

İSLAM HUKUKUNDA ŞAHSA (NEFSE) KEFÂLET MÜESSESESİ VE TÜRK CEZA MUHAKEMELERİ HUKUKU'NDAKİ TEMİNATLA SALIVERME MÜESSESESİ İLE MUKAYESESİ

Yrd.Doç.Dr.Abdullah KAHRAMAN*

GİRİŞ

Klasik fıkıh kitaplarının **muamelat** genel başlığı altında ele alınan konulardan biri de **kefalettir**. İslam hukukçuları kefaleti "*Bir kimsenin, başka birisinin borcunu ödeme, şahsını mahkemeye ihzar ve satılan bir malı teslim hususunda zimmetini o kimsenin zimmetine eklemesidir*"¹ şeklinde tanımlamışlardır. Kefalet açıkça Kur'an'da yer almamakla birlikte Yusuf suresinin 72. ayeti genel olarak kefalitin delili sayılmıştır. Hadis kitaplarında ise kefalet adıyla özel başlıklar açılmıştır². İslam hukukçuları ilk dönemlerden itibaren yazdıkları eserlerde kefâleti genel olarak *mala kefâlet* ve *nefse kefâlet* olmak üzere iki genel kısma ayırmışlardır. *Mala kefâlet* ile ilgili hükümler daha çok borçlar hukuku hükümleri içerisinde mütalaa edilebilirken *nefse kefâlet* İslam hukukuna mahsus, özel hüküm ve uygulaması olan bir kefâlet çeşididir. Görebildiğimiz kadarıyla İslam hukukunun haricindeki hukuk sistemlerinde böyle bir kefâlet çeşidi yer almamaktadır. Nefse kefâlet ise genel anlamıyla, *bir şahsın mahkemeye ihzarına (getirilmesine) bir kimsenin kefil olmasıdır*. Bunun yanında bir kimsenin bir mahallede ikametine, bir ülkede çalışmasına kefil olmak da nefse kefâlet kapsamına dahildir. Bu konuda bir kısım uygulama örnekleri de vardır³. Ancak biz burada nefse kefâletin bu uygulamaları üzerinde durmayacağız. Biz, bir kefâlet çeşidi olan nefse kefâlet kavramını ele alıp *Türk Ceza Muhakemeleri Hukuku*'nda yer alan "*Teminatla Salıverme Müessesesi* " ile bir mukayesesini yapmak istiyoruz. Bunun için önce fıkıh kitaplarında yer aldığı şekliyle nefse kefâleti anlatıp sonra da bahsi geçen müessese ile mukayeseye çalışalım.

I.KAVRAM

Şahsa kefâlet, *bir kimsenin şahsını mahkemeye veya belirlenmiş başka bir yere ihzar ve teslim kefil olmaktır*⁴. Bir başka ifadeyle, *belli (malum) bir kimsenin (ki, borçlu (sanık) veya davalıdır) şahsına kefil olmaktır*. Bir kimsenin filan gün teslim etmek üzere diğer kimsenin şahsına kefil olması gibi⁵. Buna göre şahsa kefâlet, borçlu (sanık) veya davalının mahkemeye veya önceden tayin edilmiş belirli bir yere getirileceğine kefil olmayı ifade eder.

Şahsa kefâleti İslam hukukçularından -kendisine nisbet edilen bir görüşe göre - *İmam Şafî*⁶ ve *Zahiriler* hariç⁷ diğer İslam hukukçuları genel olarak kabul etmişlerdir. Ancak onlar, bu kefâleti farklı terimlerle ifade etmişlerdir. Hanefiler bunun için dah çok **nefse kefâlet** terimini kullanırken Safî ve Hanbeliler **bedene kefalet** terimini tercih etmekte, Maliki ve Zahiriler ise, **Veche (yüze) kefâlet** tabirini kullanmaktadırlar⁸. Bunun yanında Hanefilerin haricindeki İslam

* Cumhuriyet Üniv. İlahiyat Fak. İslam Hukuku Anabilim Dalı Öğr. Üyesi.

¹Bk. Serahsi, el-Mebcut, XIX, 161; Kasani, Bedayi, VI, 2; İbn Kudame, el-Muğni, V, 70; Mecelle, md. 612.

²Bk. Buhari, Kefalet: 1.

³Bazı örnekler için bk. Ziyauddin Efendi, **Camiu Envari's-Suk_k ve Lamiu'd-Diya li Zevi's-Şuk_k (Sakk-i Cedid)**, 379-383; Ahmed Akgündüz, **Osmanlı Kanunnameleri**, II, 246; III, 106; VIII, 111.

⁴ Serahsi, el-Mebcut, XIX vd. ; Merginani, **el-Hidaye**, III, 96; **Mecelle**, md. 613; Ali Haydar, **Düraru'l-hukkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam**, II, 14; İbn Kudame el-Makdisi, **eş-Şerhu'l-Kebir**, V, 98; Düsüki, **eş-Şerhu'l-Kebir**, III, 344; Şirbini, **Muğni'l-Muhtac**, II, 203; Bilmen, **Hukuku İslamiye**, VI, 244.

⁵Ali Haydar, II, 14.

⁶ İbn Kudâme, **el-Muğni**, V, 95; Şirbini, II, 203; Bilmen, VI, 265.

⁷ İbn Hazm, **el-Muhalla**, VI 407.

⁸ İbn Rüşd, **Bidayetü'l-Müctehit**, II, 295; İbn Hazm, VI, 407. İslam hukukçularının bu kefalet çeşidini ifade etmek için çeşitli lafız ve tabirler kullanmalarından anlaşıldığına göre, irade beyanında şahsın kendisini ifade edecek en

hukukçuları borca ve mala kefâleti daha çok *daman* kavramı ile ifade ederken şahsa kefâleti ifade etmek üzere genellikle *kefâlet* terimini kullanmaktadırlar. Biz ise bu kefâlet çeşidini ifade etmek için daha açık olduğundan *şahsa kefâlet* terimini kullanmayı tercih ettik. Mahkemeye ihzarına kefil olunan kimse bazen borçlu bazen de suçlu olduğundan bunu ifade etmek için de *borçlu (sanık)* tabirini kullanacağız.

İslam hukukçuları, aralarındaki kavram farklılığına ve hukûki sonuçlarında az da olsa ihtilaf etmelerine rağmen bu kefâlet türüyle, borçlu (sanık) veya davalının borcunu ödemek veya yargılanmak üzere mahkemeye ihzarını kasetmektedirler. Yoksa bu kefâlet türüyle hiçbir zaman bir şahsın cezasını üstlenmek veya onun yerine cezalandırılmayı kabul etmek kastedilmemektedir. Çünkü İslam ceza hukukunda hakim olan *cezanın şahsiliği prensibi* gereğince, ne kadar yakın olursa olsun hiçbir akraba veya dost diğerinin işlediği suçtan dolayı sorumlu tutulamaz. Zira Kur'an'da "*Hiçbir suçlu başkasının suçunu yüklenmez...*"⁹ buyurulmuştur. Ancak şahsı, borcunu ödemesi için mahkemeye ihzara kefil olan "*eğer onu şu zamanda veya yerde teslim edemezsem borcunu ödemek bana aittir*" derse o zaman borcun ödenmesinden sorumlu olur¹⁰.

Bu sebeptendir ki, kefil olan onun yerine cezalandırılmaz. Bunun bir sonucu olarak İslam hukukçuları bizzat cezaya kefâleti caiz görmemişlerdir. Çünkü kefâletin temel şartlarından biri de borcun konusunun (mekfulunbihin) kefiliden istihsalinin (tahsilinin) mümkün olmasıdır. Ancak kısas, had, zina, hırsızlık ve iftira suçundan dolayı kendisine had uygulanacak şahsı veya tazir cezası bulunanı bu cezaların tatbiki için mahkemeye ihzara kefâlet caiz görülmüştür. Bir de paraya çevrilmesi veya parayla takdiri mümkün olan cezaların sadece bedeline kefâlet caiz görülmüştür¹¹.

O halde bu kefâlet türünde kefilin borcu, *bir tazminat değil daha çok bir teminat ve teslim* borcudur. Bu hem cezaların infazında hem de borçların ifasında bir teminatır¹² Şahsa kefâlet, davalının mahkemeye ihzarını da kapsaması açısından modern hukuktaki kefâletle veya teminatla salıverme müessesesine benzemektedir. Dolayısıyla yeri geldikçe şahsa kefâlet hükümlerini bu müessese hükümleriyle karşılaştırmaya çalışacağız.

II.ŞAHSA KEFÂLETİ KABUL EDEN VE ETMEYENLERİN DELİLLERİ

Daha evvel İmam Şafii ve Zahiriler hariç diğer İslam hukukçularının şahsa kefâleti kabul ettiklerini belirtmiştik. İmam Şafii'den bu konuda farklı bir görüş nakledilmesine rağmen daha sonraki Şafii hukukçular şahsa kefâletin caiz olduğunu söylemiş ve mezhebin genel görüşü de bu yönde olmuştur. Biz de önce kefâleti kabul edenlerin sonra da etmeyenlerin delillerini zikredip değerlendirelim.

A.KABUL EDENLERİN DELİLLERİ

Şahsa kefâletin caiz olduğunu söyleyenler bazı nakli ve akli delillere dayanmışlardır. Bunları şöylece sıralayabiliriz:

1- "*(Yakub) dedi ki; Kuşatılmanız (ve çaresiz kalma durumunuz hariç), onu bana mutlaka getireceğinize dair Allah adına bana sağlam bir söz vermediğiniz takdirde onu (Yusuf'un kardeşini) sizinle göndermem.Ona (istediği şekilde) teminatlarını verdiklerinde dedi ki; söylediklerimize Allah şahittir.*"¹³

kapsamlı tabiri kullanma gayreti onları farklı tabirler kullanmaya sevketmiştir. Nitekim kullanılan "*vech*", "*nefs*", "*beden*"...gibi ifadelerin kimi mecaz kimi de hakikat yoluyla şahsı ifade etmektedir.

⁹ Fatır, 35/18.

¹⁰ el-Hafif, *ed-Daman fi's-Şeriat'l-İslamiyye*, II, 146-147.

¹¹ İbn Hümam, *Fethu'l-Kadir*, VII, 165;; Molla Hüsrev, *Düraru'l-Hukkam*, II, 301; İbn Âbidin, *Reddü'l-Muhtar*, V, 297; İbn Kudame, V, 96vd.; Şirbini, II, 203vd.

¹² Kasani, VI, 8; İbn Kudame, V,96.

¹³ Yusuf, 12/ 66.

Ayette geçen **mevsik** kelimesi, aslında kesin söz anlamına gelmektedir¹⁴. Ancak özellikle Şafii ve Hanbeli hukukçular bunu kefil anlamına alarak ayetin şahsa kefâletin delili olduğunu söylemişlerdir¹⁵. Bunun yanında çağdaş bazı İslam hukukçuları da ayette geçen bu kelimenin aslında Hz. Yakub'un oğullarından aldığı kesin sözü ifade etmekle birlikte şahsa kefâlete de işaret yoluyla delil olabileceğini söylemişlerdir¹⁶.

İlk bakışta ayette, üzerinde durduğumuz şekliyle şahsa kefâlet sözkonusu değildir. Zira bizim üzerinde duduğumuz kefâlette kefil olunan şahıs borçlu (sanık) veya davalıdır. Burada ise Hz. Yakub daha evvel oğlu Yusuf'un başına gelenlerin aynısının diğer oğlu Bünyamin'in de başına gelmesinden endişe etmekte, diğer oğullarıyla bu oğlunu göndermekte tereddüt gösterip onlardan bunun başına bir şey gelmemesi veya sağ salim teslim edilmesi yolunda teminat (Allah adına verilmiş kesin söz, muhtemelen yemin) istemektedir. Dolayısıyla burada daha çok emanete dair teminat sözkonusudur. Belki konumuzla ayetin kesiştiği tek nokta her ikisinde de bir teslim ediminin bulunmasıdır. Bu noktadan bakılarak uzak bir ihtimal olmakla birlikte ayet şahsa kefâlete delil sayılmıştır.

2- "*Kefil, öder(sorumlu olduğu şeyi tazmin eder)*"¹⁷ hadisi. Hanefi ve Maliki hukukçular şahsa kefâlete bu hadisi delil göstermişlerdir. Bu hadisin hem mal ve hem de şahsa kefâlete delil olduğunu, zira hadisin umum ifade ettiğini söylemişlerdir¹⁸. Hanefi hukukçularından İbn Hümmam ve el-Baberti ise hadisin mutlak olduğunu; *mala veya şahsa kefil olan* diye bir kayıt taşımadığını söyleyerek hadisin şahsa kefâlete de delil olduğunu söylemiştir¹⁹.

Gerçekten de bu hadis hem *amm* hem de *mutlak*tır. Dolayısıyla hem mal hem de şahsa kefâleti kapsamına alır. Aynı zamanda hadisin *mücmel* olduğunu da söyleyebiliriz. Gerek Hz. Peygamber gerekse daha sonraki uygulamalar hadisin amminin tahsis ve mutlakını takyit etmemiştir. Ama mücmelini mübeyyen hale getirmiş, böylece de hadisin hem mala hem de şahsa kefâlete delil olabileceğini göstermiştir. Nitekim birazdan zikredeceğimiz deliller de hadisin uygulama alanlarına işaret etmektedir.

3-Ebu Hureyre'den rivayet olunduğuna göre "*Hz Peygamber töhmet (itham/zan) altında bulunan bir sanıktan teminat ve ihtiyat olsun diye kefil almıştır*"²⁰.

4-Hz. Ömer ve Ali arasında cereyan eden bir davadan ötürü Ümmü Gülsüm Hz. Ali'nin şahsına (nefsine) kefil olmuştur²¹.

5-Amr el-Eslemi, hanımının cariyesiyle zina eden bir adamı had uygulanmak üzere Hz. Ömer'e gönderirken ondan kefil almış, Ömer de Amr'ın bu uygulamasına itiraz etmemiştir²². İbn Hacer el-Askalani'nin ifadesine göre sahabe de had uygulanacak kimseden kefil alınmasına itiraz etmemiştir²³.

¹⁴İbn Manzur, **Lisanu'l-Arab**, "V-S-G" md., X, 371; Karahisari, **Ahteri Kebir**, "V-S-G" ve "Muvasaga" md., II, 353, 413.

¹⁵İbn Kudame, V, 96; Şirbini, II, 203.

¹⁶Bk. Salus, el-Kefale, 30.

¹⁷Tirmizi, Buyu, 39; İbn Mace, Sadakat: 9.

¹⁸Merginani, III, 96; İbn Hümmam, VII, 165; İbn Rüşd, II, 295; İbn Kudame, V, 96; Tahanevi, **İ'lau'-Sünen**, XIV, 480 vd.

¹⁹ İbn Hümmam, VII, 165; Baberti, **el-İnaye**, VII, 165.

²⁰Beyhaki, Sünen, II, 77; Tahanevi, XIV, 488.

²¹İbn Hümmam, VII, 165.

²²Buhari, Kefalet: 1

²³İbn Hacer, Fethu'l-Bari, IV, 370, (Buhari'nin kefalet bölümünde yer alan bir olayı da şahsa kefalete delil sayanlar olmuştur. Ancak Buhari şarihi Ayni, bunun taahhut anlamını içermediğini söyleyerek fikhi anlamda bir kefalet olamayacağını ifade etmiştir. Bk. **Umdetü'l-Kari**, XII, 115; İbn Hacer ise bunda da taahhut anlamı bulunduğunu iddia ederek ilgili olayı şahsa kefalete delil saymıştır. Bk. **Fethu'l-Bari**, IV, 370; Nevevi, **el-Mecmu**, XIII, 214 vd. (Burada olayın geniş bir değerlendirilmesi de vardır).

6-Hanefi hukukçusu Serahsi ise şahsa kefâletin delili sadedinde yukarıdaki delillere ilaveten şunları söyler:

Kadı Şureyh, bir başkasının şahsına kefil olan oğlunu bu taahhüdünü yerine getirmedeği için hapsedmiş daha sonra davalı bulunup getirilince oğlunu serbest bırakmıştır. Bu da şahsa kefâletin sahih olduğuna bir delildir. Eğer sahih olmasaydı bu taahhüdü yerine getirmeyeni hapsedmemesi gerekirdi. Ayrıca Hz. Peygamber'den bu yana şahsa kefâlet uygulana gelmiştir²⁴.

Şahsa kefâletin caiz olduğunu söyleyen İslam hukukçuları bu nakli delillerin yanında bu kefâletin insanların mala kefâletten daha çok başvurduğu bir kefâlet çeşidi olduğu²⁵, insanların haklarını koruma²⁶ bakımından insanların buna ihtiyaç duyduğu²⁷ ve de insanların bunda maslahatı (yararı) bulunduğu²⁸ gibi gerekçelerle aklen de bu kefâletin caiz olduğunu savunmuşlardır.

B.KABUL ETMEYENLERİN DELİLLERİ

Kaynakların ifadesine göre, şahsa kefâletin caiz olmadığını söyleyen İmam Şafii ile Zahirilerdir. Şafii, Hanefi, Maliki ve Hanbeli mezhebinin müdellel olarak anlatan fıkıh kitaplarında Şafii'nin bu kefâlet çeşidini caiz görmediği ifade edilmektedir²⁹. Buna delil olarak da Şafii'nin nakli delillere değil de³⁰ bazı akli delillere dayandığı söylenmektedir. Buna göre, Şafii, hür bir insanın başkasının tasarrufu altına girmesinin caiz olmadığını³¹, şahsa kefâlette kefil, borçlu (sanık) üzerinde velayet hakkına sahip olmadığından onu teslim etmeyeceğini, teslimine güç yetiremeyen şeye de kefâletin sahih olmadığını dolayısıyla bunun havadaki kuşa kefil olmak gibi bir şey olduğunu söyleyerek şahsa kefâleti kabul etmez³².

Şafii'nin bu itirazına veya görüşüne de, bu kefâlet çeşidinde kefil, borçlu (sanık)nun yerini alacaklıya gösterip ikisinin arasını düzeltmek (aralarındaki borç ilişkisini sona erdirmek) veya hakimnin tayin edeceği memurların yardımıyla borçlu (sanık) veya davalıyı teslim edebilir, dolayısıyla bu kefâlet caizdir, diye cevap verilmiştir³³.

²⁴Serahsi, XIX, 162-163; Nevevi, *el-Mecmu'*, XIII, 220. Aynı zamanda Serahsi bunu Kadı Şureyh'in adaletine de bir delil sayar.

²⁵Serahsi, XIX, 162.

²⁶Baberti, VII, 165.

²⁷Merginani, III, 96; Şirbini, II, 203.

²⁸İbn Rüşd, II, 295.

²⁹Serahsi, XIX,162; İ. Rüşd,II, 295; İbn Kudame, V, 95; Remli, *Tuhfetü'l-Muhtac*, IV, 445.

³⁰Ancak İbn Rüşd, bu konuda Şafii'nin Yusuf 74. Ayete dayandığını söyler. Fakat muteber Şafii kaynaklarında bu istidlale rastlayamadık.

³¹Remli, IV, 445; Şirbini, II, 203; Nevevi, a.g.e, XIII, 214vd.

³²İbn Hümmam, VII, 165 vd.; Serahsi, bu konuda Şafii'den üç farklı görüş nakledildiğini kaydeder. Bunlardan birine göre bir kefalet zayıf, birine göre caiz değil diğerine göre ise caiz ve sahihtir. Bk. XIX, 162. Şirazi ise bu konuda Şafii'de birisi olumlu diğeri ise olumsuz olmak üzere iki görüş nakledildiğini kaydeder. Bk. *el-Mühezzeb*, (el-Mecmu şerhiyle birlikte) XIII, 214.

³³Serahsi, XIX, 163; İbn Hümmam, VII, 165; Ali Haydar II, 15. (Maliki hukukçusu İbn Rüşd, Şafii'nin yeni mezhebinde (kavli cedit) şahsa kefaleti caiz görmediğini bunu da "*Dedi ki: Eşyamızı yanında bulunduğumuz kimseden başkasını yakalamaktan Allah'a sığınırız.*"(Yusuf, 12/79) ayetini delil getirdiğini söyler. (İbn Rüşd, II, 295) Ancak biz Şafii'nin yeni mezhebinin veya icihatlarını topladığı el-İmm adlı eserinde böyle bir görüşe rastlayamadık. Şafii orada konuyla ilgili olarak sadece şunları söylemektedir: "Muhayyerlik şartı koşulan şahsa kefalet caiz değildir. Muhayyerlik şartı koşulmayan şahsa kefalet caiz olunca böyle bir kefile belirlenmediği sürece mali bir tazminat gerekmez". (Bk. *el-Ümm*, III, 264). Bu ifadelerden Şafii'nin muhayyerlik şartı koşulmayan şahsa kefaleti caiz gördüğü anlaşılmaktadır. O halde Şafii'nin şahsa kefaleti caiz görmediği yolundaki bu görüş mezhebin bu temel kitabı dışında daha çok diğer mezhep kitapları ve mezhebin tali kaynaklarında yer almaktadır. Ancak Şafii'nin bu kefaleti caiz görmezken yukarıdaki ayeti delil gösterdiğine ne *el-Ümm*'de ne de mezhebin diğer muteber kaynaklarında rastlayamadık. Aksine Nevevi'nin *el-Mecmu'* adlı eserinde sözkonusu ayet Şafii'lerin şahsa kefaleti

Şafii'nin bu tartışmalı görüşüne rağmen mezhebin *el-Ümm* dışında temel ve muteber kaynakları sayılan fıkıh kitaplarında şahsa kefâletin caiz olduğu ifade edilmektedir³⁴.

O halde İslam hukukunun dört meşhur mezhebi şahsa kefâleti ittifakla kabul etmiştir, diyebiliriz.

Muhelif olarak, geriye Zahiriler kalmaktadır. Şimdi de onların görüş ve delillerine kısaca değinelim.

Zahiri mezhebini yeniden canlandıran ve yazdığı hem usul hem de furu' fıkıh kitaplarıyla bu mezhebin görüşlerini derli toplu olarak öğrenmemize yardımcı olan İbn Hazm, *el-Muhalla* adlı eserinde konuyla ilgili olarak bu kefâleti caiz görenleri mantıki açıdan tutarlı bulmayıp eleştirir ve kısaca şu görüşlere yer verir:

Şahsa kefâlet (damanu'l-vech), hiç bir şekilde caiz değildir. çünkü bu Allah'ın kitabında olmayan bir şartı ileri sürme kabilinden olup batıldır. Bu kefâlet çeşidini caiz görenlere sorarız: Kefil olunan şahıs kaybolduysa ona kefil olan onun sorumlu olduğu borcu ödemekten sorumlu olacak mı, olmayacak mı? Eğer onu sorumlu tutarsanız bu zulüm, haksızlık ve başkasının malını haksız bir yolla yemek olur. Şayet sorumlu tutmazsanız o zaman karşı görüşte olanlara karşı savunduğunuz bu kefâlet çeşidini hükümsüz bırakmış olursunuz. Buna rağmen kefil, ğaib kimsenin getirilmesinden sorumlu tutarsanız o zaman da ona gücünün yetmediği bir şeyi yüklemiş olursunuz. Halbuki Allah bile kimseye böyle bir şey yüklemeyebilir. Kaldı ki, bunda beklediğiniz faydayı da bulamazsınız. çünkü böyle bir kefil onu aramaya koyulmaz ve kendi işlerine bakar³⁵.

Daha sonra İbn Hazm bu kefâleti caiz görenlerin nakli delillerini teker teker ele alır ve değerlendirir. Bu rivayetlerin ravilerinin zayıf olması dolayısıyla hiçbirisini delil getirilmeye elverişli bulmaz ve bunları delil olarak kullananlar hakkında hakarete varan ifadeler kullanır³⁶.

İbn Hazm'ın bu itirazlarına Zafer Ahmed Osman et-Tahanevi, *I'lau's-Sünen* adlı eserinde gerekli cevabı vermiştir. Özetlemek gerekirse; Tahanevi ilk olarak İbn Hazm'ın *böyle bir kefâlet kefile, gücünün yetmediği ve zor bir şeyi yüklemektir*, şeklindeki görüşüne katılmayarak şöyle der: Biz bunun kefile zor bir şey yüklemek olduğunu kabul etmiyoruz. Zira bu kefâlet çeşidinde hakimin emrindeki memurların davalıyı veya borçlu (sanık)yu mahkemeye ihzara yardımcı olacaklarını söylemekteyiz. Bu zoru teklif midir? Bu zoru teklif olmadığına göre "*Allah bir insana gücünün yetmediğini yüklemeyebilir*" ayetinin kapsamına girmez. Aynı şekilde kefil, görevli memurlarla beraber olduğundan borçlu (sanık) veya davalıyı aramaktan geri duramaz, durursa onu yapamayacağı ortaya çıkıncaya veya davalıyı getirinceye (getireceğine söz verinceye) kadar hakim kefil hapseder³⁷.

Daha sonra İbn Hazm'ın nakli delilleri eleştirmesine cevap veren Tahanevi, ravilerin güvenilir ve hadislerin delil getirilmeye elverişli olduğunu savunur³⁸.

Bundan başka şahsa kefâletin, kefile bir tazminat borcu yüklenmediğinden dolayı kefâletin ve "*kefil, öder*" hadisinin kapsamına girmemesi gerektiğini savunanlar olmuşsa da bu görüşe şöyle cevap verilmiştir: Kefaletle delil olarak gösterilen hadiste geçen "*ğurm/* " kelimesi, borçluya (sanık) terettüp eden zarardan ve külfetten ibarettir. Şahsa kefâlette kefile terettüp eden

caiz görürken delil gösterdikleri ayet olarak takdim edilmektedir (Bk. XIII, 220). Bu sebeple İbn Rüşd'ün bir zuhul eseri yanlış nakilde bulunmuş olma ihtimali vardır.

³⁴Şirbini, II, 203; Remli, IV, 445; Nevevi, *el-Mecmu*, XIII, 214; İbn Hümmam, VII, 165; İbn Kudame, V, 95; İbn Rüşd, II, 295.

³⁵İbn Hazm, VI, 407 vd.

³⁶İbn Hazm, VI, 409-410-411.

³⁷Tahanevi, XIV, 485.

³⁸Tahanevi, XIV, 485-486-487.

zarar/ külfet ise kefil olunan şahsı mahkemeye ihzara kefilin mecbur olmasıdır. Ayrıca ilgili hadis umum ifade etmektedir³⁹.

Bir diğer husus ta bu kefâletin teslim kefâlet kapsamına girdiği dolayısıyla böyle ayrı bir kefâlet çeşidine gerek kalmadığını söyleyenlerin görüşüdür. Bu görüş sahipleri, teslim kefâlet ile şahsa kefâlet arasında ne fark vardır? demişlerdir. *Mecelle* şarihi *Ali Haydar Efendi* ise bu iki kefâlet çeşidi arasındaki farka şu şekilde işaret etmiştir: Bu iki kefâletin farklılıkları hukûki sonuçlarından kaynaklanmaktadır. Zira teslim kefâlette kefâletin konusu elde mevcut ve kefil onu teslim muktedir olduğu sürece onu teslim mecbur olur. Ancak kefâlet konusu telef olup ortadan kalkınca akit münfesihtir olduğundan kefil sorumluluktan kurtulur⁴⁰. Şahsa kefâlette ise kefil kefâlet konusunu kararlaştırılan yer ve zamanda ihzara mecburdur. Teslim ederse sorumluluktan kurtulur. Aksi halde ihzar etmek için icbar ve hapsedilir⁴¹. Ancak bu, ihzarına kefil olunan şahsın hayatta ve meydanda olması durumundadır. İlgili şahıs ölünce şahsa kefâletin sona ereceği ise İslam hukukunda kabul edilmiş bir hükümdür⁴².

C.GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Öncelikle dört mezhebin şahsa kefâleti kabul ettiğini öğrenmiş bulunuyoruz. Bu mezhepler görüşlerini hem nakli hem akli delillere ve de uygulamadan örneklere dayandırmışlardır. Şüphesiz onların ortaya koymuş olduğu bu görüş, hem muamelat hükümlerinin tabiatına uygun hem insanların ihtiyacına cevap verici hem de hukukun işlemesine yardım edici niteliktedir. Bu bakımdan da tercihe şayandır.

Muhafif İbn Hazm'ın değerlendirmelerine gelince; İbn Hazm muhaliflerini ilzam konusunda son derece sert davranması ve tenkitte aşırı gitmesiyle burada da dikkatimizi çeker. öyle ki İbn Hazm rivayetleri ravileri zayıf diye reddederken, Kadı Şureyh'in uygulamasını bile bu açıdan tenkit eder ve sağlam yolla gelmemiştir diye reddeder. İbn Hazm'ın bu değerlendirmelerinde aşırıya kaçtığı bellidir. Ve karşı görüşte olanlar da ona gerekli cevabı vermişlerdir. Dolayısıyla onun rivayetlerle ilgili değerlendirmelerine katılamıyoruz.

Fakat İbn Hazm'ın akli deliller çerçevesinde ileri sürdüğü görüşlerde haklılık payı vardır. O, şahsa kefâlette kefilin hangi ölçüler çerçevesinde sorumlu tutulacağını ve kefilin sorumluluğunun nasıl olacağını ve ihmalkar kefilin nasıl takip edileceğini sorgulayarak meselenin hukûki bir temele oturtulması noktasında uyarıda bulunur. Şüphesiz bu tevcih haklı bir tevcihtir. Ancak bu problemler var diye bir hukûki müesseseyi kökünden reddetmek hiç de doğru olmasa gerekir. Aksine bu noktalar dikkate alınarak onu yeniden düzenlemek ve hukuka dolayısıyla da insanların ihtiyacına cevap verici hale getirmek gerekir. Zira böyle bir kefâlet çeşidine insanların ihtiyaç duyduğu inkar edilemez bir gerçektir. Sürekli gelişen ve insan ihtiyaçlarının da o oranda arttığı bir dünyada hukuku dar kalıplar içerisine sıkıştırmak ve insanları zora, dara sokmak her şeyden önce bu dinin (İslamın) dolayısıyla da İslam hukukunun teşri'i gayesiyle bağdaşmaz. Fakat mümkün olduğu kadar iyi niyetli, yapıcı tenkitler hukukun sağlam temellere dayanmasını ve gelişmesini sağlar. İşte İbn Hazm'ın bu yerinde sorularından sonra onun şahsa kefâletin şartlarını ortaya koyarak bir alternatif sunması beklenirdi. Ama o belki de kolaycılığı tercih ederek "*Allah'ın kitabında olmayan bir şart sayılan bu kefâlet hiçbir şekilde caiz değildir*" diyerek nassların ruhuna uymayan daha garip ve de daha anlaşılmas bir görüş ortaya koymuştur. Söz konusu kefâleti kabul edenler onun yerinde endişelerini de taşımış ve bu kefâleti hukûki bir temele oturtabilmek ve de çeşitli aksaklıkları bertaraf edebilmek için şartlarını ve kefilin sorumluluk sahasıyla sorumluluk sınırını belirlemeye çalışmışlardır. Biz de ilerleyen sayfalarda bunlara yer vermeye çalışacağız.

III. ŞAHSA KEFÂLETTE İRÂDE BEYANI (YAPILIŞI)

³⁹Hadisin değerlendirmesi için bk. Zeylai, IV, İbn Hümmam, VII, 165; Ali Haydar, II, 15.

⁴⁰*Mecelle*, md. 631; Ali Haydar, II, 48-49.

⁴¹*Mecelle*, 642; Ali Haydar, II, 78-79.

⁴²Bk. Serahsi, XIX,163; İbn Kudame, V,105.

Şahsa kefâlet, *belli bir adamın şahsını teslim kefilim*⁴³ şeklinde yapılabileceği gibi, bir kimsenin onsuz düşünülemediği bir parçasını (veya organını) irade beyanında zikretmekle de meydana gelir. Mesela; *Filancayı ihzarı taahhut ediyorum, falanın yarısını, başını, yüzünü, kalbini, nefisini... ihzara kefilim,...* demek gibi⁴⁴.

İfadelerden de anlaşıldığı üzere *bu konuda önemli olan, örfte bedeni veya bedeni teslimi taahhudü ifade eden*⁴⁵ *ve insanların intibak edebileceği*⁴⁶ *lafızların kullanılmasıdır.*

Bunun yanında İslam hukukçularının ifadesine göre, bir şahsa aşağıdaki şekillerde kefil olunabilir:

Şahsa, *Mutlak(müneccez)* olarak kefâlet: *Bir kimse borçlu (sanık) veya davalıyı mutlak olarak teslim kefil olabilir. Filancayı teslim kefilim* şeklinde ifade kullanması bunu gösterir⁴⁷. Bu durumda alacaklı veya davacı kefiliden borçlu (sanık) veya davalıyı derhal teslim etmesini isteyebileceği gibi⁴⁸ ona mehil vererek teslimi vadeye de bağlayabilir⁴⁹.

Muallak (mukayyet) kefâlet: Bir şahsı teslim sözleşmeye şart, vade.. vb. kayıtlar konularak da kefil olunabilir. Bu da şu kısımlara ayrılır:

1-Şarh kefâlet: Borçlu (sanık) bir şahsın teslimine şartlı olarak kefil olunabilir. Mesela; *Filanı sana yarın teslim kefilim, teslim edemezsem borcunu ödemek üzere kefilimi* denilerek kefâlet akdi yapılabilir. Bu durumda borçlu (sanık)yu teslim eden kefil sorumluluktan kurtulur. Teslim edemezse onun borcunu ödemeye mecbur olur⁵⁰. Hanefiler böyle bir kefâlette borçlu (sanık) ölürse kefilin onun borcunu ödemekten sorumlu olacağını söylerken⁵¹, Şafiiler sorumlu olmayacağını, borçlu (sanık)nun ölümüyle borcun sukut edeceğini söylerler⁵².

Bu konuda tevarüsün de caiz olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla kefilin ölümü halinde varisleri borçlu (sanık)yu muayyen vakit içinde teslim etmekle yükümlü olurlar. Teslim etmekle veya borçlu (sanık)nun kendisinin teslim olmasıyla da bunların yükümlülüğü sona erer. Şayet borçlu (sanık)nun kendisi teslim olmaz, kefilin varisleri de teslim etmezse kefâlet borcunun kefilin terikesinden ödenmesi gerekir. Alacaklı ölürse talep hakkı varislerine intikal eder⁵³.

2-Muvakkat kefâlet: Bir şahsın teslimine belli süre zarfında sorumlu olmak üzere de kefil olunabilir. Mesela; *Filancayı bu günden şu güne kadar teslim kefilim* gibi ifadelerle bu kefâlet gerçekleşir. Bu durumda kefil o kimseyi teslimden bu süre zarfında sorumlu olur⁵⁴. Kefalet süresinin sona ermesi halinde kefil davalıyı teslim etmemiş olsa bile kefâletten kurtulur⁵⁵. Ebu Yusuf'a göre kefil sürenin başlangıcından itibaren sorumlu tutulur. Hanefilerde tercih edilen görüşün bu olduğu söylenmiştir. Bir başka görüşe göre ise, ilgili süre dolmadan kefil teslimden sorumlu tutulamaz⁵⁶.

3-Müeccel kefâlet: Kefil borçlu (sanık) veya davalı şahsı belli bir süre sonra teslimi de taahhut edebilir. Ancak borca kefâlette olduğu gibi şahsa kefâlette de tecil süresinin belli olması

⁴³Mecelle, md. 613.

⁴⁴İbn Hümam, VII, 166, 167; Remli, IV, 445; İbn Kudame, V, 96; Seyyid Sabık, **Fıkhu'-Sünne**, III, 285.

⁴⁵İbn Hümam, VII, 166.

⁴⁶Remli, V, 445.

⁴⁷Bk.İbn Hümam, VII, 166; İbn Kudame, V, 96, 98.

⁴⁸Bk. İbn Kudame, V,98.

⁴⁹Bk. Kasani, VI,5; İbn Kudame, V,98.

⁵⁰Bk. Serahsi, XIX, 189; İbn Kudame, V, 100 vd.; İbn Nuceym, **el-Bahru'r-Raik**, VI, 231.

⁵¹Serahsi, XIX, 176; Kasani, **Bedayiu's-Sanayi'**, VI, 4.

⁵²Şirbini,II, 203.

⁵³İbn Âbidin V, 292; **Mecelle** md. 651.

⁵⁴Bk. Molla Hüsrev, II, 296 vd.; **Mecelle**, md. 639.

⁵⁵Ebu Ganim el-Bağdadi, **Mecmau'd-Damanat**, 266; Zühayli, **el-Fıkhu'l-İslami**, V, 138.

⁵⁶Zühayli, V, 138.

gerekir⁵⁷. Müecel kefâlette belirtilen vadeden önce veya bu vade dolmadan kefilin ilgili şahsı teslim veya ihzarı istenemez ve kefil bu noktada zorlanamaz. Ancak bazı durumlarda kefil kendi hür iradesiyle ilgili süre dolmadan davalıyı teslim edip sorumluluktan kurtulabilir. Bu durumlardan en önemlisi alacaklı veya davacının zararının olmamasıdır. Yani vaktinden önce teslim etmede alacaklının zararı yoksa vaktinden önce teslimi caizdir. Ancak davacının isbat delillerinin henüz hazır ve tamamlanmış olmaması veya duruşma günü hakimnin bulunmaması gibi davacı veya borçlu (sanık)nun zararına olabilecek durumlarda ilgili süreden önce kefil ilgili şahsı teslim etmekle sorumluluktan kurtulamaz. Bir de vaktinden önce teslimde davacı veya alacaklının herhangi bir zararı sözkonusu değilse davacı teslimi ve ihzarı kabule zorlanabilir⁵⁸.

Aynı zamanda bir şahsa *müşterek* (davacı veya borçlu (sanık) bir kimsenin şahsını teslimine birden çok kimsenin kefil olması) olarak da kefil olmak caizdir. Bu durumda alacaklı veya davacı kefillerin herhangi birisinden ilgili şahsı teslim etmesini isteyebilir. Müşterek kefillerden herhangi birinin ilgili şahsı teslimiyle diğerleri de sorumluluktan kurtulur⁵⁹.

Bir şahsın teslimine her biri diğerine kefil olmak şartıyla *müteselsilen* de kefil olunabilir. Böyle bir kefâlette (şayet teslim edilemezse borcun ödenmesine kefil olunmuşsa) davacı veya alacaklı bu kefillerden herhangi birinden hakkını alabilir. Hissesinden ziyade ödemede bulunan kefil diğerine rucu edebilir. Şayet kefillerden herbiri aynı anda diğerinin kefilisi değilse hisseleri nisbetinde sorumlu olurlar⁶⁰.

IV. KAPSAMI (KONUSU)

İslam hukukçularının ifadelerinden ve konuyla ilgili olarak ortaya koydukları hükümlerden şahsa kefâletin, hem cezaların infazı hem de borç ve haksız fiilden dolayı bir şahsın mahkemeye ihzarı için yapılabileceği anlaşılmaktadır. Bir başka ifadeyle bir şahsa, hem üzerine terettüp eden suçun infazı hem de uhdesinde bulunan borçların ifası için kefil olunabilir⁶¹.

Aynı zamanda mal veya parayla takdiri mümkün olan (erş,diyet, sulh bedeli...gibi) bazı cezaların mali bedeline kefâletin de sahih olduğu İslam hukukçuları tarafından ifade edilmiştir⁶².

V. ŞARTLARI

İslam hukukçularının şahsa kefâlette aradığı şartların bir kısmı mala kefâlette de koşulmuştur. Burada daha çok şahsa kefâleti ilgilendiren şartlar üzerinde duracak ve bu şartları da kefâletin rükünleri bakımından teker teker değil de karma olarak ele alacağız. Buna göre şahsa kefâletin sihhati için İslam hukukçularının -aralarında kısmi farklılıklar olmakla birlikte- ileri sürdüğü şartlar şunlardır:

A. KEFİL ÂKİL-BÂLİĞ VE HÜR OLMALIDIR

⁵⁷İbn Kudame, V,99.

⁵⁸ Bk. İbn Kudame, V, 99; İbn Âbidin, V, 290.

⁵⁹Kasani, VI, 13; İbn Kudame, V, 91.

⁶⁰Serahsi, XIX, 183.

⁶¹Kasani, VI, 8; İbn Kudame, V, 96-97 vd. (Ancak İslam hukukçuları, ister kamuyu ilgilendiren suçlar (hududu'llah) isterse ferdi ilgilendiren suçlar (hudu'l-ibad) olsun cezaların bizzat kendisine kefaleti caiz görmezler. Bk. İbn Hümmam, VII, 197 vd. ;İbn Âbidin, V, 298; Haraşi, VI, 25; İbn Kudame, V, 97; Şirbini, II, 203; Remli, IV, 447. Zira hem ilgili ayetler, (mesela; "Kimse kimsenin yükünü(sorumluluğunu)yüklenmez" En'am, 6/164; İsrâ, 17/15; Fatır, 35/18) hem de Hz. Peygamber'den rivayet edilen "Hadde (cezada) kefalet yoktur" hadisi bunu yasaklamıştır. (Bk. Zeylai, **Nasbu'r-Raye**, IV, 59. Hadisin zayıf ve münker olduğu ifade edilmiştir).. Bu konuda Şafii'den nakledilen farklı bir görüşe göre ise o, kul hakkı olan cezalarda kefaleti caiz görür. Bk.İbn Kudame,V,97.). Aynı zamanda kefalet gibi teminat akitlerinden güdülen teminat ve isbat ile cezalarda esas kabul edilen iskat (düşürme) birbirine zıt olduğundan bu durumda kefaletten beklenen gayenin tahakkuk etmeyeceği de akli ve mantiki bir delil olarak ileri sürülmüştür. (Bk. İbn Hümmam, VII, 197 vd. ;İbn Âbidin, V, 298; Haraşi, VI, 25; İbn Kudame, V, 97; Şirbini, II, 203; Re mli, IV, 447;İbn Nuceym, VI, 250.)

⁶²Mavsili, **el-İhtiyar**, IV, 145; İbn Kudame, V, 97 vd.

İslam hukukçuları ittifakla kefilin akıl-baliğ ve hür olmasını şart koşmuşlardır. Dolayısıyla deli, çocuk ve kölenin şahsa kefâleti caiz değildir. Ancak efendisinin iznine bağlı olarak köle kefil olabilir⁶³.

Kefil olunacak şahısta ise bu şartlar aranmaz. Buna göre, çocuk, deli, köle, tutuklu (mahpus) ve ğaib kimseye de kefil olunabilir. Ebu Hanife tutuklu ve ğaib kimseye kefil olunamayacağına söylemiştir⁶⁴.

B.KEFÂLET KONUSUNUN KEFİLDEN İSTİHSALİ (KONUNUN KEFİLCE TESLİM EDİLEBİLİR VE KEFİLDEN İSTENEİLİR OLMASI)

Kefilin bu şartı taşıması gerektiğinde İslam hukukçuları ittifak etmişlerdir. Bundan hareketle de had cezalarının bizzat kendilerine kefâleti caiz görmemişlerdir⁶⁵.

Buna göre, İslam hukukçuları kefâlete konu olacak borcun kefilden istenebilir ve de kefilin bunu teslimine güç yetirebilir olmasını şart koşmuşlardır. Böyle bir kefâletin de ancak malî konularda olabileceğini zira kefâletten beklenen fayda ve maslahatın ancak bu durumda gerçekleşeceğini söylemişlerdir. Bu şartın bir sonucu olarak da had ve kısas cezalarına kefâleti caiz görmemişlerdir. Ancak burada doktrinindeki görüşlerin daha net tesbit edilebilmesi için şu üç meselenin ayrı ayrı ele alınmasının gerekli olduğuna düşünüyoruz:

1-Had ve kısas cezalarının bizzat kendine kefâlet,

2-Had ve kısasın malî bedeline kefâlet,

3-Had veya kısas uygulanacak şahsın teslimine (mahkemeye ihzarına) kefâlet. Şimdi de sırasıyla bunları ele alalım.

1. Had Ve Kısas Cezalarının Bizzat Kendisine Kefalet

İslam hukukçularının ifadelerine göre, hem kefâlet akdinin yapısına hem de cezalardan beklenen gayeye uygun olmadığı için bir şahsa uygulanacak had veya kısasa gerektiğinde kendisine uygulanmak üzere bir başkasının kefil olması caiz değildir. Zira cezalarda niyabet geçerli olmaz⁶⁶. Kefaletten maksat borcun teminat altına alınmasıdır. Cezalarda aslolan ise şüphyle sakıt olmalarıdır. Zira Hz.Peygamber bir hadisinde şöyle buyurmuştur: "*Gücünüz yettiğince hadleri düşürünüz*"⁶⁷ Yani birinde borcun subutu yönünde bir arzu varken diğerinde sukutu yönünde bir talep mevcuttur. Dolayısıyla teminat altına alma cezanın yapısına uygun düşmez veya bu manada kefâlet ve cezalar birbiriyle uyuşmaz. Ayrıca kefâlet konusunu teslim mümkün olmadığı zaman bunu kefilden istemek de caiz değildir⁶⁸.

Yine Hanefilerden İbn Nuceym ve Baberti'nin ifadesine göre, had cezalarında cezanın suçludan başkasına uygulanması durumunda cezadan beklenen caydırıcılığın gerçekleşmemesi sebebiyle bizzat cezaya kefâlet sahih olmaz⁶⁹.

⁶³Serahsi, XX, 9; İbn Kudame, V, 78; **Düsuki**, III, 330.

⁶⁴ Bilmen, VI, 257; Şirbini, II, 204; İbn Kudame, V, 97.(Şafiiler ölünün cesedini -yüzüne bakılarak şahitlik için- teslimine kefaleti de caiz görürler. Ancak bunun definden önce ve yüzünün değişmemesi durumunda olabileceğini ifade ederler. Bunlar olduktan sonra ise ona kefalet sahih olmaz ve ceset bir memlekette başka memlekete nakledilemez. Bk. Şirbini, II, 204.)

⁶⁵İbn Hümmam, VII, 197 vd.; İbn Cüzey, **el-Kavaninu'l-Fıkhiyye**, s. 320; İbn Kudame, V, 97. (Ancak bu konuda Şafii'lerden bir kısmı farklı bir görüş ortaya koyarak şöyle demişlerdir: Allah hakkı (kamuyu ilgilendiren) suçlara- Mesela; içki, zina, hırsızlık cezası... vb.-kefalet sahih değildir. çünkü imkan ölçüsünede bunların düşürülmesi esastır. Ancak kul hakkı (ferdi) suçlara-Mesela; kısas, zina iftirası...vb.- kefalet ise sahihtir. Ta'zir cezaları da böyledir. çünkü bunların bağlayıcı olması esas olduğu için bu yönüyle mala benzerler. Bk. Şirbini, II, 203 vd.; Nevevi, Ravza, III, 486; Kalyubi ve Umeyra, **Haşiyetan**, II, 327vd.)

⁶⁶Baberti, VII, 197; **Mecelle**, md. 632.

⁶⁷İbn Mace, Hudud:5.

⁶⁸ İbn Âbidin, V, 298; İbn Hümmam, VII, 197-198; İbn Rüşd, II,29; İbn Kudame, V, 97 Şirbini, II, 203; Remli, IV, 250 .

⁶⁹Baberti, VII, 197; İbn Nuceym, VI, 250.

Bunlara ilaveten, İslam ceza hukukunda cezanın şahsîliği prensibi gereğince ceza ancak suçlu işleyene verilir, hiçbir kimse başkasının işlediği suçtan dolayı sorumlu tutulamaz⁷⁰. Öyleyse kefil de asılın işlediği had veya kısas gerektiren cezalara kefil olamaz⁷¹ ve bir kimse başkasının yerine kısasen öldürülemez⁷².

Ayrıca İslam hukukçuları bu konuda Beyhaki'nin rivayet ettiği "*hadde (cezada) kefâlet olmaz*"⁷³ hadisini delil olarak göstermektedirler.

2. Had Ve Kısasın Malî Bedeline Kefalet

İslam hukukunda bazı had cezalarının para ile takdiri; para ile ödenmesi (tazmini) ve yine bazı durumlarda kısasın diyete dönüştürülmesi mümkündür. Böyle bir durumda borcun konusu malî olarak veya parayla takdir edilebilir hale geldiği için ve de kefilinden istihsalî mümkün olduğundan had ve kısasın malî bedeline kefâlet sahihtir. Çünkü İslam hukukçuları bu şartı ifade ederken özellikle kefilinden istihsalinin mümkün olması üzerinde durmuşlardır⁷⁴. Ayrıca hataen öldürmelerde diyet borcunun *akileye* ödettirilmesi de İslam hukukunda kabul edilmiş bir husustur⁷⁵. Bunlar yanında İmam Şafii'den nakledilen bir görüşe göre o, kul hakkı olan cezalara kefâleti caiz görmektedir⁷⁶. Dolayısıyla İslam hukukuna göre böyle parayla takdiri mümkün olan hususlara kefâletin sahih olduğunu söylemek mümkündür⁷⁷.

3. Had Veya Kısas Uygulanacak Şahsın Teslimine Kefalet

Had ve kısas cezalarının bizzat kendisine kefil olmayı caiz görmeyen ve böyle bir kefâleti sahih saymayan İslam hukukçuları had, kısas ve tazir gibi cezaların infazı için suçlunun teslimine (mahkemeye ihzarına) kefil olmayı caiz görmüş; böyle bir kefâleti de sahih kabul etmişlerdir⁷⁸. Bu konuya Buhari'nin kefâlet bölümünde naklettiği bir hadisi de delil göstermişlerdir⁷⁹.

Özetlemek gerekirse, İslam hukukçuları had ve kısas gibi cezaların bizzat kendine (icabında kefile uygulanmak üzere) kefâleti caiz görmezken bunların malî bedellerine ve bunların uygulanacağı şahsın mahkemeye ihzarına kefâleti caiz görmektedirler.

CMUH (Ceza Muhakemeleri Hukuku)'daki teminatla salıverme ile ilgili hususlar genel olarak İslam hukuku hükümleriyle uygunluk arz etmektedir. Nitekim ileride bu husus genişçe ele alınacaktır. Hatta bu konuda şöyle bir kaide zikredilmiştir: Hakim huzurunda dava edilebilecek her türlü borçtan sanık olan kimsenin, bedenini ihzara kefil olmak caizdir⁸⁰.

⁷⁰Geniş bilgi için bk. Abdulkadir Udeh, **et-Teşri'u'l-Cinai'l-İslami**, I, 394; Akşit, **İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları**, 93vd.

⁷¹İbn Âbidin, V, 283.

⁷²Bilmen, VI, 256.

⁷³Bk. San'ani, **Sübülü's-Selam**, III, 63; Zeylai, **Nasbu'r-Raye**, IV, 59.

⁷⁴Bk. İbn Hümmam, VII, 197; İbn Kudame, V, 97

⁷⁵Bk. Bilmen, VI, 256.

⁷⁶Bk. Şirbini, II, 203; İbn Kudame, V, 97. Mal ile takdiri veya para ile ödenmesi mümkün olan bazı cezalar şunlardır: *Ers, diyet, sulh (Konkordato) bedeli hataen yaralama ve öldürme ve bazı tazir cezaları*. Bk. İbn Âbidin, V, 298; Ali Haydar, II, 52; Bilmen, VI, 256. Geniş bilgi için bk. Kısasen diyete çevrildiği haller, İbn Rüşd, II, 343; Udeh, II, 176; Bilmen, III, 47-48. Müessir fiillerden doğan suçların tazminatları, Kasani, VII, 312; Derdir, **eş-Serhu's-Sağir**, IV, 248; Ceziri, V, 335; Ali Bardakoğlu, "**Diyet**" md., TDVİA, IX, 473-478.

⁷⁷Bk. Bilmen, VI, 256.

⁷⁸İbn Kudame, V, 96; Damad, II, 135; İbn Hümmam, VII, 197; İbn Nuceym, VI, 250; Şirbini, II, 203; Ceziri, 233.

⁷⁹Hadisler için bk. Buhari, Kefalet:1. (Sözkonusu hadis şöyledir: Hamza b. Amr el-Eslemi'nin babasından rivayet ettiğine göre, el-Eslemi'nin babasını Hz.Ömer zekat toplamak için gönderdi. Bu arada bir adam hanımının cariyesiyle zina etti. Amr, (cezalandırılmak üzere) Hz.Ömer'in huzuruna gelinceye kadar o adamdan kefil aldı. Hz.Ömer ise el-Eslemi'nin bu uygulamasını onayladı. Neticede o adam zinanın hükmünü bilmeden zina yaptığından ona recim değil de tazir cezası olarak yüz kırbaç vuruldu.) Hadisin bu konuda deli oluşu ile ilgili olarak bk. Bedruddin el-Ayni, **Umdetu'l-Kari**, XIII, 115; İbn Hacer, **Fethu'l-Bari**, IV, 370.

⁸⁰**el-Mevsu'atu'l-Fikhiye**, XXXIV, 308.

C. KEFİLİN RIZASI

İslam hukukçuları şahsa kefâlette de kefilin rızasının şart olduğunu söylemişlerdir⁸¹.

Şahsa kefâlette, kefil olunacak (borçlu (sanık)/davalı) şahsın rızası konusunda ise ihtilaf vardır. Buna göre, Şafiilerde tercih edilen görüşe göre borçlu (sanık)-davalı kimsenin rızası şart olduğu halde⁸² diğer mezheplere göre şart değildir⁸³.

D. KEFİL OLUNAN ŞAHSIN ŞAHİS VE YER OLARAK MALUM OLMASI

İslam hukukçuları şahsa kefâlette kefil olunan şahsın kefil tarafından bilinen, tanınan ve malum birisi olmasının şart olduğunu söylemişlerdir. Dolayısıyla tanınmayan bir kimsenin şahsını teslim yapılan kefâlet sahih değildir⁸⁴. Mecelle bu hususu şu şekilde düzenlemiştir: "*Kefaletin konusu şahıs ise onun şahsen ve mekanen malum olması şarttır*"⁸⁵.

Bu noktada az, fahiş olmayan bilinmezlikler kefâletin sihhatini engellemez. Dolayısıyla ilgili şahsın ismen bilinmesi şart değildir. Kefilin onu gördüğünde tanıyabilmesi kefâletin sihhati için yeterlidir⁸⁶.

Ayrıca Hanefiler kefil olunan şahsın yerinin de malum olmasını şart koşarlar. Bundan hareketle de ğaib olup da yeri (mekanı) belli olmayan bir kimsenin şahsına kefâleti caiz görmezler⁸⁷.

Diğer mezhepler ise kefil olunacak şahsın yerinin bilinmesini şart koşmazlar. Bundan dolayı da ğaib kimsenin şahsına kefil olunabileceğini kabul ederler⁸⁸.

Kefil olunan şahsın borcunun miktarının kefil tarafından bilinmesi de şart değildir. Çünkü bu kefâlette mal değil şahsın kendisi ve onun ihzarı önemlidir⁸⁹.

VI.ŞAHS KefaletİN HUKUKİ SONUÇLARI VE KEFİLİN SORUMLULUK SINIRI

Şahsa kefâlette kefil, öncelikle borçlu (sanık) veya davalıyı teslimden sorumludur⁹⁰. Teslim için zaman tayin edilmişse kefil, borçlu (sanık)yu o vakitte⁹¹ edilmemiş ise asılın istediği zaman teslim edebilir⁹². Bazı mezhepler, mesela Malikiler'in bir kısmı borçlu (sanık)yu ihzar etmeyen kefilini onun borcundan sorumlu tutarlar⁹³.

Buna göre şahsa kefâlette kefilin sorumluluklarını şu şekilde özetleyebiliriz: Borçlu (sanık)yu ihzar, temerrüdü halinde kefilin hapsi, davalıyı takip ve asılın borcunu tediyeye⁹⁴.

Şunu da ifade edelim ki, İslam hukukçularının ifadesine göre kefilin sorumluluğu asılın sorumluluğunu aşamaz⁹⁵. Aynı zamanda kefil fer'i borçlu (sanık) durumunda olmakla birlikte

⁸¹İbn Kudame, V, 71; Bilmen VI,254.

⁸²Şirbini, II, 204.

⁸³İbn Kudame, V, 104.

⁸⁴İbn Âbidin, V, 308; Ali Haydar, II, 36; Kasani, VI, 6; İbn Kudame, V, 73; Haraşi, **Şerhu'l-Haraşi ala Muhtasar Sidi Halil**, VI, 23, Nevevi, el-Mecmu, XIII, 166.

⁸⁵Mecelle, md. 630.

⁸⁶İbn Âbidin, V, 308.

⁸⁷Ankaravi, **Fetava**, I, 351; Ali Haydar, II, 36.

⁸⁸İbn Kudame, V, 97; Şirbini, II, 204; İbn Rüşd, II, 298.

⁸⁹İbn Kudame, V, 97; Şirbini, II, 203.

⁹⁰Serahsi, XIX,162; Kasani, VI,10; **Mecelle**, md.642; Şirbini, II,203; İbn Kudame, **eş-Şerhu'l-Kebir**, V,98.

⁹¹Zeylai, **Tebyinü'l-Hakayık**, IV, 150; **Mecelle**, md. 642.

⁹²Ali Haydar, II, 79.

⁹³**Düsuki** III, 345. (Teslim yeri konusu ileride "alacaklı ile kefil arasındaki ilişki " konusunda ele alınacaktır.

⁹⁴Kasani, VI, 10; İbn Nüceym, VI, 228; V, 290; Hindiyye, III, 258.

⁹⁵İbn Âbidin, V, 319; **Düsuki** III, 337; İbn Kudame, V, 81; Kalyubi ve Umeyre, II, 331; Joseph Scachacht, **İslam Hukukuna Giriş** (trc. Mehmet Dağ, Abdulkadir Şener), 164; Sabri Şakir Ansay, **Hukuk Tarihinde İslam Hukuku**, 184.

İslam hukuk doktrinindeki baskın görüşe göre -Malikiler hariç- asıl borçlu (sanık) yanında doğrudan sorumludur. Yani alacaklı, asıl borçlu (sanık)yu takip edip netice almadan da kefile müracaat edip alacağını ondan talep edebilir⁹⁶. Malikiler'e göre ise -T.B.H doktrininde olduğu gibi- adî kefâlette kefil, asıl borçlu (sanık) takip edilmeden veya takip neticesiz kalmadan borcun ödenmesinden sorumlu tutulamaz.

A. ŞAHSA KEFÂLETTE BORÇLU (SANIK) NUN TESLİM EDİLECEĞİ YER

İslam hukukçuları şahsa kefâletin hukûki sonuçlarında kısmen de olsa farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Bu görüş farklılığı kefilin sorumluluğunun ne zaman biteceği noktasındaki tartışmalardan kaynaklanmaktadır. Şimdi kısaca mezheplerin görüşlerine yer verelim.

Hanefiler'e göre, şahsa kefâlette kefilin sorumluluğu, borçlu (sanık)/davalı ile alacaklı (davacı)yı, alacaklının borçlu (sanık)yu mahkemeye ihzar edebileceği bir yerde bir araya getirmekten ibarettir. Çünkü bu kefâlet çeşidinden beklenen maksat ancak böyle bir taahhülle (edimle) hasıl olur. Böyle bir kefâletten beklenen ise, kanun (mahkeme) önünde alacaklının hakkını almasıdır. Kefil bunu yapınca, yani borçlu (sanık)yu alacaklının mahkemeye teslim ve ihzar edeceği bir yere getirince kefilin sorumluluğu sona erer ve kefâlet akdi de ortadan kalkmış olur⁹⁷.

Nitekim bu durum Mecelle'de şu şekilde kanunlaştırılmıştır: "*Kefil, mekfulünbihi şehir ve kasaba gibi muhaseme/muhakeme mümkün olan yerde mekfulunlehe teslim ettikde mekfulunlehe gerek kabul etsin ve gerek kabul etmesin kefil kefâletten berî olur. Fakat bir belde-i muayyenede teslimi şart edilmiş ise başka beldede teslim ile kefâletten berî olmaz...*"⁹⁸.

Malikiler'e göre ise, şahsa (veche) kefil olan kimse, borç tahakkuk edince, (ödeme zamanı gelince) borçlu (sanık) şahsı alacaklının kanun önünde (mahkemede) alacağını tahsil edeceği bir yere teslimle yükümlüdür. Buna göre hakimi olan bir yere (yerleşim birimine/kazaya) borçlu (sanık)yu teslim etmekle kefil, kefâletten kurtulur. Teslim edilen yerin, kefâletin yapıldığı yer olması şart değildir⁹⁹.

Şafiiler şahsa kefâletin sonuçları açısından kefil ile alacaklı arasındaki ilişki konusunda şu görüşlere yer vermişlerdir: Şahsa (bedene) kefil olan kimse, mümkün olduğu sürece borçlu (sanık)yu/davalıyı akitte tayin edilen yere teslimle yükümlüdür. Aksi halde -bu mümkün değil ise- kefâletin yapıldığı yer teslim yeri olarak belirlenmiş olur. Teslim yerini ve şehri akitte

⁹⁶Kasani, VI, 9; Ali Haydar, II, 57; İbn Kudame, V, 70.

⁹⁷İbn Hüمام, VII, 168vd.; İbn Nüceym, VI, 231.

⁹⁸**Mecelle**, md. 663. Buna göre kefil, kefil olduğu şahsı bir çölde alacaklıya teslim etse taahhüdünü yerine getirmiş sayılmaz. Fakat o şahsı bir şehirde teslim etse sorumluluktan kurtulur. Hatta "mahkemeye teslimi" şart koşulsu ve kefalet akdinde böyle bir kayda yer verilse de şehirde teslimi yeterli olup mahkemeye götürmesi şart değildir. Zira şahsa kefaletten maksat, borçlu (sanık)yu mahkemeye ihzarı mümkün olan bir yere getirip teslim etmektir. Bir fayda sağlayamayacağı için bunun aksine bir kayıtla kayıtlanması mümkün değildir. (Bk İbn Hüمام, VII, 169). Kefalet akdinde kefilin borçlu (sanık)yu belli bir şehirde teslimi şart koşulusu da kefil onu bir başka şehirde teslim ederse, Ebu Hanefi'ye göre sorumluluktan kurtulur. çünkü bu kefaletten maksat, özel bir hakim huzurunda hakkı elde etmektir. Bu da herhangi bir hakimle kayıtlanamaz. İmameyn'e göre ise böyle bir teslim kefilin sorumluluktan kurtarmaz. Zira alacaklı muteber bir şart ortaya koyması için bu daha elverişli bir yoldur. Zira bazen alacaklının delil ve belgeleri sadece şart koştuğu şehirde bulunabilir. Bu açıdan da ilgili şarta riayet etmek gerekir. Şüphesiz bu hükümler o günkü yargılama usullerine göredir. Bugün daha değişik şekiller geliştirilebilir. (Bk. Kasani, VI, 4; İbn Âbidin, V, 297vd.; İbn Hüمام, VII, 285 vd.; Ali Haydar, II, 138).

⁹⁹Aynı şekilde kefilin emriyle borçlu (sanık) kendisini alacaklıya (borcun zamanı geldiğinde) teslim etmesiyle de kefilin sorumluluğu sona erer. Borcun zamanı gelmeden veya geldikten sonra kefilin emri olmadan borçlu (sanık)nun kendini teslim etmesi kefilin sorumluluktan kurtarmaz. Malikiler'de meşhur olan görüşe göre, kefil borçlu (sanık)yu belirlenen zamanda teslim etmezse, borçlu (sanık)nun kayıplılık süresi yakın ise ve bir gün gibi az bir mühlet bile vermiş olsa kefil, borçlu (sanık)nun borcunu ödemekten sorumlu olur. Şayet borçlu (sanık)nun kayıplılık süresi uzun ise bu durumda ihmali olmasa bile kefil onun borcunu ödemekten sorumlu olur. Malikilerde genel görüş bu olmakla birlikte bazı Malikiler şahsa kefilin sadece ihzardan sorumlu olduğunu söyleyerek onun ödemediği borçtan kefilin sorumlu olmadığı görüşündedirler. (Bk. Haraşi, VI, 34vd.; Düsuki, III, 345vd.)

belirlemek (kayıtlamak) muteber ve uyulması gerekli bir şarttır. Alacaklının belirlenen yerin dışında yapılan teslimi reddetme (ve bunu bir def'i olarak ileri sürme) hakkı vardır¹⁰⁰.

Hanbeliler'in konuyla ilgili görüşleri ise şöyledir: Kefalet akdi,-teslim yeri belirlenmeden- mutlak olarak yapıldığında borçlu (sanık), kefâlet akdinin yapıldığı yerde teslim edilmelidir. Ancak akitte teslim yeri tayin edilmiş ise borçlu (sanık)nun orada ihzarı gerekir¹⁰¹.

İslam hukukçularının kefil olunan şahsın nerede teslim edileceği hususundaki görüşlerinden anlaşıldığına göre, fakihlerin bir kısmı teslim yerinin akdin yapıldığı yer olduğunu söylerken bir kısmı tayin edilmiş bir yer olduğunu söylemektedir. Nihayet hemen her mezhep hukukçusu teslim yeri olarak bir de mahkemeden (hakimin huzurundan) sözetmektedir. Buna göre de teslim için üç yer ortaya çıkmaktadır¹⁰². Şüphesiz bu görüşler İslam hukukçularının kendi dönemlerindeki muhakeme şartları göz önüne alınarak serdedilmiştir. Ancak borçlu (sanık)nun tesliminden maksat alacaklının hakkını ondan kolaylıkla ve emniyet içinde alması olduğuna göre bize göre, isabetli görüş, teslim yeri olarak mahkemeyi kabul eden görüştür. Zira mahkeme dışında borcunu ödeme niyetinde olan birisini başkasının ihzarına zaten gerek yoktur. Eğer konuya kefilin sorumluluğunun sona ermesi açısından bakılıyorsa -ki genel görüş budur- borçlu (sanık) kendisini mahkemeye ve alacaklıya teslim edince de kefilin sorumluluğu sona ermektedir¹⁰³. O halde prensipte mahkemeyi teslim yeri olarak kabul edip başka yerleri de bunun istisnası saymak daha doğru olur kanaatindeyiz. Yahutta bu gün İslam muhakeme hukuku çerçevesinde yeni düzenlemeler yapılabilir.

B. ŞAHSA KEFİLLERİN BİRDEN FAZLA OLMASI DURUMU

Bir şahsa kefil olanlar birden fazla olup ve tek bir akitle kefil olmuşlar ise, ilgili şahsı birinin teslim etmesiyle diğerleri sorumluluktan kurtulur. Zira burada kefâlete konu olan tek bir fiil (edim/yapma) vardır o da teslim edenin ihzarıdır. Dolayısıyla kefillerden herhangi birinin borçlu (sanık)yu teslimiyle sorumluluk yerine getirilmiş; borç îfa edilmiş olur. Şayet kefiller borçlu (sanık)nun teslimi için ayrı ayrı kefil olmuş iseler, sadece teslim edenin sorumluluğu sona erer. Zira bu durumda taahhüt edilen şey, kefiller adedince çeşitli fiiller (edimler) dir. Bu edimi birinin yerine getirmesi diğerinin sorumluluğunu sona erdirmez¹⁰⁴.

C. ŞAHSA KEFÂLETTE KEFİLİN (BORLU / SANIK BAKIMINDAN)

HAKLARI

Bu kefâlet çeşidinde borçlu (sanık)yu teslim veya mahkemeye ihzar gibi önemli bir sorumluluğu bulunan kefilin, bu sorumluluktan kurtulma noktasında bazı haklara da sahip olması gerekir. İşte bu hakları aşağıdaki şekilde ele almaya çalışacağız.

1.Kefili Teslim İçin İlgili ve Yetkili Makamdan Yardım Taleb Etme Hakkı

Borçlu (sanık)yu mahkemeye ihzardan aciz kalan kefil, bu konuda hakime müracaat ederek hakimin veya mahkemenin emrinde bulunan memurlardan yardım isteme hakkına sahiptir¹⁰⁵. Tabi bu kefâletin borçlu (sanık)nun emriyle olması durumunda böyledir. Kefalet

¹⁰⁰Şirbini, II, 204vd.; Remli, IV, 449vd. Şafii hukukçusu Şirazi 'nin el-Muhezzeb adlı eserinde ifade ettiği üzere, teslim için bir şehrin belirli bir yeri kararlaştırılmış ve tayin edilmiş olsa, tayin edilen yerin dışında yapılan bir teslimde (veya bu teslimi kabulde) alacaklının bir zararı varsa yahut buradaki teslim kabul etmemekte bir maksadı varsa belirlenen yerin dışındaki teslimi kabul etmek zorunda değildir. Ancak ilgili yerdeki teslimi kabulde bir zararı olmayıp ve kabul etmemekte de (önemli) bir maksadı yoksa belirlenmiş yerin dışındaki teslimi kabul etmek zorundadır. Eğer bu durumda alacaklı borçlu (sanık)yu kendisine teslim edildiği halde kabul etmezse kefil borçlu (sanık)yu hakimin huzuruna götürür ve sorumluluktan kurtulur. (Bk. **Müzebzeb**, I, 351; İbn Hacer, **Tuhfetü'l-muhtaç**, V, 258.)

¹⁰¹İbn Kudame, V, 96 vd.; Behuti, **Keşşafu'l-Kına**, III, 362vd.)

¹⁰²Geniş bilgi için bk. Mavsili, II, 437; İbn Hümam, VII, 168vd.

¹⁰³İbn Nüceym, VI, 231.

¹⁰⁴Bk. Serahsi, XIX, 169; İbn Nüceym, VI, 225; **Düsuki** III, 345vd.

¹⁰⁵ İbn Nüceym, VI, 225.

onun emriyle olmamışsa kefil ancak alacaklıya borçlu (sanık)nun yerini gösterip sonra onları başbaşa bırakır¹⁰⁶.

2.Kefilin Teslimde Cebir Kullanma Hakkı

Borçlu (sanık)nun hakimın huzuruna çıkarılmasından sorumlu olan kefil, bu sorumluluğunu yerine getirmek isterken zorlukla veya borçlu (sanık)nun direnmesiyle karşılaşabilir. Bu durumda borçlu (sanık)yu ihzarda cebir kullanabilir¹⁰⁷. Veya onu zorla götürebilir¹⁰⁸.

3.Kefilin Borçlu (sanık)/Davalıyı Hapsettirme Hakkı

Bir davada davacı, şahitleri olduğunu beyan ederse, hakim üç gün süreyle davalıdan şahsî, kefâlet isteyebilir. Veya aynı süre içinde davacı davalıyı göz altında tutup her gittiği yerde onu takip edebilir. (İslam muhakeme hukukunda buna "*mülazeme*" denir). Davalı bunu kabul etmezse kefil hapsedilir. Kefil de davalının duruşmada bulunmasından emin olmak için onu hapsettirebilir¹⁰⁹.

4.Kefilin Rucu Hakkı

Borcundan dolayı tutuklanan asılın borcunu ödeyip tahliye edilmesini sağlayan kefilin borçlu (sanık)ya rucu hakkı vardır¹¹⁰. Aynı şekilde borcundan dolayı teslimine kefil olduğu şahsı ihzar edemeyip onun yerine borcunu ödemek zorunda kalan kefil tediye ettiği miktarı borçlu (sanık)dan alma hakkına sahiptir¹¹¹.

VII.ŞAHSA KEFÂLETTE KEFÂLETİN SONA ERMESİ

İslam hukukçuları şahsa kefâletin sona ermesi için çeşitli yollar öngörmüşlerdir. Bunları aşağıda kısaca ele alalım:

A. TESLİM YOLUYLA

Şahsa kefâlete konu olan davalı veya borçlu (sanık)nun teslimi kefilin iki şekilde beraet ettirebilir.

1. Davalıyı Kefilin Teslim Etmesi

İslam hukukçularının genel kabulüne göre kefil, davalıyı muhakeme imkanı olan bir yerde davacıya teslim etmekle kefâletten kurtulur¹¹². Teslim yeri ve zamanı ile ilgili olarak "şahsa kefâlette kefilin sorumluluğunun kapsamı" ve "şahsa kefâletin hukûki sonuçları" başlığı altında bilgi verildiği için burada detaya girmiyoruz.

Aynı şahsın ihzar ve teslimine müşterek-birlikte kefil olanlardan hangisi onu teslim ederse diğerleri de sorumluluktan kurtulur¹¹³.

Davalıyı bizzat kefilin kendisi teslim ederek sorumluluktan kurtulabileceği gibi onun emriyle ve vekalet vermesiyle bir başkasının teslim etmesiyle de yine kefil beraet eder¹¹⁴. Hatta "*Kefil adına teslim ediyorum*" demek şartıyla herhangi bir şahsın teslimiyle kefilin borcu sona erer¹¹⁵. Alacaklının ölmesi halinde varislerine onlar da yoksa onların varislerine teslim, alacaklıya teslim gibidir¹¹⁶.

¹⁰⁶Ali Haydar, II, 80.

¹⁰⁷İbn Âbidin, V, 284; Ceziri, *el-Fıkh ale'l-Mezahibi'l-Erba'*, III, 231; Ali Haydar, II, 80.

¹⁰⁸İbn Nüceym, VI, 225.

¹⁰⁹Bk. İbn Âbidin, V, 298.

¹¹⁰İbn Âbidin, V, 331.

¹¹¹Serahsi, XIX, 189; İbn Nüceym, VI, 231; İbn Kudame, V, 97.

¹¹²Bk. İbn Hümmam, VII, 169; **Mecelle**, md. 659, 663, 665; **Düsuki** III, 344; Buhuti, III, 378; Remli, IV, 449.

¹¹³Serahsi, XIX, 169; Düsuki, III, 345 vd. ; İbn Kudame, V, 98.

¹¹⁴Serahsi, XIX, 168; İbn Hümmam, VII, 172; **Mecelle**, md. 659.

¹¹⁵Kadıhan, **Fetava**, III, 55.

¹¹⁶İbn Hümmam, VII, 170-171.

Şahsa kefâlette kefil, davalıyı muhakemenin mümkün olduğu bir yerde teslim etmek istediği halde, davacı kabul etmezse, kabule zorlanır. Şayet kabul etmezse kefil kefâletten beraet eder¹¹⁷.

Ceza muhakemelerinde de bir sanığın kefâletle serbest bırakılmasına kefil olan kimse, hakim tarafından tayin olunan süre içinde onu getirdiği takdirde kefâletten kurtulur¹¹⁸.

2. Davalının Kendisinin Teslim Olması

Davalı, kendisini ikefâletten dolayı diyerek davacıya teslim edince kefil beraet edebileceği gibi, kefillerin birden fazla olması durumunda "*filanın kefâletinden dolayı teslim oluyorum*" deyince adı geçen kefil beraet eder. Zira şahsa kefâletten maksat, ilgili şahsın teslimidir. Bu gerçekleşince kefâlet borcu da sona erer¹¹⁹.

B. İBRÂ

Mala kefâlette olduğu gibi şahsa kefâlette de ibra kefâlet borcunu sona erdiren yollardan biridir. Şahsa kefâletin ibra ile sona ermesi iki şekilde olur:

1.Yalnız Kefilin İbra Edilmesi

Alacaklı yahut davacı şahsa kefâlette kefilini ibra edince, kefil ihzar görevinden kurtulur¹²⁰.

Bu madde Mecelle'de şu şekilde yer almıştır: "*Mekfulunleh, kefilini ibra ettim yahut kefil tarafında hakkım yoktur, dese (yalnız) kefil (kefâletten) beri olur*"¹²¹.

2.Davalının/Borçlu (sanık)nun İbra Edilmesi

Bilindiği üzere, kefâlet borcu, asıl borca bağlı; onun yanında fer'i bir borçtur. Bu sebeple asıl borcun veya borçlu (sanık)nun herhangi bir sebeple borçtan kurtulması kefilin de borçtan kurtulmasını gerektirir. Nitekim ibra konusunda da durum böyledir. Buna göre alacaklının asıl borçlu (sanık)yu, (burada davalıyı) borçtan ibra etmesi onun ihzarına kefil olanı da borçtan beraet ettirecektir¹²². Mecelle'nin ifadesiyle; "*Asılın beraeti kefilin beraetini mucib olur*"¹²³.

C. DÂVÂLIYI TAKİBİN İMKÂNSIZ HALE GELMESİ

İslam hukukçuları şahsa kefâlette, takibi imkansızlaşan borçlu (sanık)nun borcundan kefilin sorumlu tutulup tutulmayacağı veya bu durumda kefilin ilgili borçtan beraet edip etmeyeceği konusunda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Şimdi kısaca bu konudaki mezhep görüşlerine yer verip bir değerlendirmeye gidelim.

¹¹⁷Hindiyeye, III, 261; İbn Âbidin, V, 293.

¹¹⁸CMUK md. 121/II.

¹¹⁹ Kasani, VI, 13; İbn Hümam, VII, 171; **Mecelle**, md. 659; Ali Haydar, II, 129; Haraşi, VI, 34; Remli, IV, 449; İbn Kudame, V, 98. Bu durumda kefilin beraeti, şahsa kefaletin davalının emriyle olması durumundadır. Şayet bu kefalet davalının emriyle olmamışsa davalı kendisini davacı veya alacaklıya teslim etmekle kefil kefaletten beri olmaz. Zira kefalet davalının emriyle olmayınca kefilin onu davacıya teslimi zorunlu da değildir. Bu sebeple de bu teslim kefilini beraet ettirmez. Bk. Ali Haydar, II, 130.

¹²⁰Kasani, VI, 11; Remli, IV, 459; İbn Kudame, V, 83.

¹²¹**Mecelle**, md. 660. **Mecelle** Şarihi Ali Haydar'ın ifadesine göre, bu maddedeki ibra hem mal hem teslim hem de şahsa kefaleti kapsar. Bu durumda artık alacaklının kefilinden borcu talep hakkı yoktur. Alacaklının sonradan bu ibradan vazgeçmesi de geçersizdir. Yine buradaki ibradan maksat da ibrayı iskattir. (Bk. Ali Haydar, II, 133.)

¹²²Kasani, VI, 13; İbn Kudame, V, 83; Remli, IV, 459.

¹²³**Mecelle**, md. 662. Konuyla ilgili olarak İslam hukukçularının genel görüşü bu olmakla birlikte Hanefiler, alacaklının birinin vasisi, velisi olması muhtemel durumlarda biraz detaya girerek asılın beraetinin şahsa kefalette her zaman kefilin beraetini gerektirmeyeceğini söylemişlerdir. Kısaca ifade etmek gerekirse, bu mezhep hukukçularına göre, alacaklının asıl borçlu (sanık)yu borçtan ibra etmesi yahut borcu ona hibe etmesi mali kefalette her zaman kefilini beraet ettirmez. Zira alacaklı borçlu (sanık)da hakkı olmadığını ikrar ettikten sonra dahi velayet...vb. yollarla bir hakkı talep edebileceğinden borçlu (sanık)yu/davalıyı ihzara hakkı olabilir. Bundan dolayı ibrayı yapan alacaklının bu ihtimalleri ortadan kaldırmak için ibrayı şöyle bir irade beyanında bulunması gerekir: "Aslında benim, hiçbir yetimin ve mütevellisi olduğum vakfın da hiçbir hakkı yoktur." Bu şekilde yapılan ibra ile asıl, şahsa kefaletten beri olduğu gibi kefil de beri olur. Bk. **Hindiyeye**, III, 254vd.; İbn Âbidin, V, 291; Ali Haydar, II, 136.

Hanefiler'e göre, şahsa kefâlette kefil borçlu (sanık)yu tayin edilen sürede teslimle yükümlüdür. Borçlu (sanık) ğaib olup yeri malum ise kefilin mehil isteme hakkı yoktur. Bu durumda ilgili şahsı teslim etmeyen kefil teslim zorlanır. Zira yükümlü olduğu bir edimi yerine getirmekten imtina etmiştir. Fakat bu durumda kefil borçlu (sanık)nun borcunu ödemekten sorumlu tutulamaz. Zira Hanefi hukukçuların genel kabulüne göre, şahsa kefâlet sadece borçlu (sanık)nun ihzarını gerektirir. Ancak kefâlet akdini yaparken "eğer onu ihzar etmezsem borcu benim üzerime olsun" diye bir ifade kullanırsa o zaman borçlu (sanık)nun borcundan da sorumlu olur¹²⁴. Şayet borçlu (sanık) ğaib olup yeri bilinmiyorsa veya takibi imkansız ise kefil onu ihzardan sorumlu olmaz¹²⁵.

Aynı şekilde davalı bir ülkeye sığınırsa o ülke ile borçlunun (sanık) bulunduğu ülke arasında giriş-çıkış anlaşması (muvaade) bulunmazsa bu durumda da takip imkansızlaşacağı için kefil beraet eder¹²⁶. Bu hükümler alacaklının emriyle/izniyle bir şahsa kefil olan hakkındadır. Onun emri/izni olmadan kefil olanın sorumluluğu ise sadece davalının yerini alacaklıya göstermekle sınırlıdır.

Malikilerde meşhur olan görüşe göre, kefil, borçlu (sanık)yu belirlenen zamanda teslim etmezse ve borçlu ğaib olup bu sebeple de takibi imkansız ise, kefil onun borcundan sorumlu olur. Borçlu (sanık)nun kayıplık süresi bir gün gibi kısa bir süre olsa yani ğaib oluşunun üzerinden henüz bir gün gibi kısa bir süre geçmiş olsa ve bunda kefilin ihmali bulunsa kefil onun borcundan sorumlu olur. Şayet borçlu (sanık)nun ğaiblik süresi uzun ise bu durumda ihmali olmasa bile kefil onun borcunu ödemekten sorumlu olur. Malikiler'de genel görüş bu olmakla birlikte bazı Malikiler -Hanefiler gibi- şahsa kefilin ihzardan sorumlu olduğunu söyleyerek onun borcundan kefilin sorumlu olmadığını söylemişlerdir¹²⁷.

Şafiiler'in konu ile ilgili görüşleri ise kısaca şöyledir: Borçlu (sanık) ğaib olup kefil onun yerini bilmiyorsa mazur sayılacağı için onu ihzardan sorumlu tutulamaz. Ancak kefil onun yerini biliyorsa ve yol emniyeti de varsa onu ihzardan sorumlu olur. Onu ihzar için normal geliş-gidiş, süresince kendisine mehil verilir. İlgili süre dolduğu halde borçluyu (sanık) teslim etmeyen kefil kusurlu olduğu için hapsedilir¹²⁸.

Şafiiler'de daha sahih kabul edilen görüşe göre ise, borçlunun (sanık) ölmesi, kaçması veya yeri bilinmeyecek derecede saklanması durumunda onun borcundan kefil sorumlu tutulamaz. Zayıf olan görüşe göre ise, kefil sorumlu tutulur¹²⁹.

Hanbeliler ise meseleyi şu şekilde ele almışlardır: Borçlu (sanık) ğaib olur ve kefil de onun yerini bilirse onu gidip getirene kadar kefile mehil verilir. Şayet borçlu (sanık)nun bulunduğu yere gider de, gizlendiği kaçtığı yahut gelmekten imtina ettiği için onu getiremezse kefil borçlunun (sanık) borcundan sorumlu olur. Ancak şahsa kefâleti anında kefil, mali sorumluluktan beraeti şart koşarsa onun borcundan sorumlu olmaz. Şayet kefil, ğaib olan borçlu (sanık)nun yerini bilmezse onun durumuyla ilgili gerekli araştırma ve itinada taksiri bulunduğu için borçlu (sanık)nun borcundan sorumlu olur¹³⁰.

Bu görüşlerden hareketle şu sonuca varabiliriz: İslam hukukçularından Hanbeliler borçlunun (sanık) takibi imkansız olsa bile kefilin onun borcundan sorumlu tutarken diğer mezheplerin takibin imkansızlaşması durumunda farklı görüşleri sürmüşlerdir. Hanefiler bu

¹²⁴Kasani, VI, 4 vd.; İbn Hümam, VII, 168 vd.; İbn Âbidin, V, 297 vd.

¹²⁵İbn Nüceym, VI, 228.

¹²⁶Zeylai, **Tebyin**, IV, 149; Hindiyye, III, 258.

¹²⁷İbn Rüşd, II, 295vd.; **Düsuki** III, 345.

¹²⁸Şirbini, II, 205; Remli, IV, 451vd.

¹²⁹Şirbini, II, 205; Remli, IV, 452; İbn Hacer, **Tuhfetü'l-muhtac**, V, 258vd. (Kuvvetli görülen görüşün gerekçesi şöyledir: Zira bu durumda akdin muktezasına aykırı bir şart koşulduğundan kefalet geçersiz olur. Bk. Aynı kaynaklar ve belirtilen yerler.)

¹³⁰İbn Kudame, V, 96; Behuti, III, 362.

durumda kefilin hem ihzardan hem de mali sorumluluktan beraet edeceğini söylerken Malikiler'den ve Şafiiler'den bazı hukukçular da bu görüşü savunmuşlardır. Ancak hem Malikiler'de hem de Şafiiler'de bu durumda da kefilin hem ihzardan hem de borcu ödemekten sorumlu tutan görüşler vardır. Genel olarak baktığımızda Hanefiler ve Şafiiler'in konu ile ilgili görüşleri birbirine uyarken Maliki ve Hanbeliler'de aynı görüşü paylaşıyor gözükmektedirler.

D. KEFİLİN DİNDEN ÇIKMASI (İRTİDAT) VE ESÂRETİ

İslam hukukçularından özellikle Hanefiler'in ifadesine göre, müslüman iken birine kefil olan kimse dinden dönerse kefâleti mutlak olarak sona ermez. Bu kimse daru'l-harbe sığınır ve esir edilirse şayet kefâletin konusu mal ise bu kefâlet sona ermez. Malı varsa ondan ödenir¹³¹. Ancak bir şahsa kefil olmuş ise bu kefâlet sona erer¹³². Zira bu durumda onu ihzardan acizdir ve bu kefâletten beklenen hukûki sonuç gerçekleşmez.

E. İNFİSÂHİ MÜDDETİN SONA ERMESİ

Bir şahsın ihzarına belli bir süre zarfında (muvaakkaten) kefil olan kimse ancak bu süre zarfında teslimden mesul tutulur¹³³. Bu süre bitince davalıyı teslim etmemiş olsa bile kefil ihzardan sorumlu tutulamaz ve şahsa kefâlet sona erer¹³⁴. Hatta bu süre içerisinde alacaklı kefilin sorumluluğunu yerine getirmesini istediği halde kefil birkaç gün süre istese ve belirlenen süre kadar süre geçse alacaklı "beni aldattın" diyerek kefilin sorumlu tutamaz¹³⁵.

F. KEFİLİN BORÇLU (SANIK) NUN BORCUNU İFÂ ETMESİ

Borcundan dolayı bir şahsın ihzarına kefil olan kimse onu ihzara muktedir olsun veya olmasın onun borcunu ödemekle de kefâletten beraet eder. İslam hukukçuları bu konuyu daha çok şahsa kefilin alacaklı ile sulh yapması konusunda ele almışlar ve şahsa kefâlette mal üzerine sulh yapılınca kefilin beraet edip etmeyeceğini tartışmışlardır. Hanefiler'de konuyla ilgili iki farklı görüş bulunmakla birlikte tercih edilen ve fetvaya esas kabul edilen görüş, bunun caiz olacağı yönündedir¹³⁶. Diğer mezhep hukukçularının tercihi de bu yöndedir¹³⁷.

G. ÖLÜM

Şahsa kefâleti sona erdiren durumlardan birisi de ölümdür. Biz bunu da kefilin ölümü ve davalının ölümü olarak iki şekilde ele almak istiyoruz.

1. Kefilin Ölümü

İslam hukukçuları şahsa kefâlette kefilin ölümüyle kefâlet borcunun sukut edeceğini söylemişlerdir¹³⁸. Mecelle'nin ifadesiyle, "*Kezalik kefil (binnefs) fevt olsa kendi kefâletten berî olduğu gibi kefilî var ise o dahi berî olur*"¹³⁹. çünkü bu durumda artık davalıyı ihzardan acizdir. Aynı zamanda kefilin varisleri de davalıyı ihzardan sorumlu tutulamaz. Zira İslam hukukçularının genel kabulüne göre, halefiyet vecibelerinde olmayıp sadece alacaklarda olur¹⁴⁰. Aynı şekilde kefâletin konusu şahıs iken onun yerine mal vermek caiz olmaz¹⁴¹. Yine bu sebeple kefilin terikesine de müracaat edilemez¹⁴².

¹³¹İbn Âbidin, V, 291.

¹³²İbn Hümam, VII, 168; Hindiyye, III, 286.

¹³³Mecelle, md. 639.

¹³⁴Ali Haydar, II, 73.

¹³⁵Ali Haydar, II, 74; el-Mevsu'atu'l-Fıkhiyye, XXXIV, 320..

¹³⁶İbn Âbidin, 320. (Şahsa kefalette mal üzerine anlaşmanın caiz olmadığını söyleyen ve bu görüşü Hanefiler'e nisbet eden Zeydan'ın iki farklı rivayetten bu konuda olumsuz olanı tercih ettiği anlaşılmaktadır. Bk. Zeydan, el-Havale ve'l-Kefale, 199)

¹³⁷İbn Rüşd, II, 295; Şirbini, II, 205; İbn Kudame, V, 105vd.

¹³⁸İbn Âbidin, V, 282; Düsuki III, 338; Şirbini, II, 205; İbn Kudame, V, 96.

¹³⁹Mecelle, md. 666.

¹⁴⁰İbn Nüceym, VI, 230; Ali Haydar, II, 163.

¹⁴¹Molla Hüsrev, II; 297.

¹⁴²Ali Haydar, II, 143; Remli, IV, 452.

2. Davalının Ölümü

Şahsa kefâlette davalının yani kefâlete konu olan şahsın ölümüyle de borcun konusu ortadan kalktığı için kefâlet borcu da sona erer. Zira kefil bu durumda ölüyühazardan acizdir¹⁴³. Hem ölünün ihzarının çok fazla önemi de yoktur.

Fakat davacının ölümü kefâlet akdini sona erdirmez. Zira bu durumda davacının varisleri kefiliden davalının ihzarını isteme hakkına sahiptirler¹⁴⁴.

Ceza muhakemelerinde de sanığın ölümühâlinde kefâlet son bulur¹⁴⁵.

VIII.ŞAHSA KEFÂLETİN TÜRK CEZA MUHÂKEME HUKUKUNDAKİ KEFÂLETLE (VEYA TEMİNATLA) SALIVERME MÜESSESESİ İLE MUKAYESESİ

İslam hukukçularının kabul edip fıkıh kitaplarında yer verdiği şahsa (nefse) kefâlet ile CMUH'da maddeleştirilip hükümlerine yer verilen kefâletle (teminatla) salıverme arasında bazı noktalarda benzerlikler bulunduğu gözükmektedir. Sağlıklı bir mukayese imkanı elde edebilmek için önce kefâletle salıverme müessesesini özetlemek sonra da mukayese yapmak istiyoruz.

A. TEMİNATLA SALIVERME KAVRAMI VE NİTELİĞİ

CMUK'un 117. Maddesinde, "104. Maddenin ilk fıkrasının ikinci bendi hükmü haricindeki sebeplerden dolayı tevkifine karar verilen maznun kefâlet vermesi şartıyla tevkifinden vazgeçilebilir" hükmü yer almaktadır.

Buradan hareketle teminatla salıvermenin, tevkifin haksızlığını giderici tedbirlerden biri olduğu söylenilir¹⁴⁶.

Bir tanıma göre, teminatla salıverme, *tutuklama kararının infaz edilmesinin şarta bağlı olarak durdurulması* demektir. Buna göre, bu teminatla karar geri alınmış olmayıp sadece infazı durdurulmuştur¹⁴⁷. Bu tanımdan çıkarılan bir diğer sonuç da, teminatla salıvermenin bağımsız bir koruma tedbiri olmadığıdır. Bu koruma tedbiri ile tutuklama askıya alınmaktadır¹⁴⁸.

Bir başka tanım ise şöyledir: "*Tevkif edilen maznunun teminat karşılığı serbest bırakılmasıdır*"¹⁴⁹.

Ancak CMUH'da kabul edilen bu müesseseye iki bakımdan itiraz edilmiştir. **Bunlardan biri** terminoloji bakımından yapılan itirazdır. Bunu şu şekilde özetleyebiliriz: İlgili kanunun 117. maddesinde kefâlet vermektan bahs olunmaktadır. Burada kefâlet kelimesinin yanlış ve yersiz olarak kullanıldığı açıktır. Zira kefâlet, bir borcun mevcudiyetini içermektedir. *Türk Hukuk Lugatı*'nın tanımına göre kefâlet, ibir borcun borçlu (sanık) tarafından edasını üçüncü bir şahsın alacaklıya karşı temin etmesi akdidir¹⁵⁰. Oysa ki 117. Maddede bahis konusu edilen durumda ortada bir borç yoktur ve kanunun kefâlet diye adlandırdığı şey aslında bir teminattır¹⁵¹.

İkinci itiraz ise bu müessesenin hukûki eşitliği ihlal etteği, dolayısıyla da Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan itirazdır. Bu itirazı yöneltenler ise görüşlerini kısaca şu şekilde ifade etmektedirler:

Kaçma şüphesini uyandıracak vakıalar bulunması sebebiyle tutuklanan iki maznundan zengin ve varlıklı olanının takdir edilecek kefâleti (teminatı) vermesi şartıyla tutuklanmasından vazgeçilebilecek, diğeri fakir ve varlıksız olduğundan kefâlet veremeyeceği için

¹⁴³Serahsi, XIX, 163; İbn Kudame, V, 105.

¹⁴⁴Serahsi, XIX, 163; İbn Kudame, V, 105.

¹⁴⁵ Mecelle, md. 666.

¹⁴⁶M. Muhtar çağlayan, "*Tevkif (Tutma) İzerine İnceleme II*", AD, sy. 5-6, (1978), S. 403.

¹⁴⁷Erem, Faruk, *Ceza Usulü Hukuku*, Ankara 1978, 486. (5. Baskı)

¹⁴⁸Kunter, Nurullah, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 1978, 494. (6. Baskı).

¹⁴⁹Bahri Öztürk, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 1985, 454 (3. Baskı).

¹⁵⁰*Türk Hukuk Lügatı*, "*Tahliye*" md. s. 316.

¹⁵¹*Türk Hukuk Lügatı*, "*kefalet*"md. s. 197.

tutuklanmasından vageçilmesini isteyemeyecektir. Bu madde ile, Anayasa'nın 12. Madesindeki eşitlik ilkesine aykırı olarak varlıklı kişilere imtiyaz tanınmış olmaktadır¹⁵².

Bunun yanında bu müesseseyi savunanlar ise şu görüşlere yer vermişlerdir: "Bizce, teminatın sanığın malî durumuna göre ayarlanması, pekala mümkündür. Kaldı ki, bu müesseseden zengin de faydalanamaz hale gelirse, fakir tutuklunun durumu daha iyi olmayacaktır. Yine kaldı ki, belli şartlar koşmak suretiyle teminatsız salıverme kabul olunmalı veya tutuklama kararı verilmeden sanığa belli davranışlarda bulunma mecburiyeti yüklenebilmelidir"¹⁵³.

Bu müessesenin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ise Anayasa mahkemesince kabul edilmemiştir¹⁵⁴.

B. ÖNEMİ

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılan tutuklama, koruma tedbirlerinin en ağırı olduğundan bu tedbire, orantılılık gereğince en ağır durumlarda başvurulabilir. Daha hafif durumlarda ise daha hafif tedbirlerle yetinilebilir. Hatta bu hafif tedbirlerin bir veya birkaçına başvurulabilir. İşte teminatla salıverme de bu hafif tedbirlerden biri olup kişi hürriyetini mümkün olduğu kadar bağlamamaya yöneliktir¹⁵⁵.

Bunun yanında bu müessesenin bir başka önemi daha vardır ki, o da şu şekilde ifade edilebilir: **CMUH**'un 117. maddesinden anlaşıldığı üzere kefâletle salıverme müessesesinin dayandığı düşünce, kaçma tehlikesinin mevcudiyetidir. Kefalet veren sanık, hakim tarafından tayin edilen yere kuvvetli menfaat bağıyla bağlanmıştır. Artık bu menfaati, bu maddi kıymeti tehlikeye düşürmeden kaçmak bahis konusu olamayacağına göre; kaçma niyetini bekleyen sanık, düşüncesini fiiliyata dökmeden önce, kaçmakla sağlayacağı menfaat ile kaybedeceği değer arasında bir tartma yapacak; ağır basan tarafı tercih eder tarzda hareket edecektir. Şu halde kefâletle tahliye, kaçma tehlikesinin mevcut olduğu hallerde bu tehlikeyi ortadan kaldıran itevkif yerine geçer bir tedbirdir. Bu sebeple ilgili kanun, delilleri karartma tehlikesine binaen tevkif edilmiş olan sanığın kefâletle tahliyesine mîsaade etmemektedir¹⁵⁶.

C. YAPILIŞI

Sanık, teminat müessesesinden yararlanabilmek için bunu iki şekilde yapabilir:

1-önceden tutuklama kararı verilir. Teminat yatırılırsa bu kararın yerine getirilemeyeceği kabul olunur.

2-Tutuklama kararı vermeden sanıktan teminat vermesi sitenir, vermezse tutuklakma kararı verilir. **CMUK**, birinci şekli benimsemiş ve tutuklamanın şiddetini azaltmak üzere tutuklamanın gayesine malî teminat ile varmak mümkün olan hallerde kararın ve dolayısıyla müzekkerenin infazına mani olan teminatla salıverme müessesesini kabul etmiştir¹⁵⁷. Teminatla salıverme kararı, tutuklama müzekkeresinin infazına iki şekilde mani olur; sanık ya tutuklanmaz¹⁵⁸ ya da tutuklanmışsa salıverilir¹⁵⁹.

D. TEMİNATLA SALIVERME YETKİSİ

¹⁵²Feyyaz Gölcüklü, **Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti**, Ankara 1958, 146. İslam hukukunda Şafii'ye nisbet edilen bir görüşe göre, onun da şahsa kefaleti bir borç içermediği gerekçesiyle kabul etmediğine daha önce değinilmişti. Burada da kefalet kavramı yerine daha kapsamlı olan teminat kavramının kullanılmasının daha isabetli olacağı vurgulanmaktadır. Gerçekten de kefalet, teminatla salıvermenin kısımlarından sadece biridir. O halde teminat tabirini kullanmak daha doğru olmalıdır.

¹⁵³Gölcüklü, 148; Erem, 486.

¹⁵⁴Kunter, 495.

¹⁵⁵Gereğe için bk. Anayasa Mahkemesi Kararı: 13.5. 1963, 200/110 (R.G. 18.9.1963, n. 11508): Erem, 486.

¹⁵⁶Kunter, 494.

¹⁵⁷Bk. Gölcüklü, 146vd.

¹⁵⁸Kunter, 153.

¹⁵⁹Gölcüklü, 494.

Bu yetki yargılama makamlarına aittir. Hazırlık soruşturmasında sulh hakimliği, ilk soruşturmada sorgu hakimliği, son soruşturmada mahkeme ve acele hallerde başkanlık bu kararı verir. Son karar temyiz edildikten sonra da teminatla salıvermeme için sebep yoktur. Kanunda aksine bir hüküm mevcut değildir. Bu halde de son kararı vermiş olan mahkeme karar verir¹⁶⁰.

E. TEMİNATLA SALIVERMENİN MÜMKÜN OLDUĞU HALLER (VEYA KONUSU)

Kanun, teminatla salıvermeyi tevkif sebeplerinin mahiyetine göre tayin etmiştir. Buna göre, suçun iz ve delilleri yok etme şüphesinden dolayı tevkif edilenler teminatla salıverilemezler. Zira bunlar teminat göstererek salıvermelerini müteakip suçun delillerini de yok ederlerse dava sonunda delil yokluğundan beraet edecekler ve teminatları da iade olunacaktır. O halde ancak kaçma şüphesinden dolayı (CMUK. 104, 61) tevkif edilenler ile isnat edilen fiilin "Devlet veya hükümet nüfuzunu kıran veya memleketin asiyişini bozan fiillerden veya umumi adaba karşı (işlenmiş) suçlardan olması" (CMUK. 104, 63) sebebiyle tevkif edilenler teminatla salıverileceklerdir¹⁶¹

Buna göre, CMUK, delillerin karartılması, yok edilmesi tehlikesinin bulunması durumunda teminatla salıvermeyi kabul etmemiştir. Bunun sebebi, bu tür durumlarda teminatla salıverme kararı verilmesi halinde, ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşabilmesinin tehlikeye gireceği endişesidir¹⁶²

Ancak CMUK'un 104. maddesinin 3. bendinde yeralan¹⁶³ suçlardan dolayı sanığın teminatla salıverilmesi bazı hukukçularca tenkit edilmiş ve şu görüşler ileri sürülmüştür: Teminatın kaçmayı önleyebileceğini, sanığın teminatı kaybetmektense kaçmamayı tercih edeceğini düşünmek makuldür. Fakat isnat edilen fiilin muayyen suçlardan (CMUK 104.b3) olması, mesela, umumi adaba karşı işlenmiş suçlardan olması sebebiyle tevkife karar verilmiş ise teminatın bu durumda neyi önleyeceğini mantiken izah etmek imkansızdır¹⁶⁴.

Aynı şekilde CMUK, md. 200'in son fıkrasında, haklarında tevkif kararı verilenler ile mükerrirler (aynı suçu tekrar işleyenler) bu madde hükmünden (teminatla salıvermeden) istifade edemezler, denilmektedir.

Ancak 1985 değişikliği sırasında CMUK'un mükerrirlerin teminatla salıverilmeden yararlanamayacağını açıklayan 11. Maddesinin ikinci fıkrası kanundan çıkarılmak suretiyle bu koruma tedbiri mükerrir için de uygulanabilir hale getirilmiştir. Ve bu değişiklik hukukçularca da tasvip görmüştür¹⁶⁵.

F. TEMİNATLA SALI VERMENİN ŞARTLARI (VEYA ÇEŞİTLERİ)

Aslında bunlara teminatla salıvermenin çeşitleri de denebilir. Buna göre, CMUK, teminatla salıverme için iki şart aramış (veya iki şekil öngörmüş)tür: Teminat olarak, para, devlet esham ve tahvilleri (hisse senedi ve tahviller), döviz (CMUK, m. 119/2) veya muteber kimselerin kefaletinden yararlanılabilir. Bu durumda teminatın mutlaka sanık tarafından gösterilmesi şart değildir. Onun için üçüncü kişiler de teminat verebilirler. Kefaletin miktar ve çeşidini ise hakim tayin edecektir. Hakim bu takdir yetkisini kullanırken suçun niteliğini, sanığın

¹⁶⁰Kunter, 495

¹⁶¹Kunter, 496; Öztürk, 454.

¹⁶²Erem, 488

¹⁶³Öztürk, 454

¹⁶⁴CMUK, 104, 63 şöyledir: Suç, devlet veya hükümet nüfuzunu kıran veya memleketin asayişini bozan fiillerden bulunur veyahut adabı umumiye aleyhinde olursa.

¹⁶⁵Gölcüklü, 147; Erem, 488

kişisel durumunu ve yargı organlarınca yapılacak işlemlere uyup uymayacağını göz önünde bulunduracaktır (CMUK.m.118)¹⁶⁶.

G.TEMİNATLA SALI VERMEYE NE ZAMAN BAŞVURULACAĞI

Tutuklama ile sağlanmak istenen amaçlar; yani 1) Sanığın muhakemede hazır bulunmasını sağlamak, 2) Maddi gerçeğin araştırılmasını temin etmek, 3) Muhakemenin neticesinde verilecek cezanın infazını garanti altına almak teminatla salıverme ile gerçekleştirilebilecekse bu koruma tedbirine başvurulabilir. Ancak teminatla salıvermenin bu amaçları gerçekleştirip gerçekleştirilemeyeceği noktasında karar ve takdir yetkisi de yine hakime aittir¹⁶⁷.

Teminat, hürriyeti kısımadan tutuklamanın gayelerine erişmek için kabul olduğundan, ya hazineye irat kaydolunur ya (teminat) serbest kalır. Herhangi bir masraf veya tazminat dolayısıyla bu teminata müracaat olunmaz¹⁶⁸.

H.TEMİNATLA SALIVERME İLE ŞAHSA KEFÂLETİN MUKAYESESİ

1. Genel Olarak

Bu iki müessesede arasında kısmî benzerlikler olmakla birlikte esas itibarıyla bunlar farklı müesseselerdir. çünkü şahsa kefâlette esas gaye, davalının mahkemeye ihzarını sağlamak olduğu halde teminatla salı vermenin esas gayesi, haksız tevkife ve sanığın suçu sabit olmadan tutuklu kalmasına engel olmaktır. Bir başka ifadeyle birinde daha çok tutuklama kararı verilmiş bir şahsın serbest bırakılması hedeflenirken diğerinde henüz tutuklanmamış birisinin mahkemeye getirilip dava edilmesine yardım edecek bir şahsî teminat sözkonusudur.

Ancak bu temel farka rağmen bu iki müessesenin benzer tarafları dikkate alındığında şunu söyleyebiliriz: İslam hukukuna göre yapılacak bir ceza muhakemeleri usulü kanununda teminatla yahut kefâletle salıverme müessesesine yer verilirken şahsa kefâlet hükümleri bu noktada önemli bir kaynak vazifesi göreceklerdir. Zira ilk dönemlerden itibaren İslam hukukçularının böyle kapsamlı bir müesseseye yer vermiş ve kendi bölge ve örfî şartlarına göre bunun hükümlerini düzenlenmiş olmaları hukuk tarihi açısından fevkalade takdire şayan bir durumdur. Yapılacak bir kanunî düzenleme ile fukahanın bugüne göre dağınık ve farazi olarak ileri sürdüğü şahsa kefâletle ilgili görüşler gerçek yerine oturtulacak ve günün ihtiyaçlarına cevap verici hale getirilecektir.

Şimdi de önce bu iki müessesede arasındaki farklılara daha sonra da kısmi benzerliklere işaret edelim.

2.Farklılıkları

a) Her şeyden önce İslam hukukundaki şahsa kefâlet ile CMUK'daki teminatla salıverme mahiyet olarak birbirinden farklıdır. Çünkü İslam hukukundaki şahsa kefâlette teminat (kefâlet) üçüncü kişi tarafından verildiği halde bu müessesede -üçüncü şahıs tarafından teminatın verildiği durumlar olmakla birlikte- daha çok şahsın kendisi tarafından verilmektedir.

b) Şahsa kefâlette teminatı sağlayan, şahıs (kefil) olduğu halde bu müessesede teminat daha çok parayla veya parasal değer taşıyan şeylerle sağlanmaktadır. Bir başka ifadeyle şahsa kefâlette bir şahsın tahliyesi için parasal bir teminat yatırmak sözkonusu değildir.

c) Şahsa kefâlette davalı veya borçlu (sanık)nun teslimi esas iken bu müessesede davalının tahliyesi esastır. Yani teminatın sağladığı sonuçlar farklıdır.

d) Şahsa kefâletin konusu sınırlı iken teminatla salıvermenininki daha geniştir¹⁶⁹.

¹⁶⁶Öztürk, 454.

¹⁶⁷Kunter, 496; Öztürk, 455.

¹⁶⁸Kunter, 496; Öztürk, 455.

¹⁶⁹Kunter, 496.

e) Teminatla salıvermenin hukûki sonuçları ile şahsa kefâletin hukûki sonuçları da farklıdır. Zira teminatla salıvermede kefil davalıyı ihzara mecbur edildiği halde, şahsa kefâlette gücü yettiği sürece teslimi istenir; gücüyetmeyince icbar edilmez¹⁷⁰. Teminatla salıvermede davalı teslim olmadığı veya edilmediği zaman ilgili teminat hazineye kalmaktadır. Dolayısıyla da teminatla salıvermede kefilin mali mesuliyeti olduğu halde şahsa kefâlette kefilin genel olarak mali sorumluluğu yoktur¹⁷¹.

3. Benzerlikleri

Bu farklılıklara rağmen teminatla salıvermenin şahsa kefâlete kısmen benzeyen yönleri de vardır. Kısaca ifade etmek gerekirse;

a) İslam hukukunda da davalının -para ile olmasa da- kefâletle salıverilebileceğine dair örnekler vardır. Mesela, Hanefi hukukçusu İbn Abidin, Reddül-Muhtar adlı eserinde konuyla ilgili olarak şu görüşlere yer verir: Bir dava, iki şahidin şehadetiyle desteklenmiş ama şahitler henüz tezkiye edilmemiş ise onlar tezkiye edilinceye kadar davalı hapsedilebilir. Fakat davacı "*ikame edebileceğim deliller var*" diye bir idida ve talepte bulunursa, delillerini ikame edinceye kadar davalı, kendisinden kefil alınmak suretiyle üç günlüğüne salıverilebilir¹⁷².

Böylece İslam hukukunda da haksız tevkife meydan vermemek için davalıdan kefil alınarak iddianın maddi gerçeğe uygun olup olmadığının araştırılmasına kadar, davalı kefâletle salıverilebilir. Ancak bu salıverme para mukabilinde olmadığı gibi, ihzarda başarısız kalan kefilin genel olarak malî bir mesuliyeti de yoktur. Zira şahsa kefâlette kefil, sadece davalıyı teslim etmeye gücü yettiği sürece onu teslimden sorumlu olur. Gücü yetmediğinde ise davalıyı ihzara cebr olunmaz. Nitekim "kefâletin hukûki sonuçları" başlığı altında bu konu ele alınmıştır.

b) Teminatla salıvermeyi -bir borç içermediği için- kefâlet kapsamında saymayan hukukçular olmuş ve bu müesseseye kefâletle salıverme değil de teminatla salıverme denilmesinin daha doğru olacağını belirtmişlerdir.

İslam hukukunda da İmam Şafii'ye nisbet edilen bir görüşe göre, o da şahsa kefâleti -bir iltizam içermediği gerekçesiyle- kefâlet kapsamında görmemiş ve böyle bir kefâlet çeşidini kabul etmemiştir.

c) Teminatla salıvermede teminatın sonuçlarından biri, davalının mahkemeye ihzarını sağlamaktır. Şahsa kefâletin hukukî sonuçlarından biri de borçlu (sanık) veya davalının mahkemeye ihzar ve teslimidir, bu konuda bir teminat vermektir.

d) Teminatla salıvermede teminat parayla sağlandığı gibi bazı durumlarda itibarlı şahısların sanığa kefil olmasıyla gerçekleştirilmektedir. Şahsa kefâlet ise esas olarak şahısların kefâletiyle gerçekleşmektedir. Buna mukabil teminatla salıvermede kefil olacak şahsın itibarlı birisi olması şart koşulurken şahsa kefâlette kefil olacak şahsın bu durumundan ziyade fiil (vücub) ehliyetine sahip olması şart koşulmuştur.

IX. SONUÇ

Sonuç olarak diyebiliriz ki, İslam hukukunda, Türk Ceza Muhakemelerinde yeralan, para mukabilinde sanığı (davalıyı) teminatla (kefâletle) salıverme şeklinde bir kefâlet türü yoktur. Ancak mali sorumluluk içermek ve davalının teslimi esas olmak kaydıyla belli süre davalının şahsî kefâletle salıverilmesi kabul edilmiştir. Konuyla ilgili cevaz ifade etme dışında bağlayıcı naslar olmayıp konuyla ilgili hükümler büyük ölçüde içtihadî olduğundan yapılacak içtihadî

¹⁷⁰Ancak bazı uygulamalarda İslam hukukundaki şahsa kefalet kapsamına bir kimsenin yabancı bir ülkede ikamene, çalışmasına...vb durumlara kefil olunması da dahil edilmektedir. Bu hususlar teminatla salıvermenin konusundan farklı olsa da şahsa kefaletin konusunun da dar olmadığı noktasında bir fikir vermektedir.

¹⁷¹Ancak gücü yetip yetmediğine kanaat getirinceye kadar bazı durumlarda kefilin hapsedilmesi bu hükmün dışındadır. İslam hukukçularından sadece Malikiler'e nisbet edilen bir görüşe göre, davalıyı/borçlu (sanık)yu ihzar etmeyen kefil onun borcundan sorumlu olur.

¹⁷²İbn Âbidin, V, 298; Ayrıca bk. Akgündüz, **Osmanlı Kanunnameleri**, III, 106, VIII, 111.

düzenlemelerle şahsa kefâlet teminatla salıvermenin gördüğü fonksiyonu icra edecek hale getirilebilir.

BİBLİYOGRAFYA

- Abdulkadir Udeh, **et-Teşri'u'l-cinai'l-İslami**, Beyrut 1984.
- Ahmed es-Salus, **el-Kefale, ve Tatbikatuha'l.muasıra**, Kahire 1987.
- Akgündüz, Ahmed, **Osmanlı Kanunnameleri**, İstanbul 1990-1996.
- Akşit, Cevat, **İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları**, İstanbul 1983.
- Ali Bardakoğlu, "Diyet" md., TDVİA, IX.
- Ali Haydar, **Düraru'l-hukkam Şerhu Mecelleti'l-ahkam**, İstanbul 1330.
- Ankaravi, Muhammed b. Hüseyin, **Fetava**, İstanbul
- Ansay, Sabri Şakir, **Hukuk Tarihinde İslam Hukuku**, Ankara 1958.
- Ayni, Bedrüddin, **Umdetü'l-kari**, 1282.
- Baberti, Ekmelüddin, **el-İnaye**, Mısır 1319.
- Bahri Öztürk, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara 1985, (3. Baskı).
- Behuti, Mansur b. Yunus, **Keşşafu'l-kına'**, Beyrut 1982.
- Bilmen, Ömer Nasuhi, **Hukuku İslamiyye**, İstanbul 1970.
- Ceziri, Abdurrahman, **el-Fıkh Ale'l-mezahibi'l-erba'**, Beyrut 1987.
- CMUK (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu)**.
- Damad, Abdurrahman b. Süleyman, **Mecmau'l-ehur fi Şerhi Mültaka'l-ebhur**, İstanbul 1990.
- Derdir, Ebu'l-berekat Ahmed, **eş-Şerhu's-sağir**, Daru'l-fikr. ts.
- Düsuki, Şemsüddin, **eş-Şerhu'l-kebir**, Daru'l-fikr. ts.
- Ebu Ganim el-Bağdadi, **Mecmau'd-damanat**, Beyrut 1987.
- el-Mevsu'atu'l-fikhiyye**, Kuveyt 1995-
- Erem, Faruk, **Ceza Usulü Hukuku**, Ankara 1978, (5. Baskı)
- Feyyaz Gölcüklü, **Ceza Davasında Şahıs Hürriyeti**, Ankara 1958,
- Hafif, Ali, **ed-Daman fi's-şeriatil-İslamiyye**, Mısır 1971.
- Haraşi, Ebu Abdullah, **Şerhu Muhtasari Sidi Halil**, Beyrut ts.
- Hindiyye, **Feteva'l-Hindiyye**, Beyrut 1980.
- İbn Âbidin, **Reddü'l-muhtar**, İstanbul 1984.
- İbn Cüzey, **el-Kavaninu'l-fikhiyye**, Beyrut 1989.
- İbn Hacer, **Fethu'l-Bari**, Beyrut 1986.
- İbn Hacer, **Tuhfetü'l-muhtac**, Beyrut ts.
- İbn Hazm, **el-Muhalla**, Beyrut 1988.
- İbn Hümam, **Fethu'l-kadir**, Mısır 1970.
- İbn Kudame el-Makdîsi, **eş-Şerhu'l-kebir**, Beyrut 1994.
- İbn Kudame, **el-Muğni**, Beyrut 1994.
- İbn Manzur, **Lisanu'l-Arab**, Beyrut ts.
- İbn Nüceym, **el-Bahru'r-raik**, Beyrut ts.
- İbn Rüşd, **Bidayetü'l-müctehit**, Beyrut 1986.
- Joseph Scachacht, **İslam Hukukuna Giriş** (trc. Mehmet Dağ, Abdulkadir Şener), Ankara 1986.
- Kadıhan, **Fetava**, Diyarbakır ts.
- Kalyubi ve Umeyra, **Haşiyetan**, Daru'l-fikr ts.
- Karahisari, **Ahteri Kebir**, İstanbul 1310.
- Kasani, **Bedayiu's-sanayi**, Beyrut 1982.
- Kunter, Nurullah, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul 1978, (6. Baskı).
- M. Muhtar çağlayan, "*Tevkif (Tutma) İzerine İnceleme II*", AD, sy. 5-6, (1978).
- Mavsili, Abdullah b. Mahmut, **el-İhtiyar**, Beyrut ts.

Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye.

Merginani, Ebu'l-Hasen, **el-Hidaye**, İstanbul 1986.

Molla Hüsrev, **Düraru'l-Hukkam fi Şerhi ğurari'l-ahkam**, İstanbul 1978.

Nevevi, **el-Mecmu**,

Nevevi, Muhyiddin yahya b. Şeref, **Ravzatu't-talibin**, Beyrut ts.

Remli, İbn Şihabuddin, **Tuhfetü'l-muhtac**, Beyrut 1984.

San'ani, Muhammed b. İsmail, **Sübülü's-selam**, Beyrut 1991.

Seyyid Sabık, **Fıkhu'-sünne**, yy. (Müellifin özel baskısı), 1988.

Şafii, Muhammed b. İdris, **el-Ümm**, (1-IX), III, 264, Beyrut 1993 (1. Baskı).

Şemsü'l-eimme es-Serahsi, **el-Mebsut**,

Şirbini, Muhammed b. Ahmed, **Muğni'l-muhtac**, Kahire 1958.

Tahanevi, Zafer Ahmed Osman/Ali Eşref, **İ'lau'-sünen**, Pakistan 1984.

Türk Hukuk Lügati, "*kefalet*"md. ve "*Tahliye*" md.

Zeydan, Abdulkerim, **el-Havale ve'l-kefale**, Bağdat 1985.

Zeylai, Cemalüddin, **Nasbu'r-raye**, Hindistan 1973.

Zeylai, Fahrüddin Osman b. Ali, **Tebyinü'l-hakayık**, Beyrut ts.

Ziyauddin Efendi, **Camiu Envari's-suk_k ve lamiu'd-dıya li zevi's-şukuk (Sakk-i Cedid)**, İstanbul 1329.

Zühayli , Vehbe, **el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletühü**, Dımeşk 1989.