



ATLAS INTERNATIONAL REFEREED JOURNAL ON SOCIAL SCIENCES

Open Access Refereed E-Journal & Refereed & Indexed
ISSN:2619-936X



Vol:5, Issue:17

2019

pp.174-186

Article Arrival Date: 18.02.2019

Published Date: 26.04.2019

İSLAM HUKUKUNDA BORÇLUNUN HAPSİNİN MUKAYESELİ OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF THE DEBT OF THE DEBT IN THE ISLAMIC LAW

Öğr. Gör. Mehmet Şakir ARVAS

Bingöl Üniversitesi, Bingöl Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu, Muhasebe ve Vergi Bölümü, Bingöl/Türkiye

Doi Number : <http://dx.doi.org/10.31568/atlas.301>
Article Type : Review Article



ÖZET

Hukuk kuralları toplumsal düzeni sağlama işlevinde ilk sırada yer alır. Bu kurallar teorik anlamda “olan hukuk”(de lege lada) ile “olması gereken hukuk”(de lege ferenda) ayırımında hukukun pratik kısmı gözlemlendiğinde çoğu zaman ikincisine denk düşer. Belirtelim ki bu izahlar Anglosakson Hukuk Sistemine ilişkin izahlardır. Çünkü İslam hukukunda olan hukuk, olması gereken hukukun ta kendisidir.

Fıkıhın klasik tasnifte Muamelat alanına dâhil olan ve hukuken iradelerine sonuç bağlanan kimselerin birbirleriyle hukuki işlemlerinden veya doğrudan mevzuattan kaynaklanan sorumluluk ve yükümlülüklerini konu alan çağdaş tabirle Borçlar Hukuku da, diğer alanlara göre geniş yer tutar. Bu alan Fıkıh kitaplarında Kitab-ül Büyü' (satım akdi) başlığıyla incelenir ve ayrıntılandırılır.

İslam Hukuku'nun mukaddes kaynağı Kuran başta olmak üzere Hz. Peygamber'in (s.a.v) hadisleri, sahabe uygulamaları ve sonraki dönemlerde müctehit imamların ve diğer mezhep hukukçularının görüşleri doğrultusunda hazırlanan İslam Hukukunda Borçlunun Hapsi başlıklı bu çalışma, konuya dair hukuki çareleri tespit etmeye yönelik bir gayrettir.

Anahtar Kelimeler: Borç, Deyn, Haps, Büyü', Hacr.

ABSTRACT

The Rules of law take place on the top in the function of providing social order. These rules coincide with the second when the practical part of the law is observed in the divergence of the existing law (de lege lada) and the necessary law (lege ferenda) theoretically. It is necessary to note that these explanations are statements related to the Anglo-Saxon Law System, because the law available in Islamic law is the quintessential law in need of.

In the classical classification of Islamic jurisprudence, with contemporary phrase, the Law of Obligations, which is about the responsibilities and obligations of the persons who are included in the field of transactions and whose legal wills are legally concluded directly arising from the legislation or judicial actions, has a wide place according to other fields. This field is examined and detailed in the title of Kitab-ül Büyü' (sales contract) in the books of Fiqh.

This study entitled Borrower's Prison in Islamic Law prepared in accordance with the sacred source of Islamic Law, especially the Quran, Hadiths of the Prophet (pbuh), the practices of companions and views of Imams interpreting of Islamic law and other sectarian lawyers in the next periods is an effort to determine the legal remedies on the subject.

Key words: Debt, Deyn, Imprisonment, Sale Contact, Interdiction

1. GİRİŞ

Borçlunun borcunu ödememesinin hukuki neticesi olarak ortaya çıkan ve bu davranışın borçlunun hürriyetine mal olması şeklinde yaptırımlanan “borçlunun hapsi” kavramı çokça tartışma konusu olmuştur. Hukuk sistemlerinin borca ve borçluya bakış açıları, söz konusu kavramın hukuktaki yeri konusunda farklı düşünceleri ve buna bağlı olarak farklı düzenlemeleri ortaya çıkarmıştır. Sözelimi Roma Hukukunda borcunu ödemeyen kimselere toplumdaki bakış açısı o denli sert ve incitcidir ki onun aleyhine açılan davalar hem kamusal

nitelik taşır hem de ahlaki yöne sahiptir. Oysa modern hukukta borç ilişkisi şahsi nitelikte olup konunun ahlaki yönü yaptırım hukukunun neredeyse tamamen dışında tutulmaktadır.

İslam Hukuk sisteminde de konu gerektiği ölçüde tartışılmış fakat Fukaha fikir birliği edememişlerdir. “*Ey İman edenler! Yaptığınız akitleri yerine getirin*” (Maide 5/1) ayetinden ve borcun zamanında ödenmesinin gerekliliği ya da ödenmemesinin yaptırımı ile ilgili konuya açıklık getiren birçok hadis-i şeriften hareketle çeşitli hükümler istinbat edilmiştir. Ebû Mûsa el-Eş'arî (r.a), Rasûlullah (s.a)'in şöyle buyurduğunu rivayet etmiştir:

“*Allah katında; nehyettiği büyük günahlardan sonraki en büyük günah; kişinin ödeyecek mal bırakmadan, borçlu olduğu halde Allah'ın karşısına çıkmasıdır.*”¹ Hadis-i Şerifin lafzında borca, borçluya ve borç ilişkisine olan bakış ile ilgili ilke anlamında ipuçları mevcuttur.

Borcun ödenmemesinin yaptırımı ulemaca tartışılmış ve birtakım şartlarla borçlunun hapsedilebileceği en temel referans kaynaklardan özellikle konu ile ilgili ayet ve hadislerden çıkarılmıştır. Günümüzde de birçok İslam ülkesinin söz konusu hapis cezasını uyguladıkları bilinmektedir. Türk Hukukunda doğrudan borcun ödenmemesinin yaptırımı olarak öngörülen bir hapis cezası mevcut değildir. Ancak tazyik hapsi veya disiplin hapsi adıyla icra takibi neticesinde hakikate muhalif mal beyanında bulunma², borcun icra dairesinde ödenmesinin taahüt edilmesinden sonra bu taahüdün ihlali³ vb. kanunca yasak kılınan bazı davranışların karşılığı olarak öngörülen kısa süreli hapis cezaları mevcuttur.

Bu çalışma İslam Hukukunda Borçlunun Hapsine kısaca kavramsal yaklaşım yanında müstakil olarak borçlunun hapsi müessesesini bazı hukuk sistemleri ve ülke hukukları ile mukayeseli bir şekilde incelemekte, hapisane kurumunun İslam tarihindeki görünümüne kısmen de olsa değinmektedir.

2. İSLAM HUKUKUNDA HAPİS MÜESSESESİ ve MEŞRUIYYETİ

Baştan ifade etmek gerekir ki İslam hukukunda Hapis cezası modern hukukun aksine öngörülen ilk ceza değil bir başka ifadeyle asıl ceza değil, ikinci derecede yer alan ve tazir suçları kapsamında ele alınan bir cezadır. ⁴ Bundan hareketle denilebilir ki İslam hukuku özü itibariyle bu yaptırımı ıslah ve caydırıcılık noktasında birinci derecede yeterince etkin görmez.

Kuran'da herhangi bir suça karşılık hapis cezasının gerekli olduğunu ima eden herhangi bir ifade ile karşılaşmamaktadır.⁵ Ancak Maide Suresi 33. Ayetteki “ev yunfev” ifadesi azımsanmayacak kadar hukukçu tarafından hapis manasına yorumlanmıştır. Peygamber (s.a.v)'in uygulamasında da bu cezanın tatbiki görülür.⁶

Görüldüğü gibi İslam'da hapis müessesesi -ihtilaflarla beraber- kaynağını Kur'an, Sünnet ve Sahabe İcmaından almaktadır.

2.1. Hapis Kavramı

Alıkoyma, bir yere kapatıp dışarı çıkarmama, salıvermeme, zaptetme tutma gibi lügat manalarına gelen kavram, “Habese” fiilinin masdarı olarak bilinir ve Fıkıh kitaplarında daha çok “secene” veya “sıcn” kelimesiyle eş anlamda kullanılır. İstilahî manada hapis; tutmak, tevkif etmek, men eylemek, bir şahsı veya bir malı, bir yerde nezâret altında bulundurmaktır. Önemle belirtilmelidir ki söz konusu alıkoyma, mekansal anlamda salt hapisaneyeye

¹ *Sünen-i Ebu Davud Terceme ve Şerhi*, Şamil Yayinevi: XII, 350-351.

² İcra İflas Kanunu m.338

³ İcra İflas Kanunu m.340

⁴ Abdulkadir Udeh, *İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk*, İhya yayınları, İstanbul 1976, II, 325.

⁵ Metin, Yılmaz, “*İslam Tarihinin İlk Üç Asrında Hapishanelere ve Hahkumların Durumlarına Genel Bir Bakış*” Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı 12-13, Samsun 2001 s. 543.

⁶ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuku İslamiyye ve Istilahat-ı Fıkhiyye kamusu*, III/14

has bir ceza değil ev, dehliz (üstü kapalı dar ve uzun geçit, koridor), mescit gibi yerlerde de kabil-i tatbiktir. Hatta “takip etme” şeklinde dahi düşünüldüğü nakledilir.

2.2. Hapsin Çeşitleri

Fıkıh kitaplarında dağınık vaziyette yer alan hapis ve nedenleri ile ilgili bahislerden hareketle hapsin çeşitleri hakkında şu ayrımı yapmak isabetli görülmüştür:

- ✓ Hapse konu olan nesneye göre; bu da iki çeşittir: borcun ödenmemesi sebebiyle borçlunun hapsi ve borcun ödenmemesi sebebiyle malın hapsi.
- ✓ Süre açısından; iki çeşittir: süresi belirli ve süresi belirsiz hapis.
- ✓ Gayesi yönünden; iki çeşittir; ceza sebebiyle ve kişinin durumunu tetkik gayesiyle hapis.
- ✓ Hak mefhumu yönüyle; dört çeşittir; borcun ödenmemesi sebebiyle, kul hakkı sebebiyle, Hukukullah sebebiyle ve müsterek haklar sebebiyle hapis.⁷

Hapis çeşitleri ile ilgili olarak yapılan bu ayrım mutlak olmayıp konunun fıkıh literatüründeki genel görünümünü anlatır niteliktedir. Borçlunun hapsi, ayırmada hak mefhumu yönüyle ve hapse konu olan nesne itibariyle incelenmekte; ikisinin de temelinde yatan düşüncenin İslamiyet'in kul hakkı (hukuku'l-ibad) karşısındaki hassasiyetinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

2.3. İslam Hukukunda Borçlunun Hapsi

İslam hukukunda aslında borcun ödenmemesinden dolayı borçlunun hapsedilmesi şeklinde müstakil bir başlık mevcut değildir. Konunun daha çok borcun ödenmemesi karşısında kul hakkı dolayısıyla borçlunun hapsedilmesinin mümkün olup olmadığı incelenirken değerlendirildiği görülür.

2.3.1. Mühlet Verme

İlke olarak hapis cezasının, yukarıda da belirttiğimiz gibi İslam hukukunda borcun ödenmemesinin ilk yaptırımı olarak düşünülmediği bir gerçektir. Bu noktada borç ödenmediği takdirde ona nasıl yaklaşılabileceği konusunda ilk davranış şekli mühlet(mehil,süre) tanımaktır. Zira Peygamber Efendimiz s.a.v. Huzeyfe'den (r.a) rivayetle ; “Sizden evvelki milletlerden müsamahalı bir kişinin ruhunu melekler karşılادılar ve:

- (Dünyâda iken) hayır nev'inden birşey işledin mi? diye sordular.

Bu kişi:

- Ben hizmetçilerime: (Borçlu olan) fakire mühlet veriniz ve müsamaha ediniz, diye emreder idim, dedim.

Bunun üzerine melekler de ona müsamaha eylediler" buyurdu .⁸ Yine Ebû Hureyre(r.a)'den rivayetle; Peygamber (s.a.v) şöyle buyurdu: "Bir tacir vardı. İnsanlara borç verir dururdu. Borçluyu fakir gördüğü zaman hizmetçilerine hitaben: Buna müsamaha gösteriniz; Allah 'in da bizlere müsamaha etmesi ümid edilir, derdi. İşte bu huyundan dolayı Allah o taciri müsamaha ve afveylemiştir.⁹ Burada ilk olarak Hadis-i Şeriflerin lafızlarından alacaklının

⁸ Buhari Kitab-ül Büyü' (Borçlu Olan) Zengine Mühlet Veren Kimse(nin Fazileti) Babı. Ebû Zerr ve Nesefti nüshalarında böyle gelmiştir; bu, başlığa uygun düşmektedir. Diğer nüshalarda ise: "Ben, fakire mühlet vermelerini ve zengine müsamaha eylemelerini emreder idim " şeklinde gelmiştir. Müslim de hadisi böyle getirmiştir.

⁹ Buhari Kitab-ül Büyü (Borçlu Olan) Fakire Mühlet Veren Kimse(nin Fazileti) Babı. Buhârî bu hadisi "Zikru Benî İsrâil Kitâbı"nda başka bir tarikten getirmiştir.

Nesâî'nin rivayeti şöyledir: "Hiç hayır yapmamış bir kimse vardı; o sadece insanlara borç verirdi. Borçluyu fakir görünce hizmetçilerine: Buna müsamaha ediniz, der idi. O zât ölünce Allah ona:

— Sen hiç hayır işledin mi? dedi.

hakkının geciktirildiği veya alacağına kavuşmasının önüne geçilmek suretiyle onun mağdur edildiği akla gelse de sözkonusu rivayetin amacı dikkate alındığında hadisten murad edilen hukuki nokta, bir borç ilişkisinde ifa döneminde bile alacaklıya yüklenen bir yükümlülüğün (mehil verme süre tanıma) maslahata uygun olarak varlığıdır. Zira bir borç ilişkisinde asıl amaç edimlerin yerine getirilmesi ise, tüm hukuki çareler ifayı kolaylaştırmak için vardır. Kaldı ki bir başka hadiste borcun sebepsiz yere geciktirilmesi “zulüm” olarak nitelenmiş¹⁰, bir borç ilişkisinde ifa döneminde dahi alacaklı-borçlu muvazenesi gözardı edilmemiştir.

2.3.2. Hapsetme

Borç (deyn), yalnızca malvarlıksal nitelik taşıyan muamelelerde gündeme gelmediği gibi hapis de sadece bu nitelikteki borcun yaptırımı olarak öngörülmemiştir. Bu anlamda kanundan doğan bir borçtan (nafaka) söz edilebileceği gibi bir kamu hizmetini yerine getirme yükümlülüğünden doğan borçtan da (kamu hizmetini yerine getirmeme) söz edilebilir. Bu sonuncusunun cezasının İmam Malik'e göre hapsen tazyik olduğu, Ebu Hanife'nin de hakimlik görevini kabul etmemesi sebebiyle hapsedilip zorlandığı ve hapisanede iken öldüğü belirtilir.¹¹

İslam hukukunda ödeme gücü olan ve olmayan borçluya farklı yaklaşımlar ve hükümler de bu yaklaşım çerçevesinde şekillenmiştir. Ödeme gücü olmayan borçluya da iki farklı yaklaşım sergilenmiş; ödeme gücünü aşacak şekilde borçlanarak borcunu ödeyemeyen “kusurlu borçlu”nun hapsi kamu yararı açısından caiz görülmüştür. Öte yandan ödeme gücü dahilinde borçlanmış olmasına rağmen kusuru olmadan ödeme gücünü sonradan yitirmiş olan borçluya karşı ise aciz durumundaki borçluya mühlet verilmesini emreden ayetten (Bakara 2/280) dolayı cebr-i icra yoluna gitmek veya cezalandırmak imkansız görülmüştür.¹²

Ödeme gücü olan borçluya ilişkin ise; mütemerrit borçlu ve mütemerrit olmayan borçlu ayrımı yapılmıştır: ¹³ İslam hukukunda “mümatele” olarak nitelendirilen temerrüd şöyle tanımlanır: Mümatele, borcu borcun vadesini bugün yarın diyerek tehire bırakmaktır, borcunu edaya muktedir olduğu halde tehir edip duran kimseye mumatıl borçlu denir. ¹⁴ “Ödeme gücü olduğu halde borcu geciktirmek zulümdür,”¹⁵ hadisi temerrüdün haksızlık teşkil ettiğini; Mütemerrit olmayan borçlu ile ilgili olarak “Eğer borçlu darlık içinde ise ona ödeme kolaylığına kadar bir süre tanıyın” ¹⁶ mealindeki ayet-i kerime yine konu hakkında ilke mahiyetindedir. Dolayısıyla bu durumdaki borçluya da herhangi bir hukuki yaptırım öngörülemez.

2.3.2.1 Mezhep İmamları ve Müçtehitlerin Görüşleri

Şimdi borçlunun hapsi hakkında mezhep imamlarının ve müçtehitlerin görüşlerine değinelim; Ebu Hanife'nin borçlunun mallarının sattırılarak alacağın tahsili yoluna gidilmesine(haciz) sıcak bakmadığı bilinmekle beraber O, alacağın tahsilinin cebr ve hapisle tazyik yoluna

O:

— Hayır, lâkin benim bir hizmetçim vardı ve ben insanlara borç verirdim. O hizmetçimi alacaklarımı tahsil etmesi için gönderdiğimde ona: Kolay ödeyenden al, zorlukta olanı bırak ve ona müsamaha et; belki Allah bize de müsamaha eder der idim, dedi.

Allah Taâlâ:

— Ben de senden vazgeçtim buyurdu".

Ebu'l-Yeser'in hadisinde "Fakire mühlet veren yahud ondaki alacağından vazgeçeni Allah kendi Arş'ının gölgesinde gölgelendirir" şeklindedir.

Allah fakire sabr ile emredip şöyle buyurdu: "Eğer (borçlu) darlık içinde bulunuyorsa ona geniş bir zamana kadar mühlet (verin). Sadaka olarak bağışlamanız ise sizin için daha hayırlıdır eğer bilerseniz" (el-Bakara: 280; Kastallâni).

¹⁰ Buhari, Havâlât, 38/1; Müslim, Musâkat, 22/7, no: 33.

¹¹ Geniş bilgi için bkz Ebu zehra Muhammed *Ebu Hanife* (çev: o. Keskiöglü) konya 1981 s. 40 vd.

¹² Mustafa Avcı, , *Hukuk Tarihinde Hapis*, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2914, s.184

¹³ Avcı, a.g.e, s.184

¹⁴ *Bilmen, a.g.e* VII/269.

¹⁵ Nesai *Büyu*, 100.

¹⁶ Bakara 2/280

gidilerek gerçekleştirilmeye çalışılması gerektiğini kabul eder.¹⁷

Burada Malik (r.a) ‘ın hapsi yaptırım olarak öngördüğü tavır borcun ödenmezliği değil mal beyanında bulunmama veya gizleme ya da alacaklılardan mal kaçırma şeklindeki davranıştır. Burada önemle belirtilmelidir ki günümüzde birçok yürürlük kanunlarında konu ile ilgili hüküm tamamen bu yöndedir.

İnsanların malını alıp borcunu ödemeyen ve ödeme gücü olmadığını iddia eden kişinin yalan söylediği ortaya çıkarsa, tüm borçlarını ödeyinceye veya ölünceye kadar(hakimin takdirine göre) hapsedilir. Mali durumu ve ödeme gücü bilinmeyen borçlu, malvarlığı araştırması yapılırken hapsedilir. ¹⁸ İbn Ferhun da mütemerrid (mümatil) borçlunun malının olup olmadığı bilinmiyorsa araştırma yapılır, borçlu bu araştırma sırasında hapsedilir.¹⁹ Borçlu ödeme gücü olmasına rağmen iradi olarak borcunu ödemiyeceği ödemeye zorlanmak üzere hapsedilir. Hacr edilen borçlu malını satıp da borcunu ifadan imtina ederse hakim tarafından malını satmaya velev ki; mal akar(taşınmaz) semen az ola, hapis ile cebr olunur.²⁰

Cahiliye döneminin en yaygın toplumsal kurumu niteliğinde olan kölelik göz önüne alındığında Ömer b. Abdulaziz’in yaklaşımı köleliğin bir kalıntısı olarak görünse de müessesenin zamanla İslamdan arındırılması yolunda atılan adımlarla beraber değerlendirildiğinde aslında bu şekilde bir çözüme gidilmesinin salt ifayı mümkün kılmak amaçlı olduğu anlaşılmaktadır. Buradaki temel düşünce alacak hakkının borçlunun malvarlığına yönelik bir hak olduğu ve ardındaki yaptırımın da aynı kapsamla sınırlı kalması gerektiğidir. Aksi düşüncede olanlar bedenlen tazyiki gerekli görerek aslında ilkesel anlamda borcun ödenmezliğinin borçlunun hürriyetine mal olması bu durumun da alacaklıya bir hak olarak bahşedildiği kanaatinde dirler. Daha mutedil düşünenler ise –Şafiiler gibi- Hakimi haciz veya hapis seçeneğinde muhayyer bırakmışlardır.

2.3.2.2 Konuya Dair Görüşlerin Özeti

O halde borcun ödenmemesi neticesinde hapis yaptırımının öngörülmesi ile ilgili olarak yapılan tüm tartışmalar şöyle özetlenebilir;

- ✓ İslam baştan beri borcun şahsı değil malı bağladığı prensibinden hareket ettiğinden – bazı eski hukuklarda görülen- borçlunun köle edilmesi ve satılması gibi iptidai usulleri benimsememiş,²¹ bu yüzden de İslam Hukukunda hapis cezası borcun ödenmemesi karşısında ilk olarak uygulanması gerektiği düşünülen bir yaptırım değil ikinci derecede tazir cezası kapsamında ele alınmış ve uygulanmıştır.
- ✓ Borçlunun borcundan dolayı hapsi tartışılırken ödeme gücünün bulunup bulunmadığı şeklindeki ayırım neredeyse tüm İslam Hukukçularınca yapılmış, varlıklı olmak kaydıyla mütemerrit (mümatil) borçlunun hapsedilmesi gerektiği yönünde hemen hemen ittifak oluşmuştur. Ancak bu hapsin amacı noktasında ihtilaf edilmiş; bir kısım müçtehitler maksadın borçlunun ödemezlikle hapsi hak etmesi (bazı Şafiiler) olduğunu, diğer bir kısmı ise maksadın salt cebr ve tazyik olduğunu, ifayı mümkün kılmak amacına münhasır olduğunu savunmuşlardır. (Malikiler ve bazı Hanefiler gibi) Borçlu olup da ödeme gücü bulunmayan kimse hakkında ise; Bakara Suresi 280. Ayette; “Eğer borçlu darlık içinde ise ona ödeme kolaylığına kadar bir süre tanıyın,” mealindeki emre binaen, mehil tanınması gerektiği ve dolayısıyla bu şekildeki borçlu ile ilgili herhangi bir cebr-i icra işlemi yapılamayacağı ile ilgili neredeyse fikir birliği mevcuttur.

¹⁹ İbû Kudame Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed, (ö.620/1223), *el- Muğni*, Beyrut 1403, IV/504

²⁰ Ali Haydar, *Dureru'l Hukkam Şerhu Mecelleti'l Ahkam*, Beyrut 2003, III/191

²¹ Hayreddin KARAMAN, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, Cilt 3, İstanbul 2011, s.219.

Ödeme gücünün bulunup bulunmadığı konusunda net bir bilgi edinilemeyen kimselerin hapsi hakkında ise bir kısım hukukçular acziyetini tevsik eden bir belge isteneceğini, aksi halde hapsedileceğini belirtirler.²² Bir kısım hukukçular da ödeme kudreti olmadığına dair yemin etmesi gerektiğini savunurlar.

- ✓ Hz. Ali (r.a), Hz. Ömer b. Abdulaziz (r.a), Abdullah b. Cafer ve Ley's b. Sa'd (r.a) ın aralarında bulunduğu bir kısım sahabe gerek teorik gerekse pratik anlamda borçlunun hapsine toptan karşı durmuşlar alternatif çözüm önerileri sunmuşlardır. Söz gelimi Ömer b. Abdulaziz (r.a) ; borçlunun alacaklıya borcunu ödemesi için onun yanında ve emrinde çalışmasını

Hayreddin Karaman da konu ile ilgili ittifak edilen görüşleri naklettikten sonra tüm bu tartışmalardan “İslam hukukunu kanunlaştıranların borçluyu hapsetme konusunda serbest olduklarını, hukuk düzeni ve amme menfaati ile adalet prensibinin gereklerine göre hapsi uygulayıp uygulamama şıklarından birini tercih edebileceklerinin anlaşıldığını” kaydeder.²³

2.4. İslam Tarihinin İlk Zamanlarında Hapis ve Hapishane Kavramlarına Kısa Bir Bakış

Hz. Peygamber Dönemine baktığımızda; Resulullah'ın (s.a.v) “Hulf-ül Fudûl”²⁴ örneğinde olduğu gibi cahiliye dönemindeki gibi İslamın genel ruhuna uygun birtakım uygulamaları benimsediğini ve tatbik ettiğini düşünürsek, hapis ve hapishane kavramlarını da bu kategoride değerlendirmemiz mümkündür. Fakat Hz. Peygamber döneminde bugünkü şekliyle bir hapishanenin mevcut olmadığını göz ardı etmememiz gerekmektedir. Hapis sadece suçluyu te'dip veya suçu kesinleşinceye kadar ev, mescit gibi mekanlarda veya davacının kendi evinde tutması şeklinde gerçekleşmekteydi. Bu nedenle Hz. Peygamber mahkumlara esir ismini vermemekteydi.²⁵ Resulullah'ın (s.a.v) Mekke döneminde bizzat kendisi tarafından uygulanan bir hapis cezasına rastalayamıyoruz. Bunun nedeni ise İslam toplumunun teşekkül etmemesi, hüküm ayetlerinin nazil olmaması, Müslümanların müşriklerin yoğun baskısı altında bulunmaları ve hukuk kurallarını icra edecek idari mekanizmaların mevcut olmamasıdır.²⁶

Hz. Ebubekir döneminde de hapishaneye rastlanmazken Hz Ömer'in Saffan b. Umeyye denen sahabenin evini 4000 dirheme satın alıp hapishaneye çevirdiği nakledilir.²⁷ İlk inşa edilen hapishanenin Hz Ali tarafından yapılan Nafi²⁸ isimli hapishane olduğu bilinmektedir.

Emeviler dönemine gelindiğinde konu ile ilgili, Hulefa-i Raşidinin beşincisi sayılan Ömer b. Abdulaziz'in hapishanelerin ıslahı ve mahkumlara nasıl davranılması gerektiği hakkında valilerine gönderdiği şu mektubu konu hakkında son derece aydınlatıcıdır: “Zindanları araştırın, suçu sabit olanları orada tutun, suçu olmayanları hapsetmeyin; kim içinden çıkılmaz karışık bir durumla karşılaşarsa o hususta bana yazsın. Mahkumlar hakkında bilgi toplayın. Muhakkak ki hapis onlar için bir felakettir. Cezalarını arttırmayın. Malı mülkü olmayan yalnız yaşayan insanlarla anlaşma yoluna gidiniz. Borcu nedeniyle hapsedilenlerle diğer mahkumları bir arada toplamayın. Kadın mahkumlarla erkek mahkumları ayrı koğuşlara yerleştirin. Rüşvet alan kimseleri hapishanelere görevli tayin etmeyin.”²⁹

Bundan anlaşılıyor ki bu dönemde artık hapishane tüm alt birimleriyle kurumsallaşmış,

²² Bilmen a.g.e, s.308

²³ Hayrettin KARAMAN, a.g.e, s.220.

²⁴ Muhammed HAMIDULLAH *İslam Peygamberi* çev. Salih Tuğ İstanbul 1995, I/53.

²⁵ M. Cafer el-KETTANİ, “et-Teratibu-l İdariyye” (çev: Ahmet ÖZEL) “Hz Peygamberin Yönetimi” İstanbul 1991, II/55.

²⁶ Metin YILMAZ “İslam tarihinin ilk üç asrında hapishanelere ve mahkumların durumlarına insan hakları bağlamında genel bir bakış”. Ondokuz mayıs üniv ilahiyat fak dergisi sayı 12-13 samsun 2001

²⁷ Buhari I 91 Husumat 4/48 nr. I, BEYHAKİ es-Sünen'ül Kübra Beyrut 1352 VI 34.

²⁸ İbn Manzur, *Lisanu'l Arab*, Daru'l Kutub-u'l İlmiyye, II 1301.

²⁹ Yılmaz, a.g.m, s.536.

önemli müesseseler halini almıştır.³⁰

Bazı kaynaklarda biri vali'ye (sicnü'l-vâli) diğeri kadı'ya (sicnü'l-kâdî) ait olmak üzere iki çeşit hapishaneden söz edildiğini de burada sadece belirtmekle yetinelim.³¹

Osmanlılarda da ilk icrâ kanunu 1295/1878 tarihinde çıkarılmıştır. Altmışdokuz madde ve bir de geçici maddeden ibarettir. Baştan on iki madde mukaddime; 16-20 arası icrâ daireleri; 21-31 icrânın şartları; 32-39 borçlunun hapsi; 40-69 arası borçlunun mallarının haczi ve icrâ yoluyla satışı hakkındadır.

Kuran'da hapsi yasaklayan veya kınayan sarih bir ifadenin bulunmaması müspet yönde uygulamaların olması İslam Hukukçularının çoğunluğunun hapsin meşruiyeti sonucuna varmalarını sağlamıştır.³²

3. BAZI HUKUK SİSTEMLERİNDE VE ÜLKE HUKUKLARINDA BORÇLU TEMERRÜDÜ VE HAPSİ

3.1. Bazı Hukuk Sistemlerinde Borçlunun Temerrüdü ve Hapsi

Şunu ifade etmek gerekir ki borçlunun temerrüdünün neticesi her zaman hapis değildir. Gerek eski hukuk sistemlerinde gerekse günümüz hukuk sistemlerinde borçlunun hapsi ya doğrudan temerrüde bağlanan seçenek yaptırımlardan biri olarak veya Mer'i Hukukumuzda olduğu gibi temerrüt neticesinde işletilen icra-iflas takip prosedüründe verilen taahhüdün ihlaline bağlanan müstakil bir yaptırım türü olarak kabul edilmektedir.

Şimdi kısaca bazı hukuk sistemlerinde borçlunun temerrüdü ve hapsine göz atalım:

3.1.1. Roma Hukukunda

Alacaklı veya borçlu temerrüdü köken itibariyle Roma Hukukuna dayanır.³³ Borcun ifasının hukuka aykırı bir sebeple geciktirilmesi anlamında *Mora* kelimesi kullanılır. Borçlunun temerrüdü de *Mora Debitoris* olarak adlandırılır.³⁴ Temerrütten söz edebilmek için ortada muteber yani bir dava ile takip edilebilir ve muaccel bir borcun bulunması lazımdır.³⁵ O halde borçlunun temerrüdü için Eski Roma'da şunlar şarttır:

- ✓ Borç münasebeti muteber ve tam olmalıdır. Eksik borçta temerrüd olmaz.
- ✓ Borçlu ödemek hususunda suiniyetle hareket etmiş olmalı ve kusurlu bulunmalıdır.
- ✓ Borç muaccel olmalı; yani borç vadeli ise vadenin gelmiş olması, şartlı ise şartın gerçekleşmiş olması gerekir.
- ✓ Iustinianus hukukunda borçlu ifaya davet edilmiş olmalı, yani kendisine ihtarda bulunmuş olmalıdır.³⁶

Borçlu bu şartlarla temerrüde düşmekle beraber -kusuru bulunsun veya bulunmasın- tüm zararlardan ve hakimın re'sen hükmedeceği temerrüd faizi ve icabında alacaklının gecikmeden kaynaklı tüm zararlarından sorumlu olur ve belki de en ağır yaptırım olarak o, borcuna karşılık alacaklısının kölesi haline gelir, satılır, hapsedilir³⁷ ve hatta öldürülebilirdi. Daha sonra değişikliğe uğrayan bu uygulama zamanla farklı seçenek yaptırımlar öngörülerek bir nebze yumuşatılmaya çalışılmıştır.

³⁰ Yılmaz, a.g.m, s.535 .

³¹ Atar, *İslâm İcra ve İflas Hukuku*, s. 256.

³² Yılmaz, a.g.m s.554

³³ Akar ÖÇAL, *Türk Hususi Hukukunda gecikme faizi*, E.İ.T.İ.A, İstanbul 1965, s.3

³⁴ Ziya UMUR, *Roma Hukukunda Ders Notları*, Beta yayınları, Ankara 2010, s. 330-331

³⁵ Türkan RADO, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, Filiz yay, İstanbul 2001, s.229

³⁶ Umur, a.g.e, s.331, Öçal, a.g.e, s.3-4, Rado, a.g.e, s.229

³⁷ Umur a.g.e, s. 159.

Eski Ius Civile devrine ait, borçlunun altmış gün zincire vurulup hapsedildikten sonra yine de borç ödenmezse öldürülmesini veya Roma dışında satılmasını caiz gören yaptırım şekli zamanla lex poetelia adlı bir kanunla nisbeten yumuşatılmış borçluyu öldürme ve köle olarak satın alma kaldırılmış, alacaklıya borçlusunu hapsedip onu borcunu ödeyinceye kadar çalıştırma hakkı verilmiştir. Daha sonra Pretor hukuku devreye girmiş ve Pretorlar borçlunun şahsını serbest bırakan ve yalnız mallarını hedefleyen bir icra usulü belirleyerek yeni bir yol çizmişlerdir. Fakat bu usul de ne yazık ki şahsın üzerindeki icra usulünü tamamen bertaraf edememiştir.³⁸ Son olarak İmparator hukuku devrinde artık bugünkü gibi borçlunun borcuna yeteri kadar malının haczi yoluna gidiliyor bu mahcuz mallar satılarak alacaklı alacağı ölçüsünde tatmin ediliyordu.³⁹

3.1.2. Fransız Hukukunda

Fransız Medeni Kanun (code civile) md.1139'a göre kaideten borçlu ihtar ile veya ihtara mümasil bir muamele neticesinde mütemerrit olur. İhtar ile borçluya münasip bir mehil de verilmelidir. Fakat taraflar arasındaki akit icabı borçlunun herhangi bir muameleye tevessül edilmeden mücerred vadenin hulûlü ile mütemerrit olacağı kararlaştırılmışsa vadenin geçmesi ile temerrüt hali kendiliğinden gerçekleşmiş olur. Aynı kanunun 1147 vd. maddelerine göre de borçlu adem-i ifanın hiçbir kötünyeti bulunmaksızın kendisine isnad olunması mümkün olmayan bir sebepten kaynaklandığını ispat etmedikçe borcun ifa edilmemesi veya geç ifa edilmesi yüzünden ortaya çıkan tüm zararları tazmine mecburdur. Ancak eğer borçlu fevkalade bir hal veya mücbir sebep yüzünden borçlandığı şeyi verememiş veya yapamamış yahut menedilen şeyi yapmışsa zarar ziyan tediyesine lüzum yoktur.⁴⁰

Görüldüğü gibi öncelikle temerrüt ihtar şartına bağlanmış ayrıca uygun bir süre verilmesi de temerrüdün gerçekleşmesi için gerekli görülmüştür. Yine taraflar arasında borçlunun ayrıca herhangi bir muameleye gerek duyulmadan kararlaştırılan ve yapılan akdin gereği olan belirli vadede mütemerrit olacağı kararlaştırılmışsa temerrüt kendiliğinden söz konusu vadenin dolmasıyla gerçekleşir. Bir başka nokta borçlunun temerrütten dolayı maruz kaldığı zararları tazminde tam bir ispat külfeti altında bulunmasıdır. O, temerrüdün kendisinin kötünyeti olmadan ve hiçbir şekilde kendisiyle ilgisi bulunmayan bir sebepten dolayı gerçekleştiğini ispata mecbur bırakılmıştır. Bununla beraber olağanüstü bir hal veya mücbir sebebin ortaya çıkardığı temerrüt hali de tazminden berî tutulmuştur.

Fransız Medeni Kanunu'nun 1184. Maddede yer bulan temerrüdün neticesi şöyledir:

- ✓ Bu maddeye göre alacaklı borçlunun temerrüdünden itibaren fesih talebinde bulunabilir.
- ✓ Alacaklı bunu temin için hiçbir formaliteyi (mesela mehil şartını) yerine getirmek zorunda değildir.

O halde alacaklının bu noktada iki seçimlik hakkından bahsedilir:

- ✓ İfa mümkünse ifayı talep hakkı
- ✓ Zarar ziyanla beraber fesih talebi⁴¹

Bu şıklardan birinin tercihi diğerinden vazgeçmeyi gerektirmemektedir. Alman Medeni Kanununda ise bu şıklar birbirine alternatif olarak düzenlenmişlerdir. Dolayısıyla birinin tercihi diğerinden vazgeçmeyi zorunlu kılmaktadır.

³⁸ Rahmi YARAN“İslam hukukunda borcun gecikmesi”MÜİFV yayınları, İstanbul 1997, s.57-58.

³⁹ Rado, a.g.e, s.29-31

⁴⁰ Halil ARSLANLI, *Ticaret kanunun Umumi Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdü*, İÜ Hukuk Fak. Mec., Sy.12 Syf.19.

⁴¹ Yaran Rahmi, a.g.e, s.57-58.

Görüldüğü gibi Fransız Hukuku'nda temerrüdün neticesi olarak öngörölmüş bir hapis cezasından bahsedilmemektedir. Bu tespitin sadece temerrüde ilişkin hükümleri kapsadığını önemle belirtmek isteriz.

3.1.3. Türk Hukukunda

Muaccel bir borcun borçlu tarafından zamanında yerine getirilmemesini ifade eden⁴² borçlu temerrüdü borcun gereği gibi yerine getirilmemesi kavramından tamamen farklıdır. Borcun gereği gibi yerine getirilmemesinde temerrütten farklı olarak ifanın sözleşmeye uygunsuzluğu söz konusudur. Eski Borçlar Kanunu'nun 101-108 md., yeni Borçlar Kanunu'nun ise 117-129 maddeleri arasında düzenlenen temerrüdün koşulları kısaca şöyledir:

- a. Borç muaccel olmalıdır. YBK'nun 117. Maddesi "*muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer*" şeklindeki ifadesi ile bu durumu ifade eder.
- b. Borcun ifası mümkün olmalıdır. Temerrütten söz edebilmek için eğer ihtar gerekli ise ihtar tarihinde ifa mümkün olmalıdır.⁴³
- c. İhtar ya da ihtarın yerini tutan bir durum olmalıdır. Şu var ki borçlunun temerrüdü sadece borcun ifasında gecikme değildir, zira temerrüt için ihtar veya ihtar benzeri bir işleme ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak yine Kanunun 117/2 maddesinde ihtarla gerek duyulmadan temerrüdün gerçekleşeceği durumlar şöyle belirtilir:
 - aa) İfa günü taraflarca açıkça kararlaştırılmışsa
 - bb) İfa günü belirleme yetkisi sözleşmeyle veya kanunla taraflardan birine bırakılmışsa (ihbar⁴⁴)
 - cc) İhtarın gereksiz ya da yararsızsa
 - dd) Borç haksız fiilden doğmuşsa
 - ee) Sözleşmede ihtar koşulundan vazgeçilmişse (bu husus kanunun ilgili hükmünün emredici nitelikte olmamasından kaynaklanır.)

Borçlunun kusurlu olup olmaması temerrüde düşmesi noktasında şart değildir. Fakat kusur büsbütün önemsiz de değildir. Uygulamada borçlunun temerrüde düşmede kusursuzluğunu ispat etmek suretiyle şimdi kısaca değineceğimiz temerrüdün bazı hukuki sonuçlarından kurtulabildiğini görmekteyiz.

Temerrüdün evvela genel sonuçları vardır ki bu sonuçlar borcun tek taraflı veya iki taraflı ilişkiden doğmuş olması önemli olmaksızın tüm borç ilişkileri için ortaya çıkar. Bu sonuçlar aynen ifa ve gecikme tazminatı ile kazadan dolayı sorumluluk şeklindedir. Belirtelim ki kazadan dolayı sorumluluk temerrütten önce ve sonra ortaya çıkmasına ve borçlunun kusurunun bulunup bulunmamasına göre değişiklik arzeder. Zikredilen iki genel sonucun kendi içinde şartları ve borçlunun kazadan doğan sorumluluktan kurtulmasının imkanları da kanunda zikredilmiştir. Konumuzla doğrudan ilişkili olmaması hasebiyle ayrıntıya girmiyoruz.

Kısaca temerrüdün para borçları ile ilgili de temerrüt faizi ve aşkın(munzam) zararın tazmini şeklinde iki özel sonucunun da bulunduğunu belirtmekle yetinelim.

Borçlar Kanunu'nun 125 ve devamı maddelerinde zikredilen karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde temerrüde bağlanan aşağıda zikredeceğimiz sonuçların doğabilmesi için; yukarıda zikredilen koşullara yani borcun muaccel olması ve ihtar veya onun yerini tutan bir

⁴² Zapata, *Borçlar Hukuku* s.204 Savaş yay., Ankara 2012, s.36.

⁴³ Zapata, *a.g.e.*, s.47

⁴⁴ İhbar HMK 88. Deki yazılı şekle tabidir.

durumun bulunması şeklindeki şartlara ek olarak karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin bulunması ve borçluya uygun bir süre(mehil) verilmesi şeklindeki şartların da gerçekleşmesi gerekir. Belirtelim ki mehil vermeye ilişkin kanun hükmü de emredici olmayıp aksi taraflarca kararlaştırılabilir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdüne şu seçimlik sonuçlar bağlanır:

- ✓ Aynen ifa ve gecikme tazminatı
- ✓ İfadan vazgeçerek müspet zararın tazmini
- ✓ Sözleşmeden dönme ve menfi zararın tazmini

Hemen belirtelim ki alacaklı aynen ifa ve gecikme tazminatı yerine diğer iki seçenektan birini kullanmaya karar verirse Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi gereği borçluya son(ek) süre vermelidir. Borçlu bu sürede de ifada bulunmazsa alacaklı iki seçimlik hakkından birini kullanabilir. Seçim hakkı alacaklıya tanınmış bir haktır. Alacaklı bunlardan hangisini kullanacağına serbestçe karar verebilir.⁴⁵

Türk Hukuku'nda borçlunun borcunu ödememesi neticesinde onun temerrüdüne bağlı olarak ortaya çıkan sonuçlara kısaca değindikten sonra görüyoruz ki zikredilen yaptırımların dışında kalan ve bizim de konumuzu teşkil eden hapis cezası borçlunun borcunu ödemediği temerrüde düşmesine doğrudan bağlanan bir sonuç değildir.

3.1.4. Mısır Hukuku'nda

Mısır Medeni Kanunu'nun 205. Maddesine göre borçlu borcunu ifa etmediği takdirde alacaklı hakim kararıyla ve acil hallerde hakim kararına gerek olmaksızın alacağının aynı türünden bir şeyi borçlu hesabına elde edebilir veya o şeyin kıymetini talep edebilir. Yine 207. Maddede borcun muayyen bir mala veya bir yapma borcuna dair olup teslimi gerektiren bir borç olması halinde borçlu temerrüde düşmüşse bundan sonra hasarın borçluya ait olacağı, şey temerrütten önce helak olmuşsa zarara alacaklının katlanacağı, şey teslim edilseydi dahi alacaklı nezdinde de helak olacağı ispatlanırsa ve beklenmedik olaylardan doğan sorumluluk da üstlenilmemişse borçlunun yine bu helaktan sorumlu olmayacağı ifade edilmiştir.

Yapma borçlarında borçlu ifada bulunmazsa alacaklı –eğer mümkünse- edimi borçlu hesabına elde etmek için hakimde izin tale edebilir veya acil hallerde bu izne de gerek yoktur.(MMK md 209)

Yapmama borçlarına muhalefet halinde alacaklı bu muhalefetin izalesini borçludan isteyebileceği gibi hakimden de bu izaleyi borçlu hesabına yapabilmek için izin isteyebilir.(MMK md. 212) Eğer edim sadece borçlunun yerine getirebileceği türden ise alacaklı borçlunun ifaya icbarı bundan imtina etmesi halinde de para cezasına çarptırılması için mahkeme kararı alabilir. (MMK m.213)

Burada kısaca borçlu temerrüdü için borçluya ihtarın şart olduğunu, temerrütten sonra tazminata hükmedileceğini, para borçlarında borçlunun gecikme faizi olarak %5 diğerlerinde ise %4 faiz ödeyeceğini, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde tamamen veya kısmen ifa etmeme halinde bunun mücbir sebepten veya borçlunun kusurundan kaynaklanması dikkate alınmaksızın alacaklının fesih hakkı bulunduğunu belirtelim.

3.1.5. Suriye Hukuku'nda

Suriye Medeni Kanunu'na göre de karşılıklı taahütleri havi akitlerde borçlunun temerrüdü halinde karşı taraf hem uğradığı zararın tazminini hem de akdin feshini talep edebilir

⁴⁵ Zapata, a.g.e, s.221-222.

(md.158). Ayrıca 277. Madde, temerrüt faizini düzenleyerek medeni meselelerde %4 ticari meselelerde %5 olarak belirler.

3.1.6. Irak Hukuku'nda

Gelişmelerin gerektirdiği tadilat ile büyük ölçüde İslam Hukukundan alındığı söylenen Irak Medeni Kanunu, “iki taraflı ilzami akitlerde karşılıklı borçlar arasında irtibat” düşüncesini almış, buna göre fesih teorisini benimsemiştir. Karşılıklı taahhütleri içeren akitlerde taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğer taraf tazminatla beraber akdin feshini de talep edebilir. Bu imkan kira akdinde kira borcu ödenmediği zaman, iş sözleşmesinde işverence işçi ücreti ödenmediği zaman ve satım akdinde borçlu taraf borcunu ödemediği zaman gündeme gelir.(md. 177) ⁴⁶ Yine aynı kanunun 171. Maddesi de temerrüt faizini düzenler.

3.1.7. Kuveyt Hukuku'nda

Kuveyt kanunlarına göre mütemerrit borçlu borcun miktarına ve çeşidine bakılmaksızın hapsedilir. Yalnız bunun için borç sabit olmalı mesela bir mahkeme kararına istinad etmelidir veya borcun sübutuna karar veren mahkeme kararına karşı itiraz yolu açık olmamalıdır. Aksi halde hapsedilemez. Ayrıca İslam Hukukçularının kahir çoğunluğunun düşündüğü ve şart koştuğu gibi burada da borçlunun ödeme gücünün bulunması şart koşulmuştur. Buna ek olarak alacaklıların da bu yöndeki talepleri ayrı bir şarttır. Onbeş yaşından küçük çocuğu olan; eşi vefat etmiş veya herhangi bir sebeple hapsedilmiş ise temerrüt sebebiyle hapsedilemez. Eşler ve usul, fûrû akrabalar da birbirlerine olan borçlardan dolayı –nafaka borçları hariç- hapsedilmezler. Banka kefaleti verenlerle mahkemece kabul edilen ifa gücüne sahip bir kefil gösterenler de hapsedilmez. Aynı şekilde 65 yaşını geçenler de hapsedilmez.⁴⁷

Birleşik Arap Emirlikleri'nde de durum aynı olmakla beraber borcun miktarı ile ilgili bir sınır öngören düzenleme sonraları lağvedilerek bir dirhem borç için bile hapsin mümkün olabileceği şeklinde bir tasarı hazırlandı.

4. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Neredeyse tüm hukuk sistemlerinde olması gereken hukukun (*de lege ferenda*) öngördüğü ve arzu ettiği davranış biçimi aynı hukukun uygulamasında karşılık bulmaz. Oysa tüm hukuki çalışmalar doğru davranış biçimini tanzim ettiği inancındadır. O halde hukuk sistemi, öngördüğü ve emrettiği yasal davranış biçimini tersinden de düşünerek ortaya çıkan negatif anlamdaki ihlalî davranış biçimini de düzenlemeye muhtaçtır.

İslam Hukukunun da diğer tüm hukuk sistemleri gibi borçluya emrettiği doğru davranış şekli “*ifa*”dır. Ancak hakiki kaynağının ilahi irade olması hasebiyle İslam hukuku borçluya ifayı emrederken bu talebini ona hem dünyevi boyutuyla hem de uhrevi boyutuyla iletir. Bu noktada o, ifanın esas olduğunu maddi ve aynı zamanda manevi bir mesuliyet bilinciyle kabullenir. Şu halde ideal bir toplumda borçlara hukuki ve ahlaki yaklaşılır ve ödemede zorluk yaşanacağı önceden bilinen borçlara ya girilmez ya da girilmişse ödemeyi mümkün kılacak yollar aranarak ifaya yönelik davranışlar sergilenir. Bunlara riayet edilmediğinde de adli ve idari sistem yaptırım hukukunu devreye sokarak ifayı icbar yoluna gider.

Şunu belirtmeliyiz ki borcu “ifa etmeme” ile “ifa edememe” farklı kavramlar olup bu ayrıma bağlanan en radikal hukuki sonuç İslam hukukundadır. Şöyle ki; diğer hukuk sistemlerinde borcun ifa edilmemesine bağlanan hukuki yaptırımlar borçlunun ödeme gücünün varlığına veya yokluğuna bağlı olarak belirlenmez, zikredilen nokta nazara alınmaz. Oysa İslam

⁴⁶ Abdurrezzak Senhuri, *Masadır-ul Hak Fi Fikhi'l İslamiyyi*, İrşad yayınevi, VI/233

⁴⁷ Ahmed Muhammed Müleycî “*El-lecnetü'l ulyâ bi vezârati'l adl ve 'ş-uûni 'l-islâmiyyeve 'l-evkâf' et-tenfiz ala şahsi 'l-medini bi habsihi*” Mecelletü'ş-şeria ve'l kanun, Ramazan 1408, Mayıs 1988 sy. 2, s.225.

hukukunda ödeme gücü olmayan borçlunun hiçbir şekilde hapsedilemeyeceği ve ona mühlet tanınması gerektiği konusu mezhep imamı başta olmak üzere tüm müçtehitlerce ittifak edilen bir konudur ve bu hukuki durum Hz. Peygamber'in hadisiyle sabittir.

Ödeme gücü bulunduğu halde borcunu ödemeyen hakkında hapis cezasının verilebilmesinin mümkün olduğu da neredeyse ittifakla kabul edilmiştir. Ancak bu yaptırım şekli İslam'ın, "borcun kişinin şahsını değil malını bağladığı" prensibini esas almasından dolayı ilk olarak uygulanan bir yaptırım şekli değil ikinci derecede düşünülen ve tazir kapsamında değerlendirilen bir yaptırımdır. Çünkü borçlunun hiçbir şekilde borcundan dolayı hapsedilemeyeceği görüşünü savunan İslam hukukçuları her ne kadar azınlıkta kalsalar da bunlardan Ömer b. Abdulaziz (r.a)'ın halife olmasına rağmen borçluyu bilinen şekliyle hiç hapsedmediği rivayeti, söz konusu cezanın en azından ilk ve asli olarak uygulanabilecek bir ceza olamayacağı kanaatine vardırıabilir. Hapsi mümkün görenler de bunun borçluya borçlu olduğu ve hak ettiği için verilen bir ceza olduğu kanaatinde olanlar ve onu borcunu ödemeye icbar etmek için verilen bir ceza olarak görenler şeklinde iki kısma ayrılmışlardır. Ebu Hanife'nin hapsin ancak bir ifaya icbar vesilesi kılınabileceği şeklindeki hükmüne Malikilerin de katıldığı görülür. Ancak bazı Şafii hukukçular, "*muktedir borçlunun borcunu geciktirmesi zulümdür, onun kınanmasını veya cezalandırılmasını helal kılar*" şeklindeki hadisin lafzından hareketle hapsin hak edilen bir ceza olduğu kanaatinde dirler.

Bugün hapishanelerin suçlunun ıslahı veya hukuk sistemlerinin öngördüğü maslahat olan "caydırıcılığı" sağlamak ve toplumdaki fesadı bu şekilde önlemek gayeleri şöyle dursun; aksi neticelerin ortaya çıktığı ve hapishanelerin adeta suç makineleri ile dolup taşmış olmaları ve tüm bunlarla beraber zaman zaman hapishanelerde işkence ve eziyet gibi gayr-ı insani muamelelerin yaşandığı düşünülüp göz önüne alınırsa, söz konusu cezanın borçluya uygulanmasında çok daha etraflı bir değerlendirme yapılması gereği ortadadır.

KAYNAKÇA

Sünen-i Ebu Davud Terceme ve Şerhi, Şamil Yayınevi, Beyrut

Udeh A.(1976). *İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk*, İhya yayınları, İstanbul.

Bilmen Ömer N.(1985). *Hukuku İslamiyye ve Istilahat-ı Fıkhiyye kamusu*, Bedir yayınevi, İstanbul.

Ebu Zehra Muhammed, *Ebu Hanife* (çev: o. Keskiöglü) Konya 1981.

Avcı Mustafa, *Hukuk Tarihimizde Hapis*, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2914.

İbü Kudame, Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed, (ö.620/1223), *el- Muğni*, Beyrut 1403

Ali H.(2003). *Dureru'l Hukkam Şerhu Mecelleti'l Ahkam*, Beyrut.

Karaman H.(2011). *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, Cilt 3, İstanbul.

HAMIDULLAH M.(1995). *İslam Peygamberi*, (çev. Salih Tuğ), İstanbul.

el-KETTANİ M. Cafer.(1991). "et-Teratibu-l İdariyye" (çev: Ahmet ÖZEL) "*Hz Peygamberin Yönetimi*" İstanbul.

BEYHAKİ, es-Sünen'ül Kübra Beyrut 1352

İbn Manzur, *Lisanu'l Arab*, Daru'l Kutub-u'l İlmiiyye,

Atar F.(1990). *İslâm İcra ve İflas Hukuku*,MÜİFV yayınları İstanbul.

Öçal Akar.(1965). *Türk Hususi Hukukunda gecikme faizi*, E.İ.T.İ.A, İstanbul.

Umur Ziya.(2010). *Roma Hukukunda Ders Notları*, Beta yayınları, Ankara.

Rado T.(2001). *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, Filiz yay, İstanbul.

Rahmi Y.(1997).“İslam hukukunda borcun gecikmesi”MÜİFV yayınları, İstanbul.

Zapata,(2012). *Borçlar Hukuku* s.204 Savaş yay., Ankara.

Abdurrezzak Senhuri, *Masadır-ul Hak Fi Fikhi2l İslamiyyi*, İrşad yayınevi,

Makaleler

Metin, Y.(2001),“İslam Tarihinin İlk Üç Asrında Hapishanelere ve Hahkumların Durumlarına Genel Bir Bakış” Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı 12-13, Samsun.

Halil ARSLANLI, *Ticaret kanununun Umumi Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdü*, İÜ Hukuk Fak. Mec., Sy.12

Ahmed Muhammed Müleycî (1988). “*El-lecnetü'l ulyâ bi vezâratil' adl ve's-uûni'l-islâmiyyeve'l-evkâf'et-tenfiz ala şahsi'l-medini bi habsihi*” Mecelletü's-şeria ve'l kanun, Ramazan 1408, Mayıs 1988 sy. 2