


# Katılım Bankalarında Geri Ödenmeyen Borç İşlemlerinde Cezâî Şart mı, Yoksa Muhtemel Kârın (Menfaatin) Tazmini mi?


Araştırma  
Makalesi  
Research  
Article

Yunus ARAZ

Doç. Dr., Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı  
Associate Prof., Eskişehir Osmangazi University, Faculty of Theology, Department of Islamic Law, Eskişehir, Türkiye  
Isparta, Türkiye  
✉ yaraz@ogu.edu.tr  orcid.org/0000-0003-1582-3176

Yazar  
Author

Araz, Yunus. "Katılım Bankalarında Geri Ödenmeyen Borç İşlemlerinde Cezâî Şart mı, Yoksa Muhtemel Kârın (Menfaatin) Tazmini mi?". *Tevilat* 4/1 (Haziran 2023), 243-276.

 <https://doi.org/10.53352/tevilat.1307576>

Atıf  
Cite as

Received / Geliş Tarihi: 31.05.2023  
Accepted / Kabul Tarihi: 21.06.2023

ISSN: 2687-4849 e-ISSN: 2757-654X  
www.tevilat.com

**İntihal / Plagiarism:** Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi. / This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

**Telif Hakkı&Lisans/Copyright&License:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır. / Authors publishing with the journal retain the copyright to their work licensed under the CC BY-NC 4.0.

**Yayıncı/Published by:** Selçuk University, Faculty of Islamic Studies/Selçuk Üniversitesi, İslami İlimler Fakültesi.

Bilgi  
Info

### **Katılım Bankalarında Geri Ödenmeyen Borç İşlemlerinde Cezâî Şart mı Yoksa Muhtemel Kârın (Menfaatin) Tazmini mi?**

Katılım bankalarında kullanılan finansmanların geri ödenmemesi durumunda, bankaların önemli zararlar edeceği aşikâr bir durumdur. Konvansiyonel bankalarda bu durumda geri ödenmeyen her gün için faiz (gecikme faizi) takdir edilirken; katılım bankalarında faiz uygulaması caiz olmaması sebebiyle uygulanmamaktadır. Ya da uygulansa bile alınan bu fazlalık banka tarafından kullanılmamakta ve farklı alanlara bağış şeklinde verilmektedir. Fakat bu durumda meydana gelen bu zarar nasıl telafi ettirilecektir? Makalede gerek menfaatin tazmini gerekse cezâî şart konusu teferruatına girilmeden sadece katılım bankalarında borcun geri ödenmemesi durumunda alacaklının zararının giderimi bağlamında cezâî şartın mı yoksa muhtemel kârın tazmininin mi uygulanacağı İslâm hukukunun ilkeleri ışığında ele alınacaktır. İslâm hukukunda menfaatin tazmini ile ilgili klasik dönemlerden itibaren tazmin görüşünü kabul edenler bulunmaktadır. Fakat bu durum ribevî mallar dışında kendisinden menfaat hâsıl olabilecek mallarda gasp ve itlaf durumu meydana geldiğinde gündeme gelmiştir. Dolayısıyla para ribevî mallar olması sebebiyle para borçlarının ödenmemesi durumunda menfaatin tazmini konusu incelenmesi gereken bir konudur. Cezâî şart ise her ne kadar diğer hukuk sistemlerinde kadim dönemlere dayandırılssa da günümüzde çok fazla kabul gören ve uygulama alanı bulan bir yöntemdir. İslâm hukukunda ise klasik dönem eserlerinde yer almayıp modern hukukun etkisiyle günümüzde gündeme gelen ve incelenen bir konudur. Gerek muhtemel kârın tazmini gerekse cezâî şartın uygulanması ile ilgili İslâm hukuku çalışmalarında birbirine muhalif görüşler bulunmaktadır. Çalışmada bu görüşler ele alınarak İslâm hukuku ilkeleri bağlamında değerlendirilecektir.

#### **Özet**

**Anahtar Kelimeler:** Fıkıh, Borç, Ribâ, Tazminat, Menfaatin Tazmini, Cezâî Şart.

244

Tevilat 4/1 (2023)

### **What Should be Applied in the Case of Non-Repayment of Debt Transactions in Participation Banks: Penal Clause or Compensation for Potential Profit (Benefit)?**

The failure to repay the financing used in participation banks would undoubtedly result in significant losses for the banks. In conventional banks, in such cases, interest (late payment interest) is charged for each day the payment is not made. However, in participation banks, interest is not applied due to its non-permissibility. If it is applied, any excess amount collected is not utilized by the bank and is instead given as donations to different areas. But how can this resulting loss be compensated? This article will discuss whether penal clause or compensation for potential profit will be applied in the context of compensating the creditor's loss in the case of non-repayment of debt in participation banks, without going into the details of the compensation of benefits and penal clause. The principles of Islamic law will be considered. In Islamic law, there have been proponents of the compensation viewpoint regarding the compensation of benefits since classical times. However, this issue has arisen when deprivation and destruction occur in goods from which benefits could be derived, other than ribawi (interest-bearing) goods. Therefore, since money falls into the category of ribawi goods, the compensation of benefits in the event of non-repayment of monetary debts is a subject that needs to be examined. Although penal clauses are rooted in ancient periods in other legal systems and widely accepted and implemented today, they are a topic that emerged and studied in Islamic law influenced by modern law. In Islamic legal studies, there are conflicting opinions regarding the application of compensation for potential profit and penal clause. This study will evaluate these views within the context of the principles of Islamic law.

**Keywords:** Islamic Law, Loan, Interest, Compensation, Compensation of Benefit, Penal Clause.

#### **Abstract**

## Giriş

İslâm hukuku kaynağı itibariyle, nassa dayanan ve fakihlerin içtihatları ile zenginleşen bir hukuk sistemidir. Klasik İslâm hukuku eserlerinde önemli sayılacak bir yekûn borçlar hukuku alanına ayrılmıştır. Gündelik hayatta insan ilişkilerinde önemli bir yere sahip olan borç ilişkileri ile ilgili naslarda çoğunlukla genel ilkeler bulunmakla birlikte bazen detay hükümlere de değinilmiştir. Bu bağlamda borç ilişkilerinde gerek Kur'ân'da gerekse sünnette birçok hüküm bulunmaktadır. Bu hükümlerden biri de borç ilişkilerinde ribânın haram kılınmasıdır. İslâm hukukçuları da Kur'ân ve sünnet temelli olarak ribâyı anlamaya ve meydana gelen yeni durumlarda Kur'ân ve sünnetin hükümleri ile çelişmeyecek hükümleri tespit etmeye çalışmışlardır. Ribâ konusunda da birçok mesele gündeme gelmiş ve farklı bakış açıları ile çözümlenmeye çalışılmıştır.

Para borçlarında ribâ yasaklanmakla birlikte borçlunun, borcunu ödememesi durumunda ne şekilde davranılacağı da bu tartışmalı meselelerden biridir. Klasik fıkıh eserlerinde mütemerrid borçluya uygulanacak yaptırımlar ele alınmış ve kendi dönemleri açısından adaleti temin edecek hükümler verilmiştir. Enflasyonist bir ortamın olduğu günümüz piyasalarında da bu mesele çokça tartışılmış ve borcun ödenmemesi, eksik ödenmesi veya geciktirilmesi durumunda alacaklının uğrayacağı zararların ne şekilde giderilebileceği önemli bir tartışma konusu olmuştur. Bu konuda iki aşırı uç ve bu iki aşırı ucun arasında daha yapıcı yorumların olduğu orta görüşler bulunmaktadır. Birinci aşırı uç, borcun her ne şekilde olursa olsun fazlasıyla alınamayacağını aksi takdirde alınan bu fazlalığın ribâ olacağını belirtirken diğer aşırı uç ise borcun niteliği, gecikmenin sebebi gibi durumlara bakılmaksızın her hâlükârda fazlasıyla geri alınabileceğine hükmetmektedir. Orta görüşte olanlar ise borcun niteliği, ödenememe sebebi veya zararın durumunu göze alarak; bazen ceza şeklinde bazen de tazminat şeklinde fazlalığın alınabileceğini belirtmişlerdir. Bu bağlamda borcun geri ödenmemesi durumunda meydana gelen zararı giderme konusunu, bazıları klasik fıkıh eserlerindeki menfaatin tazmini bağlamında ele almış, bazıları ise

modern dönemde daha çok gündeme gelen cezâî şartın uygulanması ile ilgili görüş çerçevesinde incelemiştir. Araştırmamızda bu iki görüş incelenerek İslâm hukukunun genel ilkeleri ve özel hükümleri bağlamında bir tercih yapılacaktır.

### 1. Borç ve Borçlunun Temerrüdü

Türkçe bir kelime olan borç, birçok farklı tanım yapılabilecek bir kavramdır. Kavramın genelde para borçları için kullanılması yanında günlük dilde birinin başka birine karşı bir şeyi yerine getirme yükümlülüğü anlamında da kullanıldığı görülmektedir. Bu bağlamda borç kavramı çok geniş bir yelpazeye sahip olmaktadır. Karı-kocanın birbirine karşı sorumlulukları, vekilin sorumluluğu, icâre-i âdemîde meydana gelen sorumluluklar vb. birçok durum borç kavramı ile ifade edilebilir. Hatta fıkıh bağlamında namaz borcu gibi kulun Rabbine karşı sorumlulukları da borç kavramı ile ifade edilebilmektedir.

Araştırmamızda daha çok hukukun konusu olan ve tarafların birbirine karşı yerine getirmesi gereken bir ilişkisi sonucu oluşmuş borç kastedilmektedir. Bu bağlamda borcu şu şekilde tanımlayabiliriz: “İki veya daha fazla kişi arasında, birini diğerine ya da her ikisini birbirine karşı bir edimde bulunmakla sorumlu kılan hukukî bağlıdır.”

Temerrüd kavramı alacaklı ve borçlu için kullanılmakla birlikte biz araştırmamızda borçlunun temerrüdü konusunu ele alacağız. Borçlunun temerrüdü ise ‘Borcunu ifa edebilecek durumda olan borçlunun, ifa zamanı geldiği halde borcunu ifa etmemesi, zamanında ifa etmemesi ya da eksik ifa etmesi’ şeklinde tanımlanabilir.<sup>1</sup>

Dolayısıyla borçlunun temerrüdünde borçlu, ifa zamanı gelen ve alacaklının talep etmesine ve borcunu ödeme imkânına sahip olmasına rağmen bilerek ve kendi dışında bir zorlayıcı durum olmadan borcunu ifa etmemesi için kullanılır.

<sup>1</sup> Rahmi Yaran, *İslam Hukukunda Borcun Geciktirilmesi* (İstanbul: İFAV Yayınları, 1997), 63.

## 2. Borcun Ödenmeme Durumunda Meydana Gelebilecek Durumlar

Borcun ödenmemesi durumunda alacaklının uğrayabileceği zararlar tespit edilebilirse, bu zararların telafi edilmesinde ne tür uygulamaların olabileceği de tespit edilebilir.

Bu bağlamda borçlunun uğrayacağı birinci zarar, enflasyonist ortamlarda paranın değer kaybıdır. Bu konuda günümüzde yapılan çalışmalar sonucunda paranın değer kaybının tazmin edilmesi görüşü, İslâm hukukçularının çoğunluğu tarafından kabul edilmiştir.

Meydana gelebilecek ikinci durum alacaklının bu borca dayanarak yaptığı bazı girişimleri borç ödenmediği için yapamamasıdır. Bu durumda alacaklı bazı sıkıntılarla karşılaşabilir. Örneğin alacağa dayanarak bir ticari işleme girmiş ve alacağını temin edemediği için bundan caymak zorunda kalmışsa, karşı tarafa verdiği zararları tazmin etmek zorunda kalabilir. Ya da borca güvenerek bir yatırımda bulunmuş fakat bu yatırımını tamamlayamadığı için zarar etmiş olabilir. Örneğin bir müteahhit sattığı evlerden gelecek olan alacağa güvenerek yeni bir inşaata başlamış ve ödeme gerçekleşmemişse yatırımı tamamlayamayacak, belki de yaptığı masraflar da yok olup gidecektir.

Bunun yanında alacaklı, eğer borç ödense bu borç ile yeni işler yapacak ve yeni kârlar edebilecektir. Yani borcun ödenmemesi muhtemel kârların elde edilmesine de mani olacaktır. Nitekim makalemizin asıl konusu da budur. Örneğin katılım bankalarında borçların zamanında ödenmesi durumunda bu paralarla yeni finansmanlar sağlanacak ve kârlar elde edilecektir. Fakat ödenmeyince bu muhtemel kârlar gerçekleşemeyecektir.

İşte belirttiğimiz bu zararların gerçek müsebbibi; borcunu ödemeyen borçludur. Fakat zarara katlanan alacaklıdır. İslâm hukukunun genel ilkesi olarak zarar giderilmelidir ve zararı, zararı meydana getiren gidermelidir. Fakat bu zararın giderilmesinde İslâm hukukunda yasaklanan ribânın da cereyan etmemesi gerekir. O halde şu soruyu sorabiliriz: Hem zararın giderilip hem de haksız bir kazancın meydana gelmemesi için nasıl bir yol izlenmelidir?

İslâm hukukçularının günümüzde bu soruyu yanıtlarken; enflasyon, davaların sürüncemede kalması, ahlâkî zafiyetler, çıkarıcılık, açgözlülük ve kurnazlık gibi birçok etkeni göz önüne alarak farkı çözümler sunduğu görülmektedir. Hükümlerin verilmesinde Allah rızasına uygun olması ve herkesin hakkının iade edilmesi (adaleti ikame) göz önünde bulundurulmuş ve bakış açısına göre bu hedefler farklı çözümlerle oluşturulmaya çalışılmıştır.

Araştırmamızda borcun geri ödenmemesi durumunda alacaklının göreceği bu zararı giderme noktasında teklif edilen iki durum yani cezâî şart ve muhtemel kârın tazmini değerlendirilecektir. Bunun için öncelikle borcun ödenmemesi ile ilgili Kur'ân ayetlerine dayanarak iki durum açıklanacaktır.

### 3. Geri Ödenmeyen Borçlarda Temel İki Yaklaşım

Borçlunun borcunu ödeyememesi durumu genelde iki şekilde ele alınır. Bunlardan biri borcunu ifa imkânının olmamasıdır. Yani bu durumda borçlu borcunun ödemek istese dahi buna imkânı yoktur. Diğer durum ise borçlunun ifa imkânı olduğu halde borcunu ödememesidir.

#### 3.1. Ödeme İmkânının Olmaması Hali

İslâm dini açısından borç işlemlerinde en önemli konulardan biri borçlunun borcunu ödeme konusunda titiz davranmasıdır. Fakat kişinin gerçekten borcunu ifa imkânı yoksa bu durumda borcunu ödemesi için mühlet verilmesi hakkında Kur'ân-ı Kerim'de şöyle buyrulmaktadır: *'Eğer borçlu darlık içindeyse ona eli genişleyinceye kadar mühlet verin. Eğer bilerseniz, (borcu) sadaka olarak bağışlamanız, sizin için daha hayırlıdır.'*<sup>2</sup> Hatta bir kısım İslâm âlimine göre bu durumda olan kişiden borcunu ödemesini talep etmek haramdır.<sup>3</sup>

Ayette gerçekten imkânı olmayan kişiye mühlet vermek, hatta mümkünse borcunu bağışlamak istenmektedir.<sup>4</sup> Hz.

<sup>2</sup> Bakara: 2/280.

<sup>3</sup> Yaran, *İslam Hukukunda Borcun Geciktirilmesi*, 107.

<sup>4</sup> Gerek borcun ispatını sağlayacak tedbirler, gerek borcun geciktirilmesi ile ilgili dini ve ahlaki ilkeler ve gerekse borcu ödeme imkânı olmayan borçlu hakkında bkz. Yaran, *İslam Hukukunda Borcun Geciktirilmesi*; Hüseyin Esen, "İslam Hukuku Açısından Borcun

Peygamberden borçluya mühlet vermekle ilgili birçok hadis rivayet edilmiştir.<sup>5</sup> Dolayısıyla darlık içerisinde olan borçluya mühlet vermek, borcunu ödeyebilecek imkânlar sunmak ve hatta borcu başlatmak gerektiği konusunda genel bir kanaat vardır.<sup>6</sup>

### 3.2. Ödeme İmkânının Olması Hali (Temerrüd)

Borç işlemlerinde, borçlunun borcunu ödemesi konusunda titiz davranması gerekir. Borcunu ödeme imkânı olduğu halde borcunu ödemeyen, eksik ödeyen ya da geç ödeyen kişiler kınanmıştır. Hatta bir hadiste Hz. Peygamber, ‘*imkânı olduğu halde (zengininin) borcunu ödemeyip geciktirmesi (مَطْلُ الْعَنِيِّ) zulümdür*’<sup>7</sup> buyurarak bu davranışın zulüm olduğunu belirtmiştir. Başka bir hadiste ‘*Ödemeye gücü yeten borçlunun (لَيْئِ الْوَأَجِدِ) borcunu geciktirmesi onun kınanmasını ve cezalandırılmasını helâl kılar*’<sup>8</sup> buyrulmaktadır. İslâm tazminat hukuku ile ilgili eserlerde çokça delil gösterilen bu iki hadiste, imkânı olduğu halde borcunu ödememenin hem dinî boyutu belirtilmekte, hem de hukukî olarak o kişiye yaptırım yapılacağı bildirilmektedir.<sup>9</sup>

Hz. Peygamberden gelen bu rivayetlerde ‘مَطْلُ الْعَنِيِّ’ veya ‘لَيْئِ الْوَأَجِدِ’ olarak ifade edilen kişi ödemeye imkânı olduğu halde borcunu ödemeyen veya geciktiren yani temerrüde düşen kişidir. Bu şekilde davranan birine ne tür bir yaptırım uygulanacağı İslâm hukukçuları arasında tartışma konusu olmuştur. Ebû Hanîfe

Geciktirilmesi Halinde Uygulanabilecek İşlemler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 2/36 (2012), 9-46.

<sup>5</sup> “Kim bir yoksula genişlik sağlarsa, Allah da dünya ve ahirette ona genişlik sağlar” İbn Mâce, “Sadakât”, 14; “İnsanlara borç veren bir tüccar vardı. Borcunun ödeme imkânı olmayan birini gördüğünde adamlarına: “Onun borçlarından vazgeçin ola ki Allah da bizim günahlarımızdan vazgeçer” derdi. Allahu Teâlâ bunun üzerine onun günahlarından vazgeçti” Buhârî, “Büyü”, 18; “Kim imkânı olmayan birine (مُسْتَسِرًا) mühlet verir veya borcunda indirim yaparsa, Allah onu kendi gölgesinde gölgelendirir” Müslim, “Züht”, 74; Tirmizî, “Büyü”, 67; “Kim bir yoksula vade tanırorsa her gün için bir sadaka elde eder, vadesi dolduktan sonra tekrar vade tanırorsa, her gün için öncekinin bir misli sadaka olur” İbn Mâce, “Sadakât”, 14.

<sup>6</sup> Borcunu ödeme imkânı olmayan kişiye uygulanabilecek bazı tedbirlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Yaran, *İslam Hukukunda Borcun Geciktirilmesi*, 107.

<sup>7</sup> Buhârî, “İstikrâz”, 12; Müslim, “Müsakât”, 33; Ebû Dâvûd, “Büyü”, 10; Tirmizî, “Büyü”, 68.

<sup>8</sup> Buhârî, “İstikrâz”, 13; Ebû Dâvûd, “Akdiye”, 29; Nesâî, “Büyü”, 100; İbn Mâce, “Sadakat”, 18; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsneid*, 29/465, 32/206, 215.

<sup>9</sup> Yunus Araz, *İslam Hukukunda Menfaatın Tazmini* (Bursa: Emin Yayınları, 2016), 267.

mütemerrid borçlunun hapsedilmesini ve borcunu ödeyene kadar bekletilmesini uygun görmektedir.<sup>10</sup> Emevî halifesi Ömer b. Abdülaziz ise, temerrüd durumunda ancak kişinin mal varlığı üzerinde bir işlemin olabileceğini uygun görmüştür. Çünkü borçlunun hapsedilmesi daha büyük sıkıntılar doğurabilecek hatta borcun daha geç ödenmesine sebep olabilecektir. Bundan dolayı onun serbest bırakılarak çalışması ve ona borcunu ödeme imkânı sunulmasını uygun görmektedir. Fakihlerin çoğunluğu yaptırımların hem mal varlığı hem de şahsı üzerinde olabileceği kanaatindedir. Dolayısıyla borcun ödemesi için borçluya haciz, hapis, hacir, seyahatten men gibi tedbirler uygulanabilir. Hâkim borçlunun durumuna göre bu uygulamalardan herhangi birini tercih ederek borcu ödettirmelidir.<sup>11</sup> Burada hâkime yetki verilmiş ve borçlunun borcunu ödemesi konusunda en uygun yolu belirleyerek borcun ödenmesini sağlaması istenmiştir. Bu bağlamda bazen borçlunun yeme içmesi gibi temel ihtiyaçlarına hatta evlenmesine (nikâh kıymasına dolayısıyla; mehir, nikâh masrafı gibi masrafların kısıtlanmasına) bile müdahale edebileceği ve böylelikle borçlunun masraflarını en asgari düzeye çekilerek, önceliği borcunu ödemeye vermesi şeklinde görüş belirtenler de olmuştur.<sup>12</sup> Görüldüğü gibi burada ele alınan konu borcun aslının ödenmesi ile ilgilidir. Oysa bizim araştırmamızın konusu bu borç ödenmediğinde meydana gelebilecek zararlar veya muhtemel kârlarla ilgilidir.

Borcun geciktirilmesi durumunda aslî borç tazmin ettirilmesi zaten ittifakla kabul edilen bir durumdur. Fakat enflasyonist ortamlarda alım gücünün azalması nedeniyle borcun değerinin düşmesi ve borç ödenmiş olsaydı alacaklının bunu kullanarak elde

<sup>10</sup> Ebü'l-Hasan Burhaneddin Ali b. Ebî Bekr el-Merğînânî, *el-Hidâye fî şerhi bidâyeti'l-mübtedi* (Beyrut: Dâru İhyai't-Türasi'l-Arabi, ty.), 3/282; 41. Fahrettin Atar, *İslam İcra ve İflas Hukuku* (İstanbul: İFAV Yayınları, 1999), 41.

<sup>11</sup> Atar, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, 38-39; Nihat Dalgın, *Gündemdeki Tartışmalı Dini Konular 2* (Samsun: Etüt Yayınları, 2010), 459; Araz, *İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini*, 258; Mütemerrid borçlunun cezalandırılması ile ilgili bkz. Yaran, *İslam Hukukunda Borcun Geciktirilmesi*, 204-211; Esen, "İslam Hukuku Açısından Borcun Geciktirilmesi Halinde Uygulanabilecek İşlemler", 38-43.

<sup>12</sup> Abdurrahman b. Muhammed İbn Kâsım en-Necdî, *el-İhkâm şerhu usûli'l-ahkâm* (b.y.: y.y., 1406), 3/227.



edebileceği menfaatler (muhtemel kârlar) konusunda farklı kanaatler bulunmaktadır.<sup>13</sup>

Ödeme imkânı olan ve ödeme talep edildiği halde mazeretsiz olarak ödeme yapmayan kişi temerrüde düşmüş olur.<sup>14</sup> Bu durumda kişiye uygulanacak yaptırım hem ceza hukuku hem de borçlar hukuku alanını ilgilendirmektedir. Borcun geciktirilmesi zulüm olarak nitelendirildiğine göre borçlu bu zulmünün karşılığını görmelidir.<sup>15</sup>

İşte araştırmamızın asıl odak noktası bu bölümdür. Mütemerrid borçludan bu durumda akdin başında şart koşulmuş olan cezâî şartın mı yoksa borç ödenmediği için elde edilemeyen muhtemel menfaatlerin veya kârın tazmini mi yapılmalıdır? Öncelikle cezâî şart görüşü daha sonra muhtemel kâr görüşü ele alınarak incelenecek ve sonrasında bu iki görüşün değerlendirilmesi yapılacaktır.

### 3.2.1. Temerrüd Durumunda Cezâî Şart

Cezâî şart, cezâ şartı, akdî cezâ veya cezâî akit kaydı gibi birçok şekilde ifade edilen kavram için farklı tarifler yapılsa da<sup>16</sup> makalemize konu olması itibarıyla borçla ilişkilendirilerek şu şekilde tarif edilebilir: “Cezâî şart, borcun ödenmemesi, eksik ödenmesi ya da geciktirilmesi durumunda, borçlunun alacaklıya önceden kararlaştırılan bir edimi, cezâ veya tazminat mahiyetinde takdim etmesidir”. Dolayısıyla buna göre cezâî şartta akdin başında alacaklı, borçluya bir şart koşmakta ve “eğer borcunu ödemezsen veya geciktirirsen cezâ veya tazminat olarak bana şu kadar ödemede bulunacaksın” demektedir.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Abdullah b. Süleyman el-Menî, *Buhûs fi'l-iktisâdi'l-İslâmî*, (Beyrut: Mektebetü'l-İslâmî, 1996), 404-405.

<sup>14</sup> Esen, “İslam Hukuku Açısından Borcun Geciktirilmesi Halinde Uygulanabilecek İşlemler”, 16.; Temerrüd borçlunun temerrüdü ve alacaklının temerrüdü şeklinde ikiye ayrılmıştır. Konumuz itibarıyla borçlunun temerrüdü şu şekilde tanımlanmıştır: ‘İfaya muktedir borçlunun, muaccel ve ifası mümkün borcunu, alacaklı talep ettiği ve ifayı kabule hazır olduğu halde zamanında ifa etmemesidir.’ Yaran, *İslam Hukukunda Borcun Geciktirilmesi*, 63.

<sup>15</sup> Menî, *Buhûs fi'l-iktisâdi'l-İslâmî*, 399; Araz, *İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini*, 269.

<sup>16</sup> Farklı tanımlar için bkz. Şevket Pekdemir, *İslâm Hukukunda Sözleşmelerde Cezâî Şart* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2016), 48-49.

<sup>17</sup> Abdürrezzâk Ahmed Senhûrî, *el-Vasît fi şerhi'l-kanûni'l-medeniyi'l-cedîd: nazariyyetü'l-iltizâm bi-vechi 'âmm* (Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, 1971), 2/851; Nâcî Muhammed Şefîk Acem, “eş-Şartü'l-cezâî fi'l-fikhi'l-İslâmî”, *MMFİ* 12/2 (2000), 191.

Burada tanım yapanlar veya konuyu inceleyenler arasında bu şartın bir tazminat mı yoksa cezâ mı olduğu ile ilgili tartışma olduğu görülmektedir. Nitekim İslâm hukukunda bu, daha çok tazminat olarak değerlendirilmektedir.<sup>18</sup> Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, konunun uzun olması ve makale boyutunu aşması sebebiyle cezâ şartla ilgili detaylara girilmeyecektir.<sup>19</sup>

Modern hukukta, Roma döneminden beri cezâ şartın varlığından bahsedilmektedir.<sup>20</sup> Türkiye’de 818 sayılı eski (mülğa) Borçlar Kanununda cezâ şart kavramı 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununda “Ceza Koşulu” olarak kullanılmıştır. Bunun yanında farklı kanun metinlerinde “Cayma tazminatı ve ceza şartı” “maktu zarar ve ziyan” “maktuen tesmiye kılınan meblağ” “sözleşme cezası” gibi kavramlarda aynı manayı ifade etmek için kullanılmıştır.<sup>21</sup>

1879 tarihli Osmanlı Usûl-i Muhâkeme-i Hukukiyye Kanunun’da 111. Maddede “Derün-ı mukavelede tarafeynden her hangisi taahhüdünü ifa ve icra edemez ise diğer taraftan tazmin olarak bir muayyen mikdar-ı meblağ vermesi beyan ve şart kılınmış olduğu halde ondan ziyade ve noksan verilmesi caiz olmaz” denilerek cezâ şartta değinilmiştir.<sup>22</sup>

Cezâ şart klasik İslâm hukuku eserlerinde bulunmayan bir kavramdır.<sup>23</sup> Bunun en önemli nedenlerinden biri, akdin başında taraflardan birinin akdin muktezasına uygun olmayan ve bir fazlalığı şart koşması sebebiyle faiz ile ilişkilendirilmesidir.

Fakat İslâm hukukçuları klasik fıkıh eserlerinde cezâ şarta benzeyen bazı uygulamalar bulunduğunu belirtmişlerdir. Bu konuda benzer bir uygulama olarak genelde urbûn (kaparo) kavramı ele alınmıştır.<sup>24</sup> İslâm hukuku eserlerinde ön ödeme, pey

<sup>18</sup> Sıddık Muhammed Emin Darîr, “eş-Şartü'l-cezâ”, *MMFİ* 12/2 (2000), 56.

<sup>19</sup> Cezâ Şartla ilgili detay konular için bkz. Pekdemir, *İslâm Hukukunda Sözleşmelerde Cezâ Şart*; Muhammed b. Abdülaziz Sa’d el-Yemenî, *eş-Şartü'l-cezâ ve eseruhu fi'l-ukudî'l-muasıra: Dirase fıkhiyye mukarene* (Riyad: Dâru Küñûzi İşbilyâ (Künûzu İşbilyâ), 2006).

<sup>20</sup> Köksal Kocaağa, *Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 41.

<sup>21</sup> Ebubekir Uslu, *Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019), 21.

<sup>22</sup> Yaran, *İslam Hukukunda Borcun Geciktirilmesi*, 62-63.

<sup>23</sup> Darîr, “eş-Şartü'l-cezâ”, 55.

<sup>24</sup> Senhûrî, *Vasît*, 2/864; Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-Medhalu'l-fıkhiyyi'l-âmm (el-Fıkhu'l-İslamî fi sevbihi'l-cedîd)* (Dımaşk: Daru'l-Fikr, 1968), 1/496, 2/718; Acem, “eş-Şartü'l-cezâ fi'l-fıkhi'l-İslamî”, 205.

akçesi, bağlanma parası ve kaparo şeklinde ifade edilen urbûn, terim olarak müşterinin, satıcıya akitten önce veya akit esnasında eğer akdi tamamlarsa semene dâhil edilmesi, akitten vazgeçmesi durumunda ise satıcıya hibe etmesi şartıyla ödediği bedeldir.<sup>25</sup> Şart koşulan bu ödeme eğer akdi sağlama almak için yapılmış (pey akçesi-bağlanma parası) ve daha sonra semene dâhil edilmişse burada bir sorun görülmemiştir. Fakat müşterinin akitten vazgeçmesi durumunda satıcıya kalması (pişmanlık akçesi) şeklindeki uygulama ihtilaf konusu olmuştur.<sup>26</sup> Bu ihtilafın temel sebeplerinden biri Hz. Peygamber'den ve sahabeden gelen farklı rivayetlerdir. Caiz görmeyenler "Hz. Peygamber, urbûn'u yasakladı."<sup>27</sup> hadisini delil olarak gösterirler. Özellikle Hanefî, Malikî, Şâfiî mezhebinde, urbûn'un karşılığı olmayan bir gelir ve sınırı olmayan bir muhayyerlik özelliği taşıdığını düşünmüşlerdir.<sup>28</sup> Bunun yanında ribâ ve garar yasağının çiğnenmesi, emeğe ve riske dayalı kazancın korunması ve sebepsiz zenginleşmenin engellenmesi gibi durumlar da bu görüşün temel gerekçeleridir.<sup>29</sup>

Abdullah b. Ömer, Nâfi' b. Abdülharis, Zeyd b. Eslem, Hasan-ı Basrî, Mücâhid, İbn Sîrîn ve başta Ahmed b. Hanbel olmak üzere Hanbelîlerin çoğunluğu kaparolu satışa cevaz vermektedirler.<sup>30</sup> Bu görüşü kabul edenlerde Hz. Ömer döneminde meydana gelen bir uygulamayı delil almışlardır. Buna göre 'Nâfi', Hz. Ömer adına hapisane yapmak üzere bir binayı Safvan b. Ümeyye'den almıştır. Şart olarak eğer Hz. Ömer razı olursa akdin geçerli olacağını fakat

<sup>25</sup> "Beyu'l-arebûn (بيع العربون)", *el-Mevsuatu'l-fikhiyye*, 9/93; Vehbe Zuhaylî, *Mevsuatü'l-fikhi'l-İslamiyyî ve'l-kazâya'l-mu'âsıra* (Dimaşk: Dârü'l-Fikr, 2012), 4/219; Cengiz Kallek, "Kaparó", *TDV İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: DİB Yayınları, 2011), 24/339; Mehmet Onur, "İslam Hukuku Açısından Kaparó" *.Antakiyat*, 4/1 (2021),105-118.

<sup>26</sup> Abdürrezzâk Ahmed Senhurî, *Mesadirü'l-hak fi'l-fikhi'l-İslâmî* (Beyrut: Dâru İhyai't-Türasi'l-Arabi, 1954), 2/65-66.

<sup>27</sup> Ebû Dâvûd, "Büyû", 69; Muvattâ', "Büyû", 541.

<sup>28</sup> Menî, *Buhûs fi'l-iktisâdi'l-İslâmî*, 149; Atar, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, 72; "Beyu'l-arebûn (بيع العربون)", *el-Mevsuatu'l-fikhiyye*, 9/94.

<sup>29</sup> Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme Cemmâli Makdisî İbn Kudâme, *el-Muğni* (Beyrut: Dârü'l-Kitâbi'l-Arabi, ts.), 4/289; Kallek, "Kaparó", 24/339; Mehmet Onur, *İslam Borçlar Hukukunda Risk Teorisi ve Rizikolu Akitler* (Ankara: Astana Yayınları, 2018), 84-92.

<sup>30</sup> Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkiîn an rabbi'l-alemîn* (Dammam: Daru İbnu'l-Cevziyye, 1423), 5/377; Mâcid Ebû Ruhayye, *el-Arabûn (el-Urbûn) fi'l-İslâm* (Amman: Mektebetü'l-Aksâ, 1986), 13; Menî, *Buhûs fi'l-iktisâdi'l-İslâmî*, 152.

razı olmazsa Safvan'a muayyen bir meblağ vereceğini belirtmiştir. Rivayetin devamında Hz. Ömer'in bu durumu öğrendiği ve bunu kabul ettiği, bu şartta karşı çıkmadığı belirtilmiştir. Başka bir rivayette bir kişi hayvan kiralamış ve hayvanın sahibine 'hayvanını hazırla, filan tarihte seninle yola çıkmazsam sana yüz dirhem vereceğim' demiştir. Fakat belirlediği gün geldiğinde yola çıkmamış ve hayvanın sahibi durumu Kadı Şureyh'a bildirmiştir. O da 'zorlanmadan ve tehdit altında kalmadan kendi isteği ile böyle bir şartı yüklenen, onu yerine getirecektir' demiştir.<sup>31</sup> Dolayısıyla urbûnu caiz görenler bu delilleri esas almışlardır.<sup>32</sup>

Cezâî şart, urbûna benzetilmekle birlikte dikkatli incelendiğinde aralarında farklar olduğu görülecektir. Konumuz açısından özellikle iki fark önemlidir. Öncelikle bilinmelidir ki urbûn akitten vazgeçme durumunda uygulanır. Cezâî şart ise akdin gereği yerine getirilmediğinde veya eksik bir şekilde yerine getirildiğinde uygulanır. Diğer önemli fark ise urbûnda zarar gerçekleşsin veya gerçekleşmesin ödeme yapılırken cezâî şartta İslâm âlimlerinin genel kanaati zararın vaki olması şeklindedir.<sup>33</sup> Ayrıca daha önce belirttiğimiz gibi urbûn, cumhur ulema tarafından caiz görülmemiştir.<sup>34</sup>

Yine cezâî şartın, bazı ta'zir türünden mali cezalara kıyas edildiği görülmektedir. Oysa bu malî cezalar hâkim tarafından suçluya mağdurun zararını gidermek üzere verilen cezalar olmakla birlikte cezâî şart, tarafların akdin başında belirlediği cezalar olmaktadır. Ayrıca malî cezalarda kişinin durumuna göre farklı miktarlarda ceza uygulanabilirken yani ortaya çıkan zarara göre değil cezanın kişiyi caydırıcılığına göre bir miktar belirlenebilirken, cezâî şartta zarara kıyasla bir ödeme gerçekleştirilmektedir.<sup>35</sup>

Cezâî şart incelenirken bunun iki farklı şekilde ele alındığı görülmektedir. Birinci durum bir iş, mal veya hizmet akdinde akdin gereğinin yerine getirilmemesi durumunda ileri sürülen cezâî şarttır. Örneğin bir müteahhidin ev yapmayı vadetmesi ve anlaşma

<sup>31</sup> Buharî, "Şurut", 18.

<sup>32</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 4/289; İbn Kayyim el-Cevziyye, *l'İlâmü'l-muvakkiîn*, 5/377; Zerkâ, *el-Fıkhu'l-İslamî fî sebîhi'l-cedîd*, 1/495.

<sup>33</sup> Senhûrî, *Vasît*, 2/864; Darîr, "Eş-şartü'l-cezâî", 55.

<sup>34</sup> Darîr, "Eş-Şartü'l-cezâî", 58; Ali Ahmed Sâlûs, "Eş-Şartü'l-cezâî", *MMFİ* 12/2 (2000), 162.

<sup>35</sup> Senhûrî, *Vasît*, 2/866; Acem, "Eş-Şartü'l-cezâî fî'l-fıkhi'l-İslâmî", 208.

yapılması fakat belirlenen süre sonunda evi veya işi yapmaması sebebiyle ileri koşulan ceza şartıdır. Buna göre zamanında yapılmadığında müteahhit, alacaklının kira geliri veya oluşan bazı zararlarını gidermesi şeklinde cezâî şart gerçekleşir. Bu şartı kabul eden ve bu cezanın ödenmesi gerektiğini beyan eden İslâm hukukçuları bulunmaktadır. Burada taahhüdünü yerine getirmeyenin hatalı davranması ve bu hata ile zarar arasında alaka olması şartı da ileri sürülmüştür.<sup>36</sup> Fakat burada görüldüğü gibi aslında bu şart belirtilen vakitte sorumluluğun yerine getirilmemesi sebebiyle verilen bir zararın giderilmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Bu ise rahatlıkla menfaatin tazmini bağlamında değerlendirilebilir.

Diğer bir durum da para borçlarında meydana gelmektedir. Buna göre bir borç işleminde borcun vadesi geldiği halde ödenmemiş veya eksik ödenmişse alacaklının karşılaşacağı zararlar veya elde edebileceği muhtemel kârlarla ilgili nasıl bir tavır takınılacağı ile ilgilidir.

Cezâî şartın uygulanmasındaki en önemli maksat, borçlunun ödemeyi gerçekleştirmesi için bir yaptırım mahiyetinde olmasıdır. Dolayısıyla borçlu ödemeyi yapmadığında bu cezayı ödeyeceğini bildiği için ödemeyi zamanında ve tam bir şekilde gerçekleştirebilir. Cezâî şartın diğer bir amacı olarak zararın tazmini gösterilmektedir.<sup>37</sup> Dolayısıyla, borçlu ödeme yapmadığında meydana gelecek zarar, cezâî şartla giderilecektir. Fakat burada hemen akla, acaba her ödememe durumunda zarar gerçekleşme ihtimali var mıdır? sorusu gelmektedir. Nitekim menfaatin tazmininde de bahsedeceğimiz gibi borcun ödenmediği her durumda zarar gerçekleşmeyebilir. Örneğin para borçlarında ödeme geciktiğinde enflasyonun olmadığı bir durumda enflasyon farkı oluşmayacaktır. Aynı zamanda alacaklı bu parayı işletmeyen ve kâr elde edebilme durumu olmayan bir kişi ise bu durumda muhtemel bir kârdan bahsetmekte mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla zarar meydana gelmediğinde tazminde gerekmeyecek sadece anaparasını almakla hak yerini bulmuş olacaktır. Oysa cezâî

<sup>36</sup> Şebihenâ Mâulayneyn Hamedâtî, "Eş-şartu'l-cezâî ve muhtelifu suverihi ve ahkâmuhu", *MMFİ* 12/2 (2000), 35.

<sup>37</sup> Darîr, "eş-Şartü'l-cezâî", 62.

şart uygulamasında bu gözetilmemekte ve her durumda bu ceza şartı ödenmektedir.<sup>38</sup>

Cezâî şartın zarar meydana gelen bir durumda uygulanacağı ilkesi ileri sürülse de<sup>39</sup> uygulamada zarar durumundan ziyade ödemenin yapılmaması, kısmen yapılmaması veya geciktirilmesi durumunda bu cezanın ödendiği görülmektedir.

Nitekim cezâî şart, meydana gelen zararın giderilmesi şeklinde olursa bu zaten maddî zararın tazmini kapsamında ele alınabilir, eğer zararın yanında muhtemel kârın tazmin edilmesi ise bu da menfaatin tazmini bağlamında değerlendirilebilir. Fakat zarar gerçekleşmezse ve muhtemel kâr da bilirkişiler tarafından tespit edilemezse bu durumda cezâî şartın uygulanması haksız bir kazanca sebep olacaktır.

TBK m.180/I'e göre "Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, karşılaştırılan cezanın ifası gerekir" denerek cezâî şartın zarara bağlı olarak değil başta belirtilen duruma göre ister zarar gerçekleşsin isterse gerçekleşmesin ödenmesi gerektiği belirtilmiştir. Hatta alacaklının zararı ispat sorumluluğu dahi yoktur. Borçlunun da zarar meydana gelmediğini ispat etmesi durumu değiştirmemektedir.<sup>40</sup>

Fakat İslâm hukukçularının çoğunluğu bu konuda zararın ispat edilmesi gerektiğini şart koşmuşlardır.<sup>41</sup> Bazı Arap ülkelerinin kanunlarında da cezâî şartla ilgili zararın vaki olması şartı konulmuştur.<sup>42</sup> Hatta cezâî şartı urbûn (kaparo) ile karşılaştıranlar, kaparoda zarar olsun veya olmasın ödemenin olacağı ileri sürülürken, cezâî şartta sadece zarar olması durumunda caiz olacağını belirtmişlerdir.<sup>43</sup> Bu durumda aslında mesele yine tazminat konusu üzerinden işlenmiş olmaktadır. Oysa modern hukukta cezâî şart tazminattan ziyade ceza olarak işlev

<sup>38</sup> Senhûrî, *Vasît*, 2/857. Her ne kadar İslam hukukçularının çalışmalarında zarar şartı aransa da özellikle Türkiye'de ve bazı İslam ülkelerinde cezâî şart zarara bağlanmadan akdın gereği yerine getirilmediğinde ödenmesi gereken bir ceza olarak görülmektedir.

<sup>39</sup> Şevket Pekdemir, "İslam Hukuku Açısından Para Borçlarında Cezai Şart", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 23 (2014), 133.

<sup>40</sup> Kocağa, *Ceza Koşulu*, 173.

<sup>41</sup> Hamedâtî, "eş-Şartü'l-cezâî", 37; Darîr, "eş-Şartü'l-cezâî", 52; Sâlûs, "eş-Şartü'l-cezâî", 161; Pekdemir, "İslam Hukuku Açısından Para Borçlarında Cezai Şart", 136; Acem, "eş-Şartü'l-cezâî fi'l-fikhi'l-İslâmî", 191, 209.

<sup>42</sup> Darîr, "eş-Şartü'l-cezâî", 50.

<sup>43</sup> Hamedâtî, "eş-Şartü'l-cezâî", 36.

görmektedir. Zararın ispat edilmesi durumunda meydana gelen giderim ise tazminat olarak nitelendirilmektedir.<sup>44</sup> Eğer cezâî şartı tazminat olarak görecekssek bu durumun akdin başında şart koşulmasına gerek olmayıp zararın tespiti durumunda her halükarda giderilmesi gerektiğini belirtmemiz gerekir. Hatta vaki olan zarar cezâî şarttan fazla ise bu durumda Mısır kanununda cezâî şartın üzerinde ödeme olamayacağı belirtilmiş bunun tek istisnasının borçlunun aldatma veya hata gibi bir kusuru olması durumu belirtilmiştir.<sup>45</sup> Borçlu kişi, bir zararın meydana gelmediğini ispat ederse cezâî şartın uygulanmaması gerektiği belirtilmiştir.<sup>46</sup>

Yine İslâm hukukçuların cezâî şart için ileri sürdükleri gerekçelerden biri de yüklenicinin iradesi dışında zarar olması durumunda ceza şartının geçerli olmayacağıdır. Örneğin anlaştığı bazı kişilerin hatası veya hilesi sebebiyle bir zarar varsa bu durumda da yükleniciye bir cezâ şartı uygulanmamalıdır.<sup>47</sup>

Dolayısıyla cezâî şartın kabul edilmesinde temel iki şart aranmaktadır: Birincisi borçludan kaynaklanan bir sebebin (hata, ihmal vb.) olması, ikincisi ise bunun sonucunda zarar meydana gelmiş olmasıdır. Aynı zamanda bu hata ve zarar arasında da bir alaka olmalıdır.<sup>48</sup>

Mecma'u'l-Fikhi'l-İslâmî de bazı akitlerde cezâî şartı uygun görmektedir. Bunlardan biri istisnâ' akdidir. Fakat burada zarar konusuna değinilmeden sadece cezâ şartının caiz olduğu belirtilmiştir.<sup>49</sup> Diğer bir işlem ise taksitli satış sözleşmeleridir. Burada da sadece taksitlerin ödenmemesi durumunda taksit işlemine son verilmesi ile ilgili bir şarttan bahsedilmiştir. Yani taksitlerin peşin ödenmesi şartı ileri sürülmüştür. Fakat her ne kadar taksitlerin peşin ödenmesi şeklinde şart ileri sürülmüşse de bu peşin ödemenin indirimli mi yoksa tam mı ödeneceği konusu ihtilafıdır. Bunun yanında taksitli işlemin peşinen ödenmesi, cezâî

<sup>44</sup> Kocağa, *Ceza Koşulu*, 173.

<sup>45</sup> Darîr, "eş-Şartü'l-cezâî", 50.

<sup>46</sup> Acem, "eş-Şartü'l-cezâî fi'l-fikhi'l-İslâmî", 210.

<sup>47</sup> Senhûrî, *Vasîf*, 2/856; Hamedâtü, "eş-Şartü'l-cezâî", 37; Darîr, "eş-Şartü'l-cezâî", 53; Acem, "eş-Şartü'l-cezâî fi'l-fikhi'l-İslâmî", 209-210.

<sup>48</sup> Senhûrî, *Vasîf*, 2/855.

<sup>49</sup> Darîr, "eş-Şartü'l-cezâî", 66; Sâlûs, "eş-Şartü'l-cezâî", 161.

şartı, fazladan bir ödemeyi gerekli kılmayacağı ve bunun caiz olmayacağı böyle bir şartın ileri sürülmeyeceği ve bunun haram kılınan ribâ olacağı da kabul edilmiştir.<sup>50</sup>

Karz akdi, taksitli satış ve selem akdinde cezâî şartın ileri sürülmeyeceği kabul edilmiştir. Bu durumlarda edimin deyin olacağını ve cezâî şartın ribâ olacağı belirtilmiştir. Bunun dışındaki akitlerle belirli bazı şartlarla cezâî şartın ileri sürülebileceğini kabul edilmiştir.<sup>51</sup>

Para borçlarında cezâî şart faizli bankaların çoğunda “gecikme cezası”, “gecikme tazminatı” ve “gecikme faizi” gibi birçok isim altında uygulanmaktadır.<sup>52</sup> Ayrıca modern hukukta kanunî düzenlemeler yapılarak cezâî şart yasal zemine oturtulmuştur. Günümüzde birçok katılım bankasının da para borçlarında -farklı şekillerde de olsa- gecikme cezası uyguladıkları bilinmektedir.<sup>53</sup> Cezâî şart taksitli satışlarda da uygulanmaktadır. Taksitin gecikmesi durumunda cezâî şart ileri sürülebilmektedir. Yine icâre işlemlerinden ücretin ödenmemesi veya gecikmesi durumunda cezâî şart uygulamaları bulunmaktadır. Kredi kartlarında da gecikme durumunda cezâî şart uygulamaları vardır. Aynı şekilde bazı devlet veya özel kurumların sunduğu hizmetlerde faturaların ödenmemesi durumunda (su, elektrik, doğalgaz, internet faturaları gibi) cezâî şart uygulamaları olduğu görülmektedir. Sâlûs bütün bu işlemlerde ileri sürülen cezâî şartın batıl olduğunu çünkü haram kılınan ribâ kapsamında olacağını ileri sürmüştür.<sup>54</sup>

Nitekim Sâlûs, cezâî şartı ele aldığı makalenin sonucunda cezâî şartın ancak bazı işlemlerde sadece zararın vaki ve ispatlanabilir olması durumunda geçerli olacağını belirtmiştir.<sup>55</sup> Bu ise yine menfaatin tazmini veya zararın tazmini bağlamında ele alınacak bir durumdur.

Mecma‘u'l-Fıkhî'l-İslâmî, cezâî şartla ilgili 23-28 Ekim 2000 yılında gerçekleştirdiği toplantının sonucunda açıkladığı 109 no'lu

<sup>50</sup> Darîr, “eş-Şartü'l-cezâî”, 66-69; Acem, “eş-Şartü'l-cezâî fi'l-fıkhî'l-İslâmî”, 212.

<sup>51</sup> Darîr, “eş-Şartü'l-cezâî”, 72, 76; Acem, “eş-Şartü'l-cezâî fi'l-fıkhî'l-İslâmî”, 213-214.

<sup>52</sup> Pekdemir, “İslam Hukuku Açısından Para Borçlarında Cezai Şart”, 139.

<sup>53</sup> Sâlûs, “eş-Şartü'l-cezâî”, 159; Pekdemir, “İslam Hukuku Açısından Para Borçlarında Cezai Şart”, 139.

<sup>54</sup> Sâlûs, “eş-Şartü'l-cezâî”, 159.

<sup>55</sup> Sâlûs, “eş-Şartü'l-cezâî”, 165.



kararında cezâî şartın aslî borcun deyn olduğu selem, taksitli satış gibi işlemlerde caiz olmayacağını; çünkü bunların haram kılınan ribâ kapsamında olacağını belirtmiştir. Aslî borcun deyn olmayacağı diğer malî akitlerde (istisnâ' akdi, müteahhitlik sözleşmeleri, iş akdi vb.) zarar meydana gelmesi ve zararın ispatlanması durumunda cezâî şartın caiz olabileceğini karara bağlamıştır.

Bütün bu bilgiler ışığında para borçlarında cezâî şarta çok sıcak bakılmadığı görülmektedir. Bu çoğunlukla ribâ kapsamına gireceği için kabul edilmemiştir. Bu nedenle katılım bankalarında bir gecikme cezası uygulansa bile genellikle bu alınan fazlalık kullanılmamış ve çeşitli alanlarda bağış olarak aktarılmıştır.<sup>56</sup>

### 3.2.2. Temerrüd Durumunda Muhtemel Kârın (Menfaatin) Tazmini

Borcun ödenmemesi durumunda borçluya uygulanması gereken yaptırımlarla ilgili ileri sürülen bir diğer görüş de muhtemel kârın tazminidir. Bu konu genel olarak klasik kaynaklardaki menfaatin tazmini konusu ile bağlantılı olarak ele alınmıştır. Biz de öncelikle klasik fıkıh eserlerinde bu konudaki görüşleri genel hatlarıyla sunacağız.<sup>57</sup> Daha sonra para borçlarında bu konunun ne şekilde işlendiğine değineceğiz.

Fıkıh eserlerinde menfaatin tazmini konusu daha çok gasp ve itlaf konuları işlenirken ele alınmıştır. Hanefî mezhebinde menfaatin tazmini ile ilgili değişik zamanlarda üç farklı görüş kabul edilmiştir. Bunlardan ilki h. 6. yüzyıla kadar olan dönemdeki klasik görüştür. Bu görüş sahiplerine göre göre menfaatin tazmini hiçbir şekilde caiz görülmemiştir. İkincisi 6. yüzyıldan itibaren kabul edilen ve Mecelle'de de ifadesini bulan yetim malı, vakıf malı ve muaddün li'l-istiğlâl olan mallarda menfaatin tazmin edilmesi hükmüdür. Son görüş ise Mecelle tadil komisyonunun aldığı ve özellikle Şafiî mezhebinde de kabul edilen menfaatin tazmin edilmesi görüşüdür. Şimdi bu üç görüşü kısaca ele alacağız.

<sup>56</sup> Mustafa Dereci, "İslami Finasta Gecikme Cezası Uygulamaları", *Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi (BEYDER)* 15/2 (2020), 138.

<sup>57</sup> Detaylar için bkz. Araz, *İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini*.

İlk görüşe göre erken dönemden itibaren Hanefî mezhebinde, bir maldan; ister bir köleyi çalıştırmak ya da bir evde oturmak şeklinde yararlanılmış olsun, isterse yararlanılmayıp atıl bekletilsin, menfaatler tazmine konu edilmez.<sup>58</sup> Çünkü Hanefî mezhebinde henüz meydana gelmeyen menfaatler üzerinde mal sahibinin bir zilyedliğinden bahsedilemez. Menfaatler yok (madum) sayılmakta ve ancak menfaatin bağlı olduğu şeyin kullanılmasıyla vücut bulmaktadır. Dolayısıyla gasp fiili gerçekleştikten sonra meydana gelen menfaatler üzerinde mal sahibinin zilyetliği oluşmamıştır ve gaspı mümkün değildir.<sup>59</sup> Bunun yanında Hanefî mezhebine göre menfaatler akitle mal sayılırlar. Akit yoksa menfaat, mal hükmünde sayılmaz. Hatta gâsıp, gasp ettiği malı bir akde konu etse ve bundan menfaat elde etse, bunun dahi mal sahibine helal olmayacağı belirtilmiştir. Ayrıca bu gelirin gâsıba da helal olmayacağı ve gâsıbın bunu tasadduk etmesi gerektiği bildirilmiştir.<sup>60</sup>

Menfaatin tazmine konu olmaması daha çok aklî delillerle olsa da Hanefî kaynaklarda bunun delilleri sayılırken naklî delillere de müracaat edilmiştir.<sup>61</sup>

Hanefî mezhebindeki bu ilk görüşü savunanlar, her ne kadar menfaatin zarara uğraması durumunda tazmini caiz görmeseler de zarar verene ta'zir ve hapis cezası verilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>62</sup>

<sup>58</sup> Ebû Muhammed Bedreddin Mahmûd b. Ahmed b. Musa Aynî, *el-Binâye şerhu'l-Hidâye* (Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2000), 9/248; Muhammed Emin İbn Abidin, *Reddül-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr şerhu't-Tenviri'l- ebsâr*, thk. Şeyh Adil Ahmed Abdulmevcud - Şeyh Ali Muhammed Muavvîd (Riyad: Daru Alemlî'l- Kütüb, 2003), 9/299.

<sup>59</sup> Şemsüleimme Ebû Bekr Muhammed b. Ebî Sehl Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Daru'l-Ma'rife, 1979), 11/77.

<sup>60</sup> İmam Muhammed, bu gelirin neden malın asıl sahibine verilmediğini Ebû Hanîfe'ye sorduğunu söyler. Ebû Hanîfe ise malın sorumluluğunun o anda gâsıpta olduğu için gâllenin de ona ait olduğunu belirtir. Böylece o, Hz. Peygamberin, 'الخراج بالضمنان' hadisine (Ebû Dâvûd, Büyû': 71, Tirmizî, Büyû': 53, Nesaî, Büyû': 15) işaret etmektedir. Fakat burada elde edilen bu gelir haksız kazanç olduğu için gâsıbın da hakkı değildir. Gâsıbın bu kazancı sadaka olarak vermesi gerekir. Serahsî, *Mebsût*, 11/77; Ebû'l-Hasan Burhaneddin Ali b. Ebî Bekr el-Merğînânî, *el-Hidâye fi şerhi bidâyeti'l-mübtedi* (Beyrut: Dâru İhyai't-Türasi'l-Arabi, ty.), 4/297.

<sup>61</sup> Detaylı bilgi için bkz. Araz, *İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini*, 221-245.

<sup>62</sup> Ebû Cafer İbn Cerir Muhammed b. Cerir b. Yezid Taberî, *İhtilâfü'l-fukahâ'* (Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1999), 177; Ebu Muhammed Ali b. Osman b. Muhammed b. Süleyman Sirâceddîn el-Üşî, *el-Fetâva's-Sirâciyye*, thk. Muhammed Osman el-Bestevî (Linişiya (لينيشيا): Dârü'l-Ulum Zekeriyya, 2011), 358; Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-

Hanefî mezhebinde erken dönemdeki bu kanaat, zaman içerisinde pratik hayatta sıkıntılıların meydana gelmesine sebep olunca çeşitli istisnalar getirilmiştir. Özellikle İslâm hukukunda haklarının korunması bağlamında özel bir konumda olan yetim ve vakıf malları bu istisnalar içerisinde sayılmış ve daha sonra ise muaddün li'l-istiğlâl olan mallar da buna dâhil edilmiştir.<sup>63</sup> Yetim malı ve vakıf mallarında menfaatin tazmininde temel gaye bu malların korunması konusunda oluşabilecek ihmalleri engellemek ve baştan bir tedbir alarak zarara uğramaları durumunda mağduriyeti gidermektir. Muaddün li'l-istiğlâl<sup>64</sup> olan mallarda, mal sahibi bu malları gelir elde etmek için elinde tutmaktadır, gâsıp ise bunlara el koymuştur. Gâsıbın bu işlemi, her ne kadar karşılıklı rızaya dayanmasa da fasid bir akit sayılarak menfaatin tazminine hükmedilmiştir ki bunda hakkın korunması gayesi güdülmüştür.<sup>65</sup>

Mecelle'nin 417. maddesinde muaddün li'l-istiğlâl mallarla ilgili bilgi verilmektedir.<sup>66</sup> Mecelle'nin 596. maddesinde ise bu istisnalar kabul edilerek tazmini cihetine gidilmiştir.<sup>67</sup>

Mecelle maddeleri ile ilgili sonraki süreçte yapılan tadil çalışmalarında menfaatin tazmini ile ilgili yeni bir görüş (üçüncü görüş) ileri sürülmüştür. Kitâbü'l-İcâreye Müte'allik Ta'dilâtı Hâvi Rapor'da (1340 tarihli) menfaatin mal olması ile ilgili Hanefîlerin

Kâsânî, *Bedâiü's-senâi' fi tertibi's-şerâi'*, thk. Ali Muhammed Muavviz, Adil Ahmed Abdülmevcud (Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2003), 10/48; Ömer Nahuhi Bilmen, *Hukuki İslâmiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu* (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1985), 7/335.

<sup>63</sup> Zeynüddin Zeyn b. İbrâhim b. Muhammed el-Mısırî İbn Nüceym, *el-Fevâidü'z-zeynîyye fi mezhebi'l-Hanefîyye*, thk. Ebû Ubeyde Ali Salman (Demmân: Dâru İbni'l-Cevzi, 1994), 63.

<sup>64</sup> Mu'addün li'l-istiğlâl' şeklinde ifade edilen bu mallar kişinin kazanç elde etmek için satın aldığı, yaptığı veya ürettiği mallardır. Örneğin bir evi kiraya vermek için satın alan veya bina eden kişinin, bu malı kazanç getirmek üzere elde tutulduğu için bu şekilde nitelenir. Aynı şekilde bir aracı gelir getirmek üzere kullanan kişinin de aracı mu'addün li'l-istiğlâl sayılır. Ticarî taksiler gelir getirmek için elde tutulan araçlardır. Fakat kişinin özel olarak kullandığı hususî otomobili mu'addün li'l-istiğlâl değildir. Araz, *İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini*, 240-241.

<sup>65</sup> Yaran, *İslam Hukukunda Borcun Geciktirilmesi*, 140.

<sup>66</sup> 'Mu'addün li'l-istiğlâl, kiraya verilmek üzere i'dâd ve tâyin olunmuş şeydir ki, fi'l-asıl kiraya verilmek üzere yapılmış ya alınmış han ve hane ve hamam ve dükkân gibi akarât ile kira arabası ve kira beygiri misillü şeylerdir. Ve bir şeyin ale't-tevâlî üç sene icar olunması mu'addün li'l-istiğlâl olduğuna delildir. Ve bir kimse nefsi için yaptırmış olduğu bir şeyin mu'addün li'l-istiğlâl olduğunu nâsa ihbâr ve i'lâm ile mu'addün li'l-istiğlâl olur'

<sup>67</sup> 'Bir kimse bir malı sâhibinin izni olmaksızın isti'mal etmiş olsa gasp kabilinden olarak menfa'atini ödemek lazım gelmez. Fakat mal-ı vakıf ya mal-ı sağır ise her halde ve mu'addün li'l-istiğlâl ise te'vil-i mülk ve akd olmadığı halde zamân-ı menfa'at yani ecr-i misil lazım olur.'

ve cumhurun görüşlerine değinilmiştir. Sonuç olarak cumhurun, menfaatin tazmini ile ilgili görüşünün kendi dönemleri için daha uygun olduğu belirtilmiş ve menfaatin gayr-ı mütekavvim mal sayılmasının sıkıntılar doğurduğu belirtilmiştir.<sup>68</sup> Dolayısıyla Mecellede öncelikle Hanefî mezhebindeki istisnalarla menfaatin tazmin edileceğini görüşü, ardından tadil komisyonunda menfaati de ayn gibi mütekavvim sayılması görüşü benimsenmiştir. Buna binaen bir malın kullanılması veya kullanılmasına engel olunması durumunda emsal ücretinin verilmesi gerektiği belirtilerek, her durumda menfaatin tazmini gerektiği görüşü kabul edilmiştir.<sup>69</sup>

Şâfiî mezhebinde menfaatin tazmin edilmesi gerektiği görüşü benimsenmiştir. Burada malın kullanılması, kullandırılmasına veya menfaat elde edilip edilmemesine bakılmaksızın her durumda menfaatlerin tazmini kabul edilmiştir.<sup>70</sup> Çünkü Şâfiî mezhebine göre menfaatler baştan mal gurubunda sayılmakta ve menfaatlere verilen herhangi bir zarar durumunda mallar gibi tazmin edilmesi gerekmektedir.<sup>71</sup> Dolayısıyla gasp edilen veya itlaf edilen mallar eğer menfaatleri karşılığında bir ücret talep edilebilecek olan mallar ise hiçbir ayırım olmaksızın menfaatin tazmini gerektiği görüşü kabul edilmektedir.<sup>72</sup> Fakat burada dikkat edilmesi gereken

<sup>68</sup> Ahmed Akgündüz, *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye (Mecelle Ta'dilleri ve Gereçeleri İle Birlikte)* (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2013), 144, 173; Halil Cin - Ahmet Akgündüz, *Türk-İslam Hukuk Tarihi I-II* (İstanbul: Timaş Yayınları, 1990), 217; Mehmet Erdoğan, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi* (İstanbul: İFAV Yayınları, 2000), 182.

<sup>69</sup> Araz, *İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini*, 234.

<sup>70</sup> Ebü'l-Hüseyn İbn Ebi'l-Hayr Yahyâ b. Ebi'l-Hayr b. Salim b. Es'ad el-Yemanî İmrânî, *el-Beyân fi mezhebi'l-İmâm eş-Şâfiî*, thk. Kâsım Muhammed en-Nuri (Beyrut: Dârü'l-Minhac, 2000), 7/11.

<sup>71</sup> Ebü'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb el-Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebîr fi fihri mezhebi'l-İmâm eş-Şâfiî ve hüve şerhu Muhtasari'l-Müzenî*, thk. Ali Muhammed Muavviz, Adil Ahmed Abdülmevcud (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1994), 7/160; Taberî, *İhtilâfü'l-fukahâ'*, 176-177; Ebü'l-Menâkıb Şehabeddin Mahmûd b. Ahmed Zencânî, *Tahrîcü'l-furû' ale'l-usûl* (Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1982), 225-227; Şemsuddin Muhammed b. Hatib Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc ila Ma'rifeti Maani Elfazi'l- Minhâc*, thk. Muhammed Halil (Beyrut: Darü'l-Marife, 1997), 2/369; Şemseddin Muhammed b. Ahmed b. Abdülhak Minhâcî, *Cevâhirü'l-ukûd ve'l-muinü'l-kudât ve'l-muvakki'in ve's-şühûd* (b.y.: y.y., ts.), 1/220; Ebü Muhammed b. Ğânim b. Muhammed Bağdâdî, *Mecmaü'd-damânât fi mezhebi'l-İmâmi'l-A'zam Ebi Hanîfe en-Nu'mân*, thk. Muhammed Ahmed Serac, Ali Cuma Muhammed (Kahire: Darü's-Selam, 1999), 1/306.

<sup>72</sup> Ebü İshak Cemaleddin İbrâhim b. Ali b. Yusuf eş-Şirâzî, *el-Mühezzeb fi fihri'l-İmâm eş-Şâfiî*, thk. Zekeriyâ Umeyrat (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1995), 2/196; İmâmü'l-Haremeyn Ebü'l-Meâlî Rûknüddîn Abdülmelik b. Abdullâh b. Yûsuf Cüveynî, *Nihâyeti'l-matlab fi dirâyeti'l-mezheb*, thk. Abdülazim Mahmud ed-Dib (Beyrut: Darü'l-Minhac,

bir durum söz konusudur. Eğer gasp edilen mal örneğin para veya yiyecek türünden tüketilen bir mal gibi ücret karşılığı kiraya verilemeyecek bir mal ise aynî tazmin gerektiği, menfaatlerin tazmin edilmeyeceği kabul edilmiştir. Bunun yanında meydana gelen gasp fiilinin mislî bir ücret takdir edilecek bir süre de devam etmesi gerekir.<sup>73</sup>

Hanbelî mezhebinde menfaatin tazmini konusunda Şâfiîlere benzer görüş belirtilmiştir. Dolayısıyla menfaatlerin gaspı gibi durumlarda tazmini gerekir. Önemli olan malın ücret karşılığı kiralanabilecek veya başka bir deyişle kullandırılması durumunda menfaat karşılığında ücret alınabilecek bir mal olması yeterlidir.<sup>74</sup>

Mâlikî mezhebinde ise menfaatin tazmini konusu Şafiî ve Hanbelî mezhebi gibi erken dönemden itibaren kabul edilse de bu menfaatin meydana gelmiş olması şartı aranır. Yani menfaatin elde edileceği mal kullanılmış veya kullandırılmışsa bu durumda menfaat hâsıl olmuştur. Hâsıl olan bu menfaatler tazmin edilir. Fakat kullanılmamış ve menfaat elde edilmemişse menfaatin tazmini caiz görülmez. Örneğin bir kişi başkasına ait bir malı gasp edip bu malın menfaatlerinden herhangi bir şekilde istifade etmişse, menfaatler de tazmin ettirilir. Fakat gâsıp bu malın menfaatlerinden faydalanmamışsa sadece malın tazmini gerekip ayrıca menfaat tazminine gerek görülmemiştir.<sup>75</sup>

Günümüzde menfaatin tazmini ile ilgili görüşler incelendiğinde genelde tazmin edilmesi gerektiği görüşü kabul edilmektedir.<sup>76</sup> Bu görüşün kabul edilmesinde en temel sebep olarak; zamanımızda dinen ve ahlaken zaaflar yaşandığı ve insanların kul hakkı konusunda titiz davranmadıkları belirtilmiştir.

2007), 7/173; İmrânî, *el-Beyân fî mezhebi'l-İmâm eş-Şâfiî*, 7/11; Mustafa Hın vd., *el-Fikhü'l-menheci alâ mezhebi'l-İmâm eş-Şâfiî* (Dımaşk: Dârü'l-Kalem, 1992), 7/223.

<sup>73</sup> Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, 7/196; Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebîr*, 7/162.

<sup>74</sup> İbnü'l-Ferrâ Muhammed b. Hüseyin Ebû Ya'lâ Ferrâ, *Mesâilü'l-fikhiyye min kitâbi'r-rivâyeteyn ve'l-vecheyn*, thk. Abdülkerim b. Muhammed el-Lahim (Riyad: Mektebetü'l-Maârif, 1985), 1/412; Bilmen, *Hukuki İslâmîyye ve İstılahat-ı Fikhiyye Kamusu*, 7/347.

<sup>75</sup> Ebü'l-Abbas Şehabeddin Ahmed b. İdris b. Abdürrahim Karâfî, *ez-Zahîre*, thk. Muhammed Hacci vd. (Beirut: Dârü'l-Garbi'l-İslâmî, 1994), 8/281.

<sup>76</sup> Subhî Mahmesânî, *en-Nazarîyyetü'l-âmme li'l-mücebâti ve'l-ukûd* (Beirut: Dârü'l-İlm li'l-Melayin, 1983), 1/163; Abdülkerim Zeydan, *el-Medhal li-diraseti's-şeriatü'l-İslâmîyye* (Beirut: Müessesetü'r-Risâle, 2010), 205; Yaran, *İslam Hukukunda Borcun Geciktirilmesi*, 145; Kahveci Nuri, "İslam Hukuku Açısından Menfaatlerin Tazmini", *KSÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi* 4/8 (2006), 60.

Aynı zamanda menfaatin tazmin ettirilmemesi kötü niyetli kişilerin çoğalmasına sebebiyet verecek ve insanların haklarının kaybına sebep olacaktır. Ayrıca Hanefî mezhebinde klasik dönemde menfaatin tazmin edilmemesi davaların kısa sürede sonuçlandırılması ve menfaat kayıplarının çok fazla yaşanmaması sebebiyle olduğu, ilerleyen süreçlerde ve özellikle günümüzde uzun süren davalar sonucunda alacakların ciddi zararlar gördüğü, bundan dolayı menfaatin tazmini cihetine gidildiği söylenebilir.<sup>77</sup>

Modern hukukta ise bu konu 'elde edilmesi muhtemel kâr kaybı' meselesi başlığında ele alınmaktadır. Zarar, malvarlığının zarar veren olaydan önceki durumu ile çoğalma ihtimali gerçekleşseydi arz edeceği durum arasındaki fark olarak ele alınmış ve elde edilmesi muhtemel kâr kayıplarının da zarar sayılacağı kabul edilerek tazmini cihetine gidilmiştir.<sup>78</sup> Fakat kârın tespiti ve tazminin hangi miktarda yapılacağı ile ilgili sıkıntılar olacağı için burada hâkimin geniş yorumlardan kaçınarak sadece kuvvetle muhtemel olabilecek kârları hesaba katması gerektiği belirtilmiştir.<sup>79</sup>

Menfaatin tazmini ile ilgili görüşler bu şekilde olmakla birlikte para borçlarının menfaatin tazmini ile ilgili klasik kaynaklarda geçen menfaatin tazmini konusuna kıyaslamak pek uygun görülmemiştir. Menfaatin tazminini kabul eden Şafîî, Hanbelî ve Mâlikî mezhebi ücret karşılığında kiraya verilmesi uygun olmayan malların menfaatinin tazmin edilmeyeceğini belirtmişlerdir.<sup>80</sup> Çünkü bu görüşü savunanlara göre eğer bu mallar gasp edilmeyip sahibinin elinde kalmış olsaydı malların sahibi bu malları kiraya verecek ve gelir elde edecekti. Fakat gasp edilince bu kârları elde edemedi. O zaman kaybedilen bu kârlar (yani meydana gelen bu zarar) gâsıba ödettilmelidir. Oysa para borçlarında borçlunun elinde mal değil para vardır ve para ribevî mallardan olup kiraya

<sup>77</sup> Araz, *İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini*, 255-256.

<sup>78</sup> Murat Topuz, *Maddî Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2020), 50. Burada gerek roma hukukunda gerek günümüz hukukunda elde edilmesi muhtemel kârın tazmini ile ilgili görüşler verilmiştir. Bkz. s. 47-71.

<sup>79</sup> Topuz, *Maddî Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*, 68-69.

<sup>80</sup> Mâverdi, *el-Hâvî'l-kebir*, 7/162; Şîrâzî, *Mühezzeb*, 2/196; Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, 7/173; İmrânî, *el-Beyân fî mezhebi'l-İmâm eş-Şafîî*, 7/11; Hın vd., *el-Fikhü'l-menheci alâ mezhebi'l-İmâm eş-Şafîî*, 7/233; Bilmen, *Hukukî İslâmîyye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, 7/347.

verilmesi uygun değildir. Yani para, kiraya verilerek kullanılan süre için bir gelir temin edilecek mallardan değildir.<sup>81</sup> Paranın kiraya verilmesi ile elde edilecek gelir faizdir. Bundan dolayı aslı itibariyle konunun menfaatin tazminine kıyası uygun görülmemektedir. Fakat günümüzde gerek bireysel borçlanmalarda gerekse kurumsal borçlanmalarda bu tür sorunlar çokça görüldüğü için mesele etraflıca ele alınarak fikhî boyutu tartışılmış ve mağduriyetlerin giderilmesi için bu kayıpların telafisi gerektiği düşünülerek buna klasik kaynaklardan deliller getirilmeye çalışılmıştır. Bu konuda da en çok başvuru durum gasp durumunda menfaatlerin tazmini olmuştur.<sup>82</sup>

Klasik fıkıh eserlerinde para borçlarında muhtemel kârın tazmini ile ilgili doğrudan bir bilgiye rastlanılmamaktadır. Mustafa Ahmed ez-Zerkâ bunun üç temel sebebinin olduğunu belirtir: Birincisi bu konu, fukahânın yaşadığı dönemde, günümüzde olduğu gibi önemli ve etkili değildir. İkincisi o dönemde davaların erken sonlandırılmasıdır; yani borçlu borcunu ödemediğinde alacaklı mahkemeye başvurmakta ve mesele hâkim tarafından araştırılarak alacaklının zarara uğramayacağı şekilde hızlı bir şekilde çözülmektedir. Üçüncüsü ise faize düşme korkusudur. Buna göre borcunu ödemeyen kişiye verilebilecek bir fazlalık vade karşılığında borca ekleme yapmaya benzer. Bu ise faiz düşüncesini akla getirmektedir. İşte belirtilen bu sebeplerden dolayı fakihler muhtemel kârın tazmini cihetine gitmemişlerdir.<sup>83</sup> Fakat

<sup>81</sup> Kira akdinde menfaatte aranan şartlardan biri de menfaatin elde edilmesinin aynı tüketimine yol açmamasıdır. Bir ayın tüketimine sebep olan kira akdi caiz değildir. Bkz. Ali Bardakoğlu, *İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcâre Akdi –Özellikle Personel İstihdamı* (Erzurum: Atatürk Üniversitesi İslamî İlimler Fakültesi, Doktora Tezi, 1982), 53.

<sup>82</sup> Abdülaziz Bayındır, *Ticâret ve Faiz* (İstanbul: Süleymaniye Vakfı Yayınları, 2007), 290; Ahmet Akman, *İslam Hukukunda Akdî Mesuliyetten Doğan Tazminat* (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1992), 33.

<sup>83</sup> Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, "Hel yukbelu şer'an el-hukmu ale'l-medîni'l-mümâtîli bi't-ta'vizi ale'd-dâin?", *Mecelletü ebhâsi'l-iktisâdi'l-İslâmî 2/2* (1985), 104-105; Hayrettin Karaman da bu konuda benzer şekilde şöyle demektedir: "Eski fıkımızda, zamanında ödenmeyen borçlarla ilgili bir yaptırım benimsenmemiştir. Bunda, eski devirlerde, özellikle para cinsinden sermayenin bugünkü kadar önemli olmamasının rolü olabilir. Bir de faiz belâsına düşmemek için fukahâmız titiz davranmıştır. Aklî gerekçe olarak da "Zamanında ödenseydi ve tekrar üretime, ticarete sokulsa mutlaka kazanacak mıydı, belki de zarar edecekti, şu halde kaybedilmiş bir kârdan, uğranılmış bir zarardan kesin olarak söz edilemez" denmişti." Hayreddin Karaman, *Hayatımızdaki İslam* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2002), 390; Benzer değerlendirmeler Nihat Dalgın tarafından da yapılmıştır. Dalgın, *Gündemdeki Tartışmalı Dinî Konular 2*, 417-418.

günümüzde bu konu meydana gelen sorunlar sebebiyle çokça gündem bulmakta ve tartışılmaktadır.

Araştırmamızın asıl konusu olan katılım bankalarında kullanılan finansmanlarla ilgili olarak da benzer bir durum oluşmaktadır. Bilindiği gibi katılım bankaları ev, araba veya değişik mallara ihtiyacı olan insanlara faizsiz finansman desteği sunmaktadır. Uygulamada müşteri bankaya başvurarak almak istediği malı bildirmekte ve banka müşterinin durumunu araştırdıktan sonra finans temini sağlanacağına karar verdiğinde, malın peşin olarak almakta (aslında mal müşterinin ve bankanın sermaye koyması ile alınmaktadır. %30 müşteri % 70 banka gibi) ve vadeli olarak kâr payı ekleyerek müşteriye satmaktadır. Bankaya vadeli borçlanan müşteri borcunu belirli vadelerde geri ödemektedir. Dolayısıyla katılım bankası müşteriye doğrudan para vererek kredi kullanılmamış, ürün peşin alımı ve vadeli satımı (murâbaha) şeklinde bir anlamda ticaret yapmıştır. Burada müşteri vadesi gelen borcunu ödemediğinde banka kâr elde etmekte ve elde ettiği yeni gelirlerle yeni finansmanlar sağlamaktadır. Fakat borç, vadesi geldiği halde, ödemediğinde finans kurumu zor duruma düşmektedir. Finans kurumunun müşterilerinin birçoğunun böyle bir işlemi yapması elbette kurum için sıkıntılar doğuracaktır. Aynı durum vadeli mal satıp, müşteriden para alması gereken ve bu parayla yeni mallar alarak ticaretini devam ettiren tüccar için de geçerlidir. Bu tür borçlanmalarda da müşteriler borçlarını zamanında ödemediklerinde alacaklı olan tüccarlar bu alacaklarını elde edemediklerinde yeni mallar alamamakta ve kârlı olarak satamamaktadır. Bu ise tüccarın ciddi zarar görmesi demektir. Günümüz İslâm hukukçuları bu gibi durumlarda genellikle anaparada, enflasyon gibi sebeplerle meydana gelen değer kayıplarının tazminini uygun görmektedirler.<sup>84</sup> Çünkü burada aslında anaparanın alım gücü değeri korunmaktadır. Paranın alım gücündeki bu kaybın tespiti (enflasyon oranında geri ödenmesi) günümüz açısından daha kolaydır. Ekonomik veriler ışığında böyle bir değer kaybı tespit edildiğinde, örneğin enflasyon sebebiyle

<sup>84</sup> Esen, "İslam Hukuku Açısından Borcun Geciktirilmesi Halinde Uygulanabilecek İşlemler", 24; Bayındır, *Ticâret ve Faiz*, 292; Dalgın, *Gündemdeki Tartışmalı Dinî Konular* 2, 415-429.



paranın alım gücünün zayıfladığı bir durumda, bu eksikliğin giderilmesi yönünde bir kanaat oluşmuştur.

Fakat bizim asıl konumuz olan menfaatler (muhtemel kâr) ise bundan farklıdır. Burada paranın alım gücündeki azalma değil ileriye yönelik işletilmesi ile elde edilmesi muhtemel bir kârın kaybı söz konusudur. Yani bir kurum veya şahıs, alacağını temin etse ve bunu tekrar ticarete (al-satta veya murâbahada) kullansa bir kâr elde edecektir. Fakat şurası da unutulmamalıdır ki ticarete kâr elde etme şeklinde bir kesinlik yoktur. Alacak elde edilse ve yeni işlemlerde kullanılsa zarar da gerçekleşebilir. Hatta örneğin bir kumarbaza olan borcunu geciktiren kişi, onun kumarda para kaybetmesine engel olarak hayrına iş yapmış da olabilir. Kesin olmayan bir durum söz konusudur.<sup>85</sup> Böyle bir durumda karar verirken konu etraflıca araştırılmalı ve buna göre karar vermelidir.

Burada katılım bankaları açısından da durum aynı şekilde olabilir. Yani bu alacağı temin ettiklerinde tekrar ticarete kullanmaları durumunda kâr da elde edebilirler zarar da. Fakat bilindiği gibi katılım bankaları normal tüccarlar gibi malı elinde tutarak müşteri bekleyen kurumlar değildir. Parayı ellerinde tutarlar ve mala ihtiyacı olan kişi geldiğinde o malı alıp hemen kârlı satış yaparlar. Bu açıdan katılım bankalarında zarar ihtimali çok düşüktür. Çünkü ürün hemen alınıp anında kârlı satış yapılmaktadır. Ürün ellerinde kalsa belki zarar etme ihtimalleri olabilir. Fakat böyle bir durum katılım bankaları için söz konusu değildir. Bundan dolayı yukarıda belirttiğimiz kârın kesin olmaması durumu katılım bankaları için uygun görülmez. Dolayısıyla burada mesele farklı boyutları ile incelenmelidir.

Meselenin hükmü konusunda kesin bir görüş belirtmek kolay olmasa da özellikle menfaatin tazmini bağlamında belirtilen görüşler ele alındığında bir değerlendirme yapmak mümkün olabilir. Para borcunun bir mal alım satımına dayalı gerçekleşmesi ve borçlunun borcunu ödeme imkânı olduğu halde ödememesi durumunda kurum veya şahısların elde edemediği bu alacaklara binaen yeni ticari işlemler yapamaması ve muhtemel kârlarını borçlu sebebiyle elde edememeleri Hanefî mezhebindeki muaddün

<sup>85</sup> Bayındır, *Ticâret ve Faiz*, 292.

li'l-istiğlâl mallarla ilgili görüşü bağlamında da ele alınabilir. Aksi takdirde borçluya bu yaptırım uygulanmadığında alacaklının zararı görmemezlikten gelinir. Burada belki borçluya malî bir ceza verilmesi gerektiği söylenebilir. Fakat bu malî ceza borçlunun zararını gidermek için kullanılmadığında suçlu cezalandırılmakta fakat mağdurun mağduriyeti giderilmemektedir. Bu zararın giderilmesine yönelik bir karar verilmediğinde toplumda büyük sıkıntılar çıkabilir. Bu sıkıntıların başında herhangi bir yaptırımın olmayacağını düşünen kötü niyetli kişilerin bu tür işlemleri çoğaltması gelmektedir. Ayrıca borç veren kişi ve kurumların zarara uğramamak için borç vermekten çekinmelerine ve böylece toplumda çeşitli sıkıntıların doğmasına sebep olur.<sup>86</sup> Oysa borç işlemleri veya vadeli satış işlemleri toplumlarda zaruret haline gelmiş işlemlerdir. Katılım bankaları açısından bakıldığında katılım bankaları konvansiyonel bankalar gibi kredi vermemekte sadece mal veya hizmete dayalı finansman sağlamaktadırlar. Dolayısıyla bu kurumlarda bir ticaret kurumu gibi değerlendirilip alacaklarının temin edilmemesi durumunda oluşan bu zararın giderilmesi daha uygun olabilir.

Fakat burada dikkat edilmesi gereken bazı noktalar bulunmaktadır. Öncelikle elde edilmeyen kârın tazmine konu olması için borçlunun imkânı olduğu halde zamanında borcunu ödememesi, alacaklının bundan zarar görmesi, alacaklının uğradığı zararın sebebinin borçlunun borcunu ödememesinin olması ve alacaklının borcunu zamanında talep etmesine rağmen borcun ödenmemesi icap eder.<sup>87</sup>

O zaman burada önemli olan şey, kişi veya kurumların bu borç ödendiğinde bunu işletip kâr elde edebilecek kurumlar olup olmamasıdır. Her ne kadar burada da kâr elde edip edemeyecekleri ihtimal dâhilinde olmakla birlikte, asıl işlemleri bu parayı devamlı olarak kullanmak olduğuna göre ve ticarete kâr elde etmek asıl olduğuna göre<sup>88</sup> bunların normal şartlarda elde edebilecekleri kâr

<sup>86</sup> Esen, "İslam Hukuku Açısından Borcun Geciktirilmesi Halinde Uygulanabilecek İşlemler", 17-18.

<sup>87</sup> Dalgın, *Gündemdeki Tartışmalı Dinî Konular* 2, 452.

<sup>88</sup> Aziz Barıkan, "Kâr Mahrumiyeti Tazminatı", *Ankara Barosu Dergisi* 2 (1959), 67. . Mecelle'nin 42. maddesindeki "İtibâr galib-i şâyi'adır, nâdire değildir" küllî kaidesi de bunu açıklayıcı mahiyettedir

hesaplanarak, bunun borçludan tazmin edilmesi mümkün görülebilir. Nitekim bu konuda yapılan bazı çalışmalarda da benzer görüşler belirtilmiştir. Sıddık Muhammet Emin ed-Darîr, katılım bankalarının murabaha satışları sonucunda ödenmeyen borçlarla ilgili verdiği bir fetvada bu konuyu ele almakta ve menfaatin tazmin edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Tazminat miktarı ile ilgili ise kurumun gecikme süresi içerisinde elde ettiği kâra bakılarak tespit yapılması gerektiğini belirtmektedir. Görüşünü açıklarken ‘...eğer banka bu süre içerisinde kâr elde etmemişse borcu geciktiren müşteriden de kâr almamalı, ayrıca ödeme gücü olmayan müşteriden de kâr talep etmemelidir’ demektedir.<sup>89</sup> Zerkâ ise burada belirlenecek kârın, alacaklının mutat ticaretle elde ettiği asgari kârı geçmemesi gerektiğini belirtmektedir.<sup>90</sup>

Hayrettin Karaman da bu konuda sorulan bir soruyu şu şekilde cevaplandırmıştır:

“Bize göre gerek şahısların ve gerekse finans kurumları gibi kuruluşların, hak edilmiş, vâdesi gelmiş alacaklarını, borçlu ödeme zorluğuna düşmediği halde, zamanında ödememiş olursa, doğan zarar sabit olmak şartıyla fark talep etmeleri normaldir. A'nın finans kurumuna veya bir şirkete vâdeli borcu vardır, zamanında ödememiş ve aradan altı ay geçmiştir, bu esnâda kurumun katılım hesabı sahiplerine verdiği kâr da sabit olmuştur; kezâ şirket, aynı malı ve hizmeti başkalarına da satmış ve bundan belli bir para kazanmıştır. İşte böyle bir durumda, A, ödeme imkânı bulunduğu halde kendi çıkarını tercih ettiği için borcunu ödememiş, parayı kullanmış, kurum ve şirket ise açık ve kesin olarak kârdan zarara uğramıştır; zararın miktarı da yaptığı işlemlerden elde ettiği kârdan bellidir. Bu kadar bir farkın talep edilmesi, zararı meneden İslâm'a göre câiz olmalıdır. Câiz olmayan, kurum ve şirketin, kazansın kazanmasın daha baştan, gecikmeye fark koymasıdır.<sup>91</sup>

Burada gecikme sebebiyle elde edilemeyen muhtemel kârın tespiti sorunu ise mahkemeler ve bilirkişiler tarafından titiz bir çalışma yapılarak tespit edilebilir. Ayrıca İslâm hukuku açısından

<sup>89</sup> Menî, *Buhûs fi'l-iktisâdi'l-İslâmî*, 423.

<sup>90</sup> Zerkâ, “Hel yukbelu şer'an el-hukmu ale'l-medîni'l-mümâtılı bi't-ta'vizi ale'd-dâin?”, 112.

<sup>91</sup> Karaman, *Hayatımızdaki İslam*, 390-391.

borcun gecikme nedenlerini, borçlunun ödeme imkânı olup olmadığı vb. durumları araştırarak karar verilmelidir.<sup>92</sup>

### Değerlendirme ve Sonuç

İslâm hukukunun en temel ilkelerinden birisi, insanların birbirleri ile olan ilişkilerinde karşı tarafa zarar vermemeleridir. Karşı tarafın herhangi bir şekilde zarara uğratıldığı durumlarda ise, verilen zararın mümkün mertebe telafi edilmesi gerekir. Borcun ödenmemesi durumunda da alacaklının uğrayacağı zararlar bulunmaktadır. Bu zararların da giderilmesi gerekir. Borcunu ödememe durumu klasik fıkıh açısından sorun görülmüş ve meydana gelecek zararı gidermek için önlemler alınmıştır. Hukuk davalarının sürüncemede kalmaması ve hakkın hızlı bir şekilde sahibine teslim edilmesi için gayret edilmiştir. Örneğin borcunu zamanında ödemeyenlerin mal varlıkları hacr altına alınarak borcun giderilmesi veya hapis veya diğer bazı yaptırımlarla borcunu hemen ödemesi cihetine gidilmiştir. Bu durumlarda alacaklının çok fazla belki de hiç zarara uğramadan hakkının teslim edilmesi sağlanmıştır.<sup>93</sup> Ancak günümüzde bu mümkün olmamaktadır. Davalar uzun sürmekte ve mağduriyetler oluşmaktadır.

Araştırmamızda katılım bankalarında ödenmeyen borçlarda borçluya uygulanacak yaptırımla ilgili iki önemli çözüm ele alınmıştır. Öncelikle belirtmemiz gerekir ki bu konuda borçlunun sadece borca konu olan meblağı ödemesi gerektiği görüşünü benimseyenler de bulunmaktadır. Fakat konumuz cezâî şart ve muhtemel kârın tazmini karşılaştırması olması sebebiyle diğer detaylara girilmeyip ilgili kaynaklara müracaat edilebilir.

Cezâî şartın sadece para borçları ile ilgili olmadığını ve birçok borç işleminde uygulanan bir yaptırım olduğunu belirtmemiz gerekir. Fakat makale boyutunu aşmamak ve konu dışına taşmamak için diğer uygulamalara detaylı bir şekilde

<sup>92</sup> Vehbe Zuhaylî, *Mevsûatu kazâyâ İslamiyye muâsıra* (Dımaşk: Dârü'l-Mektebi, 2009), 5/107; Zerkâ, "Hel yukbelu şer'an el-hukmu ale'l-medîni'l-mümâtli bi't-ta'vizi ale'd-dâin?", 110-111; Esen, "İslam Hukuku Açısından Borcun Geciktirilmesi Halinde Uygulanabilecek İşlemler", 27; Dalgın, *Gündemdeki Tartışmalı Dinî Konular 2*, 447.

<sup>93</sup> Abdullah b. Süleyman el-Menî, "Borcunu Ödemeyene Verilecek Ceza", çev. İshak Emin Aktepe, *Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi* 8/3 (2008), 6.

değnilmemiştir. Aynı şekilde menfaatin tazmini konusu da aslında para borçları ile ilgili bir durum olarak ele alınmamıştır. Fakat modern dönemde bu konu para borçlarındaki mağduriyeti gidermek için kullanılmıştır.

Günümüz İslâm hukukçularının bir kısmı cezâî şartı benimserken bir kısmı ise muhtemel kârı benimsemiştir. Fakat her iki görüşü benimseyenlerin ortak kararı borçlunun ödeme imkânı olduğu halde borcunun ödememesi durumunda alacaklının mağduriyetinin bir şekilde giderilmesi şeklindedir. Cezâî şartta bu mağduriyet akdin başında şart koşulmakta ve borç eda edilmediğinde akde koşulan bu şart sebebiyle mağduriyet giderilmektedir. Muhtemel kârın tazmininde ise akit sonrasında vadesinde ödenmeyen borcun meydana getirdiği zararın telafisi bağlamında mağduriyet giderilmektedir. Cezâî şartı ele alan ve kabul eden İslâm hukukçularının –yerinde belirttiğimiz üzere- bu konuda en önemli şartı, borç ödenmediğinde zararın oluşmuş olmasıdır. Hatta bu zararlar borcun ödenmemesi arasında bir alaka olması gerekir. Eğer zarar meydana gelmezse cezâî şartta uygulanmaz. Her ne kadar uygulamada cezâî şartın bulunduğu durumlarda zarara bakılmadan şartın geçerli olduğu ile ilgili yasal mevzuat varsa da İslâm hukukçuları, fikhî açıdan bunun doğru olmadığını ve ancak ispat edilebilir bir zarar durumunda cezâî şartın uygulanabileceğini belirtmişlerdir. Bu bağlamda aslında mesele muhtemel kârın tazmini ile benzer bir durum arz etmektedir. Nasıl ki muhtemel kârın tazmininde borcun ödenmemesi durumunda meydana gelen zararın tazmini söz konusu ise cezâî şartta da borcun ödenmemesi durumunda zarar meydana gelirse şart devreye girmektedir. Öyleyse her iki görüş de birbirine benzerlik arz etmektedir. Dolayısıyla her iki görüşe göre de böyle bir durumda meydana gelen zarar bir şekilde giderilmelidir. Tabi bu, para borçlarında cezâî şartı veya muhtemel kârın tazminini kabul edenler açısından böyledir.

Kanaatimizce muhtemel kârın tazmini şeklinde görüş daha tutarlılık arz etmekte ve hakkaniyete uygun görülmektedir. Çünkü bu durumda baştan bir belirleme ile zihinler karıştırılmamakta ve gerçekten oluşan bir zararın giderilmesi sağlanmaktadır. Oysa cezâî şartta baştan bir fazlalık ileri sürülmekte ve daha önce

belirttiğimiz gibi birçok ülkede zarar durumuna bakılmadan, akdin gereği yerine getirilmediğinde şart devreye girmedi ve fazlalık ödenmesi şeklinde yasal uygulama bulunmaktadır.

Burada muhtemel kârın tazmininin ribâ bağlamında değerlendirilmemesi gerektiği de belirtilmiştir. Çünkü amaç verilen deynin artırılması değildir. Amaç ortaya çıkan zararın giderilmesidir. Zararı gidermek ise tazminat bağlamındadır. Genel ilke olarak tazminat ribâ sayılmaz.<sup>94</sup> Nitekim Zerkâ, borcun geciktirilmesi durumunda işlemin gaspa benzeyeceğini ve bu durumda da borçlunun alacaklıya verdiği muhtemel zararların tazmin edilmesi gerektiğini belirtir. Fakat gecikmeden doğan zararın tazmin miktarını tarafların anlaşarak tespit etmelerini caiz görmeyip tazminat miktarını mahkemede bilirkişiler vasıtasıyla tespit edilmesi gerektiği görüşündedir.<sup>95</sup> Nitekim faizde borçlunun durumu, meydana gelen zarar, hata, ihmal gibi hiçbir durum gözetilmeden doğrudan bir fazlalık talep edilmektedir. Oysa bizim belirttiğimiz muhtemel kârın tazmininde öncelikle borcun ödenmemesi veya gecikmesi imkânsızlık sebebiyle olmuşsa mühlet vermek gerekir. Eğer mütemerrid borçlu ise bu durumda da temerrüdün sebep olduğu bir zarar söz konusudur. Yani borç hakkı ile eda edilse bu zarar oluşmayacak ve kuvvetle muhtemel kâr elde edilecektir. Fakat hem zararın oluşması hem de kuvvetle muhtemel kârın elde edilememesi borçlu sebebiyledir. Bu durumda zarara alacaklının katlanması bir zulmün daha meydana gelmesine sebep olacaktır.<sup>96</sup> Bunun için zararı, zarar verenin gidermesi gerekir. Eğer gerçekten ve kuvvetle muhtemel bir kâr söz konusu ise -ki bu katılım bankalarında tespiti mümkün bir durumdur- bu, borcunu ödeme imkânı olduğu halde ödemeyen mütemerrid borçludan alınmalıdır. Allahu a'lem.

<sup>94</sup> Rahmi Yaran, "Türk Hukukundaki Temerrüt Faizinin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi*, ed. Mehmet Bayyığıt (Konya: Kombad Yayınları, 1997), 709.

<sup>95</sup> Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, "İslamda Borcun Geciktirilmesi", *Diyanet İlmî Dergi [Diyanet Dergisi]* 26/4 (1990), 94.

<sup>96</sup> Zerkâ, "İslamda Borcun Geciktirilmesi", 94.

**Finansman / Funding:**

*This research received no external funding. / Bu araştırma herhangi bir dış fon almamıştır.*

**Çıkar Çatışması / Conflicts of Interest:**

*The author declare no conflict of interest. / Yazar, herhangi bir çıkar çatışması olmadığını beyan eder.*

## Kaynakça

- Acem, Nâcî Muhammed Şefik. "Eş-şartü'l-cezâî fi'l-fikhi'l-İslâmî". *MMFİ* 12/2 (2000), 185-225.
- Akgündüz, Ahmed. *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye (Mecelle Ta'dilleri ve Gereçleri İle Birlikte)*. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2013.
- Akman, Ahmet. *İslam Hukukunda Akdî Mesuliyetten Doğan Tazminat*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1992.
- Araz, Yunus. *İslam Hukukunda Menfaatin Tazmini*. Bursa: Emin Yayınları, 2016.
- Atar, Fahrettin. *İslam İcra ve İflas Hukuku*. İstanbul: İFAV Yayınları, 1999.
- Aynî, Ebû Muhammed Bedreddin Mahmûd b. Ahmed b. Musa. *el-Binâye şerhu'l-Hidâye*. Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2000.
- Bağdâdî, Ebû Muhammed b. Çânim b. Muhammed. *Mecmaü'd-damânât fî mezhebi'l-İmâmi'l-A'zam Ebî Hanîfe en-Nu'mân*. thk. Muhammed Ahmed Serac, Ali Cuma Muhammed. Kahire: Darü's-Selam, 1999.
- Bardakoğlu, Ali. *İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcâre Akdî –Özellikle Personel İstihdamı*. Erzurum: Atatürk Üniversitesi İslamî İlimler Fakültesi, Doktora Tezi, 1982.
- Barıkan, Aziz. "Kâr Mahrumiyeti Tazminatı". *Ankara Barosu Dergisi* 2 (1959).
- Bayındır, Abdülaziz. *Ticâret ve Faiz*. İstanbul: Süleymaniye Vakfı Yayınları, 2007.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuki İslâmiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*. İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1985.
- Cin, Halil - Akgündüz, Ahmet. *Türk-İslam Hukuk Tarihi I-II*. İstanbul: Timaş Yayınları, 1990.
- Cüveynî, İmâmü'l-Haremeyn Ebü'l-Meâlî Rûknüddîn Abdülmelik b. Abdullâh b. Yûsuf. *Nihâyetü'l-matlab fî dirâyeti'l-mezheb*. thk. Abdülazim Mahmud ed-Dib. Beyrut: Darü'l-Minhac, 2007.
- Dalgın, Nihat. *Gündemdeki Tartışmalı Dinî Konular 2*. Samsun: Etüt Yayınları, 2010.
- Darîr, Sıddık Muhammed Emin. "eş-Şartü'l-cezâî". *MMFİ* 12/2 (2000), 47-87.
- Dereci, Mustafa. "İslami Finasta Gecikme Cezası Uygulamaları". *Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi (BEYDER)* 15/2 (2020), 131-142.
- Ebû Ya'lâ Ferrâ, İbnü'l-Ferrâ Muhammed b. Hüseyin. *Mesâilü'l-fikhiyye min kitâbi'r-rivâyeteyn ve'l-vecheyn*. thk. Abdülkerim b. Muhammed el-Lahim. Riyad: Mektebetü'l-Maârif, 1985.
- Erdoğan, Mehmet. *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*. İstanbul: İFAV Yayınları, 4. Basım, 2000.
- Esen, Hüseyin. "İslam Hukuku Açısından Borcun Geciktirilmesi Halinde Uygulanabilecek İşlemler". *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 2/36 (2012), 9-46.
- Hamedâtî, Şebihenâ Mâulayneyn. "eş-Şartü'l-cezâî ve muhtelifu suverihi ve ahkâmuhu". *MMFİ* 12/2 (2000), 9-45.
- Hın, Mustafa vd. *el-Fikhü'l-menheci alâ mezhebi'l-İmâm eş-Şâfiî*. 8 Cilt. Dımaşk: Dârü'l-Kalem, 4. Basım, 1992.
- İbn Abidin, Muhammed Emin. *Reddü'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr şerhu't-Tenviri'l- ebsâr*. thk. Şeyh Adil Ahmed Abdulmevcud - Şeyh Ali Muhammed Muavvid. Riyad: Daru Alemi'l- Kütüb, 2003.
- İbn Kâsım en-Necdî, Abdurrahman b. Muhammed. *el-İhkâm şerhu usûli'l-ahkâm*. b.y.: y.y., 2. Basım, 1406.
- İbn Kayyim el-Cevziyye, Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed. *İ'lâmü'l-muvakkîin an rabbi'l-alemîn*. Dammam: Daru İbnu'l-Cevziyye, 1423.



- İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme Cemmâilî Makdisî. *el-Muğnî*. Beyrut: Dârü'l-Kitâbi'l-Arabi, ts.
- İbn Nüceym, Zeynüddin Zeyn b. İbrâhim b. Muhammed el-Mısrî. *el-Fevâidü'z-zeyniyye fî mezhebi'l-Hanefiyye*. thk. Ebû Ubeyde Ali Salman. Demmân: Dâru İbni'l-Cevzi, 1994.
- İmrânî, Ebû'l-Hüseyn İbn Ebi'l-Hayr Yahyâ b. Ebi'l-Hayr b. Salim b. Es'ad el-Yemani. *el-Beyân fî mezhebi'l-İmâm eş-Şâfiî*. thk. Kâsım Muhammed en-Nuri. Beyrut: Dârü'l-Minhac, 2000.
- Kallek, Cengiz. "Kaparo". *TDV İslam Ansiklopedisi*. 24/339-340. İstanbul: DİB Yayınları, 2011.
- Karâfî, Ebû'l-Abbas Şehabeddin Ahmed b. İdris b. Abdürrahim. *ez-Zahire*. thk. Muhammed Hacci vd. Beyrut: Dârü'l-Garbi'l-İslâmî, 1994.
- Karaman, Hayreddin. *Hayatımızdaki İslam*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2002.
- Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed. *Bedâiü's-senâi' fî tertibi's-şerâi'*. thk. Ali Muhammed Muavviz, Adil Ahmed Abdülmevcud. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2. Basım, 2003.
- Kocaağa, Köksal. *Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2. Basım, 2018.
- Mâcid Ebû Ruhayye. *el-Arabûn (el-Urbûn) fî'l-İslâm*. Amman: Mektebetü'l-Aksâ, 1986.
- Mahmesânî, Subhî. *en-Nazariyyetü'l-âmmе li'l-mûcebâti ve'l-ukûd*. Beyrut: Dârü'l-İlm li'l-Melayin, 3. Basım, 1983.
- Mâverdî, Ebû'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb. *el-Hâvî'l-kebir fî fikhî mezhebi'l-İmam eş-Şâfiî ve hüve şerhu Muhtasari'l-Müzenî*. thk. Ali Muhammed Muavviz, Adil Ahmed Abdülmevcud. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1994.
- Menî, Abdullah b. Süleyman. "Borcunu Ödemeyene Verilecek Ceza". çev. İshak Emin Aktepe. *Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi* 8/3 (2008), 243-278.
- Menî, Abdullah b. Süleyman. *Buhûs fî'l-iktisâdi'l-İslâmî*. Beyrut: Mektebetü'l-İslâmî, 1996.
- Merğînânî, Ebû'l-Hasan Burhaneddin Ali b. Ebî Bekr. *el-Hidâye fî şerhi bidâyeti'l-mübtedi*. 4 Cilt. Beyrut: Dâru İhyai't-Türasi'l-Arabi, ty.
- Minhâcî, Şemseddin Muhammed b. Ahmed b. Abdülhak. *Cevâhirü'l-ukûd ve muinü'l-kudât ve'l-muvakkî'in ve's-şühûd*. b.y.: y.y., 2. Basım, ts.
- Nuri, Kahveci. "İslam Hukuku Açısından Menfaatlerin Tazmini". *KSÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi* 4/8 (2006), 41-63.
- Onur, Mehmet. *İslam Borçlar Hukukunda Risk Teorisi ve Rizikolu Akitler*. Ankara: Astana Yayınları, 2018.
- Onur, Mehmet. "İslam Hukuku Açısından Kaparo". *Antakiyat*, 4/1 (2021), 105-118.
- Pekdemir, Şevket. "İslam Hukuku Açısından Para Borçlarında Cezai Şart". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 23 (2014), 129-156.
- Pekdemir, Şevket. *İslâm Hukukunda Sözleşmelerde Cezâi Şart*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2016.
- Sâlûs, Ali Ahmed. "eş-Şartü'l-cezâi". *MMFİ* 12/2 (2000), 91-166.
- Senhûrî, Abdürrezzâk Ahmed. *el-Vasît fî şerhi'l-kanûni'l-medeniyyi'l-cedîd: nazariyyetü'l-iltizâm bi-vechi 'âmm*. Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabi, 1971.
- Senhurî, Abdürrezzâk Ahmed. *Mesadirü'l-hak fî'l-fikhî'l-İslâmî*. Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabi, 1954.
- Serahsî, Şemsüleimme Ebû Bekr Muhammed b. Ebî Sehl. *el-Mebsût*. Beyrut: Daru'l-Ma'rife, 1979.

- Sirâceddîn el-Ûşî, Ebu Muhammed Ali b. Osman b. Muhammed b. Süleyman. *el-Fetâva's-Sirâciyye*. thk. Muhammed Osman el-Bestevî. Linişiya (لينيشيا): Dârü'l-Ulum Zekeriyya, 2011.
- Şirâzî, Ebû İshak Cemaledin İbrâhim b. Ali b. Yusuf. *el-Mühezzeb fi fihhi'l-İmâm eş-Şâfiî*. thk. Zekeriyyâ Umeyrat. Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1995.
- Şirbinî, Şemsuddin Muhammed b. Hatib. *Muğni'l-muhtâc ila Ma'rifeti Maani Elfazi'l-Minhâc*. thk. Muhammed Halil. Beyrut: Darü'l-Marife, 1997.
- Taberî, Ebû Cafer İbn Cerir Muhammed b. Cerir b. Yezid. *İhtilâfü'l-fukahâ'*. Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1999.
- Topuz, Murat. *Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2. Basım, 2020.
- Uslu, Ebubekir. *Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Yaran, Rahmi. *İslam Hukukunda Borcun Geciktirilmesi*. İstanbul: İFAV Yayınları, 1997.
- Yaran, Rahmi. "Türk Hukukundaki Temerrüt Faizinin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi". *I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi*. ed. Mehmet Bayyığit. 703-740. Konya: Kombad Yayınları, 1997.
- Yemenî, Muhammed b. Abdülaziz Sa'd. *eş-Şartü'l-cezâî ve eseruhu fi'l-ukudî'l-muâsıra: Dirase fikhiyye mukarene*. Riyad: Dâru Künûzi İşbilyâ (Künûzu İşbilyâ), 2006.
- Zencânî, Ebû'l-Menâkib Şehabeddin Mahmûd b. Ahmed. *Tahrîcü'l-furû' ale'l-usûl*. Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 4. Basım, 1982.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed. *el-Medhalu'l-fikhiyyi'l-âmm (el-Fıkhü'l-İslamî fi sevbihi'l-cedîd)*. Dımaşk: Daru'l-Fikr, 1968.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed. "Hel yukbelu şer'an el-hukmu ale'l-medîni'l-mümâtlı bi't-ta'vizi ale'd-dâin?" *Mecelletü ebhâsi'l-iktisâdi'l-İslâmî 2/2* (1985).
- Zerkâ, Mustafa Ahmed. "İslamda Borcun Geciktirilmesi". *Diyanet İlmi Dergi [Diyanet Dergisi]* 26/4 (1990), 87-95.
- Zeydan, Abdülkerim. *el-Medhal li-diraseti's-şeriatî'l-İslâmiyye*. Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 2010.
- Zuhaylî, Vehbe. *Mevsûatu kazâyâ İslamiyye muâsıra*. Dımaşk: Dârü'l-Mektebi, 2009.
- Zuhaylî, Vehbe. *Mevsuatü'l-fihhi'l-İslamiyyi ve'l-kazâyâ'l-mu'âsıra*. Dımaşk: Dârü'l-Fikr, 3. Basım, 2012.

