-Muhtesedeti fihî*, Dâru'l-Mektebî, Dimeşk.
- Neşvî, Nâsır Ahmed İbrahim (2013). *et-Teâmül bi's-Şarti'l-cezâi beyne's-Şerîa ve'l-Kânûn: Dirâse Mukârene*, Mektebetü'l-Vefai'l-Kanuniyye, İskenderiye.
- Nevevî, Ebu Zekerîyya Muhyiddin b. Şeref (2013). *Minhâcu't-Talibîn*. Dimeşk: Dâru'l-Feyhâ.
- Onur, Mehmet (2018). *İslâm Borçlar Hukukunda Risk Teorisi ve Rizikolu Akitler*, Astana Yayınları, Ankara.
- Onur, Mehmet (2019), *İslam Hukuku Açısından Kaparo*, (Bildiri Kitabı, 334-342) Akdeniz II. Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi, Hatay.
- Pekdemir, Şevket (2014). “İslâm Hukuku Açısından Para Borçlarında Cezâi Şart”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı 23, Konya, s. 129-156.
- Râzî, Muhammed Fahrüddîn (1981). *Mefâtihu'l-Ğayb XXXII*. Dâru'l-Fikr, Beyrut.
- Reisoğlu, Safa (2000). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul.
- San'ânî, Muhammed b. İsmâîl (2011). *Subulu's-Selâm Şerh-u Buluği'l-Merâm Min Cem'i Edilleti'l-Ahkâm I-IV*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut.
- Tandoğan, Haluk (1987), *Borçlar Hukuku I-II*, (4. Baskı), Evrim Yay., Ankara.
- Taberî, İbn Cerîr (2005). *Câmi'u'l-Beyân an Tevîli'l-Âyi'l-Kur'ân I-XVIII*, Dâru'l-Fikr, Beyrut.
- Tenâgû, Semîr Abdî's-Seyyid (1996). *et-Teminâtu'l-Ayniyye ve's-Şahsiyye el-Kefâle Rahnu'r-Resmî Hakku'l-İhtisâs Rehnu'l-Hiyâzî Hukûku'l-İmtiyazât*, İskenderiye.
- Uçar, Salter (1993). *Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması*, Alfa Yayınları, İstanbul.
- Umur, Ziya (1999). *Roma Hukuku Ders Notları*, Beta Yayınları, İstanbul.
- Von Tuhr, Andreas (1983). *Borçlar Hukuku I-II*, Trc. Cevat Edege, Ankara.
- Yemenî, Muhammed b. Abdülaziz b. Sa'd (2006), *eş-Şartü'l-Cezâi ve Eseruhu fi'l-Ukûdi'l-Muâsıra Dirâse Fıkhiyye Mukârene*, Riyad: Künûzu İşbiliyâ.
- Zekiyuddîn Şa'bân (2007). *İslam Hukuk İlminin Esasları*, Trc: İbrahim Kafi Dönmez, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara.



- Zevkliler, Aydın (2001). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Zeydân, Abdulkerim (2012). *el-Vecîz fî Usûli'l-Fikh*, Müessesü'r-Risâle, Beyrut.
- Zeylaî, Fahreddîn Osmân b. Alî el-Hanefî, *Tebyînu'l-Hakâik Şerhi Kenzi'd-Dekâik I-VI*, Matbatu'l-Kubrâ el-Emiriyye, Bulak. 1313.
- Zuhaylî, Vehbe (1997). *el-Fıkhü'l-İslamî ve Edilletuh I-VIII*, Daru'l-Fikr, Beyrut.
- Zuhaylî, Vehbe (2002). *Muâmeleti'l-Maliyyeti'l-Muâsıra-Buhûsun ve Fetâva ve Hulûl*, Dâru'l-Fikr, Dîmeşk.
- Zurkânî, Muhammed. *Şerhu Zurkânî alâ Muvatta'I-IV*. Matbaatu Hayriyye, y.y.