

11. KEFALET AKDİ

11.1. Tanımı

Kefalet, sözlükte, katmak, ilave etmek” (الضم), doyurmak ve bakımını üstlenmek, garanti etmek ve temin etmek anlamlarına gelir. Fıkıh literatüründe bazı kullanım farklılıklarıyla birlikte, “daman”, “ziâme” ve “hamâle”, “kabâle”, “izâne” ve “sabr” kelimeleri de kefalet için kullanılmıştır. Dilciler bu kelimelerin eş anlamlı kabul etmişlerdir. Bununla birlikte Hanefi literatürü “kefalet” kavramını tercih ederken diğer mezhepler özellikle mala kefaleti “daman” ve “hamâle” kavramı ile incelemeyi seçmişlerdir.

Bir teminat akdi olarak kefaletin tanımı hususunda İslam hukukçuları arasında iki temel yaklaşım vardır. Bir kısmı kefaletin tanımını yaparken “mutalebe hususunda zimmetin zimme te ilave edilmesi”dir. Kefalet demek borcun yüklenilmesi borcun üstlenilmesi demek değildir. Sadece alacaklı tarafından kendisinden borcun talep edilebilmesiyle ilgili bir yetki doğuran sözleşmedir. Bir kısım hukukçular da aslında kefalet kefilin zimmetinin borçlunun zimmetine ilave edilmesidir derler. Böyle anlayanlara göre bir kimse kefil olduğu zaman sadece kendisinden borcun talep edilmesi hususunda bir yükümlülük altına girmez. Aslında aynı zamanda bir borçlu haline gelir. Ve asıl borçluyla beraber borçlu gibi değerlendirilir denilir. Yani iki temel yaklaşım vardır. Yaygınlık kazanan yaklaşım kefilin zimmetinin borçlunun zimmeti gibi borçla dolmasıdır. Bu taraf daha ön plandadır. Hanefilerde bu iki tanım vardır. Diğer mezhepler zaten doğrudan ikinci tanıma yaklaşmışlar “başkasının zimmetinde sabit bir hakkı yüklenme veya üzerinde borç olan şahsı ya da aynı hazır etmeyi üstlenmek” şeklinde tanımlamışlardır. En açık tanımlardan biri şöyledir: “Kefalet, Kefilin zimmetini borçlunun zimmetine borcunu yüklenme hususunda ilave etmektir.

11.2. Meşruiyeti

Kefalet akdinin meşruiyeti kitap, sünnet ve icma ile sabittir. Akdin meşruiyetinin kitaptan delili, Yusuf (a.s)ın kıssasında geçen bir ayetteki “Biz melikin tasını arıyoruz, kim onu getirirse bir deve yükü ödül vardır ve ben buna kefilim, dediler” Kur’an’da kefil kelimesi geçmez zaîm kelimesi geçer. Yine hadis de de zaîm kelimesi geçer. Hz. Peygamber’den rivayet edilen “Kefil borçludur” (الرَّعِيْمُ غَارِمٌ) hadisini de delil getirirler. Akdin meşruiyeti hakkında başvuru olan diğer bir haber ise şöyledir: “Hz. Peygamber’e bir cenaze getirilir. Hz. Peygamber, “geriye bir mal bıraktı mı?” diye sorar, “Hayır” derler. Hz. Peygamber, “borcu var mı?” diye sorar. “Üç dinar borcu var” denilir. Bunun üzerine “arkadaşınızın namazını kılın” buyurur. Ebu Katade, “namazını kıldırın, Ey Allah’ın Rasulü, borcunu ben üstleniyorum” deyince Hz. Peygamber namazını kıldırdı.” Bu ve buna benzer rivayetler kefaletin sünnette delilleri olarak gösterilir. İcma hususunda Müslümanlar herhangi bir itirazda bulunmamışlar. Herkes kefaleti meşru bir teminat olarak kabul edilir.

11.3. Terimler:

Kefil: Hukuki kişiliğini borcu güvencelemek için borçlunun hukuki kişiliğine ilave etmiş kişi.

Mekfûl ahn: Kendisine kefil olunan asıl borçlu

Mekfûl leh: Lehine kefil olunan alacaklı

Mekful bih: Kefilin teslim veya eda etmeyi üstlendiği akdin konusu

11.4. Mahiyeti ve Kuruluşu

Kefalet akdi, teminat akitlerindendir. Bir alacağı güvencelemek için teminat oluşturan bir akitir. Teminat ise kefilin zimmetinin borçlunun zimmetine ilave edilmesi suretiyle meydana geliyor. Bu özelliği ile kefalet akdi şahsi teminat akitleri arasında değerlendiriliyor. Kefâlet akti : 1- **Şahsi kefâletler**

2- **Aynî kefâletler** diye 2'ye ayrılır.

Mesela rehin akti bir aynî kefalettir. Bir malla borcu güvencelemektir. Fakat burda bir şahısla kişiyle güvence sağlamaya çalışılıyor. Yani burada alacaklı alacağını temin etmek için kefile bir yükleme yapıyor. Ve ona bir güvence sağlanıyor. Kefalet bir fedakârlıktır. Kefilin ücret almadan borçluya teminat sağladığı bir akitir. Kefalet akdi ibadet niteliği bulunan teberru akitleri arasında yer alır.

11.5. Unsurları

Unsur deyince Hanefiler buna rükün olarak bakarlar. Kefalet aktinin rükünü icab ve kabuldür. Fakat diğer mezhepler unsur kavramına yakın bir şekilde ele alırlar. Unsur kavramından yola çıkan mezheplerden Malikiler, kefalet akdinin unsurlarını, borçlu (madmun anh), alacaklı (madmun leh), kefil (dâmin) ve irade beyanı (siğa) şeklinde tayin etmişlerdir. Şâfiîler ise akdin unsurlarının, borçlu (madmun anh), alacaklı (madmun leh), kefil (dâmin) ve borç (madmun fih) olduğunu söylemişlerdir. Unsur kavramını esas aldığımızda kefalet akdinin unsurlarının taraflar (kefil ve alacaklı), irade beyanı ve borç olduğu söylenebilir.

Nasıl kurulur? Adamın kefil olduğunu beyan etmesiyle kurulur. Çünkü kefil hakkında oluşan mütalabe sorumluluğunda borçlunun bir zararı yoktur ve izni olmadan başkasının borcunu ödenmesi geçerlidir. Borcunu yüklenmek ise öncelikle geçerli olur.

Kefalet akdinin kurulması için alacaklının (mekfûl leh), icabın gerçekleştiği mecliste kabul mahiyetindeki irade beyanın gerekliliği hususunda ise İslam hukukçuları arasında görüş ayrılığı vardır. Yani lehine kefalet akti yapılan kişi bunu kabul etmeli mi? Etmemeli mi? (meclis içerisinde) Ebu Hanife ve Muhammed'e göre kefalet akdi, icabın yapıldığı mecliste alacaklının kabulüyle ancak kurulur. Ebu Yusuf'a göre ise, alacaklıya kefalet haberi ulaştığında icazet vermesi yeterlidir. Hatta Ebu Yusuf'un icazeti şart koşmadığı nakledilmiş tir. Mecelle, kefaletin kefilin icabıyla kurulduğunu, lehine kefil olunanın bunu reddedebileceğini, reddetmediği sürece kefaletin bâki kalacağını kanunlaştırmıştır. Mecelle, bu yaklaşımıyla, Ebu Yusuf'un görüşünü kanunlaştırmıştır.

Arapça metnin tercümesi

Sahih olmaz. Ancak teberru yapmaya ehil olan bir kimse kefil olursa sahii olur. Nefs hususun da cana ve mala kefalet caizdir. Şahsa kefil olunur. Şu sözle. Onun şahsına kefil oldum cümlesiyle. Yani kuru çıplak varlığına (demesiyle olur.) Vücutun tamamı yerine geçen herhangi bir uzvunu zikretmekle de olur. Yine şâyi bir parçasını söylemekle onun beşte birini ondan birinin kefiliyim derse de yine şahsa kefalet olur. Mala kefalette caizdir. Ortada sahii bir borç var ise.

Maliki, Şafî ve Hanbelî mezhepleri de alacaklının (mekfûl leh) kabulünü gerekli görmezler. Yalnızca kefilin borcu üstlenmesiyle kefalet işleminin tesis olacağını kabul ederler. Ancak bunlar Ebu Yusuf'tan farklı olarak alacaklının icazeti (onay) üzerinde durmazlar. Aslında kefil iradeyi kesin ortaya koyan kişidir. (ben ona kefilim dediğinde kurulur.) Kendisine kefil olunan kişinin bunu bilmesine gerek yok. Bir başkası onun borcunu ödemişse ödemiştir. Mekful leh'in bunu bilip ve kabul etmesine gerek var mı? Ebu Hanife ve Muhammed'e göre evet onun kabulü meclis içerisinde gereklidir. Çünkü bir akittir. Ebu Yusuf'a göre ise meclis içinde kabul şartı yoktur. Duyduğu zaman onay vermesi yeterlidir. Diğer mezheplerde Ebu Yusuf'a benzer görüşler. Mekful leh in kabulü gerekli değildir demişler. Fakat Ebu Yusuf en azından bir onay olmasını söylemiş. Bunlar bir onayın gerekliliği üzerinde durmamışlardır.

Akit teorisi açısından bu görüşlere baktığımızda, alacaklının kabulünü şart koşan hukukçuların, kefaleti bir akit olarak gördükleri anlaşılmaktadır. Bu hukukçulara göre kefalet akdi ile alacaklı bir tür "temlik" olan "mutalebeyi temlik" hakkını kazanmaktadır. Bu, yönü ile kefalet ıvazlı (bedelli) bir akit özelliği kazanmakta ve bu sebeple de her iki tarafın icab ve kabulü ile kurulabilmektedir. Bu hukukçulara göre bunun tek istisnası, maraz-ı mevtteki kişinin varislerine "borçlarını üstlenin (tekeffül)" demesi ve varislerin alacaklıların gıyabında bunu kabul etmeleridir. Kefaletin icab ve kabul ile kurulduğunu kabul eden hukukçular bu şekilde gerçekleşen işlemin, kefalet değil, gerçekte vasiyet olduğunu söyleyerek görünürdeki uyumsuzluğu gidermeye çalışırlar. Bu işlemde, kefalet lafzı kullanılmış olsa vasiyet anlamının bulunduğu görülür. Zaten akitlerde lafız ve kalıptan daha çok anlam ve maksada itibar edilir.

Kefilin tek taraflı olarak borcu üstlenmesi ile kefalet işleminin tesis edildiğini kabul eden hukukçular, kefaleti "bir borç yüklenme tasarrufu" (iltizam) kabul ederler. Kişinin tek taraflı iradesiyle borç yüklenebileceği ise hukukçular tarafından kabul edilen ortak bir yaklaşımdır. Bu yaklaşıma göre kefalet tek taraflı hukuki bir işleme dönüşmüş olmaktadır. Alacaklının kabulünü gerekli görmeyen Şâfiiler, kefilin alacaklıyı tanımasını ise şart koşarlar. Onlara göre bunun sebebi insanların alacakları hususunda farklı tutumlara sahip olmalarıdır. Buraya kadar okuduklarımızın özeti şudur:

- 1- Eğer mutlaka lehine kefil olan bunu kabul etmeli dersiniz akit olduğunu kabul etmiş olursunuz. Çünkü bir anlamda kişiyi borçlu hale getiriyorsunuz. Yok eğer kabulü şart değildir diyorsanız bu durumda da bir borç yüklenme işi olarak görüyorsunuz. Kefaleti bir borç yüklenme işi olarak görürseniz de bir kimse bir borcu tek başına yüklenebileceği için karşı tarafın kabulünü geçerli saymamış oluyorsunuz.

Kefalet akdinin taraflarının en önemli kişisi kefildir. Çünkü kefalet akdindeki en büyük risk kefil üzerindedir. Bu sebeple kefilin teberru ehliyetine sahip olması lazım. **(Buraya dikkat)** Yani akıl ve baliğ olup sefihlik sebebiyle hacr altına alınmamış olması (rüşd) gerekir. Bu sebeple küçük ve mecnun kişi kefil olamaz. Mümeyyiz küçük velinin emri ile bir malı tekeffül edebilir. Teberru mahiyetinde olmadığı için bu da bir anlamda geçerlidir.

Malikiler, kadın eşin (zevce), elindeki malın 1/3 kadarıyla kocasına veya başka bir şahsa kefaletinin, kocanın iznine gerek kalmadan, sahih olduğunu, bu miktarı aşan kefaletlerinin ise kocanın iznine bağlı olduğunu söylemişlerdir. Zevcenin malvarlığının 1/3'ünü aşan kefaletine

kocanın icazet vermemesi halinde akdin batıl olduğu görüşündedirler. Şâfiî hukukçular ise, teberru ehliyetine sahip zevcenin kefaletinin, kocanın izni şartı aranmadan ve herhangi bir sınırlama olmaksızın geçerli olduğu görüşündedirler. Hanefilerin, kefilin “hür bir mükellef olmasından başka bir şart aramadıkları dikkate alınırse zevcenin kefaletini geçerli gördükleri söylenebilir. **(buraya dikkat)**

Hanefi ve Malikiler, maraz-ı mevtteki kişinin yabancı kişiye kefaletini malının 1/3 ile sınırlarlar. Bu kişinin, varis lehine veya varisin bir işlemine kefil olmasını ise caiz saymazlar. Çünkü varisin mirasta payı vardır. Burada mal kaçırma düşüncesi olabilir. Ama yabancıya 1/3 kadar vasiyet yapma hakkı vardır. O hakkı muhafaza ediyorlar.

Bir konuda birden fazla kefalet caizdir. Kefaletle esas olan mutalebe hakkıdır. Bu hak kefil sayısının artırılması suretiyle çoğaltılmaya elverişlidir. Amaç kurulan akdi güvenceye kavuş turmak olduğundan kefillerden birinin borcu yüklenmiş olması diğerlerinin kefaletine zarar vermez. Bir akit ile birden fazla kişi kefil olmuş ise sorumluluğu payları oranınca paylaşırlar. Yani diyelim ki 100 bin liralık bir borç var. 5 kişi de bu borca kefil. 5 kişinin de kefaleti geçerli. Dolayısıyla biri öderse 5 kişi aralarında paylaşırlar. Kefaletin sıralı (müteselsilen) kurulması da aynı sebeplerle geçerlidir. Bu şekilde kurulan kefaletle, her bir kefil ile ayrı bir sözleşme yapılmıştır. Kefaletin kuruluşunun sıralı olması mutalebe hususunda da bu sıranın takibini gerekli kılmaz. Müteselsil kefaletle alacaklı kefillerin her birinden alacağının tamamını talep edebilir. Çünkü bu şekilde kurulan kefaletle bir önceki kefil, bir sonraki kefil bakımından asıl borçlu konumundadır. Dolayısıyla müteselsil kefalet yapıldığı zaman illâki sırayı takip etmek gerekmiyor. Hangi kefil olursa olsun bu kefilten alacağını tahsil edebilir.

Kefalet akdinde, örf ve adette akdin konusunu üstlenme anlamına gelen sarih veya kinayeli lafızlarla yapılmış irade beyanı geçerlidir. “Ben kefilim”, “borç/teslim üzerimdedir”, “tazmini bana ait” gibi lafızlar ile kefalet akdi kurulur.

11.5.2. Akdin Konusu

Kefalet akdi ile alacaklının kefil üzerinde sahip olduğu talepte bulunma (mutalebe) hakkı, şahsa kefaletle şahsı hazır etmektir. Eğer şahsa kefil olunmuşsa kefil olduğu yerde ve zamanda kefil olduğu şahsın kendisini hazır etmektir. Zimmette sabit borçlar (deyn) ve bizzat kendisi garanti edilen aynlarda (zimmette borç değil de hazırdaki bir eşyaya kefil olmuşsa) bedelin tazmini ve başkasıyla garanti edilen aynlarda aynın teslimi lazım gelir. O zaman :

- 1- Şahsın hazır edilmesi,
 - 2- Bedelin tazmini,
 - 3- Aynın teslimi
- diye 3 tane konusu vardır.

Şahsa kefalet ile ilgili hükümleri sonraya bırakıyoruz. Şimdi kefaletin daha çok gerçekleştiği mala kefaleti merkez alarak akdin konusunun üzerinde duracağız.

Bir akit kurdunuz . Bu akitte bir şeyi tazmin mi etme sorumluluğu üstlendiniz yoksa teslim mi etme sorumluluğu üstlendiniz. Bu iki farklı iştir. Bu sebeple kefaletin şahıs için mi yoksa mal için mi olduğu açıklığa kavuşturulmadan bir kişiye kefil olunursa, şahsa ve mala kefaletin

farklı hükümlerinin bulunması sebebiyle kefalet kurulmamış olur. O zaman kefaletin konusu nun netleşmesi lazım geliyor. Tazmin mi teslim mi belli değilse bu şu demektir. Bu kimsenin mala mı kefil olduğu şahsa mı kefil olduğu açık ve seçik değildir. Açık ve seçik olmayınca bunların hükümleri de farklı farklı olunca mal tazmini şahıs teslimi doğurduğu için (2 farklı hüküm olduğu için) akit kurulmamış olarak mütalaa edilecek.

Hanefilere göre, kefaletin konusunun iki şartı taşınması gerekir. Bu şartlardan ilki, deyn, ayn, nefis (şahıs) veya fiil olarak asıl borçlunun tazmin sorumluluğunda olmasıdır. Ancak aynın bizzat kendisi garanti edilen türden olması gerekir.

- 1- Asıl borçlunun tazmin sorumluluğunda olması
- 2- Teslime güç yetirilebilir olması

Çünkü ancak bu şartın bulunmasıyla şahıs ve mal hususundaki kefalet anlamlı olur ve kefil mütalebe ile sorumlu tutulabilir. Malikiler, niyabetin caiz olduğu bütün sabit haklarda kefaletin caiz olduğu görüşündedirler. Bu sabit hakların zimmete ilişkin mallar olduğunu söylerler.

Hanefî, Malikî ve Hanbeliler, kefalet akdinin sıhhati bakımından kefil olunan malın (mekfûl bih) malum veya meçhul olması arasında ayırım yapmazlar. Her iki halde de akit sahih olarak kurulur. Kefil, delil ile sabit miktardaki mala kefil olmuş kabul edilir. Şafîiler ise, kefaletin sıhhati için kefil olunan malın malum olmasını şart koşarlar.

Peki kefil olunan borç(deyn) nedir mahiyeti ne? Hanefiler burada sahih deyn kavramı üzerinde dururlar. Buna ancak sahih borç adını veriyoruz. Sahih borç, ancak ifa ve ibra ile iskat olan borçtur. Ya ifa edilecek ki ödeme bitsin veya karşı taraf ibra etsin ki ödeme düşsün. Yoksa varlığını muhafaza eden borç sahih borçtur. Sahih olmayan borç ise, borçlu bakımından zimmette sübut bulmuş olmayan borçtur. Kabul edilmediğinden kefaleti de geçerli olmaz. Satım akdinde ürünün bedeli, kiralanan yerin ücreti sahih borç olduğundan kefaleti sahihtir. Buna karşılık rehnedilmiş (merhûn), (bir kişi bir malı rehin almış siz de rehin alan adama kefil olmuşsunuz bu olmaz) ariyet verilmiş, (veya bir adama ütüü ödünç vermişsiniz adam ütüü ödünç alıyor siz adama kefil olmaya kalkıyorsunuz emanet hükümlerine tabi olduğu için bu da olmaz) kiralanmış vs. gibi elinde bulunduran açısından emanet hükümlerine tabi eşyanın aylarına kefalet sahih olmaz. Ancak “borçlu bunları zayı eder veya tüketirse kefilim” denilerek akit kurulsa kefalet sahih olur.

Şâfiî hukukçular, sabit, lazım, malum hakların kefalete konu olabileceğini kabul ederler. Buna göre akit esnasında sabit bir borca (deyn) veya tazmini gerekli bir ayna dönüşmüş haklar kefalete (daman) konu olur. Oluşma sebebi henüz ortaya çıkmamış veya devam eden borçlar da sabit olma şartı bulunmadığı için kefalete konu olmaz. Bu bağlamda Şafîilere göre, evlilik nafakası şer'an muayyen olduğu halde, gelecekte zevce için bir hak olarak sabit olacak olan evlilik nafakasına borç oluş sebebi devam ediyor olsa da kefil olunmaz.(şafîilere göre desenez ki koca hanımına nafaka ödeyecek mi? Sen kefil ol şayet o ödemezse sen ödersin diyerek kefalet yapmaya kalksanız bunlar gelecekte ortaya çıkacak olan bir durum olduğu için buna kefil olunmaz.) Borç oluş sebebi henüz oluşmadığı için gelecek bir zamanda bir kişiye borç verme işlemine şimdiden kefil olunmaz. (Bu adam gelecekte borçlandığı zaman ben bu adama

kefilim deseniz bu da olmaz.) Hanefiler ise, karşılıklı anlaşma ile veya hâkim kararı (kadın ve adam **evlilik birliği sürerken** aylık 5000 lira nafaka üzerinde anlaşsalar veya hakim aylık 5 bin nafaka belirlemiş olsa Hanefilere göre buna kefil olunabilir.)(Halbuki bu borç sahih bir borç sayılmaz Diyelim ki koca öldü. Bu borç düşer. Veya koca karısını boşadı nafaka sona erer. Senin nafakanı istemiyorum derse nafaka sona erer. Normalinde bunlar borç olmadığı halde Hanefiler bunlara kefalet olunur diyor.) ile belirlenmiş evlilik nafakasına –ölüm ve talak ile ıskat olabilmesi sebebiyle sahih borç olmasa da- kefaleti sahih kabul etmişlerdir. Henüz borç (deyn) halini almamış gelecekte oluşacak evlilik nafakasına kefaletin de istih sanen caiz saymışlardır. Hanbelîler de kefalete konu mal hususunda Şafîlilere benzer bir yol takip etmişlerdir.

Hanefiler, kefalet akdinin, akde mülayim olan veya tesadüfî olmayan şartlar ile kurula bileceğini kabul etmişlerdir. Örneğin, “malını falana satarsan kefilim”, “Falan malın gasp edilirse kefilim”, “Falanca ile evlenirsen evlilik nafakanın kefilim benim” gibi akde mülayim şartlar ileri sürüldüğünde, şart gerçekleşirse kefalette gerçekleşmiş olur. “Bu şehre gelirse borcuna kefilim” veya “Bu şehirden ayrılırsa borcuna kefilim” gibi şartlar da tarafların iradesi dâhilinde olup tesadüfî olmayan şartlardır. Bu şartların kefalet akdinde koşulması halinde akit, şartın gerçekleşmesi halinde kurulmuş olur. Kefalet akdinin tesadüfî şartlara bağlanması akdi batıl yapar. Örneğin rüzgârın eserse, yağmurun yağarsa, üzerimden karakuş uçarsa gibi şartlarla yapılan kefalet akdi kurulmuş olmaz. Şâfiî hukukçular arasında kefalet akdinin şarta ta’liki kabul edip etmediği hususu tartışma konusu olmuştur. Mezhepte tercih edilen görüşe göre , kefaletin, satım akdi gibi bir akit olup şarta ta’liki kabul etmediği yönündedir.

Fıkıh mezhepleri, Hanefilerin ifadesiyle sahih, Şâfiîlerin ifadesiyle sabit borç niteliğinde olmayan risklere derek (kefâletü’l-d-derek) suretiyle kefaleti kabul etmişlerdir. Derek kefaleti, satın aldığı malın bir hak sahibinin (müstehak) ortaya çıkmasından çekinen kişinin bu endişe sinin kefalet yolu ile güvencelenmesidir. Örneğin bir mal satın alıyor. Bu malı aldım ama bu malın acaba başka bir sahibi çıkar mı? Birisi bu malın yarısı benim der mi? Böyle endişesi olan birine biri diyor ki sen al korkma diyor. Onun bir hak sahibi çıkarsa ben kefilim diyor. Bu şekilde yapılan kefalete **kefâletü’l-d-derek** adı verilir. Dolayısıyla böyle bir kefalet caizdir. Serahsî’nin ifadesiyle derek, kefaleti, “hak sahipliği riskine” ta’lik etmektir. Akitten önceki bir sebebe dayalı olarak satın alınan ürüne (mebî), bir hak sahibinin çıkması durumunda, müşterinin satıcıya ödediği bedeli teslim etmeyi yüklenme kefaletidir. Derek kefaletinin oluşması için satım akdinin tamamlanıp bedelin satıcı tarafından kabzedilmiş olması gerekir. Örneğin, “evi satın al, eğer bir hak sahibi çıkarsa ödediğine ben kefilim” şeklinde kurulan kefalet derek kefaletidir. Bu şekilde kurulan kefalete konu evin şuf’a yolu ile bir hak sahibi çıkarsa, (adam evi sattı ama başka biri benim öncelik hakkım vardı evi ben alacağım dedi.) **derek kefilim, evin kıymetini değil, müşterinin satıcıya verdiği bedeli tazmin eder.** Derek kefaletinde ifanın lüzumu, akde konu mal hakkındaki sahiplik iddiasının hâkim kararı ile kesinleşmesinden sonradır(Yani şufa hakkını mahkeme kabul eder. Malın satışını şufa tale binde bulunan kişiye yaparsa derek kefilim ilk müşterinin ödediği miktarı tazmin eder. Şafîî hukukçular, kefilin satıcının uhdesindeki (zimmet) malı tazmin etmeyi yüklenmesi sebebiyle bu kefalete “uhde kefaleti” (damânu’l-uhde) adını da verirler. Hanefî mezhebindeki hâkim görüş, derek ile uhdeyi eşitleme (uhde ile derek aynı şeyler) yönündedir. Hanefilerin hâkim görüşüne göre uhde, hem dereke hem de başka bir sebeple oluşmuş borca muhtemeldir. Bu sebeple akdin konusunda cehalet meydana gelmektedir. Bilindiği gibi Hanefilere göre

kefaletin konusunun malum olması gerekir. Hâlbuki uhdeden farklı olarak derekte akdin konusu, hak sahibi ortaya çıkan mebî 'in kefaletiyle sınırlı olması bakımından malumdur. Ebu Yusuf ise, uhdenin, örf ve adette derek kefaleti için kullanılması sebebiyle aralarında ayırım yapmamıştır. (Hanefîlere göre uhde ile derek aynı şeydir. Eğer uhde derek manasındaysa caizdir. Derek mahiyetinde değil de kişinin yüklendiği her zarara tazmin manasındaysa bunu kabul etmiyorlar.)

11.6. Çeşitleri

Kefalet, konusu bakımından şahsa kefalet ve mala kefalet olmak üzere ikiye ayrılır:

11.6.1. Şahsa kefâlet (كفالة بالنفس)

Şahsa kefalet, kefil olunan kişiyi üzerinde anlaşılan yer ve hususta hazır etmek amacıyla kurulan bir kefalet çeşididir.(Diyorsunuz ki ben Ali'ye kefilim Onu mahkemeye getirecem. Şahsına kefil olmuşsa buna denir.) Mecelle bunu “bir adamın şahsına kefil olmak” şeklinde tanımlar. Malikler bu kefalet türüne “hamâle bi'n-nefs” veya “damânu'l-vech”, Şâfiîler “kefâletu'l-beden” ve “kefâletu'l-vech, Hanbelîler ise, “kefâletu'l-beden”adını verirler. Dolayısıyla hepsi şahsa kefaleti kabul ediyorlar. Ama bunu farklı kelimelerle izah ediyorlar. Bu kefalet Şafiî'nin bir kavli ve Davud ez-Zahirî dışındaki bütün fakihler meşru görmüşlerdir. Şahsa kefâleti meşru gören mezheplere göre, Hz. Peygamber'den rivayet edilen “kefalette bulunan borçludur” hadisinin umumu, mala kefâletin yanı sıra şahsa kefâleti de içermektedir. Bu hadisin sıhhatini kabul etmeyen Şafiî, kavli ceditinde, şahsa kefaleti, hür kişinin boyunduruk altına alınıp tesliminin mümkün olmayacağı gerekçesiyle teslimi mümkün olmayan şeye kefâlet niteliğinde görmüş ve caiz olmadığı kanaatine varmıştır.

Hanefiler, kefil olunan şahsın, mekânını bildirip talep eden ile arasından çekilme ve devlet başkanı veya hâkimin görevlilerinden yardım alma gibi yollarla talep edene tesliminin mümkün olduğunu düşünürler. (burda şu anlatılmak isteniyor. Bir adam suç işledi. Ceza alacak ama daha suçu sabit görülmedi. Birisi diyor ki ben o kişiye kefilim mahkeme günü getiririm) Kaldıkları onlara göre, bu kefalet türüne şiddetle ihtiyaç bulunmaktadır. Bu sebeple şahsa kefalette, teslimine güç yetirilmez bir durum yoktur ve akdin konusunu ifa mümkündür. Şafiî mezhebinde, Şâfiî'nin şahsa kefaleti caiz görmeyen kavli değil, bu kefalet türünün sahih olduğu mezhep görüşü haline gelmiştir.

Şahsa kefalet, hakiki olarak veya örfen kişinin vücut bütününe delalet eden bir lafızla kurulur. Örneğin, “falanca kişinin şahsına, bedenine, canına, başına veya yüzüne kefil oldum” gibi sözleriyle şahsa kefalet kurulmuş olur. (Yani örfte bu kimsenin bütün vücuduna kefil olmayı ifade eden lafızla kefalet akti kurulmuş olur.) Bir kişinin şahsına kefil olmak isteyen kişi, kefalet akdi için irade beyanında bulunurken “ben bu şahsın yarısına veya dörtte birine kefilim” dese, adamın kişiliğinin parçalanmayı kabul etmiyor oluşu nedeniyle bir kısmının ifade edilmesi bütünü zikri gibidir. Bu nedenle kefalet sahihtir ve bütün olarak adama kefil olmuş olur.

Şahsa kefaletin konusu, talep edilmesi halinde belirlenen vakitte kefil olunanı teslim etmektir. Borçluyu alacaklıya teslim etmek veya suçluyu mahkemede hazır etmek gibi...

Şahsa kefalet, şahsın suçunu üstlenme ve onun yerine cezalandırılmayı içermez. Çünkü cezalarda (ukûbe) başkasının yerine geçme (niyabet) caiz değildir. Şahsına kefil olunanın mahkemede hazır edilmesi, mali bir borç veya belirli kayıtlarla bir suç sebebiyle olabilir. Hangi ceza davalarında şahsa kefil olunabileceği fıkıh mezhepleri arasında tartışmalıdır. Hanbelîler dışındaki çoğunluk sırf Allah hakkı olan şarap içme ve zina suçları dışındaki kul hakkının galip olduğu hadd ve kısas davalarında şahsın mahkemede hazır edilmesi veya gerekli olan diyetin ifası hususunda şahsa kefaleti kabul etmişlerdir. Bunu yapan kefil sorumluluğunu yerine getirmiş olur.

Kefil, yüklendiği sorumluluğu bilerek yerine getirmekten kaçınırsa, Hanefilere göre hapsedilir. Hâkim, kefilin hazır etme sorumluluğunu acziyetinden dolayı yerine getiremediğine kanaat ederse serbest bırakır. Malikiler kefilin hapsini kabul etmezler, onlara göre kefil ya şahsına kefil olduğunu getirir veya mali ceza öder. Hanbelîler, şahsı teslim edemeyen kefilin, onun borcunu, veya tekeffül ettiği aynın bedelini ifa etmesini gerekli görürler.

11.6.2. Mala Kefâlet (كفالة بالمال)

Mala kefalet, bir malın edasına kefil olmaktır. (Yani adamın bir borcu var. Bu adamın borcu na ben kefilim. Bu kefalet türü bizzat kendisini garanti edilen eşyalar ile sahih borç niteliğinin de olup kıymeti garanti edilen malları kapsar.

Bizzat kendisi garanti edilen eşyalara, satın alma şartıyla teslim alınmış (Mesela bir adam gelmiş mal almaya tüccar diyor ki ben sana nasıl güveneyim. Birisi de diyor ki korkma ver o götürsün hanımına göstereyim malın zarar görmez ben kefilim. Burda belli bir eşyanın kendisine kefil olundu.) veya gaspedilmiş aynalar (bir adam birisinin malını gaspetmiş ya korkma ben ona kefilim diyor.) fasit satım akdiyle teslim alınmış ürün (kendisine kefil olabiliyorsunuz o belli bir mal olduğu için) mehir,(dersiniz ki şu arabayı verdim) muhalaa,(şu arsayı verdim) amden öldürme suçunun sulh yolu ile belirlenen bedelleri örnek verilebilir. (burdaki kefalet belirli bir eşyaya dönüktür.) Sağlam olduklarında bunların aynının, telef olduklarında ise kıymetinin teslimi gerekir. Bu şekliyle teslimi mümkün oldukları için kefalet akdine konu olmaları sahih olur.

Hanefiler ilke olarak başkasıyla tazmin edilen aynalar ve emanetlerde kefaleti geçerli görmemişlerdir. Örneğin satım akdine konu olmuş ürün (mebî') için satıcıya kefil olunursa kefalet sahih olmaz. (bir malı satıyorsunuz. Satarken pazarlık yapıyorsunuz . Mşteri parasını veriyor satıcı malı verecek ama satıcı birden ben bunu daha sonra vereceğim diyor. Bu arada biri diyor ki ben satıcının bu malı vereceğine kefilim.)(Hanefiler diyor ki burda kefalet sahih olmaz. Çünkü satım akdine konu olmuş ürün, bedeli (semen) ile tazmin olur.) Ürün müşteriye teslim edilmediği için hala satıcının mülkünde bulunduğu için satıcı ürünü teslim edemezse akit fasit olur ve taraflara bir şey gerekmez Bunun gibi rehnedilecek malın telef olmasında da rehin kurulmaz. (mesela x şahsı tel i rehin vereceğim diyor. Tamam da onu bana rehin vereceğine dair kefil de ver diyor. Rehin bağlayıcı bir işlem olmadığı için teslimi de lazım gelmediği için buna kefil de tutulamaz.) Vedia, ariyet, icare, mudarebe ve şirket malı olarak yed-i eminin de elinde bulunan mallarda da kefalet caiz değildir. Çünkü bu durumların tamamında sahih bir borç oluşmamaktadır. Bununla birlikte Hanefi fıkının bu tutumu, sahih borcun tazmini boyutuyla ilgilidir. Bu sebeple kabzdan önce ürünün rehin verene (râhin) kabzedilmiş rehnin teslimi ve kiralanan malın (müste'cer) kiralayana teslimi hususundaki

kefalet sahih görülmüştür. (Burda bu malların tazminine kefil olunamaz teslimine kefil olunur. Yani ben onlar sağlamsa sana teslim ederim. Dersen kefil olunur. Ama bunları sana teslim etti etti etmedi bunun bedelini ben sana öderim derse Hanefiler bunu caiz görmez.) Aynın teslimi şeklinde ortaya çıkan bu kefaleti, farklı bir kefalet türü olarak değerlendirme düşüncesi ortaya çıkmışsa da Hanefi mezhebinde ağırlık kazanan görüş, aynın teslimi yüküm lülüğü doğuran bu kefaleti mala kefalet içerisinde mütalaa etme yönündedir. Bununla birlikte mala kefalet içerisinde mütalaa edilen bu kefalet biçimi, şahsa kefalette olduğu üzere, kefil olunanın telef olması ile sona erer. Başka bir tazmin sorumluluğu oluşmaz.

11.7. Hükmü

Hanefilere göre kefalet akdinin hükmü, borcun aslı bakımından değil, talep edilme hakkı hususunda kefilin zimmetinin asilin zimmetine garanti etme bakımından dönüşmesidir. Hanefilere göre kefilin mütalebe (talep edilme-kendisinden istenmek) ile sorumlu olması, borçlu olmasını zorunlu olarak gerektirmez. Onlara göre kefilin durumu, vekilin müvekkili adına gerçekleştirdiği bir satın almada bedeli ödemekle sorumlu tutulmasına benzer. Böyle bir işlemten sonra satıcı müvekkili ibra ettiğinde vekilin sorumluluğu kendiliğinden sona erer. İşte kefilin mütalebe sorumluluğu da böyledir.

Kefalet akdi kurulduğunda alacaklı (mekfûl leh), dilerse alacağını asıl borçludan dilerse kefilden talep eder. Kefilden alacağını talep edebilmesi, asıl borçludan talepte bulunmanın alacaklıya güçlük vermesi şartına bağlı değildir. Malikiler, asıl borçlunun malının bulunması, gaip olması veya ölmesi durumunda kefilden talepte bulunabileceğini söylemişlerdir.

Alacaklının, asıl borçlu veya kefilden birinden talepte bulunması diğerini ibra etmek anlamına gelmez.(Mesela adam gitti borcunu kefilden istedi. Asıl borçluyu düşürdü manasına gelmez. Gitti asıl borçludan istedi kefilini ibra etti manasına gelmez.) Ancak kefalet asıl borçlunun ibra şartıyla kurulursa o başka. Kefalet akdi, borçlunun talebi ile kurulduğunda garanti ettiği borcu ifa eden kefilin, asıl borçluya rücû etme hakkı vardır. Eğer kefil miktarı ve sıfatı aynı bir mal ile garanti ettiği borcu ifa etmişse asıl borçludan eda ettiğini talep eder. Başka bir mal ile borcu ifa etmişse ödediğini değil, kefil olarak garanti ettiği malı talep ile asıl borçluya rücû eder. Örneğin borçlunun bin gram altın borcuna kefil olan kişi, alacaklının rızası ile bu borcu Türk lirası olarak ödeyebilir. Bu durumda ödediğini değil, kefil olduğu altını asıl borçludan talep eder. Çünkü kefil, yaptığı ifa ile kefil olduğu borca malik olmuştur. Kefil, asıl borçlunun talebi olmadan ifada bulunursa, yaptığı ödeme teberra kabul edilir. Rücû hakkı oluşmaz. Malikiler, izniyle olsun olmasın yaşayan bir borçlunun borcu ödeyen kişinin kendisine rücû edebileceği görüşündedirler.

11.8. Sona Ermesi

* Kefalet akdi, kefaletin konusunun borçlu tarafından ifa edilmesiyle sona erer. İfanın zamanından önce yapılması akdin sona ermesine engel değildir.

* Kefalet akdi, alacaklının borçluyu ibra etmesiyle sona erer. Çünkü asilin beraeti kefilin de beraetini gerektirir.

* Alacaklının kefilini ibra etmesiyle de kefalet akdi sonra erer. Ancak bu durumda asıl borçlunun borçluluğu devam eder. Çünkü borç varlığını sürdürmektedir.

*Şahsa kefalette kefilin veya kefil olunanın ölmesi halinde kefalet sona erer. Kefilin ölmesi ile kefalet sorumluluğu varislerine geçmez. Çünkü veraset hak hususundadır, borç hususunda değildir. Mala kefalet ise kefilin ölmesi ile sona ermez. Malından bu kefaletin ifası mümkündür. Varisler daha sonra asıl borçluya rücu ederler. Şahsa kefalette kefil olunanın ölmesi de kefilin sorumluluğunu yerine getirmekten hakiki bakımdan aciz bırakır. Bu sebeple kefalet sona ermiş olur. Lehine kefil olunanın ölmesi halinde ise kefalet sona ermez. Çünkü kefil sorumluluğunu yerine getirmekten aciz değildir. Lehine kefil olunan kişinin varisleri onun yerine geçer.