

İslam Hukukunda Borçlunun Edimini İfa Etmekten Kaçınma Hakkı: Ödemezlik Def'i

Ali Kaya
Doç. Dr., U.Ü. İlahiyat Fakültesi

Özet

Sosyal yaşamda bireyler arası kurulan en yaygın ilişkilerden birisi olan sözleşmeler, ifa yükümlülüğü bulunan bir takım borçlar ortaya çıkarır. Sözleşmenin tarafları, hür iradeleri ile ve borç olarak üstlendikleri edimlerini ifa etmekle yükümlüdür. Ancak akitten doğan edimlerin ifa edilmediği durumlarda da karşılaşılır. Bu hallerde karşı taraf bir takım haklara sahip olur. Bunlardan biri de ödemezlik def'i denilen haktr.

İşte bu makalede, İslâm hukukunda alacaklıya, alacağına tekabül eden karşı edimin yerine getirilmediğinde, alacağını tahsil edinceye kadar kendi edimini ifa etmemeyi ifade eden ödemezlik def'i hakkını tanınup tanınmadığı ve hangi şartlar altında kullanılabilceği gibi konular incelenmektedir.

Abstract

The Right of Debtor to Avoid to Fullfil His Contractual Debts (Performances) in Islamic Law

The contracts, one of the most common relations among individials in social life, produce some debts which have obligation of fullfilment. The sides of the contract are under

obligation to pay the debts (performances) which they have undertaken with their free will.

But one can face some situations in which the contractual debts (performances) wouldn't be payed. In such cases, the other side has some rights. One of these rights is the "paying non-execution"(exceptio non adimpleti contractus). In this article, the right "non-execution" according to Islamic law and under what conditions it can be utilized, will be studied.

Anahtar Kelimeler: İslâm Hukuku, Borç, Edim, Defi', Ödemezlilik Defi.

Key Words: Islamic Law, Obligation, Prestation, Non-Execution.

1. Giriş ve Tanım

Sosyal yaşamda bireyler arasında bir takım amaçları gerçekleştirmek üzere çeşitli ilişkiler kurulur. Bunlardan biri de taraflara bir takım hak ve yükümlülük getiren sözleşmelerdir. Her akitleşmede taraflar ifa ile yükümlü olacakları borçlar yüklenirken bir takım haklar da kazanırlar. Buna göre hukuk tarafından geçerli kabul edilen bir mazeret bulunmadığı sürece bu yükümlülüklerin ifası gerekir. Bir başka deyişle satım, kira, şirket veya nikâh gibi herhangi bir akde taraf olan kişiler, kendi iradeleriyle üstlendiği akdi borçlarını ifa etmekle ve akdin hükümlerine muhalefet sayılacak her türlü eylemden uzak durmakla yükümlüdürler. Aksi davranışlar failini sorumlu kılar. Diğer yandan alacaklı konumunda olan tarafa da bir takım haklar kazandırır. Bu hakların bir kısmı üstlenilen yükümlülüklerin mukabili olduğu gibi aynı zamanda karşı taraf için borç teşkil eder. Bu sebeple karşı tarafın borcunu ifa etmemesi diğerine edimini durdurma hakkı kazandırır. Yapılan akdin asıl hükmü yanında, onun gerçekleşmesini sağlayan ve akdin hukuku içinde veya akdin tali hükümleri arasında yer alan bu haklar arasında, 'defi' denilen hak da bulunmaktadır.

Hukuk terimi olarak 'defi hakkı', başkasına ait bir hakka karşı kullanılan ve bu hakkı sürekli veya geçici olarak engelleyen ya da sınırlayan karşı hakkı ifade eder. Dar anlamda *defi hakkı*, borçlunun edimini yerine getirmekten kaçınma yetkisi demektir.¹ Bir başka ifadeyle *defi*, borçlunun, üstlendiği ediminin ifasını reddetme hakkıdır.² Adı geçen hak, Roma hukukunda umumi nazariye halinde düzenlenmemiştir. Ancak alacaklıya yalnız hile ve kötü niyet bağlı olarak sınırlı bir çerçevede bir defi hakkı olarak tanınmıştır. Fransız,

¹ Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, I, 52.

² Von Tuhr, *Borçlar Hukuku*, 17.

Alman ve İsviçre hukuklarında ise umumi nazariye halinde düzenlenen defi hakkı, Türk Borçlar Hukukunda ise kanunun 81. maddesi başta olmak üzere müteakip maddelerde ele alınmıştır.

2. Türk Borçlar Hukukunda Ödemezlik Def'i

Türk hukuk doktrininde defi' hakkı, tali ve ikinci derecedeki haklar da denilen *düzenleme haklarından* kabul edilir ve borçluya tanınmış olan savunma aracı olarak görülür.³ Karşı hakların en önemli türünü teşkil eden defi' hakkı yöneltildiği hakkı veya hukuki ilişkiyi ortadan kaldırmaz, sadece onu engeller. Bu açıdan bir hakkın doğumuna engel olan veya doğmuş bir hakkı ortadan kaldıran olayın ileri sürülmesini ifade eden *'itiraz'* teriminden ayrılır. Kullanılmış olsa bile borçlunun bundan rücu etmesine imkân verir. Bu yönüyle de *'bozucu inşa'* haktan farklılık arz eder.⁴ Karşı hakka tesiri bakımından *'kesin (sürekli) defiler'* ve *'geciktirici defiler'* diye iki kısma ayrılır. Kesin defiler karşı hak sahibinin hakkını kullanmasına sürekli engel olurken, geciktirici defiler hakkın kullanılmasını bir süre için önler. Hukuki dayanakları bakımından *'bağımlı defiler'*-*'bağımsız defiler'* ve yine doğurdıkları sonuçların çevresi bakımından da *'tam defiler'* ve *'kısmî defiler'* diye bölümlere ayrılmaktadır.⁵

Uygulamada çeşitli sebeplere dayanılarak defi' ileri sürülebil-
mektedir. Örneğin kusur veya başka bir sebeple satılan malın satış bedelinin düşürülmesi talebi ileri sürülüyorsa *'semenin indirilmesi def'i'*,⁶ bağışlamadan vazgeçtiği için bağışlama vadinin ifa edilmemesi isteniyorsa *'bağışlama vadini ifa etmeme def'i'*,⁷ kefil borcun önce asıl borçludan istenmesini istiyorsa *'önce borçluya başvurulmasını isteme def'i'*,⁸ borcun üzerinden uzunca bir sürenin geçmiş olması ileri sürülüyor ise *'yullanma def'i'*,⁹ alacağının ödenmesini sağlamak için bir eşyayı elde tutma nedeniyle ileri sürülüyor ise *'hapis hakkına dayanan def'i'*¹⁰ ve karşı tarafın edimini yerine getirmemesi sebebiyle ileri sürülüyor ise *'ödemezlik def'i'*¹¹ söz konusudur.

Konumuz olan ödemezlik defi', karşı tarafın kendine düşen borcunu yerine getirmemesi durumunda, diğer tarafın da borcunu ifa etmemesine ilişkin savunmasını ifade eder.¹² Karşılıklı edimleri

³ Eren, *Borçlar Hukuku*, I, 84.

⁴ Eren, *Borçlar Hukuku*, I, 85.

⁵ Geniş bilgi için bk. Tunçoğlu, *Borçlar Hukuku*, I, 56-58.

⁶ bk. *TBK*. md. 202.

⁷ bk. *TBK*. md. 245.

⁸ bk. *TBK*. md. 486.

⁹ bk. *TBK*. md. 140.

¹⁰ bk. *TMK*. md.864; *TBK*. md. 57, 267.

¹¹ bk. *TBK*. md. 81.

¹² Özcan, Hüseyin, *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, 157.

içeren akitlerde taraflardan biri, borçlandığı edimi ifa etmeden veya ifasını teklif etmeden, ifayı talep ederse diğer taraf, bir karşı hak olarak defi hakkına dayanarak ifadan kaçınabilir. İşte bu tür akitlerde karşı tarafın ifadan kaçınma hakkına 'ödemezlilik defi' denmektedir. Bu hakkın amaç ve fonksiyonu, birbiriyle değiştirilecek karşılıklı edimlerin aynı anda ifasını sağlamaktır. Bu yönüyle defi hakkı, karşı edim ifa edilinceye kadar alacaklıya kendi edimini ifadan kaçınma hakkını vermek suretiyle onun açısından bir teminat fonksiyonu özelliği taşımaktadır.¹³ Diğer yandan alacaklının edimini durdurarak karşı tarafın ifasını beklemesi, onun üzerinde bir baskı fonksiyonu oluşturmaktadır.¹⁴ Ödemezlilik defi, hukuki niteliği bakımından teknik anlamda bir defi olarak kabul edilmektedir. Buna bağlı olarak ilgili tarafça ileri sürülmedikçe, hâkim tarafından re'sen göz önünde tutulmayacağı belirtilmektedir.¹⁵

Ödemezlilik definin kullanılması, diğer defilerde olduğu gibi, sözleşme ile kurulan ilişkiyi sona erdirmez; ancak alacaklıya, karşı tarafın yükümlülüğünü yerine getirmesinden önce kendi edimini ifadan kaçınma imkânı sağlar. Bir başka ifade ile borçlunun edimini yerine getirinceye kadar alacaklı konumunda olan taraf ifasını bir müddet tehir etmiş olur. Böylece, alacaklının kendi edimini karşılıksız olarak elden çıkarmasına engel olunarak ve de temerrüde düşülmeden karşı tarafın borcunu ifası sağlanmış olur.

Ödemezlilik defi iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olmaktadır. Bu nedenle sözleşmenin satım, kira, rehin, kismet, sulh ve trampa gibi iki taraflı olması icap eder. Ayrıca sözleşmenin her iki taraf için bağlayıcı hüküm getirmesi gerekir. Bununla birlikte yalnız bir taraf için bağlayıcı olan, bir başka deyişle özellikle dürüstlük kuralı gerektirdiği takdirde iki tarafa eksik borç yükleyen akitlerde de kıyas yoluyla ödemezlilik definin kullanılabilmesi kabul edilmektedir. Örneğin ücretsiz vekâlet akdinde vekil, yüklendiği işi yürütmek için bazı masraflar yapmış ise, iktisap ettiği şeylerin mülkiyetini müvekkiline devretme borcunu ifadan, vekâlet verenin bu masrafları ödediği veya ödemeyi teklif ettiği ana kadar kaçınabilir. Ayrıca edimler arasında değişim ilişkisi bulunmalıdır. Mübadele ilişkisi içinde ilke olarak akdin asli edim yükümleri yer alır. Bu sebeple istisnaları olmakla birlikte tali edim niteliğindeki edimler için ödemezlilik defi söz konusu olmaz.¹⁶

Ödemezlilik defi'nden söz edebilmek için ayrıca karşılıklı edimler mevcut ve muaccel olmalıdır. Karşılıklı edimlerin mevcut olması için

¹³ Eren, *Borçlar Hukuku*, III, 143.

¹⁴ Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, II, 133.

¹⁵ Von Tuhr, *Borçlar Hukuku*,

¹⁶ Oğuzman, *Borçlar Hukuku*, 225.

de, taraflar arasındaki borç ilişkisinin geçerli olarak meydana gelmesi ve varlığını devam ettirmesi gerekir. Ancak böyle bir durumda ödemezlik def'i ileri sürülebilir. Çünkü ödemezlik def'inin dayandığı temel düşünce, taraflardan her birinin karşı taraftan alacağıdır.¹⁷ Bu nedenle ödemezlik def'inin ileri sürülebilmesi için, her şeyden önce karşı alacağın geçerli olarak doğması ve sona ermemiş olması gerekir. Zira bu gibi durumlarda karşı alacaktan söz edilemez.

Ayrıca tarafların edimlerini aynı zamanda ifa etme yükümlülüğü bulunmalıdır. Karşılıklı anlaşma, kanun hükmü veya teamül gereği taraflardan birinin öncelikle ifa yükümlülüğü bulunan durum-larda ödemezlik def'i ileri sürülemez. Bu sebeple alacaklı konumunda olan kişi, edimlerin aynı anda muaccel olması halinde ödemezlik def'i hakkına dayanarak kendi edimini ifadan kaçınabilir. Ödemezlik def'inin ileri sürülebilmesi için bu vasıfları taşıyan edimlerden karşı tarafın edimini ifa etmemiş veya ifasını teklif etmemiş olması gerekir. Ayrıca ifanın veya ifa teklifinin miktar ve nitelik bakımından borçlanılmış edime uygun olması da aranır. Aksi halde borçlu, alacaklının ayıplı ifasını reddederek gereği gibi ifa yapıncaya veya teklif edilinceye kadar kendi edimini ifadan kaçınabilir.¹⁸

3. İslam Hukukunda Ödemezlik def'i

İnsanlar zorunlu ihtiyaçlarının karşılayabilmek için başkaları ile ilişki kurmak durumundadır. Bu gerçeklikten hareket eden İslam hukukçuları, bu ilişkilerin büyük bir bölümünün akit diye isimlendirilen tasarruflar olduğunu kabul ederek bu konuda oldukça geniş sayılabilecek düzenlemeler yapmışlardır. Akdin hükümlerinden biri de, tarafların, sorumlu ve hür bir varlık olarak kendi özgür iradeleri ile kurup taraf oldukları akitten doğan borçlarını yerine getirmekle yükümlü olmalarıdır. Bu temel kural İslâm hukukunun asli kaynakları tarafından açıkça ortaya konmuştur. “*Ey inananlar akitleri yerine getirin!*”¹⁹, “*Sözünüzü tutunuz! Çünkü verilen sözden dolayı sorumluluk vardır*”²⁰, “*Sözleştiğiniz zaman Allah’a verdiğiniz sözlerinizi yerine getirin! Allah’ı kendinize kefil göstererek sağlama başladığınız yeminlerinizi bozmayın!*”²¹ ayetleri ile Hz. Peygamber (sav)’in “*Müslümanlar kendi aralarında belirledikleri şartlara uymak zorundadırlar. Ancak helali haram veya haramı helal yapan şart*

¹⁷ Eren, *Borçlar Hukuku*, III,

¹⁸ Eren *Borçlar Hukuku*, III, 149-150.

¹⁹ el-Mâide 5/1.

²⁰ el-İsrâ 17/34.

²¹ en-Nahl 16/91.

*müstesna*²², “*Emanete riayet etmeyene aman yoktur*”²³ hadisleri bu konudaki metinlerin bir bölümünü oluşturur.

Bu gibi nassları temel dayanak olarak alan İslam hukukçuları, satım, kira, sulh veya nikâh gibi bir akde taraf olan kişilerin, kendi iradeleriyle kurup tesis ettikleri akitlerin yüklediği borçları ifa etmelerini, bir başka deyişle edimleri taahhütlere uygun bir şekilde aynen yerine getirmelerini esas olarak kabul etmişlerdir.²⁴ Bu bakımdan borca konu olan şeyin mevcut olup teslimine güç yetirilebilir durumda olması halinde aynen ifa edilmesine,²⁵ bunun mümkün olmadığı durumlarda da feshe gitmeyerek bedelinin ifası gerektiğine hükmetmişlerdir²⁶. Hatta borçlunun borcunu ödemekte direnmesi halinde alacaklıya, *cebrî ifa* yoluna başvurma hakkı tanımışlardır. Bu sebeple İslam hukukçuları, ödeme imkanına sahip olduğu halde borcunu ödemeyen kişinin bu hareketinin zulüm olduğunu ifade eden hadisine²⁷ dayanarak, 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. Abdilazîz (ö. 101/720) ve Leys (ö. 175/791) gibi hukukçular hariç tutulacak olursa bütün İslam hukukçuları, ödeme imkanı bulunan borçlunun, borcunu ifaya sevk ve icbar maksadıyla hapsedilmesinin caiz olduğuna hükmetmişlerdir.²⁸

Diğer yandan İslâm hukukçuları borçluların, zulüm olarak nitelendirilen ve akdin hükümlerine muhalefet sayılan her türlü eylemden uzak durmakla yükümlü olduklarına hükmetmişlerdir.²⁹ Bu hükme göre akitle üstlenilen yükümlülüğü yerine getirmemek failini sorumlu kılar³⁰ ve sözleşme gereği alacaklı konumunda olan tarafa da hapis hakkı gibi kendi edimini durdurma hakkı kazandırır. Akdin kurulmasını müteakip alacaklı ile borçlu arasında meydana gelen bağın koparılmaması, İslam hukukçularınca kabul edilen akit nazariyesinin temel ilkelerindedir. Mümkün olduğu sürece akdin ifa edilmesi ve akit yapmaktan güdülen amaç gerçekleşmeden

²² Buharî, *İcâre*, 14; Ebû Dâvud, *İcâre*, 12; Tirmizî, *Ahkâm*, 17.

²³ Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*. I, 135.

²⁴ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II,4.

²⁵ Kasanî, *el-Bedâi'*, V/138.

²⁶ İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, 105; *Mecelle* md. 53.

²⁷ Hadisin metni için Bkz. Buharî, *İstikrâz*, 13; Ebû Davud, *Akdiye*, 29; Nesâî, *Büyu'*, 100; İbn Mâce, *Sadakât*, 18; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, IV, 388.

²⁸ Şafîî, *el-Ümm*, III,212; Sahnûn, *el-Müdevvene*, V/205; Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 157; İbn Rüşd, *Bidâye*, II, 239; İbn Kudâme, *Muğni*, IV, 452; Karafî, *el-Furûk*, IV, 80.

²⁹ Cessâs, *Ahkâmu'l-Kur'an*, III, 286.

³⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 23; Karafî, *el-Furûk*, II, 206; Suyutî, *Eşbâh*, 362; İbn Recep, *el-Furûk*, 218.

taraflar arasındaki akdi bağın sonlandırılması demek olan ‘*fesih*’ yoluna gidilmemesi esas bu düşünceden ileri gelmektedir. Bundan dolayı batılı hukuk sistemlerinden farklı olarak İslâm hukukunda taraflardan birinin borcunu ödememesi halinde diğer tarafın akdi feshetme hakkı oldukça dar tutulmuş ve sınırlandırılmıştır.³¹ Buna mukabil akdi ortadan kaldırmadan hükümlerinin ifa edilmesine hizmet eden “*ödemezlük def*” ve bundan daha kapsamlı olan “*hapis hakkı*” üzerinde durulmuştur. Mesela malın 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, Malikî ve Şafî mezheplerinde açıkça ifade edilirken Hanbelî mezhebinde de prensip olarak uygun görülmüştür.³² Yine ücretin peşin olması şartıyla yapılan kira sözleşmesinde, söz konusu kira bedeli ödenmedikçe kiraya verene, kiralanan malını hapsedme hakkı tanınmıştır.³³ Buna karşılık kira bedelini önceden ödeyen kiracının, kiraya verenin ölümü sebebiyle varislerin mülkü satması halinde, menfaatinden istifade edemediği dönemlerin kira bedellerini geri alıncaya kadar kiraladığı malı hapsedme hakkının bulunduğu ileri sürülmüştür.³⁴ Diğer yandan terzi ve boyacı gibi *ecir-i müşterek* konumunda olan çalışanların kendilerine sipariş edilen ve yaptıkları işin mal üzerinde bizzat sabit olduğu durumlarda emeklerinin karşılığını alıncaya kadar malı teslim etmeme hakları bulunmaktadır.³⁵ Yine başkası adına bir malı kendi parasıyla satın almak üzere vekil tayin edilen kişi, müvekkilden satış bedelini alıncaya kadar malı teslim etmeme hakkına sahip olduğu Züfer’in dışındaki Hanefî hukukçuları tarafından kabul edilmiştir.³⁶ Aslında buradaki ihtilafın kaynağı vekilin bu parayı hangi sıfatla müvekkile tahsis ettiği noktasında

³¹ İslam hukukunda ancak iki durumda akdin feshine imkan bulunmaktadır. Geniş bilgi için bk. Senhûrî, *Mesâdir*, VI, 416. Bunlardan biri kusur, şart, kabul gibi muhayyerliklerden birinin bulunmasıdır. Bk. Karafî, *el-Furûk*, IV, 13; Suyûtî, *Eşbâh*, 287; İbn Nüceym, *Eşbâh*, 338;. Diğeri ise âriye, vedia, karız ve vekalet gibi niteliği gereği akdin bağlayıcı olmamasıdır. bk. Şîrâzî, *Mühezzeb*, I,323,327; İbn Rüşd, *Bidâye*, II,239, 241-243; İbn Kudâme, *Muğnî*, IV, 456-460; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, VII,330.

³² Serahsî, *el-Mebsût*, XIII,192; Kâsânî, *Bedâi'*, V, 249; Karafî, *el-Furûk*, IV, 80; Ebû Yahya el-Ensârî, *Fethu'l-Vehhâb*, I, 176; İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, IV, 561.

³³ İbn Rüşd, *Bidâye*; II, 190; Kâsânî, *Bedâi'*, IV, 201; Zeylaî; *Tebyîn*; V, 109.

³⁴ İbn Rüşd; *Bidâye*, II, 192; Senhûrî, *Mesâdir*, VI, 238

³⁵ Kâsânî, *Bedâi'*, IV, 204; Karafî, *el-Furûk*; IV, 80.

³⁶ Kâsânî, *Bedâi'*, VI, 37; Ayrıca bk. *Mecelle* md. 1491.

odaklaşmaktadır. Bunun *karz* (ödünç verme) olacağını ileri sürenler, vekilin kendi cebinden yaptığı ödemenin, vekil adına alınan malın bedeli olma vasfında görmedikleri için *def'i* hakkını uygun görmemek-tedirler.³⁷

Örneklerden de anlaşılacağı üzere İslam hukuku *def'i* hakkına yer vermiş ve bu konuda küçümsenmeyecek düzenlemelerde bulunmuştur. Ancak kaynaklarda bu gibi uygulamalar *def'i* kelimesi ile ifade edilmemiştir. Bununla beraber, içerik olarak ondan daha genel bir mahiyet arz eden *hapis hakkından* söz edilmiş olup *def'i hakkı* da bu başlık altında işlenmiş ve onun yalnızca bir şeklini içerdiği için ayrıca isimlendirme gereği duyulmamış olduğu söylenebilir.

Arapça bir kelime olan “*def'i*” sözlükte ulaşmak, geri vermek, ayrılmak, uzaklaştırmak, reddetmek, mecbur kılmak ve savmak gibi anlamlara gelmektedir. Hukuk terimi olarak ise daha önce de açıklandığı gibi, bir tarafın borcunu yerine getirmediği için diğer tarafın borcunu ifadan kaçınması demektir.

Karşı tarafın edimini yerine getirinceye kadar alacaklının kendi ediminin ifasını geciktirme hakkına sahip olmasının hukuki dayanağı, öncelikle iki edim arasında karşılıklı bir bağın bulunmasıdır. Zira karşılıklı yükümlülükler içeren akitlerde taraflardan her biri, hem karşı yandan edimini yerine getirmesini istemeye yetkili, hem de kendi edimini eda etmekle yükümlüdür. Bu nitelikli sözleşmeler her iki yana, karşı tarafın 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 bağdır.³⁸ Bundan dolayıdır ki, peşin satımlarda satıcı, müşterinin satım bedelini teslim edinceye kadar satılan malı hapsedmesi,³⁹ müşterinin ‘*semeni teslim*’ borcu ile satıcının ‘*mebû 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 etme zorunluluğunun bir sonucudur.⁴⁰ Birbirinin mukabili olduğu için aynı anda ifa etmekle yükümlü olan taraflar,

³⁷ Sahnûn, *el-Müdevvene*, IV, 253.

³⁸ Senhürî, *Mesâdir*, IV, 243.

³⁹ İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, 213

⁴⁰ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 244.

diğer yanın edimini ifa etmemesi veya ifa teklifinde bulunmaması halinde kendi edimini durdurma hakkına sahiptir. Sözleşme hükümlerinin aynı anda ifası gerekmiyorsa veya edimin sözleşme hükümleri gereği veya tarafların anlaşması ile daha sonra ödenmesi gerekiyorsa böyle bir durumda taraflar, borcun ödenmemesi nedeniyle defi hakkı ileri süremezler. Zira bir tarafın kendi yükümlülüğünü yerine getirmeyi, daha sonra ifa edilecek olan borca bağlama hakkı yoktur. Çünkü bu, henüz doğmamış ve muacceliyet kazanmamış bir borcun ödenmesini talep etmek anlamına gelir. Örneğin 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 edilecek olmaları gerekmektedir. İşte defi hakkının dayandığı bir diğer hukuki temeli, karşılıklı borçların bir denklik ilişkisi içerisinde olmalarıdır. Sonuç olarak, örnek olaylar incelendiğinde görülecektir ki, İslam hukukunda ödemezlik defi, biri borçlar arasında irtibatın bulunması, diğeri borçlar arasında denklik ilişkisi olmak üzere iki hukuki temele dayanmaktadır.

4. Ödemezlik Definin Şartları

Ödemezlik definin hukuki dayanakları ile ilgili açıklamalardan da anlaşılacağı üzere adı geçen hak, ancak iki yanlı bir sözleşme bulunduğu, def'e mesnet teşkil eden karşı edim alacağının sona ermemiş olduğu ve tarafların '*önce ifa borcu*' söz konusu olmadığı durumlarda ileri sürülebilir. Bunlar aynı zamanda ödemezlik defi'nin koşullarını oluşturmaktadır.

Buna göre ödemezlik defi ancak iki yana borç yükleyen akitlerde söz konusu olur. Dolayısıyla defi hakkının kullanılabilmesi için sözleşmenin iki yanlı irade ile kurulup her iki taraf için bağlayıcı olması icap eder. Her iki taraf için bağlayıcı (lâzım) olan akitler ise satım (bey), sarf, sulh, havâle, icâre ve nikâh gibi akitlerdir. Adı geçen akitler her iki tarafa borç yüklediği gibi tarafları bu borçlarla bağlı kılar. Dolayısıyla taraflardan hiçbiri tek yanlı iradeleri ile akitten dönerek borçtan kurtulamazlar. İşte bu sebeple ödemezlik defi' ileri sürerek ifadan kaçınmanın bir anlam taşıması için karşı yanın yerine getirmekle yükümlü olacağı bir edimi bulunmalıdır. Ödemezlik defi' ancak bu tip sözleşmelerde söz konusu olur. Buna karşılık 'rehin' ve 'kefalet' gibi iki yanlı irade ile kurulmakla birlikte taraflardan yalnız biri için bağlayıcı olan akitler ile 'şirket', 'vekalet', 'âriye', 'vedia' ve 'karz' gibi her iki taraf için de bağlayıcı olmayan 'gayr-ı lâzım' akitlerde ödemezlik defi' ileri sürülemez. Çünkü bu tür sözleşmeler, ya bir taraf ya da her iki taraf için bağlayıcı değildir.

Örneğin hibe akdinde, hibede bulunan hibeden rücu edebilir.⁴¹ Böyle bir durumda da ifası gerekli olan bir edimden söz edilemez. Ayrıca lehinde hibe yapılan kişinin, kendisine yapılan hibeden dolayı bir borç altına girmiş olmayacağı için karşılıklı bir edimden söz edilemez. Yine âriye akdinde âriye veren (muîr) istediği zaman âriye olarak verdiği şeyi geri isteyebilir. Buna mukabil âriyeyi alan ona ihtiyacı kalmamışsa hemen aldığı eşyayı geri verebilir. Bu durumda da âriyeyi alan tarafın, defi' ileri sürmesine mesnet olacak bir edim bulunmaz. Bu bakımdan ödemezlik definin ileri sürülebilmesi için, sözleşmenin taraflara karşılıklı borç yüklemiş olması icap eder. Vedia, hibe ve âriye gibi akitlerde tarafların karşılıklı ve birbirine bağlı yükümlülükleri olmadığı için⁴² bunlarda defi hakkının kullanılması söz konusu olmaz. Zira bu gibi sözleşmeler yanlara karşılıklı borç yüklediği ve edimler bir birine bağlı olmadığı için borçlardan birinin ödenmesi diğerine bağlı değildir.⁴³ Ayrıca bu tür akitlerde taraflar karşılıklı yükümlülük altına girmemekte ve akdin hükmü her iki taraf için de bağlayıcı olmamaktadır. 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. Dolayısıyla her iki taraf için bağlayıcı (lazım) olan akitlerde birbirinin mukabili olan edimlerden dolayı defi' hakkı ileri sürülebilir. Bu tip akitler genellikle mübadele edilen şey bakımından satım, icâre ve sulh gibi ivazlı akitlerdir.

İkinci olarak taraflardan biri, kendi edimini ifadan kaçınması için buna dayanak olan karşı tarafın yerine getirilmemiş ediminin bulunması gerektiğini daha önce belirtmiştik. Yani alacaklı, karşı taraftan bir alacağının bulunması halinde kendi yükümlülüğünü ifadan kaçınabilir. Eğer alacak, 'ifa', 'takas', 'tecdit' ve 'ikâle' gibi yollarla sona ermiş ise defi' hakkından söz edilemez. Mesela, borçlu, yüklendiği borcunu tayin edilen zamanda ve yerde ve de aralarında belirledikleri tarzda yerine getirmesi (*ifa*) halinde borç düşer. Dolayısıyla böyle bir durumda karşı tarafın alacak hakkı ortadan kalkmış olur.⁴⁴ Yine eski borcun yerine yeni bir borç koyarak akdi ortadan kaldırmak olan *tecdit* halinde de borç düşer. Dolayısıyla böyle bir durumda defi' hakkını kullanmak isteyen tarafın alacak hakkı ortadan kalkmış olur.⁴⁵ Alacaklı ve borçlunun, karşılıklı olarak borç ve alacakları mahsup ederek hesaplaşmaları demek olan *takas*

⁴¹ Geniş bilgi için bk. Şener, Abdülkadir, *İslâm Hukukunda Hibe*, Ankara 1984, 102-111.

⁴² Suyutî; *Eşbâh*, 275; İbn Nüceym, *Eşbâh*, 337.

⁴³ Serahsî, *el-Mebsût*, XII,192; Kâsânî, *Bedâi'*, V, 249.

⁴⁴ Karafi, *El-Furûk*, II, 205.

⁴⁵ Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 550.

işleminde sonra, şartlarına riayet edilerek icra edilmesi şartıyla, az olan borç nispetinde tarafları karşılıklı olarak borçtan kurtulmuş olurlar.⁴⁶ Dolayısıyla her iki tarafın birbirlerinden alacağı kalmamış olur. Takas vasıtasıyla alacak sona ermiş olacağına göre def'i hakkını kullanmayı gerektirecek mesnet de ortadan kalkmış olur. Yine karşı tarafın edimi kusursuz olarak imkânsızlaşmamış olması icap eder. 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 türü borçlar, harici sebeplerden dolayı, yani, kusursuz olarak ifaları imkânsız hale gelmiş ise bunlar düşer. Mesela, satılan mal teslimden önce telef olacak olsa satıcının teslim borcu düşer.⁴⁷ Diğer yandan akdi yükümlülüğü ifa etmeme halinde defi hakkı kazandırdığı gibi, karşı taraftan alacağın sözleşme hükümlerine uygun olarak ifa edilmemiş olması (eksik ifa) hali de def'i hakkının kullanılmasına imkân 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.

Üçüncü olarak ödemezlik def'ini ileri süren taraf, ‘*önce ifa*’ zorunda olmamalıdır. Bu bakımdan önce ifa borcu olan taraf def'i hakkı ileri süremez. Dolayısıyla defi’ hakkına dayanarak edimini durdurmak isteyen kendi borcunun, karşı tarafın ifa edeceği ediminden sonra ödenmesi gereken borçlardan olmalıdır. Ancak bu durumda ödemezlik def'ine başvurulabilir. Mesela peşin satışlarda müşteri, parayı önce teslim etmekle yükümlüdür. Müşteri, satıcı malı teslim etmedi diye def'i hakkını ileri sürerek satın aldığı malın bedelini ödemezlik yapamaz. Yine satım akdinde taraflar borçlarını fasılasız teslim etmeleri gerekir. Çünkü ivazlı akitlerde eşitlik esastır. Bunun tahakkuku ise birlikte ifa ile gerçekleşir.⁴⁸

5. Ödemezlik Def'inin Hükümleri

İslam hukukunda ödemezlik def'i gerçek anlamda bir def'idir. Bu hakkı kullanan, karşı taraftan 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 defi hakkı bağımsız olmayan bir def'idir denebilir.

⁴⁶ İbn Âbidin, *Reddü'l-Muhtâr*, IV, 334.

⁴⁷ İbn Nüceym, *Eşbâh*, 376; *Mecelle* mad. 293.

⁴⁸ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 244.

Ödemezlik def'i, 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 kişinin kendi edimini, sadece, karşı tarafta bulunan alacağını elde edinceye kadar geciktirmektir. Bu nedenle borcu düşürmez. Karşı edimin yerine getirilmesiyle hakkı kullanan da kendi borcunu ödemekle yükümlü olur.⁴⁹

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

Def'i hakkını kullanan, alacağının tamamını temin edinceye kadar, kendi edimini tehir etme yetkisine sahiptir. Bu nedenle ödemezlik 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 geciktirme hakkına sahiptir. Diğer yandan alacaklı kısmi ifayı kabule zorlanamaz.

Ödemezlik 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 sürülebilir⁵⁰.

6. Ödemezlik Def'inin Ortadan Kalkması

Karşılıklı ve ifası gerekli borcun ödenmesi amacına dayanan ödemezlik def'i bir takım sebepler bulunduğu ortadan kalkar. Bunlardan biri yerine getirilmesi gereken borcun ifa edilmesidir. Çünkü daha önce de belirttiğimiz gibi ödemezlik def'i, akdin diğer tarafından alacak devam ettiği sürece ileri sürülebilmekte ve def'i hakkını kullanmak bu alacağa dayanmaktadır. Karşı taraf yükümlülüğünde bulunan borcunu ödediğinde def'i hakkının dayanağı ortadan kalkmış, dolayısıyla def'i ile ulaşılmak isten maksat gerçekleşmiş olur. Bu nedenle ifa ile def'i hakkı ortadan kalkar.

Ödemezlik def'ini sona erdiren sebeplerden biri de, ödenmesi talep edilen haktan feragat etmektir. Çünkü diğer haklarda olduğu gibi def'i hakkını kullanma yetkisine sahip taraf, tek yanlı irade beyanıyla ödemezlik def'ini kullanmaktan vazgeçebilir. Hak sahibinin bu hakkından açık veya zımni feragati halinde de ödemezlik def'i

⁴⁹ Senhurî, *Mesâdir*, VI, 242

⁵⁰ İbn Nüceym, *Eşbâh*, 225.

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 düşü-rülen bu haktan sonradan geri dönülmez⁵¹. Def'i hakkını düşüren feragat açık irade beyanıyla olabileceği gibi, bu anlama gelen kapalı sözcüklerle de yapılmış olabilir. Mesela, satıcı, sözleşme yapılırken veya daha sonra müşteriye vade tanınması halinde def'i hakkı düşer⁵². 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.

İfa ve feragat dışında, borcu düşüren veya hakka mesnet olan dayanakta değişiklik meydana getiren sulh, ibrâ, havale ve takas gibi hukuki muamele ve tasarruflar da ödemezlik 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 hukuki 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 hukuki nitelik kazanmış olur. Böyle bir durumda satıcının, müşteriden satım bedelini talep etmesine imkan verecek hukuki sebep ortadan kalkmış demektir⁵³.

Diğer yandan, def'i hakkına sahip olan tarafın kendi edimini ifa edemez duruma düşmesine yol açan üçüncü şahsın tasarrufu da def'i hakkını düşürür. Çünkü kaçınacağı ifa konusu yok olmuştur. Mesela üçüncü şahsın satılan malı telef etmesi halinde bu durum söz konusu olur⁵⁴.

Türk Borçlar Hukukunda da, karşı edim alacağının sona ermesi, karşı edimin alacaklı temerrüdünü doğuracak surette önerilmesi ve hak sahibinin def'i kullanmaktan vazgeçmesi gibi sebeplerle ödemezlik def'inin ortadan kalkacağı kabul edilmiştir⁵⁵.

Sonuç

İslam hukukunda, def'i hakkı hapis hakkının bir bölümü olarak ele alınmıştır. Hatta fesih hakkına oranla çok daha kapsamlıdır. Bu şekliyle def'i, sözleşmeyi ortadan kaldırmadan

⁵¹ M. Yusuf Musa, *Emvâl*, 449.

⁵² Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 445

⁵³ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 250; İbn Nüceym, *Eşbâh*, 376; İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, IV, 58.

⁵⁴ Kâsânî, *Bedâi'*, V, 246.

⁵⁵ Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, I, 750.

tarafların yüklendikleri borçları yerine getirmelerini temin ederken hakkı kullanan alacaklının temerrüde düşmesini önleyerek borcunu, alacağını tahsil edinceye 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 bir başka ifade ile ivazlı akitlerde kullanılmaktadır. Bu hakkı ileri sürmenin hukuki dayanağı, karşılıklı borçlar arasındaki bağ ve bunların birbirine denkliğidir. Def'i hakkı ifa, feragat veya hakka mesnet teşkil eden borcun niteliğinde değişikliğe yol açan tasarruflar sebebiyle ortadan kalkmaktadır.

Bütün bunlara ek olarak defi' hakkı, İslâm hukukunun akit nazariyesinde yer alan ve mümkün olduğu sürece belli amaçları gerçekleştirmek üzere taraflar arasında akdedilen sözleşme hükümlerinin icrasını öngören ve bu sebeple akdin feshine oldukça dar alan bırakan yaklaşımına uygun düşmektedir. Çünkü ödemezlik defi' hukuk tarafından uygun bulunarak ilgili hükümlerle düzenlenen ve taraflarca akdedilen sözleşmeyi iptal etmemekte, bilakis ifa edilmeyen edimin yerine getirilmesini temin ederek akdin hükümsüz hale getirilmesini önlemektedir.

Bibliyografya

- 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.
- Buharî, Muhammed b. İsmâil, *el-Câmi'u's-sahîh*, c.I-VIII, İstanbul 1979.
- Cassâs, Ahmed b. Ali, *Ahkâmu'l-Kur'an*, 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-Ensarî, *Fethu'l-Vehhâb*, c.I-II, Mısır 1948.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emîn, *Reddü'l-muhtâr*, c. I-VIII, İstanbul 1984.
- İbn Kudâme, Muvaffukuddîn, *el-Muğnî*, c. I-IX, nşr Mektebetü'l-Arabiyye, Mısır ty.
- 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*, 1. 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.
- Karafî, *el-Furûk*, c.I-IV, Dru'l-Ma'rife, Beyrut ty.
- Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, c. I-III, Nesil Yayınları, İstanbul 1986.
- Kasani, 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.
- Şâfiî, Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, c. I-VIII, Beyrut 1973.
- Şener, Abdülkadir, *İslâm Hukukunda Hibe*, Ankara 1984.
- 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.
- Zeylâî, Fahrüddîn Osman b. Ali, *Tebyînü'l-Hakâik*, c.I-IV, Bulak 1315.