

## KEFÂET

da ulemâ arasında ihtilâf yoktur. Aynı yakınlıkta birden fazla velinin bulunması, velilerden birinin nikâhı onaylaması durumunda diğerlerinin itiraz hakkının bulunup bulunmayacağı konusunda ise ihtilâf edilmiştir. Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'e göre velilerden birinin nikâhı onaylaması diğerlerinin itiraz hakkını düşürür. Ebû Yûsuf ve Züfer b. Hüzeyl'e göre nikâhı onaylamayan velilerin itiraz hakları saklı kalır. İtiraz hakkına sahip olan veliler amcaoğluna kadar uzayabilir. Diğer asabelerin ve zevî'lerhâmın itiraz hakkı bulunmaz.

Denkliğin olmaması esas itibariyle bir evlilik engeli değildir. Kadın ve kadının velileri denklik bulunmasına rağmen evliliğe razı olurlarsa nikâh sahih ve bağlayıcı olarak vücut bulur. Kendine denk olmayan biriyle kadının bilerek ve velilerinin onayını almadan yaptığı nikâhın sahih olup olmadığı konusunda fakihler arasında farklı görüşler mevcuttur. Hasan b. Ziyâd'ın Ebû Hanîfe'den naklettiği görüşe göre denklik yoksa nikâh sahih olmaz. Velinin itirazıyla nikâh feshedilse bile kalıcı birtakım zararların ortaya çıkmaması bakımından nikâhın sahih olduğunu söylemek ihtiyata uygun görülmüştür. Ancak mezheplerin tercih edilen görüşlerine göre denklik nikâh akdinin sıhhat şartı değil, bağlayıcılık şartıdır. Nikâh velilerin onayına bağlı olarak vücut bulur. İmam Muhammed'den gelen görüş budur. Ancak velilerin mahkemeye başvurarak nikâha itiraz etme hakları vardır. Hanefî mezhebinde yer alan üçüncü bir görüşe göre velilerin nikâha itiraz hakları süresiz değildir. Eğer denk olmayan bir evlilik sonrası kadın hamile kalmış veya çocuk dünyaya gelmişse çocuğun hukukunu koruma adına artık velilerin itiraz hakları sona erer. Zira çocuğun menfaati anne ve babasının birlikteliğiyle daha iyi korunur.

Erkeğin kadına denkliğinde evliliğin başlangıcı esas alınır. Kocanın sonradan işlerinin kötüleşmesi, başlangıçta sahip olduğu imkân ve özellikleri kaybetmesi denkliliği bozmaz ve evliliği sona erdirmeye sebebi kılınmaz. Öte yandan denkliğin bulunmaması halinde nikâhın feshi ancak mahkeme kararıyla sonuçlandırılabilir. Bu yüzden denkliğin bulunmadığı ileri sürülerek hâkim kararı olmaksızın eşleri ayırmak câiz görülmez (Serahsî, V, 26; Bilmen, II, 70-71).

İmam Mâlik ve Süfyân es-Sevrî din ve takvâ, evliliğin devamını imkânsız kılan zi-

hinsel ve bedensel özürlerden başka bir kefalet ölçüsü aranmayacağı görüşünde olup din ve takvâ konusunda denklik arayışı "Allah katında en değerliniz takvâ bakımından en üstün olanınızdır" (el-Hucurât 49/13) meâlindeki âyetle temellendirilir. *el-Câmi'u's-şâhîh*'indeki bab başlıklarından Buhârî'nin de dindarlık dışında bir kefalet ölçüsü tanımadığı anlaşılmaktadır (Buhârî, "Nikâh", 15-16). Hasan-ı Basrî ve Hanefiler'den Kerhî, denklik için öngörülen niteliklerin evliliğin feshine imkân veren bir kriter olmaması gerektiği görüşündedir. Zâhirîler de evlilikte denklige itibar edilmemesini savunur, zina etmeyen ve fâsik olmayan bütün müslümanları birbirine denk sayarlar. Evlilikte kefaletin şart olmadığı görüşünde olanlar Kur'an'ın takvâyâ ve müslümanların kardeşliğine vurgu yapan âyetlerini (el-Hucurât 49/10, 13) ve, "İnsanlar bir tarağın dişleri gibi birbirlerine eşittir" (Muttaki el-Hindî, IX, 38); "Arap'ın Arap olmayanlara bir üstünlüğü yoktur; üstünlük ancak takvâ iledir" (*Müsned*, V, 411) meâlindeki hadisler ve benzerleriyle Hz. Peygamber'in bizzat kendi akrabalarından olan kadınlar dahil olmak üzere Kureyş kadınlarını diğer Araplar'la, Arap kadınları Arap olmayanlarla evlendirmesi veya bu iş için aracı olması gibi sünnetten delilleri göz önüne alarak evlilikte denkliğin dikkate alınacak bir özellik olmadığı görüşünü Kur'an ve Sünnet'le temellendirmişlerdir.

Evlilikte kefalet şartını arayan fakihlerin bu şartları dönemlerinin örf ve telakkilerine göre ortaya koydukları anlaşılmaktadır. Kefaletin evlenecek eşler açısından öneminde, eşler arasında uyumun ve evlilik birliğinin devamının sağlanmasında önemli bir etken olduğu şüphesizdir. Ancak evlenecek eşlere üçüncü şahısların müdahalesi bir tavsiye boyutunu aşmamalıdır. Hz. Peygamber'den rivayet edilen, "Dini ve ahlâkı itibariyle hoşunuza giden bir kişiden teklif aldığınız takdirde onu evlendirin. Eğer böyle davranmazsanız yeryüzünde büyük bir fitne ve düzensizlik olur" (Tirmizî, "Nikâh", 3; Şevkânî, VI, 145) hadisini ve benzerlerini bu kapsamda değerlendirmek gerekir. Şevkânî kefaletle itibar edilmesini gerektirecek bir hadis rivayet edilmediğini söyler (*Neylû'l-evâtâr*, VI, 146). Bunun için evlilikte eşler arası denkliliği, evliliğin sağlanmasında temeller üzerine kurulması açısından dikkate alınması faydalı görünen bir husus olarak kabul etmek ve nihâi seçimi taraflara bırakmak daha uygun görünmektedir.

## BİBLİYOGRAFYA :

*Müsned*, V, 411; Buhârî, "Nikâh", 15-16; Tirmizî, "Nikâh", 3; Serahsî, *el-Mebsûr*, V, 22-30; Burhâneddîn el-Merginânî, *el-Hidâye*, Kahire 1937, I, 145-147; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 13-14; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VII, 371-380; Muttaki el-Hindî, *Kenzü'l-ummâl*, IX, 38; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, III, 164-168; Şevkânî, *Neylû'l-evâtâr*, VI, 144-147; M. Ebû Zehre, *Muḥâdarât fi 'aḳdi'z-zevâc ve âşârih*, Kahire 1391/1971, s. 185-198; M. Mustafa Şelebî, *Aḥkâmü'l-üsrê fi'l-İslâm*, Beyrut 1397/1977, s. 291-308; Bilmen, *Kamus*<sup>2</sup>, II, 65-75; M. Muhyiddin Abdülhamîd, *el-Aḥvâlü's-şâhşiyye*, Beyrut 1984, s. 89-100; M. Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul 1985, s. 27-28, 193-194.



HAMZA AKTAN

## KEFALET

(الكفالة)

Bir hakkın güvenceye bağlanması amacıyla bir kimsenin asıl borçluna alacaklı karşısındaki sorumluluğuna katılması veya birinin teslimini üstlenmesi anlamında fıkıh terimi.

Sözlükte kefalet "bir şeyi bir şeye eklemek, katmak, bitiştirmek" gibi anlamlara gelir. Arapça'da kefaletle yakın anlamlarda kullanılan damân, hamâle, zeâmet gibi başka kelimeler de vardır. Damân ile kefalet arasında anlam yakınlığı bulunmakla birlikte kefaletin daha çok şahıs (nefs), damânın ise mal ile olması dildeki konularını bakımından farklı olduklarını gösterir. Zira kefalet genelde, bulunduğu yerden ayrılıp kaybolması mümkün olan şeylere (şahıs), damân ise böyle olmayan şeylere tahsis edilerek kullanılır. Damân borçlu adına bir şeyin üstlenilmesi, kefalet ise kefil olunan kişinin kendisinin taahhüt edilmesidir. Nitekim Hz. Meryem'in bakım ve gözetim sorumluluğunun üstlenilmesinde olduğu gibi (Âl-i İmrân 3/37) birinin geçim sorumluluğunu üstlenmek damân değil kefalet kelimesiyle karşılır (Ebû Hilâl el-Askerî, s. 201). Damânın mal, kefaletin insan için kullanılmasının bir delili de insanın tanımadığı biri adına bir şeyi ödemeyi üstlenmesi câiz olduğu halde tanımadığı birine kefil olmasının câiz olmamasıdır. Beyzâvî'nin mala kefaleti damân, şahsa kefaleti kefalet başlığı altında ayrı ayrı ele alması (*el-Câyetü'l-kuşvâ*, I, 529-535), Tahâvî ve Ebû Ca'fer et-Tûsî'nin kefalet bahislerini inceledikleri bölüm başlığında kefalet ve damân kelimelerini birlikte kullanmaları (*el-Muḥtaşar*, s. 102; *en-Nihâye*, s. 314), bu ince farkı dikkate aldıklarını göstermesi yanında kefaletin türleri arasındaki ma-

hiyet farkına dikkat çekme amacına da yöneliktir. Sözlük anlamı bakımından damân ile hamâle arasında da fark bulunduğu, hamâlenin özellikle diyet borcunun tazmin edilmesiyle ilgili olarak kullanılırken damânın daha genel bir içerikle hem diyet sorumluluğu hem de başka şeyler için kullanılabilmesi belirtilir. Zeâmet de esas itibarıyla “bir şeye güç yetirebilme” anlamını ifade etmekte olup kefalet mânâsında kullanılması mecaz kabilindedir (Ebû Hilâl el-Askerî, s. 202). Ancak fakihler, kefalet akdinin meşruiyetini gösterme sadedinde çoğunlukla zeâmet kelimesi geçen âyet ve hadisleri zikretmişlerdir (aş. bk.).

Fakihler sözlük anlamlarının yakınlığı sebebiyle hamâle, damân, zeâmet, kabâle, sabâre ve garâmet kelimelerinin kefaleti ifade etmekte kullanılabileceğini belirtmişler (İbn Rüşd, II, 247) ve ince farkların gözetildiği durumlar olsa da çok defa birbirinin yerine kullanmışlardır. Kefalet konusu incelenirken literatürde en çok tercih edilen ve yaygın olarak geçen terim kefalet olmakla birlikte mahiyete ilişkin anlayış farklılığının bir sonucu olarak bazı âlimler hamâle (Rassâ’, II, 427), bazıları damân başlığı altında incelemeyi tercih etmişlerdir. Genelde Şâfiî fakihleri sözlük anlamlarını da dikkate alarak damân terimini borç (damânû’d-düyûn), kefalet terimini şahıs (kefâle bi’l-beden) için kullanmaktadır.

Kendi zimmetini başkasının zimmetine ekleyerek onun yüklediği şeyi kendisi de yüklenen kimseye kefil, adına kefil olunan asıl borçluya mekfûlün anh, lehine kefil olunan alacaklıya mekfûlün leh, kefilin teslim veya eda etmeyi üstlendiği şeyi de mekfûlün bih denilir. Mekfûlün bih akdin konusu olan nefis, deyn, ayndır. Nefse kefalette mekfûlün bih ile mekfûlün anh birdir.

Kefalet kelimesi Kur’an’da türevleriyle birlikte on yerde geçmektedir (Âl-i İmrân 3/37, 44; en-Nisâ 4/85; en-Nahl 16/91; Tâhâ 20/40; el-Enbiyâ 21/85; el-Kasas 28/12; Sâd 38/23, 48; el-Hadîd 57/28). “Zülkifi” şeklinde bir isim olarak geçtiği iki âyetle (el-Enbiyâ 21/85; Sâd 38/48) kifi kelimesinin “pay” (en-Nisâ 4/85) ve “kat” (el-Hadîd 57/28) anlamlarında kullanıldığı iki âyet hariç tutulursa diğerlerinin genel olarak birinin sorumluluğunu veya biri adına sorumluluğun üstlenilmesini ifade ettiği söylenebilir. Kefalet hadislerde de ha çok “birinin bakım ve gözetim sorumluluğunu üstlenmek” anlamında kullanılır.

miştir. Bunlardan birinde Hz. Peygamber, “Ben ve yetimin bakımını üstlenen kimse cennette yanyanayız” demiştir (Buhârî, “Talâk”, 25, “Edeb”, 24; Müslim, “Zühd”, 42). Kimsesizlerin bakımını üstlenmenin toplumsal bir yükümlülük olarak algılandığına delâlet eden rivayetler de bulunmaktadır (İbn Mâce, “Diyât”, 36). Kefalet kelimesinin fıkıh ilminde kazandığı anlam belirtilen sözlük anlamından daha özeldir. İçinde kefaletin kök isminden türeyen kelimelerin bulunduğu âyet ve hadislerden hiçbirinin kefalet akdinin meşruiyetini gerekçelendirmek için kullanılmaması da bu anlam ve mahiyet farklılığının bir sonucudur.

**Tanımı ve Mahiyeti.** Kefalet akdinin birbirinden ince farklarla ayrılan birçok tanımı, meşruiyet amacı olan bir hakkın (alacaklının alacağına) güvence altına alınmasının sağlanması ortak noktasında birleşmektedir. Tanım yapılırken fakihlerden bir kısmının mala kefaletle şahsa kefaleti ayrı ayrı tanımlama yoluna gittiği, Hanefîler’in içinde bulunduğu diğer grup ise her iki türü de içine alacak bir tanıma ulaşmaya çalıştığı görülür. Nitekim Beyzâvî mala kefaleti “biri üzerindeki borcu üstlenmek”, şahsa kefaleti de “gelmesi gereken birini veya iadesi bir malî külfeti gerektiren muayyen bir şeyi (ayn) getirmeyi üstlenmek” şeklinde ayrı ayrı tanımlamıştır.

Kefaletin ilk tanımlarından olan “güvence sağlamak üzere kefilin zimmetinin borçlunun zimmetine katılmasını gerektiren bir akid” şeklindeki Serahsî’ye ait tanım (el-Mebsûl, XIX, 160), özellikle Hanefî ekolü içerisinde özü değiştirilmeden büyük ölçüde devam ettirilmiştir. Abdullah b. Mahmûd el-Mevsilî ve Haskefî gibi sonraki dönem Hanefî fakihleri kefaleti “mütâlebe (talep sorumluluğu) hususunda kefilin zimmetini asilin zimmetine biştirmek” şeklinde tanımlayarak “güvence sağlamak üzere” kaydını, muhtemelen mütâlebe kavramında mündemiç olduğu gerekçesiyle tanıma dahil etmemişlerdir. Serahsî’nin, zimmetin zimmete eklenmesinin borç hususunda mı yoksa mütâlebe hususunda mı olduğu konusundaki kararsızlığı sebebiyle tanıma dahil etmediği “mütâlebe” kaydına yer veren bu tanım Hanefî ekolü içerisinde yaygın kabul görmüş ve nihayet Mecelle’de “kefalet, bir şeyin mütâlebesi hakkında zimmeti zimmete zammetmek” şeklinde zikredilerek tercih edilmiştir (md. 612). Bazı fakihler tarafından da “zimmetin ödünç verilmesi” şeklinde tanımlanmıştır.

Kefaletin tanım ve mahiyetine ve buna bağlı olarak kefilin sorumluluğunun anlamına ilişkin olarak Hanefî doktrininde iki yaklaşım bulunmaktadır. Bunlardan birincisine göre zimmetin zimmete eklenmesi borcun aslı hususunda değil sadece mütâlebe hususundadır. Burada kefilin alacaklı ile bir borç ilişkisine girmediği, dolayısıyla gerçekte borçlu olmadığı, kendi kendine yüklediği şeyin sadece mütâlebe olduğu anlatılmaktadır. Kefaleti “zimmetin ödünç verilmesi” şeklinde değerlendiren ikinci yaklaşımda ise kefilin zimmetinin borçlunun zimmetine borcun aslı hususunda bittiği ve aynı borcun kefilin zimmetinde de sabit olduğu belirtilmektedir. Buna göre alacaklının kefilinden talepte bulunma hakkının hukuکی temeli, kefilin borcun aslını yüklenmiş olmasıdır (iki yaklaşımın ayrıntıları ve değerlendirmesi için bk. Serahsî, XIX, 161; İbn Âbidîn, V, 281-282). Bu iki yaklaşımın pratik sonuçlarına pek işaret edilmese de birincisi sonraki Hanefî fakihlerinin büyük çoğunluğu tarafından daha sahih görülüp yaygın olarak benimsenmiştir (Merginânî, VI, 283). Bu görüşü temellendirme sadedinde başvuru gerekçelerden en önemlisi, tanımın sadece mala kefaletle değil muayyen mahiyeti gereği konusu mal olmayan şahsa kefaleti ve mal olduğu halde deyn olmayan ayna kefaleti de içine almasıdır (İbrâhîm b. Muhammed el-Halebî, s. 246; bu gerekçeye yöneltilen itirazlar için bk. İbn Âbidîn, V, 281-282).

Diğer ekollerin kefalet tanım ve anlayışları büyük ölçüde Hanefî ekolündeki ikinci yaklaşım doğrultusundadır. Nitekim Hanbelî fakihî İbn Kudâme’nin “bir hakkın üstlenilmesi hususunda zimmetin zimmete eklenmesi” şeklindeki tanımı ile (el-Muğnî, VII, 71) Şâfiî fakihî Beyzâvî’nin “biri üzerindeki borcun üstlenilmesi” şeklindeki tanımında bu husus açıkça görülmektedir. Bu yaklaşım, içerdiği teknik sakıncalara mukabil alacaklının hem borçlu hem kefilinden talepte bulunma hakkının temellendirilmesi noktasında nisbeten kolaylık sağlamaktadır.

İbn Ebû Leylâ gibi bazı fakihler, tıpkı havalde olduğu gibi kefaletin de borcu asıl borçlunun zimmetinden kefilin zimmetine taşıyan ve asıl borçluyu borçsuz kılan bir akid olduğunu öne sürmektedir. Bunlara göre kefilinden talep sorumluluğunun doğabilmesi için borcun kefilin zimmetinde sabit olması, kefilin zimmetinde sabit olabilmesi için de asıl borçlunun zimmetinin bu borçtan kurtulması zorun-

## KEFALET

ludur (Serahsî, XIX, 161-162). Şîfî fakihî Ebû Ca'fer et-Tûsî ise kefalet akdinin asıl borçlunun zimmetini borçtan berî kılmasını kefilin ödeme gücü ile ilişkilendirmekte, kefilin ödeme gücüne sahip olması durumunda borçlunun zimmetinin berî olmasını alacaklının bu durumu bilip razı olmasına bağlamaktadır (*en-Nihâye*, s. 314-316).

Kefalet akdinin borcu asilden kefile transfer ettiğini savunan görüşe karşı Hanefîler, katma (zam) işleminin gerçekleştirilmesi için asıl borçlunun borçlu olmaya devam etmesinin gerektiğini, aksi takdirde katılmanın anlamının kalkacağını öne sürerler. İbn Kudâme ise asıl borçlunun kefalet sebebiyle borçtan kurtulmayacağını anlatma sadedinde kefaletin tıpkı şahitlik gibi hakkı nakletmeyen bir belge oluşunu gündeme getirir. Bir borcun iki zimmeti işgal etmesinin imkânsızlığı yönündeki gerekçeyi de bir borcun teminat sağlamak amacıyla iki ayrı yere ilişkin olabileceğini öne sürer ve buna rehni örnek gösterir (*el-Muğni*, VII, 84-86).

Kefalet, alacaklının kendi hakkına kavuşmasını sağlama ihtiyacını karşılamak amacıyla meşrû kılınmış bir teminat akdidir (Mevsîlî, II, 166). Bu amaçla çalışmadığı, hatta gerçekleşmesine katkıda bulunduğu için kefile kefalet ve müşterek kefalet câiz kabul edilmiştir (*Mecelle*, md. 626, 627). Yardımlaşma ve hasbîlik eksenini etrafında şekillendiği için klasik fıkıh doktrininde kefalet karşılığında ücret alınması uygun ve câiz görülmemiştir (Ebû Yûsuf, *el-Âşâr*, s. 160).

Kefalet aslî değil fer'î (tebeî) bir akiddir. Kefilin kural olarak asilin yüklenildiği borçtan fazla bir yükümlülük altına girmemesi kefaletin bu özelliğinin bir sonucudur. Bununla birlikte kefalet bağımsız bir sözleşmedir. Asıl borç şartı veya vadeye bağlı olmasa bile kefaletin bunlara bağlanabilmesi, bir görüşe göre süreli olabilmesi gibi hükümler kefaletin bağımsız bir sözleşme olmasının sonuçlarıdır. Kefaletin fer'î bir işlem oluş yönünü dikkate alan Mâlikîler, Hanbelîler ve bir rivayette Şâfiîler, kefalet süresinin asıl borçlu için geçerli olan süreden daha kısa olamayacağını öne sürerken kefaletin teberra yönünü ağırlıklı bulan Hanefîler aksi görüştedir.

Vaade kıyasla bağlayıcı olmadığını öne süren şâz görüş hariç tutulacak olursa -ister akid isterse tek taraflı hukukî işlem sayılsın- kefaletin bağlayıcı olduğunda görüş birliği bulunmaktadır. Kefalet

kefil açısından bağlayıcı bir akid olup akdin kurulmasından sonra kefilin kendisini kefalet hükümlerinden hariç tutması mümkün değildir. Ancak bir şart veya süreye ta'lik edilmiş kefalette şartın gerçekleşip borcun borçlunun zimmetinde sübût bulmasından önce kefilin vazgeçmesi mümkündür (Haskefî, V, 304; *Mecelle*, md. 640).

**Türleri.** Kefaletin genel olarak şahsa kefalet (el-kefâle bi'n-nefs) ve mala kefalet (el-kefâle bi'l-mâl) olmak üzere iki türünden bahsedilir. Şahsa kefaletle aynı anlamda olmak üzere literatürde "el-kefâle bi'l-beden, el-kefâle bi'l-vech, damânü'l-vech" tabirleri de kullanılır. **Şahsa Kefalet.** Bir kimsenin şahsına kefil olmak olup onun alacaklıya teslim edilmesi veya mahkemede hazır bulundurulması işinden ibarettir (*Mecelle*, md. 613). Şahsına kefil olunan kişinin mahkemeye çıkmasını gerektiren sebep malî bir borç olabileceği gibi belirli kayıtlarla suç da olabilir. Şahsa kefalette borçlunun borcunun sebebinin mal olması gerektiğinin bazı fakihler tarafından özellikle belirtilmesi, bu konuda ekoller arasında görüş ayrılığı bulunmamasıyla ve belli kayıtlar dışında ceza konularında şahsa kefaletin sahih görülmeşiyle ilgilidir. Ne tür ceza davalarında şahsa kefil olunabileceği doktrinde tartışmalıdır. Hanbelîler dışındaki çoğunluk, sırf Allah hakkı kapsamında olan şarap içme ve zina suçları dışında kalan ve kul hakkını ilgilendiren hadlerde ve kıssatta kefaleti câiz görmüşlerdir. Şahsa kefalet, özellikle ceza davalarında genelde bir -malî- ödeme borcunun sabit olmasından önce olup bir borç altına girme ihtimali bulunan birini -borcun sübûtu durumunda- teslim etme yükümlülüğünü üstlenmek demektir. Bu kefalet beyyine ikamesinden önce olabileceği gibi sonra da olabilir (Serahsî, XIX, 162).

Cumhurdan farklı bir anlayışa sahip olan Mâlikî ekolünde şahsa kefalet kapsamında "damânü'l-vech" ve "damânü't-taleb" olmak üzere muhtevaları ve hükümleri birbirinden farklı iki tür kefaletten söz edilir. Damânü'l-vech, sadece mal kaynaklı borcu bulunan kişiler hakkında câridir ve kural olarak ceza davalarında geçerli olmaz. Çünkü teslim görevinin yerine getirilmemesi durumunda kefilin borçlunun yerine ikamesi söz konusudur. Bu durum Mâlikîler'in şahsa kefaleti anlatan terkîpte, diğer ekollerden farklı olarak ve onların daha çok mala kefalette tercih ettikleri damân kelimesini kullan-

malarını da açıklar. Malî sorumluluğun üstlenilmemesi şart koşularak yapılan damânü'l-vech de damânü't-talebe dönüştür. Damânü't-taleb olarak adlandırılan kefalet türünde ise bir şahsın yerini arayıp bulma sorumluluğu üstlenilmektedir. Bu tür kefalet, mal kaynaklı bir hak / borç yanında ayrıca kul hakkının bulunduğu had cezaları ve kıssat davalarında da geçerlidir. Damânü't-taleb kural olarak kefil için bir malî sorumluluk doğurmaz. Ancak arama işinde kefilin kusurlu davrandığının tesbit edilmesi durumunda malî sorumluluk doğabilir.

Dâvud ez-Zâhirî'nin hadler ve kıssat konusunda kefaleti andırdığı gerekçesiyle şahsa kefaletin cevazına karşı çıkması dışında ekoller arasında görüş ayrılığı yoktur. Şâfiî'nin şahsa kefaleti zayıf gördüğüne ilişkin rivayet sonraki Şâfiî fakihleri arasında tartışma konusu olmuş, bazıları bu rivayeti bu konuda mezhep içinde farklı bir görüş bulunmadığı gerekçesiyle reddederken bir kısmı, şahsa kefalet konusunda iki görüş bulunmakla birlikte sahihliği yönündeki görüşün daha zâhir olduğunu belirtmişler, bir kısmı da Şâfiî'nin bu sözünü şahsa kefaletin kıyas yönünden zayıf olduğunu anlatmak istediği yorumunu getirmişlerdir (Şîrâzî, I, 451).

**Mala Kefalet.** Mala kefalet bir malın ödenmesine (edâ) kefil olmak demektir (*Mecelle*, md. 614). Genelde Hanefîler mala kefaleti, malın fıkıh terminolojisinde sahip olduğu muhteva doğrultusunda "borca kefalet" (kefâle bi'd-deyn) ve "eşya-ya kefalet" (kefâle bi'l-ayn) olmak üzere iki kısma ayırmaktadır. Birincisi malın kendisine kefalet, ikincisi malın teslimine kefalet olarak nitelenir. İbn Âbidîn bu ayırımın özüne sadık kalmakla birlikte farklı bir adlandırma yapmış ve mala kefaleti bizzat mala kefalet (el-kefâle bi-nefsi'l-mâl) -ki borca kefalet anlamındadır- ve malın birinden alınıp verilmesine kefalet (el-kefâle bi-tekâdi'l-mâl) olarak iki kısma ayırmıştır. "Bir malın teslimine kefil olmak" şeklinde tanımlanan (*Mecelle*, md. 615) ve bazı yazarlar tarafından kefaletin şahsa ve mala kefalet yanında üçüncü türü olarak gösterilen teslim kefaleti İbn Âbidîn, bu ayırım esasına göre mala kefaletin kefâle bi-tekâdi'l-mâl kısmına dahil etmektedir (*Reddû'l-muhtâr*, V, 300-301). Ayna kefaletle teslim kefaleti eş anlamlı gören Zerkâ muhtemelen aynı mantıktan hareket etmektedir. Satın alınan malın başkasına ait olduğunun ortaya çıkıp hak sahibi tarafından alınması

durumunda o malın parasını ödemeye veya satıcının şahsına kefil olmak şeklinde tanımlanan (*Mecelle*, md. 616) “derek kefaleti”nin (damânü'd-derek) bu ayırım içindeki yeri de tartışmalı olup bazıları bunu borca kefalet kapsamına dahil ederken bazıları mala kefalet bünyesinde üçüncü bir kısım olarak değerlendirmişlerdir.

Bir malın kendisine kefaletle onun teslimine kefalet arasında ayırım yapılması, malların tazmin sorumluluğu açısından farklı hükümler taşıması ve bu farklılığın gözetilmesinin teknik bir zorunluluk olmasıyla ilgilidir. Nitekim kefaletle elverişlilik açısından Hanefî doktrininde, “Özü gereği tazmin edilir”; “Başka bir sebeple tazmin edilir” ve “emanet” olmak üzere üç tür maldan söz edilir. Yapısı gereği tazmin yükümlülüğü doğuran malların borca kefalet işlemine konu edilmesi anlaşılır bir durumdur. Çünkü ortada bir kimsenin zimmetinde sabit olan ve üstlenilebilen bir borç bulunmaktadır. Emanet hükümlerine tâbi olan bir malın borca kefalet işlemine konu olmaması da ortada bir kimsenin zimmetinde sabit bir borcun bulunmaması sebebiyle yine anlaşılır bir durumdur. Çünkü emanet hükmü çerçevesinde bırakılan mallar, bazı istisnâ haller dışında bunları elinde tutan kişi aleyhine kural olarak tazmin sorumluluğu doğurmamaktadır. Muhtemelen gerisinde bu perspektif bulunduğu için emanet hükmüyle verilen mallarda, kusur sebebiyle söz konusu olabilecek tazmin sorumluluğuna kefaletin sahih olup olmadığı da tartışma konusu olmuştur. *Mecelle*, “malın karşı taraf elinde zayı edilmesi durumunda” kaydını getirerek emanet hükmüyle bırakılan mallara kefaletin mümkün olduğu görüşünü tercih etmiştir (md. 631).

Yukarıda sözü edilen kefalet tasnifi, her ne kadar iki farklı içeriğe sahip olan şahıs ve malı ayrı ayrı değerlendirmesi ve malın iki farklı yönünü mal ekseninde ele alarak konu bütünlüğünü bozmamaya çalışması itibarıyla isabetli sayılabilirse de eleştiriyeye açık noktaları bulunmaktadır. Bu konudaki temel eleştiri, birçok hüküm bakımından borca kefaletten tamamen farklı olan ve şahsa kefalete benzeyen teslim kefaletinin mala kefalet kapsamında düşünülmesidir. Şahsa kefaletle teslim kefaletinin hüküm bakımından keşifliği nokta, her ikisinde de üstlenmenin kural olarak malî bir yükümlülüğe dönüşmemesidir. Tasnif konu eksenli olarak değil hüküm eksenli olarak yapılmış olsaydı kefaleti genel olarak borca kefalet ve tes-

lime kefalet şeklinde iki ana kısma ayırıp bir kimsenin ve bir malın teslim yükümlülüğünün teslim kefalet kapsamında ele alınması mümkün olabilirdi. Molla Hüsrev, muhtemelen Hanefîler’ce benimsenen tasnifin mantığını zorlayan bu farklılık sebebiyle kefaletinin şahıs, mal ve teslim kefalet türlerine ayrıldığını tanımda ima etmek durumunda kalmıştır. Konuyu damân ve kefalet başlıkları altında ayrı biçimde ele alarak damân bölümünde sadece borca kefaleti, kefalet bölümünde de şahsın ve bir malın teslimine kefaleti inceleyen Beyzâvî bu noktaya yaklaşmıştır. Mâlikî mezhebinde şahsa kefaletinin damânü'l-vech türünde üstlenmenin malî bir yükümlülüğe dönüşeceği kabul edildiği ve farklı hükümlere tâbi olan damânü't-taleb ayrı değerlendirildiği için hüküm eksenli bir tasnifin mevcut olduğu söylenebilir.

**Meşruyeti.** Mala kefaletinin meşruluğu konusunda fakihlerin başvurduğu temel dayanak kefilin borçlu olduğunu ifade eden, “Kefil borçludur” (ez-zâimü gârimün) hadisidir (Ebû Dâvûd, “Büyü”, 88; Tirmizî, “Büyü”, 39, “Veşâyâ”, 5; İbn Mâce, “Sadakât”, 9). Yaygın olarak kullanılan ikinci gerekçe de Yûsuf kıssasında, bir görevlinin kendisini kefil göstererek kaybolan taşı getirene bir deve yükü ödül verileceğini ilan ettiğini anlatan âyettir (Yûsuf 12/72). Gerekçeler arasında yukarıdaki hadise ve bu âyete de yer veren Serahsî, önceki şeriatlardaki bir hükmün açıkça neshedilmediği sürece bizim için de geçerli olacağını, esasen Hz. Peygamber’in yapılmakta olan kefalet işlemlerine itiraz etmemesinin önceki bir şeriatta bulunan bu hükmün devam ettiğini göstereceğini söylemektedir. Üçüncü gerekçe de kefaletinin, ilk dönemlerden itibaren karşı çıkılmaksızın süregelen ve câizliği konusunda icmâ oluşan bir işlem olduğudur. Kâsânî ayrıca cevazın örfe dayandığını belirtmektedir (*Bedâ’î*, VI, 3).

Fakihlerin büyük çoğunluğu söz konusu gerekçelerin şahsa kefaletinin meşruluğunu da göstereceğini belirtirken, Dâvûd ez-Zâhirî ve bir rivayete göre Şâfiî gibi bu gerekçelerin şahsa kefaletinin meşruyetini ispat hususunda yeterli olmadığını düşünenler de vardır. Şahsa kefaletinin meşrû olmadığına dair temel iki gerekçeden biri, Yûsuf kıssasında Yûsuf’un kardeşlerinin alıkonulan küçük kardeşleri yerine kendilerinden birinin alıkonulmasını istemeleri üzerine Yûsuf’un söylediği “Biz sadece malımızı yanında bulduğumuz kişiyi tutuklayabiliriz” sözünü içeren âyet

(Yûsuf 12/78-79), diğeri ise şahsa kefaletinin hadler hususunda kefalete benzemesidir.

Özelde söz konusu hadisin, genelde diğer gerekçelerin münhasıran mala kefaletinin meşruyetini göstereceği ve dolayısıyla şahsa kefaletinin meşruyetinin bu hadise dayandırılmayacağı yönündeki iddialar bazı fakihleri şahsa kefalet için başka meşruyet gerekçeleri aramaya sevk etmiş, meselâ İbn Rüşd maslahatı ve Selef’in bu yöndeki uygulamasını gerekçe göstermiştir (*Bidâyetü'l-müctehid*, II, 247).

Cevazını savunan fakihlerden bazıları kefalet akdinden uzak durmanın daha ihtiyatlı olduğunu belirtmişlerse de ihtiyaç sahibine yardımından duyulacak hazzı ve getireceği sevabı ön plana çıkararak bu dünyada mâruz kalınacak kınamanın, hatta sonuçta katlanılacak borcun önemsenmemesi gerektiğini düşünen ve kefaleti teşvik eden âlimler de bulunmaktadır.

**Kuruluşu.** a) **Taraflar.** Kefalet işleminin tarafları kefil ve alacaklıdır. Kefilin iradesinin kurucu bir rol üstlendiğinde görüş birliği vardır. Ekoller arasında tartışma konusu olan husus, lehine kefil olunan alacaklı tarafın iradesinin gerekli olup olmadığıdır. Kefalet işleminin mahiyetine ilişkin anlayış farklılığından kaynaklanan bu tartışma, sonuç itibarıyla kefalet işleminin tek taraflı bir hukukî işlem mi yoksa karşılıklı iki iradenin buluşmasıyla kurulan bir akid mi olduğunun belirlenmesine yönelik olmuştur. Kefalet işleminin yalnızca bir borç yüklenmekten (iltizam) ibaret olmayıp temlik anlamı da içerdiğini, dolayısıyla bir akid olduğunu savunanlar kefilin tek taraflı iradesinin yetmeyeceğini, kefalet akdinin kurulabilmesi için bu iradenin alacaklının iradesiyle (kabul) buluşması gerektiğini öne sürerken kefaleti salt iltizam olarak görenler, kefilin tek taraflı irade beyanıyla (icap) kefaletinin gerçekleşeceğini kabul etmişlerdir. Birinci yaklaşım Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed, ikincisi Ebû Yûsuf’un da dahil olduğu çoğunluk tarafından savunulmaktadır.

Birinci eğilimin temel gerekçesi, kefalet akdinin alacaklıya talep hakkı veren bir tür temlik işlemi olması ve alım satım vb. diğer temlik akidlerinde olduğu gibi bunda da kabulün şart olmasıdır (Mevsîlî, II, 170; Haskefî, V, 283). Kefaletinde teberru anlamı yanında temlik anlamı da bulunduğu yönündeki bu görüş kefaleti salt te-

## KEFALET

berru olmaktan çıkarıp ona bir akid mahiyeti kazandırmıştır. İkinci eğilimi savunanlar tarafından teberru yönü ağırlıklı görülmüş ve bunda alacaklı için bir zarar söz konusu olmadığı dikkate alınarak kefaletin sadece kefilin icabıyla kurulacağı öne sürülmüş, ayrıca kefalet işleminde şarta ta'likin câiz olduğu ve cehaletin dikkate alınmadığı gibi noktalara dikkat çekilip bunlar kefaletin bir temlik akdi olmamasıyla ilişkilendirilmiştir. Bir diğer gerekçe de hastanın, vârislerine, "Falan kimselere olan borçlarını kefil olun" deyip onların kabul etmesiyle alacaklıların rızasına ihtiyaç duyulmadan kefaletin kurulabilmesidir. Ancak bu işlemin kefalet değil bir vasiyet olduğu söylenerek bu gerekçenin geçersiz kılınması mümkündür.

Kefaletin kefilin tek taraflı iradesiyle kurulacağı görüşü, alacaklının iradesinin hiç dikkate alınmadığını ve işlemin onun onayına bağlı olmaksızın işlerlik (nefâz) kazanacağını ifade etmekteyse de bu görüşün temsilcilerinden Ebû Yûsuf'un alacaklının iradesine bir değer atfettiği ve onun onayının (icâzet) alınmasını gerekli gördüğü yönünde değerlendirmeler de bulunmaktadır. Alacaklının onayının hangi noktada, yani akdin kuruluşunda mı (in'ikad) yoksa işlerlik kazanmasında mı olduğu da ayrı bir tartışma konusudur. Burada ağırlık kazanan yorum, akdin in'ikadının değil nefâzının alacaklının onayına bağlı olduğu yönündedir. Buna göre alacaklının red hakkı bulunmaktadır, bu hakkını kullanmadığı takdirde kefalet akdi kurulur ve devam eder. Diğer bir yoruma göre ise kefilin icabı tek başına yeterli olmayıp akdin kurulması alacaklının icâzetine bağlıdır. İcâzet vermeden ölmesi durumunda kefalet kurulmuş olmaz (İbn Âbidîn, V, 283). *Mecelle*'de Ebû Yûsuf'un görüşü benimsenmiştir (md. 621). Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde Ebû Yûsuf'tan farklı olarak kefaletin kendi kendine yükümlenme (sırf iltizam) olduğu gerekçesiyle yalnızca kefilin icabıyla kurulacağı anlayışı benimsenmiştir. Alacaklının kabulünü kurucu unsur olarak görmeyen görüş açısından söz konusu olan bir problem de alacaklının reddinin kefalet işlemine etkisinin ne olacağıdır. Şâfiî mezhebinde alacaklının reddine hiçbir etki tanınmazken Ebû Yûsuf, yukarıda belirtilen yorumlar çerçevesinde alacaklının reddine bir değer ve etki atfetmektedir.

Adına kefil olunan borçlunun iradesinin kefaletin kuruluşunda hiçbir etkisi olmadığı konusunda bir görüş ayrılığı bulun-

mayıp bunun taraf sayılması ancak kefaletin maddî varlığı açısından mümkündür. Şahsa kefalete özgü durum hariç borçlunun iradesine gerek görülmemesi, borçlunun izni ve haberi olmaksızın ona ait bir borcun ödenmesinin mümkün ve geçerli olmasının tabii sonucudur. Kural olarak kefalet akdinde kurucu taraf olmadığı ve iradesinin akdin kurulmasında ve sıhhatinde bir etkisinin bulunmadığı kabul edilmekle birlikte akdin borçlunun talebi (emir, izin) üzerine olup olmamasının bazı yan sonuçları vardır. Bunlardan en önemlisi, kefilin ödemeyi yaptıktan sonra ödediği meblağı geri almak üzere borçluya rücû hakkının bulunup bulunmadığı konusunda ortaya çıkmaktadır. Birinci durumda -borçlunun isteğiyle onun borcunu ödemiş olduğu gerekçesiyle- rücû hakkının bulunduğu, ikinci durumda ise -teberru olduğu gerekçesiyle- rücû hakkının bulunmadığı kabul edilir. Şahsa kefalette ise adına kefil olunan kişinin teslim edilmesi akdin konusunu teşkil ettiğinden onun rızasının şart olduğu belirtilir. Buna mukabil tıpkı mala kefalette olduğu gibi borçlunun rızasının şahsa kefalette de dikkate alınmayacağı yönünde görüşler vardır.

**b) İrade Beyanı.** Bütün hukukî işlemlerde olduğu gibi kefaletin inşasında da irade beyanı aslı unsurdur. İrade beyanında kullanılacak lafızların seçimi tamamen örfe bırakılmış olup örf ve âdetle taahhüt ve iltizama delâlet edip bir borcun üstlenildiğini ifade eden her lafızla kural olarak kefalet akdi kurulur (*Mecelle*, md. 622). Klasik literatürde kefalet yanında damân, hamâle, kabâle, zeâmet, garâmet vb. lafızlarla kefalet akdinin kurulacağı konusunda bir görüş ayrılığı yoktur. Ancak bunların dışında kelime ve ifadelerin seçilmesi durumunda sonucun ne olacağı konusunda doktrinde ayrıntılı tartışmalar bulunmaktadır. Ayrıca irade beyanı ile hangi tür kefaletin kastedildiğinin de anlaşılması şarttır. Hanefî mezhebindeki ağırlıklı görüş, üstlenilen şeyin mal mı yoksa bir şahsın teslimi mi olduğunun anlaşılmasını durumunda akdin kurulmayacağı yönündedir (İbn Âbidîn, V, 287).

Kefalette irade beyanı kurulduğu andan itibaren hüküm doğurabilecek şekilde mutlak olabileceği gibi bir vasıfla kayıtlı, bir süreyle sınırlı, bir şarta bağlı veya bir vakitten itibaren geçerli de olabilir. Ayrıca kefaletin hemen veya ilerideki bir vakitte ödeme kaydıyla kurulması da

mümkündür. Asıl borçlunun berî olması şartıyla yapılan kefalet havaleye, havaleyi yapanın borçluluğunun devam etmesi şartıyla yapılan havale ise kefalete dönüşür (*Mecelle*, md. 648, 649).

Hanefî fakihleri kefaleti bir yönüyle iskat, bir yönüyle -özellikle borçlunun talebi üzerine gerçekleşmesi durumunda- muâvazaalı bir işlem olarak değerlendirdikleri için diğer iskat tasarrufları gibi uygun yani akidde etkisi bulunan bir şarta ta'lik edilmesini sahih görmüşlerdir. Bu şartları hakkın doğması (lüzum) için gerekli, hakkın tahsil edilmesini mümkün kılan ve hakkın tahsil edilmesindeki imkânsızlığı ortadan kaldıran şartlar olmak üzere üç grupta toplamışlar ve bunları akdin mahiyetine dahil şartlar içinde değerlendirmişlerdir. Ancak yağmurun yağması, rüzgârın esmesi gibi aşırı bilinmezlik içeren ve akdin muhtevasında etkisi olmayan bir şarta ta'lik durumunda Hanefîler arasındaki ağırlıklı görüş şartın fâsid, kefaletin sahih olacağı yönündedir.

Muhayyerlik şartıyla kefalet ise muhayyerliğin kârlılık durumunu anlama amacına yönelik olması, kefilin kefaletin mahiyeti gereği bir kâr olmadığını bilerek bu işe girişmesi ve kefaletin tıpkı nezir gibi kabule ihtiyaç duymayan bir işlem olması gibi gerekçeleri göz önüne alan çoğunluğa göre câiz değildir (İbn Kudâme, VII, 95-96). İbn Kudâme, Ebû Hanîfe'nin çoğunluğun ichtihadını benimsediğini ve bu konuda bir görüş ayrılığı bilmediğini belirtmekle birlikte bazı Hanefî kaynaklarında alım satımdan farklı olarak müsamaha temeline dayalı olması sebebiyle kefalet akdinde on gün veya daha fazla süre ile muhayyerliğin sahih olduğu ifade edilmektedir (Haskefî, V, 290). Ayrıca şartın bâtil, kefaletin geçerli olacağını savunanlar da vardır.

Kefilin sorumluluğunu öngörülen süreyle sınırlayan ve bu sürenin dolmasıyla kefilin berî kılan muvakkat kefaletin câiz olup olmadığı, ekollerin kefaletin tanım ve mahiyetine ilişkin anlayış farklılıklarına göre belirlenecek olursa kefaletin, borcu kefilin zimmetinde sabit kılma karşılığında alacaklıya sadece talep hakkı verdiğini savunanların bu hakkın öngörülen süreyle sınırlı olduğu gerekçesiyle bunu câiz görmesi, kefaletle birlikte aynı borcun kefilin zimmetini de işgal ettiğini savunanların ise sabit olan bir ettüğü ortadan kaldıracak bir sebep olmadıkça devam edeceğinden hareketle muvakkat kefaletin kefilin öngörülen sürenin dışında sorumluluktan kurtarmayacağını söyleme-

leri gerekir. Ancak mezheplerin anlayışlarının tam da bu doğrultuda olduğu söylenemez. Hanefî mezhebinde Ebû Yûsuf dışındaki imamlar üç gün, bir ay gibi belirli bir süreye kadar yapılan kefaletin bu süre ile sınırlı kalmayacağını öne sürmüşlerdir. Ancak teamülî esas alan sonraki fakihler Ebû Yûsuf'un görüşüne daha çok itimat etmişlerdir (İbn Âbidîn, V, 289). Şâfiî mezhebindeki ağırlıklı görüşle Hanbelî mezhebindeki iki eğilimden biri muvakkat kefaletin câiz olmadığı yönündedir. Mâlikî mezhebinde ise bu konudaki hüküm borçlunun ekonomik durumuna göre dir.

c) Konu. Kefalet akdinin konusu mala kefalet ve şahsa kefalet türlerinde farklılık gösterir. Şahsa kefaletin konusu bir şahsın teslim edilmesi, mala kefaletin konusu malın kendisi veya teslim edilmesidir. Kefaletin ne tür mallar ve hangi kişiler hakkında söz konusu olacağı hususunda ayrıntılı tartışmalar bulunmaktadır.

Kefalet tanımını kefaletin iki türünü içine alacak ifadelerle yapmaya özen gösteren Hanefîler akdinin konusunu anlatırken de aynı tutumu sürdürmeye çalışmışlardır. Buna göre kefilin yapması veya kendisinden tahsil edilmesi mümkün olan her hak kefalete konu olur (İbnü'l-Hümâm, VI, 311). Diğer bir anlatımla kefalet akdinin konusu mütâlebe imkânı bulunan, yani birinin yerine getirmekle sorumlu tutulabileceği şeylerdir. Her iki anlatım biçimi de mala kefaletin konusunu teşkil eden malî açıkça içine aldığı gibi şahsa kefaletin konusunu teşkil eden bir şahsın teslimini de içine almaktadır. Mala kefaletin konusunu oluşturan borcun kaynağı genellikle akiddir. Ancak bu borcun kasıtlı adam öldürmenin sulh yoluyla sonuçlanması veya hataen öldürme durumunda ödenmesi gereken diyet ve çalınan malın nisab miktarına ulaşmaması sebebiyle öngörülen cezanın uygulanmadığı hırsızlık suçundan doğan malî sorumluluk gibi suç (had) kaynaklı olması da mümkündür (Mecelle, md. 632).

Hanefî doktrininde mala kefalete hangi malların konu olabileceğinin kriteri tazmin edilebilirliktir. Özü gereği tazmin borcu doğuran malların (a'yân-ı mazmûne) mevcut ise aynen teslim edilmesi, zayı olması durumunda ise misli veya kıymetiyle tazmin edilmesi gerektiği için sonuç itibarıyla teslimine güç yetirilebilme ve kefaleti sahih olmaktadır. Birine götürüp göstermek üzere teslim alınan, gasbedilen veya fâsîd bir akidle sa-

tilan mal ve mehir, hul' veya kasten öldürmede sulh bedeli bu kısımda yer alır. Satın alınıp kabzedilen bir malın bedeli veya kira bedelinin ödenmesine ve diğer sahih borçlara da kefil olunabilir (a.g.e., md. 631).

Başka sebeple tazmin borcu doğuran malların kendisine değil ancak teslimine kefil olunabilir. Müşteri tarafından kabzedilmemiş mal ise telef olması durumunda alım satım akdi infisah edeceği ve kimseye bir şey gerekmeceği için tazmini başka sebeple gereken (bi-gayrihâ mazmûn a'yân) kapsamına girer ve bu tür mallara kefalet kural olarak sahih değildir (Mevsîlî, II, 170). Rehin bırakılmış veya ödünç alınmış mal da aynı kapsamda olup bunların sadece teslimine kefalet sahihtir (Mecelle, md. 631).

Emanet hükmünde olan ve bu yüzden tazmini gerekli olmayan mallarda sadece teslimine kefalet sahih olur ve bu kefalet kural olarak malî bir borç doğurmaz. Emanetler, mudârebe ve şirket malları bu kapsamda yer alır. Hanefî literatüründe başka sebeple tazmini gereken şeylerle emanet hükmündeki şeylere kefaletin sahih olmadığı yönündeki ifadeler, sadece bunların kendilerine kefaletin sahih olmadığı anlamında olup bunların teslimlerine kefalet genel olarak sahih görülmektedir (İbn Âbidîn, V, 309).

Mâlikî fakihleri, kefalet akdinin konusunu genel olarak niyâbetin mümkün olup olmaması esasından hareketle ele almışlar ve niyâbetin câiz olduğu bütün haklarda kefaletin câiz olduğunu belirtmişlerdir. İbn Rüşd'ün, "Köle ile yapılan kitâbet akdi hariç zimmette sabit her hak / mal hususunda ve ertelenmesi câiz olmayan şeylerle eşlerin nafakası gibi peyderpey hak kazanılan şeyler hususunda kefalet sahihtir" şeklindeki ifadesi (Bidâyetü'l-müctehid, II, 250) bu genel ifadenin açılımı mahiyetinde görülebilir. Had cezaları vb. konularda kefaletin sahih görülmeşi genel anlatımdan kolaylıkla çıkarılabilir. Şâfiîler ise dava konusu edilmesi halinde mahkemeye çıkmayı gerektirecek her borç için şahsa kefaleti câiz görmüşlerdir.

**Ceza Davalarında Kefalet.** Cezalarda niyâbet, yani birinin başkasının yerine geçmesi sahih olmadığı için kısas ve diğer şahsî suç ve cezalara kefalet sahih değildir (Ebû Bekir İbnü'l-Arabî, III, 1096). Ancak kazf haddi gibi kul haklarını ilgilendiren suçlarla sınırlı olmak üzere had cezası gerektiren bir suç işleyen kişinin

şahsına kefalet sahih görülmüştür (Haskafi, V, 297-298; İbn Âbidîn, V, 308).

Hakkın sübûtundan önce kefaletin sahih olup olmadığı tartışmasında Kâdî Şüreyh, Şa'bi ve Sahnûn, hakkın ispatından önce davalının kefil vermek durumunda olmadığını kabul etmiş. İbnü'l-Kâsım ve Irak ehli ise kefil verme yükümlülüğünü tek şahit gibi kuvvetli bir şüpheye ve beyyinenin şehirde mevcut olduğunun iddia edilmesine bağlamışlardır. Beyyinenin hazır olduğunun iddia edilmesi durumunda İbnü'l-Kâsım kefalet için beş gün, Irak ehli ise üç gün süre tayin etmişlerdir (İbn Rüşd, II, 249). Hazır beyyine ile gâib beyyine arasında fark gözetilmesi hasım taraflar açısından adalete riayet gerekçesiyle dir.

Bir had ve kısas davasında davalının kendi şahsına kefil vermeye icbar olunup olunamayacağı konusunda Ebû Hanîfe ile iki talebesi farklı görüştedir. Ebû Hanîfe bu icbarı kural olarak câiz görmezken Ebû Yûsuf ve Muhammed tıpkı ta'zirde olduğu gibi kul hakkı içerdikleri gerekçeyle kısas, kazf ve hırsızlık davalarında bunu câiz görmüşlerdir. Bu tür davalarda davalının kendi rızâsı ile kefil vermesinin sahih olduğunda ve ayrıca gereklerinin mal olduğu gerekçeyle hatâen öldürme ve yaralama davalarında davalının kefil vermeye icbar edileceğinden Hanefî imamları arasında görüş birliği bulunmaktadır.

Had ve kısas davalarında davalının hapsedilmeyip kefile ihtiyaç duyulmasının sebebi, herhangi bir beyyine olmadıkça bu tür davalarda hapsin meşrû görülmeşi dir. Hanefî imamları arasında davalının kefil vermeye icbar edilip edilmeyeceği tartışması, bir beyyine ile desteklenmeyen salt iddiaya dayanarak böyle bir icbarın haklı olup olmayacağına ilişkin görüş farklılığı üzerine temellendirilmektedir. Bu tür davalarda şahsa kefaletin esprisi, davacıya beyyine takdim edebilmesi için fırsat ve süre tanınması ve davalının bir ölçüde gözetim altında tutulmasıdır.

Hanbelî mezhebi dışındaki mezheplerde kazf gibi kul hakkının söz konusu olduğu hadlerde ve kısasta şahsa kefaletin câiz görüldüğü söylenebilir. Hanbelîler, had cezalarının şüphe ile düşmesi esasının kefaletin amacı olan güvenceye alma düşüncesiyle çeliştiği ve bu hakkın suçlu dışında birinden alınamayacağı gerekçeyle, bir ayırım olmaksızın üzerinde bir had cezası bulunan birinin şahsına kefaletin sahih olmayacağı kanaatinde dir (İbn

## KEFALET

Kudâme, VII, 98-99). Mâlikî İbn Rüşd ve Şâfiî Beyzâvî, mal kaynaklı olanlar yanında kısas ve kazf gibi kul hakkının söz konusu olduğu suçlarda da şahsa kefaleti câiz görmekte, fakat Allah haklarında gevşeklik ve toleransın esas olduğu ve Allah haklarının şüpheyle düştüğü gerekçesiyle zina gibi Allah hakları kapsamında değerlendirilen suçlarda kefaletin câiz olmadığını öne sürmektedir. İbn Rüşd'e göre şahsa kefalette şahsı getirme işinin kul hakkı sebebiyle gerekmiş olması şartının dayanağı da bu anlayıştır.

**Şartları.** Kefalet akdi iskat, ibadet ve teberru yönü ağır basan bir hukukî işlem olduğu için Hanefîler, kefalet için tek bir gerçekleşme aşaması ve buna bağlı olarak bir hükümsüzlük şekli öngörmüşlerdir. Bu sebeple tekabül edeceği bir hükümsüzlük müeyyidesi olmadan kefaletin in'ikad ve sıhhat şartlarından bahsetmek güçtür. Sadece Zâhirîler'in muhalif kaldığı klasik fıkıh doktrininde nefâz şartı olarak gündeme getirilen başlıca nitelik ise hürriyettir. Bu bakımdan burada sadece kefaletin sıhhati için gerekli olan şartlar verilecektir.

1. Ehliyet. Kefaletin in'ikad şartı olan ehliyet sadece kefil için aranan bir şart olup alacaklı ve borçlunun ehliyetli olmaları şartı yoktur (*Mecelle*, md. 629). Bu akid bir tür teberru içeriğine sahip olduğundan kefil olma ehliyetine sahip olabilmek için genel olarak teberru ehliyetine sahip olma, yani akıllı ve bâliğ olma şartı aranır. Bu sebeple çocuk, ma'tûh ve akıl hastasının kefaleti geçerli görülmemiştir. Fakat çocuğun kefaletinin geçerli kabul edildiği bazı özel durumlar bulunmaktadır. Ölüm hastasının yaptığı kefalet akdinin ancak terekenin üçte biri oranında işlerlik kazanması, mezun kölenin ve mükâtebin kefaletinin bazı kayıtlarla geçerli olması veya hiç geçerli olmaması da yine kefalet akdinin teberru mahiyetli oluşunun bir sonucudur.

Sefihlikten dolayı hacir altına alınmış kişinin kefilliği doktrinde tartışmalıdır. İmam Şâfiî ile Hanbelî Ebü'l-Hattâb el-Kelvezânî bunu sahih görmezken Ebü Ya'lâ el-Ferrâ ikrarının sahihliğinden hareketle sefihinin kefilliğini sahih görmekte, ancak mütâlebeinin hacrin kalkmasından sonraya kalacağını belirtmektedir. İbn Kudâme, kefaletin bir akidle malın vâcip kılınması olduğuna öne sürerek Ferrâ'nın bu görüşüne karşı çıkmaktadır. İflâstan dolayı hacir altına alınmış kişinin kefilliği, hacrin onun zimmetine değil sadece malına ilişkin olduğu gerekçesiyle

sahih görülmüş, ancak mütâlebeinin hacrin kalkmasından sonra söz konusu olacağı ifade edilmiştir (*el-Muğni*, VII, 79-81).

Kefalet konusunda İmam Mâlik'ten başka erkek kadın ayırımı yapan olmamıştır. Kadının kefilliğine bazı sınır ve kayıtlar getiren bu anlayışa göre hiç evlenmemiş yetişkin kadın kefil olamayacağı gibi evli kadınların kefaleti de mallarının üçte biri oranında işlerlik kazanabilir, bu miktarı aşan hususlarda ise kocanın onayı aranır.

2. Borcun mevcut ve sahih olması. Konusu borç (deyn) olan kefalet akdinin şartlarından birincisi borcun sahih ve hâlihazırda mevcut olmasıdır. Sahih borç yaygın olarak ancak edâ veya ibrâ ile düşen borç olarak açıklanır. Kefil olunan şeyin asıl borçlunun ödemekle yükümlü olduğu bir borç (ayn veya deyn) olması gerektiği konusunda Hanefî mezhebi ile Şâfiî mezhebi ilke olarak aynı görüştedir. Ancak bu ilkenin uygulamasında ayrıntılara inildiğinde bazı farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Ebü Hanîfe, borcun mevcut ve sahih olması şartının bir sonucu olarak düşmüş (sâkit) borca ve zayıf borca kefaleti sahih görmez. Borcunu ödemeye yetecek mal bırakmadan ölen kimseye (müflis ölü) kefaletin sahih görülmemesi bu borcun sâkit olduğu gerekçesine, henüz mahkemece veya tarafların anlaşmasıyla karara bağlanmamış evlilik nafakası gibi borçlara kefaletin sahih görülmemesi de bu borçların zayıf olduğu gerekçesine bağlanmaktadır (Haskefi, V, 283). Ebü Hanîfe'nin müflis ölü ile ilgili görüşünün bir diğer gerekçesi de ölüm sebebiyle müflis ölünün zimmetinin, kefaletin "zimmeti zimmete eklemek" anlamının gerçekleşmesine imkân vermeyecek ölçüde harap olmasıdır. Ebü Yûsuf ve Muhammed ile diğer üç mezhep imamı, zimmetindeki borcun sabit olduğu ve düşmesini gerektirecek bir sebep bulunmadığı gerekçesiyle müflis ölüye kefaleti sahih görmüşlerdir. Çoğunluğun bu konudaki bir gerekçesi de Hz. Peygamber'in borçlarını ödemediği ölen birinin cenaze namazını kıldırarak istememesi üzerine Ebü Katâde'nin bu borcu ödemeyi üstlenmesinden sonra kıldığı rivayettir (Buhârî, "Havâlât", 3, 6).

Evlilik nafakasına kefalet konusunda nafakanın geçmişe ilişkin olması ile geleceğe ilişkin olması arasında ayırım yapılmış ve geleceğe ilişkin nafakanın kefaleti sahih görülmüştür. Geçmişe ilişkin nafaka borcuna kefalet, tarafların anlaşma-

larıyla veya mahkeme kararıyla belirlenmiş olması şartıyla -her ne kadar edâ ve ibrâya ilâve olarak ölüm ve boşanma sebebiyle de düştüğü için sahih borç tanımına uymasa da- istisnâ olarak istisnânen câiz görülmüştür. Şâfiî mezhebinde ise borcun sabit ve lâzım olması şart koşulduğu için henüz vâcip olmamış bir borç olan geleceğe ilişkin evlilik nafakasına kefalet sahih görülmemiştir. Mâlikîler'e ve Hanbelîler'e göre borcun hâlihazırda mevcut olması şart olmayıp ileride gerçekleşecek bir borca kefil olmak da mümkündür.

3. Borcun güç yetirilebilir olması. Kefalet konusu olan şeyin kefil açısından güç yetirilebilir ve kefilin tahsil edilebilir olması şarttır. Bu şart had ve kısasa kefaletin sahih görülmemesinin sebebinin de açıklar. Ancak cezalandırılması gereken birinin şahsına kefil olmak, cezanın mahiyetine göre ayrıntılarda farklılıklar olmakla birlikte sahihtir. Nerede olduğu bilinmeyen birinin şahsına kefalet, içerdiği cehalet yanında teslimin imkânsızlığı sebebiyle sahih görülmez. Mahpus ve gâibe kefaletin çoğunluk tarafından kabul edilip Ebü Hanîfe tarafından kabul edilmemesi muhtemelen teslimdeki güçlük sebebiyledir (İbn Kudâme, VII, 98).

4. Bilinmezliğin olmaması. Kefaletin konusuna ilişkin bilinmezlikle (cehalet) kefil olunan şahsın ve adına kefil olunan borçluya ilişkin bilinmezliğin kefalet akdinin sıhhatine etkisi, akdin mahiyetine ilişkin görüşlerine paralel olarak mezhepler açısından farklı değerlendirmelere konu olmuştur. Kefaletin konusu şahıs ise teslimi taahhüt edilen bu kişinin şahsen ve mekânca tanınması şartı aranır. Bir mal borcu bulunan kimsenin şahsına kefalet kefil açısından kural olarak malî yükümlülüğe dönüşmeyeceğinden üzerindeki borcun miktarının kefil tarafından bilinmesi şart değildir. Mala kefalette ise kefaletin konusu olan malın mâlûm olması Şâfiî dışındaki çoğunluğa göre şart olmayıp meçhule kefalet de câizdir (*Mecelle*, md. 630). Çoğunluğun bu konudaki temel iki gerekçesinden biri kefaletin teberru mahiyetli olması, diğeri de benzer bir bilinmezlik içermesine rağmen câizliği konusunda icmâ bulunan damânû'd-derek uygulamasıdır (bk. DEREK). Bilinmezlik ve zarar riski içermesine rağmen derek sahih görülüyorsa buna kıyasla kefaletin zarar ve riske ta'lik edilmesi de mümkündür. Şâfiî ise alım satımdaki bedele (semen) kıyasla kefaletin konu-

sunun da biliniyor olması gerektiğini öne sürmüş, damânü'd-dereki bu hükümden icmâ sebebiyle istisna etmiştir. Süfyân es-Sevrî, İbn Ebû Leylâ ve İbnü'l-Münzir en-Nisâbüri gibi fakihlerin görüşü de bu doğrultudadır.

Şâfiî mezhebinde yaygın olan görüşe göre kefil olunacak şahsın tanınması şart görülmezken Hanefiler borçlunun tanınmasını sadece şarta veya süreye ta'lik edilmiş kefaletin sıhhati açısından şart görürler ve alacaklının bilinmemesinin mutlak muallak ayırımı olmaksızın kefaletin sıhhatine mâni olduğunu savunurlar (İbn Âbidîn, V, 305, 307). Hanbelîler ise alacaklının mâlûm olmasını şart koşmazlar.

**Hükümü.** Talepte bulunma hakkı hususunda kefilin zimmetini asilin zimmetine eklediğinden, yani sorumluluğu borçlunun uhdesinden alıp kefilin uhdesine nakletme şeklinde değil kefilin sorumlulukta borçluya ortaklığı ve dayanışma esasını üzerine kurulduğundan kefalet akdinin hükümü alacaklının kefiliden talepte bulunma hakkını doğurmasıdır. Bu talep hakkının doğum anı mala kefalette hakkın / borcun ikrar veya beyine ile sübut bulunduğu andır. Alacaklı asıl borçludan veya doğrudan kefiliden talepte bulunmak konusunda muhayyerdir, hatta isterse ikisinden birlikte talepte bulunabilir. Kefile kefil olunması durumunda da bu muhayyerlik hükümü geçerlidir. Bu konuda Hanefî, Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri arasında görüş ayrılığı yoktur. Ancak Mâlik'ten gelen ikinci bir rivayete göre borçlunun hazır ve zengin olması durumunda, yani alacağın onun malından tahsil edilmesi imkânı bulunduğu anda alacaklı ancak borçludan talepte bulunabilir. Bu yaklaşım kefaleti bir bakıma rehin anlamında bir güvenceye dönüştürmektedir.

Kefilden talepte bulunma hakkının hukukî temeli konusunda kesin çizgilerle ayrılması güç olsa da iki anlayıştan bahsetmek mümkündür. Bunlardan birincisine göre kefalet akdiyle borç kefil hakkında sabit kılınmayıp alacaklıya kefiliden talepte bulunma hakkı verilmektedir. Diğer anlayışa göre ise kefalet akdiyle birlikte borç asıl borçlu yanında kefilin zimmetinde de sabit olmakta ve bu hal alacaklıya talep ve gerektiğinde tahsil etme hakkını vermektedir. Bu iki yaklaşım arasında önemli bir farkın bulunmadığı söylenebilir de kefilin ödeme yapmaki durumunda kalmamasının hukukî temelini açıklama noktasında ikincisinin zâhiren daha elverişli olduğu söylenebilir. Ayrıca

kefilin henüz kendisinden bir ödeme talebinde bulunulmadan borçludan borcunu ödemesi talebinde bulunup bulunamayacağı konusu da bu iki yaklaşıma göre farklılık gösterecektir. Nitekim ikinci anlayışın savunucusu olan Hanbelî mezhebindeki ağırlıklı görüşe göre alacaklı kendisinden talepte bulunmadığı sürece kefilin borçludan talepte bulunma hakkı yoktur (İbn Kudâme, VII, 91-92).

Ebû Sevrî, İbn Ebû Leylâ, İbn Şübrüme, Dâvûd ez-Zâhirî, İbn Hazm gibi fakihlerin temsil ettiği bir başka anlayışa göre kefalet akdinin kurulmasıyla birlikte borç asıl borçludan düşüp bütünüyle kefilin zimmetine intikal edeceğinden tıpkı havalede olduğu gibi artık alacaklı bu borçla ilgili olarak asıl borçluya veya onun vârislerine rüçü edemez, dolayısıyla da kefil olunan şahsın hazır veya gâib, zengin veya fakir olmasına bakılmaksızın alacaklı hakkını kefiliden talep eder. Aynı şekilde kefil de yüklendiği borç hususunda asıl borçluya ve vârislerine rüçü edemez. Teslimine kefil olunan malın telef olması durumunda kefil için bir sorumluluk doğmaz (*Mecelle*, md. 631). Serahsî'nin mahallin fevatinin kefaleti iptal edeceği şeklindeki ifadesi bu bağlamda değerlendirilebilir (*el-Mebsûât*, XX, 31).

Şahsa kefaletin hükümü kefil olunan kişiyi getirmekten (ihzâr) ibarettir (*Mecelle*, md. 642). Birini getirme görevinin boyutları ve getirme borcunun ifa edilememesi durumunda kefil aleyhine malî bir sorumluluk doğup doğmayacağı konusunda üç temel görüş bulunmaktadır. **a)** Getirmeyi tekeffül ettiği şahsı getiremeyecek olursa onun borcunu ödemek durumunda kalır. Çünkü kefilin aldatılmış olması aldatmış olmasından daha uygundur. Ancak akdin yapılışı sırasında ilgili kişiyi getiremediği takdirde malî bir sorumluluk kabul etmeyeceğini şart koşmuşsa ödeme ile yükümlü olmaz. Mâlik'in ve Medine ehlinin görüşü bu doğrultudadır. **b)** Getirilmesi taahhüt edilen kişiyi getiremediği takdirde kefil o kişinin yerini öğrenip getirinceye yahut öldüğü anlaşılıncaya kadar hapsedilir. Ebû Hanîfe ve Irak ehlinin savunduğu bu görüşün gerekçesi şudur: Kefil sadece ilgili şahsı getirmeyi üstlenmiştir. Akid esnasında şart olarak belirtilmediği sürece birini getirme borcu malî bir sorumluluğa dönüşmez. Nasıl ki mala kefalette malî ödemediği takdirde hapsediliyorsa şahsa kefalette de ancak ilgili kişiyi getiremediği takdirde hapsedilebilir. Getirme için muay-

yen bir vaktin öngörülmüş olması durumunda bu vaktin aşılmasının sonucu da Hanefiler arasında tartışmalıdır. Bazıları bu durumda kefilin derhal hapsedileceğini, bazıları da ona bir süre daha tanınacağını öne sürmüşlerdir. Kefilin ilgili kişiyi getirmemesinin kendi kusurundan değil işin zorluğu veya imkânsızlığının sebep olduğu acziyetten kaynaklandığı hâkim nezdinde sübut bulursa hâkim kefilî serbest bırakır. Ayrıca teslimine kefil olunan borçlunun yeri bilinmiyorsa kefil onu getirmekten sorumlu olmaz (*Mevsîlî*, II, 167-168; *Mecelle*, md. 651). Şâfiîler'in görüşü bu konuda Hanefiler'e yakın olup kefil tekeffül ettiği şahsı getirememesi halinde hapsedilir ve şahsın ölümü gibi bir sebeple getirmesi imkânsız hale gelirse malî bir sorumluluğa muhatap olmaz. **c)** Ebû Ubeyd Kâsım b. Sellâm'a göre kefilin sorumluluğu yerini ve getirebileceğini bildiği takdirde bu şahsı getirmektir. Hapis cezası ancak getirmesi mümkünken getiremediği takdirde söz konusu olabilir.

Şahsa kefalet kural olarak malî bir sorumluluk yüklememekle birlikte getiremediği veya belirlenen vakitte getiremediği takdirde borçlunun borcunu ödemeyi üstlenen kefil, taahhüdünü gerçekleştirmezse şahsa kefalet mala kefalete dönüşeceğinden borcu ödemek durumundadır. Bu şartla yapılan bir kefalet akdinde kefilin ölmesi halinde aynı sorumluluk vârislerine intikal eder ve belirlenen vakitte kişiyi getirmezlerse borç terekeden ödenir (İbn Kudâme, VII, 96).

Teslim için özel bir yerin şart koşulmamış olması durumunda kefil olunan kişinin mahkemeye çıkarılması mümkün olan bir yerde alacaklıya teslim edilmesiyle alacaklının bu teslimle ilişkin rızası aranmaksızın kefil görevini yerine getirmiş sayılır. Muayyen bir şehirde veya mahkemede teslim şart koşulmuşsa bu şartlara uyulması gerekir (*Mecelle*, md. 663; teslimle ilgili diğer özel hükümler için bk. *a.g.e.*, md. 664-665).

**Kefilin Rücû Hakkı.** Borçluya tanınan sürenin dolmasından önce kefilin kefaletten rücû hakkının bulunmadığı konusunda görüş birliği mevcuttur. Kefilin herhangi bir ödeme yapmadan veya asıl borçluya tanınan ödeme süresi dolmadan borçludan talepte bulunup bulunamayacağı tartışmalıdır. Kefilin alacaklıya ödemedi bulunması durumunda asıl borçluya rücû hakkının bulunup bulunmadığı büyük ölçüde kefalet akdinin ve ödemenin borçlunun izniyle gerçekleşip



## KEFALET

gerçekleşmemesine ve bazılarında göre kefilin hangi niyetle ödeme yaptığına bağlı olarak sonuca bağlanmaktadır.

İbn Kudâme'ye göre kefil ödemedi, rü-cû etmeyi akıldan geçirmeksizin sırf te-berru kabilinden yapmışsa bu nâfile ibadet yerine geçer ve hiçbir şekilde borç-luya rü-cû etmez. Kefaletin ve ödemenin borçlunun izniyle yapılmış olması bu so-nucu değiştirmez. Kefil rü-cû etme niye-tiyle ödemedi bulunmuşsa dört durum söz konusudur. 1. Kefalet ve ödeme borç-lunun talebi üzerine olmuşsa kefil borç-luya rü-cû edebilir. Mâlik, Şâfiî, Ahmed b. Hanbel ve Ebû Yûsuf bu görüştedir. Ebû Hanîfe ile İmam Muhammed ise genel olarak aynı görüşte olmakla birlikte borç-lunun kefalet talebinde kullandığı ifadeyi dikkate alarak kefilin rü-cû hakkının doğa-bilmesi için kefalet talebi sırasında borç-lunun kefile sadece, "Şu meblağ beni-m adıma öde" demiş olmasını şart koşmuş-lar, yalnızca, "Şunu öde" denilmesi üzeri-ne yapılan ödemenin rü-cû hakkı doğur-mayacağını belirtmişlerdir. Mâlik'e göre ise rü-cû hakkının doğması için bunların hiçbirisi şart değildir. 2. Kefalet borçlu-nun talebi üzerine olmuş, fakat ödeme izinsiz yapılmışsa Mâlik ve Ahmed'e ve bir rivayette Şâfiî'ye göre kefilin rü-cû hakkı vardır. Çünkü kefalet talebi ödeme emrini de içerir. 3. Kefalet izinsiz, ödeme talep üzerine olmuşsa Ahmed'e göre rü-cû eder, Şâfiî'ye göre rü-cû edemez. 4. Hem kefalet hem ödeme talep üzerine olma-mışsa Mâlik, İshak b. Râhûye ve bir riva-yette Ahmed'e göre rü-cû eder. Ebû Ha-nîfe, Şâfiî, İbnü'l-Münzir en-Nisâbüri ve diğer rivayete göre Ahmed aksi görüştür.

Kefilin üstlendiği borcu ödeyip asıl borçlunun borçtan kurtulması durumunda ondan ne talepte bulunacağı da tartışma konusu olmuştur. Çoğunluğa göre kefil olunan borç veya ödemediğinden hangisi daha az ise kefil borçludan onu talep edebilir. Borç az olup kendisi fazla ödemişse borç tutarını aşan bu fazlalığı borç-ludan talep edemez. Ödediği miktar kefil olunan miktardan az olması durumunda kefil olunan miktarı değil ödemediği miktarı talep edebilir. Kefilin rü-cû edemeyeceği durumlar da vardır. Kira ücretine kefil olup ücretin kiracıya vâcip olmasından önce ödemedi bulunması durumunda rü-cû edemez.

**Sona Ermesi.** Kefalet, asıl borcun sona ermesiyle son bulacağı gibi asıl borçtan bağımsız olarak kendine özgü hallerle de sona erebilir (*Mecelle*, md. 659-662, 669).

Kefalet akdini sona erdiren başlıca sebepler şunlardır: a) Borcun ödenmesi veya şahsın teslimi. Borcun borçlu tarafından ifası durumunda kefalet fer'î bir borç olduğu için asıl borcun sona ermesine bağlı olarak, borcun kefil tarafından ödenmesi durumunda gereğinin yerine gelmesinin neticesinde sona ermiş olur. Şahsa kefalette şahsın teslim olması veya teslimin kefil tarafından gerçekleştirilmesi ifa olarak değerlendirilebilir. Teslim için bir vak-tin öngörüldüğü durumlarda üzerinde anlaşılardan günden önce gerçekleşen teslimde alacaklının kabulü olmasa bile kefil ber'î olur (*a.g.e.*, md. 665). b) İbrâ. Alacaklının asıl borçluyu veya kefilini ibrâ etmesi kefalet akdini sona erdirir. c) Kefaletin sebebini teşkil eden borcun ortadan kalkması. Satılan bir malın bedeline kefil olunması durumunda, müşterinin bedeli ödeme borcunu kaldıran bir sebebin ortaya çıkmasıyla meselâ satım akdinin feshedilmesiyle veya mebin istihkak sebebiyle müşteriden alınmasıyla veya satın alınan malın ayıp sebebiyle iade edilmesiyle kefil kefaletten ber'î olur (*a.g.e.*, md. 671). Borcun havalesini de bu kapsamda değerlendirmek mümkündür. Borcun başka birine havalesi hem asıl borçluyu hem de kefilini borçtan ber'î kılar. d) Taraflardan birinin ölümü. Taraflardan birinin yani kefil, alacaklı ve esasında taraf olmamakla birlikte maddî olarak taraf sayılabilecek olan borçlunun ölümünün akde etkisi kefaletin türüne göre değişiklik gösterir. Alacaklının ölümü kefaleti sona erdirmez ve hak alacaklının vârisleri için devam eder. Bu konuda mala kefaletle şahsa kefalet arasında fark yoktur (*Mevsîlî*, II, 168). Mala kefalette kefilin ölmesi de onu borçtan ber'î kılmaz; kefil olduğu miktar terekesinden alınır (*Mecelle*, md. 670). Bu noktada mezhepler arasında görüş birliği vardır. Kefil olunan borç vadeli ise kefilin ölümüyle süre dolmuş sayılır ve alacaklı alacağını terekeden alır. Vârisler, ancak borcun kararlaştırılan süresinin bitiminde asıl borçluya rü-cû edebilirler. Züfer b. Hüzeyl ve bir rivayette Hanbelîler'e göre süre aynı zamanda kefil için de bir hak teşkil ettiğinden kefilin ölümüyle süre dolmuş sayılmaz. Hanbelîler'den gelen diğer rivayete göre ise eğer vârisler bir rehin veya zengin bir kefil vermişlerse kefilin ölümü durumunda borcun vadesi dolmuş sayılmaz. Mâlikîler, kefilin borcun vadesinin dolmasından sonra ölmesini ayrı değerlendirerek bu durumda alacaklının, asıl borçlu hazır ve ödeme gücüne sahip iken kefilin vârisle-

rinden bir talepte bulunamayacağını belirtmişlerdir. Borcun akidle kefile intikal ettiğini düşünen Zâhirîler'e göre kefilin ölmesi durumunda alacak terekeden tahsil edilir ve vârislerin asıl borçluya rü-cû hakkı yoktur.

Şahsa kefalette kefilin ölmesinin akde etkisi konusundaki iki görüşten biri kefaletin bâtil ve kefilin ber'î olacağı, diğeri de teslim borcunun vârislere intikal edeceği doğrultusundadır. Hanefî ve Şâfiîler'e göre kefilin ölümüyle şahsa kefalet bâtil olup kefilin zimmeti borçtan ber'î olacağından alacaklının kefilin terekesinde bir hakkı bulunmaz. Çünkü kefil teslimini üstlendiği şahsı getirmeye muktedir değildir ve malı da getirme borcunu ifaya uygun değildir. Mâlikî ve Hanbelîler'e göre ise ilgili şahsı teslim borcu kefilin ölümüyle düşmez ve zimmeti bu borçtan ber'î olmaz, vârislerin bu şahsı getirip teslim etmeleri talep edilir. Eğer vârisler için bu mümkün olmazsa veya çok zor olursa borç terekeden alınır. Mâlikîler'e göre ayrıca şahsa kefalette sürenin dolmasıyla birlikte vârislerden borçluyu getirip teslim etmeleri istenir. Getiremedikleri takdirde kendileri borçlu olurlar. Eğer süre henüz dolmamışsa borç miktarı kefilin terekesinden ayrılarak vadenin dolmasına kadar saklı tutulur (*Serahsî*, XX, 32; *Mevsîlî*, II, 168).

Mala kefalette borçlunun kaybolması veya ölmesi durumunda kefilin borç hususunda borçlunun yerine geçeceğinde görüş birliği bulunmaktadır (İbn Rüşd, II, 248). Vadeli bir borca kefalette asıl borçlunun ölmesi durumunda borç muacceliyet kesbeder ve alacaklı borçlunun bir terekesi varsa alacağını oradan tahsil eder. Kefil açısından ise vade dolmuş olmayacağından öngörülen sürenin dolmasına kadar alacaklının bu durumda kefile rü-cû hakkı yoktur. Kefil sürenin dolmasından önce ödemedi bulunacak olursa teberru-da bulunmuş olur. Böyle bir durumda kefilin borçlunun vârislerine hemen mi yoksa sürenin dolmasından sonra mı rü-cû edeceği doktrinde tartışmalıdır (İbn Kudâme, VII, 83-84).

Şahsa kefalet teslimine kefil olunan kişinin ölümüyle sona erer ve kefil ber'î olur. Hanefî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde genel kabul gören görüş budur. Teslimine kefil olunan kişinin hazir iken ölmesi durumunda Mâlikî mezhebinin görüşü de bu doğrultudadır. Ancak teslimine kefil olunan kişinin gâibken ölmesi halinde Mâlikî mezhebinde iki yaklaşım bulunmaktadır. Bazıları tıpkı gâib değil-

ken ölmesi durumunda olduğu gibi kefaletin sâkıt olacağını, bazıları da sâkıt olmayacağını ve eğer ihmali varsa kefilin borçlu duruma düşeceğini ileri sürerler (a.g.e., VII, 88; Mevsiî, II, 168).

Teslimine kefil olunan malın telef olması da kefaleti sona erdiren bir başka sebeptir. Bir malın teslimine kefil olunması durumunda tıpkı şahsa kefalette kefil olunan şahsın ölmesi halinde olduğu gibi teslimine kefil olunan malın telef olması durumunda kefile bir şey lâzım gelmez (*Mecelle*, md. 631).

**Teminat Mektubu.** Karşılık beklemeksizin yardımlaşma ve dayanışma anlayışının çeşitli sebeplerle gerilemesi, fıkıh doktrininde teberru esası ekseninde ele alınan kefalet anlayış ve uygulamasının günümüzde büyük ölçüde ortadan kalkmasına yol açmıştır. Bir teberru mahiyeti içeren kefalet akdi yerine artık alacaklar teminat mektubu vb. usullerle güvenceye bağlanmaktadır. Genel olarak "resmî veya özel kuruluşlara verilen ve gerektiğinde tutarı mektubu veren banka tarafından herhangi bir şarta bağlı olmaksızın nakde çevrilme garantisi taşıyan mektup" diye tanımlanan teminat mektubu çağdaş araştırmacıların çoğunluğu tarafından genellikle kefalet akdiyle bağlantılı olarak ve onun hükümleri çerçevesinde değerlendirilirken bazıları bunun mahiyeti itibarıyla kefaletten farklı olduğunu, dolayısıyla ayrıca ele alınıp değerlendirilmesi gerektiğini öne sürmüşlerdir. Yeni çalışmalarda teminat mektubunda görülen problemler durumlarının başında teminat mektubunun teberru mahiyetli kefaletin aksine bir ücret mukabilinde yapılması gelmektedir. Konuyu kefalet hükümleri çerçevesinde ele alanların bazıları bunu câiz görmezken diğerleri ihtiyaç, zaruret gibi gerekçelerle meşrulaştırmaya çalışmışlar, ücretle vekâlete benzetenler ise sunulan birtakım hizmetlerin karşılığı olmak üzere teminat mektubu mukabilinde alınan ücrete karşı çıkmışlardır.

#### BİBLİYOGRAFYA :

Buhârî, "Tâlâk", 25, "Edeb", 24, "Havâlât", 3, 6; Müslim, "Zühd", 42; İbn Mâce, "Diyât", 36, "Şadaqât", 9; Ebû Dâvûd, "Büyû", 39, 88, "Veşâyâ", 5; Tirmizî, "Büyû", 39, "Veşâyâ", 5; Ebû Yûsuf, *İhtilâfû Ebi Hanîfe ve İbn Ebî Leylâ* (nşr. Ebû'l-Vefâ el-Efgânî), Kahire 1357, s. 54-57; a.m.f., *el-Âşâr* (nşr. Ebû'l-Vefâ el-Efgânî), Kahire 1355, s. 160, 188, 191; Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî, *el-Câmi'ü's-Şağîr*, Beyrut 1406/1986, s. 369-381; a.m.f., *el-Aşl* (nşr. Ebû'l-Vefâ el-Efgânî), Beyrut 1410/1990, III, 309-311; IV, 53-58; Taberî, *İhtilâfû'l-*

*fukahâ'*, Beyrut, ts. (Dârü'l-kütübü'l-İlmiyye), s. 186-302; Tahâvî, *el-Muhtaşar* (nşr. Ebû'l-Vefâ el-Efgânî), Kahire 1370/1950, s. 101-106; Ebû Hilâl el-Askerî, *el-Furûk fi'l-luğa*, Beyrut 1403/1983, s. 201-202; İbn Hazm, *el-Muḥallâ*, VIII, 110-122; Ebû Ca'fer et-Tûsî, *en-Nihâye fi mücerredü'l-fikh ve'l-fetâvâ*, Beyrut 1400/1980, s. 314-316; Şirâzî, *el-Muhezzeb*, Kahire 1976, I, 447-453; Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 116; XIX, 160-189; XX, 2-133; XXI, 63, 69; Ebû Bekir İbnü'l-Arabî, *Aḥkâmü'l-Kur'ân* (nşr. Ali M. el-Bicâvî), Kahire 1394/1974, III, 1095-1096; Kâsânî, *Bedâ'î'*, VI, 3; Burhâneddin el-Merginânî, *el-Hidâye* (İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-kadir* [Bulak] içinde), VI, 283; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 247-250; İbn Kudâme, *el-Muğnî* (nşr. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî - Abdülfettâh M. el-Hulvî), Kahire 1989, VII, 56, 71-108; Nevevî, *el-Mecmû'*, XIV, 3-7; Mevsiî, *el-İhtiyâr*, Kahire 1370/1951, II, 166-173; Beyzâvî, *el-Gâyetü'l-kuşvâ* (nşr. Ali Muhyiddin el-Karadâğî) [baskı yeri ve tarihi yok] (Dârü'n-nasr), I, 529-535; İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-fikhiyye*, Beyrut, ts. (Dârü'l-kütübü'l-İlmiyye), s. 213-214; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-kadir* (Bulak), VI, 282-345; Molla Hüseyin, *Dürrü'l-hükkâm*, İstanbul 1310, II, 295-307; Rassâ', *Şerḥu Hudüdi İbn 'Arafe* (nşr. Muhammed Ebû'l-Ecfân - Tâhir el-Ma'mûrî), Beyrut 1993, II, 423-430; İbrâhim b. Muhammed el-Halebî, *Mülteka'l-ebhur*, İstanbul 1315, s. 246-254; Abdurrahman Şeyhizâde, *Mecma'u'l-Enhur*, İstanbul 1316, II, 123-146; *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, III, 252-295; Haskefî, *ed-Dürrü'l-muhtâr* (İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr* [Kahire] içinde), V, 283, 290, 297-298, 301, 304; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr* (Kahire), V, 281-339; *Mecelle*, md. 612-672; Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-Fikhü'l-İslâmî fi şubihü'l-cedid*, Dimaşk 1967-68, I, 541-543; II, 1008; Ali el-Haffî, *ed-Damân fi'l-fikhü'l-İslâmî*, Kahire 1971-73, I-II; Abdülhâlik Hasan Ahmed, *el-Kefâle*, Kahire 1986; Ali Ahmed es-Sâlûs, "el-Kefâle beyne'l-fikh ve'l-kanûn", *Hauliyyetü Külliyyeti's-Şerî'a ve'd-dirâsâti'l-İslâmiyye*, sy. 3, Devha 1984, s. 227-264; "el-Kefâle", *Mu.F.*, XXXIV, 287-320.



H. YUNUS APAYDIN

## KEFÂRET

(الكَفَّارَةُ)

Dinin  
belirli yasaklarının ihlâli durumunda  
yapılması istenen  
malî veya bedenî ibadet.

Sözlükte "örtmek, gizlemek, inkâr etmek" mânasındaki küfr kökünden gelen kefâret (keffâret) günah ve hataları örtücü, telâfi edici kurban, sadaka, oruç gibi davranışları ifade etmektedir. Kefâret kelimesinin Arapça'ya "günahları telâfi etme, ortadan kaldırma" anlamına gelen İbrânice kappârâ ve onun kökü olan kipperden geçtiği ileri sürülmektedir. Sür-yânice (kefar) ve Asurca (kapâru) gibi dillerde de ses ve mâna benzerliğiyle aynı

kelimenin varlığı bunun menşeinin tesbitini zorlaştırmakta (*Eİ²* [İng.], IV, 406; *ERE*, V, 654), ancak İbrânice kipper ile Akkadca kuppuru arasında ilgi kurulmaktadır (*DBS*, III, 50).

Kefâretin kaynağı konusunda dinler arasında farklılıklar vardır. Bazı dinlerde, Tanrı'nın yapılan yanlışı telâfi etmeye yönelik emri ve günaha düşenlerin vicdanı kefâretin kaynağı olarak görülmektedir. Kefâretin kaynağını sadece toplumsal felâket ve hastalıklardan kurtulma arzusu-na dayandıran inançlar da bulunmaktadır. Bu anlayışın en belirgin örneklerine ilkel kabile inançlarında rastlanır (Parrinder, s. 73; Brown, s. 22). Aslında birçok dinde toplumun başına gelen felâket ve hastalıklar, insanları Tanrı'nın istemediği bir işi yapmak suretiyle O'nu öfkelen-dirmesinin sonucu olarak görülür. Bu öfkeyi toplumdaki uzaklaştırmak, Tanrı ile yeniden barışmayı sağlamak ve O'nun nimetlerinden mahrum kalmamak maksadıyla çeşitli kefâret eylemleri yapılır. Bu eylemler yalvarma, takdimeler sunma, kurbanlar kesme ve günahları kurban olarak seçilen hayvanlara yükleme ritüelleri şeklinde icra edilmektedir (Jeavons, s. 9, 12, 32; Brown, s. 23, 33). İkel kabile insanları arasında kurban en etkili kefâret vasıtası olarak görülür. Meselâ Orta Afrikalı kabilelerden Dinkalar'da, işlenen günahlar yüzünden topluma musallat olduğuna inanılan hastalık ve felâketler toplumsal kurban âyinleriyle uzaklaştırılmaktadır. Bu telakkide insana gelen hastalık ya da felâket bir boğaya yüklenmekte, çeşitli dualardan sonra boğa Tanrı Nihalik'e kurban olarak takdim edilmektedir (Brown, s. 22-23). Gana'daki Galar arasında ise suç işleyeninin suçunu itiraf ederek çeşitli kefâret eylemlerini gerçekleştirmesi gerekmektedir. Bu amaçla günahkâr kimse biri erkek, diğeri dişi iki kuşla bir keçiyi kefâret vasıtası olarak getirmekte, günahkâr, boğazlanan keçinin kanının akıtıldığı kutsal su ile banyo yaparak arınmaktadır (a.g.e., s. 33).

Sanskrit dilinde kefâret karşılığında kullanılan ve günahların çeşitli yollarla telâfi edilmesine ima eden prayaschitta terimine bu anlamıyla ilk defa Sama Veda'nın tefsiri olan Samavidhana Brahmana'da rastlanır. Milâttan önce II. yüzyıl ile milâttan sonra I. yüzyıl arasında kayda geçirilen Manu kanunları da kefâret ve tövbe konusuna temas etmektedir.

Kefâret kavramı Hinduizm'deki kutsal kanunun (dharma) üç temel unsurundan