

İSLAM HUKUKUNDA ÖDEMEZLİK DEF'İ

Ali KAYA*

Giriş

İnsanların yaratılış ve sahip oldukları imkanlar bakımından birbirlerine denk ve eşit olmadıkları bugün bilinen bir gerçektir. Her insanın duyuş, düşünüş ve yaşayışı farklıdır. Bu farklılık, toplum hayatında zaman zaman çeşitli problemlerin çıkmasına neden olur. Bundan dolayı ilk insan topluluklarından itibaren toplum düzenini tesis edecek bir takım kurallar gerekli görülmüştür. Bu kurallar ise toplumları oluşturan bireylerin dünya görüşlerine göre, ya insanlar tarafından veya dinler tarafından belirlenmiştir. Bununla birlikte her ikisinde de insanların uymak zorunda olduğu bir takım kanuni yükümlülükler yer almıştır.

Diğer yandan insanların yaşamları için gerekli olan birçok ihtiyaçları vardır. Bireyler, bunları tek başlarına temin edemezler ve birbirleriyle yardımlaşmak zorunda kalırlar. Buna bağlı olarak insanlar arasında bir takım ilişkiler kurulur ve tek yönlü veya karşılıklı yükümlülükler getiren sözleşmeler tesis edilir. Her akitleşme, çeşidine göre taraflarına ifa etmekle yükümlü olacakları borçlar yükler. Bireylerin, kendi iradeleri ile ortaya çıkardıkları bu yükümlülükler sözleşmeden doğan yükümlülükler denir ve bunların kaynağı da onlara varlık kazandıran akitlerdir.

İnsanlar, kanunların yüklediği yükümlülükleri yerine getirmek zorunda oldukları gibi, kendi iradeleri ile üstlendikleri yükümlülükleri de yerine getirmek zorundadırlar. "Ey inananlar akitleri yerine getirin!"¹, "Sözünüzü tutunuz! Çünkü verilen sözden dolayı sorumluluk vardır"², "Sözleştiğiniz zaman Allah'a verdiğiniz sözlerinizi yerine getirin! Allah'ı kendinize kefil göstererek sağlama bağladığımız yeminlerinizi bozmayın!"³ ayetleri ile Hz. Peygamber (sav)'in "Müslümanlar kendi aralarında belirledikleri şartlara uymak zorundadırlar. Ancak helali haram veya haramı

* Yrd. Doç. Dr.; U.Ü. İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ el-Mâide, 5/1.

² el-İsrâ, 17/34.

³ en-Nahl, 16/91.

helal yapan şart müstesna"⁴, "emanete riayet etmeyene aman yoktur"⁵ hadisleri bu zorunluluğu amirdir. Bu nasslardan hareketle islam hukukçuları, satım, kira, şirket veya nikâh gibi herhangi bir akde taraf olan her bireyin, kendi iradesiyle kurup tesis ettiği akit ile yüklediği borcu ifa etmek zorunda olduğuna, bir başka deyişle akdin hükümlerine muhalefet etmemekle yükümlü bulunduğuna hükmetmişlerdir⁶. Aksi davranış, failini sorumlu kılar ve sözleşme gereği alacaklı konumunda olan tarafa da bir takım haklar kazandırır. Bunlar akdi bozma (fesih), tazminat talep etme ve sözleşme mevzuunu hapsedme gibi bir takım hak ve tasarruflardır.⁷ Aşağıda bunlara değineceğiz.

1- Akdi İfa Etmemenin Sonuçları

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi kendi iradesiyle herhangi bir akde taraf olan, bu akit gereği yüklediği borcu ifa etmekle yükümlüdür. Çünkü, ister hibe gibi tek taraflı, isterse satım, icâre, şirket vb. gibi iki taraflı olsun, borcun kaynaklarından biri olan bütün sözleşmelerin umumi ve tabii hükmü, borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu edimi ifa etmesi gerektirir⁸. Borçlunun yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde alacaklı konumunda olan diğer taraf da bir takım hak ve yetkilere sahip olur. Akdin ifa edilmemesinin sonuçlarını şu şekilde sıralamak mümkündür:

a) İfa Davası:

Alacak mevcut olup ifası mümkün ve muaccel ise alacaklı, borcun aynen ifasını talep edebilir. Borç konusu bir malın teslimi, bir şeyin yapılması veya yapılmaması kapsamında olması hükmü değiştirmez.⁹ İslam Hukukunda da, borçların taahhütlere uygun bir şekilde aynen yerine getirilmesi umumi kaidedir.¹⁰ Borca konu olan şeyin, mevcut ve teslimine güç yetirilebilir durumda olması ve de belirlenmiş veya tayini kabil olması halinde aynen ifası icabeder¹¹. Hatta, borcu kaldıran bir sebep bulunmaması şartıyla aynen ifa mümkün değilse bedelin ifası gerekir¹².

⁴ Buhârî, İcâre, 14; Ebû Dâvud, İcâre, 12; Tirmizî, Ahkâm, 17.

⁵ Ahmed b. Hanbel, Müsned, I/135.

⁶ el-Cessâs, Ahkâmü'l-Kur'an, III/286.

⁷ es-Serahsî, Mabsût, XIII/23; Suyutî, Eşbâh, 362; Karafî, Fûrûk, II/206; İbn Recep, Kavâid, 218.

⁸ Birsen, Kemal, Borçlar Hukuku Dersleri, 502.

⁹ Tunçoğlu, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, I/779.

¹⁰ Mevsilî, el-İhtiyâr, II/4.

¹¹ Kasanî, el-Bedâ'î, V/138.

¹² İbn Nüceym, Eşbâh, 105; Mecelle md. 53.

b) Cebri ifa:

Borcun aynen ifasının istenmesi veya hakimin bu yönde karar vermiş olması, alacağın elde edilmesini temin etmeyebilir. Böyle bir durumda da alacaklı, borçlunun borcunu ödemesi için resmi makamlar tarafından zorla ifa ettirilmesini talep edebilir ve akdin hükmü bu yolla eda edilmiş olur. İşte bu tarz ifaya *cebri ifa* denir. İslam hukukçuları, “borçlu sıkıntı içinde ise bolluk zamanına kadar beklemek gerekir”¹³ ayetinin gereği olarak, ödeme güçlüğü içinde bulunan borçluya süre tanınmasını prensip olarak kabul etmişlerdir. Fakat, Hz. Peygamberin, ödeme imkanına sahip olduğu halde borcunu ödemeyen kişinin bu hareketinin zulüm olduğunu ifade eden hadisine¹⁴ dayanarak da, imkanı olduğu halde kasıtlı olarak borcunu ödemeyen borçlunun, borcunu ifa etmesini temin maksadıyla, hapis ve hacr gibi müeyyide ve cebir unsurlarına da başvurulabileceğini benimsemişlerdir. Zahiriler, Ömer b. Abdilaziz ve Leys gibi hukukçular hariç tutulacak olursa bütün İslam hukukçuları, ödeme imkanı bulunan borçlunun, borcunu ifaya sevk ve icbar maksadıyla hapsedilmesinin caiz olduğuna hükmetmişlerdir.¹⁵

c) Tazminat Davası:

Alacaklı, akdin diğer tarafı olan borçlunun edimini ifa etmemesinden dolayı tazminat talebinde de bulunabilir. İslam hukukunda alacaklıya, ifanın kusurlu imkansızlığı¹⁶, hanefi hukukçularına göre kötü ifa halinde semen farkını¹⁷ ve temerrüd halinde de bazı zararların tazmin edilmesini talep hakkı tanınmıştır¹⁸. Türk Borçlar Kanununun 96. maddesine göre, ifa, borçlunun kusuru ile imkansızlaşmış olması veya 102. maddesine göre de, borçlunun temerrüdü hallerinde alacaklının tazminat talebinde bulunmasına imkan tanımıştır¹⁹.

d) Fesih

Alacaklı, hal ve duruma göre, borcun ifa edilmemesi halinde akdin feshini isteyebilir. Türk Borçlar Hukunda akdin hükümlerine taraflardan birinin muhalefet etmesi halinde, diğer taraf, akdi makabline şamil olmak üzere fesih veya geleceğe şamil olmak üzere de feshi ihbar suretiyle tek

¹³ Bakara, 2/280.

¹⁴ Hadisin metni için Bkz. Buharî, İstikrâz, 13; Ebû Davud, Akdiye, 29; Nesâî, Büyu', 100; İbn Mâce, Sadakât, 18; Ahmed b. Hanbel, Müsned, IV/388.

¹⁵ Serahsi, Mebsût, XXIV/ 157; Şafîî, Ümm, III/212; Sahnûn, Müdevvene, V/205; İbn Rüşd, Bidâye, II/239; Karâfî, Fürûk, IV/80; İbn Kudâme, Muğni, IV/452.

¹⁶ Serahsi, el-Mebsût, XII/126.

¹⁷ İbn Âbidîn, Reddû'l-Muhtâr, IV/575.

¹⁸ Ali el-Haffî, Damâri, 8.

¹⁹ Tunçoğlu, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, I/781.

tarafı olarak bozma hakkı tanınmıştır²⁰. İslam Hukukunda da, sınırlandırılmış ve son derece dar tutulmuş olmakla birlikte akdin feshine cevaz verilmiştir. Mesela muhayyerlik hakkının bulunduğu²¹ veya zımnî fesih hakkının söz konusu olduğu akitlerde, akdin hükümlerine muhalefet edilmesi sebebiyle, alacaklı konumunda olan taraf sözleşmeden dönebilir²².

e) Def'i Hakkı

Akdin ifa edilmemesinin bir diğer sonucu da, akdin hükmüne muhalefet ederek yükümlülüğünü ifa etmeyen borcunu ödeyinceye kadar, alacaklı konumunda olan tarafın kendi borcunu ödemeyi durdurmasıdır. Borcun ifa edilmemesinden doğan def'i hakkı Roma hukukunda umumi nazariye halinde düzenlenmemiş yalnız, alacaklıya hile ve kötü niyet bağlı def'i kapsayan bir hak tanınmıştır. Fransız, Alman ve İsviçre hukuklarında ise umumi nazariye halinde düzenlenmiştir. Türk Borçlar Hukukunun 81. maddesi başta olmak üzere müteakip maddelerde def'i hakkına yer verilmiştir.

İslam hukukunda, akdin kurulmasını müteakip alacaklı ile borçlu arasında meydana gelen bağın koparılması temel hedef olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle mümkün olduğu sürece akdin ifa edilmesi ve feshine gidilmemesi esastır. Bundan dolayı taraflardan birinin borcunu ödememesi halinde diğer tarafın akdi feshetme hakkı oldukça dar tutulmuş ve sınırlandırılmıştır. Buna mukabil akdi ortadan kaldırmadan hükümlerin ifa edilmesine hizmet eden "ödemezlik def'i" ve bundan daha kapsamlı olan "hapis hakkı" üzerinde durulmuştur. Mesela malı mal ile veya paranın para ile mübadelesini kapsayan satımlarda karşılıklı edimlerin aynı anda ifa edilmesi gerekir. Yine malın para ile değiştirilmesini kapsayan satımlarda ise satım peşin yapılmış ise bedelin önce ödenmesi, araya fasıla girmeden hemen peşinden de satılan malın teslimi gerekir. Her iki durumda da satıcı, malın bedelini teslim almadığı sürece sattığı malı müşteriye vermeme hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir. Bu hüküm Hanefî ve Mâlikî ve Şâfiî mezheplerinde açıkça ifade edilirken Hanbelî mezhebinde de prensip olarak uygun görülmüştür²³. Yine ücretin peşin olması şartıyla yapılan kira sözleşmesinde, söz konusu kira bedeli ödenmedikçe kiraya verene hapis hakkı tanınmıştır²⁴. Yine, kira bedelini önceden ödeyen kiracının, kiraya verenin ölümü sebebiyle mülkün satılması üzerine, menfaatinden istifade edemediği dönemlerin karşılığı olan kira bedellerine karşılık olarak

²⁰ Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku. I/781.

²¹ İbn Nüceym, Eşbâh, 338; Suyutî, Eşbâh, 287; Karâfî, el-Fürûk, IV/13.

²² İbnü'l-Hümâm, Fethu'l-Kadir, VII/330; Şirazî, Mûhezzeb, I/323,327; İbn, Rüşd, Bidâye, II/239, 241-243; İbn Kudâme, Muğnî, IV/456-460.

²³ Serahsî, Mebsût, XIII/192; Kasâni, Bedâyi', V/249; İbn Âbidîn, Reddû'l-Muhtâr, IV/561; Karâfî, Fûrûk, IV/80; Ebû Yahya Ensârî, Fethu'l-Vehhâb, I/176.

²⁴ Kasâni, Bedâyi', IV/201; Zeylâi, Tebyîn, V/109; İbn Rüşd, Bidâye, II/190.

kiralanan malı hapis hakkının bulunduğu ileri sürülmüştür²⁵. Diğer yandan terzi ve boyacı gibi ecir-i müşterek konumunda olan çalışanların kendilerine sipariş edilen ve yaptıkları işin malın üzerinde bizzat sabit olan durumlarda emeklerinin karşılığını alıncaya kadar malı teslim etmeme hakları bulunmaktadır²⁶. Başkası adına bir malı kendi parasıyla satın almak üzere vekil tayin edilen kişi, müvekkilden satış bedelini alıncaya kadar malı teslim etmeme hakkına sahip olduğu bir kısım İslam hukukçuları tarafından kabul edilmiştir²⁷. Aslında buradaki ihtilafın kaynağı vekilin bu parayı hangi sıfatla müvekkile tahsis ettiği noktasında odaklaşmaktadır. Bunun karz olacağını ileri sürenler, malın bedeli olma vasfında görmedikleri için def'i hakkını uygun görmemektedirler²⁸. Örneklerden de anlaşılacağı üzere İslam hukuku def'i hakkına yer vermiş ve bu konuda küçümsenemeyecek düzenlemelerde bulunmuştur. Ancak kaynaklarında def'i kelimesi kullanılmamaktadır. Bununla beraber, içerik olarak ondan daha umumi bir mahiyet arzeden hapis hakkından söz edilmiş ve def'i hakkı da onun yalnızca bir şeklini içerdiği için bu başlık altında işlenmiştir.

2- Tanımı ve Mahiyeti

Arapça bir kelime olan “def'i” sözlükte ulaşmak, geri vermek, ayrılmak, uzaklaştırmak, reddetmek, mecbur kılmak ve savmak gibi anlamlara gelmektedir. Hukuk terimi olarak ise bir taraf borcunu yerine getirmediği için, diğer tarafın borcunu ifadan kaçınması demektir. Ödemezlik def'i, acizlik def'i, zamanaşımı def'i ve peşin dava def'i gibi kısımlara ayrılmaktadır²⁹. Def'i hakkı karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sözkonusu olmaktadır. Bu nedenle sözleşmenin satım, kira, rehin, kismet, sulh gibi iki taraflı olması icabeder. Çünkü karşılıklı borcun bulunması ancak bu tür sözleşmelerde söz konusu olur. Buna ilaveten def'i hakkından söz edebilmek için sözleşmenin her iki taraf için bağlayıcı hüküm getirmesi gerekir.

Ödemezlik def'inin kullanılması, sözleşme ile kurulan ilişkiyi sona erdirmez, ancak alacaklıya, karşı tarafın yükümlülüğünü yerine getirmesinden önce kendi edimini ifadan kaçınma imkanı sağlar. Bir başka ifade ile borçlunun edimini yerine getirinceye kadar alacaklı konumunda olan taraf ifasını bir müddet tehir etmiş olur. Böylece, alacaklının kendi edimi karşılıksız olarak elden çıkarmış olmasına engel olunarak ve temerrüde düşülmeden karşı tarafın borcunu ifası temin edilmiş olur.

²⁵ İbn Rüşd, Bidâye, 192; Senhuri, Mesâdir, VI/238.

²⁶ Kâsânî, Bedâyi', IV/204; Karâfi, Fırûk, IV/80.

²⁷ Mecelle md. 1491.

²⁸ Sahnûn, Müdevvenc, IV/253.

²⁹ Özcan, Hüseyin, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 157.

Dolayısıyla İslam hukuku kaynaklarındaki örnek olaylar incelendiğinde def'i hakkının gerçek def'i olduğu görülmektedir. Batı hukukunda ise def'i hakkı, bir kısım hukukçulara göre "dava nedeninin inkarı", bir kısmına göre ise "gerçek anlamda def'i" olmak üzere iki ayrı mahiyette görülmektedir. Türk Borçlar Hukukununun 81. maddesinde ise gerçek bir def'in düzenlenmiş olduğu kabul edilmektedir.³⁰

3- Def'i Hakkının Dayandığı Hukuki Temel

Karşı tarafın edimini yerine getirinceye kadar alacaklının kendi ediminin ifasını geciktirme hakkına sahip olması, iki edim arasında bir bağın bulunmasını gerekli kılmaktadır. Çünkü karşılıklı yükümlülükleri içeren akitlerde taraflardan herbiri, hem karşı yandan edimini yerine getirmesini istemeye yetkili, hem de kendi edimini eda etmekle yükümlüdür. Bu nitelikli sözleşmeler her iki yana da, karşı taraf sözleşme ile üstlendiği edimini yerine getirmediği kendi edimini ifadan kaçınma yetkisi vermektedir. Buna göre her iki yanın akit ile üstlendikleri borçları arasında bir bağ bulunmaktadır. İşte def'i hakkının hukuki temellerinden biri karşılıklı borçlar arasındaki bu bağıdır.³¹ Bundan dolayıdır ki, peşin satımlarda satıcı, satım bedelinin müşteri tarafından teslim edilinceye kadar satılan malı hapsedmesi³², müşterinin semeni teslim borcu ile satıcının mebiî teslim borcu arasındaki hukuki bağa dayanmaktadır. Yine kira bedelinin peşin ödenmesi şartı ile malını kiralayan kişinin, kira bedelini alıncaya kadar kiraya verdiği malını teslim etmemesi de, kiracının kira bedelini teslim ile kiralayanın kiraya verdiği malı teslim borçlarının birbirine irtibatlı olmasından ileri gelmektedir.

Diğer yandan, taraflardan birinin karşı tarafın edimini yerine getirinceye kadar kendi edimini ifadan kaçınması, borçların karşılıklı ve aynı anda ifa edilmelerini gerektirir³³. Çünkü kendi yükümlülüğünü yerine getirmeyi, daha sonra ifa edilmesi söz konusu olan bir borca bağlamak sözkonusu olamaz. Vadeli satışlarda satıcının sattığı malı, satım bedeli teslim edilmedikçe müşteriye teslim etmeme hakkı yoktur. Çünkü ifadan kaçınmasına dayanak yapılan satım bedelini teslim borcu o anda mevcut değildir. Bu nedenle, karşı tarafın yükümlülüğünü yerine getirinceye kadar kendi borcunu ifadan kaçınabilmek için, karşılıklı borçların aynı anda ifa edilmeleri gerekmektedir. Buna da karşılıklı borçların bir denklik ilişkisi içerisinde olması icabeder. İşte def'i hakkının dayandığı bir diğer hukuki temel de budur.

³⁰ Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku, I/738.

³¹ Senhurî, Mesâdir, IV/243.

³² İbn Nüceym, Eşbâh, 213

³³ Kâsânî, Bedâ'î, V/244.

Sonuç olarak, örnek olaylar incelendiğinde görülecektir ki, İslam hukukunda ödemezlilik def'i, biri borçlar arasında irtibatın bulunması, diğeri borçlar arasında denklik ilişkisi olmak üzere iki hukuki temele dayanır. Batı hukukunda da ödemezlilik def'inin dayandığı temeller bunlardan ibarettir.

4- Ödemezlilik Def'inin Koşulları

Ödemezlilik def'inden söz edebilmek için, iki yanlı sözleşmenin bulunması, def'e mesned teşkil eden karşı edim alacağının sona ermemiş olması ve önce ifa borcunun bulunmaması gibi şartların bulunması icabeder.

a) İki Yanlı Sözleşmenin Bulunması

Ödemezlilik def'i ancak iki taraflı akitlerde sözkonusu olur. Dolayısıyla def'i hakkının kullanılabilmesi için sözleşmenin iki yanlı irade ile kurulmuş olması icabeder. Çünkü ifadan kaçınmanın bir anlam taşıması için karşı yanın yerine getirmekle yükümlü olacağı bir edimi bulunmalıdır. Mesela başı ve sonu itibariyle teberru mahiyetinde olan hibe ve ariyet akitlerinde ödemezlilik def'i hakkı kullanılamaz. Çünkü bu tür sözleşmeler, iki taraftan her birine borç yüklediği için, yalnız borçlanan tarafın iradesiyle teşekkül edilmektedir.

Diğer yandan, sözleşmenin taraflara karşılıklı borç yüklemiş olması da icabeder. Vedia, hibe ve âriye gibi akitlerde yanların karşılıklı ve birbirine bağlı yükümlülükleri olmadığı için bunlarda da def'i hakkının kullanılması sözkonusu olmaz. Bu nedenle def'i hakkı ancak, yanlara karşılıklı borç yükleyen ve bir birine bağlı akitlerde kullanılabilir. Çünkü bunlarda borçlardan birinin ödenmesi diğerine bağlıdır.³⁴

Sözleşme ile üstlenilen karşılıklı yükümlülük her iki taraf için de bağlayıcı olmalıdır. Karşılıklı anlaşma ile iptali kabil olsun veya olmasın her iki yanın üstlendikleri borçlar iki taraf için de bağlayıcı olması halinde, yanlardan biri, karşı tarafın edimini yerine getirmesini temin etmek maksadıyla ifadan kaçınabilir.

Yine def'i hakkı, mübadele edilen şey bakımından satım, icâre ve sulh gibi ivazlı akitlerde sözkonusu olur. Hibe ve âriyet gibi teberru akitlerinde bu hakkın kullanılması mümkün değildir. Çünkü bu tür akitler taraflara karşılıklı ve birbirine irtibatlı borç yükümlülüğü içermez.³⁵

b) Karşı Edim Alacağının Sona Ermemiş Olması

Taraflardan biri, kendi edimini ifadan kaçınması için buna dayanak olan karşı tarafın yerine getirilmemiş ediminin bulunması icabeder. Yani karşı taraftan bir alacağının bulunması halinde kendi yükümlülüğünü ifadan

³⁴ Serahsi, Mebsût, XII/192; Kâsânî, Bedâ'î', V/249.

³⁵ İbn Nüceym, Eşbâh, 337; Suyutî, Eşbâh, 275.

kaçınabilir. Eğer alacak, ifa, takas, tecdit ve ikâle gibi yollarla sona ermiş ise def'i hakkından söz edilemez. Mesela, borçlu, yüklendiği borcunu tayin edilen zamanda ve yerde ve de aralarında belirledikleri tarzda yerine getirmesi halinde borç düşer. Dolayısıyla karşı tarafın alacak hakkı ortadan kalkmış olur.³⁶ Eski bir borcu, yerine yeni bir borç koyarak ortadan kaldırmak olan tecdit halinde de borç düşer. Dolayısıyla def'i hakkını kullanmak isteyen tarafın alacak hakkı ortadan kalkmış olur.³⁷ Alacaklı ve borçlunun, karşılıklı olarak borç ve alacakları mahsup ederek hesaplaşmaları demek olan takas da, şartlarına uygun şekilde icra edilmesi şartıyla tarafları az olan borç nisbetinde karşılıklı olarak borçtan kurtulmuş olurlar³⁸. Dolayısıyla her iki tarafın birbirlerinden alacağı kalmamış olur. Takas vasıtasıyla alacak sona ermiş olacağına göre, def'i hakkını kullanmayı gerektirecek mesned de ortadan kalkmış olur.

Yine karşı tarafın edimi kusursuz olarak imkansızlaşmamış olması icabeder. Çünkü böyle bir durumda akdi yükümlülük ortadan kalkar. Dolayısıyla def'i hakkının dayanağı olan alacak son bulmuş olur. İslam hukukunda prensip olarak verme ve yapma borçlar, bunların ifası harici sebeplerden dolayı, yani, kusursuz olarak imkansız hale gelmiş ise düşer. Mesela, satılan mal teslimden önce telef olacak olsa satıcının teslim borcu düşer³⁹.

Karşı taraftan alacağın sözleşme hükümlerine uygun olarak ifa edilmemiş olması hali de def'i hakkının kullanılmasına imkan vermektedir. Çünkü bir sözleşmeye katılma iradesi belli amacı gerçekleştirmeye yöneliktir. Edimin eksik ifa edilmesi bu amacı tam olarak gerçekleştirmez. Bu nedenle tam ifa edilene kadar alacaklının def'i hakkını kullanma yetkisi bulunur. Buna "sözleşmenin gerektiği şekilde ifa edilmediği def'i" denilir. Bunun amacı da eksik veya kötü ifayı tamamlamaktır.

c) Önce İfa Borcunun Bulunmaması

Ödemezlik def'ini ileri süren taraf, önce ifa zorunda olmamalıdır. Bir başka ifade ile önce ifa borcu olan taraf def'i hakkı ileri süremez. Dolayısıyla onun borcu, karşı tarafın ifa edeceği ediminden sonra ödenmesi gereken borçlardan olmalıdır. Ancak bu durumda ödemezlik def'ine başvurulabilir. Mesela peşin satışlarda önce müşteri parayı teslim etmekle yükümlüdür. Müşteri, satıcı malı teslim etmedi diye def'i hakkını ileri sürerek parayı ödemezlik yapamaz. Yine satım akdinde taraflar borçlarını

³⁶ Karâfi, Fûrûk, II/205.

³⁷ Karaman, Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, II/550.

³⁸ İbn Âbidîn, Redü'l-Muhtâr, IV/334.

³⁹ İbn Nüceym, Eşbâh, 376; Mecelle mad.293.

fasılasız teslim etmeleri gerekir. Çünkü ivazlı akitlerde eşitlik esastır. Bunun tahakkuku ise birlikte ifa ile gerçekleşir⁴⁰.

5- Ödemezlilik Def'inin Hükümleri

Ödemezlilik def'i, İslam hukukunda gerçek anlamda bir def'dir. Bu hakkı kullanan, karşı yandan alacağını elde edebilmek için kendi edimini ifadan kaçınmaktadır. Alacaklıya tanınan bu hak, onun karşı tarafın yükümlülüğünde bulunan alacağına dayanır. Böyle bir alacak olmadan def'i hakkı ileri sürülemez. Dolayısıyla def'i hakkı bağımsız olmayan bir def'dir denebilir.

Ödemezlilik def'i, bunu ileri sürenin ifasını tehir eder. Bu nedenle muvakkat def'i niteliği taşır. Def'e dayanak teşkil eden karşı tarafın edimini yerine getirinceye kadar hüküm ifade eder. Def'i hakkının fonksiyonu, hakkı kullanan yanın kendi edimini, sadece, karşı yanda bulunan alacağını elde edinceye kadar geciktirmektir. Bu nedenle borcu düşürmez. Karşı edimin yerine getirilmesiyle hakkı kullanan da kendi borcunu ödemekle yükümlü olur⁴¹.

Yine def'i hakkının kullanılması akdi feshetmez. Çünkü def'i ileri sürmekle, akdin mevcudiyetine dokunmadan karşı alacağın yerine getirilmesi amaçlanmaktadır. Hakkı kullanan, bu maksatla kendi borcu tehir etmektedir. Dolayısıyla sözleşme, hükümleri ifa ve icrası gerekli olarak baki kalır.

Def'i hakkını kullanan, alacağının tamamını temin edinceye kadar, kendi edimini tehir etme yetkisine sahiptir. Bu nedenle ödemezlilik def'i tam def'ilerdendir. Bölünebilen bir alacağı bulunan kişi, bunun bir bölümünü elde etmiş olsa da, karşı taraf borcunun tamamını ifa etmedikçe kendi edimini geçiktirme hakkına sahiptir. Diğer yandan alacaklı kısmi ifayı kabule zorlanamaz.

Ödemezlilik def'i asıl borçlu aleyhinde ileri sürülebilir. Def'i davasının muhatabı sözleşmeye taraf olan, dolayısıyla akdi sorumluluk yüklenen kişidir. Asıl borçludan başkası aleyhinde def'i talebi kabul edilmez. Ancak mirasçı gibi, kendisine ait olmasa da mirasçılık gibi hukuki bir nedenle başkası adına borç yüklenen kişiler aleyhine de ileri sürülebilir⁴².

⁴⁰ Kāsānī, Bedāyi', V/244.

⁴¹ Senhurī, Mesādir, VI/242

⁴² İbn Nüceym, Eşbāh, 225.

6- Ödemezlilik Def'inin Ortadan Kalkması

Karşılıklı ve ifası gerekli borcun ödenmesi amacına dayanan ödemezlilik def'i aşağıdaki sebepler ortadan kalkar

a) İfa

Ödemezlilik def'i, ancak, karşı yanda alacak devam ettiği sürece ileri sürülebilir. Çünkü hakkın kullanılması bu alacağa dayanmaktadır. Karşı taraf yükümlülüğünde bulunan borcunu ödediğinde def'i hakkının dayanağı ortadan kalkmış, dolayısıyla def'i ile ulaşılacak isten maksat gerçekleşmiş olur. Bu nedenle ifa ile def'i hakkı ortadan kalkar.

b) Feragat

Def'i hakkını kullanma yetkisine sahip taraf, tek yanlı irade beyanıyla ödemezlilik def'ini kullanmaktan vazgeçebilir. Hak sahibinin bu hakkından açık veya zımnî feragati halinde de ödemezlilik def'i ortadan kalkmış olur. Çünkü hakların kullanımı, hak sahibini bu yöndeki irade beyanına bağlıdır. Kişilerin, haklarını kullanmak kadar onlardan feragat etme yetkileri de vardır. Bilerek ve isteyerek düşürülen bu haktan sonradan geri dönülmez⁴³. Def'i hakkını düşüren feragat açık irade beyanıyla olabileceği gibi, bu anlama gelen zımnî de olabilir. Mesela, satıcı, sözleşme yapılırken veya daha sonra müşteriye vade tanınması halinde def'i hakkı düşer⁴⁴. Yine satıcının sattığı malı müşteriye hibe etmesi de feragat anlamına gelen bir tasarruftur. Bu durumda da def'i hakkı ortadan kalkar. İşte bunlar zımnî feragat sayılabilen durumlara birer örnek teşkil etmektedir.

c) Tasarruf

İfa ve feragat dışında, borcu düşüren veya hakka mesned olan dayanakta değişiklik meydana getiren sulh, ibrâ, havale ve takas gibi hukukî muamele ve tasarruflar da ödemezlilik def'ini ortadan kaldırır. Çünkü bunların her biri karşı tarafın borcunu sona erdiren tasarruflardır. Karşı tarafın borcu son bulunca ona bağlı olan def'i hakkı da düşmüş olur.

Yine alacağa yeni bir hukukî nitelik kazandıran tasarruflar da def'i hakkını ortadan kaldırır. Mesela satıcının sattığı malı müşteriye âriye olarak vermesi veya vedia olarak bırakması böyledir. Bu gibi durumlarda satılan mal, mebi vasfını kaybederek yeni bir hukukî nitelik kazanmışlardır. Artık satıcının, müşteriden satım bedelini talep etmesine imkan verecek hukukî sebep ortadan kalkmış demektir⁴⁵.

Diğer yandan, def'i hakkına sahip olan tarafın kendi edimini ifa edemez duruma düşmesine yol açan üçüncü şahsın tasarrufu da def'i hakkını

⁴³ M. Yusuf Musa, Emvâl, 449.

⁴⁴ Karaman, Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, II/445.

⁴⁵ Kâsânî, Bedâ'î, V/250; İbn Âbidin, Reddû'l-Muhtâr, IV/58; İbn Nüceym, Eşbâh, 376.

düşürür. Çünkü kaçınacağı ifa konusu yok olmuştur. Mesela üçüncü şahsın satılan malı telef etmesi halinde bu durum söz konusu olur⁴⁶.

Türk Borçlar Hukukunda da, karşı edim alacağına sona ermesi, karşı edimin alacaklı temerrüdünü doğuracak surette önerilmesi ve hak sahibinin def'i kullanmaktan vazgeçmesi gibi sebeplerle ödemezlik def'inin ortadan kalkacağı kabul edilmiştir⁴⁷.

Sonuç

İslam hukukunda, def'i hakkı hapis hakkının bir bölümü olarak ele alınmıştır. Hatta fesih hakkına oranla daha kapsamlıdır. Bu şekliyle def'i, sözleşmeyi ortadan kaldırmadan, tarafların yüklendikleri borçları yerine getirmelerini temin ederken hakkı kullananın borcunu, alacağını alıncaya kadar geciktirmektedir. Böylece def'i, borçlunun, akdin hükümlerine uygun tarzda borcunu ifa etme ve hakkı kullananın da kendi ediminin karşılıksız elden çıkmasına engel olma fonksiyonunu icra etmektedir.

Def'i hakkı, karşılıklı ve bağlayıcı borç doğuran akitlerde kullanılmaktadır. Bu hakkı ileri sürmenin hukuki dayanağı, karşılıklı borçlar arasındaki bağ ve bunların birbirine denkliğidir. Def'i hakkı ifa, feragat veya hakka mesned olan borcun niteliğinde değişikliğe yol açan tasarruflar sebebiyle ortadan kalkmaktadır.

BİBLİYOGRAFYA

Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, c.I-VI, Mısır 1895.

Ali el-Hafif, *ed-Damân fi'l-Fıkhı'l-İslâmî*, Mısır 1971.

Birsen, Kemal, *Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul 1954.

Buhârî, Muhammed b. İsmâîl, *el-Câmi'u's-Sahih*, c.I-VIII, İstanbul 1979.

el-Cessâs, Ahmed b. Ali, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, c.I-V, Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut 1985.

Ebû Davud, Süleyman b. el-Eş'as, *Sünen*, c.I-IV, Dâru İhyâi's-Süneni'n-Nebevî, Mısır ty.

Ebû Yahyâ el-Ensârî, *Fethu'l-Vehhâb*, c.I-II, Mısır 1948.

İbn Âbidîn, Muhammed Emîn, *Reddü'l-Muhtâr*, c.I-VIII, İstanbul 1984.

İbn Kudâme, Muvaffukuddîn, *el-Muğni*, c.I-IX, nşr. Mektebetü'l-Arabiyye, Mısır ty.

⁴⁶ Kâsânî, *Bedâyi'*, V/246.

⁴⁷ Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, I/750.

- İbn Mâce, Muhammed b. Yezid, *Sünen*, c.I-II, thk. M.F.Abdülbâki, Mısır 1971.
- İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve 'n-Nezâir*, Beyrut 1985.
- İbn Recep, el-Hanbelî, *el-Kavâid*, I. Baskı, by. 1982.
- İbn Rüşd, Ebu'l-Velid, *Bidâyetü'l-Müctehid*, c.I-II, İstanbul 1985.
- İbnü'l-Hümâm, Kemâlüddîn, *Fethu'l-Kadîr*, c.I-VII, Beyrut 1973.
- Karâfî, *el-Fürûk*, c.I-IV, Dru'l-Ma'rife, Beyrut ty.
- Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, c.I-III, Nesil Yayınları, İstanbul 1986.
- Kâsânî, Alaüddin, *el-Bedayiu's-Sanayi'*, c.I-VII, Beyrut 1974.
- Mevsilî, *el-İhtiyâr*, c.I-IV, 3. Baskı, Beyrut 1975.
- Nesâî, Abdurrahmân b. Şuayb, *Sünen*, c.I-VIII, Mısır 1964.
- Özcan, Hüseyin, *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, Ankara 1985.
- Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, c.I-VI, Dâru Sâdir, Beyrut ty.
- Senhurî, Abdürrezzâk, *Mesâdiru'l-Hak*, c.I-VI, Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut ty.
- es-Serahsî, *el-Mebsût*, c.I-XXX, Beyrut 1978.
- Suyutî, *el-Eşbâh ve 'n-Nezâir*, Beyrut 1983.
- Şafîî, Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, c.I-VIII, Beyrut 1973.
- Şirazî, Ebû İshâk, *el-Mühezzeb*, c.I-II, Kâhire 1959.
- Tirmizî, *Sünen*, c.I-V, thk. Muhammed Şâkir, Kâhire 1937.
- Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, c.I-II, İstanbul 1976.
- Zeylaî, Fahrüddîn Osman b. Ali, *Tebyînü'l-Hakâik*, c.I-IV, Bulak 1315.